



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

"Güven Veren Adalet İçin Etkin Eğitim"

48

YIL: 12 - SAYI: 48 - EKİM 2021
www.taad.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER
Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR
Dr. Musa TANRISEVEN / Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / EDITOR IN CHIEF
Saniye Gizem OKUTAN / Adalet Uzmanı

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD
Muhittin ÖZDEMİR
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Dr. Musa TANRISEVEN
Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR
Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP
Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Saniye Gizem OKUTAN
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Bülent KENT
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN
Hüseyin ÖZTÜRK, Büro Memuru

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi
Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı Çankaya/ANKARA
Tel: 0 (312) 489 81 80 • Faks: 0 (312) 489 81 01

E-posta: taa@gmail.com

Web: www.taad.taa.gov.tr

BASKI / PRINT

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi-Şaşmaz/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI*

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi yılda dört kez yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanacak makalelerin aşağıda belirtilen yazım ve yayım kurallarına uygun olması gerekmektedir.

1. Dergide Türkçe ulusal hakemli makalelere yer verilmektedir. En az iki hakemin olumlu görüşünü alan makaleler yayımlanması talebi ile yayım kurulunun onayına sunulur.
2. Dergi, üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim aylarında) yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Eğer başka bir yerde yayımlanmışsa da, telif hakkı yazara ait olmalıdır.
4. Dergide yayımlanan makalelerin dil, bilim ve ileri sürülen görüşler bakımından sorumluluğu yazarlara aittir.
5. Makalelerin **bilimselmakale@taa.gov.tr** adresine makale gönderim formu ve taahhütname ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir. Makale gönderim formu ve taahhütname "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden temin edilebilir.
6. Makaleler, uluslararası standartlardaki bilimsel yayım ve yazı formatlarına uygun olmalıdır.
7. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan "Başlık", **150-250** kelime arası "Özet" ve **5-8** kelime arası "Anahtar Kelimeler" bulunmalıdır. Makalelerde "Başlık, Özet, Anahtar Kelimeler ile Giriş ve Sonuç" kısımlarına numara verilmemelidir. "Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler" in yazılan yabancı dilin yanı sıra Türkçe ve İngilizce de yazılması zorunludur.
8. Metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için OSCOLA kaynak stiline 4. Edisyonu kullanılmalı ve dipnot atfı sistemi tercih edilmelidir.
9. Makalelerin ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto ile yazılmalı, 1 satır aralığı ile "**Times New Roman**" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
10. Makaleler, kaynakça dâhil **3.000** kelimedenden az, **12.000** kelimedenden çok olmamalıdır.
11. Yazarın akademik unvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın çalıştığı yer ismi ile elektronik posta adresi, adı ve soyadına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
12. Makalelerin yayımlanıp yayımlanmayacağı, makale yazarına e-posta ile bildirilir.
13. Yazar ve hakemlere ödenecek telif ve inceleme ücretleri, Türkiye Adalet Akademisi Yayın Yönetmeliği'nin 23. Maddesi uyarınca dergi yayınlandıktan sonra yazara ödenir. Hakem denetiminden geçen bir makalenin telif ücretinin % 20'si hakemlere ödenir.
14. Dergide yazısı yayımlanmış yazarlara ücretsiz iki adet dergi gönderilmektedir.
15. Dergide yayımlanan tüm yazıların telif hakkı Türkiye Adalet Akademisine aittir. Makaleler, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
16. Dergilerin dijital versiyonuna "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden ulaşılabilir.

* Yazım ve yayım kuralları 04/06/2020 tarihli Yayın Kurulu Kararı ile güncellenmiştir. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD*

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın BAŐBUŐ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemal ŞANLI

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine AKYÜZ

Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ersan ÖZ

Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fügen SARGIN

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamdi

MOLLAMAHMUTOĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan BACANLI

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Eğitim Fakültesi

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KAYAR

Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kadir ARICI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kamil Ufuk BİLGİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet DEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Melikşah YASİN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nihat BULUT

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Süha TANRIVER

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yavuz ATAR

İBN Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK

Polis Akademisi Başkanı

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

İstanbul Ticaret Üniversitesi

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

CEVAP DİLEKÇESİ VERMEYEN DAVALININ DELİL İLERİ SÜRÜP SÜREMEYECEĞİ MESELESİ <i>On Whether the Defendant, Who did not File a Reply Petition, will Put Forward Evidence</i>	Prof. Dr. Cenk AKİL..... 1
ALMANYA FEDERAL CUMHURİYETİ'NDE HUKUK MESLEKLERİNE GİRİŞ ŞART VE USULLERİ <i>Requirements and Procedures for Entry to the Legal Professions in the Federal Republic of Germany</i>	Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU..... 21
ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA (İDARİ YARGI BAĞLAMINDA) GEREKÇELİ KARAR ALMA HAKKI <i>Right to Receive a Reasoned Decision in the Case-Law of the Constitutional Court (Within the Context of Administrative Jurisdiction)</i>	Doç. Dr. Tolga ŞİRİN 65
TÜRK HUKUKUNDA NEFRET SUÇLARINA -AVRUPA GÜVENLİK VE İŞBİRLİĞİ TEŞKİLATI TAAHHÜTLERİ ÇERÇEVESİNDE- GENEL BİR BAKIŞ <i>A General Look on Hate Crimes in Turkish Law (Within the Framework of Organization for Security and Co-operation in Europe Commitments)</i>	Dr. Süleyman ÖZAR..... 87
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNE EK PROTOKOLLER İLE GETİRİLEN YENİLİKLER <i>Novelties Brought by Additional Protocols to the European Convention on Human Rights</i>	Dr. Hacı Ali AÇIKGÜL..... 109
DİJİTAL PARA VE EGEMENLİK <i>Digital Money and Sovereignty</i>	Dr. Öğr. Üyesi Mehmet ÇATLI - Arş. Gör. Sümeyye ŞİMŞEK... 151
YÜKSEK ADALET DİVANININ GEÇMİŞE ETKİLİ ŞEKİLDE YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASI -7248 Sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme- <i>Retrospective Abrogation of the High Council of Justice -An Analysis Concerning the Law No. 7248-</i>	Dr. Emre AKBULUT - M. Esra YARALI - Ömer Faruk ÖZDEMİR ... 185

TÜKETİCİ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE ÖZEL DAVA ŞARTLARI VE İLAMSIZ İCRA TAKİBİ <i>Specific Causes of Actions and Enforcement Proceedings without Judgment in the Resolution of Consumer Disputes</i>	
Dr. Orhan DÜR.....	217
HAKLARIN YARIŞMASI BAĞLAMINDA DOĞRU HÜKMÜN YETERSİZ GEREKÇEYE FEDA EDİLMESİ <i>Sacrifice of the Correct Judgment to Insufficient Justification in the Context of the Contest of Rights</i>	
Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ.....	245
OTOPARK, OTOPARK BEDELİ VE BU BEDELİN TAHSİL ZAMANAŞIMINA İLİŞKİN BİR İNCELEME <i>An Investigation on the Parking, Parking Remuneration and Prescription of Collect This Remuneration</i>	
Dr. Selman ÖZDEMİR.....	275
GAİPLİĞİN MİRAS HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ <i>Evaluation of the Term “Absence” In Terms of Inheritance Law</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Kemale Leyla ASLAN BİNGÖL.....	313
ALEXIS DE TOCQUEVILLE’İN SİYASİ KURAMINDA DEMOKRASİ VE YARGI <i>Alexis de Tocqueville’s Political Theory on Democracy and Judiciary</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Fatmagül KALE ÖZÇELİK.....	335
6356 SAYILI KANUN KAPSAMINDAKİ KURULUŞLARDA DİSİPLİN UYGULAMALARI <i>Discipline Practices in Organizations within the Scope of Code No 6356</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Ümit ORHAN.....	359
TÜTÜN MAMULLERİ VE ALKOLLÜ İÇKİLERDEN ALINAN ÖZEL TÜKETİM VERGİSİNDE MÜTESELSİL SORUMLULUK UYGULAMASI <i>The Application of Joint Liability in the Excise Tax on Tobacco Products and Alcoholic Beverages and the Issue of Taxation Power</i>	
Dr. Fatih TORUN	379

DEVLETLERİN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ İLKESİ BAĞLAMINDA DENİZLERDE GÖÇMENLERİ KORUMA GÖREVİ <i>The Duty of Protecting Migrants at Sea in the Context of the Principle of Due Diligence</i>	
Dr. Ayşe GÜNEŞ	415
BEYAZ ENERJİ HAKKI <i>The Right to White Energy</i>	
Öğr. Gör. Güven SÜSLÜ	439
YETKİSİZ TEMSİLCİNİN CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU <i>Unauthorized Agent's Liability Under Culpa in Contrahendo</i>	
Mehtap AYRANCI	473
TEİAŞ'IN TARAF OLDUĞU SİSTEM KULLANIM ANLAŞMALARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE BU ANLAŞMALARDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ YARGI YOLU SORUNU <i>Legal Character of Network Usage Agreements to which TEIAS is a Party and the Competent Court Issue of the Disputes Arising Therefrom</i>	
Serhat ÇELEN, LL.M - Fırat KARAALP	509
BELGEDE SAHTECİLİK İLE VUK'DA DÜZENLENEN SAHTE BELGE DÜZENLEME SUÇLARININ ALDATMA KABİLİYETİ YÖNÜNDEN KARŞILAŞTIRILMASI <i>Comparison of Crime of Forgery in the Document and Fake Document Regulating Offenses Regarded in the Tax Procedure Law in Terms of Deception Capability</i>	
Ferhat YILDIZ	547
GÜNCEL KARARLAR VE SON GELİŞMELER İŞİĞİNDA ICSID TAHKİMİNDE HAKEMİN REDDİ <i>Disqualification of Arbitrators in ICSID Arbitration in Light of Recent Decisions and Developments</i>	
Ahmet Sefa DİNLEYİCİ, LL.M	583

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER/ARTICLES

CEVAP DİLEKÇESİ VERMEYEN DAVALININ DELİL İLERİ SÜRÜP SÜREMEYECEĞİ MESELESİ

On Whether the Defendant, Who did not File a Reply Petition, will Put Forward Evidence

Cenk AKİL*

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (1-20)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 03.01.2021

Kabul Tarihi : 11.06.2021

Makale Türü: Araştırma

Article Info

Received Date: 03.01.2021

Accepted Date: 11.06.2021

Article Type : Research

ÖZET

Medeni yargıda davalı cevap dilekçesi vermek mecburiyetinde değildir. Cevap dilekçesi vermeyen davalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 128. maddesi uyarınca davacının iddialarını inkâr etmiş sayılmaktadır. Cevap dilekçesi vermeyen davalıya delillerini ileri sürebilmesi için mahkeme tarafından süre verilip verilemeyeceği ve böyle bir davalının ne zamana kadar delil ileri sürebileceği tartışmalıdır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'yla, delillerin ileri sürülmesi bakımından, 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na kıyasla daha katı bir anlayış benimsenmiştir. Bu çalışmada cevap dilekçesi vermeyen davalının delil ileri sürme hakkının kapsamı hem ilk derece yargılaması hem de kanun yolu aşaması bakımından konuya ilişkin Yargıtay kararları ve doktrinde savunulan görüşler ışığında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Medeni usul hukuku, cevap dilekçesi, davalının inkârı, delillerin ileri sürülmesi.

ABSTRACT

In civil court, the defendant is not obliged to file a reply petition. A defendant who does not submit a request for answers is considered to have denied all the facts asserted by the plaintiff (art. 128 the law on Civil Procedure 6100). It is debatable whether a defendant who has not filed a response petition can be given time by the court to put forward his evidence, and how long such a defendant can put forward evidence. With the law on Civil Procedure 6100, a stricter understanding was adopted in terms of asserting evidence compared to the former law on Civil Procedure of 1086. In this study, the scope of the defendant's right to submit evidence, which does not submit a response petition, will be considered in the light of the decisions of the Supreme Court and the opinions defended in the doctrine on this issue in terms of both the first instance trial and the legal path stage.

Keywords: Law of civil procedure, pleading, denial of all facts asserted by the plaintiff, providing evidence

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Prof. Dr., Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, akilcenk@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-3662-0124>.

GİRİŞ

Medeni yargıda (yazılı yargılama usulünde) davacının delillerini kural olarak dava ve cevaba cevap dilekçesinde davalının ise cevap ve ikinci cevap dilekçesinde ileri sürebileceği kabul edilmiştir^{1,2}. Buna karşılık, cevap dilekçesi vermeyen³ davalının delil ileri sürüp süremeyeceği ayrıca düzenlenmemiştir⁴. Bilindiği üzere, cevap dilekçesi vermeyen⁵ davalı HMK m. 128 uyarınca davacının iddialarını inkâr etmiş sayılmaktadır⁶. Gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında cevap dilekçesi vermeyen ve bu nedenle kanunen davacının iddialarını inkâr etmiş sayılan davalının da inkâr sınırları içinde kalmak kaydıyla delil ileri sürebileceği hemen hemen ittifakla kabul edilmektedir⁷. Bununla birlikte, cevap dilekçesi vermeyen davalının bunu yapabilmesi için mahkemenin ona süre verip veremeyeceği (veya onun bu konuda mahkemeden süre talep edip edemeyeceği) ve en son ne zamana kadar delil ileri sürebileceği

¹ Davacı açısından bkz. HMK m. 119/1-f, davalı açısından bkz. HMK m. 129/1-e ve her ikisi açısından bkz. HMK m. 136.

² Delillerin dilekçelerde ileri sürülmesi bakımından iki yöntem akla gelebilir. Bunlardan biri ileri sürülen her bir vakıanın ardından onun hangi delillerle ispat edileceğinin açıkça yazılmasıdır. İkincisi ise vakıalar ile delillerin ayrı ayrı zikredilmesinden sonra ayrı bir liste ile hangi vakıanın hangi delille ispat edileceğinin açıklanmasıdır [Özekes, Muhammet: “HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Hâlinde Yapılması Gereken İşlemler”, (DEÜHFD, 2014, C. 16, s. 263-300), s. 276].

³ Davalının cevap vermemesi iki sebepten kaynaklanıyor olabilir: Gerçekten de davalı bunu bilinçli olarak yapmış olabileceği gibi, cevap dilekçesinin verilmesi için tanınan süreyi de kaçırmış olabilir. Şayet davalı ikinci sebepten dolayı cevap verememişse -Kanun’daki şartlar dairesinde- eski hale getirme yoluna (HMK m. 95 vd.) başvurabilir (Pekcanitez, Hakan: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. B., İstanbul 2017, s. 1202).

⁴ Umar’a göre cevap dilekçesi vermeyen davalı HMK m. 191 uyarınca karşı ispat faaliyetinde bulunabilir ve bu meyanda delil ileri sürebilir; HMK m. 129/1-e’de bahsedilen deliller bunlar olmayıp “savunmanın dayanağı olarak” ileri sürülen vakıaların ispatı amacıyla ileri sürülen delillerdir. Bkz. Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Şerhi, 2. B., Ankara 2014, s. 589.

⁵ Belirtmek gerekir ki, cevap dilekçesi vermeyen davalının cevap verme hakkı düşmez. O, daha sonra da cevap dilekçesi sunup inkâr dışında savunma sebepleri ileri sürebilir. Ancak bunların dikkate alınabilmesi için davacının bunlara açıkça onay vermesi gerekir (Umar, s. 411). Aynı yönde: Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. B., Ankara 2019, s. 185.

⁶ “İnkâr”dan kasıt; “uyuşmazlık konusu olayların davacının ileri sürdüğü gibi değil, başka şekilde gerçekleştiği veya doğru olmadığı ve buna bağlı olarak davacının iddiasının (talebinin) gerçek olmadığı yahut davacının dayandığı vakıaların kendisine bir hak tanımadığıdır.” Bkz. Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 2, 3. B., Ankara 2017, s. 1913.

⁷ Bkz. Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: Medeni Usul Hukuku, 6. B., Ankara 2020, s. 351. Buna karşılık, Yardımcı, süresi içinde cevap dilekçesi vermeyerek davacının iddialarını inkâr etmiş sayılan davalının sonradan hiçbir surette delil ileri süremeyeceğini belirtmiştir. Bkz. Yardımcı, Taner Emre: Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, İstanbul 2017, s. 140.

tartışmalıdır. Aşağıda önce cevap dilekçesi vermeyen davalıya delillerini ileri sürebilmesi için süre verilip verilemeyeceği, daha sonra da cevap dilekçesi vermeyen davalının ne zamana kadar delillerini ileri sürebileceği meseleleri ele alınacaktır.

I. İLK DERECE YARGILAMASINDA

A. CEVAP DİLEKÇESİ VERMEYEN DAVALIYA DELİL İLERİ SÜREBİLMESİ İÇİN SÜRE VERİLİP VERİLEMEYECEĞİ

Yukarıda belirtildiği üzere, cevap dilekçesi vermeyerek⁸ kanun gereği (HMK m. 128) davacının iddialarını inkâr etmiş sayılan davalının delil ileri sürme hakkı tümüyle ortadan kalmamaktadır. Bununla birlikte, kuşkusuz davalı cevap dilekçesi vermemenin bir takım olumsuz sonuçlarına katlanacaktır⁹. Bu cümleden olarak davalı her şeyden önce ancak inkâr çerçevesinde¹⁰ delil ileri sürebilecektir¹¹.

Öte yandan, cevap dilekçesi vermemiş olan davalı dava dosyasından anlaşılabilen itiraz sebeplerini¹² ve bunları ispata yarayan delilleri de ileri sürebilecektir. Bu noktada mahkemenin cevap dilekçesi vermeyen davalıya delillerini ileri sürebilmesi için süre verip veremeyeceği sorusunun cevaplandırılması gerekir. Konu doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, mahkeme, cevap dilekçesi vermeyen davalıya delillerini ileri sürebilmesi için süre veremez. Cevap vermeyen ve bu nedenle kanun gereği davacının iddialarını inkâr etmiş sayılan davalı ancak bu kapsamda

⁸ Bu ihtimalde davacının da ikinci cevap dilekçesi verip veremeyeceği tartışmalıdır. Egemen görüşe göre, bu durumda, davacı ikinci cevap dilekçesi veremeyecektir. Hepsini yerine bkz. Kuru, Baki: Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. 1, Ankara 2020, s. 504. Aksi yönde: Özkaya-Ferendeci, H. Özden: “Davalının Cevap Dilekçesi Vermemesi Halinde M. 128’in Uygulanması ve Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Arayışları”, (MÜHFHAD, 2018/1, s. 258-269), s. 258 vd.

⁹ Özkaya-Ferendeci, s. 260; Görgün, Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet: Medeni Usul Hukuku, 9. B., Ankara 2020, s. 317-319. Bu noktada bilirkişi incelemesi (HMK m. 266) ve keşif (HMK m. 288) delillerini istisna tutmak gerekir. Zira anılan delillere taraflar dayanmasa da hâkim kendiliğinden başvurabilecektir. Bkz. Taşpınar Ayvaz, Sema: Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, s. 386.

¹⁰ Buna karşılık, cevap dilekçesi vermeyen davalı inkârını ispat sadedinde zamanaşımı veya borcun ödendiği gibi iddialar ileri sürecek olursa bununla savunmayı genişletme yasağını ihlâl etmiş olur (Kuru, El Kitabı, s. 502; Akyol Aslan, Leyla: Medeni Usul Hukukunda Cevap Dilekçesi Verilmemesinin Sonuçları, Ankara 2019, s. 382 vd.).

¹¹ Cevap dilekçesi vermeyen davalının da ön inceleme duruşmasına davet edilmesi gerektiği hakkında bkz. Kuru, Ders Kitabı, s. 183; Kuru, El Kitabı, s. 502; Akyol Aslan, s. 227.

¹² Kuru, El Kitabı, s. 504.



savunma yapabilir ve delil gösterebilir¹³. Bununla birlikte, cevap dilekçesi vermemiş olan davalı ön inceleme aşamasından önce veya en geç ön inceleme aşamasında ıslah yoluyla cevap dilekçesi vermişse kendisine ıslah talebiyle birlikte mahkemeye sunduğu cevap dilekçesinde dayandığı delilleri sunabilmesi için ön inceleme aşamasında süre verilebilmelidir¹⁴.

Aksi yöndeki görüşe göre ise, HMK m. 128 ile sadece cevap dilekçesi verilmemesine davayı inkâr sonucu bağlanmakla yetinilmiş, buna karşılık, cevap dilekçesi vermeyen davalının sonradan hiçbir şekilde delil ileri sürmeyeceğine ilişkin yasaklayıcı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Cevap dilekçesinde salt davacının iddialarını inkârla yetinen ve bütün kanuni delilleri sadece ismen saymış olan bir davalıya HMK m. 139/1-ç uyarınca süre verilecekken hiç cevap dilekçesi vermeyerek aynı sonucu sağlayan davalıya süre verilemeyeceğini kabul etmek tutarlı olmayacaktır. Bu nedenlerle süresinde cevap dilekçesi vermeyen davalıya, karşı ispat (HMK m. 191) faaliyeti bağlamında inkâr savunmasıyla sınırlı olmak üzere ön inceleme aşamasında, talep etmesi halinde, delillerini ileri sürebilme imkânının tanınması doğru olacaktır; aksi düşüncenin kabulü HMK m. 128’de öngörülen inkâr sonucunu anlamsız kılacak, davada var olan “çelişme” ve “silahların eşitliği ilkesi”ni zedeleyecek ve davalının ispat hakkı ihlâl edilmiş olunacaktır. Bu ise sonuçta hukuki dinlenilme (HMK m. 27) ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının (AY m. 36/1) ihlâli anlamına gelecektir¹⁵.

Uygulamada ise Yargıtay’ın bazı daireleri, 22.07.2020 tarih ve 7251 sayılı Kanun’un¹⁶ 13 ve 14. maddeleriyle sırasıyla HMK m. 139 ve 140’da yapılan değişikliklerden önce, cevap dilekçesi vermeyen davalıya delillerini ileri sürebilmesi için süre verilebileceğini ifade etmekte idi¹⁷.

¹³ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1206; Akkaya, Tolga: Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davaları, Ankara 2017, s. 367.

¹⁴ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1207.

¹⁵ Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışmaları, 17. B., Ankara 2019, s. 221; Akyol Aslan, s. 509-510; Aras, Aslı: “Cevap Dilekçesi Verilmemesinin Hukuki Sonuçları”, (DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1927-1952), s. 1938.

¹⁶ RG 28.07.2020, S. 31199.

¹⁷ Örnekler: “...Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davalı tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüldüğü düşünülür: Dava dilekçesi davalıya 26.11.2013 günü tebliğ edilmiş, **davalı süresinde (HMK. m. 127/1) cevap vermemiş**, 19.03.2014 günü verdiği dilekçe ile yetki itirazında bulunmuştur. 02.04.2014 tarihli dilekçesi ile de tanıklarını bildirmiştir. Davaya süresinde cevap vermemiş olan davalı, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkâr etmiş sayılır (HMK. m.128). Bu böyle olmakla birlikte süresinde davaya cevap vermemiş olan davalının dahi, kanunda belirtilen süre içinde olmak koşuluyla delil bildirme hakkı mevcuttur. Delil, çekişmeli hususların ispatı için gösterilir (HMK. m.187). Çekişmeli hususlar ise ön inceleme duruşmasında tespit

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise bu konuda dönüm noktası sayılabilecek bir kararında cevap dilekçesi vermemiş olan davalıya ayrıca süre verilemeyeceğini içtihat etmiştir. Kararda özetle şu görüşlere yer verilmiştir: “... **Davalı cevap dilekçesi vermemiştir. Katıldığı ön inceleme duruşmasında, boşanmak istemediğini beyan etmiştir...uyuşmazlık; yasal süresinde davaya cevap vermeyen davalının, kötüye kullanılmadıkça davacı tarafın ileri sürdüğü vakıaları çürütmeye yönelik delil bildirip bildiremeyeceği, cevap dilekçesiyle delil bildirmeyen davalıya ön inceleme duruşmasında belirlenen uyuşmazlık konusunda delil bildirmesi için süre verilmesinin gerekip gerekmediği, varılacak sonuca göre somut olayda davalıya delil göstermesi için süre verilerek gösterdiği takdirde delilleri toplanarak hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır... Delillerin belirli bir zaman dilimi için de gösterilip sunulması yargılamayı çabuklaştıracak olmasının yanı sıra, taraflara da gösterilen delillerinden haberdar olarak zamanında bunlara karşı delil veya görüş bildirebilme imkânı tanyacak, böylece uyuşmazlıklar en kısa sürede adilane çözüme**

edilir. (HMK. m. 140/1) Tarafların anlaşmaları ve ayrıştıkları hususlar tespit edilmeden delil göstermeleri beklenemez. Şu hâlde, taraflar kural olarak en geç tahkikatın başına kadar delil gösterebilir ve sunabilirler... **Davalıya ön inceleme duruşmasında delil göstermesi ve delillerini sunması için bir süre verilmediğine göre** davalının tahkikat duruşmasından önce 02.04.2014 günü verdiği tanık listesi süresinde kabul edilmelidir. Öyleyse davalının gösterdiği tanıkları dinlenip diğer delillerle birlikte değerlendirilerek hâsıl olacak neticesine göre karar verilmesi gerekir. Bu husus nazara alınmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır...”2. HD, 20.02.2015, 17538/2414 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>); “Davalının davaya süresinde cevap vermemiş olması, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamının inkâr edildiği anlamına gelir (HMK. m. 128). Bu böyle olmakla birlikte, süresinde davaya cevap vermeyen davalının, davacının davasının dayanağı olarak gösterdiği vakıaları çürütmeye yönelik delil gösterme hakkı vardır. Delil, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli hususların ispatı için gösterilir (HMK. m. 187/1). Uyuşmazlık konuları ise ön incelemede belirlenir. Ön inceleme duruşmasında uyuşmazlık konuları belirlenmeden, tarafların tanık listesi vermesi beklenemez. Kuşkusuz o aşamaya kadar göstermişler ise gösterdikleri delillerin toplanması için gerekli hazırlık işlemleri ön incelemede yapılacaktır (HMK. md.137/1). Ancak **göstermemişlerse, çekişmeli konuların belirlenmesinden sonra bunların ispatı için taraflardan delil göstermeleri istenmelidir.** Aksinin kabulü, bir kez davaya cevap vermemiş veya cevap süresini kaçırmış olan davalının, hukuki dinlenilme hakkını (HMK. md. 27) zedeler. **Bu bakımdan, davalıya ön inceleme duruşmasında, davacının davasının dayanağı olarak gösterdiği vakıaları çürütmek için delil gösterme imkânı verilmeli, gösterdiği takdirde buna ilişkin delilleri tahkikat aşamasında usulünce toplanarak tüm deliller birlikte değerlendirilerek, tarafların kusur durumları ve boşanmanın fer’i sonuçları buna göre karara bağlanmalıdır.** Bu hususlar nazara alınmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır...” 2. HD, 26.09.2013, E. 2013/8511, K. 2013/22057 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>)



kavuşacaktır... 145. maddede belirtilen ve tarafın etki alanı dışında kalan çok özel durumlar dışında, sonradan delil sunulması halinde bu deliller dikkate alınmamalıdır... 6100 sayılı HMK'da düzenlemelere yer verilmiş olup, **bu bağlamda delil gösterilmesi dilekçelerin teatisi (dava, cevap, cevaba cevap ve ikinci cevap) aşamasına hasredilmiştir...dava dilekçesinin davalıyla 31.05.2012 tarihinde usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmesinden sonra süresi içerisinde cevap dilekçesi verilmediğinden savunmanın dayanağı olarak süresinde ileri sürülen bir delil (HMK m. 129/1-e) bulunmadığından yerel mahkemenin davalıya delil göstermesi için süre vermesine yasal olarak imkân bulunmadığının kabulü gerekir... ”¹⁸.**

Anılan içtihattan sonra Yargıtay dairelerinin de bu yönde kararlar verdiği görülmektedir. Örneğin: “... 6100 Sayılı HMK'nın sistematiği içinde; tahkikat aşamasına geçilmezden evvel tarafların uyumsuzlukların çözümü için ileri sürdükleri delillerin daha işin başında belirlenerek tahkikatın etkin bir şekilde yapılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Yargılamanın etkin ve makul bir süre içinde bitirilmesi için delil gösterilmesi dilekçelerin teatisi (dava, cevap, cevaba cevap ve ikinci cevap) aşamasına hasredilmiştir. Buna göre, **dilekçelerin teatisi aşamasında herhangi bir delil bildirmeyen davacı veya davalıya ön inceleme duruşmasında delillerini bildirmesi için yeni bir süre verilmesine imkân bulunmamaktadır.** Somut olayda; dava dilekçesi 20.11.2012 tarihinde davalıya tebliğ edilmiş, **davalı yasal süresi içinde davaya cevap vermediği gibi herhangi bir delil de bildirmemiştir.** 28.02.2013 tarihli ön inceleme duruşmasında mahkemece taraflara uyumsuzlukla ilgili olarak hangi delillere başvurduklarının sorulması üzerine davalı delillerinin; “Ulukışla İcra Müdürlüğü'nün 2011/138 Esas sayılı dosyası ve tanıklar” olduğunu beyan etmiş, ön inceleme duruşmasından sonra da tanıklarının isimlerini bildiren dilekçe vermiştir. Yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler dikkate alındığında, usulüne uygun tebligata rağmen yasal süresi içinde davaya cevap vermediği gibi herhangi bir delil de bildirmeyen davalının ön inceleme duruşmasında delillerini bildirmesi ve ön inceleme duruşmasından sonra da isim ve adreslerini bildirdiği tanıkların dinlenilmesi mümkün değildir... ”¹⁹.

Kanımızca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından yukarıda özeti verilen kararda temsil edilen görüş daha isabetlidir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu delillerin ileri sürülmesi bakımından 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre daha katı bir anlayış benimsemiş ve bu meyanda anılan Kanun'un taraflara yeni delil ileri sürebilme imkânı tanyan

¹⁸ YHGK, 20.04.2016, E. 2014/2-695, K. 2016/522 (KİBB).

¹⁹ YHGK, 20.04.2016, E. 2014/13-856, K. 2016/523 (<https://hukuk.medeniyet.edu.tr>).

244. maddesine²⁰ denk gelen bir düzenlemeye HMK’da yer verilmemiştir²¹. Böylelikle kanun koyucunun yargılamanın sürüncemede kalmasını engellemek gayesiyle hareket ettiği ve bu nedenle delillerin mümkün olduğunca yargılamanın başında ileri sürülmesini sağlamaya çalıştığı söylenebilir. Nitekim doktrinde de HMK’nın delillere ilişkin hükümleri karşısında tarafların delillerini prensip olarak dilekçelerin değişimi aşamasında ileri sürebilecekleri belirtilmiştir²². Öte yandan, Kanun’da cevap dilekçesi vermemek suretiyle davayı inkâr etmiş sayılan davalıya daha fazla imkân tanındığını gösteren bir hüküm de sevk edilmemiştir. Kanımızca HMK m. 191 hükmü de bu konuda aksi yöndeki görüş için haklı bir dayanak teşkil etmemektedir. Zira anılan hükümde sadece diğer tarafın, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olmadığını ispat sadedinde delil ileri sürebileceği hükme bağlanmıştır; yoksa karşı ispat faaliyetine girişen tarafa *ayrıca* süre verileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Sonuç olarak, süresi içinde cevap dilekçesi vermeyen ve bu itibarla kanunen davacının iddialarını inkâr etmiş sayılan davalıya delillerini ileri sürebilmesi için *ayrıca* bir süre verilemeyecektir. Bu sonuç Kanun’da (m. 139/1-ç) verilmesi öngörülen iki haftalık süre bakımından da geçerlidir. Çünkü bahsi geçen hüküm sadece dava ve cevap dilekçesinde gösterilmekle birlikte sunulmayan belge türündeki delilleri kapsamaktadır²³. Cevap dilekçesi vermeyen bir davalının ise sonradan anılan hükme istinaden belge sunması doğal olarak mümkün olmayacaktır.

Son olarak tahkim yargılamasındaki duruma kısaca değinmek faydalı olacaktır. Bilindiği üzere, HMK m. 430/1-b hükmü uyarınca “*Davalı, cevap*

²⁰ “*İkame ve beyan olunan delillerin tamamen istima ve tetkikandan sonra iki yüz yirmi birinci madde hükmüne tefhikan ayrıca tahkikat icrasına karar verilmeyen meselelerde iki taraftan her biri yeni delil ibraz ve ikamesini isteyebilir. Hâkim muvafık görürse bu talebi kabul eder.*”

²¹ HMK ile HUMK’un delillerin ikamesi bakımından karşılaştırılması için bkz. Öznumcu, Seda: “1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Delillerin İkamesi Hakkındaki Hükümlerine Mukayeseli Bir Bakış”, (KHD, Ocak-Şubat 2013, s. 42-66), s. 60 vd.; Kılınç, Ayşe: “Dilekçelerin Değişimi Aşamasında Delillerin Gösterilmesi ile Delillerin Hasredilmiş Olup Olmayacağı Meselesi”, (MİHDER, 2019/1, s. 105-136), s. 110 vd.

²² Erdönmez, Güray: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından Delillerin Gösterilmesi ve İbrası”, (İBD, 2013/5, s. 15-53), s.18. Karş. Eroğlu, Orhan: Medeni Usul Hukukunda Davaya Cevap, Ankara 2018, s. 291. Esasen anılan son Yazar da bu görüşte ise de buna tanık delili bakımından istisna tanımaktadır. Buna göre, davalı cevap dilekçesini ve delil süresini kanuni süresinden sonra, ön inceleme duruşmasından önce sunmuş ve delil listesinde tanık deliline dayanmış ise davalının inkâr kapsamında bildirmiş olduğu tanıkların dinlenmesi gerekir.

²³ Bu yönde: Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin: Medeni Usûl Hukuku, 3. B., Ankara 2020, s. 394. Tarafların iddialarını salt “belgeyle” ispatlayacaklarını ileri sürmelerinin yeterli olmadığı, belgeyi somutlaştırması gerektiği hakkında bkz. Börü, Levent: Medeni Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016, s. 208.



dilekçesi vermezse; bu durum davacının iddialarının ikrarı veya davanın kabulü olarak değerlendirilmeyip yargılamaya devam edilir". Doktrinde ifade edildiği üzere esasen bu hüküm devlet mahkemesinde açılan davada davalının cevap vermemesi durumunda ortaya çıkan sonuçla aynı sonucu doğurmalı davalının, davacının iddialarını inkâr ettiği kabul edilmelidir²⁴. Öte yandan, HMK m. 430/1-c hükmü uyarınca taraflardan biri, geçerli bir neden göstermeksizin davaya katılmaz veya delillerini sunmaktan kaçınırsa hakem kurulu, tahkim yargılamasına devam ederek mevcut delillere göre karar verebilecektir. Şu halde her şeyden önce davalının cevap vermemesi durumunda dava sona ermeyecek hakem veya hakem kurulu yargılamaya devam edecektir. Bununla birlikte, bu ihtimalde davalının daha sonra delil ileri sürüp süremeyeceği belirlenirken devlet mahkemesi önünde icra edilen yargılamayla aynı sonuca ulaşılması zorunlu değildir. Zira HMK m. 428/3 uyarınca taraflar aksini kararlaştırmış olmadıkça, tahkim yargılaması sırasında iddia veya savunmasını değiştirebilecektir. Bununla birlikte, hâkim veya hakem kurulu, bu işlemin gecikerek yapılmış olduğu veya diğer taraf için haksız bir şekilde büyük zorluk yarattığı ve diğer durum ve koşulları dikkate alarak, böyle bir değişiklik veya genişletmeye izin vermeyebilir. İddia veya savunma tahkim sözleşmesinin kapsamı dışına çıkacak şekilde değiştirilemez ve genişletilemez. Şu halde, tahkim yargılamasında cevap vermeyerek davayı inkâr etmiş sayılan davalı inkârla sınırlı olmaksızın vakıa ve delil ileri sürebilecektir²⁵.

B. CEVAP DİLEKÇESİ VERMEYEN DAVALININ NE ZAMANA KADAR DELİL İLERİ SÜREBİLECEĞİ

Yukarıda belirtildiği üzere, doktrinde cevap dilekçesi vermeyen davalının da delil ileri sürebileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, davalının bunu ne zamana kadar yapabileceği konusunda farklı görüşler ortaya atılmıştır.

Bir görüşe göre, cevap vermeyen davalı ön inceleme ve tahkikat aşamasında inkâr çerçevesinde kalmak kaydıyla savunma yapabilecek ve bu yönde ispat faaliyetinde bulunarak delil gösterebilecektir²⁶. Diğer bir görüşe göre ise her ne kadar cevap dilekçesi vermeyen davalının da delil ileri sürebilmesi mümkünse de bunu zamansal olarak herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın yapabileceği kabul edilemez; aksi takdirde davanın tarafları, yani davacı ile (cevap dilekçesi vermeyen) davalı arasında eşitsizlik yaratılmış olur. Öte yandan, cevap dilekçesi veren davalının, delillerini en geç ön inceleme duruşması için çıkarılacak davetiyenin tebliğinden itibaren iki hafta içinde (HMK m. 139/1-ç) sunabileceği, buna karşılık, cevap dilekçesi vermeyen davalının ise

²⁴ Özbay, İbrahim/Korucu, Yavuz: Tahkim, Ankara 2016, s. 98; Akyol Aslan, s. 144.

²⁵ Akyol Aslan, s. 145.

²⁶ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1206; Tanrıver, Süha: Medeni Usul Hukuku, C. 1, 2. B., Ankara 2018, s. 675; Akkaya, s. 367.

tahkikat sonuçlanıncaya kadar delil ileri sürebileceğinin kabul edilmesi de doğru olmayacaktır. Kaldı ki, tahkikat aşaması delillerin gösterildiği değil, değerlendirildiği bir aşamadır. Bu gerekçelerle, cevap dilekçesi vermeyen davalının delillerini en geç ön inceleme duruşması için gönderilen davetiyenin tebliğinden itibaren iki haftalık süre içinde ileri sürebileceği kabul edilmelidir²⁷.

Yargıtay'ın bu konudaki içtihatlarının ise zamanla değiştiği gözlemlenmektedir. Nitekim Yargıtay daha önce vermiş olduğu bazı kararlarda cevap dilekçesi vermeyen davalının da sonradan delil ileri sürebileceğini kabul etmekteydi: "... Davaya süresi içinde cevap verilmemiş olması, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamının inkârı anlamına gelir (HMK. m. 128). Bu böyle olmakla birlikte, **süresi içinde davaya cevap vermemiş olmak, davalının savunmasını ispat etme ve davacının ileri sürdüğü vakıaları çürütmeye yönelik delil gösterme hakkını ortadan kaldırmaz. Eş söyleyişle, davaya süresinde cevap vermeyen davalı, davacının kusurlarına yönelik olarak değil, kendisine kusur yüklenemeyeceğine ilişkin olarak delil bildirme hakkına sahiptir. Kaldı ki, delil taraflar arasındaki çekişmeli hususların ispatı için gösterileceğine göre, bu husus saptanmadan taraflardan delillerini sunmaları da beklenemez. Davalı, süresinden sonra 29.03.2012 günü verdiği cevap dilekçesinde tanık deliline dayanıp, bunların isim ve adreslerini bildirmiş ve ayrıca hastane kayıtlarına da dayanmıştır. O hâlde, davalının gösterdiği deliller toplanıp, diğer delillerle birlikte değerlendirilerek hâsıl olacak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, usulüne uygun olmayan şekilde tensiple süre verilmiş olduğundan bahisle davalının gösterdiği deliller toplanmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır...**"²⁸.

Yargıtay daireleri daha sonra, yukarıda (A) başlığı altında özetine yer verilen YHGK kararına paralel olarak, cevap dilekçesi vermeyen davalının sonradan delil ileri sürmesinin mümkün olmadığı, bu meyanda ön inceleme aşamasında dahi kendisine süre verilemeyeceği yönünde kararlar vermeye başlamışlardır. Örneğin: "... Somut olayda, **davalının süresinde cevap dilekçesi vermediği ve yargılamanın devamında hatta ön inceleme aşamasından da sonra, 11.02.2015 tarihinde verdiği dilekçe ile davanın esasına ilişkin savunmada bulunduğu ve tanıkları Kazım ile Cemile'nin dinlenmesini talep ettiği anlaşılmıştır. Davalının bu hareketi hem delilleri süresinde gösterme kuralı, hem de savunmanın genişletilmesi/değiştirilmesi yasağına aykırıdır. Buna göre süresi içinde cevap dilekçesi vermemiş davalı, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü tüm vakıaları inkâr etmiş sayılır ve yukarıda belirtilen istisnalar dışında sonradan delil gösteremez ve savunmasını genişletemez/değiştiremez. O hâlde Mahkemece, davacı tarafından gösterilen**

²⁷ Akyol Aslan, s. 514.

²⁸ 2. HD, 13.05.2013, E. 2013/1548, K. 2013/13577 (Akyol Aslan, s. 516, dn. 579).



deliller değerlendirilmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, süresinde cevap dilekçesi vermeyen ve dolayısıyla süresinde tanık deliline dayanmayan davalının tanıkları dinlenerek, bu tanık beyanları hükme esas alınarak karar verilmesi doğru olmamıştır... ”²⁹.

Biz doktrinde ileri sürülen ve yukarıda yer verdiğimiz görüşlerin hiçbirine bütünüyle katılamamaktayız. Kanaatimizce cevap dilekçesi vermeyen taraf kural olarak ancak dilekçeler teatisi bitinceye kadar delil ileri sürebilir. Bu itibarla cevap dilekçesi vermeyen davalı ne ön inceleme aşamasında ne de tahkikat aşamasında delil ileri sürebilecektir. Zira tahkikat aşamasında daha önce toplanmış bulunan deliller incelenir ve değerlendirilir; aksi hâlde, tahkikat tamamlanamaz ve yargılama uzar³⁰. Öte yandan HMK m. 139/1-ç hükmü sadece cevap dilekçesinde belge deliline dayanan davalı bakımından bir anlam ifade edeceğinden cevap dilekçesi vermeyen bir davalı bu (ek) iki haftalık süreden de yararlanamayacaktır.

Öte yandan, bu meseleye ilişkin olarak bir sonuca ulaşırken HMK m. 189 ve HMK m. 145/1, c. 1 hükümleri de gözden ırak tutulmamalıdır³¹. Nitekim HMK m. 189 uyarınca taraflar ancak *kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak* ispat hakkına sahiptirler. HMK m. 145/1, c. 1 uyarınca ise taraflar *kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler*. Anılan bu iki hüküm bir arada değerlendirildiğinde tarafların delillerini dilekçelerin değişimi aşamasından sonra ileri sürebilmeleri için buna cevaz veren kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Hâlbuki cevap dilekçesi vermeyen davalının dilekçelerin değişimi aşamasından sonra delil ileri sürebileceğine ilişkin böyle bir düzenleme ise mevcut değildir. Kaldı ki, cevap dilekçesi verip davacının iddialarını inkâr etmekle yetinen bir davalı sadece dilekçelerin değişimi aşamasında delil ileri sürebilecekken cevap dilekçesi vermeyen bir davalıya bu konuda daha geniş imkân tanınması kanımızca eşitlik ilkesine (AY m. 10) aykırı olacağı gibi, bunun haklı bir gerekçesi de bulunmamaktadır.

Özetle; cevap dilekçesi vermeyen davalı prensip olarak sadece dilekçelerin değişimi için öngörülen süre zarfında delillerini ileri sürebilecektir. Bu itibarla yukarıda (A) başlığı altında özetine yer verilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında bu meseleye ilişkin olarak dile getirilen görüş kanımızca daha isabetlidir³².

²⁹ 8. HD, 01.04.2019, E. 2018/3244, K. 2019/3480 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>)

³⁰ Özeker, Pekcanitez Usul, s. 1339.

³¹ Benzer şekilde: Tutumlu, Mehmet Akif: “Cevap Dilekçesi Vermeyen Davalının Delil Gösterme Hakkı Düşer mi?”, (THD, C. 11, S. 120, Ağustos 2016, s. 134-138), s. 137; Tutumlu, Mehmet Akif: “Cevap Dilekçesinde Gösterilmeyen Delile (Tanık) Tahkikat Aşamasında Dayanılabilir mi?”, (THD, C. 9, S. 95, Temmuz 2014, s. 116-118), s. 118.

³² Aynı yönde: Çiftçi, Pınar: “Boşanma Davalarında Delillerin Gösterilmesine ve İbrazına

Bu başlık altındaki açıklamalara son vermeden önce şunu da belirtmek gerekir ki, doktrinde haklı olarak işaret edildiği üzere, süresi içinde cevap dilekçesi vermeyen davalının da daha sonra delil ileri sürebilme olanağı tümüyle ortadan kalmamaktadır³³. Şöyle ki, her şeyden önce cevap dilekçesi vermeyen davalı da HMK m.145'in sunduğu imkânlardan yararlanabilir. Daha açık bir ifadeyle, cevap dilekçesi vermeyen davalı da yargılamayı geciktirmemek kaydıyla yahut daha önce ileri sürememekte kusurunun bulunmadığı hallerde inkâr çerçevesinde sonradan delil ileri sürebilecektir. Cevap dilekçesi vermeyen davalının delil ileri sürebilmesine olanak tanıyan ikinci düzenleme ise hâkimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin HMK m.31 hükmüdür. Buna göre, mahkemenin, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı hâllerde, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, cevap dilekçesi vermeyen davalıya açıklama yaptırması, soru sorması ve ondan delil göstermesini istemesi mümkündür³⁴. Fakat davalı bunu sadece dava dosyasından anlaşılabilen hususlar bakımından yapabilecektir. Zira hâkimin davayı aydınlatma ödevinin (HMK m. 31) sınırları bunlarla çizilmiştir³⁵. Son olarak, cevap dilekçesi vermeyen davalı, iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının karşı tarafın rızasıyla veya ıslahla aşıldığı durumlarda (bkz. HMK m. 141) da delil ileri sürebilecektir.

Yukarıda belirtildiği üzere, tahkim yargılamasında cevap dilekçesi vermeyen davalı prensip olarak savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağıyla bağlı olmaksızın yeni vakıa ve bunun ispatı sadedinde yeni delil ileri sürebilecektir. Bununla birlikte, bu noktada HMK m. 428/3 hükmü dikkate alınmalıdır. Zira bahsi geçen hükme göre, taraflar aksini kararlaştırmış olmadıkça, tahkim yargılaması sırasında iddia veya savunmasını değiştirebilecektir. Bununla birlikte, hâkim veya hakem kurulu, bu işlemin gecikerek yapılmış olduğu veya diğer taraf için haksız bir şekilde büyük zorluk yarattığı ve diğer durum ve koşulları dikkate alarak, böyle bir değişiklik veya genişletmeye izin vermeyebilir.

İlişkin Güncel Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararlarının -Önemli Bir İçtihat Değişikliğinin- Değerlendirilmesi”, (DEÜHFD, C. 20, S. 1, 2018, s. 15-61), s. 58.

³³ Doktrinde bu imkânlarla ıslah da ilave edilmektedir. Bkz. Yılmaz, Ejder: “Hukuk Davalarında Delillerin Gösterilme Zamanı”, (Avukat Serdar Özersin’e Armağan, Ankara 2017, s. 11-25), s. 18.

³⁴ Akyol Aslan, s. 516.

³⁵ Bkz. Erdönmez, s. 16, dn. 6; Bolayır, Nur: Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014, s. 151. Karş. Karaaslan, Varol: Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, 2. B., Ankara 2019, s. 186 vd.

II. KANUN YOLUNDA

A. İSTİNAF AŞAMASINDA

Hukukumuzda dar istinaf modeli benimsenmiş olduğundan³⁶ ilk derece yargılaması sırasında dermeyan edilmeyen vakıaların ve delillerin istinaf aşamasında ileri sürülmesi prensip olarak caiz değildir³⁷. Nitekim HMK m. 357/1 uyarınca, bölge adliye mahkemesince re'sen göz önünde tutulacaklar dışında ilk derece yargılaması aşamasında ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemeyeceği gibi, yeni delillere de dayanılmaz. Söz konusu ilkenin istisnası ise aynı maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, “İlk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği hâlde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller bölge adliye mahkemesince incelenebilir.”

Bu hüküm ile tanınan delil ileri sürme hakkı şüphesiz cevap dilekçesi vermeyen davalı bakımından da geçerlidir. Zira cevap dilekçesi vermeyen davalı da tıpkı süresi içinde cevap dilekçesi veren davalı gibi delil ileri sürme hakkını haizdir. Bu nedenle, cevap dilekçesi vermeyen davalı inkâr savunması çerçevesinde ileri sürmek istediği delilleri usulüne uygun olarak göstermiş olduğu hâlde bunlar ilk derece mahkemesi tarafından incelenmeden reddedilmiş idi ise yahut anılan deliller mücbir bir sebeple³⁸ daha önce ileri sürülemediyse davalı bunları istinaf aşamasında da ileri sürebilecektir³⁹.

İstinaf derecesinde istinafa ilişkin özel hüküm bulunmayan hallerde ilk derece yargılamasına ilişkin hükümler uygulanacaktır⁴⁰. Delillerin hangi şartlar altında gösterilebileceği HMK m. 357’de özel olarak düzenlendiğinden istinaf aşaması bakımından öncelikle bu hüküm uygulanacaktır. Bununla birlikte, davalının kusursuz olarak delil ileri süremediği hallerde HMK m. 145’ten kıyasen yararlanabileceği kanaatindeyiz.

B. TEMYİZ AŞAMASINDA

Cevap dilekçesi vermeyen davalının temyiz aşamasında delil ileri sürüp süremeyeceği sorusu cevaplandırılırken temyiz aşamasının niteliği göz önünde tutulmalıdır. Temyiz denetimi alt derece mahkemesi kararının hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesiyle

³⁶ Yıldırım, Kâmil: Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000, s. 45 vd.; Yılmaz, Ejder: İstinaf, 2. B., Ankara 2005, s. 57.

³⁷ Meraklı Yayla, Deniz: İstinaf Yargılaması, Ankara 2014, s. 106 vd.; Akil, Cenk: İstinaf Kavramı, Ankara 2009, s. 308 vd.; Akkaya, Tolga: Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2010, s. 272 vd.

³⁸ Bu hüküm çerçevesinde mücbir sebebin uygulanma şartları belirlenirken HMK m. 145’ten kıyasen yararlanılabileceği kanısındayız.

³⁹ Akyol Aslan, s. 519-520. Ayrıca bkz. Bolayır, Hâkimin Rolü, s. 284 vd.

⁴⁰ HMK m. 360.

sınırlı bir işleve sahiptir. Temyiz aşamasında tahkikat yapılmadığından ispat faaliyetine girilip delil ikame edilemeyeceği konusunda doktrinin hemfikir olduğu söylenebilir⁴¹. Buna karşılık, Yargıtay'ın bu konudaki kararları istikrarlı değildir. Yargıtay bazı kararlarında davanın inkârına doktrine nazaran daha geniş bir anlam yüklemiş ve bilhassa borcu sona erdiren vakıaları da bu kapsamda mütalaa ederek temyiz aşamasında dahi borcu sona erdiren bir vakıayı ispatlamaya hizmet eden delillerin ileri sürülebileceği sonucuna varmıştır. Örneğin: “... **Cevap dilekçesi vermemek suretiyle davayı inkâr eden davalının inkâra yönelik savunması, borcun mevcut olmadığı ya da ödendiğine dair savunmayı da kapsayacağından, davalının borcun ne sebeple bulunmadığını açıklamak ve o yöndeki delillerini sunmak hakkının ortadan kalkmadığı ve cevap süresinden sonra hatta temyiz aşamasında dahi borcu söndüren bir belgenin varlığı karşısında bunu ileri sürmek ve ibraz etmesinde savunmanın genişletilmesi yasağından söz edilemeyeceğinin kabulü zorunludur...**”⁴².

Yargıtay'ın bu kararında vardığı sonuca katılmak mümkün değildir. Şöyle ki; davalı cevap dilekçesi vermemek suretiyle davacının ileri sürdüğü vakıaların hiç gerçekleşmediğini ya da gerçeğe aykırı olduğunu (doğru olmadığını) ileri sürmüş olmaktadır. Buna karşılık, başlangıçta doğmuş olan borcun sonradan ödeme ya da borcu sona erdiren başka bir nedenle sona erdiğinin ileri sürülmesi borcun hiç doğmadığını değil, aksine doğmuş olan borcun ödeme nedeniyle düşmüş olduğu anlamına gelir. Ödeme vakıası ise itiraz niteliğinde olup maddi hukuk anlamında itirazlar inkâr sayılmaz⁴³.

Yargıtay daha yakın tarihli başka bir kararında ise doktrinde ileri sürülen görüşlere paralel olarak temyiz aşamasında delil ileri sürülemeyeceğini kabul etmiştir: “... (S)omut olay değerlendirildiğinde, **temyiz dilekçesi ekinde ibraz edilen yıllık izin belgelerinin, yargılamanın devamı sırasında gerek davacı işçinin beyanlarında gerekse davalı işverenin savunmalarında yer almadığı, mahkemece usulüne uygun olarak verilen süreye rağmen davalı tarafça ibraz edilmediği, kaldı ki davalı işveren tarafından belgelerin yargılama aşamasında sunulmamasına yönelik bir mazeret de ileri sürülmediği gibi 12.11.2012 havale tarihli temyiz dilekçesine ek olarak verilen 04.12.2012 havale tarihli temyiz dilekçesinde açıkça bahsi geçen belgelerin ‘sehven’ sunulmadığının belirtildiği anlaşılmıştır... Buna göre yasal düzenlemeler ve yıllık izin belgelerinin niteliği dikkate alındığında, davalı işverenin, kanuni süresinde sunulmayan hakkın doğmadığını gösteren yıllık izin belgelerine dayanması mümkün değildir...**”⁴⁴.

⁴¹ Bkz. Kuru, Ders Kitabı, s. 200; Umar, s. 411-412; Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1206, dn. 10; Çiftçi, Pınar: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018, s. 284 vd.; Eroğlu, s. 288; Akyol Aslan, s. 520.

⁴² 15. HD, 20.02.2014, E. 2013/254, K. 2014/1189 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>). Aynı yönde: YHGK, 09.02.2011, E. 2011/13-29, K. 2011/56; YHGK, 17.10.2007, E. 2007/19-752, K. 2007/728 (KİBB).

⁴³ Umar, s. 412; Akyol Aslan, s. 523.

⁴⁴ YHGK, 09.05.2018, E. 2018/22-422, K. 2018/1024 (KİBB).



Her ne kadar karara konu olan olayda ilk derece yargılaması sırasında delil ileri sürmeyen taraf cevap dilekçesi vermişse de Yargıtay'ın ulaştığı sonuç bakımından cevap dilekçesi veren davalı ile vermeyen davalı arasında fark bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, Yargıtay'ın ulaştığı sonuç cevap dilekçesi vermeyen davalı bakımından da aynen geçerli olacaktır. Sonuç itibarıyla, Yargıtay'ın yaptığı temyiz incelemesinde ne yeni bir vakta ne de yeni bir delil ileri sürülebilecektir⁴⁵.

III. DİĞER BAZI HUKUKİ ÇARELER BAKIMINDAN

A. HÜKMÜN TASHİHİNDE

Bazen mahkeme tarafından verilen hükümde dosyaya bakıldığında kolaylıkla fark edilecek nitelikte⁴⁶ yazı, hesap ve benzeri hatalar olabilir. İşte böyle bir durumda mahkeme kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine bunları düzeltebilir (HMK m. 304/1, c. 1). Bunun için taraflar bir dilekçeyle hükmü veren mahkemeye başvuracaklardır. Dilekçenin bir nüshası, cevap süresi mahkemece belirlenerek karşı tarafa tebliğ edilir. Cevap, tashih talebinde bulunan tarafa tebliğ olunur (HMK m. 306/1).

Bu yola davacı başvurabileceği gibi davalı da başvurabilir. Davalının daha önce cevap dilekçesi vermiş olup olmamasının bu konuda herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Kanaatimizce hükmün tashihi amacıyla sınırlı olmak üzere taraflar delil de gösterebilmelidir.

B. HÜKMÜN TAVZİHİNDE

Hükmün tavzihinden maksat hükümdeki belirsizliğin giderilmesi veya hükmün içerdiği çelişik sonuçların ortadan kaldırılmasıdır⁴⁷. Taraflar hükmün icrasına kadar hükmün tavzihini talep edebileceklerdir (HMK m. 305/1). Hükmün tavzihinde de HMK m. 306 uygulanacağından yukarıda cevap dilekçesi vermemiş olan davalıya ilişkin açıklamalar burası için de geçerlidir.

C. HÜKMÜN TAMAMLANMASINDA

7251 sayılı Kanun'un 27. maddesi ile HMK'ya eklenen 305/A maddesi hükmü uyarınca "*Taraflardan her biri, nihai kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde, yargılamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda, ek karar verilmesini isteyebilir.*"

Bu haktan davacı yararlanabileceği gibi (cevap dilekçesi vermiş ya da vermemiş) davalı da yararlanabilir. Kanaatimizce hükmün tamamlanması

⁴⁵ Bolayır, Hâkimin Rolü, s. 265; Akyol Aslan, s. 523.

⁴⁶ Boran Güneysu, Nilüfer: Medenî Usûl Hukukunda Karar, Ankara 2014, s. 279.

⁴⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 721; Boran Güneysu, s. 264.

yoluna mahkemenin kendiliğinden hükme geçirmesi gereken hususlar hakkında başvurulmuşsa cevap dilekçesi vermiş ya da vermemiş davalı bu konuya ilişkin olarak delil ileri sürebilmelidir.

D. YARGILAMANIN YENİLENMESİNDE

Yargılamanın yenilenmesi davası kapsamında yapılan yargılama iadesi istenen yargılamanın devamı niteliğindedir⁴⁸. Bu nedenle taraflar iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağıyla burada da bağlıdır. Bununla birlikte, (davalının yargılama sırasında elinde olmayan bir sebeple elde edemediği bir belgeyi kararın verilmesinden sonra ele geçirmesinde olduğu gibi) yargılamanın yenilenmesine yol açan sebepler dikkate alınarak davalının yeni bir delil göstermesi mümkün olabilir⁴⁹. Bu hakkın kullanımı açısından cevap dilekçesi veren ve vermeyen davalı bakımından ayırım yapılması düşünülemez. Zira bu ihtimalde cevap dilekçesi vermiş olan davalı da yargılama sırasında elde edemediği bu belgeyi doğal olarak ileri sürümecekti.

SONUÇ

Bu çalışma kapsamında ulaştığımız sonuçlar şu şekilde sıralanabilir:

Mahkeme, cevap dilekçesi vermeyen davalıya talebi üzerine ya da re'sen delil ileri sürebilmesi için süre veremez.

Cevap dilekçesi vermeyen davalının HMK m. 139/1-ç hükmü uyarınca verilen iki haftalık süreden yararlanması mümkün değildir. Zira anılan düzenleme sadece dilekçe vererek belge deliline dayanan taraflar bakımından bir anlam ifade etmektedir.

Cevap dilekçesi vermeyen davalının HMK m. 145 ve HMK m. 31'deki şartlar dairesinde delil ileri sürmesi mümkün olabilir.

Cevap dilekçesi vermeyen davalı savunmanın değiştirilmesinin caiz olduğu hâllerde (HMK m. 141) delil de ileri sürebilecektir.

Tahkimde; cevap vermeyen davalı da -tahkim sözleşmesinin kapsamını aşmamak kaydıyla- prensip olarak daha sonra delil ileri sürebilecektir.

Kanun yolu aşamalarından ilki olan istinafta cevap dilekçesi vermeyen davalı prensip olarak yeni delil ileri süremeyecektir. Bununla birlikte, Kanun'da (HMK m. 357/3) öngörülen hâllerde cevap dilekçesi vermeyen davalı da -tıpkı cevap dilekçesi veren davalı gibi- (inkâr çerçevesinde) delil ileri sürebilecektir.

⁴⁸ Arslan, Ramazan: Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s. 164.

⁴⁹ Karş. Arslan, s. 164; Namlı, Mert: Türk ve Fransız Medeni Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, İstanbul 2014, s. 464.



Temyiz aşamasında yeni bir vakia ve delil ileri sürülemeyeceğinden cevap dilekçesi vermeyen davalı borcu sona erdiren (söndüren) bir vakianın ispatı amacıyla dahi olsa yeni bir delil dermeyan edemeyecektir.

Yargılamanın yenilenmesinde bilhassa ileri sürülen yargılamanın yenilenmesi sebebine ilişkin olarak cevap vermeyen davalı da delil ileri sürebilecektir.

KISALTMALAR CETVELİ

B.	: Baskı
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
karş.	: karşılaştırınız
KİBB	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
KHD	: Kazancı Hukuk Dergisi
m.	: madde
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
s.	: sayfa
THD	: Terazi Hukuk Dergisi
vd.	: ve devamı
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZÜHFD	: Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

KAYNAKÇA

Akyol Aslan, Leyla: Medeni Usul Hukukunda Cevap Dilekçesi Verilmemesinin Sonuçları, Ankara 2019.

Akkaya, Tolga: medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davaları, Ankara 2017.

Aras, Aslı: “Cevap Dilekçesi Verilmemesinin Hukuki Sonuçları”, (DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1927-1952).

Arslan, Ramazan: Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977.

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: Medeni Usul Hukuku, 6. B., Ankara 2020.

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışmaları, 17. B., Ankara 2019.

Aşık, İbrahim: Güncel Yargıtay Kararları Işığında Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları”, (ZÜHFD, 2014, s. 145-175).

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin: Medenî Usûl Hukuku, 3. B., Ankara 2020.

Bolayır, Nur: “Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Temyiz İncelemesi Sırasında Yeni Delil Gösterilip Gösterilemeyeceği Sorunu”, (GÜHFD, 2012/2, s. 131-151), s. 141 vd.

Bolayır, Nur: Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014, (Bolayır, Hâkimin Rolü).

Boran Güneysu, Nilüfer: Medenî Usûl Hukukunda Karar, Ankara 2014.

Börü, Levent: Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016.

Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol: Medeni Usul Hukuku, 4. B., Ankara 2020.

Çiftçi, Pınar: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018.

Çiftçi, Pınar: Boşanma Davalarında Delillerin Gösterilmesine ve İbrahimine İlişkin Güncel Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararlarının -Önemli Bir İçtihat Değişikliğinin- Değerlendirilmesi”, (DEÜHFD, C. 20, S. 1, 2018, s. 15-61).

Erdönmez, Güray: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından Delillerin Gösterilmesi ve İbrası”, (İBD, 2013/5, s. 15-53).

Görgün, Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet: Medeni Usul Hukuku, 9. B., Ankara 2020.



Karaaslan, Varol: Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, 2.B., Ankara 2019.

Kılınç, Ayşe: “Dilekçelerin Değişimi Aşamasında Delillerin Gösterilmesi ile Delillerin Hasredilmiş Olup Olmayacağı Meselesi”, (MİHDER, 2019/1, s. 105-136).

Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. B., Ankara 2019, (Kuru, Ders Kitabı).

Kuru, Baki: Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. 1, Ankara 2020, (Kuru, El Kitabı).

Namlı, Mert: Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, İstanbul 2014.

Özbay, İbrahim/Korucu, Yavuz: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, Ankara 2016.

Özekes, Muhammet: “HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler”, (DEÜHFD, 2014, C. 16, s. 263-300).

Özekes, Muhammet: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. II, 15. B., İstanbul 2017.

Özkaya-Ferendeci, H. Özden: “Davalının Cevap Dilekçesi Vermemesi Halinde M. 128’in Uygulanması ve Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Arayışları”, (MÜHFHAD, 2018/1, s. 258-269).

Özmumcu, Seda: “1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Delillerin İkamesi Hakkındaki Hükümlerine Mukayeseli Bir Bakış”, (KHD, Ocak-Şubat 2013, s. 42-66).

Pekcanitez, Hakan: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. II, 15. B., İstanbul 2017.

Postacıoğlu, İlhan/Altay, Sümer: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. B., İstanbul 2015.

Tanrıver, Süha: Medeni Usul Hukuku, C. 1, 2. B., Ankara 2018.

Taşpınar Ayvaz, Sema: Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013.

Tutumlu, Mehmet Akif: “Cevap Dilekçesi Vermeyen Davalının Delil Gösterme Hakkı Düşer mi?”, (THD, C. 11, S. 120, Ağustos 2016, s. 134-138).

Tutumlu, Mehmet Akif: “ Cevap Dilekçesinde Gösterilmeyen Delile (Tanık) Tahkikat Aşamasında Dayanılabilir mi?”, (THD, C. 9, S. 95, Temmuz 2014, s. 116-118).

Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Şerhi, 2. B., Ankara 2014.

Yardımcı, Taner Emre: Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, İstanbul 2017.

Yıldırım, Kâmil: Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000.

Yılmaz, Ejder: İstinaf, 2. B., Ankara 2005.

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Şerhi, C. 2, 3. B., Ankara 2017.

Yılmaz, Ejder: “Hukuk Davalarında Delillerin Gösterilme Zamanı”, (Avukat Serdar Özersin’e Armağan, Ankara 2017, s. 11-25).



ALMANYA FEDERAL CUMHURİYETİ'NDE HUKUK MESLEKLERİNE GİRİŞ ŞART VE USULLERİ

*Requirements and Procedures for Entry to the Legal Professions in the
Federal Republic of Germany*

Tahir MURATOĞLU*

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (21-64)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 30.03.2021

Kabul Tarihi : 14.09.2021

Makale Türü: *Araştırma*

Article Info

Received Date: 30.03.2021

Accepted Date: 14.09.2021

Article Type : *Research*

ÖZET

Almanya Federal Cumhuriyeti federal bir devlet sistemine sahiptir. Bu ülkede hukuk mesleklerine giriş şart ve usulleri konusunda hem federal hem de federe hukuki düzenlemeler mevcuttur. Konu ile ilgili federal düzenleme Alman Hakimler Kanunu olup, federe devletlerce çıkarılan konu hakkındaki düzenlemelerin bu Kanuna uygun olmaları zorunludur. Alman hukukuna göre hukuk mesleklerinde çalışabilmek için hakimlik yapma yeterliliğine sahip olmak şarttır. Bu nedenle Alman Hakimler Kanunu'nun hakimlik mesleğine giriş şart ve usullerine ilişkin hükümleri diğer hukuk meslekleri için de geçerlidir. Bu şekilde tüm hukukçular için ortak ve tek tip bir mesleğe giriş süreci öngörülmüştür. Alman Hakimler Kanunu'na göre hakimlik mesleğine girebilmek için kural olarak dört buçuk yıl süren bir hukuk eğitiminin ardından yapılan birinci sınavı geçmek gerekir. Birinci sınav federe devletlerce yapılan zorunlu alan sınavı ile üniversitelerce yapılan seçmeli alan sınavından oluşur. Birinci sınavın başarılmasından sonra da iki yıllık bir hazırlık hizmetinin tamamlanması ve ardından ikinci devlet sınavının başarılması gerekir. Alman Hakimler Kanunu'nda yer almayan ayrıntılar ile bu Kanunun federe devletlerce düzenlenebileceğini veya düzenlenmesi gerektiğini öngördüğü konular federe devletlerce düzenlenmiştir. Alman hukuk mesleklerine giriş sürecinin olumlu ve olumsuz yönlerinden söz edilebilir. Ancak sistemin nitelikli hukukçu yetiştirilmesine katkı sunduğu açıktır.

Anahtar Kelimeler: Alman hukuku, Alman Hakimler Kanunu, hukuk öğrenimi, hukukçu eğitimi, hukuk mesleklerine giriş süreci, hukuk sınavları, hazırlık hizmeti.

ABSTRACT

The Federal Republic of Germany has a federal state system. In this country, there are both federal and federated state (Land) regulations on the conditions and procedures for entry to the legal professions. The federal regulation on the subject is the German Judiciary Act. The regulations on the subject issued by the federated states must comply with the German Judiciary Act. In German law, the qualification for performing the judge profession is a prerequisite for practicing legal professions.

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, tahirmuratoglu@yahoo.com, <https://orcid.org/0000-0002-5958-5598>.



Therefore, the provisions of the German Judiciary Act regarding to conditions and procedures for entering the profession of judge are also valid for the other legal professions. In this way, a common and uniform profession entry system is provided for all jurists. According to the German Judiciary Act, entry to the profession of judge requires that to pass first examination after studying law, which generally takes four and a half years. The first exam consists of a compulsory field examination held by federated states and an elective field examination held by the universities. After succeeding the first examination, a two-year preparatory service and then the second state examination must be completed and succeeded. The details that are not included in the German Judiciary Act and the issues that can or must be regulated by federated states according to the German Judiciary Act were regulated by the federated states. The positive and negative aspects of the entrance process to the German legal professions can be mentioned. However, it is clear, that this system contributes to the training of qualified jurists.

Keywords: German law, German Judiciary Act, study of law, training of jurists, entry procedure for legal professions, law exams, preparatory service.

GİRİŞ

Federal bir yapıya sahip olan Almanya Federal Cumhuriyeti'nde yasama, yürütme ve yargı yetkileri federal devlet ile federe devletler arasında paylaşılmıştır. Almanya'da hukuk mesleklerine giriş şart ve usulleri esas itibarıyla federal kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. Gerçi federal kanun koyucunun bu yetkiyi Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasası'nın (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) hangi hükmünden aldığı hususu tartışmalıdır. Ancak kanaatime göre bu konudaki en isabetli görüş bu yetkinin Federal Anayasa'nın 74. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan "yargı teşkilatı" (*Gerichtsverfassung*) ifadesinden kaynaklandığı görüşüdür.¹ Anılan bentte yer alan hüküm uyarınca medeni hukuk, ceza hukuku, yargı teşkilatı, yargılama usulleri (tutukluluğun icrası hukuku hariç), avukatlık, noterlik ve hukuk danışmanlığı konuları federal devlet ile federe devletlerin yasama yetkilerinin yarıştığı konular (*konkurrierende Gesetzgebung*) arasında yer alır. Yani bu konular hem federal devlet hem de federe devletler tarafından düzenlenebilir.

Federal ve federe devletlerin yasama yetkilerinin yarıştığı haller kendi içinde üçe ayrılmaktadır. Bunların bir kısmında federal devlet yasama yetkisini doğrudan doğruya kullanabilirken, diğer bir kısmında federal devletin yasama yetkisini kullanabilmesi için birtakım şartların mevcut olması gerekir. Federal devletin yasama yetkisini kullanması anılan iki durumda da federe devletlerin yasama yetkilerinin son bulması sonucunu doğurmaktadır. Yasama yetkilerinin

¹ Bu yöndeki görüş için bkz. BVerfG, Beschluß vom 10.10.1972 – 2 BvL 51/69, BVerfGE 34, S. 58; Schmidt-Räntsch / Schmidt-Räntsch, Deutsches Richtergesetz, Vorbemerkung vor §§ 5 ff., Rn. 7 ff. Farklı yöndeki görüşler için bkz. Staats, Deutsches Richtergesetz, Vorbemerkung zu §§ 5 - 7, Rn. 4; Fastenrath, Grenzen der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für die Juristenausbildung, S. 424 ff. Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasası'nın anılan hükmünde geçen "yargı teşkilatı" hakkında bkz. Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 74, Rn. 22 ff.

yarıştığı hallerin üçüncüsü ise federal devletin yasama yetkisini kullanmasından sonra dahi federe devletlerin yasama yetkisine sahip oldukları hallerdir.² Almanya Federal Anayasası'nın 74. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi federal devletin yasama yetkisini doğrudan doğruya kullanabildiği konular arasında yer alır (Art. 72 GG)³. Dolayısıyla federal devletin bu konularda bir düzenleme yapması durumunda artık federe devletlerin yasama yetkisi ortadan kalkar. Başka bir deyişle, federe devletlerin bu konulara ilişkin yasama yetkisi ancak federal devletin bu yetkiyi kullanmadığı hallerde söz konusu olabilir.

Federal kanun koyucu Alman Hakimler Kanunu'nun (*Deutsches Richter-gesetz*) 5 ila 7. maddelerinde hakimlik mesleğine kabul için gerekli şartları, yani kimlerin hakimlik yapabileceğini düzenleyerek bu konuda genel bir çerçeve çizmiştir. Federal devletin yasama yetkisini kullanmadığı, yani bu Kanunda düzenlenmeyen veya ayrıntıları belirtilmeyen konular ise federe devletler tarafından düzenlenmektedir. Alman hukukundaki federal kanuni düzenlemeler avukat,⁴ noter⁵ ve ayrıca savcı⁶ olarak çalışabilmek için de hakim olarak çalışma yeterliliğine sahip olunması gerektiğini hüküm altına almışlardır. Bu nedenle diğer hukuk mesleklerinde çalışabilmek için de hakim olarak çalışma yeterliliğini elde etmiş olmak gerekir.

Aşağıda sırasıyla Alman Hakimler Kanunu'nun hakimlik mesleğine giriş şart ve usullerine ilişkin hükümlerine (I), konuya ilişkin ayrıntılara yer veren federe düzenlemelerden bazılarına (II), hukuk öğrenimine ve sınavlara ilişkin bazı istatistik bilgilere (III) ve Alman hukuk mesleklerine giriş sistemi hakkında bazı değerlendirmelere (IV) yer verilecektir.

² Pieroth, in: Jarass / Pieroth, Grundgesetz, Art. 74, Rn. 1 ff.; Degenhart, Staatsrecht I, S. 76 ff.; Ipsen, Staatsrecht I, S. 156 ff.; Maurer, Staatsrecht I, S. 522 ff.; Muratoğlu, Almanya Federal Cumhuriyeti'nde Devlet Yapılanması, s. 309 vd.

³ Mevzuat atıflarında ve Almanca kaynaklara yapılan diğer atıflarda kural olarak Alman literatüründe kullanılan usul tercih edilmiştir. Atıflarda ve çalışmanın diğer kısımlarında kullanılan kısaltmaların anlamlarına çalışmanın sonunda yer verilmiştir.

⁴ Alman Federal Avukatlık Kanunu'nun (*Bundesrechtsanwaltsordnung*) 4. maddesine göre avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için hakim olarak çalışma yeterliliğine sahip olmak gerekir. Ancak aynı madde hükmü Avrupalı Avukatların Almanya'daki Faaliyetlerine İlişkin Kanun'un (*Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland*) ilgili hükümleri kapsamında kalan kişilerin de Almanya'da avukatlık yapabileceklerini öngörmektedir. Avrupalı Avukatların Almanya'daki Faaliyetlerine İlişkin Kanun Avrupa Birliği'ne üye ülkeleri, Avrupa Ekonomik Alanı Sözleşmesi'ne (*Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum*) taraf devletleri ve İsviçre'yi kapsamaktadır.

⁵ Alman Federal Noterlik Kanunu'nun (*Bundesnotarordnung*) 5. maddesi uyarınca yalnızca Alman Hakimler Kanunu hükümleri uyarınca hakimlik için gerekli koşulları taşıyan kişiler noter olarak görevlendirilebilir.

⁶ Alman Hakimler Kanunu'nun 122. maddesinin birinci fıkrası uyarınca yalnızca hakim olarak çalışabilmek için gerekli koşulları taşıyan kişiler savcı olarak atanabilir.

I. FEDERAL ÇERÇEVE

Alman Hakimler Kanunu'nun 5. maddesine göre hakim olarak çalışabilmek için bir üniversitede hukuk öğrenimini tamamlayarak birinci sınavı (*erste Prüfung*) başarmak ve bunu takiben de bir hazırlık hizmetini (*Vorbereitungsdienst*) tamamlayarak ikinci devlet sınavını (*zweite juristische Staatsprüfung*) geçmek gerekir. Öğrenim, hazırlık hizmeti ve sınavlara ilişkin ayrıntılar Kanunun takip eden hükümlerinde düzenlenmiş olup, bu hükümlere aşağıda yer verilecektir.

A. Hukuk Öğrenimi

Almanya Federal Cumhuriyeti'nde hukuk öğreniminin⁷ süresi dört buçuk⁸ yıldır. Birinci sınava kabul edilebilmek için gerekli olan şartların sağlandığının kanıtlanması halinde öğrenimin daha kısa bir sürede tamamlanması da mümkündür. Hukuk öğreniminin en az iki yıllık kısmına Kanunun uygulama alanı bulduğu yerlerdeki, yani Almanya Federal Cumhuriyeti'ndeki bir üniversitede devam edilmiş olması gerekir (§ 5a Abs. 1 DRiG).

Hukuk öğreniminin konusunu zorunlu (*Pflichtfächer*) ve seçmeli alanlar (*Schwerpunktbereiche mit Wahlmöglichkeiten*) oluşturur. Hukuk öğrenimi kapsamında ayrıca hukuk alanında yabancı dildeki bir etkinliğe veya hukuk öğrenimine göre düzenlenmiş bir yabancı dil kursuna başarılı bir şekilde katılmış olmak da gerekir. Bununla birlikte federe hukuki düzenlemeler yabancı dil yeteneğinin başka şekillerde elde edilebileceğini de öngörebilirler. Zorunlu alanlar medeni hukuk⁹, ceza hukuku, kamu hukuku¹⁰ ve usul hukukunun temel konularından, ayrıca Avrupa hukuku ve hukuk metodolojisi ile felsefi, tarihi ve sosyal temellerden oluşur. Seçmeli alanlar hukuk öğrenimini tamamlayıcı, bağlantılı oldukları zorunlu alanların ayrıntılarına inen ve hukukun disiplinlerarası ve uluslararası boyutlarını ele alan alanlardır (§ 5a Abs. 2 DRiG).

⁷ Almanya Federal Cumhuriyeti'nde hukuk öğrenimi hakkında bkz. Ansay, Amerika Birleşik Devletlerinde ve Federal Almanya'da Hukuk Öğretimi, s. 25 vd.

⁸ Daha önce Kanunda geçen “dört” ifadesi 22.11.2019 tarihli Alman Hakimler Kanunu'nun Değişikliğine İlişkin Beşinci Kanun (*Fünftes Gesetz zur Änderung des Deutschen Richtergesetzes*) ile “dört buçuk” olarak değiştirilmiş, bu değişiklik 29.11.2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun metni için bkz. Bundesgesetzblatt (Federal Resmi Gazete), 2019, Teil (Kısım) I, Nr. 42, S. 1755, <https://www.bgbl.de/>.

⁹ Alman Medeni Kanunu'nun (*Bürgerliches Gesetzbuch*) sistematığına paralel olarak Alman hukukunda medeni hukukun kapsamına borçlar hukuku, eşya hukuku, aile hukuku ve miras hukuku dahildir. Ayrıca Alman hukukunda medeni hukuk (*Bürgerliches Recht*) kavramı ticaret hukuku, iş hukuku ve medeni usul hukuku gibi disiplinleri kapsayacak şekilde, özel hukuk anlamında da kullanılabilir. Örnek olarak bkz. §§ 10, 11 JAG NRW.

¹⁰ Alman hukukunda ceza hukukunun da kamu hukukunun kapsamında kaldığı kabul edilmektedir. Bkz. Alpmann-Pieper / Alpmann / Krüger / Wüstenbecker, Alpmann Brockhaus Studienlexikon Recht: öffentliches Recht, S. 865. Bununla birlikte burada olduğu gibi kimi zaman ceza hukuku kamu hukukundan bağımsız olarak da zikredilebilmekte, bu şekilde “kamu hukuku” ifadesi ile daha dar bir alan da kastedilebilmektedir.

Hukuk öğrenimi içerik itibarıyla yargısal ve idari uygulama ile hukuki danışmanlık uygulamasını, ayrıca müzakere yönetimi, görüşme yürütme becerisi, hitabet, uzlaştırma, arabuluculuk, ifade ve sorgu ile iletişim becerileri gibi uygulama için gerekli olan nitelikleri dikkate alır. Öğrenime ara verilen tatil dönemlerinde toplamda en az üç ay süren uygulamalı öğrenim (*praktische Studienzeit*), yani staj yapılır. Federe hukuki düzenlemeler uygulamalı öğrenimin yalnızca bir makam veya merci nezdinde ve kesintisiz bir şekilde yapılmasını öngörebilirler (§ 5a Abs. 3 DRiG).

Üst dereceli adli hizmetler (*gehobener Justizdienst*) veya teknik olmayan üst dereceli idari hizmetler (*gehobener nichttechnischer Verwaltungsdienst*)¹¹ için başarılı bir şekilde tamamlamış olan bir eğitim programı talep üzerine on sekiz aya kadar eğitim¹² süresinden düşülebilir (§ 5c DRiG).¹³

B. Birinci Sınav

Alman Hakimler Kanunu'nda sınavlarla ilgili olarak bazı genel kurallara yer verilmiştir. Bunlar hem birinci sınav hem de ikinci devlet sınavı için geçerlidir. Burada öncelikle bu genel kurallara, ardından da Kanunun birinci sınava ilişkin özel düzenlemelerine değinilecektir.

Devlet sınavları ile üniversitelerce yapılan sınavlar içerik itibarıyla hukuk öğrenimini dikkate alırlar. Yani sınavlar hukuk öğrenimi yoluyla öğrencilere kazandırılmak istenen nitelikleri ölçecek şekilde hazırlanır. Hukuk alanında yabancı dildeki bir etkinlikten veya hukuk öğrenimine göre düzenlenmiş bir yabancı dil kursundan ayrı olarak bu sınavlar aynı zamanda yabancı dil yeteneğini de ölçebilir. Sınavlarda ölçülecek bilgi ve yetenekler ile sınavların değerlendirilmesi konularında farklılık oluşmaması sağlanır. Federal Adalet ve Tüketicinin Korunması Bakanı (*Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz*) kararname (*Rechtsverordnung*)¹⁴ yoluyla ve Federal

¹¹ Alman Federal Memurlar Kanunu'nun (*Bundesbeamten-gesetz*) 17. maddesine göre memurların kariyerleri dört aşamadan oluşmaktadır. Bunlar aşağıdan yukarıya doğru sırasıyla basit hizmet (*einfacher Dienst*), orta dereceli hizmet (*mittlerer Dienst*), üst dereceli hizmet (*gehobener Dienst*) ve yüksek hizmet (*höherer Dienst*) sınıflarıdır.

¹² Burada sözü geçen "eğitim" ifadesi hem hukuk öğrenimini hem de bu öğrenimden sonraki hazırlık hizmetini kapsamaktadır. Bu durum Almanya Federal Cumhuriyeti'nin federe devletlerine ait düzenlemelerden de anlaşılmaktadır. Örnek olarak bkz. § 63 JAG NRW; §§ 22, 48 JAPO Bayern.

¹³ Bu hükümlerle kastedilen husus, bazı adli veya idari hizmetler için alınan eğitimin sınırlı bir şekilde de olsa hukuk öğrenimi ve hazırlık hizmeti yerine saydırılması, bu şekilde ilgili kişilerin hukuk öğrenimi ve hazırlık hizmeti sürelerinin az da olsa kısaltılmasıdır

¹⁴ Burada sözü edilen kararname "Birinci ve İkinci Devlet Sınavı İçin Not ve Puan Cetveli Hakkında Kararname"dir (*Verordnung über eine Noten- und Punkteskala für die erste und zweite juristische Prüfung*). Bu düzenlemenin "Not Dereceleri ve Puanlar" (*Notenstufen und Punktzahlen*) başlıklı 1. maddesine göre birinci ve ikinci devlet sınavlarındaki her bir çalışma aşağıdaki not ve puanlarla değerlendirilir:

- Çok iyi (*sehr gut*): son derece ileri düzeyde bir başarı: 16-18 puan,



Konseyin (*Bundesrat*) onayıyla tüm sınavların tekli notları (*Einzelnote*) ile nihai notlarına (*Gesamtnote*)¹⁵ ilişkin bir not ve puan cetveli oluşturma yetkisine sahiptir (§ 5d Abs. 1 DRiG).

Devlet sınavlarında adayların verdikleri genel izlenim onların performanslarını daha iyi ortaya koyabilecekse ve sınavın başarılıp başarılmaması üzerinde de herhangi bir etkisi olmayacaksa, sınavı yapan makam (*Prüfungsorgan*) sayısal olarak belirlenen nihai nottan farklı bir not belirleyebilir. Farklı bir not belirlenmesi durumunda her iki not arasındaki fark bir not derecesinin sahip olduğu ortalama puan sayısının üçte birini geçemez.¹⁶ Sözlü sınavlardaki başarının nihai nota katkısı yüzde kırkı geçemez (§ 5d Abs. 4 DRiG).

Federe devletler notların yükseltilmesi amacıyla devlet sınavlarına bir kez daha girilmesine imkan tanıyabilirler (§ 5d Abs. 5 DRiG).

- İyi (*gut*): istenen seviyenin oldukça üzerinde kalan bir başarı: 13-15 puan,
 - Orta üstü (*vollbefriedigend*): istenen seviyenin üzerinde kalan bir başarı: 10-12 puan,
 - Orta (*befriedigend*): istenen ortalama seviyeye her açıdan uygun bir başarı: 7-9 puan,
 - Yeterli (*ausreichend*): zayıf olmasına karşın istenen ortalama seviyeye uygun bir başarı: 4-6 puan,
 - Zayıf (*mangelhaft*): oldukça zayıf ve bir bütün olarak işe yaramayan başarı: 1-3 puan,
 - Yetersiz (*ungenügend*): hiçbir şekilde işe yaramayan başarı: 0 puan.
- Kararnamenin “Nihai Notun Oluşturulması” (*Bildung von Gesamtnoten*) başlıklı 2. maddesi uyarınca her bir çalışmaya karşılık olarak yapılan değerlendirmelerin nihai bir değerlendirmeye dönüştürülmesi sonucu elde edilen puanların karşılıkları aşağıdaki gibidir:
- 14,00-18,00: Çok iyi,
 - 11,50-13,99: İyi,
 - 9,00-11,49: Orta üstü,
 - 6,50-8,99: Orta,
 - 4,00-6,49: Yeterli,
 - 1,50-3,99: Zayıf,
 - 0-1,49: Yetersiz.

¹⁵ Hukuk mesleklerine giriş sürecindeki sınavların her biri farklı kısım, aşama veya oturumlardan oluşmaktadır. İşte bir sınavın farklı kısım, aşama veya oturumlarında alınan notlardan her birine tekli not; bu farklı kısım, aşama veya oturumlardan alınan notların mevzuatta öngörülen usul yoluyla birleştirilerek bulunan sınav notuna da nihai not denmektedir. Aşağıda, “Federe Hukuki Düzenlemeler” başlığı altında sınavların farklı kısım, aşama ve oturumlarına, ayrıca nihai not tespit usullerine değinilmiştir.

¹⁶ Not dereceleri için bkz. dipnot 14. Burada da görüleceği üzere not dereceleri çok iyi, iyi, orta üstü, orta, yeterli, zayıf ve yetersiz şeklinde yapılan sınıflandırmadır. Alman sisteminde 7 not derecesi ve 19 puan (0-18) mevcuttur. Dolayısıyla her bir not derecesi ortalama olarak 2,71 puandan oluşmaktadır ($19 / 7 = 2,71$). “Yetersiz” not derecesi ile “0” puanı hesaba dahil edilmezse her bir not derecesinin sahip olduğu ortalama puan sayısının 3 olacaktır. Uygulamada da her bir not derecesinin sahip olduğu ortalama puan sayısının 3 olduğu kabul edilmekte ve farklı bir not belirlenmesi durumunda bu farklılığın 1 puanı geçemeyeceği kabul edilmektedir. Konu hakkında bkz. § 18 Abs. 4 JAG NRW; Staats, Deutsches Richtergesetz, § 5d, Rn. 13.

Konuya bir örnek vermek gerekirse, devlet sınavlarının birinden 3 ya da 3,50 puan alan bir adayın puanı 4’e yükseltilmeyecek, ancak 4 puan alan bir adayın puanı, bunun için gerekli olan diğer şartlar da mevcutsa en çok 5’e çıkarılabilecektir.

Alman Hakimler Kanunu her iki devlet sınavı için de geçerli olan bu düzenlemelerin dışında yalnızca birinci sınav için geçerli olan bazı düzenlemelere de yer vermiştir. Buna göre birinci sınav üniversitelerce yapılan seçmeli alan sınavı (*universitäre Schwerpunktbereichsprüfung*) ile federe devletlerce¹⁷ yapılan zorunlu alan sınavından (*staatliche Pflichtfachprüfung*) oluşur (§ 5 Abs. 1 DRiG). Üniversitelerce yapılan seçmeli alan sınavı ile federe devletlerce yapılan zorunlu alan sınavı hukuk öğrenimi beş¹⁸ yılda bitirilebilecek şekilde ayarlanmalıdır. Üniversitelerce yapılan seçmeli alan sınavı kapsamında en az bir yazılı çalışma (*schriftliche Leistung*) yapılması gerekir.¹⁹ Federe devletlerce yapılan zorunlu alan sınavları yazılı ve sözlü çalışmalardan (*schriftliche und mündliche Leistungen*) oluşur. Federe hukuki düzenlemeler birinci sınav için gerekli olan çalışmaların hukuk öğreniminin iki buçuk yıldan sonraki kısmı sırasında yapılmasını öngörebilirler. Birinci sınavla ilişkin sonuç belgesinde üniversitelerce yapılan seçmeli alan sınavı ile federe devletlerce yapılan zorunlu alan sınavının sonuçları belirtilir. Bu belgede ayrıca federe devletlerce yapılan zorunlu alan sınavının sonucunun yüzde yetmiş ile üniversitelerce yapılan seçmeli alan sınavının sonucunun yüzde otuzundan oluşan bir nihai nota da yer verilir. Birinci sınavın sonucuna ilişkin belge zorunlu alan sınavının yapıldığı federe devlette verilir (§ 5d Abs. 2 DRiG).

Federe devletlerce yapılan zorunlu alan sınavı bir kez tekrar edilebilir. Adayların zorunlu alan sınavına erken başvurdukları ve öngörülen çalışmaların tümünü tamamladıkları hallerde, başarısız bir zorunlu alan sınavı yapılmamış sayılır. Konu hakkındaki ayrıntılar, özellikle başvuru süresinin sona ermesi, yabancı bir ülkedeki öğrenim süresinin, hastalığın ve iznin öğrenim süresine etkisi, ayrıca sınav sürecinin yarıda kesilmesinin sonuçları federe hukuk kurallarıyla düzenlenir (§ 5d Abs. 5 DRiG).

C. Hazırlık Hizmeti

Hazırlık hizmetinin²⁰ süresi iki yıldır (§ 5b Abs. 1 DRiG). Hazırlık hizmeti sırasında zorunlu ve seçmeli olmak üzere iki tür serviste eğitim alınır.

¹⁷ Alman Hakimler Kanunu'nun burada zikredilen hükmünde geçen "devletlerce" ifadesi ile federe devletler kastedilmektedir. Bu durum Kanunun diğer bazı hükümleri ile federe kanuni düzenlemelerden de anlaşılmaktadır. Örnek olarak bkz. § 6 DRiG; §§ 3 ff. JAG NRW; §§ 19 ff. JAPO Bayern.

¹⁸ Daha önce Kanunda geçen "dört buçuk" ifadesi 22.11.2019 tarihli Alman Hakimler Kanunu'nun Değişikliğine İlişkin Beşinci Kanun ile "beş" olarak değiştirilmiştir. Bkz. dipnot 8.

¹⁹ Yazılı çalışma ödev şeklinde olabileceği gibi yazılı sınav şeklinde de olabilir. Konu ile ilgili bazı federe düzenlemeler için bkz. § 28 JAG NRW; § 40 JAPO Bayern.

²⁰ Mahiyetinden ve Türk hukukundaki benzer süreçlerden hareketle "Vorbereitungsdienst" ifadesini "staj" şeklinde tercüme etmek de mümkündür. Ancak hukuk öğrenimi sırasında yapılacak olan uygulamalı öğrenim ile karışmaması ve ifadenin Almanca aslına bağlı kalınması amacıyla bu ifade burada "hazırlık hizmeti" şeklinde tercüme edilmiştir. Sert-Çelik de "Vorbereitungsdienst" kavramının tam anlamının "hazırlık hizmeti" olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Sert-Çelik, Almanya'da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik, s. 341.



Zorunlu servisler adli yargıdaki bir hukuk mahkemesi, bir savcılık veya bir ceza mahkemesi, bir idari makam ve bir avukat olmak üzere dört tanedir. Seçmeli servisler ise yeterli düzeyde eğitim veren servislerden oluşur. Hazırlık hizmetinde sunulan eğitim tüm zorunlu servisler ile bir veya birden fazla seçmeli serviste sunulan eğitimden oluşur (§ 5b Abs. 2 DRiG).

Makul ölçülerde olmak şartıyla hazırlık hizmetindeki eğitimin devletlerüstü, devletlerarası veya başka bir ülkedeki makamlar nezdinde ya da başka bir ülkedeki avukatların yanında gerçekleşmesi de mümkündür. Bir hukuk fakültesinde ve Speyer Alman İdari Bilimler Üniversitesinde (*Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*) alınacak bir eğitim²¹ de hazırlık hizmeti kapsamında yapılan bir eğitim olarak kabul edilebilir. Federe devletler adli yargıdaki bir hukuk mahkemesinde alınacak eğitimin bir kısmının iş yargısındaki bir mahkemede ve bir idari makam nezdinde yapılacak eğitimin bir kısmının da idari, vergi veya sosyal yargı kollarındaki²² bir mahkeme nezdinde yapılabileceğini öngörebilirler (§ 5b Abs. 3 DRiG).

Avukat dışındaki zorunlu servislerin süresi en az üç aydır, bir avukat yanında alınacak zorunlu eğitimin süresi ise en az dokuz aydır. Bununla birlikte federe hukuki düzenlemeler bir avukat yanında alınacak zorunlu eğitimin en çok üç aylık kısmının bir noter, teşebbüs veya birlik nezdinde ya da yeterli düzeyde hukuki danışmanlık eğitimi verebilen başka bir eğitim yerinde gerçekleşebileceğini öngörebilirler. Hazırlık hizmeti zorunlu sebeplerle bir kez uzatılabilir. Ancak yetersiz başarı nedeniyle süre uzatımına gidilemez (§ 5b Abs. 4 DRiG). Hazırlık hizmeti süresince toplamda üç ayı geçmeyecek şekilde eğitim kursları öngörülebilir (§ 5b Abs. 5 DRiG). Hazırlık hizmetindeki eğitim ile üniversitelerde yapılan öğrenim içerik açısından birbirleriyle uyumlu olmalıdır (§ 5 Abs. 2 DRiG).

Demin de ifade edildiği gibi, üst dereceli adli hizmetler veya teknik olmayan üst dereceli idari hizmetler için başarılı bir şekilde tamamlamış olan bir eğitim programı talep üzerine on sekiz aya kadar eğitim süresinden düşülebilir.²³ Bu sürenin bir kısmı hazırlık hizmeti süresinden de düşülebilir. Ancak hazırlık hizmetinden düşülebilecek süre altı ayı geçemez (§ 5c DRiG).

Adayların hazırlık hizmetine kabul edilmek amacıyla yaptıkları başvurular üniversitelerce yapılan seçmeli alan sınavının veya federe devletlerce yapılan zorunlu alan sınavının Almanya Federal Cumhuriyeti'nin başka bir federe devletinde başarılı olduğu gerekçesiyle reddedilemez. Bir federe devlette hazırlık hizmetinde geçirilen süre Almanya Federal Cumhuriyeti'nin diğer federe devletlerinde de dikkate alınır (§ 6 Abs. 1 DRiG).

²¹ Burada yer alan “eğitim” ifadesinden kasıt hukuk öğrenimi değil, mesleğe hazırlayıcı bir eğitimidir.

²² Alman hukukunda yargı kolları için bkz. Muratoğlu, Almanya Federal Cumhuriyeti'nde Devlet Yapılanması, s. 337 vd.

²³ Bkz. dipnot 12 ve 13.

D. İkinci Devlet Sınavı

İkinci devlet sınavı için gerekli olan yazılı çalışmalar hazırlık hizmetinin en erken 18. ve en geç de 21. ayında yapılmalıdır. Yazılı çalışmaların asgari konusunu zorunlu servislerde verilen eğitim oluşturur. Federe devlet hukukunun yazılı sınavların (*Aufsichtsarbeit*)²⁴ yanında bir de ev ödevine (*häusliche Arbeit*) yer verdiği hallerde, bu ödevin son servisin tamamlanmasından sonra yapılması öngörülebilir. Sözlü çalışmaların konusunu tüm eğitim süreçleri oluşturur (§ 5d Abs. 3 DRiG).

Devlet sınavlarında adayların verdiği genel izlenimin onların performanslarını daha iyi ortaya koyabildiği ve sınavın başarılıp başarılmaması üzerinde de herhangi bir etkisinin olmadığı hallerde sayısal olarak belirlenen nihai nottan farklı bir not belirlenebileceğine yukarıda değinildi. İşte ikinci devlet sınavında farklı bir not belirlenirken adayların hazırlık hizmetindeki performansları da dikkate alınır. Ancak hazırlık hizmetinde verilen not ikinci devlet sınavının nihai notuna sayısal olarak etki etmez (§ 5d Abs. 4 DRiG).²⁵

Alman Hakimler Kanunu'nun devlet sınavlarına ilişkin genel düzenlemeleri ikinci devlet sınavı için de geçerlidir. Bu düzenlemelere yukarıda “Birinci Sınav” başlığı altında yer verilmiştir.

E. Sınavların Tanınırlığı ve Üniversite Profesörlerinin Durumu

Almanya Federal Cumhuriyeti'nde hakim olarak çalışma yeterliliğini elde eden kişiler federal devlette ve Almanya Federal Cumhuriyeti'nin tüm federe devletlerinde hakimlik yapma ehliyetine sahip olurlar (§ 6 Abs. 2 DRiG). Almanya Federal Cumhuriyeti'ndeki üniversitelerin hukukçu profesörleri de hakimlik yapma ehliyetine sahiptirler (§ 7 DRiG).

II. FEDERE HUKUKİ DÜZENLEMELER

Alman Hakimler Kanunu'nda hakim olarak çalışabilmek için gerekli olan koşulların federal çerçevesi çizilmiş, konunun ayrıntıları federe hukuki düzenlemelere bırakılmıştır. Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasası'nın 31. maddesi uyarınca federal hukuk federe devletlerin hukukunu hükümsüz

²⁴ “Aufsichtsarbeit” ifadesi “gözetim altında yapılan çalışma”, yani “yazılı sınav çalışması” anlamına gelmektedir. Bundan kasıt ise duruma göre ya “yazılı sınav” ya da “yazılı sınavlarda hazırlanan çalışma”dır. Türkçede bu konuda “yazılı sınav” ve “sınav kağıdı” gibi ifadeler kullanılmaktadır. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla burada “Aufsichtsarbeit” ifadesinin lafzi tercümesi değil, bu ifade ile anlatılmak istenen hususun Türkçedeki karşılığı tercih edilmiştir.

²⁵ Hazırlık hizmetinde takdir edilen not ancak sayısal olarak belirlenen nihai nottan farklı bir notun belirleneceği hallerde (bkz. 16. dipnotun bulunduğu yer ve bu dipnottaki açıklamalar) bir anlam ifade edebilir. Bkz. Staats, Deutsches Richtergesetz, § 5d, Rn. 13.



kıldığı, yani federal hukuk federe hukuktan üstün olduğu için²⁶ federe devletler Alman Hakimler Kanunu'nda yer alanlara aykırı düzenlemelere yer veremezler. Almanya Federal Cumhuriyeti'nde 16 federe devlet mevcut olup tüm bu devletlerin hukuk mesleklerine giriş şart ve usullerine ilişkin ayrı düzenlemeleri mevcuttur.²⁷ Almanya Federal Cumhuriyeti'nin nüfus itibarıyla en kalabalık federe devleti Nordrhein-Westfalen Federe Devleti (*Das Land Nordrhein-Westfalen*), yüzölçümü itibarıyla en büyük federe devleti ise Hür Bayern Devleti (*Freistaat Bayern*) ya da kısaca Bayern'dir.²⁸ Almanya Federal Cumhuriyeti'nin tüm federe devletlerinin düzenlemelerini incelemek çok daha detaylı bir çalışma gerektireceği için burada yalnızca Nordrhein-Westfalen ve Bayern federe devletlerinin konu ile ilgili düzenlemelerine değinilecektir.

Nordrhein-Westfalen Federe Devleti'nin konuya ilişkin düzenlemesi Hukuk Sınavları ve Hukuk Hazırlık Hizmeti Hakkında Kanun'dur (*Gesetz über die juristischen Prüfungen und den juristischen Vorbereitungsdienst*).²⁹

²⁶ Bu durum federal düzenlemelerin her zaman federe düzenlemelerden üstün olduğu anlamına gelmez. Sözelimi Federal Anayasa federal ve federe devletler arasında bir görev dağılımı yaptığına göre, buna aykırı bir şekilde yapılan federal kanunlar Federal Anayasa'ya aykırı olacak, bunlar ilgili federe düzenlemeleri hükümsüz bırakamayacaktır. Konu hakkında bkz. Pieroth, in: Jarass / Pieroth, Grundgesetz, Art. 31, Rn. 1 ff.; Muratoğlu, Almanya Federal Cumhuriyeti'nde Devlet Yapılanması, s. 347 vd.

²⁷ Baden-Württemberg: Gesetz über die juristischen Prüfungen und den juristischen Vorbereitungsdienst.

Bayern: Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen.

Berlin: Gesetz über die Ausbildung von Juristinnen und Juristen im Land Berlin.

Brandenburg: Gesetz über die Juristenausbildung im Land Brandenburg.

Bremen: Bremisches Gesetz über die Juristenausbildung und die erste juristische Prüfung.

Hamburg: Hamburgisches Juristenausbildungsgesetz.

Hessen: Gesetz über die juristische Ausbildung.

Mecklenburg-Vorpommern: Gesetz über die Juristenausbildung im Land Mecklenburg-Vorpommern.

Niedersachsen: Niedersächsisches Gesetz zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen.

Nordrhein-Westfalen: Gesetz über die juristischen Prüfungen und den juristischen Vorbereitungsdienst.

Rheinland-Pfalz: Landesgesetz über die juristische Ausbildung.

Saarland: Gesetz Nr. 1228 über die juristische Ausbildung.

Sachsen: Sächsisches Juristenausbildungsgesetz.

Sachsen-Anhalt: Gesetz über die Juristenausbildung im Land Sachsen-Anhalt.

Schleswig-Holstein: Gesetz über die Ausbildung der Juristinnen und Juristen im Land Schleswig-Holstein.

Thüringen: Thüringer Gesetz über die juristischen Staatsprüfungen und den juristischen Vorbereitungsdienst.

²⁸ Bkz. <https://www.lexas.de/>; [https://de.wikipedia.org/wiki/Land_\(Deutschland\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Land_(Deutschland)).

²⁹ Kanun metnine şu adresten ulaşılabilir: <https://recht.nrw.de/>. Bu Kanun en son 14.06.2016 tarihinde değiştirilmiştir. Kanunun değiştirilmesi amacıyla NRW Federe Meclisine (*Landtag NRW*) bir tasarı metni sunulmuştur. Ancak bu çalışmanın tamamlandığı tarihte henüz Kanun değişikliği gerçekleşmemiştir. Değişikliğin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini

Bu Kanuna kısaca Nordrhein-Westfalen Hukukçu Eğitimi Kanunu (*Juristenausbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen – JAG NRW*) da denmektedir. Hür Bayern Devleti'nin konu hakkındaki düzenlemesi ise Hukukçuların Eğitim ve Sınav İşleri Hakkında Kararname'dir (*Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen – JAPO Bayern*).³⁰

A. Birinci Sınav

Daha önce de söylendiği gibi, birinci sınav federe devletlerce yapılan zorunlu alan sınavı ile üniversitelerce yapılan seçmeli alan sınavından oluşur.

1. Federe Devletlerce Yapılan Zorunlu Alan Sınavı

Federe devletlerce yapılan zorunlu alan sınavı birinci sınavın en önemli unsurunu oluşturmaktadır. Zorunlu alan sınavına ilişkin önemli görülen hususlara aşağıda farklı başlıklar altında yer verilecektir.

a. Zorunlu Alan Sınavını Yapma Yetkisine Sahip Makamlar

Nordrhein-Westfalen

Nordrhein-Westfalen Federe Devleti'nde zorunlu alan sınavı hukuk sınav dairelerinden (*Justizprüfungsamt*) biri tarafından yapılır. Hukuk sınav daireleri Düsseldorf, Hamm ve Köln federe yüksek mahkemeleri (*Oberlandesgericht*) nezdinde bulunur. Hukuk sınav daireleri bir başkan, bir daimi temsilci ve diğer üyelerden oluşur. Hukuk sınav daireleri idari yönden federe yüksek mahkeme başkanının denetimine tabidir (§ 3 JAG NRW).

Hukuk sınav dairelerinin başkanları ile daimi temsilcileri Nordrhein-Westfalen Adalet Bakanlığı tarafından, diğer üyeleri ise hukuk sınav dairelerinin başkanları tarafından belirlenir. Hukuk sınav dairelerinde görevlendirilebilecek kişiler şunlardır: Hukuk alanından olmak kaydıyla üniversite öğretim üyeleri (*Hochschullehrer*) ile profesör kadrosuna atanmayıp harici profesör olarak görevlendirilen kişiler (*außerplanmäßiger Professor*), hukuk öğretim üyeliği için gerekli olan koşulları sağlamış olmakla birlikte henüz profesör kadrosuna atanmamış kişiler (*Privatdozent*), hakimler, savcılar, avukatlar, noterler, Kanunda belirtilen hizmet sınıfında çalışan memurlar ve bu iş için uygun

veya ne zaman ve nasıl gerçekleşeceğini önceden kesin bir şekilde öngörmek mümkün olmadığı, ayrıca değişiklik gerçekleşse bile, bunun tam olarak yürürlüğe girmesi zaman alacağı için, burada Kanunun mevcut hali dikkate alınmıştır. Değişiklik tasarısı için bkz. <https://www.landtag.nrw.de/>.

³⁰ Kararname metnine şu adreslerden ulaşılabilir: <https://www.gesetze-bayern.de/>; <https://www.justiz.bayern.de/landesjustizpruefungsamt/ausbildungs-pruefungsordnung/>. Bu kararname en son 30.10.2020, 18.12.2020 ve 25.02.2021 tarihlerinde değiştirilmiştir. Kararnamede 30.10.2020 tarihinde yapılan değişikliklerden bazıları 01.03.2022 tarihinde yürürlüğe girecektir. Bu çalışmada Kararnamede yapılan bu son değişiklikler uyarınca Kararnamenin 01.03.2022 tarihi itibarıyla yürürlükte olacak hali dikkate alınmıştır.



görülecek diğer kişiler. Sayılan bu kişilerin ortak yönü, bunların hakim olarak çalışma yeterliliğini haiz olmalarıdır. Hukuk sınav daireselerinin üyeleri beş yıl için görevlendirilir (§§ 1, 4 JAG NRW). Sınav yapan görevliler sınav işlerinde bağımsızdırlar (§ 5 JAG NRW).

Adaylar sınav başvurularını uzun zamandan beri ikamet ettikleri veya yakın ilişkili oldukları yerin hukuk sınav dairesine yaparlar. Nordrhein-Westfalen'daki bir üniversitede en az iki yarıyıl hukuk okumuş olan adaylar Nordrhein-Westfalen'daki herhangi bir hukuk sınav dairesine de başvurabilirler. Nordrhein-Westfalen'daki bir hukuk sınav dairesinin bir adayı sınava kabul etmesi durumunda bu sınav dairesi sınavla ilgili işlerde tek yetkili sınav dairesi olur (§ 6 JAG NRW).

Bayern

Hür Bayern Devleti'nde federe devletçe yapılan zorunlu alan sınavı hukuk alanındaki birinci devlet sınavı (*erste juristische Staatsprüfung*) olarak da anlandırılmaktadır.

Bayern'de devlet sınavlarını icra etme görevi Adalet Bakanlığı nezdinde oluşturulan Federe Hukuk Sınavları Dairesine (*Landesjustizprüfungsamt*) aittir. Her bir devlet sınavı için ayrı bir sınav komisyonu (*Prüfungsausschuss*) oluşturulur. Komisyonlara Federe Hukuk Sınavları Dairesinin başkanı başkanlık eder. Dairenin başkanı ile başkan vekilini, ayrıca komisyonların başkan vekili üyeleri ile profesör³¹ dışındaki üyelerini atama yetkisi Bayern Adalet Bakanlığı ve diğer bazı bakanlıklara aittir. Bu yetki ilgili bakanlıklarca birlikte kullanılır. Daire ve komisyonlarda görevlendirilen bu kişilerin görev süreleri beş yıldır (§§ 6, 7 JAPO Bayern).

Federe devletçe yapılan zorunlu alan sınavı için oluşturulan komisyon altı üyeden oluşur. Bunlar; başkan, Bayern'deki üniversitelerin hukuk fakültelerinde bilim kürsüsü başkanlığı yapan üç profesör, hukuk danışmanlığı mesleklerinden gelen bir sınav görevlisi ve idari veya idari yargı alanlarından gelen bir sınav görevlisidir (§ 19 JAPO Bayern). Zorunlu alan sınavı Augsburg, Bayreuth, Erlangen-Nürnberg, München, Passau, Regensburg ve Würzburg'daki üniversitelerin hizmet çevrelerinde yapılmaktadır. Sınav yapılan her yer için yerel sınav merkezi yöneticileri (*örtliche Prüfungsleiter*) ve bunlara vekalet edecek kişiler görevlendirilebilir (§ 20 JAPO Bayern).

Federe Hukuk Sınavları Dairesinin başkanı ile başkan vekili, sınav komisyonlarının başkan vekili üyesi ile diğer üyeleri ve sınavı icra edecek

³¹ Komisyonların profesör üyeleri ile bunların vekilleri Bayern'deki üniversitelerin hukuk fakülteleri tarafından seçilir. Federe Hukuk Sınavları Dairesince belirlenen makul bir süre içinde hukuk fakültelerinin üye seçimi konusunda anlaşamamaları halinde, bu yetki Bayern Bilim ve Sanat Bakanlığına (*Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst*) geçer (§ 19 JAPO Bayern).

görevliler sınavla ilgili işlerde bağımsızdırlar ve herhangi bir talimata bağlı değildirler (§§ 3, 6, 7 JAPO Bayern).

b. Zorunlu Alan Sınavına Kabul

Nordrhein-Westfalen

Federe devlet tarafından yapılan zorunlu alan sınavına kabul edilebilmek için adayların Almanya Federal Cumhuriyeti'ndeki bir üniversitede en az dört yarıyıl hukuk öğrenimi görmüş, bir ara sınavı³² başarmış, hukuk alanında yabancı dildeki bir etkinliğe veya hukuk öğrenimine göre düzenlenmiş bir yabancı dil kursuna başarılı bir şekilde katılmış ve staj yapmış olmaları gerekir. Önemli sebepler göz önünde bulundurularak sayılan şartlardan son üçü için geçerli olmak üzere istisnalara yer verilebilir. Yabancı dil bilgisi burada zikredilenden başka şekillerde de kanıtlanabilir. Sözelimi başka bir dilin kullanıldığı yabancı bir ülkede yapılan bir staj bu anlamda bir kanıt olarak kabul edilir (§ 7 JAG NRW).

Nordrhein-Westfalen'daki bir hukuk sınav dairesinin bir adayın sınava kabul edebilmesi için Almanya Federal Cumhuriyeti'nin herhangi bir yerindeki herhangi bir sınav dairesi nezdinde bu adaya ait sınav işlerinin derdest olmaması gerekir (§ 6 JAG NRW).

Bayern

Bayern'de federe devletçe yapılan zorunlu alan sınavının yazılı kısmına katılmak isteyen adayların sağlamak zorunda oldukları şartlardan bazıları şunlardır: Adayların kural olarak en az üç buçuk yıl usulüne uygun bir hukuk öğrenimi almış olmaları gerekir. Adaylar özel hukuk, ceza hukuku ve kamu hukuku alanlarındaki ileri düzey pratik çalışmalara veya Bayern'deki hukuk fakülteleri tarafından belirlenen eşdeğer etkinliklere katılmış ve başarı belgesi almış olmalıdır. Adayların hukuk alanında yabancı dildeki bir etkinliğe veya hukuk öğrenimine göre düzenlenmiş bir yabancı dil kursuna katılmış ve başarı belgesi almış olmaları zorunludur. Adayların en erken ikinci yarıyıldan sonra olmak üzere öğrenime ara verilen tatil dönemlerinde toplamda üç aylık uygulamalı öğrenime katılmış, yani staj yapmış olmaları gerekir. Öğrenciler hukuk öğreniminden hemen sonra federe devletçe yapılan zorunlu alan sınavına girmek ve sınava kabul edilene kadar da öğrenimlerine devam etmek zorundadırlar. Önemli hallerde sınava girebilmek için gerekli olan şartlardan bazılarına³³ istisnalar tanınabilir (§§ 22-27 JAPO Bayern).

³² Konu hakkında bkz. s. 42.

³³ Sınava girebilmek için gerekli şartlara Hukukçuların Eğitim ve Sınav İşleri Hakkında Kararname'nin 22 ila 26. maddelerinde yer verilmiştir. Bu maddelerin içeriklerinin tümü değil, yalnızca önemli görülenleri buraya alınmıştır. Burada yer verilen şartlardan uygulamalı öğrenime ilişkin olanı ile hukuk öğreniminden hemen sonra sınava girme ve



Federe devletçe yapılan zorunlu alan sınavına katılabilmek için gerekli olan şartların mevcut olmadığı, üniversitelerce yapılan hukuk sınavının başarılmadığı, adayın sınav sürecinde hürriyeti bağlayıcı bir cezaya maruz kalmasının beklendiği veya adayın bir yargı kararı nedeniyle kamu hizmetlerinde çalışma ehliyetine sahip olmadığı hallerde zorunlu alan sınavının yazılı kısmına katılma talepleri reddedilir. Hakkında kamu hizmetlerinden men kararıyla sonuçlanabilecek bir ceza soruşturması veya kovuşturması yürütülen, başkalarının sağlığını tehdit edebilecek veya sınavın usulüne uygun olarak yapılmasını engelleyebilecek bir hastalığa sahip olan ya da vasi atanan kişilerin başvuruları reddedilebilir (§ 27 JAPO Bayern). Zorunlu alan sınavının yazılı kısmından aynı sınavın sözlü kısmına girebilmek için yeterli puan alanlar sözlü sınava kabul edilmiş, sözlü sınav için yeterli puanı elde edemeyenler ise sınavı başaramamış sayılırlar (§§ 27, 31 JAPO Bayern).³⁴

c. Zorunlu Alan Sınavının Aşamaları, İçeriği ve Değerlendirilmesi

Federe devletlerce yapılan zorunlu alan sınavı yazılı ve sözlü olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır.

aa. Yazılı Sınav

Nordrhein-Westfalen

Zorunlu alanlara ilişkin devlet sınavının yazılı kısmı sözlü kısmından önce yapılır. Sınavın yazılı kısmı altı yazılı sınavdan oluşur. Bunlardan üçü özel hukuka, ikisi kamu hukukuna, biri de ceza hukukuna ilişkindir. Özel hukuk, kamu hukuku ve ceza hukukuna ilişkin sınavların kapsamına bunlara ilişkin usul hukukları da dahildir. Ayrıca yazılı sınavların avukatların faaliyet alanlarıyla ilgili olması da mümkündür. Yazılı sınavlar hukuki yönden ve pratik açıdan basit bir olaya ilişkin olmalı, ancak sınava giren kişilerin hukuki konuları tartışma yeteneklerini ortaya koyabilmelerine de elverişli olmalıdır (§ 10 JAG NRW).

Adından da anlaşılacağı üzere, zorunlu alan sınavının konusunu zorunlu alanlar oluşturur. Bunların dışında kalan konular yalnızca kavrama ve çalışma usulünün tespit edilmek istenmesi ve adaylardan detaylı bilgi istenmemesi şartlarıyla sınavın kapsamına dahil edilebilir. Zorunlu alanlar mevzuatta ayrıntılı bir şekilde belirtilmiştir. Bunlar kısaca şu konulara ilişkindir: Medeni hukukun genel hükümleri, borçlar hukuku, Ürün Sorumluluğu Kanunu, Karayolları Trafik

sınava kabul edilene kadar da öğrenime devam etme şartları istisna tanınabilecek şartlar arasında yer almaktadır.

³⁴ Buradan da anlaşılacağı üzere, Bayern'de zorunlu alan sınavının yazılı kısmına başvuruda bulunulur. Buna karşın Nordrhein-Westfalen'da sınavın yazılı ve sözlü kısımları arasında ayırım yapılmaz, adaylar zorunlu alan sınavına bir bütün olarak başvuruda bulunurlar. Aynı durum ikinci devlet sınavı için de geçerlidir.

Kanunu'nun sorumluluk kuralları, eşya hukuku, aile hukuku, miras hukuku, milletlerarası özel hukuk, ticaret hukuku, şirketler hukuku, medeni usul hukuku, iş hukuku, ceza hukukunun genel ve özel hükümleri, ceza muhakemesi hukuku, anayasa hukuku, anayasa yargısı, Avrupa hukuku, genel idare hukuku, özel idare hukuku (kolluk hukuku, mahalli idareler hukuku, imar hukuku), idari yargılama hukuku. Sayılan bu zorunlu alanlara bunların Avrupa hukuku boyutu ile felsefi, tarihsel ve sosyal temelleri ve hukuk metodolojisi de dahildir (§ 11 JAG NRW).

Zorunlu alan sınavı kapsamında yapılan yazılı sınavların her biri için adaylara günde beş saat süre verilir. Bedensel engelli adaylara talepleri halinde iki saate kadar ek süre verilebilir (§ 13 JAG NRW).

Yazılı sınavlar iki ayrı görevli tarafından değerlendirilir. Bir yazılı sınav için yapılan iki değerlendirmenin birbirinden farklı olması ve sınavı değerlendiren görevlilerin bu farklılığın giderilmesi konusunda kendi aralarında mutabakat sağlayamamaları durumunda, yazılı sınav notu ve bunun puan değeri ilk iki değerlendirme çerçevesinde kalmak koşuluyla üçüncü bir görevli tarafından kesin bir şekilde tespit altına alınır. Nihai tespiti yapacak bu üçüncü görevli hukuk sınav dairelerinin başkanları tarafından belirlenir (§ 14 JAG NRW).

Bayern

Hür Bayern Devleti'nde de ilk önce zorunlu alan sınavının yazılı kısmı gerçekleştirilir. Sınavın yazılı kısmı altı adet yazılı sınavdan oluşur. Bunlardan üçü medeni hukuk, medeni yargılama hukuku, ticaret hukuku, şirketler hukuku ve iş hukukuna; biri ceza ve ceza muhakemesi hukukuna; ikisi de kamu hukuku, anayasa yargısı ve idari yargılama hukukuna ilişkindir. Yazılı sınavların konusu Avrupa hukuku alanına da yoğunlaşabilir. Bunlar kısmen veya tamamen teorik konuların incelenmesini de konu edinebilirler. Yazılı sınavlardan en az biri aynı zamanda hukuk uygulamasına ve hukuki danışmanlığa ilişkin sorulara da yer vermelidir (§ 28 JAPO Bayern).

Bayern'de de zorunlu alan sınavının konusunu zorunlu alanlar oluşturur. Zorunlu alanların kapsamına bunların tarihi, sosyal, iktisadi ve politik temelleri ile hukuk felsefesine ve Avrupa hukukuna ilişkin temelleri de dahildir. Bunların dışında kalan konular yalnızca zorunlu alanlarla bağlantı kurulması, kavrama ve çalışma usulünün tespit edilmek istenmesi ve adaylardan detaylı bilgi istenmemesi şartlarıyla sınavın kapsamına dahil edilebilir. Zorunlu alanların kapsamı mevzuatta ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir (§ 18 JAPO Bayern).

Yazılı sınavlar altı günde tamamlanır. Her gün bir yazılı sınav yapılır. Her bir yazılı sınav için adaylara beş saat süre verilir (§ 28 JAPO Bayern). Yazılı sınavlar aynı soru veya ödevlerden oluşur, yani tüm adaylara aynı soru veya ödevler verilir ve bu sınavlar tüm sınav merkezlerinde (*Prüfungsort*) eş zamanlı olarak gerçekleştirilir (§ 5 JAPO Bayern). Engelleri sebebiyle sınavda önemli ölçüde dezavantajlı konumda olan adaylara talepleri üzerine uygun ölçüde bir



telafi imkanı tanınır. Bunun için de adayların içinde buldukları dezavantajlı durumun sınavda ölçülmek istenen başarı ile bir ilgisinin olmaması ve adaylara tanınacak telafi imkanının sınav rekabetini olumsuz yönde etkilememesi gerekir. Bu kapsamda adaylara özellikle ek sınav süresi ve ek teneffüs imkanı verilebilir (§ 13 JAPO Bayern).

Yazılı sınavlardan her biri iki görevli tarafından ayrı ayrı değerlendirilir. İki değerlendirme arasındaki fark iki puanı aşmıyorsa, bunların ortalamaları alınır. İki değerlendirme arasında daha büyük bir fark varsa ve iki değerlendirmeyi yapan görevliler kendi aralarında mutabakata varamıyor veya değerlendirme farkını en çok iki puana indiremiyorlarsa ilgili yazılı sınav üçüncü bir kişi tarafından değerlendirilir. Üçüncü kişi önceki iki değerlendirmeden hangisinin geçerli olacağına karar verir (*Stichentscheid*) (§ 30 JAPO Bayern). Yazılı sınavları değerlendirecek asıl iki kişi ile uyumsuzluk durumunda görev alacak üçüncü kişi sınav komisyonu başkanı adına yerel sınav merkezi yöneticileri tarafından belirlenir (§ 20 JAPO Bayern).

Değerlendirme sonucunda sözlü sınava kabul için yeterli puanı alamayan adaylar başarısız sayılır. Yazılı sınavlar hakkındaki değerlendirmenin sonucu adaylara yazılı olarak bildirilir. Adaylara yapılacak bildirimde her bir yazılı sınavın sonucuna, yazılı sınavlarda alınan nihai nota ve adayların sözlü sınava kabul edilip edilmediği bilgisine yer verilir (§ 31 JAPO Bayern).

bb. Sözlü Sınav

Nordrhein-Westfalen

Federe devletçe yapılan zorunlu alan sınavının sözlü kısmı yazılı kısmından sonra ve kural olarak üniversitelerce yapılan seçmeli alan sınavından da sonra yapılır. Zorunlu alan sınavının sözlü kısmı, yani sözlü sınav bir sunum (*Vortrag*) ile sınav görüşmesinden (*Prüfungsgespräch*), yani mülakattan oluşur. Sunumun konusunu özel hukuk, ceza hukuku veya kamu hukuku ile bunlara ilişkin usul hukuku konuları oluşturur. Mülakat ise demin yazılı sınavlar bağlamında zikredilen konulara ilişkindir (§ 10 JAG NRW).

Sözlü sınav bir sınav komisyonunun (*Prüfungsausschuss*) huzurunda gerçekleşir. Sınav komisyonu biri başkan üç kişiden oluşur. Başkan sözlü sınava girecek adayların kişiliği hakkında bilgi edinmek amacıyla sözlü sınavdan önce her adayla bir ön görüşme gerçekleştirir. Sözlü sunumun konusu adaylara sınav günü bildirilir. Adayların hazırlık süresi bir saattir. Ancak bedensel engelli adaylara talepleri halinde otuz dakikaya kadar ilave süre verilebilir (§ 15 JAG NRW).

Sınav komisyonunun başkan ve üyeleri sözlü sınavdan önce kendi aralarında bir ön toplantı yaparlar. Toplantıda sınava ilişkin tüm dokümanlar hazır bulundurulur. Toplantıda komisyon başkanı üyelere daha önce adaylarla yaptığı görüşme hakkında da bilgi verir. Bu ön görüşmeden sonra adaylar sınava alınır. Bir sözlü sınava en çok

altı aday davet edilebilir. Sınavda önce sunumlar gerçekleştirilir. Sunum için her bir adaya en çok on iki dakika süre verilir. Mülakatın süresi ise aday başına takriben otuz dakikadır (§§ 10, 15, 16 JAG NRW).

Hukuk öğrencileri ve hukukçu eğitimiyle ya da sınavla ilgilenen kişiler sınav komisyonu başkanının izniyle sözlü sınavlara dinleyici olarak katılabilirler. En az bir adayın talebi halinde sınav komisyonunun sözlü sınava ilişkin değerlendirmesi dinleyicilerin yokluğunda açıklanır (§ 15 JAG NRW).

Bayern

Sınavın yazılı kısmında asgari başarı seviyesine ulaşanlar sözlü sınava kabul edilirler. Bayern’de sözlü sınav kapsamında sunuma yer verilmemiştir, yani sözlü sınav tek aşamadan oluşur. Sözlü sınavın konusunu demin yazılı sınavlar bağlamında zikredilen konular oluşturur. Sözlü sınavda ağırlıklı olarak adayın sınav konularını kavrayıp kavramadığı ölçülür ve yürürlükteki hukuk ön planda tutulur (§§ 31, 32 JAPO Bayern).

Sözlü sınav tarihinin belirlenmesi ve sözlü sınav komisyonlarının (*Prüfungskommissionen für die mündliche Prüfung*) oluşturulması görevi yerel sınav merkezi yöneticilerine aittir (§ 20 JAPO Bayern). Sözlü sınav komisyonları üç kişiden oluşur, bunlardan biri başkanlık görevini yürütür. Bu üç kişiden her biri özel hukuk, kamu hukuku ve ceza hukuku alanlarından birini temsil eder (§ 32 JAPO Bayern).

Sözlü sınava aynı anda en çok beş aday alınabilir. Sözlü sınavın süresi her bir aday için takriben 35 dakikadır (§ 32 JAPO Bayern).

Komisyon başkanı hukuk fakültesi öğrencilerini ve istisnai hallerde başka kişileri de sözlü sınava dinleyici olarak kabul edebilir. Talimatlara uymayan dinleyiciler başkan tarafından dışarı çıkarılabilir. Sözlü sınavın sonucu adaylara dinleyicilerin yokluğunda bildirilir (§ 32 JAPO Bayern).

d. Zorunlu Alan Sınavının Sonuçlandırılması

Nordrhein-Westfalen

Yazılı sınavların değerlendirilmesi hariç sınavların değerlendirilmesi ile ilgili tüm kararlar sınav komisyonunca alınır. Sınavın nihai sonucunun karara bağlanması görevi de aynı şekilde komisyona aittir. Sözlü sınavın tamamlanmasından sonra sınav komisyonu öncelikle adayların sözlü sınavdaki performanslarını değerlendirir, ardından da zorunlu alan sınavının nihai sonucunu karara bağlar (§ 16 JAG NRW).

Adayların çalışma ve performansları bir bütün olarak onlardan beklenen başarı seviyesini karşılıyorsa, yani adayların aldıkları nihai not 4,00’in altında kalmıyorsa, adayların federe devletçe yapılan zorunlu alan sınavından başarılı oldukları karar altına alınır. Zorunlu alan sınavının nihai sonucu belirlenirken



yazılı sınavlar yüzde altmış, sözlü sunum yüzde on ve mülakat da yüzde otuz oranında göz önünde bulundurulur. Başka bir ifadeyle, sınav kapsamında yapılan her bir yazılı sınav ile sözlü sunumda alınan notun yüzde onu ve mülakat notunun yüzde otuzu alınarak bunlar toplanır. Ancak gerekli koşulların mevcut olduğu hallerde sınav komisyonu bu şekilde tespit edilen nihai puanı bir puana kadar aşağı veya yukarı yönde değiştirebilir³⁵ (§ 18 JAG NRW).

Zorunlu alan sınavı ile ilgili nihai karar kural olarak sözlü sınavdan sonra açıklanır. Ancak kimi bazı hallerde henüz sözlü sınav yapılmamış olsa da sınavın nihai sonucu karara bağlanır. Hukuk sınav dairesi başkanı şu hallerde sınavın başarılmamış olduğunu karar altına alır: Adayların dört veya daha fazla yazılı sınavdan başarısız bir not almaları veya yazılı sınavların not ortalamasının 3,50'nin altında kalması; geçerli bir mazeretleri olmaksızın adayların üç veya daha fazla yazılı sınav kağıdını teslim etmemeleri veya zamanında teslim etmemeleri;³⁶ geçerli bir mazeretleri bulunmaksızın adayların sözlü sınava katılmamaları, zamanında katılmamaları veya sonuna kadar sınava devam etmemeleri ve adayların hukuk sınav dairesi başkanının izni olmadan sınavdan çekilmeleri. Hukuk sınav dairesi başkanı şu hallerde adayların sınava girmemiş sayılmalarına karar verir: Adayların hukuk sınav dairesi başkanının izniyle sınavdan çekilmeleri (bu izin yalnızca önemli hallerde verilebilir) ve ciddi bir hastalık veya başka bir önemli sebeple sınav kapsamında yapılan çalışmaların aksaması veya aksayacak olması gerekçesiyle hukuk sınav dairesi başkanının sınav sürecini sonlandırması. Adayların sınava girmemiş sayılmalarına karar verildiği hallerde adaylar sınava başvuruda bulunmamış sayılırlar (§ 20 JAG NRW).

Kopya teşebbüsünde bulunulması, izin verilmemiş bir yardımcı materyalin bulundurulması veya kullanılması, bu şekilde sınav düzenine aykırı davranışlarda bulunulması durumunda fiilin ağırlığına göre adayların ilgili sınavı veya sınavları tekrar etmelerine, adayların usulsüzlük yapılan sınavlardan sıfır aldıklarının kabul edilmesine, adayların zorunlu alan sınavından başarısız sayılmalarına ve çok ağır hallerde adayların yeniden sınava alınmamalarına karar verilebilir. Adaylara sınavda başarılı olduklarına dair belge verilmiş olsa dahi sözlü sınav tarihinden itibaren en geç beş sene içinde ilgili adayların zorunlu alan sınavından başarısız oldukları karar altına alınabilir (§ 22 JAG NRW).

Bayern

Yazılı sınavlardan alınan notların toplamının yazılı sınav sayısına bölünmesi yoluyla adayların yazılı sınavlarının ortalaması bulunur. Bu ortalama adayların nihai yazılı sınav notunu oluşturur. Adayların federe devletçe yapılan zorunlu alan sınavının yazılı kısmından başarılı sayılabilmeleri ve sözlü sınava kabul

³⁵ Bkz. 16. dipnotun bulunduğu yer.

³⁶ Geçerli bir mazereti olmaksızın adayın en çok iki yazılı sınav kağıdını teslim etmediği veya zamanında teslim etmediği hallerde hukuk sınav dairesi başkanı adayın bu sınavdan “yetersiz”, yani sıfır puan aldığını karar altına alır (§ 21 JAG NRW).

edilebilmeleri için yazılı sınavların ortalamasının en az 3,80 olması, ayrıca adayların 4,00'in altında bir puan aldıkları yazılı sınav sayısının en çok üç³⁷ olması gerekir. Aksi takdirde zorunlu alan sınavı başarılmamış olur (§ 31 JAPO Bayern).

Sözlü sınavda özel hukuk, ceza hukuku ve kamu hukuku alanlarından her biri için adaylara ayrı bir not verilir. Nihai sözlü sınav notu bu notların toplamının üçe bölünmesi yoluyla belirlenir. Adayların sözlü sınavdaki performansları sözlü sınav komisyonunda görev alan kişilerin tümünün katılımıyla ve oy çokluğuyla karara bağlanır (§ 33 JAPO Bayern).

Sözlü sınavdan sonra sınav komisyonları federe devletçe yapılan zorunlu alan sınavının nihai notunu tespit altına alırlar. Zorunlu alan sınavının nihai notu nihai yazılı sınav notunun yüzde yetmiş ile nihai sözlü sınav notunun yüzde otuzundan oluşur. Zorunlu alan sınavının nihai notunun 4,00'in altında kaldığı hallerde sınav başarılmamış sayılır (§ 34 JAPO Bayern).

Henüz sınav başlamamış olsa bile zorunlu alan sınavına kabul edildikten sonra sınavdan çekilen, sınavın yazılı kısmına katılmayan ya da sözlü sınava kısmen veya tamamen katılmayan adayların zorunlu alan sınavına girdikleri, ancak sınavdan sıfır aldıkları kabul edilir. Yazılı sınavlardan yalnızca birine katılmayan, katıldığı yazılı sınavda sınav kağıdını teslim etmeyen veya zamanında teslim etmeyen adayların ilgili yazılı sınavdan sıfır aldıkları kabul edilir (§ 9 JAPO Bayern). Adayların, mazeretleri sebebiyle sınavın yazılı veya sözlü kısımlarına kısmen ya da tamamen katılamamaları durumunda ise şu şekilde hareket edilir: Dörtten az sayıdaki yazılı sınava katılmış olan adaylar sınavın yazılı kısmına katılmamış sayılırlar. En az dört yazılı sınava katılan adayların katıldıkları sınavlardan aldıkları notlar bunların sözlü sınava kabul edilmelerine engel değilse (yani bu adayların 4,00'in altında bir puan aldıkları yazılı sınav sayısı üçü aşmıyorsa), bu adaylar katılmadıkları yazılı sınavları tekrar ederler. Mazeretleri nedeniyle sözlü sınava kısmen veya tamamen katılmayan adayların sözlü sınavları bir bütün olarak tekrar edilir. Ancak çok önemli hallerde sınav komisyonu talep üzerine adayları en çok iki yazılı sınavdan muaf tutabilir veya sözlü sınavın tekrarı konusunda farklı yönde bir karar alabilir (§ 29 JAPO Bayern).

Kopya veya izin verilmemiş materyallerin kullanılması yoluyla kendisi veya başkası lehine sınav sonucunu etkileme teşebbüsünde bulunan adaylar ilgili sınavdan sıfır almış sayılırlar. Ağır hallerde bu adaylar sınavın daha sonraki aşamalarına alınmazlar ve bunların zorunlu alan sınavından sıfır aldıkları kabul edilir. Sınav sorularının ya da ödevlerinin adaylara dağıtılmasından sonra izinsiz olarak sınav mahallini terk eden adayların ilgili sınavdan sıfır aldıkları

³⁷ İki yazılı sınavdan muaf tutulan adayların sınavın yazılı kısmından başarılı sayılabilmeleri için bu adayların 4,00'in altında bir puan aldıkları yazılı sınav sayısı en çok iki olmalıdır (§ 31 JAPO Bayern).



kabul edilir. Sınavın değerlendirmesinde görev alan kişileri kendi lehlerine olacak şekilde etkilemeye veya yanıltmaya çalışan ya da bunlara karşı hileli davranışlarda bulunan kişiler sınavdan sıfır almış sayılırlar. Sınav düzenine aykırı davranışlar nedeniyle alınacak bu kararlardan önce sınav tamamlanmış olsa bile ilgili adaylar sınavdan başarısız sayılır ya da bu adayların nihai sınav notunda gerekli düzeltme yapılır (§ 11 JAPO Bayern).

e. Zorunlu Alan Sınavının Tekrarı

Nordrhein-Westfalen

Zorunlu alan sınavından başarılı olamayan adaylar sınavı bir kez daha tekrar edebilirler. Sınav kural olarak aynı hukuk sınav dairesi nezdinde tekrar edilir. Hukuk sınav dairesinde değişiklik yapılması yalnızca ilk sınavı gerçekleştiren sınav dairesi ile ikinci sınavı gerçekleştirmesi istenen sınav dairesinin onayı ile mümkün olabilir. Adayların hukuk sınav dairesi değişikliğinin onaylanması yönünde herhangi bir yasal hakkı mevcut değildir. Değişikliğe onay verilmesi yalnızca önemli sebeplerin varlığı halinde ve yalnızca adayların ilk sınav dairesince sınava kabul edilebilecekleri ve ilk sınav dairesince öngörülen yükümlülüklerin değişiklikten etkilenmeyeceği hallerde mümkündür (§ 24 JAG NRW).

İlk kez girdikleri zorunlu alan sınavından başarısız olan adaylar tekrar girecekleri sınavda yazılı sınav yükümlülüğünden muaf tutulabilirler. Bunun için daha önce girilen sınavdaki yazılı sınavların ortalamasının asgari başarı seviyesine sahip olması veya bu seviyeden daha yüksek olması gerekir. Muafiyet adayların talebi üzerine gerçekleşir. Muafiyet kararı tüm yazılı sınavları kapsayacak şekilde alınır, yazılı sınavların yalnızca bir kısmı için muafiyet kararı verilemez (§ 24 JAG NRW).³⁸

Federe devletçe yapılan zorunlu alan sınavına en çok iki kez girilebilir. Ancak kesintisiz³⁹ olarak alınan bir hukuk öğreniminin en geç sekizinci yarıyılında sonunda adayların zorunlu alan sınavının tüm kısımlarına başvurmaları ve sınavı başaramamaları durumunda sınav yapılmamış sayılır. Bu şekilde girilen sınava serbest deneme (*Freiversuch*) adı verilmektedir. Serbest deneme usulüne yalnızca bir kez başvurulabilir. Serbest deneme usulüyle başarılı olamayan adayların sınava girmedikleri kabul edildiğinden, bu adayların iki kez daha sınava girme hakları saklıdır. Serbest deneme usulüne başvurarak

³⁸ Sözlü sınav yapılmadan adayların zorunlu alan sınavından başarısız sayıldıkları hallerde ve sınav düzenine aykırı davranışlar nedeniyle adayların zorunlu alan sınavından başarısız sayıldıkları veya adayların yeniden sınava alınmamlarına karar verildiği hallerde (bkz. 36. dipnotun bulunduğu yer ve takip eden paragraf) adayların yazılı sınavlara katılma yükümlülüğünden muaf tutulmaları söz konusu değildir. Bkz. § 24 Abs. 3 JAG NRW.

³⁹ Hukuk öğreniminin kesintisiz yürütüldüğünün varsayıldığı haller için bkz. § 25 JAG NRW.

sınavda başarılı olan öğrenciler notlarını yükseltmek amacıyla bir kez daha sınav tekrarı yapabilirler (§§ 24, 25, 26 JAG NRW).

Zorunlu alanlara ilişkin devlet sınavının nihai bir şekilde, yani tekrar girilen sınavda da başarılabilmesi durumunda ilgili adaylar hukuk mesleklerinde çalışamazlar. Bu adayların yeniden hukuk öğrenimi görmek suretiyle yeni bir sınav başvurusunda bulunmaları ve sınava kabul edilmeleri de mümkün değildir (§ 24 JAG NRW).

Bayern

Federe devletçe yapılan zorunlu alan sınavından başarısız olan adaylar üniversitelerce yapılan seçmeli alan sınavından nihai bir şekilde başarısız olmamış iseler, zorunlu alan sınavına bir kez daha girebilirler. Bu durumda sınav bir bütün olarak tekrar edilir. Sınavın aynı sınav merkezinde tekrarlanması zorunludur, ancak önemli hallerde bu kurala istisna tanınabilir. Başarısız olunan sınavın sözlü kısmında komisyon başkanlığı yapan kişiler tekrar girilen sınavda da komisyon başkanlığı yapamazlar. Almanya Federal Cumhuriyeti'nin başka bir federe devletinde zorunlu alan sınavından bir kez başarısız olan adayların sınav tekrarını Bayern'de yapabilmeleri için başka bir federe devlette sınava girilmesinin adaylardan beklenemeyecek derecede zor bir durum oluşturması ve ilgili federe devletin sınav işlerine bakan makamlarının sınav merkezi değişikliğine onay vermeleri gerekir (§§ 15, 36 JAPO Bayern).

Kesintisiz⁴⁰ bir hukuk öğreniminden sonra ve en geç sekizinci yarıyılın tamamlanmasından hemen sonraki sınav döneminde zorunlu alan sınavına ilk kez giren ve sınavın tüm kısımlarına katılan adayların sınavı başaramamaları durumunda, bu adayların sınava girmedikleri kabul edilir. Serbest deneme olarak adlandırılan bu usulle zorunlu alan sınavına girip sınavdan başarısız olan, çekilen veya çekilmiş sayılan adayların yeniden serbest deneme usulüne başvurmaları mümkün değildir. Ancak bu adaylar sınava girmemiş sayıldıklarından zorunlu alan sınavına iki kez daha girebilirler. Bununla birlikte kopya, izin verilmemiş materyallerin kullanılması, sınavın değerlendirmesinde görev alan kişilerin etki altına alınmaya veya yanıtılmaya çalışılması ya da bunlara karşı hileli davranışlarda bulunulması nedenleriyle zorunlu alan sınavından başarısız oldukları kabul edilen adayların sınava girmedikleri kabul edilmez. Yani bunların sınava girdikleri ve sınavdan başarısız oldukları kabul edilir. Bu nedenle bu adaylar sınavı yalnızca bir kez daha tekrar edebilirler (§ 37 JAPO Bayern).

Serbest deneme yoluyla olsun veya olmasın zorunlu alan sınavına Bayern'de ilk kez girip sınavda başarılı olan adaylar sınavda aldıkları nihai notu yükseltmek amacıyla sınavı bir kez daha tekrarlayabilirler. Bu durumda

⁴⁰ Hukuk öğreniminin kesintisiz olarak yürütüldüğünün kabul edildiği haller için bkz. § 37 JAPO Bayern.

sınav bir bütün olarak tekrar edilir. Sınav aynı sınav merkezinde tekrarlanır, ancak önemli hallerde bu kurala istisna tanınabilir (§ 15 JAPO Bayern).

Federe devletçe yapılan zorunlu alan sınavını her iki denemede de, serbest deneme usulünde ise en çok üç denemede başaramayan adaylar hukuk mesleklerinde çalışamazlar. Sınavdan bu şekilde başarısız olan adayların yeni bir hukuk öğreniminden sonra bile olsa sınava tekrar girmeleri mümkün değildir (§§ 36, 37 JAPO Bayern).

2. Üniversitelerce Yapılan Seçmeli Alan Sınavı

Nordrhein-Westfalen

Nordrhein-Westfalen Federe Devleti'nde üniversitelerce yapılan seçmeli alan sınavına girebilmek için kural olarak ara sınavı (*Zwischenprüfung*) başarmış olmak gerekir. Ara sınav ile seçmeli alan sınavı üniversite sınavları (*universitäre Prüfungen*) adı altında zikredilmektedir. Bu iki sınav üniversitelerde ve öğrenim sırasında yapılır. Ara sınavın asgari kapsamı Alman Medeni Kanunu'nun, Alman Ceza Kanunu'nun ve anayasa hukukunun zorunlu alanların konusunu oluşturan kısımlarından oluşur. Seçmeli alan sınavının konusu ise adayın tercih ettiği seçmeli alanlar ile varsa bu alanlarla bağlantılı olan zorunlu alanlardır.⁴¹ Ayrıca bunların disiplinlerarası ve uluslararası boyutu da seçmeli alan sınavının kapsamına dahildir. Seçmeli alan sınavı en az bir ev ödevi ile bir yazılı sınavdan oluşur. Seçmeli alan sınavının notlandırılması da zorunlu alan sınavının notlandırılması gibidir. Sınavdan 4,00'ın altında bir puan alan adaylar başarısız sayılırlar (§ 28 JAG NRW).

Bayern

Üniversitelerce yapılan seçmeli alan sınavına Bayern'de "üniversitelerce yapılan hukuk sınavı" (*juristische Universitätsprüfung*) adı da verilmektedir. Bu sınavı üniversiteler serbestçe ve kendi sorumlulukları altında yaparlar. Üniversitelerce yapılan seçmeli alan sınavının konusunu adaylarca belirlenen seçmeli alan oluşturur.⁴² Sınav iki ya da üç çalışmadan oluşur. Bunlardan en az birinin bilimsel bir çalışmadan (*wissenschaftliche Arbeit*), bir diğersinin de yazılı veya sözlü bir sınavdan oluşması zorunludur. Bilimsel çalışma öğrenim

⁴¹ Nordrhein-Westfalen'da yer alan Münster Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 2021 yılının bahar döneminde okutulan seçmeli alan derslerinden bazıları şunlardır: Spor hukuku, telekomünikasyon hukuku, enerji hukuku, rekabet hukuku, çevre ve planlama hukuku, Avrupa ceza hukuku, gelir vergisi hukuku, kriminoloji ve kriminal sosyoloji. Bkz. <https://www.uni-muenster.de/de/Vorlesungsverzeichnis>.

⁴² Bayern'deki München Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 2021 yılının bahar döneminde okutulan seçmeli alan derslerinden bazıları şunlardır: Hukuk teorisi, ceza hukuku tarihi, tıp ceza hukuku, Avrupa vergi hukuku, milletlerarası aile ve miras hukuku, Alman ve Avrupa kartel hukuku, borsa ve sermaye piyasası hukuku. Bkz. <https://www.lmu.de/de/Vorlesungsverzeichnis>.

sırasında yapılır ve bunun için adaylara dört haftadan altı haftaya kadar süre verilir. Yazılı sınavda adaylara beş saat süre verilir. Yazılı sınav veya sözlü sınav hukuk öğrenimini sonlandıran sınavlardır. Ancak üniversiteler bu sınavların zorunlu alan sınavının ilgili kısmından hemen sonra yapılmasına da karar verebilirler. Üniversitelerce yapılan seçmeli alan sınavı kapsamında yapılan sınav veya çalışmalardan başarısız olan adaylar ilgili sınav veya çalışmaları bir kez daha tekrar edebilirler. Yeniden tamamlanan bir hukuk öğreniminden sonra bile olsa adayların sınav veya çalışmaları ikinci kez tekrarlamaları mümkün değildir. Ancak federe devletçe yapılan zorunlu alan sınavına serbest deneme usulüyle katılan adaylar belli şartlar altında üniversitelerce yapılan seçmeli alan sınavının öğrenimi sonuçlandıran kısmını, yani yazılı veya sözlü sınav aşamalarını ikinci bir kez daha tekrar edebilirler. Üniversitelerce yapılan seçmeli alan sınavının nihai notunun 4,00'ın altında olduğu hallerde sınav başarılmamış olur (§§ 38-41 JAPO Bayern).

3. Birinci Sınavın Nihai Sonucunun Hesaplanması

Hem Nordrhein-Westfalen'da hem de Bayern'de birinci sınavın⁴³ nihai notu aynı şekilde belirlenir. Her iki federe devlette de birinci sınavın başarılmış sayılabilmesi için hem federe devletçe yapılan zorunlu alan sınavının hem de üniversitelerce yapılan seçmeli alan sınavının başarılmış olması gerekir. Her iki devlette de birinci sınavın nihai sonucu zorunlu alan sınavının sonucunun yüzde yetmiş ile üniversitelerce yapılan seçmeli alan sınavının sonucunun yüzde otuzundan oluşur (§ 29 JAG NRW; § 17 JAPO Bayern).

B. Hazırlık Hizmeti

Hazırlık hizmeti adayların mesleğe hazırlandığı ve ağırlıklı olarak uygulamalı eğitime yer veren bir eğitim sürecidir. Hazırlık hizmetinin amacı adayların hakimlik mesleği için gerekli olan pratik yeteneklere sahip olmalarını sağlamaktır.⁴⁴ Nordrhein-Westfalen ve Bayern federe devletlerinin hazırlık hizmetine ilişkin düzenlemelerinden önemli görülenler aşağıda incelenecektir.

1. Hazırlık Hizmetine Kabul

Nordrhein-Westfalen

Birinci sınavı başaran adaylar hukukçu adayı (*Rechtsreferendar*)⁴⁵ sıfatıyla

⁴³ Birinci sınav Bayern'de birinci hukuk sınavı (*erste juristische Prüfung*) olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. §§ 1, 16 ff. JAPO Bayern.

⁴⁴ Schmidt-Räntsch / Schmidt-Räntsch, Deutsches Richtergesetz, § 5, Rn. 19.

⁴⁵ "Rechtsreferendar" ifadesi Türkçeye "stajyer" olarak da tercüme edilmektedir. Ancak kanaatimce bu ifadeyi "hukukçu adayı" olarak tercüme etmek daha doğru olacaktır. Bu tercüme şekli kelimenin sözlük anlamına da daha uygundur. Zira "Referendar" kelimesi birinci devlet sınavından sonra daha yüksek bir memurluk kariyerini elde etmek için bekleyen kişi (*Anwärter auf die höhere Beamtenlaufbahn nach der ersten Staatsprüfung*)



hazırlık hizmetine alınırlar. Yetiştirilmek üzere hazırlık hizmetine alınan adaylarla federe devlet arasındaki ilişki bir kamu hukuku ilişkisidir. Adayların hazırlık hizmetine alınmalarına karar verme yetkisi adayların istihdam edilmek istedikleri yerin yargı çevresinde bulunduğu federe yüksek mahkemenin⁴⁶ başkanına aittir. Adaylar belli bir federe yüksek mahkemenin yargı çevresinde veya belli bir zaman dilimi içinde hazırlık hizmetine alınma yönünde herhangi bir hakka sahip değildirler. Ancak adayların uzun süreli bir ikamet veya başka bir nedenden ötürü sürekli bir şekilde kişisel bağılıklarının bulunduğu federe yüksek mahkemenin yargı çevresinde hazırlık hizmetine alınmalarına kontenjanlar ve eğitim koşulları dahilinde imkan tanınır. Adayların hazırlık hizmetine alınabilmeleri için buna engel bir durumun olmaması gerekir. Kanunda sayılan bazı hallerde, örneğin aday hakkında yürütülen bir ceza soruşturması veya kovuşturmasının en az bir yıl süreli hapis cezası ile sonuçlanmasının mümkün olduğu hallerde federe yüksek mahkeme başkanına adayların hazırlık hizmetine alınıp alınmayacakları konusunda takdir yetkisi verilmiştir (§ 30 JAG NRW).

Hazırlık hizmetine kabul edilen adayların atanacakları eğitim bölgesini (*Ausbildungsbezirk*), eğitim yerini (*Ausbildungsstelle*), çalışma grubunu (*Arbeitsgemeinschaft*) ve adayları yetiştirmekle görevli eğitimciyi (*Ausbilder in der Praxis*) belirleme yetkisi federe yüksek mahkeme başkanına aittir. Adayların bir idari makam nezdinde eğitim alacakları hallerde bu yetki federe devletin bölge idareleri (*Bezirksregierung*) ile birlikte kullanılır. Federe yüksek mahkeme başkanı bu yetkilerini devredebilir (§ 34 JAG NRW).

Bayern

Birinci hukuk sınavını başaran adaylar talep üzerine hazırlık hizmetine alınırlar. Hazırlık hizmetine kabul edilen adaylar “hukukçu adayı” sıfatıyla ve kamu hukuku alanında kalan bir eğitim ilişkisi çerçevesinde görevlendirilirler. Ancak adayların bu şekilde görevlendirilebilmeleri için eğitim sırasında muttali olacakları işler hakkında sır saklama yükümlülüğüne uyacakları konusunda yazılı teminat vermeleri gerekir. Hazırlık hizmetine kabul her yılın

ya da öğretmen olarak atanmayı bekleyen kişi (*Lehramtanwärter*) anlamlarına gelmektedir. Bkz. <https://www.duden.de/>: Referendar. Bir makam veya mevkiyi elde etmek için bekleyen kişiye (*Anwärter*) ise “aday” demek daha isabetlidir. Bu şekildeki tercüme için bkz. <https://www.langenscheidt.com/>: Anwärter. Konu hakkında ayrıca bkz. dipnot 20.

“Rechtsreferendar” ifadesini “stajyer” şeklindeki tercüme eden eserler için bkz. Bilgin, Almanya’da Hukuk Eğitimi ve Yargı Örgütü, s. 47; Karasu, Türkiye ve Almanya’da Hukuk Eğitimi, s. 17; Sert-Çelik, Almanya’da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik, s. 339 vd.; Kaya Aydın, Dünya’da ve Türkiye’de Avukatlık Stajı ve Stajyer Avukatların Sorunları, s. 56; Kurt Konca, Hakim Yardımcılığı Kurumu ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, s. 23.

⁴⁶ Nordrhein-Westfalen Federe Devleti’nde üç federe yüksek mahkeme mevcuttur. Bunlar Düsseldorf, Hamm ve Köln federe yüksek mahkemeleridir. Bkz. <https://www.justiz.nrw.de/>.

Nisan ve Ekim aylarının başı itibarıyla gerçekleşir. Başvuru süresi ve başvuru dilekçesine eklenecek belgeler gibi konulara ilişkin ayrıntılar federe yüksek mahkemelerin⁴⁷ başkanları tarafından belirlenir. Adayların hazırlık hizmetine alınmalarına yerleşme başvurusunda bulunulan yerin yargı çevresi içinde yer aldığı federe yüksek mahkemenin başkanı ve Oberbayern İdaresi (*Regierung von Oberbayern*)⁴⁸ tarafından birlikte karar verilir. Eğitimin gerçekleşeceği federe bölge idaresi (*Regierungsbezirk*) ise Oberbayern İdaresi tarafından belirlenir. Adayların belli bir federe yüksek mahkeme bölgesinde veya belli bir federe bölge idaresinde hazırlık hizmetine kabul edilme hakları yoktur. Ancak imkanlar elverdiği ölçüde adayların ilişkili buldukları yerlerde hazırlık hizmetine alınmaları sağlanır. Adayların hazırlık hizmetine alınamayacakları ve alınmayabilecekleri haller Kararnamede ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir (§ 46 JAPO Bayern).

2. Hazırlık Hizmetinin Süresi ve Aşamaları

Nordrhein-Westfalen

Hazırlık hizmetinin süresi yirmi dört aydır. Bu sürenin beş ayı bir adli yargı hukuk mahkemesinde; üç ayı bir savcılıkta ya da ilgili federe yüksek mahkemenin yargı çevresindeki savcılıklarda eğitim imkanlarının yeterli olmadığı hallerde bir adli yargı ceza mahkemesinde; üç ayı bir idari makam nezdinde; on ayı bir avukat yanında; üç ayı ise adayın tercihinine göre gerekli eğitim imkanlarına sahip olan bir yerde geçirilir. Adayın tercih hakkına sahip olduğu bu son servise seçmeli servis (*Wahlstation*), diğer servislere de zorunlu servis (*Pflichtstation / Pflichtstelle*) adı verilmektedir. Adayın tercih hakkını kullanmaması veya zamanında kullanmaması durumunda bu konu federe yüksek mahkeme başkanınca karara bağlanır. Hazırlık hizmeti kural olarak zikredilen sıralamaya göre yürütülür. Ancak makul sebeplerin varlığı halinde bir idari makam nezdinde, bir avukat yanında ve seçmeli serviste alınacak eğitimlerin sıralamasında değişiklik yapılmasına izin verilebilir. Ayrıca zikredilen mahkemelerde, savcılıklarda veya idari makamlarda eğitim imkanlarının yeterli olmadığı hallerde ilgili eğitimin tümünün veya bir bölümünün aynı amaca hizmet eden başka bir mercide yapılmasına da karar verilebilir. Bu yönde bir karar alınmadan önce adayların görüşüne başvurulur. Bir avukat yanında alınacak eğitimin üç aya kadarlık kısmı gerekli eğitim imkanlarına sahip olan bir noter, şirket, dernek veya başka bir eğitim yerinde de geçirilebilir. Ayrıca adayların tercihinine göre ve toplamda sekiz

⁴⁷ Bayern'de üç federe yüksek mahkeme mevcuttur. Bunlar Bamberg, München ve Nürnberg federe yüksek mahkemeleridir. Bkz. <https://www.justiz.bayern.de/>.

⁴⁸ Oberbayern Hür Bayern Devleti'nin yedi bölge idaresinden biridir. Bu yedi bölge idaresi şunlardır: Oberbayern, Niederbayern, Oberpfalz, Oberfranken, Mittelfranken, Unterfranken, Schwaben. Oberbayern Bölgesinin idari merkezi Bayern'in başkenti olan München (Münih) şehridir. Bkz. <https://www.bayern.de/>.



ayı geçmemek koşuluyla hazırlık hizmetinin bazı kısımlarının devletlerüstü veya devletlerarası kuruluşlarda ya da yurt dışında yapılması da mümkündür. Bir hukuk fakültesinde veya Speyer Alman İdari Bilimler Üniversitesinde alınan eğitim hazırlık hizmetinden sayılabilir (§§ 35, 36 JAG NRW).⁴⁹

Bayern

Hazırlık hizmetinin süresi iki yıldır. Hukuk ya da idari ve mali hizmetler sınıfının üçüncü derecesine yükselmek amacıyla yapılan ve başarılı bir şekilde tamamlanan bir eğitim talep üzerine altı aya kadar hazırlık hizmetinden sayılabilir.⁵⁰ Bu durumda adayların hangi servis, çalışma grubu ve kurstan muaf tutulacakları veya bunların süresinin ne kadar kısaltılacağı da karara bağlanır. İki yıllık sürenin beş ayı bir hukuk mahkemesinde, üç ayı bir ceza mahkemesinde ya da bir savcılıkta, dört ayı Kararnamede gösterilen kamu idarelerinin birinde, dokuz ayı bir avukatlık bürosunda, üç ayı da hukukçu adaylarının tercihine göre Kararnamede izin verilen yerlerin birinde geçirilir. Adaylar iki farklı avukatlık bürosunda ve istisnai hallerde iki ayrı seçmeli serviste de eğitim alabilirler. Adayların seçmeli servis konusunda bir talepte bulunmadıkları veya adayların talebinin reddedildiği hallerde seçmeli servis Kararnamede belirtilen makamlarla belirlenir. Hazırlık hizmeti kural olarak zikredilen sıralamaya ve usule uygun olarak yapılır. Ancak Kararnamede bu konularda farklı uygulamalara imkan tanıyan hükümler de mevcuttur (§ 48 JAPO Bayern).

3. Adayların Hizmet İçindeki Durumları

Nordrhein-Westfalen

Hazırlık hizmetine alınan adaylar bir hiyerarşiye tabi olarak faaliyet yürütürler. Adaylara ayrıntıları mevzuatla belirlenen bir aylık ödeme ve diğer bazı ödemeler yapılır. Hukukçu adaylarının da yıllık izin ve mazeret izni hakları vardır. On çalışma gününe kadarki mazeret izinleri ve yıllık izin süresince adaylar hazırlık hizmetine devam etmiş sayılırlar. İzinler hazırlık hizmetinin amacına ulaşmasını engellemeyecek ve uygulamalı eğitim ile çalışma gruplarındaki eğitimi imkanlar dahilinde en az etkileyecek şekilde kullanılır (§ 32 JAG NRW). Kanuni düzenlemelere aykırı olmamak kaydıyla hazırlık hizmetine alınan adaylar buldukları servislerde çalışan bazı kişiler tarafından yapılması gereken işleri kendi sorumlulukları altında yürütmekle görevlendirilebilirler (§ 40 JAG NRW).

⁴⁹ Konu hakkında bkz. Sert-Çelik, Almanya'da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik, s. 341 vd.

⁵⁰ Bayern'deki memurların kariyerleri Bayern Memurlarının Kariyerleri ve Sınıfçı Yükselmeleri Hakkında Kanun (*Gesetz über die Leistungslaufbahn und die Fachlaufbahnen der bayerischen Beamten und Beamtinnen*) ile düzenlenmiştir.

Bayern

Hukukçu adayları Bayern’de de idari bir hiyerarşiye tabi olarak görev yaparlar (§ 52 JAPO Bayern). Hukukçu adayları memur adayları (*Beamte auf Widerruf*) hakkındaki hükümlere göre izin hakkına sahiptirler. Her serviste kullanılacak izin süresi kural olarak servis süresinin üçte birini geçemez. Yıllık izinler ile Kararnamede gösterilen istisnalar dışında kalan diğer izinler hazırlık hizmetinden sayılır. Her eğitim yılında üç ayı aşmamak koşuluyla hasta olarak geçirilen süreler kural olarak eğitimde geçirilmiş sayılır. Doğum ve ebeveyn izinleri kural olarak hazırlık hizmetinden sayılmaz (§ 53 JAPO Bayern). Bayern’de de hazırlık hizmetindeki adaylara ayrıntıları kanunla belirlenen bir aylık ödeme ve diğer bazı ödemeler yapılır (Art. 3 SiGJurVD).

4. Adayların Yetiştirilmesi

Nordrhein-Westfalen

Adaylar uygulamalı eğitim için belli bir eğiticiye yönlendirilirler. Gerekli durumlarda bir aday için aynı anda birden çok eğiticinin görevlendirilmesi de mümkündür. Adayların yetiştirilmesi amacıyla görevlendirilecek kişilerin adayları iyi bir şekilde eğitime yeterliliğine sahip olmaları gerekir. Eğitim Nordrhein-Westfalen Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan eğitim planlarına göre yürütülür (§ 41 JAG NRW).

Bir eğitim bölgesine aynı zaman dilimi için atanan adaylardan çalışma grupları oluşturulur. Seçmeli servislerde çalışma grupları oluşturulmaz, zorunlu servislerde ise çalışma gruplarının oluşturulması esastır. Çalışma grupları en çok 25 adaydan oluşur. Adaylar bir adli yargı hukuk mahkemesi nezdinde alınan eğitim süresince bir özel hukuk çalışma grubuna, bir savcılık veya ceza mahkemesi nezdinde alınan eğitim süresince bir ceza hukuku çalışma grubuna, bir idari makam nezdinde alınan eğitim süresince bir kamu hukuku çalışma grubuna ve bir avukat yanında alınan eğitimin ilk dokuz aylık kısmı süresince de bir özel, ceza ve kamu hukuku çalışma grubuna yerleştirilirler (§ 43 JAG NRW). Çalışma gruplarına kural olarak bir hakim, bir savcı, yüksek hizmet sınıfındaki bir memur, bir avukat ya da bir noter başkanlık eder (§ 44 JAG NRW). Çalışma gruplarında verilecek eğitim kural olarak yargısal ve idari faaliyetler ile hukuk danışmanlığına ilişkin uygulamalı ödevlerden hareketle yürütülür. Adaylardan bu ödevleri usul ve esas bakımından gereği gibi ve mümkün mertebe bizzat yapmaları istenir. Çalışma gruplarında özellikle yazılı çalışma ve dosya sunumu şeklindeki eğitim araçları ön planda tutulur. Çalışma gruplarındaki uygulamalı eğitime katılım zorunludur ve diğer hizmetlere göre daha önceliklidir (§ 45 JAG NRW).

Hazırlık hizmeti süresince toplamda üç ayı geçmemek üzere eğitim kursları (*Ausbildungslehrgang*) düzenlenebilir. Bu kurslar süresince adayların hazırlık hizmetine devam ettikleri kabul edilir (§ 37 JAG NRW).

Bayern

Hukukçu adayları hazırlık hizmeti süresince çalışma gruplarına ve grup başkanları ile eğitim işlerini idare eden görevlilerce talep edilen yazılı sınavlara katılmak ve bunlara ilişkin sınav kağıtlarını teslim etmek zorundadırlar. Seçmeli serviste de imkanlara göre ilgili çalışma alanına yönelik çalışma grupları oluşturulur. Hukukçu adayları zorunlu servislerden her birinin başında bir hazırlık kursuna katılmak zorundadırlar. Adaylar kurs döneminde ilgili servisteki eğitimlerine devam etmiş sayılırlar. Adayların ayrıca eğitim süresince açılan diğer kurslara da katılmaları gerekir. Hem çalışma gruplarında hem de kurslarda ilgili servisi ilgilendirenlerin dışındaki konularda da eğitim verilebilir (§ 50 JAPO Bayern).

C. İkinci Devlet Sınavı

Almanya Federal Cumhuriyeti'nde hukuk mesleklerinde çalışabilmek için başarıyla tamamlanması gereken son aşama ikinci devlet sınavıdır. İkinci devlet sınavına ilişkin önem arz eden konulara aşağıda değinilecektir.

1. Sınavı Yapma Yetkisine Sahip Makamlar

Nordrhein-Westfalen

İkinci devlet sınavı Federe Adalet Bakanlığına bağlı olan Federe Hukuk Sınavları Dairesi (*Landesjustizprüfungsamt*) tarafından gerçekleştirilir. Daire bir başkan ve bir temsilci ile asli (*hauptamtliche Mitglieder*) ve dışarıdan görevlendirilen üyelerden (*nebenamtliche Mitglieder*) oluşur. Daire idari yönden Adalet Bakanlığının hiyerarşik denetimine tabidir. Ancak sınavı gerçekleştiren görevliler sınav ile ilgili işlerde bağımsız olarak hareket ederler. Daire başkanı ve temsilci federe hükümet (*Landesregierung*) tarafından, üyeler ise başkanın görüşü alındıktan sonra İçişleri Bakanlığı tarafından atanırlar. Federe Hukuk Sınavları Dairesinde görevlendirilecek kişilerin hukuk sınav dairelerinde görevlendirilebilecek kişilerden olmaları gerekir (§§ 48, 49 JAG NRW).

Bayern

Daha önce de ifade edildiği gibi, Bayern'de devlet sınavlarını yapma görevi Federe Hukuk Sınavları Dairesine aittir ve her bir devlet sınavı için ayrı bir sınav komisyonu oluşturulur. İkinci devlet sınavı komisyonu biri başkan olmak üzere altı üyeden oluşur. Komisyona Federe Hukuk Sınavları Dairesi Başkanı başkanlık eder. Üyelerden birinin yargı camiasından, ikisinin hukuk danışmanlığı mesleklerinden, kalan ikisinin de idare, vergi idaresi, idari yargı veya vergi yargısı alanlarından olması gerekir. Başkan dışındaki her bir üye için bir de vekil görevlendirilir (§ 59 JAPO Bayern). Bayern'de yapılan zorunlu alan sınavı için oluşturulan sınav komisyonu üyelerini atama yetkisi ve bu kişilerin bağımsızlığı hakkında yukarıda söylenenler ikinci devlet sınavı için oluşturulan sınav komisyonu üyeleri için de geçerlidir.

2. Sınava Kabul

Nordrhein-Westfalen

Federe yüksek mahkeme başkanı hazırlık hizmetinin 19. ayında ikinci devlet sınavına girecek hukukçu adaylarını Federe Hukuk Sınavları Dairesine bildirir. Hazırlık hizmeti tamamlandıktan sonra adayların dosyaları da Daireye gönderilir. İkinci devlet sınavına ilk kez girecek adaylarla daha önce başaramadıkları ikinci devlet sınavını ilk kez tekrar edecek adayların Federe Hukuk Sınavları Dairesi tarafından sınava kabul edilebilmeleri için, bu kişilerin Nordrhein-Westfalen’da hazırlık hizmetine alınmış olmaları şarttır. Adayların hazırlık hizmetinden çıkarıldıkları veya herhangi bir ödeme yapılmayacak şekilde adaylara izin verildiği hallerde sınav süreci de durdurulur. Adayların yeniden hazırlık hizmetine alınmaları ya da izin sürelerinin sona ermesi ile birlikte sınav süreci de kaldığı yerden işlemeye devam eder. Başka bir federe devlette ikinci devlet sınavına ilişkin işlemleri yürütülmekte olan adaylar Nordrhein-Westfalen’da bu sınava kabul edilmezler (§ 50 JAG NRW).

Bayern

Hukukçu adayları hazırlık hizmetinin bir avukatlık bürosunda geçirilen kısmının sonlarına doğru başlayan ikinci devlet sınavına katılmak zorundadırlar. Kişisel sebeplerle sınava katılmayan adaylar sınava girmiş ve sınavı başaramamış sayılırlar. Adayları ikinci devlet sınavının yazılı kısmına kabul etme yetkisi ilgili federe yüksek mahkeme başkanına aittir. İkinci devlet sınavının yazılı kısmının ortalaması en az 3,72 puan olan ve 4,00’in altında bir puan aldıkları yazılı sınav sayısı beşi geçmeyen adaylar ikinci devlet sınavının sözlü kısmına kabul edilirler. Bir ya da iki yazılı sınavdan muaf tutulan adayların sözlü sınava kabul edilebilmeleri için bunların 4,00’in altında bir puan aldıkları yazılı sınav sayısı beş yerine en çok dört olmak zorundadır. Sözlü sınava kabul edilebilmek için gerekli koşulları sağlamayan adaylar ikinci devlet sınavını başaramamış olurlar (§§ 61, 64 JAPO Bayern).

3. Sınavın Aşamaları, İçeriği ve Değerlendirilmesi

Nordrhein-Westfalen

İkinci devlet sınavı biri yazılı ve biri sözlü ve olmak üzere iki kısımdan oluşur. İlk önce sınavın yazılı kısmı gerçekleştirilir. Sınavın yazılı kısmı sekiz yazılı sınavdan oluşur. Yazılı sınavların asgari konusunu hazırlık hizmetindeki zorunlu servislerde verilen eğitim oluşturur. Yazılı sınavlardan dördü özel hukuka, ikisi ceza hukukuna, ikisi de idare hukukuna ilişkindir (§ 51 JAG NRW). Yazılı sınavlar hazırlık hizmetinin 21. ayında yapılır. Her bir yazılı sınav için adaylara günde beş saat süre verilir. Bedensel engelli adaylara talepleri halinde iki saate kadar ek süre verilebilir (§ 53 JAG NRW).



İkinci devlet sınavının sözlü kısmı bir dosya sunumu ile bir mülakattan oluşur. Dosya sunumu mülakattan önce gerçekleşir. Sunum yapılacak dosya adli yargıya, savcılıklar tarafından yürütülen işlere, iş yargısına, idari yargıya, idari uygulamalara ya da avukatlar tarafından yürütülen işlere ilişkin olabilir. Mülakat ise yargısal ve idari faaliyetlere ve hukuki danışmanlık hizmetlerine ilişkin olabilir. Mülakatın konusunu tüm eğitim faaliyetleri oluşturur (§ 51 JAG NRW).

Sınava girecek adayların bir bütün olarak hukuk sistemini, bu sistemin temelinde yatan hukuki değerleri ve sistemin kendi içindeki ilişkilerini kavramış olmaları beklenir. Ayrıca adayların şu konularda ve bunların Avrupa hukuku boyutları hakkında da yeterli bilgiye sahip olmaları beklenir: Federe devletçe yapılan zorunlu alan sınavının konuları; trafik ve kamu hizmeti hukukunun ana hatları; medeni, ceza ve idari yargılama hukuku; ana hatlarıyla icra hukuku ve hukuk uygulama metotları. Adaylardan istenecek bilgi ve çalışmalar belirlenirken özellikle avukatların görev alanında kalıp hukuk danışmanlığına ilişkin olan ve kişilerin hukuki durumunu etkileyen konular uygun ölçüde dikkate alınır. Bunların dışında kalan konular yalnızca kavrama ve çalışma usulünün tespit edilmek istenmesi ve adaylardan detaylı bilgi istenmemesi şartlarıyla sınavın kapsamına dahil edilebilir (§ 52 JAG NRW).

Federe devletçe yapılan zorunlu alan sınavı kapsamındaki yazılı sınavların değerlendirilmesi ve sınavın sözlü kısmı hakkında söylenenler kural olarak ikinci devlet sınavı kapsamındaki yazılı ve sözlü sınavlar için de geçerlidir (§§ 54, 55 JAG NRW).

Bayern

İkinci devlet sınavının yazılı kısmı dokuz yazılı sınavdan oluşur ve her gün bir yazılı sınav yapılır. Her bir yazılı sınavın süresi beş saattir. Yazılı sınavların konusunu özellikle hukuk hayatındaki pratik olaylar oluşturur. Yazılı sınavlardan dördü özel hukuka, ikisi ceza hukukuna, üçü de kamu hukukuna ilişkin olmalıdır. Özel hukuk ile ceza ve kamu hukukuna ilişkin sınavların kapsamına bunların usul boyutu da dahildir. Özel hukuk alanındaki sınavlardan en az biri iş hukukuna, kamu hukuku alanındaki sınavlardan en az biri de vergi hukukuna ilişkin olmalıdır. Yazılı sınavlarda Avrupa hukukuna da yoğunlaşılabılır. Ayrıca yazılı sınavlardan en az üçü hukuk danışmanlığı mesleklerinin ve kişilerin hukuki durumunu etkileyecek faaliyetlerde bulunan hukuk mesleklerinin faaliyetlerini konu edinmelidir (§ 62 JAPO Bayern). Yazılı sınavlar Bayern'in tüm sınav merkezlerinde aynı soru veya ödevlerden oluşur ve sınavlar eş zamanlı olarak gerçekleştirilir (§ 5 JAPO Bayern).

Sözlü sınav komisyonları dört üyeden oluşur. Üyelerden biri özel hukuk ve iş hukukunu, biri ceza hukukunu, biri kamu hukukunu ve biri de öğrencinin tercih ettiği meslek alanını temsil eder. Üyelerden biri başkanlık görevini icra eder. Sözlü sınavın süresi aday başına takriben 50 dakikadır. Bu sürenin

yaklaşık 15 dakikası tercih edilen meslek alanına ayrılır. Sözlü sınava aynı anda en çok beş aday alınabilir. Hukukçu adayları ve istisnai hallerde başka kişiler de sözlü sınava dinleyici olarak alınabilirler. Ancak sözlü sınavın sonucu adaylara dinleyicilerin yokluğunda bildirilir (§ 65 JAPO Bayern).

İkinci devlet sınavının konusunu zorunlu alanlar ve adaylarca belirlenen meslek alanı oluşturur. Ayrıca bunların sosyal, iktisadi, politik ve Avrupa hukukuna ilişkin temelleri de sınavın kapsamına dahildir. İkinci devlet sınavı açısından zorunlu alanlar federe devletçe yapılan zorunlu alan sınavı konularından, ayrıca özel hukuk ve iş hukuku, ceza hukuku ve kamu hukukunun mevzuatta zikredilen konularından oluşur. Bu alanların usul boyutu da zorunlu alanların kapsamına dahildir. Adayların ikinci devlet sınavında tercihte bulunabilecekleri meslek alanları şunlardır: Adliye, idare, avukatlık, iktisat, iş hukuku ve sosyal hukuk, uluslararası hukuk ve Avrupa hukuku, vergi hukuku (§ 58 JAPO Bayern).

Yazılı sınavların değerlendirilmesi süreci zorunlu alan sınavı kapsamındaki yazılı sınavların değerlendirilmesi sürecine benzemektedir (§ 64 JAPO Bayern). Sözlü sınavda her bir komisyon üyesinin temsil ettiği alan için adaylara ayrı bir not verilir. Adayların tercih ettikleri meslek alanına ilişkin not ikiye, diğer notlar bire çarpılır ve elde edilen sonuçlar toplanarak beşe bölünür. Bu şekilde adayların sözlü sınav notları belirlenir (§ 66 JAPO Bayern).

4. Sınavın Sonuçlandırılması

Nordrhein-Westfalen

İkinci devlet sınavının nihai notu belirlenirken yazılı sınavlar yüzde altmış, dosya sunumu yüzde on ve mülakat da yüzde otuz oranında göz önünde bulundurulur. Zorunlu alan sınavının sonuçlandırılması ile ilgili olarak yukarıda söylenenler kural olarak ikinci devlet sınavı için de geçerlidir. İkinci devlet sınavının sonuçlandırılması konusundaki bazı farklılıklar ise şunlardır: İkinci devlet sınavının yazılı kısmı sekiz yazılı sınavdan oluştuğu için, sınavın nihai sonucu hesaplanırken her bir yazılı sınavın yüzde 10'u değil, yüzde 7,5'i alınır. Sözlü sınav yapılmadan adayların ikinci devlet sınavından başarısız sayılabilmeleri için adayların dört yerine altı veya daha fazla yazılı sınavdan başarısız bir not almaları gerekir. Adayların üç yerine dört veya daha fazla yazılı sınav kağıdını teslim etmemeleri veya zamanında teslim etmemeleri halinde henüz sözlü sınav yapılmadan adayların ikinci devlet sınavından başarısız oldukları karar altına alınır. İki yerine en çok üç yazılı sınav kağıdını geçerli bir mazeretleri olmaksızın teslim etmemeleri veya zamanında teslim etmemeleri durumunda adayların ilgili sınav ya da sınavlardan sıfır puan aldıkları kabul edilir. Ayrıca adayların nihai notları en çok bir puan olmak üzere yukarı veya aşağı yönde değiştirilirken onların hazırlık hizmetindeki performansları da dikkate alınır (§ 56 JAG NRW).

Bayern

Sözlü sınavdan sonra sınav komisyonları adayların nihai notlarını tespit altına alırlar. İkinci devlet sınavının nihai notu nihai yazılı sınav notunun yüzde yetmiş ile nihai sözlü sınav notunun yüzde otuzundan oluşur. İkinci devlet sınavının nihai notunun 4,00'in altında kaldığı hallerde sınav başarılmamış olur (§§ 34, 67 JAPO Bayern).

5. Sınavın Tekrarı

Nordrhein-Westfalen

İkinci devlet sınavına ilk kez girip sınavı başaran adaylar notlarını yükseltmek amacıyla sınavı bir kez daha tekrar edebilirler. Bu durumda sınav bir bütün olarak tekrarlanır (§ 56a JAG NRW).

Sınava ilk kez girip sınavdan başarısız olan adaylar da sınava bir kez daha girebilirler. İkinci devlet sınavından başarısız olan adaylardan Kanunda zikredilenler yeniden hazırlık hizmetine alınabilirler. Adayların yeniden hazırlık hizmetine yönlendirilmesi durumunda bu süre en az üç, en çok beş ay olabilir. Zorunlu alan sınavının tekrarı ile ilgili olarak söylenenler kural olarak ikinci devlet sınavının tekrarı hakkında da geçerlidir (§§ 56, 57, 58 JAG NRW).

İkinci devlet sınavında iki kez başarısız olan adaylardan sınav tekrarını Nordrhein-Westfalen Federe Devleti'nde gerçekleştirenler talepte bulunmaları halinde Federe Hukuk Sınavları Dairesi başkanının kararıyla sınavı ikinci kez tekrar edebilirler. Başkanın sınavın bir daha tekrar edilmesine izin verebilmesi için adayların yeni sınavda başarılı olabilecekleri yönünde yeterli bir kanaatin mevcut olması gerekir. Sınavı ilk kez tekrar eden adaylar hakkında geçerli olan hususlar kural olarak sınavı ikinci kez tekrar edecek adaylar için de geçerlidir (§ 59 JAG NRW).

Bayern

İkinci devlet sınavına Bayern'de ilk kez girip sınavda başarılı olan adaylar sınavda aldıkları nihai notu yükseltmek amacıyla sınavı bir kez daha tekrarlayabilirler. Bu durumda sınav bir bütün olarak tekrar edilir (§§ 15, 71 JAPO Bayern).

İkinci devlet sınavını başaramayan adaylar da sınavı bir kez daha tekrarlayabilirler. Bu kişiler kural olarak altı aylık ilave bir hazırlık hizmetine alınırlar. İkinci devlet sınavına ikinci kez girecek kişiler ilave hazırlık hizmetinin tamamlanmasından hemen sonraki sınava girerler. İlave hazırlık hizmetine alınmayan ya da muhtelif sebeplerle hazırlık hizmetinden çıkarılan kişiler de ilave hazırlık hizmetini tamamlayan kişilerle aynı dönemde sınava girerler. İkinci devlet sınavı bir bütün olarak tekrar edilir. Tekrar girilen sınavda da başarılı olamayan adaylar bir daha hazırlık hizmetine alınmazlar (§ 70 JAPO Bayern).

Tekrar, yani ikinci kez girilen ikinci devlet sınavında da başarılı olamayan adaylar girdikleri iki sınavın birinden en az 3,00 puan almış olmaları şartıyla ikinci devlet sınavını ikinci kez tekrar edebilirler. Bu kişiler en geç ilk tekrardan sonraki üçüncü dönemde ikinci tekrar sınavına girmek zorundadırlar. Sınav bir bütün olarak tekrar edilir. Adaylar yeni bir hazırlık hizmetini tamamlasalar bile burada zikredilenlerin dışında bir daha ikinci devlet sınavına giremezler (§ 71 JAPO Bayern).

III. HUKUK ÖĞRENİMİNE VE SINAVLARINA İLİŞKİN BAZI İSTATİSTİKLER

Bu başlık altında Federal Adalet Dairesi (*Bundesamt für Justiz*)⁵¹ tarafından açıklanan hukuk mesleklerine giriş sınavlarına ve sürecine ilişkin bazı istatistiklere yer verilecektir. Bunlara yer verilmesinin amacı öğrenim süresine ve sınavlardaki başarı durumuna ilişkin bir fikir vermek ve aşağıda konu hakkında yapılacak bazı değerlendirmelere zemin hazırlamaktır. Bu nedenle burada istatistiklerin ayrıntılarına inilmeyecek, yalnızca 2018⁵² yılına ait olan ve tüm federal ülkeyi ilgilendiren bazı veriler kısaca aktarılacaktır.

A. Öğrenim Süresine İlişkin Veriler

Federe devletlerce yapılan zorunlu alan sınavına kabul edilen adayların öğrenim gördükleri dönem, yani yarıyıl sayısına ilişkin veriler şu şekildedir: Sınava kabul edilen 10.486 adaydan 206'sı (% 2,0) 4-6 dönem, 609'u (% 5,8) 7 dönem, 2.573'ü (% 24,5) 8 dönem, 1.483'ü (% 14,1) 9 dönem, 1.869'u (% 17,8) 10 dönem, 1.293'ü (% 12,3) 11 dönem, 988'i (% 9,4) 12 dönem, 609'u (% 5,8) 13 dönem, 314'ü (% 3,0) 14 dönem, 180'i (% 1,7) 15 dönem, 362'si (% 3,5) ise 16 veya daha fazla dönem öğrenim görmüştür. Öğrenim görülen toplam dönem sayısının ortalaması 10'dur.⁵³ Buradaki dönem sayısına sınav süreci dahil edilmemiştir.

Birinci sınavdan başarılı olan adayların birinci sınav süresi de dahil olmak üzere başarılı bir şekilde tamamladıkları dönem sayıları ise şöyledir: Birinci sınavdan başarılı olan 9.332 adaydan 32'si (% 0,3) 4-6 dönem, 95'i (% 1,0) 7 dönem, 334'ü (% 3,6) 8 dönem, 1.004'ü (% 10,8) 9 dönem, 2.165'i (% 23,2) 10 dönem, 1.704'ü (% 18,3) 11 dönem, 1.488'i (% 15,9) 12 dönem, 886'sı (% 9,5) 13 dönem, 684'ü (% 7,3) 14 dönem, 351'i (% 3,8) 15 dönem, 589'u (% 6,3) 16 veya daha fazla dönem öğrenim görmüştür. Öğrenim görülen toplam dönem sayısının ortalaması 11'dir.

⁵¹ Bkz. <https://www.bundesjustizamt.de/>.

⁵² Federal Adalet Dairesinin açıklamasına göre 2019 yılına ait verilerin yayımlanması Corona Salgını nedeniyle gecikmiştir. Bkz. dipnot 51.

⁵³ İstatistiklerin ait olduğu dönemdeki hukuki düzenlemelere göre öğrenim süresi kural olarak dört yıldır. Bkz. dipnot 8.

B. Sınavlardaki Başarı Oranlarına İlişkin Veriler

Federe devletlerce yapılan zorunlu alan sınavına 14.653 aday katılmış, bunlardan 10.559 kişi (% 72,1) sınavı başarmış, 4.094 kişi (% 27,9) ise sınavdan başarısız olmuştur. Sınavdan başarısız olan adaylardan kesin, yani nihai bir şekilde başarısız olanların sayısı 702'dir (% 4,8). Zorunlu alan sınavına katılan kişilerden 4.789'u (% 32,7) sınava serbest deneme usulüyle başvurmuş, bu kişilerden 3.768'i (% 78,7) başarılı, 1.018'i (% 21,3) ise başarısız olmuştur.⁵⁴

Üniversitelerce yapılan seçmeli alan sınavına 9.683 kişi katılmış, bunlardan 9.313 kişi (% 96,2) sınavı başarmış, 370 kişi (% 3,8) ise sınavı başaramamıştır. Sınavı başaramayan adaylardan 43'ü (% 0,4) sınavdan kesin bir şekilde başarısız olmuştur.

İkinci devlet sınavına 8974 kişi girmiş, bunlardan 7.829 kişi (% 87,2) sınavı başarmış, 1.145 kişi (% 12,8) ise sınavdan başarısız olmuştur. Bu dönemde sınav tekrarı yapan 953 kişiden 284'ü (% 3,2) yeniden başarısız olmuştur.

C. Sınavlardaki Başarı Derecelerine İlişkin Veriler

Federe devletlerce yapılan zorunlu alan sınavından başarılı olan 10.559 kişiden 18'i (% 0,2) çok iyi, 385'i (% 3,6) iyi, 2.072'si (% 19,6) orta üstü, 4.294'ü (% 40,7) orta, 3.790'ı (% 35,9) yeterli not derecesi ile başarı sağlamıştır.⁵⁵

Üniversitelerce yapılan seçmeli ders sınavından başarılı olan 9.313 adaydan 558'i (% 6,0) çok iyi, 1.978'i (% 21,2) iyi, 3.253'ü (% 34,9) orta üstü, 2.513'ü (% 27,0) orta, 1.011'i (% 10,9) yeterli not derecesine sahip olmuştur.⁵⁵

Zorunlu alan sınavı ile seçmeli alan sınavından oluşan birinci sınavda başarılı olan 9.338 adaydan 24'ü (% 0,3) çok iyi, 574'ü (% 6,1) iyi, 2.648'i (% 28,4) orta üstü, 4.342'si (% 46,5) orta, 1.750'si (% 18,7) ise yeterli not derecesini almıştır.

İkinci devlet sınavından başarılı olan 7.829 adaydan 9'u (% 0,1) çok iyi, 183'ü (% 2,3) iyi, 1.561'i (% 19,9) orta üstü, 3.622'si (% 46,3) orta ve 2.454'ü (% 31,3) yeterli not derecesini elde etmişlerdir.⁵⁵

IV. SİSTEM HAKKINDA BAZI DEĞERLENDİRMELER

Hukuk mesleklerine giriş şart ve usullerine ilişkin Alman sistemi çok farklı açılardan değerlendirmeye tabi tutulabilir. Burada ayrıntılara inilmemek ve

⁵⁴ Verilerden de anlaşılacağı üzere, zorunlu alan sınavına serbest deneme usulüyle başvuran adaylardan başarılı ve başarısız olanların toplamı 4.786'dır. Geriye kalan 3 kişinin durumu hakkında istatistiklerde herhangi bir bilgiye yer verilmemiştir. Ancak istatistiklere göre bu fark Schleswig-Holstein Federe Devleti'ndeki verilerden kaynaklanmaktadır.

⁵⁵ Buradaki yüzdelik veriler her bir not derecesiyle başarılı olan aday sayısının toplam başarılı aday sayısı içindeki yeri tespit edilmek ve Federal Adalet Dairesinin sair hesap usulü de gözetilmek suretiyle tarafımca hesaplanmıştır. Not dereceleri için bkz. dipnot 14.

yalnızca sistemin belirleyici özellikleri esas alınmak suretiyle konu hakkında bazı değerlendirmelere yer verilecektir.

A. Federal Yapının Konu Üzerindeki Yansıması Yönünden

Hukuk mesleklerine giriş usulüne ilişkin Alman hukukundaki düzenlemelerin temel özelliklerinden biri federal devlet yapısının doğal olarak bu konuya da yansımış olmasıdır. Bilindiği üzere, merkezden yönetimin esas alındığı sistemlerde tüm kamu hizmetleri tek bir devlet tüzel kişiliği tarafından ve tek elden yürütülür. Buna karşın yerinden yönetim usulünde ya da adem-i merkezi sistemlerde birden çok kamu tüzel kişisi mevcuttur ve bu kamu tüzel kişileri muhtelif kamu hizmetlerinin yürütülmesine katılırlar. Yerinden yönetim yetki derecesi bakımından kendi içinde siyasi ve idari yerinden yönetim olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İdari yerinden yönetimde⁵⁶ tek bir devlet tüzel kişiliği söz konusudur ve devlet dışındaki kamu tüzel kişileri yalnızca idari kamu hizmetlerini yürütmekle görevlendirilmektedir. Oysa siyasi yerinden yönetimde tek bir devlet tüzel kişiliği değil, aynı anda birden çok devletten oluşan çoklu bir devlet sistemi söz konusudur. Bu sistemde farklı kamu tüzel kişiliklerine sahip olan devletlerden her biri hem yasama hem yürütme hem de yargı alanlarında kamu hizmetlerini yürütme görev ve yetkisi ile donatılmıştır.⁵⁷ Ülkemizde olduğu gibi idari yerinden yönetimin uygulama alanı bulduğu ülkelerde farklı kamu tüzel kişileri bir konuda farklı düzenlemeler yapabilirler, örneğin her üniversite kendisi için bağlayıcı olan mevzuat hükümlerine riayet etmek koşuluyla öğrenim sürecini farklı şekillerde düzenleyebilir. Almanya Federal Cumhuriyeti'nde olduğu gibi, siyasi yerinden yönetimin uygulandığı ülkelerde ise bu farklılık kural olarak çok daha güçlüdür. Alman hukukunun konu ile ilgili düzenlemelerine bakıldığında, hukuk mesleklerine giriş usulü konusunda federal bir çerçeve çizildiği ve bu çerçeve içinde kalmak koşuluyla ayrıntıların düzenlenmesi işinin federe devletlere bırakıldığı görülmektedir. Bu şekilde on altı federe devletten her biri, federal çerçeve içinde kalmak kaydıyla, hukuk mesleklerine giriş şart ve usullerini farklı olarak düzenleyebilmekte, böylece federal ülke içerisinde farklı uygulamalar ortaya çıkmaktadır.

Almanya'nın farklı federe devletlerinde farklı düzenleme ve uygulamalara yer verilmesinin olumlu ve olumsuz bazı yönlerinden söz edilebilir. Kanaatime göre bu noktada Alman sistemine getirilebilecek eleştirilerin başında sistemi tanıma ve takip etme güçlüğü gelir. Gerçekten de hukuk mesleklerine giriş şart ve usulleri konusunda tüm federe devletlerdeki uygulamaları kapsayacak şekilde

⁵⁶ Türkiye'de yalnızca idari yerinden yönetim usulü benimsendiği için, bu usul doğrudan "yerinden yönetim" olarak da anılmaktadır. Örnek olarak Bkz. Gözler, İdare Hukuku, Cilt I, s. 176 vd.

⁵⁷ Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, II. Cilt, s. 589 vd., 610 vd.; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 146 vd., 150 vd.; Gözler, İdare Hukuku, Cilt I, s. 169 vd., 176 vd.



ayrıntılı bir inceleme yapmak veya konunun ayrıntılarına vakıf olmak oldukça güçtür. Ayrıca tüm federe devletlerin düzenleme yetkisine sahip olmaları nedeniyle konunun nisbeten hızlı bir şekilde değiştiğinden de söz edilebilir.⁵⁸ Bu durum konunun yalnızca ülke dışından takibini güçleştirmemekte, aynı zamanda ülke içinde de bir federe devletteki hukukçu adaylarının farklı bir federe devletteki usul ve uygulamalardan habersiz olmaları ile sonuçlanabilmektedir. Durum bu olmakla birlikte kanaatime göre bunu büyük bir olumsuzluk olarak görmemek gerekir. Zira ülkemizde de sözgelimi yükseköğretim ve imar uygulamalarının ayrıntıları konularında farklı üniversiteler ve mahalli idareler arasında farklı uygulamalara rastlanabilmektedir ve tüm bu farklılıkları aynı anda bilmek neredeyse imkansızdır. Dolayısıyla burada önemli olan, Alman hukuk mesleklerine giriş usulünün tüm ayrıntılarını bilmek değil, konunun temel özelliklerinden ve özellikle de federal çerçeveden haberdar olmaktır.

Yerinden yönetim usulünün genel olarak demokratik ilkelere daha uygun olduğu kabul edilmektedir.⁵⁹ Bu hususun Alman hukuku açısından da geçerli olduğu, yani hukuk mesleklerine giriş şart ve usulleri konusunda federe devletler arasındaki farklılıkların demokrasi ilkesinin bir gereği olduğu söylenebilir. Zira her bir federe devlet federal çerçeve içinde kalmak koşuluyla kendi halkının ihtiyaç veya taleplerini dikkate almaktadır. Bu açıdan bakıldığında federe devletler arasında farklı uygulamaların bulunması olumsuz değil, olumlu bir durumdur.

Yerinden yönetim usulünde farklı uygulamaların söz konusu olması bir olumsuzluk olarak kabul edilmese bile, bu farklılıkların kabul edilebilir bir seviyeyi aşması kişileri olumsuz yönde etkileyebilir ve hukuka olan güven duygusunu zedeleyebilir. Sözgelimi bir federe devletteki usul veya başarının diğer bir federe devlette kabul edilmemesi veya tanınmaması kişilerin mesleklerini serbestçe icra etmelerine engel oluşturabilir.⁶⁰ Konuya yakından bakıldığında, Alman hukukunda bu tür olumsuzlukların önüne geçen düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Örneğin Alman Hakimler Kanunu'nun 5a maddesinin birinci fıkrası hukuk öğreniminin en az iki yıllık kısmının bu Kanunun uygulama alanı bulduğu yerlerdeki, yani herhangi bir federe devletteki bir üniversitede gerçekleşmiş olması gerektiğini öngörmüştür. Aynı Kanunun 6. maddesi de bir federe devletteki sınav ve hazırlık hizmetinin diğer federe devletlerde de geçerli olduğunu ve herhangi bir federe devlette hakimlik yapma yeterliliğini elde eden kişilerin tüm federal devlette hakimlik yapabileceklerini hüküm altına almıştır.

⁵⁸ Örnek olarak bkz. dipnot 29 ve 30.

⁵⁹ Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, II. Cilt, s. 619 vd.; Gözler, İdare Hukuku, Cilt I, s. 186 vd.; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 153.

⁶⁰ Mesleğin serbestçe seçimi ve icrası özgürlüğü hakkında bkz. Jarass, in: Jarass / Pieroth, Grundgesetz, Art. 12, Rn. 9 ff.

B. Tek Tip Hukukçu Yetiştirme Usulü Yönünden

Alman Hakimler Kanunu esasen hakimlik mesleğine giriş şart ve usullerini düzenlemiştir. Ancak konuyla ilgili diğer federal düzenlemeler avukatlık, noterlik ve savcılık mesleklerinde çalışabilmek için de hakim olarak çalışabilmek yeterliliğine sahip olunması gerektiğini hüküm altına almışlardır. Bu nedenle sayılan diğer hukuk mesleklerini icra edebilmek için de hakimlik mesleğine giriş için öngörülmüş olan süreçten başarılı bir şekilde geçmek gerekir. Başka bir ifadeyle, hukukçu adayları her bir hukuk mesleği için ayrı bir süreçten değil, tek ve ortak bir mesleğe giriş sürecinden geçerler. Bu süreci başarıyla tamamlayan adaylar hakim, savcı, avukat ve noter gibi hukuk mesleklerinden birini tercih etme ve bu mesleklerde çalışma imkanına sahip olurlar.⁶¹ Bu sistem tek tip hukukçu (*Einheitsjurist*) sistemi veya modeli olarak adlandırılmaktadır.

Tek tip hukukçu sisteminin olumlu ve olumsuz yanlarından söz edilebilir. Mesela belli bir hukuk mesleğini icra etmek isteyen kişiler çalışmak istedikleri meslek için gerekli olmayan niteliklere sahip olmak ve çalışmak istemedikleri meslekler için öngörülmüş olan süreçlerden geçmek istemeyebilirler. Bu açıdan bakıldığında tek tip hukukçu sisteminin bazı hukukçu adayları için zaman kaybı anlamına geldiği savunulabilir. Zaten Alman hukukunda bu sisteme getirilen eleştirilerden önemli biri de sistemin uzun zaman almasıdır.⁶² Ancak olaya tersinden bakmak da mümkündür. Gerçekten de her mesleğe giriş şart ve usullerinin farklı olduğu hallerde meslek değişikliği yapmak isteyen kişiler daha fazla zaman harcamak zorunda kalabilirler. Bu açıdan bakıldığında sistemin mutlak anlamda uzun zaman alan bir sistem olarak kabul edilemeyeceği sonucuna da ulaşılabilir.

Hukuk meslekleri karşılıklı olarak birbirlerini desteklerler. Sözelimi avukatlık için alınan bir eğitim hakimlik mesleğine, hakimlik mesleğine yönelik olarak alınan bir eğitim de savcılık veya noterlik mesleklerine katkı sunar. Dolayısıyla tek tip hukukçu sistemi hukuk mesleklerinin bir bütün olarak ele alınmasını ve adayların tüm bu mesleklerin icrası konusunda bilgi sahibi olmalarını sağlar.⁶³ Bu nedenle sistemin meslek seçimini olumlu yönde etkilemesi de mümkündür. Meslek seçimi konusunda kararsız olan hukukçu adaylarının tek tip hukukçu sistemi yoluyla tüm hukuk meslekleri hakkında bilgi sahibi olmaları, onların meslek tercihinde bulunmalarını kolaylaştıracaktır.

Tek tip hukukçu yetiştirilmesi hukuk mesleklerinin saygınlığına ve farklı

⁶¹ Schmidt-Räntsch / Schmidt-Räntsch, Deutsches Richtergesetz, Vorbemerkung vor §§ 5 ff., Rn. 14.

⁶² Schmidt-Räntsch / Schmidt-Räntsch, Deutsches Richtergesetz, Vorbemerkung vor §§ 5 ff., Rn. 16; Kuhne, Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, s. 139; Oğuz, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 207. Sisteme yöneltilen eleştiriler için bkz. Breidenbach, Eine neue Juristenausbildung, 2020, s. 2862 vd.

⁶³ Aynı yönde: Sert-Çelik, Almanya'da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik, s. 346



mesleklere mensup hukukçuların mesleklerini özgüven içinde icra etmelerine de katkı sunar. Bu sistem bazı meslek mensuplarının diğer bazı meslek mensuplarına göre tabiri caizse “daha iyi” veya “daha zorlu” bir süreçten geçtikleri, diğer bazı meslek mensuplarının ise “daha kolay” bir şekilde mesleğe başladıkları şeklindeki muhtemel iddia veya düşüncelerin önüne geçer ve bu şekilde hukukçular arasında ayırım yapılmasına da engel olur.⁶⁴

C. Üniversite Öğrenimi ile Sınavlarının Mesleğe Giriş Sürecindeki Yeri Yönünden

Üniversite öğreniminin ve üniversitelerce gerçekleştirilen sınavların etkili ve hak ettikleri değere sahip olabilmeleri için, bunların mesleğe giriş sürecinde dikkate alınmaları ve bu sürece olumlu yönde katkı sunmaları şarttır. Aksi takdirde öğrenciler bunlara gereği gibi önem vermezler. Bu da öğrenimin kalitesinin düşmesine sebebiyet verir ve bir mesleğe hazırlık sürecindeki kişileri farklı öğrenim alternatiflerine yönelmeye iter. Almanya’da hukuk mesleklerine giriş sürecine bakıldığında, üniversitelerce gerçekleştirilen öğretim ve sınavların bu süreçte yeterli ölçüde dikkate alındığı görülmektedir. Alman Hakimler Kanunu’nun 5a maddesinin üçüncü fıkrası ile 5d maddesinin birinci fıkrasında hukuk öğreniminin ve mesleğe giriş sürecindeki sınavların aynı hedef ve nitelikleri dikkate alacakları hüküm altına alınmıştır. Bu hükümlerin bir gereği olarak mesleğe giriş sürecindeki sınavlar hukuk öğrenimi sırasında öğrencilere kazandırılması gereken nitelikler dikkate alınarak hazırlanmaktadır. Ayrıca üniversitelerce yapılan seçmeli alan sınavı birinci sınavın nihai notuna yüzde otuz oranında etki etmektedir. Bu da sistemin hukuk öğrenimine gereken değeri ve saygınlığı verdiği anlamına gelmektedir.

D. Sınavlara Giriş Hakkının Sınırlandırılmış Olması Yönünden

Almanya’da hukuk mesleklerine giriş sürecinin önemli bir özelliği de bu süreç kapsamında yapılan sınavlara giriş hakkının sınırlandırılmış olması ve sınırlı sayıdaki denemelerin birinde sınavlardan birini geçemeyen adayların, yeni bir hukuk öğrenimi yoluyla da olsa bir daha sınavlara girememeleridir. Yukarıda da görüldüğü üzere, federe devletlerce gerçekleştirilen sınavlara kural olarak yalnızca iki kez girilebilmekte, bu sayı bazı hallerde üçe çıkabilmektedir. Sınavlardan başarılı olamayan adaylar hukuk mesleklerinde çalışma imkanını geri dönülmez bir şekilde kaybetmektedirler. Bu açıdan bakıldığında sistem “acımasız” bir sistem görüntüsü vermektedir. Öyle ki, henüz hukuk öğrenimi sırasında öğrencilerin önemli bir kısmının okuldan ayrıldığı ifade edilmektedir.⁶⁵ Bayern’de zorunlu alan sınavına ilk kez girip

⁶⁴ Groß, Legal Education Quality Management State Examination, s. 350.

⁶⁵ Kuhne 2003 yılında üniversite öğrenimi sırasında neredeyse % 50’lik bir okuldan ayrılma oranının söz konusu olduğunu ifade etmiştir. Kuhne, Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun

de sınavdan başarısız olan adayların bir kısmının sınav tekrarı için başvuruda bile bulunmadığı ve bu kişilerin sayısının toplam aday sayısının yaklaşık olarak yüzde 4 ila 6'sı kadar olduğu aktarılmaktadır.⁶⁶ Adayların sınavlara giriş haklarının sınırlandırılmış olması ayrıca, adayların sınavlara hazırlık için daha fazla zaman ayırmalarına, bu da öğrenim ve mesleğe giriş süreçlerinin uzamasına ve hukuk mesleklerinde çalışma ehliyetini elde eden kişilerin yaş ortalamasının yükselmesine sebebiyet vermektedir. Nordrhein-Westfalen Federe Devleti'ne ait istatistikler 2019 yılında zorunlu alan sınavının sözlü kısmına katılan adayların yaş ortalamasının 25, 2020 yılında hazırlık hizmetine devam eden 1731 hukukçu adayının yaş ortalamasının ise 29 yıl 10 ay olduğunu göstermektedir.⁶⁷

Sınavlara giriş hakkının sınırlandırılmasının olumlu yönlerinden de söz etmek mümkündür. Bu durum hukukçu adaylarının çok daha dikkatli hareket etmeleri ve mesleki açıdan daha donanımlı olmaları, yani hukukçu kalitesinin artması sonucunu doğurmaktadır.⁶⁸ Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, adayların sınavlardaki başarısı sıfır ila on sekiz arasındaki puanlarla ve yedi farklı not derecesi ile değerlendirilmektedir. Sınavlardan başarılı olmak için en az dört puan almak ve en kötü iki not derecesinin dışında kalan beş not derecesinden birini elde etmek yeterlidir.⁶⁹ Sınavların başarılması koşullarına ilişkin bu bilgilerden ve yukarıda yer verilen istatistiklerden hareketle sınavlara katılıp da kesin bir şekilde başarısız olan aday sayısının çok da yüksek olmadığı söylenebilir.

E. Öğretim ve Sınav İşlerinin Farklı Makamlarca Yürütülmesi Yönünden

Hukuk mesleklerinde çalışabilmek için iki aşamalı bir sınav sürecindeki üç farklı sınavda başarı sağlamak gerekir. Bu sınavlardan en önemli ikisi federece devletlerce yapılan sınavlardır. Bu durum adayların başarılarının esas itibarıyla üniversitelerce değil de federe devletlerce ölçüldüğü, yani öğretim hizmetini sunan ve başarıyı ölçen makamların farklı makamlar olduğu anlamına gelmektedir. Başarının öğretimi gerçekleştiren kurumlarca ölçülmesi halinde, bu kurumlar kendi sundukları öğretimi esas alarak bir değerlendirme yapabilirler. Öğretim hizmetinin eksik veya dar kapsamlı bir şekilde sunulduğu, dolayısıyla gereği gibi sunulmadığı hallerde, bu durum sınavlara ve değerlendirme sürecine de yansiyabilir ve öğretim kalitesinin düşmesi sonucunu doğurabilir. Sınavların ve değerlendirmenin farklı makamlarca

Eğitimi, s. 138.

⁶⁶ Bericht des Bayerischen Landesjustizprüfungsamtes für das Jahr 2020, s. 3, bkz. <https://www.justiz.bayern.de/landesjustizpruefungsamt/jahresberichte/>.

⁶⁷ Bkz. https://www.justiz.nrw.de/Gerichte_Behoerden/landesjustizpruefungsamt/statistiken/.

⁶⁸ Bkz. Groß, Legal Education Quality Management State Examination, s. 350 vd.

⁶⁹ Bkz. dipnot 14.



yapılması durumunda ise, öğretim hizmetindeki eksiklikler değerlendirmede dikkate alınmayacak, bu da öğrencileri öğretim kurumlarını zorlamaya ve öğretim kurumlarını da daha nitelikli bir öğretim hizmeti sunmaya itecektir. İşte Alman hukuk mesleklerine giriş sisteminin güçlü bir yönü de adayların hukuk mesleklerinde çalışma yeterliliğine sahip olup olmadıklarının öğretim kurumlarınca değil de başka makamlarca ölçülmesidir. Bu durum öğretim ve hukukçu kalitesine olumlu yönde etki etmektedir.

SONUÇ

Almanya Federal Cumhuriyeti'nde hukuk mesleklerine giriş şart ve usulleri konusundaki temel düzenleme federal bir kanun olan Alman Hakimler Kanunu'dur. Alman Hakimler Kanunu'nun federe hukuki düzenlemelere bıraktığı alanlar ise federe devletlerin kendi mevzuatı ile düzenlenmiştir. Alman Hakimler Kanunu'nun konu hakkında çizdiği genel çerçevenin federe devletler açısından bağlayıcı olması nedeniyle tüm federe devletlerde uygulanan sistem bu genel çerçeveye uygundur, dolayısıyla bu konularda tüm federe devletlerdeki uygulama aynı yöndedir. Ancak Alman Hakimler Kanunu'nda düzenlenmeyip federe hukuk kuralları ile düzenlenen konularda farklı federe devletler arasında farklı uygulamalara rastlanmaktadır.

Almanya Federal Cumhuriyeti'nde hakim, savcı, avukat veya noter olarak çalışabilmek için hukuk öğrenimi, hazırlık hizmeti ve sınavlardan oluşan ortak bir sürecin başarıyla tamamlanmış olması gerekir. Yani hukuk mesleklerinde çalışmak isteyen kişilerin sahip olmaları gereken özellikler aynıdır. Mesleğe giriş sürecine ilişkin istatistiklere bakıldığında, bu sürecin zorlu bir süreç olduğu görülmektedir. Sürecin zorluğunun en önemli sebeplerinden biri de sınavlara giriş hakkının sınırlandırılmış olması ve sınırlı sayıdaki denemelerin birinde iki aşamalı sınavlardan birini başaramayan adayların yeni bir hukuk öğrenimi yoluyla da olsa bir daha sınavlara girememeleri ve hukuk mesleklerinde çalışamamalarıdır. Ancak sistem zorlu bir süreçte sahip olsa da bu zorluğun hukukçu kalitesine olumlu olarak yansındığını söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA

Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil: Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2020.

Alpmann-Pieper, Annegerd / Alpmann, Josef A. / Krüger, Rolf / Wüstenbecker, Horst: Alpmann Brockhaus Studienlexikon Recht, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2010.

Ansay, Tuğrul: Amerika Birleşik Devletlerinde ve Federal Almanya'da Hukuk Öğretimi, Hukuk Öğretimi Sempozyumu, 13 - 14 Mayıs 1993 (Editör: Adnan Güriz), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 497, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1993, s. 15-34.

Bayerische Staatskanzlei: <https://www.gesetze-bayern.de/> (Son Erişim Tarihi: 17.05.2021).

Bayerische Staatsregierung: <https://www.bayern.de/> (Son Erişim Tarihi: 17.05.2021).

Bilgin, Akgün: Almanya'da Hukuk Eğitimi ve Yargı Örgütü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Breidenbach, Stephan: Eine neue Juristenausbildung, NJW 2020, s. 2862-2868.

Bundesamt für Justiz: <https://www.bundesjustizamt.de/> (Son Erişim Tarihi: 17.05.2021).

Bundesgesetzblatt: <https://www.bgbl.de/> (Erişim Tarihi: 11.03.2021).

Degenhart, Christoph: Kommentierung zu Art. 74 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2014.

Degenhart, Christoph: Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, Mit Bezügen zum Europarecht, 34. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2018.

Duden, Wörterbuch: <https://www.duden.de/> (Erişim Tarihi: 02.03.2021).

Fastenrath, Ulrich: Grenzen der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für die Juristenausbildung, BayVBl. 1985, S. 423-429.

Gözler, Kemal: İdare Hukuku, Cilt I, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019.

Groß, Martin: Legal Education Quality Management State Examination, 21. Yüzyılda Hukuk Eğitimi Uluslararası Konferansı, İstanbul 4-5 Mayıs 2014 ve Ankara 6-7 Mayıs 2014, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 293, Ankara 2015, s. 321-356.

Ipsen, Jörg: Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 24. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2012.

Jarass, Hans D.: Kommentierung zu Art. 12, in: Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 14. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2016.

Justiz in Bayern: <https://www.justiz.bayern.de/> (Son Erişim Tarihi: 17.05.2021).

Justiz-Online, Justizportal Nordrhein-Westfalen: <https://www.justiz.nrw.de/> (Son Erişim Tarihi: 17.05.2021).

Karasu, Rauf: Türkiye ve Almanya'da Hukuk Eğitimi - Diplomaların Denkliği, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XX, Ocak 2016, Sayı: 1, s. 3-26.



Kaya Aydın, Yasemin: Dünya'da ve Türkiye'de Avukatlık Stajı ve Stajyer Avukatların Sorunları, Hukuk Gündemi Dergisi, Bahar 2009, Sayı: 10, s. 54-65.

Kuhne, Hans Heiner: (Toplantı konuşmaları), Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Uluslararası Toplantı, Ankara 9-10-11 Ocak 2003, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 59, Ankara 2004, s. 137-139.

Kurt Konca, Nesibe: Hakim Yardımcılığı Kurumu ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, Seta Yayınları, İstanbul 2016.

Landtag NRW: <https://www.landtag.nrw.de/> (Erişim Tarihi: 17.05.2021).

Langenscheidt, Online-Wörterbuch: <https://www.langenscheidt.com/> (Erişim Tarihi: 02.03.2021).

Lexas, Geographie: <https://www.lexas.de/> (Erişim Tarihi: 11.03.2021).

Ludwig-Maximilians-Universität (LMU) München: <https://www.lmu.de/de/> (Erişim Tarihi: 24.05.2021).

Maurer, Hartmut: Staatsrecht I, Grundlagen - Staatsorgane - Staatsfunktionen, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2010.

Ministerium des Innern des Landes Nordrhein-Westfalen: <https://recht.nrw.de/> (Son Erişim Tarihi: 17.05.2021).

Muratoğlu, Tahir: Almanya Federal Cumhuriyeti'nde Devlet Yapılanması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Yıl: 2014, Sayı: 2, s. 291-366.

Oğuz, Arzu: Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

Onar, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, II. Cilt, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

Pieroth, Bodo: Kommentierung zu Art. 31 und 74, in: Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 14. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2016.

Schmidt-Räntsch, Günther/Schmidt-Räntsch, Jürgen: Deutsches Richtergesetz, Richterwahlgesetz, Kommentar, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2009.

Sert-Çelik, Çiğdem: Almanya'da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 17, Sayı: 54, Eylül - Ekim 2004, s. 339-346.

Staats, Johann-Friedrich: Deutsches Richtergesetz, 1. Auflage, 2012, Beck-Online (Erişim Tarihi: 02.10.2020).

Westfälische Wilhelms-Universität (WWU) Münster: <https://www.uni-muenster.de/de/> (Erişim Tarihi: 24.05.2021).

Wikipedia, Die freie Enzyklopädie: <https://de.wikipedia.org/> (Erişim Tarihi: 11.03.2021).

KISALTMALAR

%	yüzde
§	Paragraph (Kanunların madde numaralarını belirtmek için kullanılır.)
§§	Paragraphen (Birden çok madde numarasını belirtmek için kullanılır.)
Abs.	Absatz (fıkra)
Art.	Artikel (Federal Anayasa'nın ve diğer bir kısım mevzuatın madde numaralarını belirtmek için kullanılır.)
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (bir hukuk dergisi)
bkz.	bakınız
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Federal Anayasa Mahkemesi)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararları)
DRiG	Deutsches Richtergesetz (Alman Hakimler Kanunu)
f.	ve takip eden
ff.	ve takip edenler
GG	Grundgesetz (Almanya Federal Anayasası)
Hrsg.	Herausgeber (editör)
JAG	Juristenausbildungsgesetz (Hukukçu Eğitimi Kanunu)
JAPO	Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen (Hukukçuların Eğitim ve Sınav İşleri Hakkında Kararname)
m.	madde
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (bir hukuk dergisi)
Nr.	Nummer (numara)
NRW	Nordrhein-Westfalen (Almanya Federal Cumhuriyeti'nde bir federe devlet)
Rn.	Randnummer (kenar numarası)
s.	sayfa
S.	Seite (sayfa)
SiGJurVD	Gesetz zur Sicherung des juristischen Vorbereitungsdienstes (Hukuk Hazırlık Hizmetinin Teminat Altına Alınması Hakkında Kanun)
vd.	ve devamı



ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA (İDARİ YARGI BAĞLAMINDA) GEREKÇELİ KARAR ALMA HAKKI

Right to Receive a Reasoned Decision in the Case-Law of the Constitutional Court (Within the Context of Administrative Jurisdiction)

Tolga ŞİRİN*

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (65-86)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 24.05.2021

Kabul Tarihi : 14.09.2021

Makale Türü: *Araştırma*

Article Info

Received Date: 24.05.2021

Accepted Date: 14.09.2021

Article Type : *Research*

ÖZET

Bu çalışmanın amacı, gerekçeli karar alma hakkını Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) üzerine verdiği kararlar çerçevesinde ele alıp bu hakka ilişkin sorunları idari yargı ölçeğinde tespit ve kategorize etmektir. Bu amacı gerçekleştirmek için, içtihadı dayalı bir yöntem kullanılmıştır. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesinin kararlar bilgi bankasında yer alan tüm kararlardan, çalışma başlığına uygun filtrelemeler yapılarak ulaşılan bulgular paylaşılmıştır. Çalışmanın, söz konusu hakka ilişkin literatürü tüketme ve bu bağlamda etraflı bir tartışma sürdürme iddiası yoktur. Konuyla ilgili meri hukukun durumunu sistemli biçimde ortaya koyma ereği güdüldüğü için “hukuksal realist” perspektifle içtihat temelli çalışılmıştır.

Plan itibarıyla; ilk başlıkta Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa Konseyi organlarının bu hakka ilişkin ilkesel belirlemelerinden hareketle öznel bazı tespitler aktarılmakta; ikinci başlıkta bu tespitlere koşut ihlal görünüşleri kategorize edilmekte; son başlıkta ise yapılan taramadaki bulgular, sistemli olarak ortaya konmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İdari yargı, gerekçeli karar, AİHM, AYM, Danıştay.

ABSTRACT

This study aims to analyse the right to receive a reasoned decision within the Constitutional Court’s jurisprudence regarding the individual application (constitutional complaint) procedure to determine and categorize the problems in this context. With this objective in mind, the method used in this article is based on case-law within a legal realist perspective. In this framework, the findings were gathered by applying a filter for all decisions that are included in the data bank of the Constitutional Court. This study has no claim to exhaust the literature sources on the right in question or to pursue any discussion in this context. The study’s plan is as follows: The first chapter conveys some subjective inferences based on the principal determinations of the

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, tolgasirin@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-7172-5426>.



Constitutional Court and Council of Europe bodies regarding the right in question. The second chapter categorizes the violation appearances parallel to these detections. The last chapter presents the findings of the overview in a systematic manner.

Keywords: Administrative jurisdiction, reasoned decision, ECtHR, the Turkish Constitutional Court, the Council of State of Turkey.

GİRİŞ

Gerekçeli karar alma hakkı adil yargılanma hakkının bir parçasıdır.¹ Bu hakkın ulusal hukuktaki başlıca dayanağı Anayasa'nın 141.maddesini 3. fıkrasıdır.² Bu hükme göre:

“Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.”

Söz konusu hüküm son derece açıktır ve diğer yargı kolları gibi idari yargı alanında da bütün karar biçimlerini kapsar. Ayrıca hakkın özneleri açısından bir ayrıma gidilmediği için bu hak, çocuklar ve yetişkinler, yurttaşlar ve yabancılar, gerçek ve tüzel kişiler arasında ayırım yapılmaksızın bütün kişilere tanınmış bulunmaktadır. Tüm özneler içinde bireysel başvuru yapamayan tek özne kamu tüzel kişisidir. Fakat bu usuli sapma bile onlar hakkındaki kararlar için gerekçe yazma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

Gerekçeli karar alma hakkı ilk kez 1961 Anayasası (md. 135) döneminde Anayasa'ya girmiştir. 1982 Anayasası ile aynı cümle kalıbına göre yer verilen bu hükmün gerekçesine bakıldığında bu düzenlemeye yer verme nedeni şöyle açıklanmıştır:

“(…) Bazı yargı mercilerinin kararlarının tamamen gerekçesiz ve çok zaman bir satırdan ibaret olması şeklindeki mahzurları önlemek maksadıyla maddenin son fıkrası sevk edilmiştir.”³

¹ Bu konudaki çok sayıda eserden özellikle bkz. Abdullah Çelik, *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi* (Anayasa Mahkemesi 2014); Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (Beta 2013); Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı* (Avrupa Konseyi 2018); Nuala Mole ve Catharina Harby, *Adil Yargılanma Hakkı* (Avrupa Konseyi 2001); Dovydas Vitkauskas ve Grigoriy Dikov, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması* (Avrupa Konseyi 2012); Uluslararası Af Örgütü, *Adil Yargılanma Kılavuzu* (Ayrıntı 2020). İdari yargı özelinde bkz. Zühal Aysun Sunay, *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı* (Seçkin 2016); Nurcan Yılmaz Özel, *Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri* (On İki Levha 2016). Kısa ama güncel olarak bkz. Arman Zrvandyan, *İdari Yargıda Avrupa Adil Yargılanma Standartlarına İlişkin Emsal Kararlar* (İstanbul: Avrupa Konseyi 2021) 119-122. İngilizce literatürde en güncel iki örnek için bkz. Thom Brooks (ed.), *The Right to a Fair Trial* (Routledge 2019); Amal Clooney ve Philippa Webb, *The Right to a Fair Trial in International Law* (OUP 2020). Almandaca güncel olarak bkz. Czine Ágnes, *Das Recht auf ein faires Verfahren* (LexisNexis 2021) Ayrıca özel olarak bkz. Sten Lind, ‘Verfassungsrechtliche Grundlagen der Pflicht zur Begründung von Gerichtsurteilen’, (2006) 24 *Juridica*, 116

² “Gerekçeli karar hakkı” yerine “gerekçeli karar alma hakkı” ifadesini kullanmak, gerekçeye erişime dönük vurgusu uyarınca daha doğru görünmektedir.

³ Kâzım Öztürk, *Son Değişiklikleriyle Gerekçeli Anayasa* (Bilgi 1961), 269

Bu madde gerekçesinde de görüldüğü gibi yargı kararlarındaki gerekçe sorunu, Türkiye'nin oldukça köklü ve yapısal sorunlarından biridir.⁴ Gerekçeli karar alma hakkı aynı zamanda Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerden de türeyen bir haktır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde bu hakka açıkça yer verilmemişse de bu hakkın "hakkaniyet uygun yargılama" hakkının bir parçası olduğu kabul edilmiştir. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin "adil yargılanma hakkı" başlıklı 14'üncü maddesi yönünden de durum benzerdir.⁵

Gerekçeli karar alma hakkı bağlamında hem Anayasa Mahkemesinin hem de burada adı geçen uluslararası insan hakları örgütlerinin yaklaşımları koşuttur. Bu yaklaşıma göre, bir davayı gören derece mahkemeleri, yürürlükteki normları yorumlama ve somut olaya uygulama biçimi konusunda belli takdir marjından yararlanır. Fakat mahkemeler, bu marjdan yararlanırken ulaştıkları sonucu yani kararlarının dayanaklarını yeterli açıklıkta belirtmek zorundadır. Bu hak, davanın taraflarının temyiz haklarını etkili ve işlevsel biçimde kullanmalarını sağlamanın da ön koşuludur. Gerekçesiz bir karar, kanun yolunu hayali bir çare hâline getirir.

Çalışmanın özetini ve planını aktarmak gerekirse;

Amaç yönünden; gerekçeli karar alma hakkını Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) üzerine verdiği kararlar çerçevesinde ele alıp bu hakka ilişkin sorunları idari yargı ölçeğinde tespit ve kategorize etmek hedeflenmektedir. Bu hedefi gerçekleştirmek için, içtihadı dayalı bir yöntem kullanılmıştır. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesinin kararlar bilgi bankasında yer alan tüm kararlardan, çalışma başlığına uygun filtrelemeler yapılarak ulaşılan bulgular paylaşılacaktır. Çalışmanın, söz konusu hakka ilişkin literatürü tüketme ve bu bağlamda etraflı bir tartışma sürdürme iddiası yoktur. Konuyla ilgili meri hukukun durumunu sistemli biçimde ortaya koyma ereği güdüldüğü için "hukuksal realist" perspektifle içtihat temelli çalışılmıştır.

Plan yönünden; ilk başlıkta Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa Konseyi organlarının bu hakka ilişkin ilkesel belirlemelerinden hareketle önel bazı tespitler aktarılmakta; ikinci başlıkta bu tespitlere koşut ihlal görünümüleri kategorize edilmekte; son başlıkta ise yapılan taramadaki bulgular, sistemli olarak ortaya konmaktadır.

⁴ Bu hakkın işlevlerini özel olarak ele almayacağım. Bu konuda bkz. Lind, (n 1)

⁵ Bu hak/yükümlülük, farklı hukuk dallarının başlıca mevzuatına da işlenmiştir. Daha önce belirtildiği gibi çalışmanın metodolojisi, literatürden ziyade içtihadı odaklanmayı gerektirmektedir. Bununla birlikte makalenin odağı olan idare hukuku bağlamında gerekçe yükümlülüğü konusunda özlü açıklamalar için özellikle bkz. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, (Savaş 2021) 543-546.

1. İlkesel Belirlemeler

Burada, söz konusu hakkın ayrıntılarına geçmeden önce, kullandığımız karar setindeki bütün kararlarda dağınık biçimde yer alan ve incelediğimiz kararlara içkin olduğunu düşündüğümüz beş ilkesel belirlemeye değineceğiz.⁶

1.1. İleri Sürülen Her Savın Yanıtlanması Zorunlu Değildir

Gerekçeli karar alma hakkı yargı mercilerine, davanın taraflarının ileri sürdüğü her konuyu özel olarak tartışma ve bunlara ayrı ayrı yanıt verme yükümlülüğü getirmez. Konunun temel nitelikte olması ve davada ulaşılabilecek sonuca etki edecek esaslı bir içerik taşıması gerekir. Bunu şöyle somutlayabiliriz: Somut olayda mahkeme, başvurunun kanıtlarıyla birlikte ortaya koyduğu iddiayı yerinde bulsaydı, davanın diğer tarafının talebini reddetmek zorunda kalacaksa bu sava bir yanıt vermesi gerekir. Mahkemenin sessizliğinden otomatikman “zımni ret” sonucuna ulaşamaz. Böylesi bir olasılıkta dahi mahkemenin söz konusu savı ihmal etmeyi mi yoksa reddetmeyi mi amaçladığı konusunun açıklığa kavuşturulması gerekir.⁷

Fakat şu noktanın altı yeniden çizilmelidir: Bu dahi mahkemelere, ileri sürülen her sava açıklık kazandırma yükümlülüğü getirmez. Aksi bir düşünce, gereksiz olduğu kadar yargı mercilerinin iş yükünü aşırı derecede arttıracığı için zararlıdır da. Bir temel hakkın yerine getirilmesi, yargılama sürecinin felce uğramasına neden olmamalıdır.

1.2. İspat Yükü Başvurucudadır

İnsan hakları/anayasa yargısında, gerekçeli karar alma hakkının ihlal edildiğini düşünen kişi, bu iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. Bunu somutlayacak olursak; gerekçeli karar alma hakkının ihlal edildiğini düşünen kişi, bir yargılama sürecinde ileri sürdüğü savın görülen dava açısından temel nitelikte olduğunu ve davanın sonucunu etkileyecek denli esaslı olduğunu açık ve kesin biçimde ve kanıtlarıyla birlikte ortaya koyma yükümlülüğü altındadır. Soyut iddialara yanıt verilmemesi, hakkın ihlal edildiği anlamına gelmez.⁸

1.3. Dördüncü Yargı Yeri Doktrini Uygulama Bulur

Anayasa Mahkemesi veya İnsan Hakları Mahkemesi, yargılama sürecinde bir “süper temyiz mahkemesi” veya (ilk derece, istinaf ve temyizden sonra gelen ve aynı esaslarla inceleme yapan) dördüncü yargı mercii değildir. Öte yandan, bu organlar “yetki ikamesi” yaparak ayrıntılı bir gerekçe incelemesine de girişmez. Bu bakımdan davada ileri sürülen savın haklı olup olmadığına karar verme yetkisi anayasa yargısına düşmez. Bu konuda karar verme yetkisi,

⁶ Bu başlıklar özeldir. Farklı yazarlar farklı kategorileştirme biçimleri türetebilir.

⁷ *Garcia Ruiz v Spain* App no 30544/96 (ECtHR 21 January 1999) para 30

⁸ Ulrich Karpenstein ve Franz C. Mayer (ed.), *EMRK: Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten Kommentar* (München: C.H. Beck, 2015), 167

uzman mahkemelerdedir. İnsan hakları/anayasa yargısı, davanın tarafınca ileri sürülen savın ciddiliğine ve bu ciddi sava yanıt verilir verilmeyeceğine odaklanır. Bundan daha öteye geçilmesi, onları bir tür temyiz mercii kılar. Bu sınırı veya daha doğru ifadeyle “sınır hattı”nı aşmamak kaydıyla, söz konusu organlar, keyfilik durumlarında ve gerekçede makul olmayan sorunların bulunduğu zamanlarda devreye girerler.⁹

1.4. Yargılamanın Bütünü Dikkate Almak Gerekir

Yargılama süreci bir bütündür. Bu bakımdan bir yargı merciiinin gerekçeli karar alma hakkına ilişkin kusurlu davranmış olması, otomatikman ihlal sonucu doğurmaz. Başvurucuların temyiz hakkını ihlal etmemesi kaydıyla bir yargı organının gerekçeli karar alma hakkını karşılamayan kararındaki açık, farklı bir organ tarafından giderilebilir.¹⁰

Öte yandan, bir yargı merciiinin, aynı yargılama sürecinde daha önce verilmiş olan ilgili ve yeterli bir karara atıf yapmaktan ibaret tutumu da -kural olarak- ihlal yaratmayabilir.¹¹

1.5. Gerekçeli Karar Alma Hakkı İhlali Kolaylıkla Giderilebilir Niteliktedir

Gerekçeli karar alma hakkının ihlal edildiğinin tespit edilmesi, her koşulda, bütün bir yargılama sürecinin en baştan başlatılmasını veya ulaşılan sonucun değiştirilmesini gerektirmez. Kimi durumlarda bazı usuli süreçlerin yenilenmesi ve buna göre farklı sonuçlara ulaşılması mümkün olabileceği gibi, sadece ilgili ve yeterli gerekçe yazıp aynı sonuca ulaşarak da ihlalin giderilmesi mümkün olabilmektedir. Gerekçeli karar alma hakkı, tıpkı adil yargılanma hakkının diğer unsurlarında olduğu gibi, “sonuç yükümlülüğü” getirmez.¹²

Buna karşılık; bir mahkeme (ulaştığı sonuçta haklılık bulursa bile) salt ilgili ve yeterli bir gerekçe sunmadığı için ihlal oluşabilir ve somut olayın koşullarına göre devletin tazminat yükümlülüğü söz konusu olabilir.

2. İhlal Görünümleri

“Gerekçeli karar alma hakkının köşe taşları” diye niteleyebileceğimiz bu beş belirlemeden sonra şimdi insan hakları/anayasa yargısında gerekçeli karar alma hakkına ilişkin ihlal görünümünün üzerinde durabiliriz. Kararlardaki

⁹ Bu öğretinin hakkında bkz. Maija Dahlberg, ‘It is not its Task to Act as a Court of Fourth Instance: The Case of the ECtHR’, (2014) 7 EJLS 84

¹⁰ Tartışmalar için bkz. Christoph Grabenwarter ve Katharina Pabel, “Der Grundsatz des fairen Verfahrens”, *EMRK/GG: Konkordanzkommentar Zum Europäischen und Deutschen Grundrechtsschutz* (Oliver Dörr et al ed., Mohr Siebeck 2013) 689

¹¹ *De Moor v Belgium* App no 37971/97 (ECtHR 23 July 1994) para 55

¹² “Sonuç yükümlülüğü” vurgusu genellikle etkili soruşturma içtihadı bağlamında kullanılır. Fakat bu belirlemeyi diğer usuli haklar için de kullanmak mümkün sayılmalıdır. Bkz. *Tahsin Acar v Türkiye* App no 26307/95 (ECtHR, 08 April 2004) para 223



dağınıklığı gidermek ve konuyu anlaşılır hâle getirmek için tarafımızca öznel olarak sistematize edilen bu görünüm, en az yedi kategoride toplanabilmektedir. Bu kategoriler öznel olarak (i) yokluk, (ii) ilgisizlik, (iii) yetersizlik, (iv) çelişkililik, (v) eksiklik, (vi) hukuksuzluk, (vii) öğrenilmezlik diye nitelendirilebilir.

2.1. Yokluk

Bir kararda hiç gerekçe yazılmamış olmasının bir ihlal yaratacağı açıktır. Böyle bir durumda biçimsel bile olsa ortada bir gerekçe yoktur. Dolayısıyla ihlalin varlığı açıktır.

2.2. İlgisizlik

Bir yargı merciinin görüntüde bir gerekçe sunmuş olması gerekçeli karar alma hakkının karşılandığı anlamına gelmez. Bu bakımdan gerekçenin uzun olması ve pek çok belirleme içermesi de tek başına bir anlam taşımaz. Önem taşıyan nokta, bu açıklamaların, çözümlenmekte olan uyuşmazlıkla ilişkilendirilmiş olmasıdır.

Örneğin öğretilen çeşitli görüşleri aktaran, çeşitli yüksek yargı organlarının ve insan hakları mahkemelerinin kararlarını arka arkaya sıralayan bir gerekçe, ilk bakışta dolu ve iddialı gibidir. Fakat bunların somut olayla ilgisi kurulmadığı müddetçe bunlar bir makyajdan öteye geçmez. Böylesi açıklamalar, gerekçeli karar alma hakkının gereklerini karşılamaz. Yorum teorisinde ve argümantasyon kuramında “kiraz toplama” (*cherry picking*) olarak ifade edilen, etik sorunlarla malul bu “pazarıcı taktiği”nden kaçınılmalıdır.¹³

2.3. Yetersizlik

Bir kararın görünürde biçimsel olarak gerekçesinin olması o gerekçenin maddi anlamda yeterli olduğu anlamına gelmez. Örneğin sadece kanunun lafzını tekrar eden veya bir takım soyut hukuk ilkelerine ve kurallarına gönderme yapan gerekçeler yetersizlikle maluldür.¹⁴ Strazburg içtihadından bir örnek vermek gerekirse; avukatlıktan çıkarılan bir kişinin yeniden baroya kaydolmak için yaptığı başvurunun, “on yıl geçmesi ve istisnai koşulların ortaya çıkması” koşuluna bağlayan bir kurala atıfla reddedildiği bir olayda söz konusu gerekçe “yetersiz” sayılacaktır.¹⁵ Zira bu gerekçe mevzuatı tekrarlamaktan ibaret bir anlam taşımakta, yeterli açıklamaları içermemektedir.

Uygulamada “iş yükü” bahanesiyle kullanılan “şablon”lar veya yasanın tekrarından ibaret açıklamalar, yetersiz gerekçelerin yaygın örneklerindedir. Öte yandan, tarafların esaslı savlarına yanıt vermeyen bir gerekçenin de

¹³ Alessia Cozzi et al, *Comparative Study of the Implementation of the ECHR at the National Level* (CoE 2016) 158

¹⁴ *Sakkopoulos v Greece* App no 61828/00 (ECtHR 15 January 2004) para 51

¹⁵ Bkz. *H v Belgium* App no 8950/80, 30.11.1987. Ayrıca bkz. İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (n 1) 327

“yetersiz gerekçe” kategorisi içinde sayılması mümkündür. Bu son kategori, ihlal kararlarının da önemli çoğunluğunu oluşturmaktadır.

2.4. Çelişkililik

Bir kararda bazı açıklamalar ilk bakışta ilgili ve yeterliymiş gibi görünebilir. Fakat daha yakından bakıldığında bu açıklamalarda çelişkilerin görünür oluyorsa orada bir sorun vardır. Bir kararın gerekçesi, kendi içinde tutarlı olmalıdır. Karardaki tutarsızlıklar, gerekçeli karar alma hakkının ihlaline neden olur. Bu tutarsızlık, olay örgüsüyle ilgili olabileceği gibi, sebep ve sonuçlar arasında da söz konusu olabilir.¹⁶

2.5. Eksiklik

Bir gerekçenin ilk bakışta ilgili, yeterli ve ayrıca tutarlı bir görünüm sunması tek başına gerekçeli karar alma hakkına saygı gösterildiği anlamına gelmez. Bu özelliklerin ve özellikle tutarlılığın, dosya içeriğindeki olay ve kanıtların tamamının gerekçeye yansıtılması yoluyla sağlanması gerekir. Kuşkusuz dosyaya giren her bilgi ve bulgunun gerekçeye yansıtılması gerekmez. Fakat esasa etki edebilecek bilgi ve bulgular ile temel savların eksiksiz biçimde aktarılması, göz ardı edilen ögeler ile kanıt olarak kullanılmayan bulguların kararda neden esas alınmadığına dair ikna edici bir açıklamaya yer verilmesi beklenir.¹⁷

2.6. Hukuksuzluk

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi veya Anayasa Mahkemesi, prensip itibarıyla bir kararın yasaya uygunluğunu denetlemez. Bu yetki, derece mahkemelerindedir. Fakat bir mahkeme kararındaki gerekçenin, ulusal mevzuat ile tamamen uyumsuz olduğu durumlarda bu keyfilik gerekçeli karar alma hakkının ihlaline neden olabilir. Strazburg içtihadından örnek vermek gerekirse; bir kişinin avukat olmak için yaptığı başvurunun baro tarafından reddedilmesiyle ilgili bir davada mahkemenin “avukatları kaydetmeye ilişkin takdirin mutlak olarak barolarda bulunduğu” gerekçesiyle verdiği karar, ulusal mevzuat yönünden sınırlanmıştır. Ulusal mevzuatta avukat olmak için yurttaşlık, hukuk fakültesi mezuniyeti ve avukatlık mesleğini yapmaya engel bir durumda olmamak biçimindeki üç koşuldan başka bir koşul bulunmadığını dikkate alan Mahkeme, gerekçede bu koşullardan birine yer verilmediği ve bu bağlamda bir açıklama getirilmediği için gerekçeli karar alma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.¹⁸

¹⁶ Bu konularda bkz. *Kuznetsov and others v Russia* App no 184/02 (ECtHR, 11 January 2007) paras 82 vd

¹⁷ “Delil” ve “bulgu” kavramları arasındaki fark, uygulamada çoğu kez göz ardı edilmektedir. Dosyaya giren her bulgu, delil değildir. Bu gerçek, Anayasa’nın 38’inci maddesinin 6’ncı fıkrasındaki “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.” hükmünde de açıkça görülmektedir.

¹⁸ *De Moor v Belgium* App no 37971/97 (ECtHR 23 July 1994)



2.7. Öğrenilmezlik

Bir gerekçenin yazılmış olması, gerekçeli karar alma hakkının karşılandığı anlamına gelmez. Muhatabının, yazılan gerekçeyi “almış olması” gerekir. Bu, özellikle gizli bilgilerin bulunduğu yargılamalarda gündeme gelen bir sorundur. Böylesi durumlarda kararın, muhatabına duruşmada okunması, hatta temyiz süresinin bitmesine çok az süre kala tebliğ edilmiş olması dahi ihlali ortadan kaldırmaz.¹⁹

Mahkemeler, kararlarının dayanaklarını yeterli açıklıkta göstermek zorundadır. Bu yükümlülük gerekçeli karar alma hakkı ile temyiz hakkının da kesişimini sağlar. Yeterli açıklık bulunmayan bir karara karşı etkili bir temyiz başvurusunda bulunmak da mümkün olmayacağı için, böyle durumlarda ihlal “katmerli” hâle gelecektir.

3. İdari Yargıya İlişkin Anayasa Mahkemesi İhlal Kararlarından Örnekler

Gerekçeli karar alma hakkına dönük az önce sayılan görünümle idari yargı organlarının çeşitli kararlarında da karşılık bulmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu bağlamda verdiği ihlal kararlarına bakıldığında bu karşılıkların bir kısmı görülmektedir. Bu örnekleri ulusal hukukun kendine özgü özelliklerini dikkate aldığımızda, (i) “İçtihattan Sapma”, (ii) Mevzuattan Sapma”, (iii) “Bilirkişi Raporlarındaki Yetersizlikler ve Raporlardan Keyfi Sapmalar”, (iv) “Bilgi, Belge ve Delillerin Toplanmaması veya Dikkate Alınmaması” diye sıralayabiliriz.

3.1. İçtihattan Sapma

Anayasa Mahkemesi, çok sayıda kararında idari yargıdaki yerleşik içtihattan herhangi bir açıklama getirilmeden sapılan kararların gerekçeli karar alma hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Bu davalarda (kaldırılan) Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) kararları belli bir ağırlık taşımaktadır. Örneğin birbirlerinin aşağı yukarı benzeri nitelikte olan dokuz²⁰ farklı olayda tartışma konusu, AYİM’in şu yerleşik içtihadıdır:

“(…) hukuka aykırı işlem nedeniyle meydana gelen geç atamalar sonucu açılan tazminat davalarının nasıp düzeltmeye ilişkin bulunmadığı ve yargı kararı ile hukuka aykırılığı saptanan bu işlemler nedeniyle uğranılan zararların iptal kararı ile işlemin tüm sonuçlarının ortadan kaldırılması bağlamında

¹⁹ Örn. bkz. *Hadianastassious v Greece* App no 12945/87, (ECtHR 16 December 1992)

²⁰ Bkz. *Faruk Büyüç, B. No: 2015/17044, 11/12/2018; Burak Bulut ve diğerleri, B. No: 2015/17344, 11/12/2018; Abdullah Ay, B. No: 2015/17110, 28/11/2018; Hakan Salas, B. No: 2015/14216, 7/3/2019; Faruk Aktaş, B. No: 2015/19042, 6/3/2019; Adem Yolcu ve diğerleri, B. No: 2015/13454, 20/3/2019; Bünyamin Kaçmaz, B. No: 2015/19038, 20/3/2019; İbrahim Zenkin ve Recep Arda, B. No: 2016/2772, 16/1/2020; Emre Ekin, B. No: 2016/7568, 27/2/2020*

idarece hizmet kusuru esaslarına göre tazmini gerektiği (...)"

Davaya bakan mahkeme, söz konusu olaylarda bu içtihadından sapmıştır ve özü itibarıyla şu belirlemeleri içeren kararlar vermiştir:

"(...) ilişik kesme işlemine yönelik iptal kararının hukuki etki ve sonucunun yalnızca ilişkinin kesildiği eğitim sürecinde geri döndürülmek ile sınırlı olduğunu, işlem nedeniyle uğranılan özlük haklarına dair maddi zararın nasip düzeltme yapılmadan ödenemeyeceğini, ödense dahi bunun daha sonra terfi dönemlerinde açılacak davaları engellemeyeceği (...)"

Anayasa Mahkemesi ise bu durum karşısında şu belirlemeyi yapmıştır:

"AYİM'in bireysel başvuruya konu kararında, önceki kararlarından farklı bir sonuca neden ulaşıldığının başvuru ve üçüncü kişiler tarafından objektif olarak anlaşılmasına imkân verecek düzeyde yeterli açıklama yapılmadığı belirtilerek gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir."

Buna koşut başka örnekler de vardır. Mesela AYİM'in ve Anayasa Mahkemesinin yaklaşımına göre; "hukuka aykırı bir eylemde bulunduğu tarih itibarıyla hakkında daha önce verilen bir ceza bulunmayan kişinin daha sonraki bir tarihte almış olduğu bir ceza esas alınmaz ve tekerrür hükümleri uygulanarak cezası arttırılmaz." Somut olayda ise bu içtihatlar yok sayılarak ve saptmaya ilişkin herhangi bir açıklama da yapmadan tekerrür hükümlerinin uygulanması, gerekçeli karar alma hakkının ihlali olarak görülmüştür.²¹

Bu yaklaşım, mahkemenin belli statüler için yaptığı belirlemelerden keyfi sapma durumları için de geçerlidir. Örneğin bir kişinin önceki kararlarda "adil malullük" kapsamında sayılan bir durumunun somut olayda bu kapsamda sayılmaması gerekçeli karar alma hakkının ihlali sayılmıştır. Bu olayda başvuru, dava sırasında bazı AYİM kararları sunmuştur. Bu kararlara göre, kendisi gibi, TSK'den ilişkinin kesilmesine neden olacak doğumsal ve genetik rahatsızlıkları göreve atanmadan önce tespit edilemeyen ilgililer "adi malul" olarak kabul edilmiştir. Davaya bakan Mahkeme, ileri sürülen uyuşmazlıklara yönelik içtihat değişikliğine gidildiği veya olayın koşullarında önceki kararlardan ayrılmayı gerektirecek farklılıklar olduğu ya da alternatif bir yaklaşım sağlayan farklı gerekçelere dayanıldığına dair herhangi bir açıklamada bulunmamıştır. AYM bu durumun gerekçeli karar alma hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.²² Benzer bir ihlal kararı, "vazife malullüğü" yönünden de uygulama bulmuştur.²³

Aktarılan maddi hukuka ilişkin örneklerin benzeri çıkarımlar, idari usulle ilgili de yapılabilir. Örneğin bir Disiplin Yönetmeliği hükmü, disiplin cezası

²¹ Seyhan İlğaz, B. No: 2014/7475, 17/7/2018

²² Akın Tekkurt, B. No: 2016/8451, 20/10/2020

²³ Gökhan Özdemir, B. No: 2015/3616, 14/11/2018. Keza bkz. Latif Hacıbekiroğlu, B. No: 2014/6011, 22/9/2016, para 42. Levent Karaca, B. No: 2013/9131, 12/7/2016



tesis etmeye yetkili kurulun oluşumunda belirli kamu görevlilerinin katılımını zorunlu saymış olsun. Danıştay da bu disiplin kurulunun teşekkülündeki sorunun, kurulca alınan kararların hukuki geçerliliğini etkilediği sonucuna ulaşıyor olsun. Böyle bir surumda somut olaya bakan derece mahkemesi, kurul üyelerine ilişkin sorun bulunduğu iddiasını göz ardı edilemez. Nitekim bir kararda AYM, başvuruçunun temyiz ve (kaldırılan) karar düzeltme dilekçelerinde, aleyhine disiplin cezasını tesis eden kurulun mevzuata uygun oluşturulmadığı iddiasının yargılama sürecinde herhangi bir şekilde değerlendirilmemesini ve isemin karşılanmamasını Anayasa'ya aykırı görmüştür.²⁴

Son olarak; içtihadi tutarsızlık, bazen aynı olayda farklı sonuçlara ulaşılması hâlinde de gündeme gelmektedir. Bir başvuruçunun açtığı iptal davası üzerine verilen kararda, kiracısının aynı dönem özel usulsüzlük cezaları için verilen karardan farklı sonuçlara ulaşılmasının, gerekçeli karar alma hakkına aykırı sayılması buna iyi bir örnektir.²⁵

3.2. Mevzuattan Sapma

Gerekçeli karar alma hakkına ilişkin ihlaller, ulusal mevzuatın açık hükümlerinin göz ardı edildiği durumlarda da yoğunlaşmaktadır. Bu mevzuat, anayasa hükmü olabileceği gibi anayasa altı düzenlemeler de olabilir. Öte yandan, ihlaller her zaman kanun hükmünün varlığının yok sayılması bağlamında değil, kimi zaman ilga veya iptal edilen hükmün hâlâ yürürlükteymişçesine kabul gördüğü durumlarda da geçerli olabilmektedir.

Ele aldığımız karar seti, bütüncül olarak incelendiğinde bu sapma biçimleri; (i) Anayasa'yı Göz Ardı Etme, (ii) Kanunu Göz Ardı Etme, (iii) İptali Göz Ardı Etme ve (iv) İlga'yı Göz Ardı Etme gibi alt başlıklara ayrılabilir görünmektedir. Devam eden alt başlıklar, bu öznel ayrıma dayanacaktır.

3.2.1. Anayasayı Göz Ardı Etme

Anayasa'nın idari yargıyla ilgili sayılabilecek olan ve idari yargı kararlarıyla da somutlaşmış olan bazı hükümlerinin yok sayılması, gerekçeli karar alma hakkını ihlal edebilir. Bunun tipik örneği Anayasa'nın 40'inci maddesine 2001 yılında yapılan değişiklikle eklenen şu hükümdür:

²⁴ *Sadık Kısa*, B. No: 2014/6919, 5/10/2017. Danıştay'nın "kamu görevlileri hakkında tesis edilen işlemler hakkında açılan davaların yargılama sırasında kamu görevlisi statülerinin herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda dahi idari işlemlerle olan menfaat bağının ortadan kalkmayacağı belirtilmiş; böylece alınacak yeni bir idari kararla davacının iptalini istediği işlemle ilişkisini kesmek suretiyle dava konusu işlemin yargı denetimi dışına çıkarılmasının engellenmiş olacağı" yönündeki içtihadına rağmen benzer durumdaki kişilerin davalarında "düşme" kararı verilmesiyle ilgili kararlar da bu örnek kategori kapsamına alınabilir. Bkz.

Bayram Ali Devecioğlu, B. No: 2017/39387, 15/9/2020

²⁵ *Nail Hacımamoğlu*, B. No: 2016/8362, 30/9/2020

“Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.”

Bu hüküm, Anayasa altı mevzuatta da karşılık bulmuş, içtihadta da benimsenmiştir.²⁶ Buna göre idari işlemlerde kanun yolları ve merciler ile sürelerin belirlenmemesi durumunda bu kusur işlemin muhataplarının aleyhine etki doğuramaz. Bu gerçekten hareket eden Anayasa Mahkemesi, böylesi durumlarda başvuru yollarının idari yargıda açıkları davalardaki süre aşımı nedeniyle ret kararlarını çoğu kez gerekçeli karar alma hakkının ihlali olarak görmektedir.²⁷ Mahkemeye göre; bu açık hüküm ve içtihadan sapılmasının nedeni açıklanmadıkça, bu tür kararlar Anayasa’ya aykırıdır.

Benzer bir çıkarım, Anayasa’nın 125’inci maddesindeki “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” ve “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” hükümleri bağlamında da geçerlidir. 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu (İYUK) bağlamında “Anayasa’ya uygun yorum” geliştirilemeyen davalar kümesi buna örnek gösterilebilir. Bu dava kümesinde Anayasa Mahkemesi, 5233 sayılı Kanun’da manevi zararların karşılanmasına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesini “adil yargılanma hakkı” kapsamında saydığı gerekçeli karar alma hakkının ihlali olarak görmüştür.²⁸

²⁶ Akyılmaz et al, (n 5) 546

²⁷ *Denктаş Nakliyat Turizm Ltd. Şti. (2)*, B. No: 2013/3915, 10/3/2016; *Yavuzlar Nakliyat Turizm Petrol San. ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2013/3914, 10/3/2016; *Denктаş Nakliyat Turizm Ltd. Şti. (2)*, B. No: 2013/3915, 10/3/2016; *Yavuzlar Nakliyat Turizm Petrol San. ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2013/3914, 10/3/2016.

²⁸ *Mehmet Letif Karatay ve diğerleri*, B. No: 2014/2870, 28/9/2016; *Celal Pörkklü*, B. No: 2014/16542, 8/3/2017; *Sabri Oruç*, B. No: 2014/4863, 29/9/2016; *Sahibe Çelik ve Necla Çelik*, B. No: 2013/4899, 20/1/2016; *Abbas Emre*, B. No: 2014/5005, 6/1/2016; *Hikmet Çelik ve diğerleri*, B. No: 2013/4894, 15/12/2015; *Mehmet Şirin Çelik*, B. No: 2013/9215, 30/3/2016; *Abdulkerim Akkuş*, B. No: 2013/5204, 24/3/2016; *Aydın Çelik*, B. No: 2013/4635, 23/3/2016; *Ramazan Ayder*, B. No: 2013/5690, 23/3/2016; *Hanifi Dil ve Zeki Dil*, B. No: 2013/5191, 10/3/2016; *Mehmet Başaran*, B. No: 2013/4565, 10/3/2016; *Hamidiler Tarım Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.*, B. No: 2015/18957, 9/6/2020; *Fadil Çetinkaya*, B. No: 2013/5736, 9/3/2016; *Sıdık Kıran ve diğerleri*, B. No: 2013/7774, 20/4/2016; *Kenan Baz*, B. No: 2013/4986, 20/4/2016; *Emine Yetişecek ve diğerleri*, B. No: 2013/4496, 20/4/2016; *Abdurrahman Dil ve Mehmet Sait Dil*, B. No: 2013/5163, 24/2/2016; *Emine Akkuş*, B. No: 2013/5321, 23/2/2016; *Mehmet Akkuş*, B. No: 2013/4266, 23/2/2016; *Gülamir Bozma*, B. No: 2013/4569, 14/4/2016; *Hayrettin İçyer ve Nurettin İçyer*, B. No: 2014/3420, 28/9/2016; *Ali Dikbaş*, B. No: 2014/17737, 22/3/2017; *Celal Asan*, B. No: 2014/15507, 27/12/2017; *Firuze Batır ve diğerleri*, B. No: 2014/6420, 8/3/2017; *Recep Aydın ve diğerleri*, B. No: 2014/7260, 12/1/2017; *Hekber Tamer*, B. No: 2014/17564, 22/3/2017



3.2.2. Kanunu Göz Ardı Etme

Anayasa hükümleri için geçerli olan esaslar kanun ve diğer mevzuat hükümleri için de geçerlidir. Anayasa Mahkemesi, kural olarak bir kanunun yorumuna karış(a)maz. Fakat Mahkeme, mevzuatın uygulanmasında “açık ve bariz takdir hatası” varsa devreye girebilir.²⁹ Öte yandan Mahkeme, kimi durumlarda açık kanun hükmünün neden uygulanmadığının açıklanmasını bekler. Böyle bir açıklamanın olmadığı yerde, gerekçeli karar alma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşır. Örnek vermek, konunun anlaşılmasına yardımcı olabilir. İYUK md. 16/4 hükmü aynen şöyledir:

“Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir.”

Bu hüküm, idari yargılama usulünde “ıslah” kurumunun bulunduğunu gösterir. Buna karşın *Celal Çetin* kararında idari yargı mercileri, anılan kurumu göz ardı etmiştir. Başvurucu, görülen davada belli miktar tazminat talebinde bulunmuş, öte yandan gerçek zararının ne kadar olduğunu bilirkişi marifetiyle tespit edilmesini mahkemeden talep etmiş ve fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmak suretiyle bilirkişi raporunun sonucuna göre davasını ıslah edeceğinin işaretini vermiştir. Ne var ki davaya bakan mahkeme, nihai kararında başvurucunun zarar gördüğünü iddia ettiği eşyalara ilişkin iddiasının ispatlanıp ispatlanmadığı, ispatlanmış ise zararın ne kadar olduğu konusunda bir inceleme yapmaksızın ilk talebe göre karar vermiştir. Gerekçede de tazminatın hangi iddialara ilişkin olduğu konusunda bir değerlendirme ortaya konmamıştır. Dolayısıyla bu durum, “gerekçeli karar alma hakkı”nın ihlaline neden olmuştur.³⁰

Benzer bir örnek “zamanaşımı” kurumu yönünden 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun md. 114/1 hükmü bağlamında söz konusu olmuştur. Anılan hükme göre:

“Vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergiler zamanaşımına uğrar.

(...) Şu kadar ki, vergi dairesince matrah takdiri için takdir komisyonuna başvurulması, zamanaşımını durdurur. Duran zamanaşımı mezkûr komisyon kararının vergi dairesine tevdiini takip eden günden itibaren kaldığı yerden işlemeye devam eder. Ancak işlemeyen süre her hâl ve takdirde bir yıldan fazla olamaz.”

²⁹ Örn. bkz. *Kenan Özteriş*, B. No: 2012/989, 19/12/2013, para 64

³⁰ *Celal Çetin*, B. No: 2017/26301, 15/9/2020

Burak Şendir davasında başvurusunun “2006 yılına ilişkin yasa dışı ikrazatçılık faaliyetinden dolayı elde ettiği faiz gelirini beyan etmediği” gerekçesiyle başvuru adına “vergi ziyat cezalı banka ve sigorta muameleleri vergisi tarhiyatı” yapılmıştır. Vergi idaresi, 1/1/2007 tarihinden itibaren işlemeye başlayan beş yıllık tarh zamanaşımı süresinin dolmasına 23 gün kala, işlem dosyasını takdir komisyonuna sevk etmiştir. Buna göre; (a) takdir komisyonu kararının vergi idaresine ulaştığı tarihten itibaren 23 gün içinde verginin tarh edilmemesi ve (b) aynı süre içinde başvurucuya tebliğ edilmemesi hâlinde “tarh zamanaşımı” söz konusu olabilecektir.

Başvurucu davada zamanaşımı iddiasında bulunmuştur. Temelsiz olmayan ve uyuşmazlığın sonucunu etkileyebilecek nitelikte açık bir kanun hükmüne dayalı bu sav, ilgili ve yeterli bir gerekçe sunmaksızın göz ardı edilmiştir. Konu Anayasa Mahkemesinin önüne geldiğinde Mahkeme, başvurusunun uyuşmazlık konusu vergi ve ceza ihbarnamelerinin zamanaşımı süresinin geçtikten sonra düzenlendiği iddiasını karşılar mahiyette bir gerekçeye yer verilmediğini tespit etmiştir. Mahkemeye göre bu olayda gerekçeli karar alma hakkı ihlal edilmiştir.³¹

3.2.3. İptali Göz Ardı Etme

Bir kanun hükmünün varlığı kadar yokluğu da davanın sonucuna etki eder. Bu bakımdan, Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği bir kanun hükmünün (keza Danıştayın iptal ettiği yönetmelik hükmünün) görülen davada esas alınmaya devam edilmesi -bu konuda ikna edici bir gerekçe sunulmadıkça- gerekçeli karar alma hakkının ihlaline neden olabilecektir. Örneğin AYM, bir davanın reddine dayanak olan hükmün (somut olayda 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu’nun geçici 70. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesiydi) Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olmasından sonra, yargı yollarında bu kararın dikkate alınmamış olmasını “gerekçeli karar alma hakkı”nın ihlali olarak görmüştür.³² Bu yöndeki örnek tek de değildir.³³

3.2.4. İlgayı Göz Ardı Etme

Gerekçeli karar alma hakkının ihlali, yürürlükteki mevzuat kadar mevzuat hükümlerinin yürürlükten kalkışının da dikkate alınmasını, eğer

³¹ *Burak Şendir*, B. No: 2015/278, 9/5/2019. Bu örneklerden başka; 3213 sayılı Maden Kanunu’ndaki kazanılmış hak konusundaki md. 7 ve 30 hükümleri bağlamında bkz. *Dalbay Taş İmalatı Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2014/3210, 16/6/2016. 1475 sayılı İş Kanunu’nun “kıdem tazminatı” başlıklı 14. maddesinin 11. fıkrasında, kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi sebebiyle açılacak davanın sonunda hakimin gecikme süresi için ödenmeyen süreye göre mevduata uygulanan en yüksek faizin ödenmesine hükmedeceği kuralının göz ardı edilmesi bağlamında bkz. *Mükrem Eroğlu*, B. No: 2013/9025, 6/1/2016

³² *Ayşen Esen Danacı*, B. No: 2017/17765, 3/6/2020, para 42

³³ Anayasa Mahkemesinin 5216 sayılı Kanun’un 14. maddesinin beşinci fıkrasını iptal etmesi üzerine dava ehliyeti bağlamında tartışma eksikliği konusunda bkz. *Mustafa Kahraman*, B. No: 2014/2388, 4/11/2014, para 52 vd



bu yapılmıyorsa bunun nedenlerinin açıklanmasını gerektirir. *Agah Aral ve diğerleri* kararı bunun iyi bir örneğidir. Bu davada başvuru, açtıkları bir iptal davasında, davaya konu “rüzgâr türbinleri projesi” hakkında “kümülatif etki değerlendirmesi” yapılmamasından yakınmıştır. İlk derece yargılaması sırasında görüş sunan bilirkişi heyeti, bölgede faaliyette bulunan veya planlama aşamasında olan tüm rüzgâr türbinlerinin devreye girmesiyle oluşacak “kümülatif etki” neticesinde “canlıların yaşam alanı bulamayabileceği” yönünde kanaat bildirmiştir. Fakat Danıştay, kümülatif etki yönünden İdare Mahkemesinin gerekçesine katılmamış, Yönetmelik ekinde yer alan Çevresel Etki Değerlendirmesi Genel Formatı’nda kümülatif etki çalışması yapılması yönünde bir yükümlülük öngörülmediğini belirtmiştir.

Bu karar, bir çelişki yaratmıştır. Çünkü Danıştay 2008 tarihli Yönetmelik’in EK-III’ünde yer alan hükümleri dayanak almak suretiyle bu sonuca varmıştır. Oysa yatırımcı şirketin proje başvurusunu yaptığı 2014 yılında, 2013 tarihli Yönetmelik yürürlüktedir. ÇED kararının tesis edildiği 2015 yılında ise 2014 tarihli Yönetmelik yürürlüktedir. Danıştay kararında, ÇED raporunun hazırlanması yönünden 2013 tarihli Yönetmelik hükümlerine, fakat kümülatif etki yönünden ise (bu yönde değerlendirme yapmayı zorunlu kılmayan) 2008 tarihli Yönetmelik’in EK-III’te yer alan hükümlere dayanmıştır. Danıştay, bu ikircikli tutumuna dair de herhangi bir açıklamada da bulunmamıştır. Bu sorun ve tutarsızlık karşısında Anayasa Mahkemesi, gerekçeli karar alma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.³⁴

3.3. Bilirkişi Raporları

İdari yargılama usulünde önemli kanıtlardan biri de bilirkişi raporlarıdır. Bu raporlarda esaslı eksiklikler bulunur ve başvuru da bu eksikliklere dikkat çekerlerse; mahkemelerin, neden bir eksiklik görmediklerine ve/veya iddia edilen eksikliği gidermeme nedenlerine dair ilgili ve yeterli açıklama yapmaları gerekir.

Bir uzman hekimin, bir ameliyatta hayatını kaybeden hasta hakkında hazırlanan ölüm raporunu ameliyata katılmadığı gerekçesiyle imzalamadığı ve bunun üzerine ilgili klinik şefi tarafından ameliyatlara ve diğer klinik çalışmalara katılımının engellendiği iddiasını içeren bir olay buna iyi bir örnektir. Başvuru bu olayda, mesleğini kişisel ve keyfi bir tutumla icra edemediğini ileri sürmüştür. Başvurucuya göre; gerçekleştirdiği ameliyatlara başarılı olmasına rağmen bu hususlarda değerlendirme yapılmaksızın, bazı yetkisiz kişilerce “mesleki anlamda yetersiz” olarak değerlendirilmesi hukuka aykırıdır. Davayı gören idare mahkemesi, başvuru bu iddiaların üzerinde durmamış, bu konuyla ilgili olmayan bir bilirkişi raporunu esas almıştır. Başka

³⁴ *Agah Aral ve diğerleri*, B. No: 2016/13031, 29/9/2020

bir deyişle dava sürecinde, başvuruçunun iddialarını karşılanmadığı gibi bu yönde ek bir bilirkişi raporu da alınmamıştır. Bunun yerine idari soruşturma kapsamında hazırlanan ve başvuruçunun yetersiz olduğuna ilişkin herhangi bir değerlendirme de içermeyen bilirkişi raporuna dayanılmıştır. Bu durumu değerlendiren Anayasa Mahkemesine göre; başvuruçunun karar sonucunu etkileyebilecek nitelikteki mesleki yeterliliğine dair iddiaları hakkında makul, ilgili ve yeterli gerekçeler sunulmamıştır. Bu şekilde verilen kararın, kanun yolu incelemesinden ek bir gerekçe sunulmadan geçerek kesinleşmesi, gerekçeli karar alma hakkının ihlali olarak görülmüştür.³⁵

Kimi durumlarda bilirkişi raporu yeterli olmakla birlikte, bu rapordan saparak karar verilmesi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda ilgili mahkemenin sapma nedenlerini açıklaması gerekir. Örneğin *Sarıdağlar İnşaat ve Tic. A.Ş* kararında başvuruçucu şirketin yakındığı konu, bir bilirkişi raporundaki tespitlere atıfla aleyhine verilen ihaleden yasaklama kararının kabul edilmiş olmasıdır. Hem başvuruçucuya hem de mahkemeye göre, bilirkişi raporunda başvuruçunun sorumluluğunun yanı sıra zemin etüt firmaları ile proje yöneticisinin başvuruçucu ile ortak ihmalleri bulunduğu değerlendirilmiştir. Fakat mahkeme, sorumluluk açısından bu ortaklığı değerlendirmeyerek kusurun tamamının başvuruçucuda bulunduğu kanaat getirmiş ve hangi açıdan başvuruçunun sorumluluğunun daha fazla olduğu kararda tartışmamıştır. Bunun yanı sıra; zemin etüdü yapılmasının başvuruçunun sorumluluğunda olup olmadığı, söz konusu hususun zemin etüt firmaları tarafından yerine getirilse idi heyelan olayının önüne geçilip geçilemeyeceği de mahkemece aydınlatılmamıştır. Belirtilen hususlar temyiz ve (kaldırılan) karar düzeltme aşamalarında da tartışılmamış, sonuç olarak konuya açıklık getirilmemiştir. Dolayısıyla AYM, bu olayda gerekçeli karar alma hakkı bağlamında ihlal sonucuna ulaşmakta zorlanmamıştır.³⁶

Son olarak, bilirkişi raporlarındaki yetersizliklerin ve/veya raporlardaki belirlemelerden keyfî sapmaların, birden fazla rapor arasındaki çelişkinin giderilmemesi sorunuyla kesiştiğini görmekteyiz.³⁷

3.4. Bilgi, Belge ve Deliller

Bir yargılamada tarafların ileri sürdüğü savlar kadar, ileri sürdükleri bilgi, belge ve kanıtların da dikkate alınması gerekir. Bunların hepsinin birde karara esas alınması zorunlu değildir. Ne var ki sunulan esaslı bilgi ve belgelerin neden esas alınmadığının mutlaka açıklanması gerekir. Bu, tarafların toplanmasını istedikleri deliller yönünden de benzerdir. Bu taleplerin karşılanmaması gerekçeli karar alma hakkını ihlal eder.

³⁵ *Ruşen Melih Nebigil*, B. No: 2014/2037, 17/7/2018

³⁶ *Sarıdağlar İnşaat ve Tic. A.Ş.*, B. No: 2017/24735, 9/9/2020

³⁷ *Bkz. Buğrahan Babacan*, B. No: 2013/9661, 9/9/2015



Örneğin ruhsatsız onarım yaptığı iddiasıyla binası hakkında yıkım kararı alınmasından yakınan bir başvuru, söz konusu binada yapılan onarım işlemlerinin ruhsata tabi olmadığını ileri sürmüştür. Bu sava ve delillerin toplanması talebine rağmen, bu hususun tespitine ilişkin olarak keşif dâhil deliller toplanmamış, bu yöndeki talepler değerlendirilmemiştir. Keza başvuru hakkında ruhsatsız yapı yapıldığı gerekçesiyle başlatılan ceza soruşturması neticesinde açılan kamu davasında verilen kesinleşmiş beraat hükmü de somut davada dikkate alınmamıştır. Anayasa Mahkemesi, bu durumun gerekçeli karar alma hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.³⁸

Keza, bir düğün salonu işletmeciliği yaptığı düşünülen başvurucuya, mevzuatta öngörülen gürültü seviyesini aştığı gerekçesiyle kesilen idari para cezasının iptaliyle ilgili bir davada da durum benzerdir. Başvuru bu davada, hiçbir zaman salonun sahibi ya da işletmecisi olmadığını ileri sürmüştür. Başvurucuya göre, idarenin sunduğu ve işlemlerin dayanağı olarak gösterdiği 2010 yılına ilişkin kira kontratına itibar edilmiştir; oysa gerçekte, imara aykırı yapılaşmalar nedeniyle bu kontrat hiç uygulanmamıştır. Bunu kanıtlamak için de başka kişilere kesilen para cezaları ile hakkında açılan “gürültüye neden olma suçu”na ilişkin yargılamada verilen beraat kararını sunmuş; keza gürültü ölçümlerinde kullanılan cihazların kalibresi konusunda da iddialarda bulunmuştur.

Davaya bakan derece mahkemeleri, uyumsuzluğun sonucunu etkileyebilecek nitelikteki bu iddialara, resmî belgelere ve yargı kararlarına dönük ilgili ve yeterli bir gerekçe sunmamış, bunları gerekçesiz biçimde yok saymayı yeğlemiştir. Dava Anayasa Mahkemesi önüne geldiğinde Mahkeme, başvurunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.³⁹

Son olarak, buraya kadar yazılanların davada esas alınan “gizli” nitelikteki bilgi ve belgeler için de kural olarak geçerli sayıldığını kaydetmek gerekir.⁴⁰

SONUÇ

Çalışmada ulaşılan bulgulardan biri, gerekçeli karar alma hakkının, Danıştay ile Anayasa Mahkemesinin yaptıkları denetimin kesişim kümesinde yer alan bir hak olduğudur. Bu gri alanda iki mahkemenin yetkilerinin sınırı ilk bakışta belirsiz gibidir. Fakat kararlara daha yakından ve bütünlüklü biçimde bakıldığında Anayasa Mahkemesinin incelemesinin, söz konusu kararın yasaya uygunluğuna ve ne yönde olması gerektiğine dönük olmadığı anlaşılmaktadır. Bu iş, Danıştayın yetki alanındadır. Anayasa Mahkemesi, Danıştay’dan farklı olarak, bir bakıma “keyfilik denetimi” yapmakta, münhasıran gerekçeye odaklanmaktadır.⁴¹

³⁸ Erkan Akış ve diğerleri, B. No: 2013/6133, 13/4/2016

³⁹ Kıyasettin Aydemir, B. No: 2016/12492, 8/9/2020

⁴⁰ Bu konuda bkz. O.H., B. No: 2013/3156, 15/12/2015

⁴¹ Karpenstein ve Mayer (n 8) 137.

Bu gerçekten hareketle ve bu vesileyle metni, şu malum gerçeği yeniden vurgulayarak sonuçlandırabiliriz: Yargıçlar, keyfilikten uzak durmalı ve davada ileri sürülen esaslı savlara yanıt vermelidir. Bu anayasal yükümlülük, boş bir temenni değildir. Zira bu, genel olarak adma karar verilen “Türk Milleti” ile davanın taraflarını tatmin ve ikna etmek, bu bakımdan adalet duygusunu karşılamak gibi hukuk devletiyle ilgili işlevlerinin yanı sıra, yargısal dinamizmi geliştirmek, denetim olanaklarını kolaylaştırmak ve yargıcın kendi öz disiplinini sağlamak gibi fonksiyonlar da görür. Bu bakımdan konuya salt faydacı perspektiften bakıldığında dahi bir gerekçeli karar, -diğer pek çok şeyin yanı sıra- son tahlilde yargıç lehinedir.

Bu genel sonuç bir tarafa; Anayasa Mahkemesinin kararlarından süzülerek ortaya konulan kategorilerde de görüldüğü üzere, gerekçeli karar alma hakkına ilişkin ihlaller, öncelikle ve özellikle yerleşik içtihattan ve yürürlükteki mevzuattan sapıldığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Kuşkusuz, yargı bağımsızlığı ilkesi “yargının yargıdan bağımsızlığı” ögesini de içerir. Bu bakımdan (özellikle kıta Avrupası sistemine dayanan bir yargı sisteminde) mahkemelerin, yüksek mahkemelerin kararlarına sorgusuz sualsiz ve her koşulda uyması mutlak bir zorunluluk değildir. Dahası hem yüksek mahkemelerin hem de derece mahkemelerinin geçmişte verdikleri kararlardan ve mevzuatı yorumlama biçimlerinden sapmaları veya ayrılmaları mümkündür. Bunlar yargı bağımsızlığının ve hukuki dinamizmin birer gereğidir. Fakat bu gerekliliğin sınırını özel olarak kimi usul kuralları ve genel olarak keyfilik yasağı çizmektedir. Mahkemeler, mevzuatı yorumlama biçimlerini değiştirirken veya önceki kararlardan ayrılırken bunu güçlü biçimde gerekçelendirmek zorundadır.

Bundan başka, yargılama süreçlerinde davanın taraflarının esasa etki eden ve/veya usuli taleplerinin karşılanmadığı durumlarda, bu taleplerin akıbetine açıklık kazandırılmadığı hâller de, diğer bir sorunlu alan olarak ortaya çıkmaktadır. Çalışmaya esas alınan karar setindeki ihlal kararlarının çoğunluğunu bu tür durumlar oluşturmaktadır. İhlale konu olan idari yargı kararlarının büyük bir kısmında davacılar, bilirkişi raporlarındaki çelişkilere dikkat çekmiş fakat idari yargı organları bu çelişkileri gidermedikleri gibi bu konuda herhangi bir açıklama da yapmamışlardır. Bu durum, tarafların sunduğu ve davanın esasına etki edebilecek bilgi ve belgeler yönünden de benzer olmuştur.

Bu sorunlar dikkate alındığında; davacıların son karardan önce yanıt alamadıkları savlarını özlü biçimde ortaya koymaları ve net biçimde ortaya koymuş oldukları sorularına yanıt beklediklerini ifade etmeleri anlamlı görünmektedir. Bu, mahkemenin karar aşamasına geldiği aşamada özlü ve kısa bir dilekçeyle talep edilebilir. Böyle bir talep, ilgili mahkemenin gerekçeli karar alma hakkı bağlamındaki anayasal yükümlülüğünü yerine getirmesine ilişkin “uyarıcı etki” veya “özdenetim etkisi” sağlayabilir.



Mahkemeler açısından ise, (anılan türden nihai bir talep olmasa bile) karar vermeden önce davacıların sundukları belge, bilgi ve delilleri (eğer yapmamışlarsa) birer soru hâline getirmeleri ve bu sorulardan davanın sonucuna etki edecek olanlara yanıt verip vermediklerini kontrol etmelerini önerebiliriz. Mahkemelerin fiilen bir tür soru listesi hazırlayıp böylesi sorulara birer yanıt üretmeleri ve bu yanıtlarını gerekçelerine yansıtmaları, gerekçeli karar alma hakkının gereklerinin yerine getirilmesi için işlevsel olabilir.

KAYNAKÇA

Ágnes C, *Das Recht auf ein faires Verfahren* (LexisNexis 2021)

Akyılmaz B et al, *Türk İdare Hukuku* (Savaş 2021)

Brooks T (ed.), *The Right to a Fair Trial* (Routledge 2019)

Clooney A ve Webb P, *The Right to a Fair Trial in International Law* (OUP 2020)

Cozzi A et al, *Comparative Study of the Implementation of the ECHR at the National Level* (CoE 2016)

Çelik A, *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi* (Anayasa Mahkemesi 2014)

Dahlberg M, 'It is not its Task to Act as a Court of Fourth Instance: The Case of the ECtHR', (2014) 7 EJLS 84

Grabenwarter C ve Pabel K, "Der Grundsatz des fairen Verfahrens", *EMRK/GG: Konkordanzkommentar Zum Europäischen und Deutschen Grundrechtsschutz* (Oliver Dörr, Rainer Grote ve Thilo Marauhn ed., Mohr Siebeck 2013)

İnceoğlu S, *Adil Yargılanma Hakkı* (Avrupa Konseyi 2018)

— — *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (Beta 2013)

Lind S, 'Verfassungsrechtliche Grundlagen der Pflicht zur Begründung von Gerichtsurteilen', (2006) 24 Juridica, 116

Karpenstein U ve Mayer FC, *EMRK: Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten Kommentar* (CH Beck 2015)

Mole N ve Harby C, *Adil Yargılanma Hakkı* (Avrupa Konseyi 2001)

Öztürk K, *Son Değişiklikleriyle Gerekçeli Anayasa* (Bilgi 1961)

Uluslararası Af Örgütü, *Adil Yargılanma Kılavuzu* (Ayrıntı 2020)

Sunay ZA, *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı* (Seçkin 2016)

Vitkauskas D ve Dikov G, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması* (Avrupa Konseyi, 2012)

Yılmaz Özel N, *Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri* (On İki Levha 2016)

Zrvandyan A, *İdari Yargıda Avrupa Adil Yargılanma Standartlarına İlişkin Emsal Kararlar* (Avrupa Konseyi 2021)

KARARLAR

Abbas Emre, B. No: 2014/5005, 6/1/2016

Abdulkerim Akkuş, B. No: 2013/5204, 24/3/2016

Abdullah Ay, B. No: 2015/17110, 28/11/2018

Abdurrahman Dil ve Mehmet Sait Dil, B. No: 2013/5163, 24/2/2016

Adem Yolcu ve diğerleri, B. No: 2015/13454, 20/3/2019

Agah Aral ve diğerleri, B. No: 2016/13031, 29/9/2020

Akın Tekkurt, B. No: 2016/8451, 20/10/2020

Ali Dikbaş, B. No: 2014/17737, 22/3/2017

Aydın Çelik, B. No: 2013/4635, 23/3/2016

Ayşen Esen Danacı, B. No: 2017/17765, 3/6/2020

Bayram Ali Devecioğlu, B. No: 2017/39387, 15/9/2020

Buğrahan Babacan, B. No: 2013/9661, 9/9/2015

Burak Bulut ve diğerleri, B. No: 2015/17344, 11/12/2018

Burak Şendir, B. No: 2015/278, 9/5/2019

Bünyamin Kaçmaz, B. No: 2015/19038, 20/3/2019

Celal Asan, B. No: 2014/15507, 27/12/2017

Celal Çetin, B. No: 2017/26301, 15/9/2020

Celal Pörklü, B. No: 2014/16542, 8/3/2017

Dalbay Taş İmalatı Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti., B. No: 2014/3210, 16/6/2016

Denктаş Nakliyat Turizm Ltd. Şti. (2), B. No: 2013/3915, 10/3/2016

Emine Akkuş, B. No: 2013/5321, 23/2/2016

Emine Yetişecek ve diğerleri, B. No: 2013/4496, 20/4/2016

Emre Ekin, B. No: 2016/7568, 27/2/2020

Erkan Akış ve diğerleri, B. No: 2013/6133, 13/4/2016

Fadıl Çetinkaya, B. No: 2013/5736, 9/3/2016

- Faruk Aktaş, B. No: 2015/19042, 6/3/2019
Faruk Büyük, B. No: 2015/17044, 11/12/2018
Firuze Batır ve diğerleri, B. No: 2014/6420, 8/3/2017
Gökhan Özdemir, B. No: 2015/3616, 14/11/2018
Gülamir Bozma, B. No: 2013/4569, 14/4/2016
H/Belçika, B. No: 8950/80, 30.11.1987
Hakan Salas, B. No: 2015/14216, 7/3/2019
Hamidiler Tarım Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş., B. No: 2015/18957, 9/6/2020
Hanifi Dil ve Zeki Dil, B. No: 2013/5191, 10/3/2016
Hayrettin İçyer ve Nurettin İçyer, B. No: 2014/3420, 28/9/2016
Hekber Tamer, B. No: 2014/17564, 22/3/2017
Hikmet Çelik ve diğerleri, B. No: 2013/4894, 15/12/2015
İbrahim Zenkin ve Recep Arda, B. No: 2016/2772, 16/1/2020
Kenan Baz, B. No: 2013/4986, 20/4/2016
Kenan Özteriş, B. No: 2012/989, 19/12/2013
Kıyasettin Aydemir, B. No: 2016/12492, 8/9/2020
Latif Hacibekiroğlu, B. No: 2014/6011, 22/9/2016
Levent Karaca, B. No: 2013/9131, 12/7/2016
Mehmet Akkuş, B. No: 2013/4266, 23/2/2016
Mehmet Başaran, B. No: 2013/4565, 10/3/2016
Mehmet Letif Karatay ve diğerleri, B. No: 2014/2870, 28/9/2016
Mehmet Şirin Çelik, B. No: 2013/9215, 30/3/2016
Mustafa Kahraman, B. No: 2014/2388, 4/11/2014
Mükremin Eroğlu, B. No: 2013/9025, 6/1/2016
Nail Hacımamoğlu, B. No: 2016/8362, 30/9/2020
O.H., B. No: 2013/3156, 15/12/2015
Ramazan Ayder, B. No: 2013/5690, 23/3/2016
Recep Aydın ve diğerleri, B. No: 2014/7260, 12/1/2017
Ruşen Melih Nebigil, B. No: 2014/2037, 17/7/2018

Sabri Oruç, B. No: 2014/4863, 29/9/2016

Sadık Kısa, B. No: 2014/6919, 5/10/2017

Sahibe Çelik ve Necla Çelik, B. No: 2013/4899, 20/1/2016

Sarıdağlar İnşaat ve Tic. A.Ş., B. No: 2017/24735, 9/9/2020

Seyhan İlğaz, B. No: 2014/7475, 17/7/2018

Sıdık Kıran ve diğerleri, B. No: 2013/7774, 20/4/2016

Yavuzlar Nakliyat Turizm Petrol San. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2013/3914, 10/3/2016

De Moor v Belgium App no 37971/97 (ECtHR 23 July 1994)

García Ruiz v Spain App no 30544/96 (ECtHR 21 January 1999)

Hadianastassious v Greece App no 12945/87 (ECtHR 16 December 1992)

Kuznetsov and others v Russia App no 184/02 (ECtHR 11 January 2007)

Sakkopoulos v Greece App no 61828/00 (ECtHR 15 January 2004)

Tahsin Acar v Turkey App no 26307/95 (ECtHR, 08 April 2004)



TÜRK HUKUKUNDA NEFRET SUÇLARINA -AVRUPA GÜVENLİK VE İŞBİRLİĞİ TEŞKİLATI TAAHHÜTLERİ ÇERÇEVESİNDE- GENEL BİR BAKIŞ

*A General Look on Hate Crimes in Turkish Law (Within the Framework of
Organization for Security and Co-operation in Europe Commitments)*

Süleyman ÖZAR*

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (87-108)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 27.05.2021

Kabul Tarihi : 14.09.2021

Makale Türü: *Araştırma*

Article Info

Received Date: 27.05.2021

Accepted Date: 14.09.2021

Article Type : *Research*

ÖZET

Toplumdaki belli gruplara karşı hoşgörüsüzlük ve ön yargıyla işlenen belirli suçlar nefret suçu olarak tanımlanmaktadır. Bu tür fiiller, toplumu bölme, şiddet ve nefret sarmalı yaratma potansiyeline sahip olduğundan, bunlara etkin bir karşılık verilmesi elzemdir.

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT), 2000’li yılların başından itibaren nefret suçlarına kapsamlı bir yaklaşım sergilemektedir. Varşova’da bulunan Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi (ODIHR); nefret suçları, nefret söylemi ve ayrımcılıkla mücadele gibi insani boyuta ilişkin konularla ilgilenen bağımsız bir AGİT kurumudur. ODIHR, nefret suçu düzenlemelerine büyük önem vermektedir.

Ceza normları, toplumsal değerlerin bir yansımasıdır. Nefret suçu düzenlemeleri, bir toplumsal değer olarak eşitlik ilkesini ifade ettiği gibi, aynı zamanda bu değerın gelişmesine de hizmet eder.

Türk Ceza Kanunu’na 2005 yılında “Ayrımcılık” adıyla giren ve 2014 yılında, bazı unsurlarıyla birlikte ismi de “Nefret ve Ayrımcılık” olarak değiştirilen suçun bir nefret suçu olduğu, maddenin gerekçesinde ifade edilmektedir. Bununla birlikte, her ne kadar kanun maddesinde suçun, ayrımcılık sebeplerine dayalı bir nefretle işleniyor olması aransa da bu bir nefret suçu değildir. Bu nedenle, çalışmamızda nefret suçunu kapsamlı bir şekilde ele alan düzenleme modelinin ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Nefret, eşitlik, nefret suçu, nefret söylemi, AGİT, AGİT taahhütleri.

ABSTRACT

Certain crimes motivated by intolerance and bias towards certain groups in society are described as hate crime. A vigorous response to such crimes is essential, since they have the potential to divide societies, and to create cycles of violence and hatred.

The Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE) has taken a comprehensive approach to hate crimes since the early 2000s. Office for Democratic Institutions and Human

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Dr., Hâkim, Adalet Bakanlığı Mevzuat Gn. Mdr. Yrd, suleyman.ozar@adalet.gov.tr, <https://orcid.org/0000-0003-0934-9594>.



Rights, based in Warsaw, is an independent OSCE body which is primarily concerned with matters falling within the human dimension, such as fighting against hate crimes, hate speech, and discrimination. ODIHR gives great importance to hate crime laws.

Criminal laws are a reflection of society's values. Hate crime laws both express the social value of equality and foster the development of those values.

The crime embodied in the Turkish Penal Code of 2004 under the name of "Discrimination" and later amended to be entitled "Hate and Discrimination" in 2014 is declared to be a hate crime in the preamble to the article. However, although such crime is required to be committed with hate based on discrimination, it is not really a hate crime. Therefore, in this study, it has been aimed to put forward a provision model that effectively addresses hate crimes.

Keywords: Hatred, equality, hate crime, hate speech, OSCE, OSCE commitments.

GİRİŞ

İnsan onuru; nefret suçu ve nefret söylemlerine karşı alınan hukuki tedbirlerin temel gerekçesini oluşturmaktadır. Bu yönüyle nefret suçu, suça etki eden bir neden olarak yeni bir kavram olsa da ceza normlarının koruduğu hukuksal değer bakımından yeni tanımlanan bir olgu değildir. Çünkü insan onur ve haysiyeti, hukuk sistemlerinin ve ceza normunun koruduğu değerlerin başında gelmektedir. Günümüzde bu korumanın alanı ve yöntemi yeniden şekillenmektedir. Çünkü onur ve haysiyete karşı fiiller, insanın var oluşuna ve kimliğine yönelik yeni saldırı biçimleriyle karşımıza çıkmaktadır. 20. yüzyıl sonlarından itibaren bu konunun tüm dünyada tırmanış göstermesi, nefret eylemlerine karşı hukuk düzenlerini de harekete geçirmiştir.

Nefret suçları küresel bir olgu olmakla birlikte, nefret saikinın tanımına ve korunacak karakteristiklerin neler olacağına dair genel bir uzlaşma yoktur. Bununla birlikte, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın (AGİT) suçun tanımına ve soruşturulmasına ilişkin geliştirdiği öneriler, ülkelerin mevzuat tercihlerinde öne çıkmaktadır. AGİT'in üç ana faaliyet alanından biri olan "insani boyut" içerisinde nefret suçlarına ilişkin çalışmalar son yıllarda artarak devam etmektedir. Elbette bu artış, AGİT coğrafyasında nefret suçları ile mücadeleye yönelik politik istekle paraleldir. Bu çalışmalar büyük ölçüde, Demokrasi ve İnsan Hakları Ofisi (ODIHR) tarafından yürütülmektedir.

Ceza hukukumuzda nefret suçları özel olarak düzenlenmemiştir. 2014 yılında TCK'nın 122. maddesinin "Ayrımcılık" olan madde başlığı "Nefret ve ayrımcılık" olarak değiştirilmiş, suçun manevi unsuruna "nefret nedeniyle" şartı getirilmiş ise de, bu değişikliğin uluslararası standartlarda bir nefret suçu düzenlemesi olduğunu söyleyebilmek güçtür.

Çalışmamızda nefret suçları AGİT/ODIHR'in ortaya koyduğu çerçevede ele alınacaktır. Buna göre nefret saikinin içini dolduran 'ön yargı' kavramı ve bunun mağdurun kimliğine, kim olduğuna yönelmesiyle oluşan nefret suçları incelenecektir. Ayrıca, nefret suçu ile nefret söylemi arasındaki farkın ortaya konulmasıyla, mevzuatımız her iki fiil bakımından ayrı ayrı yoklanacaktır. Bu bağlamda, ODIHR'in her yıl yayınladığı ülke raporları konuya karşılaştırmalı bakabilmemizi kolaylaştıran bir kaynak olarak değerlendirilmiştir. Türkiye

raporu da ülkemizin nefret suçlarıyla mücadelede atması gereken adımları göstermesi bakımından ayrı bir başlıkta ele alınmıştır.

A. AGİT TAAHHÜTLERİNDE NEFRET SUÇU

1. AGİT Taahhüdü Nedir?

AGİT'in karar organlarıncı alınan bütün kararlara AGİT taahhütleri adı verilmektedir. Bu taahhütlerin hukuki bağlayıcılığı bulunmamakla birlikte, siyasi bağlayıcılığı söz konusudur.¹ 57 katılımcı devletle en büyük bölgesel güvenlik örgütü unvanını elinde bulunduran örgütte bütün kararlar oydaşmayla alınmaktadır.² Bu durum karar alınmasını zorlaştırmakta, ancak alınan kararın uygulanma olasılığını ise artırmaktadır. Öte yandan, AGİT belgelerinin içeriğine hukuki zorunluluk tanımamış olması, taahhütlerin uluslararası teamül kuralı haline gelebilmesini engeller.³

Örgütün üç karar organı bulunmaktadır. Bunlar; zirve, bakanlar konseyi ve daimi konseydir. En önemli ve en üst düzey karar organı Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesidir (*Summit*). Bugüne kadar Paris (1990), Helsinki (1992), Budapeşte (1994), Lizbon (1996), İstanbul (1999) ve Astana Zirvesi (2010) yapılmıştır. Zirveler düzenli ve sık aralıklarla yapılmadığından, her yıl Aralık ayında dönem başkanı ülkede yapılan Bakanlar Konseyi toplantısı, en önemli karar organı haline gelmiştir. Daimi Konsey ise AGİT'in düzenli politik istişare ve kurumsal karar organıdır. 1992 Bakanlar Konseyi kararı ile kurulan daimi konsey, dönem başkanı ülkenin AGİT nezdindeki daimi temsilcisi tarafından yönetilir.⁴

Sekretaryası Viyana'da bulunan AGİT'in dışında teşkilatlanmış ve bağımsız olarak faaliyet gösteren AGİT kurumları da bulunmaktadır. Faaliyet raporlarını mutad olarak Daimi Konseye sunan bu kurumlar; Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi (*Office for Democratic Institutions and Human Rights-ODIHR*), Milli Azınlıklar Yüksek Komiserliği ve Medya Özgürlüğü Temsilciliğidir. Nefret suçuna ilişkin saha çalışmaları, eğitim ve veri toplama faaliyetleri ODIHR tarafından yerine getirilmektedir.

2. Nefret Suçuyla Mücadele Yasalarını Teşvik

Nefret suçlarıyla uluslararası düzeyde mücadele eden başlıca kuruluşlar, Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Komitesi, BM "İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması" Komitesi (CERD), Avrupa Konseyi "İrkçilik ve

¹ Sertif Demir, "Dünden Bugüne Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı", *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, 6/11, 2010, s. 30.

² "OSCE Rules of Procedure" (AGİT Usul Kuralları) <http://www.osce.org/mc/22775> (sgt. 15.05.2021)

³ Jale Civelek, "Helsinki Son Senedi, Paris Şartı ve AGİT", *Avrupa Araştırmaları Dergisi*, C. 14 S. 12, 2006, s. 6.

⁴ <https://www.osce.org/whatistheosce/factsheet> (sgt.15.5.2021)



Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu” (ECRI), Avrupa Birliği (AB) Temel Haklar Ajansı (FRA) ve AGİT’tir. Bu kuruluşlar, nefret suçlarını ırkçılık ve yabancı düşmanlığının ötesinde daha geniş bir zeminde ele almaktadır.⁵

AGİT’in bu sahadaki çabalarına geçmeden önce AB ve Avrupa Konseyi’nin mevzuat önerilerine değinmek istiyoruz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 1997 tarihli R (97) 20 sayılı kararında üye ülkelerin ceza mevzuatında ırkçı ve yabancı düşmanı saiklerle ortaya çıkan nefret söylemlerinin suç olarak düzenlenmesi yönünde tavsiyede bulunmuştur.

ECRI de, 1996 tarihinden itibaren mutad olarak ırkçılık ve ayrımcılığa karşı ortak politika standartlarını belirleyen “Genel Politika Tavsiyeleri” hazırlamaktadır.⁶ Bunlar arasında, 2002 yılındaki “ırkçılık ve ırk ayrımcılığı ile mücadele için ulusal mevzuat” başlıklı 7 numaralı Genel Politika Tavsiyesi’nin 2007 revizyonu, mevzuat önerisi içermektedir. Bu kapsamda, Konsey üyesi ülkelere bir suçun ırkçı saiklerle işlenmesi halinin cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmesi tavsiye edilmiştir.⁷ 2015 yılındaki 15 numaralı Politika Tavsiyesi ise nefret söylemi ile mücadeleye yönelik tedbirleri içermektedir.⁸

Görüldüğü üzere nefret saikiyle mücadele, genelde nefret ‘söylemi’ bağlamında gündeme gelmektedir. Konuyu nefret ‘eylemi’ bağlamında etraflıca tartışan ve takip eden kurum, AGİT’tir.

AGİT/ODIHR, nefret suçlarıyla mücadele kapsamında üç tür faaliyet göstermektedir. Bunlar; (1) mevzuat değişikliklerine pratik rehberlik ve teşvik çalışmaları, (2) seminer ve çalıştaylarla kapasite artırımı ve eğitim, (3) nefret suçlarına ilişkin düzenli olarak veri toplama ve raporlamadır.⁹ Bu faaliyetler, AGİT katılımcı devletlerinin üç temel taahhüdüne dayanmaktadır: Mevzuatta nefret suçlarına yer vermek, nefret suçlarını etkili soruşturmak ve bu suçları sağlıklı bir şekilde raporlayarak paylaşmak.

Nefret suçları kavramı AGİT’in gündemine ilk olarak 2003 yılının Aralık ayında Maastricht’te yapılan Bakanlar Konseyi toplantısında doğrudan doğruya girmiş ve bu toplantıda katılımcı devletler nefret suçlarının yarattığı tehlikeleri kabul ederek, bu suçlarla mücadele için gerekli adımların atılması konusunda görüş birliği içerisinde olduklarını beyan etmişlerdir.¹⁰ Atina 2009

⁵ Hate Crime Recording and Data Collection Practice Across the EU, European Union Agency for Fundamental Rights, Luxembourg 2018, s. 14.

⁶ <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/ecri-standards> (sgt. 18.05.2021)

⁷ <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-7-revised-on-national-legislation/16808b5aae> (sgt. 18.05.2021)

⁸ <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-15-on-combating-hate-speech/16808b5b01> (sgt. 18.05.2021)

⁹ <https://hatecrime.osce.org/odihrs-capacity-building-efforts> (sgt. 18.05.2021)

¹⁰ Hasan Sınar, “Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19 / 2, Aralık 2013, s. 1280.

Bakanlar Konseyi'nde kabul edilen “nefret suçlarıyla mücadele” başlıklı 9/09 sayılı karar, bu alandaki ilk müstakil taahhüttür. Bunlara ek olarak, ODIHR'ın yayınladığı kılavuz ilkeler ve mevzuat önerileri de nefret suçlarının tanımına ilişkin önemli bilgiler içermektedir. 2009 yılında yayımlanan “Nefret Suçu Yasaları Pratik Kılavuz” bu alanda yapılmış en önemli çalışmalardan biridir.

3. Nefret Suçu Tanımı

AGİT/ODIHR doktrinine göre ortada bir nefret suçunun bulunduğu karar verebilmek için, suç teşkil eden bir eylemin nefret saikiyle işlenmiş olması gerekir.¹¹ Bir suçun nefret suçu niteliğine bürünebilmesi, önce nefret saikine sonra da bu saikle işlenen temel bir suça ihtiyaç duyar. Temel suç yoksa nefret suçu da yoktur.¹² Nefretle işlenen suçun hangileri olabileceği ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilir, ama her halükârda nefret nedeniyle ortaya çıkan icrai veya ihmali bir davranış ve bu davranışın suç olarak düzenlenmiş olması lazımdır. Dolayısıyla nefret suçlarında failin belirli bir saik ya da amaçla hareket etmesi (eski Türk Ceza Kanunu terminolojisiyle “özel kast”ın bulunması) şarttır.

Salt nefret etmek ya da soyut nefret suç değildir. Bir ırk, milliyet, etnik köken, dil, renk, cinsiyet, cinsel yönelim, yaş, engellilik ve benzeri sebeplerden dolayı duyulan ön yargının faili bir suç işlemeye yöneltmiş olması gerekir.¹³ ODIHR, ‘ve benzeri sebepler’ diyerek hangi özellik ya da sıfatların ön yargı konusu olabileceği noktasında güncel durumlara ve lokal sorunlara esneklik payı bırakmıştır. Örnek vermek gerekirse, AGİT coğrafyasındaki bütün nefret suçu yasalarında “ırk”, korunan kategori kapsamındadır. Bazı ülkeler cinsiyet, cinsel yönelim ve engellilik gibi kategorileri içerir. Daha az olarak da, bazı nefret suçu yasaları eğitim, meslek, siyasi bağlantı veya ideoloji gibi kategorileri korur.¹⁴ Sonuçta yasa koyucu hangi özelliklerin burada yer alacağını kesin ve belirli bir şekilde ifade etmelidir. Ucu açık bir şekilde alanı hayli genişleyen bir nefret suçu kategorisi nefret kavramını anlamsızlaştıracak gibi¹⁵ kanunilik ve dolayısıyla hukuk güvenliği ilkelerine de aykırı olacaktır.

Nefret suçuna esas alınacak karakteristiklerin seçilmesi konusunda eşitlik ilkesi bir an olsun ihmal edilmemelidir. Yoksa kanun koyucu kendi içinde çelişmiş ve başka bir yönden ayrımcılığa kendisi yol açmış olacaktır.¹⁶

¹¹ Understanding the Needs of Hate Crime Victims, OSCE/ODIHR, Warsaw 2020, s. 8.

¹² Hate Crime Laws: A Practical Guide, OSCE/ODIHR, Warsaw 2009, s. 16.

¹³ Combating Hate Crimes in the OSCE Region, An Overview of Statistics, Legislation and National Initiatives, OSCE/ODIHR, Warsaw 2005, s.12.

¹⁴ Hate Crime Laws, s. 37.

¹⁵ Gökçe Serim Çiçek, *Türk Ceza Kanunu'nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu*, Ankara 2021, s. 67.

¹⁶ Asuman Aytakin İnceoğlu, “Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi”, *Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları*, Der: Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012, s. 114.



Nefretle işlenen her suç nefret suçu olarak kabul edilmemelidir. Kelimenin sözlük anlamıyla nefret, nefret suçlarının saiki için yeterli bir kavram değildir. Failin kanunda belirtilen özelliklerden birine duyduğu nefretin kaynağı ‘ön yargı’ veya düşmanlık olmalıdır. Bu nedenle karşılaştırmalı hukukta bu suça “ön yargı saikli suçlar” (*bias-motivated crimes*) veya “ayrımcı suçlar” (*discriminatory crimes*) gibi isimler de verilmektedir.¹⁷ Nefret suçunu işleyen fail, mağdurdan bizzat nefret etmiyor ve hatta onu tanımıyor bile olabilir. Bu noktada, bir suçu nefret suçu haline getiren ölçüt, failin mağdurun dahil olduğu topluluk özelliklerine karşı ön yargı taşıması ve bu ön yargıyla bir ceza normunu ihlal etmesidir.¹⁸

Nefret suçunun yöneldiği mağdurun, ön yargı duyulan unsura sahip olup olmadığı, mağdurun o unsurun temsil edildiği gruba ait olup olmadığı hususlarının suçun oluşumuna etkisi tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre burada önemli olan, failin mağduru nasıl gördüğüdür; mağduru o grupta konumlandırması veya sanması yeterlidir.¹⁹ Aynı şekilde, o gruptan olmasa da sadece destek olduğu için mağdurun seçilmesi halinde de nefret suçu oluşmuş sayılmalıdır.²⁰

Nefret suçunun maddi konusu bir insan veya bir topluluk olabileceği gibi, belli bir gruba has eşya, ibadethane, okul gibi maddi öğeler de olabilecektir. Nefret saikinın ortaya çıkmasında maddi konunun kim veya ne olduğundan ziyade, neyi temsil ettiği önemlidir. Bu nedenle bu suçlar *sembol suçlarıdır*.²¹ Çünkü, fail mağdura ‘bu haliyle’ topluma dahil olma hakkına sahip olmadığına yönelik bir mesaj vermektedir.²² O halde hukuk düzeni de bu eylemi ayrı ve daha ağır cezalandırarak mevcut ve muhtemel faillere bu mesajı iade etmelidir.

4. Nefret Suçu-Nefret Söylemi Ayrımı

ODIHR, nefret suçu ile nefret söyleminin aynı anlama gelmediğinin, bunların farklı hukuksal kavramlar olduklarının altını önemle çizmektedir. Nefret söyleminin de gerisinde ayrımcı, ön yargılı bir bakış açısı olabilir ama bu söylemler ifadeden ibarettir. Nefret saikinın sürüklediği temel suç kategorisi eksiktir.²³ Bu durum nefret söyleminin (*hate speech*), nefret suçu (*hate crime*)

¹⁷ Prosecuting Hate Crimes, OSCE/ODIHR, Warsaw 2014, s. 20.

¹⁸ Prosecuting Hate Crimes, s. 21.

¹⁹ Hate Crimes in the OSCE Region-Incidents and Responses, Annual Report for 2007, Warsaw 2008. Aynı doğrultuda değerlendirmeler için bkz. Ulaş Karan, “Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz?”, *Nefret Suçları ve Nefret Söylemi*, Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul 2010, s. 57.

²⁰ Serim Çiçek, s. 67.

²¹ Hate Crime Laws, s. 17.

²² Preventing and Responding to Hate Crimes, A resource guide for NGOs in the OSCE region, OSCE/ODIHR, Warsaw 2009, s. 17.

²³ Prosecuting Hate Crimes, s. 22.

olmasını önlemekte, nefret söyleminin ayrı bir suç olarak düzenlenmesi de bu sonucu değiştirmemektedir.

Nefret suçunda, zaten var olan bir temel suçun nefret saiki ile işlenmesi söz konusudur. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, nefret söyleminde ise bu söylemin kendisi (adeta bizatihi nefret) suç olarak düzenlenmiştir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, R (97) 20 sayılı tavsiye kararında nefret söylemini şöyle tanımlanmıştır: “*Nefret söylemi kavramı, ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, Yahudi düşmanlığını veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan ulusalcılık ve etnik merkezçilik, ayrımcılık ve düşmanlık şeklinde ifadesini bulan, dinsel hoşgörüsüzlük dâhil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı başka nefret biçimlerini yayan, kıskırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimini kapsayacak şekilde anlaşılacaktır. Bu anlamda nefret söylemi, muhakkak belirli bir kişiye veya gruba yönlendirilmiş yorumları kapsamaktadır.*”²⁴

İfadenin ya da söylemin suça yol açması, nefret söylemi ile ifade özgürlüğü arasındaki gerilimi ortaya çıkarır. Söylemin ifade özgürlüğü içinde kalıp kalmadığı her olayda kendi bağlamı içerisinde değerlendirilmelidir. Nefret söylemi, ifade özgürlüğüne müdahaleyi meşru kılar, ancak neyin nefret söylemi olduğu konusunda demokratik toplum gereklerini hesaba katarak titiz davranılmalıdır.²⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, konuyla ilgili olarak ortaya çıkan içtihatlarında, ilk olarak, taraf devletlerin işlenen bir suçun olası bir nefret saikiyle işlenip işlenmediğinin etkin bir biçimde soruşturulması noktasında pozitif bir yükümlülüğü olduğunun altını çizmektedir.²⁶ Mahkeme, AİHS’in temellerini oluşturan değerlere yönelik her türlü ifadede olduğu gibi hoşgörüsüzlük üzerine kurulu kını yayan, haklı gösteren, buna teşvik eden ve ilerleten ifade biçimlerinin AİHS’in 10. maddesi ile sağlanan korumadan yararlanamayacağını açıkça ve kuşkuya yer bırakmayacak biçimde ifade etmektedir.²⁷ Diğer bir deyişle, bu tür ifadelere yönelik müdahaleler, AİHS m. 10’un ihlali olarak değerlendirilmemektedir.

²⁴ Anne Weber, *Nefret Söylemi*, Çev: Metin Çulhaoğlu, Avrupa Konseyi Yayınları, 2009, s. 4.

²⁵ Nefret söyleminin ifade özgürlüğü karşısındaki konumunu değerlendiren çalışmalar için bkz. Aras Türay, “Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişkiye Yönelik Görüşlerin Kısa Bir Değerlendirmesi”, *Suç ve Ceza Dergisi*, s. 139-160, 2018/2; Oktay Uygun, “Nefret İfadesi ve İfade Özgürlüğü”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5 S. 1, s. 7-25, Ocak 2008; Elif Küzeci, “AİHS’in 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikteki Düşünce Açıklamaları”, *TBB Dergisi*, S. 71, Temmuz 2007; Özcan Özbey, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 62, s. 93-146, Mayıs 2013; Cengiz Gül-Seher Çakan, “AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet Ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, *ERÜHFD*, C. XIII, S. 1, s. 365-410, 2018; Freedom of Expression and Hate Speech, OSCE/ODIHR, Skopje 2013.

²⁶ AİHM, Baltyé-Lideikienė/Litvanya, Başvuru No: 72596/01, 04.11.2008.

²⁷ AİHM, Gündüz/Türkiye, Başvuru No: 35071/97, 14.12.2003.



Nefret söylemine müdahalenin Sözleşme’yi ihlal etmemesi, iki temele dayanmaktadır. Birincisi, nefret söylemi, temel hak ve özgürlükleri yok etmeye yönelik olarak hakkın kötüye kullanımındır; ikinci olarak, nefret içerikli ifadeler diğer hak ve özgürlükler ile çatışmaktadır.²⁸ Nefret söylemine müdahale edilmemesi, bu söylem ile hedef alınan kişi veya grubun varlığına yönelik saldırılara yol açabilecek bir durumdur.

O halde nefret söylemini, ırk, etnik köken, cinsiyet, cinsel yönelim, engellilik gibi özelliklerden bahisle bir kişiye ya da gruba yönelik düşmanca veya saldırgan ya da aşağılayıcı ifade olarak tanımlayabiliriz. Nefret söylemiyle, hedef alınan kişi veya gruba, benliklerinin reddedildiği, toplumun geri kalanıyla eşit şekilde yaşayamayacağı ve hak rejiminin sağladığı korumada birer istisna oldukları yönünde bir mesaj verildiğini söylemek abartılı olmayacaktır.²⁹ Bu söylemle hem insan onuruna hem de şu ya da bu topluluğun demokratik toplum içindeki hukukuna saldırılmış olmaktadır.

Nefret söylemi, düşünce açıklaması olsa da, nefret suçuna giden yolun ilk durağı olabilir.³⁰ ODIHR’in nefret söylemi ile nefret suçu arasında gözettiği ayrım da bu noktada başka bir anlam kazanır. Bu ikisinin ayrı ayrı raporlanması, verimli bir sebep, sonuç ve etki analizi için faydalı olacaktır.

5. ODIHR Nefret Suçu Ülke Raporları

AGİT katılımcı devletlerinin taahhütlerinden biri de “nefret suçlarına dair kolluk kuvvetlerine ihbar edilen, kovuşturulan ve hüküm verilen vaka sayılarını içeren yeterince ayrıntılı, güvenilir, sürdürülebilir ve kamuya açıklanabilir veri ve istatistik toplamak” şeklindedir.³¹ Gerçekten, nefret suçlarıyla ilgili verilerin toplanması ve yayımlanması, bu eylemlerle mücadele çabalarının önemli bir parçasıdır. Nefret ve ön yargı sorunuyla yüzleşmek için, yerel ve ulusal yetkililerin ve kamuoyunun sorunun gerçek doğasını, kapsamını ve toplum için yarattığı tehdidi bilmesi gerekmektedir.³²

ODIHR, 2006’dan bu yana devletlerin nefret suçları üzerine sundukları bilgileri toplamakta ve bunları yıllık raporunda yayımlamaktadır. Kurumun internet sitesinden³³ takip edilebilecek bu raporlarda, istatistiki verileri gönderen ülke sayısının ve veri miktarının her geçen yıl arttığı görülmektedir. Bu raporlarda takibi yapılan, haklarında veri toplanan nefret kategorileri

²⁸ Timur, Demirbaş, “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, Cilt:19, Yıl: 2017, s. 2701.

²⁹ Demirbaş, s. 2696; Köksal Bayraktar, “Nefret ve Ayrımcılık Suçu”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XIII, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 73.

³⁰ Freedom of Expression and Hate Speech, s. 35.

³¹ AGİT 9/09 No’lu Bakanlar Konseyi Kararı, Atina, 1-2 Aralık 2009. <https://www.osce.org/files/f/documents/d/9/40695.pdf> (sgt. 16.05.2021)

³² Preventing and Responding to Hate Crimes, s. 37.

³³ <https://hatecrime.osce.org/> (sgt. 16.05.2021)

şunlardır: Irkçılık ve yabancı düşmanlığı, antisemitizm, roman ve sintilere, Müslümanlara, Hıristiyanlara, diğer inanç gruplarına, cinsel kimlik ve cinsel yönelime, diğer gruplara (cinsiyet, engellilik, yaş) karşı ön yargı.

ODIHR, resmi verileri her ülkenin bildirdiği irtibat kişi ve kurumlarından almaktadır. Türkiye’de bu irtibatı Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı yürütmektedir. Ofis, tüm ülkelere nefret suçu düzenlemelerinin yapılması tavsiyesinde bulunurken, ülke raporlarında, bir yasal düzenleme olup olmamasından bağımsız olarak nefret suçu kavramına uyan eylemlere ilişkin gayriresmi verileri de paylaşmaktadır.³⁴

ODIHR ülke raporlarına bakıldığında, nefret suçu kayıtları bakımından ülkeler şu şekilde tasnif edilebilir:

Düzenli veri ileten ülkeler: Türkiye, ABD, Almanya, İngiltere, Fransa, İtalya, Belçika, Avusturya, Litvanya, Polonya, Çek Cumhuriyeti, İsveç, İsviçre, Norveç, Danimarka, Portekiz, Ukrayna, Estonya, Litvanya, Finlandiya, İzlanda, Macaristan, Yunanistan, Slovakya, Bulgaristan, Hırvatistan, Kıbrıs, Andorra, İrlanda, Karadağ, Kanada, Gürcistan, Romanya, Sırbistan.

Düzenli olarak veri bildirmeyen ülkeler: Arnavutluk, Azerbaycan, Belarus, Bosna, Slovenya, Türkmenistan, Tacikistan.

Kolluk tarafından nefret suçu kaydı tutulmayan ülkeler: Türkiye, Rusya Federasyonu, Sırbistan, Malta, Lihtenştayn, Lüksemburg, Romanya, San Marino, Moldova, Monako, Kuzey Makedonya, Ermenistan, Kazakistan, Kırgızistan, Moğolistan, Özbekistan, Tacikistan, Türkmenistan.

Nefret suçları istatistiklerini kamuoyuyla paylaşan ülkeler: ABD, İngiltere, Fransa, Avusturya, Kanada, Çek Cumhuriyeti, Hollanda, İsveç, İsviçre, Norveç, Danimarka, Polonya, Estonya.

6. Nefret Suçu Düzenlemeleri

AGİT’in nefret suçlarının önlenmesine ilişkin rehber çalışmalarında, nefret saiki ile işlenen suçların ceza mevzuatlarında “cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal veya bağımsız suç” olarak düzenlenmesi çağrısında bulunmaktadır. Bu çağrılar genellikle olumlu kabul gördüğü AGİT coğrafyasında, bugün 53 ülkenin mevzuatında nefret suçu düzenlemeleri bulunmaktadır.

Ceza kanunlarında nefret suçlarına yer verirken; genel ağırlatıcı neden olarak düzenlemek veya ilgili suçun altında ağırlatıcı neden olarak ayrı ayrı düzenlemek ya da özel hükümlerde nefret suçunu müstakil bir suç olarak düzenlemek şeklinde üç yöntemden söz edilebilir. Bunların dışında, özel ceza kanunu düzenlemelerini de bir diğer düzenleme yöntemi olarak belirtebiliriz.

³⁴ <https://hatecrime.osce.org/infocus/2019-hate-crime-data-frequently-asked-questions> (sgt. 16.05.2021)



ODIHR 2020 ülke raporlarını³⁵ incelediğimizde şöyle bir sınıflandırma yapılabilir:

Genel Ceza artırımını yapan ülkeler: Almanya, Fransa, Danimarka, Litvanya, Bosna-Hersek, Kıbrıs, İsveç, Finlandiya, Yunanistan, Arnavutluk, Azerbaycan, Lihtenştayn, Malta, Kuzey Makedonya, San Marino.

Bazı suçların altında ceza artırımını: Belçika, Macaristan, Portekiz, İzlanda, Norveç, Slovakya, Slovenya, Kırgızistan, Moğolistan,

Hem genel hem özel artırım: Rusya Federasyonu, Sırbistan, Litvanya, Bulgaristan, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Andorra, Ermenistan, Ukrayna, Belarus, Moldova, Karadağ, Lüksemburg, Kazakistan, Tacikistan, Türkmenistan, Özbekistan.

Özel nefret suçu: Estonya, Polonya, Hollanda.

Genel artırım ve özel ceza kanunu: ABD, İngiltere, İspanya, Avusturya, Kanada, Gürcistan, İtalya, Romanya.

Nefret Suçu düzenlemesi olmayan ülkeler: İrlanda, Monako, İsviçre.³⁶

Bu bağlamda bazı ülkelerden düzenleme örnekleri vermenin yararlı olacağı düşüncesindeyiz:

Fransa'da 2003 yılında kabul edilen düzenlemeyle, bir kimsenin *gerçek veya varsayılan etnisite, milliyet, ırk ve din gibi karakteristik özellikleri* nedeniyle saldırıya uğraması halinde ceza artırımını öngörülmüştür. Aynı yıl yapılan değişiklikte, *cinselyönelim* de nefret suçu düzenlemesinde korunmaya başlamıştır. 2004 yılında nefret suçlarının kapsamı tehdit, hırsızlık ve yağma suçlarını da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. 2017 yılında yapılan değişiklikte, yukarıda belirtilen karakteristikler kapsamında nefret saiki bütün suçlara uygulanabilecek şekilde genel ceza artırımını sebebi olarak düzenlenmiştir.³⁷

Belçika'da 2007 değişikliğiyle kasten öldürme, kasten yaralama, cinsel saldırı, yağma, kundaklama, mala zarar verme, hürriyetten yoksun kılma, yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihlali ile iftira suçlarında *nefret, düşmanlık ya da hakir görme* saiki, nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu saikler şu karakteristiklere yöneldiğinde ilgili suçlarda ceza artırımını uygulanır: *Yaş, renk, nesep, milli ya da etnik orijin, cinsiyet, cinsel yönelim, medeni hal, doğum, servet, yaş, din ya da inanç, sağlık, engellilik, fiziksel özellik.*³⁸

³⁵ Makalenin yazım tarihindeki en güncel rapor 2020 raporu olup, bu rapordaki bilgiler 30 Nisan 2019-30 Nisan 2020 tarihleri arasına ilişkindir. Halihazırda ODIHR, 16 Kasım 2021'de yayınlacağını duyurduğu yeni rapor için veri toplamaya devam ettiğini paylaşmaktadır. (<https://hatecrime.osce.org/civilsociety> 16.05.2021)

³⁶ İsviçre'de ayrımcılık ve nefret söylemi suçları bulunmakla birlikte, ODIHR standartlarında bir nefret suçu düzenlemesi yoktur. <https://hatecrime.osce.org/switzerland>

³⁷ <https://www.legislationline.org/legislation/section/legislation/topic/79/country/30> (sgt. 18.05.2021)

³⁸ <https://www.legislationline.org/topics/country/41/topic/4/subtopic/79> (sgt. 18.05.2021)

*Hollanda'da Ceza Kanunu'nda 2007 değişikliği ile bir kişiye veya mal varlığına karşı ırk, din, inanış, cinsiyet, heteroseksüel veya homoseksüel yönelim, fiziksel veya zihinsel engellilik nedeniyle şiddet uygulanması 1 yılı kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Fiilin birden fazla kişi birlikte işlenmesi halinde ceza iki katına çıkmaktadır.*³⁹

*Almanya'da ceza kanununun genel hükümlerinde yapılan 2015 değişikliği ile fiilin ırkçı, yabancı düşmanı veya insan onurunu hedef alan özelliklerinin araştırılması ve ceza tayininde dikkate alınması düzenlenmiştir.*⁴⁰

*Danimarka'da ceza kanununda yapılan 2004 değişikliğiyle suçun etnik köken, dini inanış, cinsel yönelim ve benzeri sebeplerle işlenmesi genel bir ceza artırımı sebebi olarak öngörülmüştür.*⁴¹

*Portekiz'de 2013 değişikliğiyle tehdit, hakaret ve ayrımcılık fiillerinde nefret söylemi cezayı ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür. Ayrıca, kasten öldürme, kasten yaralama ve cinsel saldırının şu karakteristiklere duyulan nefret nedeniyle gerçekleştirilmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir: ırk, siyasi görüş, din, renk, etnik ya da ulusal orijin, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsel kimlik.*⁴²

*Çek Cumhuriyeti'nde 2009 yılında yapılan değişikliklerle ceza kanunu, "siyasi görüşlerinden, uyruklarından, ırklarından, inançlarından ya da inanç sahibi olmadıklarından dolayı halkın bir kesimine veya bir bireye karşı" şiddet kullanmayı ya da ölümlerle tehdit etmeyi, sağlığa zarar vermeyi veya ciddi sakatlıklara sebep olmayı -ayrıca- altı aydan üç yılı kadar hapis cezasıyla cezalandırmaktadır. Yine, Kanunun 42. maddesi; hâkimin temel ceza tayininde ırkçı, etnik, dini, sınıf ayrımı ve benzeri nefret saikini göz önünde bulundurmasını buyurmaktadır. Bunun yanında, ceza kanunu özel hükümlerde kasten öldürme, kasten yaralama, hürriyetten yoksun kılma, işkence, eziyet, mala zarar verme, yağma ve görevi kötüye kullanma suçlarının altında nefret saiki, ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerde korunan karakteristikler ise şunlardır: Mağdurun gerçekte olan ya da fail tarafından öyle sanılan ırk, etnisite, milliyet, politik görüş, din, inanç ve inançsızlığı.*⁴³

İngiltere'de 1998 yılında çıkarılan Suç ve Düzensizlik Yasasında kasten yaralama, taciz, tehdit ve mala zarar verme gibi suçların mağdurun sahip olduğu ırka dayanan nefret saiki veya önyargı nedeniyle işlenmiş olması halinde cezanın belli miktarlarda ağırlaştırılacağı hükme bağlanmıştır. 2003 Ceza Adaleti Yasasının 'Cezalandırma' başlıklı 12. bölümünde ırk, dini inanç,

³⁹ <https://www.legislationline.org/documents/id/15753> (sgt. 18.05.2021)

⁴⁰ <https://www.legislationline.org/topics/country/28/topic/4/subtopic/79> (sgt.19.05.2021)

⁴¹ <https://www.legislationline.org/documents/id/9032> (sgt.19.05.2021)

⁴² <https://www.legislationline.org/documents/id/15756> (sgt.19.05.2021)

⁴³ <https://www.legislationline.org/documents/id/15725> (sgt.19.05.2021)



cinsel yönelim, engellilik sebeplerine karşı duyulan nefret saiki ile işlenen suçlarda cezaların ağırlaştırılmasını düzenlemektedir. 2008 tarihli Irksal ve Dinsel Nefret Yasası ile de nefret söylemleri cezalandırılmaktadır.⁴⁴

ABD’de yirminci yüzyılın ortalarından itibaren nefret suçları düzenlemeleri bulunmaktadır. 2007 tarihinde yapıлып 2009’da yürürlüğe giren Nefret Suçlarını Önlemede Yerel Yasaların Güçlendirilmesi Yasası (*Matthew Shepard Yasası*) nefret suçlarıyla ilgili eyaletler arasındaki farklılıkları asgariye indirmeyi amaçlamış ve federal düzeyde bir standart belirlemiştir. Bu bağlamda, daha önce federal düzeyde belirlenmiş nefret saikleri olan *ırkçılık, dinsel inanç, ten rengi ve etnik köken* özelliklerine *toplumsal cinsiyet, cinsel kimlik, cinsel yönelim ve engellilik* unsurları da ilave edilmiştir.⁴⁵

B. TÜRK HUKUKUNDA NEFRET SUÇU

1. ODIHR 2020 Raporunda Türkiye

Raporda Türkiye’nin, ODIHR’e düzenli olarak nefret suçu verilerini ileten ülkeler arasında yer aldığı belirtilmektedir. İçişleri ve Adalet Bakanlıkları tarafından toplanan bu verilerin kamuoyunun erişimine açılmadığı da ifade edilmektedir. Ayrıca, ülkemizde kolluk görevlilerinin ayrı bir nefret suçu kaydı tutmadıkları da bir gözlem notu olarak ilave edilmiştir.⁴⁶

Önceki yıllardan farklı olarak son raporunda ODIHR, ülkemizle ilgili istatistikleri paylaşırken sadece TCK m. 115’de düzenlenen “İnanç, Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Kullanılmasını Engelleme” suçu⁴⁷ ile 153. maddede yer alan “İbadethanelere Saldırı” suçuna⁴⁸ ilişkin istatistikleri verilere yer vermiştir.

⁴⁴ <https://www.legislationline.org/topics/country/53/topic/4/subtopic/79>. Ayrıca bkz. Mehmet Zülfi Öner, “İngiltere Hukukunda Nefret Suçları”, *TBB Dergisi*, S. 116, 2016, s. 85-112.

⁴⁵ Uğur Ersoy, “Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 9, S. 35, Temmuz 2018, s. 127.

⁴⁶ <https://hatecrime.osce.org/turkey>

⁴⁷ *İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme*

Madde 115- (1) Cebir veya tehdit kullanarak, bir kimseyi dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlayan ya da bunları açıklamaktan, yaimaktan meneden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) (Değişik: 2/3/2014-6529/14 md.) Dini inancın gereğinin yerine getirilmesinin veya dini ibadet veya ayinlerin bireysel ya da toplu olarak yapılmasının, cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmesi hâlinde, fail hakkında birinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.

(3) (Ek: 2/3/2014-6529/14 md.) Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir kimsenin inanç, düşünce veya kanaatlerinden kaynaklanan yaşam tarzına ilişkin tercihlerine müdahale eden veya bunları değiştirmeye zorlayan kişiye birinci fıkraya hükmüne göre ceza verilir.

⁴⁸ *İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme*

Madde 153- (1) İbadethanelere, bunların eklentilerine, buralardaki eşyaya, mezarlara, bunların üzerindeki yapılara, mezarlıklardaki tesislere, mezarlıkların korunmasına yönelik

Önceki yıllarda ise bu iki suçun yanında TCK'nın 122,⁴⁹ 135,⁵⁰ ve 216.⁵¹ maddelerine ilişkin veriler de paylaşılmaktaydı. AGİT bu suçların nefret suçu tanımını dışında olduğunu ifade etmiştir.⁵²

ODIHR'in paylaştığı resmi bilgilere göre Türkiye'de Nisan 2019-Nisan 2020 tarih aralığında kollukta 79, savcılıkta 248, mahkemelerce mahkûmiyet hükmü verilen 319 olmak üzere resmi kayıtlara göre toplam 646 nefret suçu verisi bulunmaktadır. Birkaç ülkeden örnek vermek gerekirse, Almanya'da bu sayı 8113, ABD'de 8559, Fransa'da ise 2640 olarak görülmektedir. Türkiye'de veri sayısının düşük görünmesinin sebebi mevzuatımızda nefret suçunun dayandığı norm eksikliği olsa gerektir.

olarak yapılan yapılara yıkmak, bozmak veya kırmak suretiyle zarar veren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada belirtilen yerleri ve yapıları kirleten kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Birinci ve ikinci fıkralardaki fiillerin, ilgili dini inancı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.

⁴⁹ *Nefret ve ayırmıcılık*

Madde 122- (Değişik: 2/3/2014-6529/15 md.)

(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

c) Bir kişinin işe alınmasını,

d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,

engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

⁵⁰ *Kişisel verilerin kaydedilmesi*

Madde 135- (1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkraya uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır.

⁵¹ *Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama*

Madde 216- (1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

⁵² Nefret suçu sayılmayan bu üç suçtan birincisinin aslında ayırmıcılık suçu olduğu, ikincisinde nefret saikinin bulunmadığı, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılamanın ise nefret suçu değil de nefret söylemi kapsamına girdiği şeklinde bir değerlendirme yapılmış olabileceğini tahmin ediyoruz.



ODIHR yıllık raporlarında, devletlerin gönderdiği resmi veriler dışında sahadan toplanan, sivil toplum kuruluşlarından edinilen ‘diğer kaynak’ bilgileri de paylaşılmaktadır. Burada, mevzuatta yer almasa da nefret suçu karakteristiklerine göre bir değerlendirme yapılmaktadır. Buna göre Türkiye’de 2019 yılında 13 ırkçı şiddet, 3 anti-semitist şiddet; 16 inanç özgürlüğüne karşı, 58 cinsel kimlik ve cinsel yönelime karşı duyulan nefret temelli şiddet vakaları yaşanmıştır. Toplam vaka sayısı 90’dır. Bu sayıların da gerçek durumu yansıtmadığı kanısındayız. Doğrusu bu tablo, ülkemizde nefret suçu raporlama, veri toplama, farkındalığı artırma, mağdurlara destek olma ve merkezi-yerel yönetim/STK-idare işbirliği içinde projeler geliştirme konusunda yetersizliğin bir sonucudur. Belirtmek gerekir ki, nefret suçları ile mücadeleyi mevzuatına taşımış ve toplumsal duyarlılığı yüksek tutan ülkelerde, sivil toplumun bu suçlar üzerinde titiz bir şekilde durmaları, kamuoyunu bu hususta bilgilendirmeleri önemli ve olumlu bir etki doğurmuştur.⁵³

2. Türk Hukukunda Nefret Suçu Var mı?

a. Nefret Suçu

Yukarıda belirtildiği üzere, ODIHR, TCK’da iki yerde nefret suçu öngörüldüğünü ‘kabul etmiştir’; bunlar “inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme” ile “ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme” suçlarıdır. Aslında bu düzenlemeler de nefret suçu değildir. Düzenlemelerde ODIHR’ın aradığı temel suç kriteri var ise de nefret/düşmanlık/ön yargı saiki eksiktir. Bu saikin hangi karakteristiklere (cinsiyet, cinsel yönelim, din, siyasi görüş, ırk, etnisite vs.) yöneleceğine dair bir tanımlama bulunmamaktadır. Bu durumda, Türk hukukunda nefret suçlarına ilişkin doğrudan ve belirli bir ceza normu bulunduğunu söyleyebilmek güçtür.

Ceza Kanunumuzun 122. maddesinde düzenlenen “Nefret ve Ayrımcılık” suçuna gelince; bu düzenleme nefret suçuna değil, ayrımcılık suçuna ilişkindir.⁵⁴ 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 15. maddesi ile “ayrımcılık” suçu değiştirilerek “nefret ve ayrımcılık” suçu haline getirilmiştir. Burada yapılan, ayrımcılık suçunun temelinde nefret motifinin aranmasıdır. Hatta bu yönüyle suçun uygulama alanı daraltılmıştır.⁵⁵ Zira suç,

⁵³ Ersoy, s. 133.

⁵⁴ “TCK’nın 122. maddesinin başlığı “nefret ve ayrımcılık” suçu olarak belirtilmesine karşın TCK da, yukarıda tanımlanan anlamda bağımsız olarak nefret suçu düzenlenmesi yoluna gidilmemiştir. TCK’nın 122. maddesinin sadece nefret saiki ile işlenen ayrımcılık eylemlerini suç olarak düzenlediğini görmekteyiz” (Yargıtay 18. CD, 2018/1978 E., 2019/13554 K., 01.10.2019, UYAP)

⁵⁵ Örneğin AB Türkiye 2020 raporunda, “engelliliğe dayalı ayrımcılığın suç sayılması için nefret saikiyle hareket edildiğine dair kanıt göstermenin şart koşulduğu Türk Ceza Kanunu gibi AB müktesebatı ile uyumlu olmayan ayrımcı hükümler mevzuatta yer almaya devam

düzenlemenin eski halinde nefret dışı sebeplerle de işlenebilirken, değişiklik sonucunda yalnızca nefret saikinin etkisi ile işlenebilecektir. Dolayısıyla bu değişiklikte nefret suçu düzenlenmemiş, sadece zaten uygulanması oldukça kısıtlı olan ayrımcılık suçuna ilave bir manevi unsur daha (özel kasıt) getirilmiştir.⁵⁶ Bu durumu şöyle bir örnekle açıklayabiliriz: İnanç gereği tercih edilen bir kıyafete ya da doğrudan o inanca duyulan ön yargının tahrikiyle bir kadını taciz etmek nefret suçu teşkil etmeyecek, ancak bu kişiyi aynı ön yargıdan dolayı işe almamakla ayrımcılık suçu oluşacaktır.

Şu halde Türkiye, AGİT coğrafyasında mevzuatında spesifik bir nefret suçu düzenlemesi olmayan birkaç ülkeden biridir. Bu durum sadece AGİT nezdinde değil, başka uluslararası platformlarda da gündeme gelmektedir. Örneğin AB 2020 Türkiye Raporu'nun "Yargı ve Temel Haklar" başlıklı 23. Faslında bu konuya dikkat çekilmiştir.⁵⁷

2 Mart 2021 tarihinde kamuoyu ile paylaşılan İnsan Hakları Eylem Planı'nın "İfade, Örgütlenme ve Din Özgürlüklerinin Korunması ve Geliştirilmesi" başlıklı 4. amacının "Nefret Söylemi ve Ayrımcılıkla Mücadelede Etkinliğin Artırılması" başlıklı hedef altında öngörülen faaliyetlerden biri de "ayrımcılık ve nefret suçuna ilişkin Türk Ceza Kanunu'nda yeni bir düzenleme" yapılmasıdır.⁵⁸ Bir yıl içinde yapılması planlanan bu değişiklik, ODIHR doktrininde öngörülen çerçevede hayata geçtiği takdirde ciddi bir boşluğu dolduracaktır.

b. Nefret Söylemi

Çalışmamızın merkezinde nefret suçları yer alsa da, konumuzla yakın ilgisi nedeniyle nefret söylemi bakımından da mevzuatımıza dair birtakım tespitler yapmakta yarar görüyoruz.

etmektedir." şeklinde bir eleştiri bulunmaktadır. https://www.ab.gov.tr/siteimages/trkiye_raporustrateji_belgesi_2020/turkey_report_30.10.2020.pdf s. 43. (sgt. 20.05.2021)

⁵⁶ Türay, s. 91.

⁵⁷ "Daha önceki Komisyon tavsiyelerinde belirtildiği üzere Türkiye, AIHS'in yanı sıra AB müktesebatı ile uyumlu olarak, cinsel yönelim ve toplumsal cinsiyet kimliği ile ilgili olanlar dâhil, ayrımcılıkla mücadeleye yönelik bir kanunu ivedilikle kabul etmelidir. Türkiye ayrıca, ayrımcılığın genel olarak yasaklanmasını öngören AIHS'nin 12 No.lu Protokolü'nü onaylamalı ve Avrupa Konseyi Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe karşı Avrupa Komisyonu tavsiyelerini uygulamalıdır. Nefret suçlarına ilişkin mevzuat, uluslararası standartlarla uyumlu değildir ve cinsel yönelim ya da toplumsal cinsiyet kimliğinden kaynaklanan nefret suçlarını kapsamamaktadır. Bilgisayar sistemleri aracılığıyla işlenen ırkçılık ve yabancı düşmanlığına yönelik fiillerin suç sayılmasına ilişkin Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi'nin İhtiyari Protokolü hâlen onaylanmamıştır."

https://www.ab.gov.tr/siteimages/trkiye_raporustrateji_belgesi_2020/turkey_report_30.10.2020.pdf s. 42. (sgt. 20.05.2021)

⁵⁸ <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/432021111837insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf> (sgt. 20.05.2021)



Nefret söylemi ifade ile ortaya çıktığına göre, önce ifadenin suç teşkil ettiği düzenlemelerin neler olduğunu tespit etmek, sonra bunlarda nefret saikinin bir unsur ya da nitelikli hal olarak düzenlenip düzenlenmediğine bakmak gerekir. Elimizde bir ifade suçları kataloğu bulunmamaktadır, ancak CMK'nın 286. maddesinin üçüncü fıkrasının bize bu konuda yardımcı olabileceğini düşünüyoruz. Bu düzenlemede, bölge adliye mahkemelerinin genel kuraldan ayrı olarak temyiz edilebilecek kararları belirtilmiştir. Madde gerekçesine göre bu belirleme yapılırken, *“ifade özgürlüğü ile doğrudan etkili suçlar esas alınmıştır”*.⁵⁹ Gerçekten, düzenlemeye bakıldığında silahlı örgüt dışındakilerin ifadeyle işlenebilecek suçlar olduğu görülmektedir.

Bu kapsamda, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ifade suçları şunlardır: Hakaret (m. 125), Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit (m. 213), Suç işlemeye tahrik (m. 214), Suçu ve suçluyu övme (m. 215), Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (m. 216), Kanunlara uymamaya tahrik (m. 217), Cumhurbaşkanı hakaret (madde 299), Devletin egemenlik alametlerini aşağılama (m. 300), Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama (m. 301), Halkı askerlikten soğutma (madde 318). Yine, CMK m. 286'da yer alan terör propagandası suçu da TMK'da düzenlenmiş bir ifade suçudur. Ayrıca, anılan maddede yer almamakla birlikte, tehdit (m. 106), cinsel taciz (m. 105), şantaj (m. 107), kişinin hatırasına hakaret (m. 130) ve müstehcenlik (m. 226) suçları da ifadeyle işlenebilecek suçlardır. Aynı şekilde, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun da bu bağlamda özel ceza normlarına örnek olarak gösterilebilir.⁶⁰

Buraya kadar saydığımız herhangi bir ifade/düşünce/söylem suçunun aynı zamanda ya da nitelikli hal olarak bir nefret söylemi suçu oluşturabilmesi için iki hususun var olması gerekir. Birincisi, bu ifade nefret veya önyargı saikiyle kullanılmalı, ikincisi de bu nefret veya önyargı bir kişide ya da grupta bulunan belli karakteristiklerden kaynaklanmalıdır. Bu açıdan söz konusu düzenlemelere bakıldığında, TCK'da sadece m. 125/3-b ve c alt bentleri⁶¹ ile m. 216'da⁶² belli karakteristiklerin sayıldığı görülmektedir. Bunlarda da nefret

⁵⁹ <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2215.pdf> (sgt. 20.05.2021)

⁶⁰ İftira, yalan tanıklık, suç uydurma gibi suçlar da ifade ile işlenebilirse de bu suçların nefret saikiyle işlenmesi nefret söylemine değil nefret suçuna daha uygun düşecektir. Tabii bu durum da nefret saikinin ve belli karakteristiklerin ilgili düzenlemeye dâhil olmasına bağlıdır.

⁶¹ “b) Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı,

c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle,”

⁶² “...sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak...”

saiki açıkça düzenlenmiş değildir. Somut olayda bu fiiller nefret söylemi olabileceği gibi, herhangi bir spesifik amaç veya saik gözetmeksizin “genel kasıtle” işlenmiş de olabilir.⁶³ Bazen de, kişinin nefret söylemi, muhatabıyla hakaret ilişkisi kurulamadığında büsbütün cezasız da kalabilir.⁶⁴ O halde mevzuatımızda belirli bir nefret söylemi suçu bulunmamaktadır. Bir nefret söylemi ancak hakaret veya halkı kin ve düşmanlığa tahrik/aşağılama gibi başka bir suçun içine nüfuz ettiği takdirde cezalandırılabilir.

Elbette, bir kanunda nefret söylemi başlığı taşıyan bir ceza normunun olmaması, hemen ve kendiliğinden o kanunda nefret söyleminin sorumluluğa yol açmadığı anlamına gelmez. Ancak yasa koyucu nefret söylemini her durumda cezalandırmak istiyorsa, şerefe karşı suçlarda ve kamu barışına karşı suçlarda daha açık ve belirli düzenlemeler yapmalıdır.

⁶³ Hakaret suçunun genel kasıtle işlenebileceği, özel bir tahkir kastı aranmadığı hakkında bkz; Zeki Hafizoğulları-Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*; Ankara 2017, s. 232; Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*; İstanbul 2017, s. 255; Veli Özer Özbek, “Şerefe Karşı Suçlar”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Avukat M. Haldun Karacabey’e Armağan, Yıl: 2, Sayı:5, İstanbul 2005, s. 269. “Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama” suçunun manevi unsuru hakkında bkz. Özge Apiş, Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçları (TCK m. 216), *Marmara Üni Doktora Tezi*, İstanbul 2017. Yazara göre, her ne kadar madde metninde failin saikine ilişkin özel bir belirleme yok ise de madde gerekçesinde failin kin ve nefrete tahrik bakımından, “sübjektif olarak bu amacı gütmesi” gerektiği ifade edildiğinden, bu suç ancak özel kasıtle işlenebilecek, bu da ancak nefret saiki olabilecektir. (Apiş, s. 151). Suçun kanuniliği ve bunun alt ilkesi olan belirlilik gereğince bu görüşe katılmadığımızı ifade etmeliyiz. Bu konuda ayrıca yazarın şu çalışmasını da dikkate sunmak isteriz: Özge Apiş, “Nefret Suçları Kavramı Kapsamında Halkın Belli Bir Kesimini Alenen Aşağılama Suçunun İHAM Kararları Bakımından Değerlendirilmesi”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 13, Haziran 2019, Sayfa: 301-346.

⁶⁴ “Hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer, kişilerin onur, şeref ve saygınlığı olup, bu suçun oluşabilmesi için, davranışın kişiyi küçük düşürmeye matuf olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Bir hareketin tahkir edici olup olmadığı bazı durumlarda nispi olup, zamana, yere ve duruma göre değişebilmektedir. Kamu görevlileri veya sivil vatandaşlara yönelik her türlü ağır eleştiri veya rahatsız edici sözlerin hakaret suçu bağlamında değerlendirilmemesi, sözlerin açıkça, onur, şeref, ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnadını veya sövmek fiilini oluşturması gerekmektedir. Sanığın, katılana yönelik “senin yerin burası değil, dağda yaşaman lazım, çingene gibisiniz, gecekonduda yaşamışsınız” şeklindeki ifadelerinde geçen “Çingene” sözü, Türk Dil Kurumunun Güncel Sözlüğünde “Hindistan’dan çıktıkları söylenen, dünyanın çeşitli yerlerinde yaşayan bir topluluk” olarak tarif edilmiş olup, sanığın “çingene” ifadesi ile halen ülkemizde kendilerini “roman” olarak nitelendiren ve Avrupa’dan Türkiye’ye göçetmiş vatandaşlarımızı kast etmesi karşısında; bu sözlerin katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmaması nedeniyle, hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, mahkûmiyet kararı verilmesi...” (2015/997 E., 2015/580 K., 27.04.2015, UYAP)

SONUÇ

Türkiye'nin sosyal dokusu ve tarihi birikimi; çok farklı inanış, tercih ve yaşam tarzlarının huzur içinde birlikte yaşamasına güçlü bir zemin olarak görülmelidir. Hukuk bu çoğulcu mirasın teminatı olarak rol almalı, nefret suçlarına ilişkin belirli kurallar içermelidir.

TCK'da yapılacak bir düzenleme genel bir artırım nedeni şeklinde olabileceği gibi, bazı özel hükümlerde cezayı artıran nitelikli hal biçiminde de ortaya çıkabilir. Diğer bir yol da müstakil bir nefret suçları kanunu hazırlamaktır. Hangi yöntem seçilirse seçilsin önemli olan; kişilerin kaderinde, doğasında, kimliğinde ya da öz tercihlerinde bulunan unsurlara yönelik nefret, ön yargı veya düşmanlık saikli suçları 'gören' ve niteleyen bir normun bulunmasıdır.

Önereceğimiz yöntem, TCK'nın 122. maddesinin başlığına uygun şekilde nefret suçunu da içerecek şekilde değiştirilmesi, ilave edilecek fıkralarla nefret saikinin tanımı, nefret mağdurunda korunacak karakteristik özellikler ve hangi suçlarda ne kadar ceza artırımı yapılacağına belirtilmesidir. Bu bağlamda kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, eziyet, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, tehdit, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, yağma, mala zarar verme, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme fiillerinin nefret saikiyle işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak kabul edilebilir. Bu tarz bir düzenleme, ilgili her maddede değişiklik yapmaktan daha kullanışlı olacaktır. Çeşitli suçları "özel kasıt" paydasında buluşturan müstakil düzenleme olarak Kanun'un *insanlığa karşı suçlar* başlıklı 77. madde yazımı örnek alınabilir.

TCK'nın 'kamu barışına karşı suçlar' bölümüne 'nefret söylemi' hakkında bir düzenleme getirilmesi de hem nefret suçu ile nefret söylemi arasındaki farkı ortaya koymuş olacak hem de bu tarz söylemlere karşı hukuki niteleme noktasında uygulamada karşılaşılan tereddütleri giderecektir. Aynı şekilde, hakaret suçuna ilişkin TCK 125. madde düzenlemesi de bir nitelikli hal olarak nefret söylemini belirli ve açık şekilde içermelidir.

Nefret saikiyle işlenen bir fiilin toplum üzerindeki mevcut ve muhtemel etkileri düşünüldüğünde, bu fiilin spesifik bir saik ya da amaç gütmeksizin ("genel kasıtle") işlenen herhangi bir haline göre çok daha tehlikeli olduğu kuşkusuzdur. Bu tehlikeyi önlemek için ciddi ve kararlı bir tavır alınması zorunludur. Bu kapsamda kanunla korunacak karakteristik özelliklerin hangileri olacağı konusunda uluslararası toplum ile ulusal dinamikler arasında hukuksal bir denge arayışı önemlidir. Ancak bu tarz düzenlemelerin toplumun tamamını ve ülkedeki her 'insanı' kuşatma iddiasında olduğu unutulmamalıdır. Aksi takdirde nefret suçunun doğası ve kök sebepleri ile mücadele eksik kalacaktır.

Nefret suçlarını önlemenin en etkili yolu toplumsal duyarlılık ve kamuoyu farkındalığıdır. Bu kapsamda küçük yaşlardan itibaren tolerans, eşitlik, insan

onuru ve demokrasi kavramlarının eğitim müfredatında yer alması büyük önem taşımaktadır. Yine bu amacın bir parçası olarak, nefret suçu istatistikleri AGİT ile paylaşıldığı gibi, mutad olarak kamuoyunun erişimine de açılmalıdır. Nefret suçlarının önlenmesi için raporlama, istatistiki değerlendirme ve bunlardan sonuç çıkarmanın önemi inkâr edilemez. Bu nedenle henüz kolluk aşamasında nefret suçu kayıtlarının tutulması ve bu aşamada mağdurların hukuk düzenine ve topluma küsmemesini sağlayacak onarıcı adalet uygulamalarının geliştirilmesi, bu suçla mücadele ve önleyici politikaların geliştirilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır.

KAYNAKLAR

Apiş, Özge, Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçları (TCK m. 216), *Marmara Üni. Doktora Tezi*, İstanbul 2017.

Apiş, Özge, “Nefret Suçları Kavramı Kapsamında Halkın Belli Bir Kesimini Alenen Aşağılama Suçunun İHAM Kararları Bakımından Değerlendirilmesi”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 13, Haziran 2019.

Aytekin İnceoğlu, Asuman, “Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi”, *Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları*, Der: Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012.

Bayraktar, Köksal, “Nefret ve Ayrımcılık Suçu”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XIII, Sayı: 1, Yıl: 2016.

Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 2017.

Civelek, Jale, “Helsinki Son Senedi, Paris Şartı ve AGİT”, *Avrupa Araştırmaları Dergisi*, C. 14 S. 12, 2006.

Demir, Sertif, “Dünden Bugüne Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı”, *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, 6/11, 2010.

Demirbaş, Timur, “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, Cilt:19, Yıl: 2017.

Ersoy, Uğur, “Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 9, S. 35, Temmuz 2018

Gül, Cengiz-Çakan, Seher, “AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet Ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, *ERÜHFD*, C. XIII, S. 1, 2018.

Hafizoğulları Zeki-Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara 2017.

Karan, Ulaş, “Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz?”, *Nefret Suçları ve Nefret Söylemi*, Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul 2010.



Küzeci, Elif, “AIHS’in 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikteki Düşünce Açıklamaları”, *TBB Dergisi*, S. 71, Temmuz 2007.

Öner, Mehmet Zülfü, “İngiltere Hukukunda Nefret Suçları”, *TBB Dergisi*, S. 116, 2016.

Özbek, Veli Özer, “Şerefe Karşı Suçlar”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Avukat M. Haldun Karacabey’e Armağan, Yıl: 2, Sayı:5, İstanbul 2005.

Özbey, Özcan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 62, Mayıs 2013.

Serim Çiçek, Gökçe, *Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu*, Ankara 2021.

Sınar, Hasan, “Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19 / 2, Aralık 2013.

Türay, Aras, “Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişkiye Yönelik Görüşlerin Kısa Bir Değerlendirmesi”, *Suç ve Ceza Dergisi*, 2018/2.

Uygun, Oktay, “Nefret İfadesi ve İfade Özgürlüğü”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5 sayı. 1, Ocak 2008.

Weber, Anne, *Nefret Söylemi*, Çev: Metin Çulhaoğlu, Avrupa Konseyi Yayınları, 2009.

Kurumsal yayınlar:

Combating Hate Crimes in the OSCE Region, An Overview of Statistics, Legislation and National Initiatives, OSCE/ODIHR, Warsaw 2005.

Hate Crimes in the OSCE Region-Incidents and Responses, Annual Report for 2007, OSCE/ODIHR, Warsaw 2008.

Hate Crime Laws: A Practical Guide, OSCE/ODIHR, Warsaw 2009.

Preventing and Responding to Hate Crimes, A resource guide for NGOs in the OSCE region, OSCE/ODIHR, Warsaw 2009.

Freedom of Expression and Hate Speech, OSCE/ODIHR, Skopje 2013.

Prosecuting Hate Crimes, OSCE/ODIHR, Warsaw 2014.

Hate Crime Recording and Data Collection Practice Across the EU, European Union Agency for Fundamental Rights, Luxembourg 2018.

Understanding the Needs of Hate Crime Victims, OSCE/ODIHR, Warsaw 2020.

Çevrimiçi kaynaklar:

<http://www.osce.org/mc/22775>

<https://www.osce.org/whatistheosce/factsheet>

<https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/ecri-standards>

<https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-7-revised-on-national-legislatio/16808b5aae>

<https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-15-on-combating-hate-speech/16808b5b01>

<https://hatecrime.osce.org/odihrs-capacity-building-efforts>

<https://www.osce.org/files/f/documents/d/9/40695.pdf>

<https://hatecrime.osce.org/>

<https://hatecrime.osce.org/civilsociety>

<https://hatecrime.osce.org/infocus/2019-hate-crime-data-frequently-asked-questions>

<https://hatecrime.osce.org/switzerland>

<https://www.legislationline.org/legislation/section/legislation/topic/79/country/30>

<https://www.legislationline.org/topics/country/41/topic/4/subtopic/79>

<https://www.legislationline.org/documents/id/15753>

<https://www.legislationline.org/topics/country/53/topic/4/subtopic/79>

<https://www.legislationline.org/topics/country/28/topic/4/subtopic/79>

<https://www.legislationline.org/documents/id/9032>

<https://www.legislationline.org/documents/id/15756>

<https://www.legislationline.org/documents/id/15725>

<https://hatecrime.osce.org/turkey>

https://www.ab.gov.tr/siteimages/trkiye_raporstrateji_belgesi_2020/turkey_report_30.10.2020.pdf

<https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/432021111837insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf>



AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNE EK PROTOKOLLER İLE GETİRİLEN YENİLİKLER

Novelties Brought by Additional Protocols to the European Convention on Human Rights

Hacı Ali AÇIKGÜL*

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (109-150)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 25.06.2021

Kabul Tarihi : 14.09.2021

Makale Türü: *Araştırma*

Article Info

Received Date: 25.06.2021

Accepted Date: 14.09.2021

Article Type : *Research*

ÖZET

İnsan hak ve özgürlüklerinin etkili bir şekilde korunması amacıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1950 yılında imzaya açılmıştır. Sözleşme 1953 yılında yürürlüğe girdiği tarihte sadece 10 ülke taraf olduğu halde, bugün bu sayı 47 ülkeye ulaşmış ve 800 milyonu aşkın kişinin Sözleşme’de belirtilen hak ve özgürlükleri koruma altına alınmıştır.

İlk kabul edilişinden itibaren Sözleşme’de 16 Ek Protokol ile çok sayıda değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişiklikler ile bir taraftan yeni hak ve özgürlükler Sözleşme kapsamında koruma altına alınırken, diğer taraftan koruma mekanizmalarına başvuru usulü basitleştirilmiş ve etkinliği artırılmıştır.

Sözleşme’nin ilk halinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi şeklinde ikili bir yapı öngörüldüğü halde, bugün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sözleşme kapsamında hem bireysel hem de devletlerarası başvuruları kabul etmekte ve sonuçlandırmaktadır. Mahkeme tarafından verilen kararların yerine getirilip getirilmediği ise Bakanlar Komitesi tarafından denetlenmekte ve böylelikle sistemin etkili bir şekilde işlemesi sağlanmaktadır.

Çalışmamızda öncelikle Sözleşmenin ilk hali incelenmiştir. Daha sonra ise 16 protokol ile getirilen değişiklikler ayrı ayrı belirtilmiştir. Ayrıca Sözleşme’de öngörülmemekle birlikte Mahkeme tarafından yorum yoluyla geliştirilen ve etkin bir şekilde uygulanmakta olan geçici tedbir, tek taraflı deklarasyon ve pilot dava usulü konuları da kısaca ele alınmıştır. Ayrıca gerek Mahkeme ve gerekse de Bakanlar Komitesi istatistiklerine de genel olarak yer verilmiştir. Böylelikle Sözleşme koruma sisteminin etkinliğinin artırılması amacıyla zaman içerisinde yapılan değişikliklerin anlaşılmasına katkı sağlanmak istenilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ek Protokol, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bireysel başvuru, devletlerarası başvuru.

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Dr., Hâkim, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanı, h.ali.acikgul@adalet.gov.tr, <https://orcid.org/0000-0002-5634-1416>.



ABSTRACT

European Convention on Human Rights has been opened for signature in 1950 in order to protect human rights and freedoms in an effective way. While only 10 countries had been party when the Convention entered into force in 1953, the number of the high contracting parties has been reached to 47 and the rights and freedoms defined in the Convention of more than 800 million individuals have taken under protection.

Many amendments in the Convention have been made with 16 additional Protocols since its first adoption. With these amendments on the one hand the new rights and freedoms have been taken under protection, on the other hand the procedure of the application to the protection mechanism has been simplified and its effectiveness has been increased.

Although the two tier structure namely the European Commission of Human Rights and the European Court of Human Rights has been foreseen in the original version of the Convention, the Court deals with both individual and interstate applications within the Convention today. Whether the judgements given by the Court execute or not is being supervised by the Committee of Ministers so that it ensures the effective functioning of the system.

The original version of the Convention is examined first in the study. Then the amendments brought by all 16 Protocols is stated separately. In addition, some novelties even though not defined in the Convention but implemented effectively brought by the case law of the Court such as interim measures, unilateral declarations and the procedure of the pilot judgement are discussed in brief. Besides statistics of the Court and the Committee of Ministers are examined in general. In conclusion, it is aimed at contributing to understand the amendments taken place over a period of time to increase the effectiveness of the Convention Protection System.

Keywords: European Convention on Human Rights, Additional Protocols, European Court of Human Rights, individual application, interstate application.

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS ya da Sözleşme) 4 Kasım 1950'de Roma'da imzaya açılmış¹, 3 Eylül 1953 tarihinde ise Avrupa Konseyi'ne üye on ülkenin imza ve onay süreçlerinin tamamlanmasıyla yürürlüğe girmiştir². Sözleşme, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde yer alan haklara bağlayıcılık kazandıran ilk uluslararası dokümandır. İlk kabul edilışinden itibaren bu yana Sözleşme'de 16 Protokol ile değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu değişikliklerin bir kısmı ile yeni hak ve özgürlükler de Sözleşme kapsamında koruma altına alınmış; diğer bir kısmı ile ya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM ya da Mahkeme) yapısında ya da usulî bazı düzenlemelerde veyahut diğer hükümlerde değişiklikler yapılmıştır.

Türkiye, 4 Kasım 1950 tarihinde Sözleşme'yi imzalamış, 18 Mayıs 1954 tarihinde ise onaylamak suretiyle Sözleşme'ye taraf olmuştur³. Ülkemiz 28 Ocak 1987 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na⁴ bireysel başvuru

¹ Orijinal adı "İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi" olan Sözleşme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (ETS No.005) olarak anılmakta olup, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan 5. uluslararası sözleşmedir.

² <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005> (Erişim: 11/5/2021)

³ https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures?p_auth=TxOMavWx (Erişim: 11/5/2021)

⁴ 11. Protokol öncesinde Mahkeme ve Komisyon ayrı ayrı yapılandırılmıştı.

hakını, 22 Ocak 1990 tarihinde ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu yargı yetkisini tanımıştır⁵.

Yine 2003 yılında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile⁶ İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda⁷ yapılan değişiklikler ile AİHM tarafından verilen ihlal kararları yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında sayılmıştır. Anayasanın 90/5. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklik⁸ ise usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda çıkabilecek uyuşmazlıklarda, milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağını belirtmiş ve bu değişiklik sonucunda da AİHS daha da ön plana çıkmıştır.

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği⁹ ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru imkânı getirilmiştir¹⁰. Bireysel başvuru, Anayasa'da güvence altına bütün temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak değil, Sözleşme kapsamında koruma altına alınan temel hak ve özgürlükler ile sınırlı olarak tanınmıştır.

Öte yandan AİHM önünde Ülkemizin temsili ve Hükümet savunmalarının hazırlanması görevi Dışişleri Bakanlığı tarafından yerine getirilmekteydi. Bununla birlikte konunun teknik ve hukuki boyutuyla¹¹ ilgili olarak, Avrupa Konseyi üyesi diğer ülkelerdeki yaygın uygulamalar gibi hususlar dikkate

⁵ https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/declarations?p_auth=TxOMavWx&_coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_enVigueur=false&_coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_codeNature=10&_coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_searchBy=state&_coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_codePays=TUR (Erişim: 11/5/2021). Ülkemiz, 16 Ek Protokolden, Ek 11 No.lu Protokolle işlevini yitiren Ek 10 No.lu Protokol hariç tamamını imzalamıştır. Ek 4, Ek 9, Ek 12 ve Ek 16 No.lu Protokoller dışındaki Ek Protokoller ülkemiz açısından da yürürlüğe girmiştir. İmza ve yürürlük tarihlerine ilişkin tabloya çalışmanın sonunda yer verilmiştir.

⁶ CMUK ve HUMK'de değişiklik yapan 23/01/2003 tarihli ve 4793 sayılı Kanun için bkz. 4/2/2003 tarihli ve 25014 sayılı RG.

⁷ İYUK'da değişiklik yapan 15/07/2003 tarihli ve 4928 sayılı Kanun için bkz. 19/07/2003 tarihli ve 25173 sayılı RG.

⁸ Anayasa değişikliğine ilişkin 07/05/2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanun için bkz. 22/05/2004 tarihli ve 25469 sayılı RG.

⁹ Anayasa değişikliğine ilişkin 07/05/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun için bkz. 13/05/2010 tarihli ve 27580 sayılı RG. Bireysel başvuru 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

¹⁰ Bu değişiklik ile de ülkemizde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin önemi son derece artmış hatta "AİHM'e kadar gitmek" metaforu günlük tartışmaların bir parçası olmuştur.

¹¹ Nitekim konu Adalet Bakanlığının 2010-2014 Stratejik Planı'nda 10/3 no.lu hedef olarak "2011 yılı sonuna kadar, AİHM nezdinde Türkiye ile ilgili davalara ilişkin görevlerin Bakanlığımız tarafından üstlenilmesi konusunda çalışma yürütülmesi" şeklinde yer almıştır. <https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/24122019093355stratejikplan.pdf> (Erişim: 12/06/2021).



alınarak 650 sayılı Kanun Hükmünde Kararname¹² ile Adalet Bakanlığı bünyesinde İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı¹³ kurularak Dışişleri Bakanlığı ile yapılan Protokol uyarınca da 01 Mart 2012 tarihinden itibaren savunmaların söz konusu Başkanlık tarafından hazırlanmasına başlanmıştır.

Belirtilen bu ve benzeri diğer gerekçelerle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, ilk kabul edilmesinden günümüze kadarki süreçte görülen değişim ve gelişim, sistemin nereden gelip nereye evrildiğinin anlaşılabilmesi açısından önem taşımaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalışma yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı, kanunsuz cezalandırmama, özel ve aile hayatına saygı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, evlilik hakkı, etkili başvuru hakkı ve ayrımcılık yasağı gibi temel hak ve özgürlükler düzenlenmiştir. Ayrıca koruma altına alınan hak ve özgürlüklerin sayısı ek protokollerle de zaman içerisinde artırılmış, Ek 1, 4, 6, 7, 12, 13, 14, 15 ve 16 No.lu Protokoller ile yeni hak ve özgürlükler de Sözleşme kapsamına alınmıştır. Ek Protokoller ile Sözleşme kapsamında koruma altına alınan yeni hak ve özgürlüklerden en önemlileri olarak idam cezasının kaldırılması, mülkiyet hakkı, serbest seçim hakkı ve seyahat özgürlüğü sayılabilir¹⁴. Sözleşmeye göre taraf devletler, söz konusu hak ve özgürlüklerin vatandaşı olup olmadığına bakmaksızın, herkes için sağlanmasını taahhüt etmişlerdir.

Taraf devletlerin Sözleşme ile üstlendikleri taahhütlerinin yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla öngörülen uluslararası koruma mekanizmaları da sürekli olarak gelişmektedir. Bu anlamda Sözleşme sisteminde en köklü değişiklikler 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren Ek 11 No.lu Protokol ve 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe giren Ek 14 No.lu Protokol ile gerçekleştirilmiştir. Bu kapsamda bireysel ve devletlerarası başvurulara bakmak amacıyla kurulan Komisyon ile Mahkeme şeklindeki ikili yapıya Ek 11 No.lu Protokol ile son verilmiş, Ek 14 No.lu Protokol ile Mahkeme nezdinde oluşturulan “tek hâkim” şeklindeki yargısal mekanizma ise, özellikle tekrarlayan başvurulardan kaynaklanan iş yükünün azaltılmasında önemli bir rol oynayarak¹⁵, reform sürecinde önemli bir rol üstlenmiştir. Öte yandan 1 Ağustos 2021 tarihinde yürürlüğe giren Ek 15 No.lu Protokol ile de, AİHM'e başvuru süresi 6 aydan 4 aya düşürülmüştür.

¹² 650 sayılı KHK için bkz. 26 Ağustos 2011 tarihli ve 28037 sayılı RG.

¹³ <https://inhak.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/tarihce16062021104118> (16/06/2021).

¹⁴ *The European Convention on Human Rights – A living instrument*, s. 5. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_Instrument_ENG.pdf (Erişim:30/05/2021)

¹⁵ 2020 yılında AİHM yargısal mekanizmaları (Büyük Daire, Daire, Komite ve Tek Hâkim) tarafından verilen 37,152 kararın 31,069 adeti tek hâkim kararıyla verilmiştir. AİHM 2020 Yıllık Raporu, s. 149.

Öte yandan Sözleşme ve Protokollerinin uygulanmasına ilişkin olarak Bakanlar Komitesinin talebi üzerine Mahkemenin danışma görüşü vermesi öngörülmüştür. Yine Bakanlar Komitesine belli şartlar dâhilinde Mahkeme'den esas hakkındaki bir kararının yorumlanması isteme yetkisi verilmiştir.

Mahkeme tarafından verilen kesin nitelikteki kararlara taraf devletler tarafından uyulması gerektiği belirtilerek, kararın gereğinin yerine getirilmesi amacıyla gerekli tedbirlerin alınacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda Bakanlar Komitesi'ne AİHM kararlarının icrasını denetleme yetkisi verilmiş, Bakanlar Komitesi'nin etkili bir şekilde denetim yapabilmesi amacıyla da ek protokoller ile bazı değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri de taraf devletlerden iç hukuk düzenlemelerinin Sözleşmenin etkili bir şekilde uygulanmasını ne şekilde sağladığına ilişkin açıklama isteyebilmektedir.

Çalışmamızda Sözleşme'nin ilk hali ile süreç içerisinde yapılan değişiklikler incelenmek suretiyle başlangıçtan bugüne kadar Sözleşme'nin kapsamı ile koruma mekanizmasının gelişimi ele alınacaktır.

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Kabulü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi bünyesinde, Konsey üyeliğinden kaynaklanan yükümlülüklerin detaylandırılması, komünizm tehlikesine karşı bir set oluşturma ve İkinci Dünya Savaşı sırasında karşılaşılan ciddi insan hakları ihlallerinin ortadan kaldırılması ve bir daha yaşanmamasının sağlanması amaçlarıyla hazırlanmıştır.

4 Kasım 1950'de Roma'da imzaya açılan Sözleşme, 1953 yılında 10 ülkenin onaylaması ile yürürlüğe girmiştir. Zaman içerisinde taraf ülke sayısı da önemli ölçüde artmıştır. 1989 yılında Sözleşmeye taraf ülke sayısı 22 iken, özellikle Sovyetler Birliği ve Yugoslavya'nın dağılmasından sonraki dönemde önemli oranda artarak 2008 yılında 47 ülkeye ulaşmış ve 800 milyondan fazla insan Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklerden faydalanma imkânına kavuşmuştur. Hâlihazırda Avrupa Birliği'nin (AB) Sözleşmeye taraf olmasına ilişkin müzakereler ise sürmektedir. Söz konusu müzakereler sonucu AB de Sözleşmeye taraf olursa, taraf ülke ve uluslararası kuruluş sayısı 48 olacaktır¹⁶.

AİHS, Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi kabul edildikten sonra bölgesel düzeyde kabul edilen ve Bildirge'de belirtilen haklara bağlayıcı bir şekilde yer veren ilk uluslararası belgedir. Sözleşmede medeni ve siyasi haklar koruma altına alınmış olup BM Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin¹⁷ bölgesel muadilidir. Benzer şekilde bölgesel düzeyde Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁸ ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı¹⁹ kabul edilmiştir.

¹⁶ <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/accessionEU&c=> (Erişim: 30/5/2021).

¹⁷ <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> = (Erişim: 30/5/2021).

¹⁸ <https://treaties.un.org/pages/showdetails.aspx?objid=08000002800f10e1> = (Erişim: 30/5/2021).

¹⁹ <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49> = (Erişim: 30/5/2021).

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmenin Orijinal Metni

2.1. Genel Olarak

1950 yılında Roma’da imzaya açılan ve 10 taraf devletin onaylamasıyla²⁰ 3 Eylül 1953’te yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, başlangıç hükümleri ile beş bölüm altında 66 maddeden oluşmaktadır²¹. Başlangıç kısmında taraf devletlerin sorumlulukları hatırlatılmakta ve insan haklarına saygı yükümlülüğüne ilişkin birinci maddesi ile de taraf devletlerin kendi yetki alanlarında bulunan herkesin Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlamaları hüküm altına alınmıştır.

2.2. Sözleşme Kapsamında Yer Alan Hak ve Özgürlükler

Sözleşme ile koruma altına alınan hak ve özgürlükler, toplam 17 maddeden oluşan (2-18. Maddeler) birinci bölümde yer almaktadır. Bu bölümde:

2. Maddede, yaşam hakkı²²,
3. Maddede işkence yasağı²³,
4. Maddede, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı²⁴,

²⁰ Danimarka, Almanya, İzlanda, İrlanda, Lüksemburg, Norveç, İsveç ve Birleşik Krallık. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures?p_auth=kU6p8Xqm (Erişim: 30/05/2021). Türkiye ise Sözleşmeyi 04/11/1950’de imzalamış, 18/05/1954’te onaylamıştır. Türkiye adına Sözleşme, Dışişleri Bakanı Fuat Köprülü tarafından imzalanmıştır. https://www.echr.coe.int/Documents/Archives_1950_Convention_ENG.pdf (Erişim: 12/06/2021).

²¹ Sözleşmenin günümüz versiyonu ise başlangıç hükümleri ile 3 Bölüm altında 59 Maddeden oluşmaktadır. Ayrıca Ek 1, Ek 4, Ek 6, Ek 7, Ek 12, Ek 13ve Ek 16 No.lu Protokoller ise Sözleşme metnine işlenmediğinden, Sözleşme’nin bir parçası olarak yer almaktadır.

²² “1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

- a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;
- b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;
- c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması”.

²³ “Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz”.

²⁴ “1. Hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz
2. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.

3. Aşağıdaki haller, bu madde anlamında “zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma” sayılmaz:
a) Bu Sözleşme’nin 5. maddesinde öngörülen koşullara uygun olarak tutulu bulunan bir kimseden, tutulu bulunduğu sırada veya şartlı tahliyeden yararlandığı süre içinde olağan olarak yapması istenilen bir iş;

b) Askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdanî reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdanî reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet;

5. Maddede, özgürlük ve güvenlik hakkı²⁵,

6. Maddede, adil yargılanma hakkı²⁶,

c) Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz veya afet hallerinde gerekli görülen her hizmet; d) Olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet”.

²⁵ “1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması; b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;

e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;

f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.

3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir”.

²⁶ “1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

7. Maddede, kanunsuz ceza olmaz²⁷,
8. Maddede, özel ve aile hayatına saygı hakkı²⁸,
9. Maddede, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü²⁹,
10. Maddede, ifade özgürlüğü³⁰,
11. Maddede toplantı ve dernek kurma özgürlüğü³¹,

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak”.

²⁷ “1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir”.

²⁸ “1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir”.

²⁹ “1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir”.

³⁰ “1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğinin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir”.

³¹ “1. Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.

12. Maddede, evlenme hakkı³²,
13. Maddede, etkili başvuru hakkı³³,
14. Maddede, ayrımcılık yasağı³⁴,
15. Maddede, olağanüstü hallerde yükümlülüklerin kısıtlanması³⁵,
16. Maddede, yabancıların siyasal etkinliklerinin kısıtlanması³⁶,
17. Maddede, hakkın kötüye kullanılması yasağı³⁷,
18. Maddede, haklara getirilecek kısıtlamaların sınırlandırılması³⁸,

düzenlenmiştir. Bununla birlikte Sözleşmenin orijinal halinde madde başlıkları yer almamaktaydı³⁹. Söz konusu hakların etkili bir şekilde korunmasının sağlanması amacıyla öngörülen koruma mekanizmalarına hem bireysel başvuru hem de devletlerarası başvuru⁴⁰ imkânı getirilmiştir.

2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığı veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarıncaya yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir”.

³² “Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir”.

³³ “Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir”.

³⁴ “Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır”.

³⁵ “1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.

3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne bildirir”.

³⁶ “10, 11 ve 14. maddelerin hiçbir hükmü, Yüksek Sözleşmeci Taraflar’a yabancıların siyasal etkinliklerine kısıtlama getirmelerini yasakladığı anlamında değerlendirilemez”.

³⁷ “Bu Sözleşme’deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme’de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz”.

³⁸ “Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz”.

³⁹ Madde başlıkları Ek 11 No.lu Protokol ile eklenmiştir.

⁴⁰ AİHM’e 18/05/2021 itibarıyla 27 devletlerarası başvuru yapılmıştır. https://www.echr.coe.int/Documents/InterState_applications_ENG.pdf (Erişim: 12/06/2021).

2.3. Komisyon ve Mahkeme

Sözleşmenin 19. Maddesinde, taraf devletlere yüklenilen taahhütlere uyulmasını sağlamak için ikili bir koruma mekanizması öngörülmüştür. Buna göre “Komisyon” olarak anılacak olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile “Mahkeme” olarak anılacak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur⁴¹. Bu madde aynı zamanda ikinci bölümün tek maddesidir. Üçüncü bölümde Komisyona ilişkin, 4. Bölümde ise Mahkeme’ye ilişkin hükümler yer almaktadır⁴².

2.3.1. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu

Komisyonun oluşumu ve görev ve yetkilerine ilişkin hükümlerin yer aldığı üçüncü bölüm 20 ila 37. Maddelerden oluşmaktadır.

Komisyon, taraf devlet sayısınca üyeden oluşur ve birden fazla üyesi aynı devlet vatandaşı olamaz. Komisyon üyeleri⁴³, her üye ülke tarafından Parlamenter Asamble’ye⁴⁴ bildirilen en az ikisi kendi vatandaşı olan üç aday arasından Parlamenter Asamble Bürosunun önerdiği adaylar arasından Bakanlar Komitesi tarafından yapılacak oylamada mutlak çoğunlukla altı yıllık bir süre için seçilir ve süresi bitenler tekrar seçilebilir (Madde 21-22).

Komisyona yapılacak devletlerarası başvuruların Genel Sekreter aracılığıyla yapılması gerekmektedir. Yine Komisyona yapılacak bireysel başvuruların da Genel Sekretere hitaben yazılan dilekçe ile yapılması gerekmektedir (Madde 24-25).

Başvuruların kabul edilebilirliğine ilişkin kriterler 26 ve 27. Maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre: Komisyona başvurabilmek için iç hukuk yolları tüketilmeli ve başvuruların kesin karardan itibaren altı aylık süre içinde yapılması gerekmektedir. Ayrıca: anonim başvurular ile Komisyon ya da başka bir uluslararası soruşturma veya uzlaşma prosedürüne sunulan aynı nitelikteki başvurular incelenemeyecektir. Öte yandan Komisyon, Sözleşme hükümleri ile bağdaşmadığı durumlarda açıkça dayanaktan yoksunluk ya da hakkın kötüye kullanılması temelinde başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilecektir⁴⁵.

⁴¹ Article 19: To ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting parties in the Convention and the Protocols thereto, there shall be set up :

(1) a European Commission of Human Rights, hereinafter referred to as “the Commission”;

(2) a European Court of Human Rights, hereinafter referred to as “the Court”.

⁴² Bu formasyona göre 3 ve 4. Bölümler müstakil bir bölüm olarak değil, 2. Bölümün alt bölümleri olarak düzenlenebilir.

⁴³ Komisyon üyesi seçilebilmek için gereken şartlara ilişkin Sözleşmede herhangi bir kriter belirlenmemiştir.

⁴⁴ Consultative Assembly, günümüzde Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi (Parliamentary Assembly of the Council of Europe) olarak bilinmektedir.

⁴⁵ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından ilk karar, X v. Germany başvurusuna ilişkin olarak 23/09/1955 tarihinde verilmiştir. https://echr.coe.int/Documents/1st_decision_ECHR_1955_FRA.pdf (Erişim:12/06/2021).

Komisyon başvurunun kabul edilebilirliğine karar verdiği takdirde, yedi üyeden oluşan alt komisyon⁴⁶ aracılığıyla başvuru dilekçesinde ileri sürülen maddi vakıaların gerçekliğini tarafların da katılımıyla incelemeye başlayacak ve gerekli işlemleri yürütecektir. Taraflar kabul ettiği takdirde dostane çözüm prosedürü de işletilebilecektir. Şayet Alt Komisyon tarafından yürütülen dostane çözüm görüşmeleri olumlu sonuçlanırsa, Alt Komisyon başvurunun konusu ve ulaşılan dostane çözümün yer aldığı bir rapor hazırlar ve bu Rapor, ilgili taraf devlete, Bakanlar Komitesine ve yayınlanması için Genel Sekretere gönderilir ve böylece başvuru sonuçlanmış olmaktadır.

Şayet dostane çözüm gerçekleşmezse, Komisyon başvuru konusu ve Sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün ilgili taraf devlet tarafından ihlal edilip edilmediğine ilişkin kendi görüşünü⁴⁷ de içeren bir rapor hazırlar ve Bakanlar Komitesine sunar. Komisyon Bakanlar Komitesine gönderilen raporu iletirken uygun olduğunu düşündüğü önerilerde de bulunabilir. Rapor aynı zamanda ilgili devlete de gönderilir, ancak ilgili devlet raporu yayınlamamaz.

Rapor iletildikten itibaren üç ay içinde Sözleşme'nin 48. Maddesi uyarınca dava Mahkeme'ye taşınmazsa, Bakanlar Komitesi, oturuma katılanların 2/3 çoğunluğuyla Sözleşmenin ihlali olup olmadığına karar verir. Komite bu kararı verirken yarı yargısal organ olarak karar verir. İhlal kararı verilmesi durumunda, ihlal kararının gereğinin yerine getirilmesi amacıyla gerekli tedbirlerin alınması için Bakanlar Komitesi tarafından ilgili taraf devlete belli bir süre verilir⁴⁸. Belirlenen süre içerisinde ilgili devlet tarafından gerekli tedbirler alınmazsa, Bakanlar Komitesi yine 2/3 çoğunlukla karara ne şekilde etkinlik kazandırılacağına karar verir ve Komisyon Raporunu yayınlar.

Komisyon ihtiyaç duyulduğu takdirde toplanır. Toplantıya çağrı Avrupa Konseyi Genel Sekreteri tarafından yapılır. Komisyon kendi iç tüzüğünü hazırlar. Komisyonun sekreteryaya hizmetleri Genel Sekreter tarafından yerine getirilir.

2.3.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Mahkemenin oluşumu, görev ve yetkileri ile işleyişine ilişkin hükümler 4. Bölümde düzenlenmiştir. Bu bölümde 38 ila 56. maddeler yer almaktadır.

Mahkeme Avrupa Konseyine üye devlet⁴⁹ sayısınca hâkimden oluşur ve iki hâkim aynı ülkenin vatandaşı olamaz. Hâkimler, üye ülkeler tarafından en az

⁴⁶ Alt Komisyonun 7 üyesi, tarafların Komisyon üyeleri arasından seçtikleri birer üyeler ile Komisyon İç Tüzüğüne belirlenen kurallara göre üyeler arasından kura ile belirlenmektedir.

⁴⁷ Komisyon ve Alt Komisyon kararları çoğunlukla alınır.

⁴⁸ Üye ülkeler Bakanlar Komitesi'nin bu kapsamda verdiği kararların bağlayıcı olduğunu kabul ederler.

⁴⁹ Komisyon ise taraf devlet sayısınca üyeden oluşmaktadır. Başka bir deyişle Mahkeme üye sayısı Avrupa Konseyi üyesi sayısına göre belirlenirken, Komisyon üye sayısı Sözleşme'ye taraf sayısına göre belirlenmiştir.



ikisi kendi vatandaşı olacak şekilde önerecekleri üç aday arasından Parlamenter Asamblesi tarafından dokuz yıllığına seçilir, süresi bitenler tekrar seçilebilir. Komisyon üyelerinin aksine, hâkimler için yeterlilik koşulları Sözleşme'de belirtilmiştir. Buna göre adaylar üstün ahlaki vasıflarla donanmış olmalı ve yüksek yargısal görevleri icra için gerekli niteliklere sahip ya da alanında uzmanlığı herkesçe malum hukukçu olmalıdır.

Mahkeme, başkan ve başkan yardımcısını üç yıllığına seçer, süresi bitenler tekrar seçilebilir. Mahkeme üyelerine görevli oldukları her gün için Bakanlar Komitesi tarafından belirlenen bir tazminat ödenir. Mahkeme çalışma usul ve esaslarını kendisi belirler.

Sözleşmenin ilk halinde bireylere Komisyona başvuru hakkı imkânı getirildiği halde, Mahkemeye bireysel başvuru öngörülmemiştir. Mahkemeye ancak taraf devletler ile Komisyon, Komisyon Raporu Bakanlar Komitesine sunulduktan itibaren üç ay içerisinde Sözleşme'de korunan bir hakkın ihlal edildiği iddiasıyla başvuru yapabileceklerdir (Madde 44)⁵⁰. Mahkemeye başvuru yapabilecek taraf devletin, Komisyona başvuruyu yapan taraf devlet olması, mağdur olduğu iddia edilen kişinin vatandaşı olduğu taraf devlet olması ya da aleyhine başvuru yapılan taraf devlet olması gerekmektedir. Zira Komisyon Raporları bu aşamada yayınlanmamakta olup, sadece ilgili taraf devletler ile Bakanlar Komitesi'ne iletilmektedir.

Mahkeme önüne getirilen davalar yedi hâkimden oluşturulan daire tarafından değerlendirilir. Aleyhine başvuru yapılan ülke adına seçilen hâkim, re'sen daire üyesi olarak görev yaparken, diğer üyeler Başkan tarafından kura ile seçilir.

Mahkeme sadece Komisyon tarafından dostane çözüm sürecinin başarısızlıkla sonuçlandığının kabul edildiği ve 32. madde uyarınca Komisyon raporunun Bakanlar Komitesine sunulduğu tarihten itibaren üç ay içerisinde getirilen başvurulara bakar⁵¹. Mahkeme, ilgili devlet tarafından alınan bir karar veya tedbirin Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerle çatışma halinde olduğuna karar verirse ve ilgili ülkenin iç mevzuatı da söz konusu tedbir ya da işlemin sonuçlarını ortadan kaldırmak için kısmi imkân sağlıyorsa, gerektiği durumlarda adil bir tazminata da karar verebilir.

Başvurunun esasıyla ilgili kararlar gerekçeli olmak zorundadır, varsa muhalefet şerhleri de kararda yer alır. Başvurunun esasına ilişkin verilen

⁵⁰ Taraf devletler ve Komisyonun Sözleşmenin yorumu veya uygulanmasına ilişkin yaptıkları başvurulara da Mahkemece bakılır.

⁵¹ Mahkeme ilk esas hakkındaki ilk kararını 14/11/1960 tarihinde *Lawless v. Ireland başvurusu hakkında vermiştir*. <https://www.youtube.com/watch?v=Rq8vZUJZFhg> (Erişim: 12/06/2021)

kararlar kesindir. Mahkeme kararlarının icrası Bakanlar Komitesi tarafından denetlenir ve bu amaçla kararlar Bakanlar Komitesine iletilir.

Mahkemenin zorunlu yargı yetkisi taraf devletler tarafından koşulsuz olarak veya karşılıklılık koşuluyla diğer ülkeler yönünden ya da belli bir zaman dilimi için tanınabilecektir.

2.4. Diğer Hükümler

Sözleşmenin 57 ila 66. maddelerinin yer aldığı Beşinci Bölümde ise diğer hükümler yer almaktadır.

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri taraf devletlerden, Sözleşme'nin tüm hükümlerinin kendi iç hukuklarında etkili uygulanmasına dair gerekli açıklamaları yapmasını talep edebilecektir.

Yine Sözleşmede taraf devletlerin, özel uzlaşma halleri dışında, bu Sözleşme'nin yorum ya da uygulamasından doğan bir anlaşmazlığı, aralarında geçerli bir anlaşma, sözleşme veya bildirgelere dayanarak, başvuru yolu ile bu Sözleşme'de öngörülenlerin dışında bir yolla çözüme bağlamaktan karşılıklı olarak vaz geçmeyi kabul ettikleri taahhüt altına alınmıştır.

Sözleşmenin 63. Maddesinde, herhangi bir devletin 25. Madde uyarınca Komisyona yapılacak bireysel başvurulara ilişkin olarak Komisyonun yetkisini herhangi bir zamanda tanıyabilecekleri belirtilmiştir⁵².

Sözleşme'nin, 10 ülkenin imza ve onay süreçlerinin tamamlanmasından sonra yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

3. Ek Protokoller ile Getirilen Yenilikler

3.1. Ek 1 No.lu Protokol

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi taraf devletlerin imzasına açılmasına rağmen, henüz imza ve onay süreçleri tamamlanarak yürürlüğe girdiği 03 Eylül 1953 tarihinden önce Ek 1 No.lu Protokol⁵³ hazırlanmıştır.

Ek 1 No.lu Protokol (ETS No. 009) ile Sözleşmenin kapsamı genişletilmiş ve yeni hak ve özgürlükler Sözleşme kapsamında koruma altına alınmıştır.

⁵² Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun Sözleşmenin 25. Maddesi uyarınca bireysel başvurularını kabul etmeyekisini 28/01/1987 tarihinden itibaren tanımıştır. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/declarations?p_auth=5v38Na6L&_coecoconventions_WAR_coeconventionsportlet_enVigueur=false&_coecoconventions_WAR_coeconventionsportlet_codeNature=10&_coecoconventions_WAR_coeconventionsportlet_searchBy=state&_coecoconventions_WAR_coeconventionsportlet_codePays=TUR (Erişim:30/05/2021)

⁵³ Esasen Protokol metninde sayısı belirtilmemiş olmakla birlikte, Ek 1 No.lu Protokol olarak adlandırılmıştır.



Protokol ile getirilen değişiklikler Sözleşme metni içerisine alınmamış, Sözleşmeye Ek Protokol olarak düzenlenmesi kabul edilmiştir.

Protokol'ün:

1. Maddesinde, mülkiyet hakkı⁵⁴,
2. Maddesinde, eğitim hakkı⁵⁵,
3. Maddesinde ise serbest seçim hakkı⁵⁶ düzenlenmiştir.

Ek Protokol, 20 Mart 1952 tarihinde Paris'te Sözleşmeyi imzalayan Avrupa Konseyi üye ülkelerinin imzasına açılmıştır⁵⁷. 18 Mayıs 1954 tarihinde 10 üye ülkenin⁵⁸ imza ve onay süreçlerinin tamamlanması ile birlikte Ek 1 No.lu Protokol, Sözleşme yürürlüğe girdikten yaklaşık sekiz ay sonra yürürlüğe girmiştir⁵⁹.

3.2. Ek 2 No.lu Protokol

Mahkeme'ye danışma görüşü verme yetkisi ilk defa Sözleşmeye Ek 2 No.lu Protokol (ETS No.044) ile verilmiştir⁶⁰.

⁵⁴ “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasaada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez”.

⁵⁵ “Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneneği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir”.

⁵⁶ “Yüksek Sözleşmeciler Taraf, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler”.

⁵⁷ Ek 1 No.lu Protokole halihazırda 45 Avrupa Konseyi üyesi taraftır. Monako (05/10/2004) ve İsviçre (19/05/1976) Protokolü imzalamış, ancak henüz onaylamamıştır. Türkiye ise Ek Protokolü ilk imzalayan ve ilk onaylayan ülkelerdendir. https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/009/signatures?p_auth=t7jKFDRU (Erişim: 31/05/2021).

⁵⁸ Danimarka, İzlanda, İrlanda, Lüksemburg, Norveç, İsveç, Türkiye ve Birleşik Krallık.

⁵⁹ Türkiye Ek 1 No.lu Protokolü 20/03/1952 tarihinde imzalamış ve 18/05/1954 tarihinde onaylayarak taraf olmuştur.

⁶⁰ Ek 11 No.lu Protokol ile Sözleşme'nin 47. Maddesi olarak düzenlenen danışma görüşü istenilmesi usulüne Bakanlar Komitesi tarafından üç defa başvurulmuştur. https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/advisoryopinions&c=#n15930732807717827399562_pointer (Erişim:12/06/2021). 09/01/2002 tarihli ve Bağımsız Devletler Topluluğu İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bir arada bulunmasına ilişkin talep konusunda Mahkeme 02/06/2004 tarihinde danışma görüşü verilmesinin yetkisi kapsamında olmadığını belirtmiştir. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%7B%22003-1339293-1397515%22%7D> . 17/07/2007 tarihli ve AİHM Hâkimliğine seçilmek üzere önerilen aday listesine ilişkin belli hukuki meseleler

Mahkeme, Sözleşme ve eki protokollerinin yorumuna ilişkin hukuki sorunlarla ilgili Bakanlar Komitesinin 2/3 oyçokluğu ile talep etmesi üzerine danışma görüşü verebilecektir. Danışma görüşü, Mahkeme'nin Genel Kurulu tarafından verilir.

Sözleşme ve eki protokollerde tanımlanan hak ve özgünlüklerin kapsamı ve içeriğine ilişkin ya da Komisyon, Mahkeme ve Bakanlar Komitesinin Sözleşme kapsamında başlatılan prosedürler sonucunda değerlendirecekleri sorunlara ilişkin danışma görüşü verilemez.

Toplam 5 maddeden oluşan Ek 2 No.lu Protokol⁶¹, 06 Mayıs 1963 tarihinde Strazburg'da imzaya açılmış ve Sözleşmeye taraf bütün devletlerin imza ve onay süreçlerinin tamamlanması üzerine 21 Eylül 1970 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁶². Bu Protokol, Ek 11 No.lu Protokolün yürürlüğe girmesiyle işlevini yitirmiştir.

3.3. Ek 3 No.lu Protokol

Sözleşmenin orijinal halindeki 29, 30 ve 34. Maddelerinde değişiklikler yapan Ek 3. No.lu Protokol⁶³, 06 Mayıs 1963 tarihinde Strazburg'da imzaya açılmış ve Sözleşmeye taraf bütün devletlerin imza ve onay süreçlerinin tamamlanması üzerine 29 Mayıs 1970 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁶⁴.

Ek 3 No.lu Protokol (ETS No.045) ile Komisyon'un yedi üye ile alt komisyon şeklinde toplanabileceğine ilişkin 29 ve 30. Maddelerdeki hükümler kaldırılmıştır. Yine, başvuru alındıktan sonra Sözleşmenin 27. Maddesinde belirtilen kabul edilemezlik kriterlerinden en az birinin varlığı halinde Komisyonun oybirliği ile başvuruyu reddedeceği belirtilmiştir.

hakkındaki talebe ilişkin 12 Şubat 2008 tarihinde kısmen, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22003-2268009-2419060%22%5D%7D> ; yine AİHM hâkim adayları listesine ilişkin 15/07/2009 tarihinde yapılan ikinci bir başvuruda ise 22/01/2010 tarihinde sorulan soruların tamamına ilişkin danışma görüşü vermiştir. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22003-3004688-3312583%22%5D%7D>

Öte yandan Mahkeme tarihinde ilk defa Avrupa Konseyi Bioetik Komitesi tarafından, Aralık 2019 tarihinde Oviedo Sözleşmesinin 29. Maddesi uyarınca AİHM'den danışma görüşü talep edilmiş ancak, henüz karar açıklanmamıştır.

⁶¹ Ek 2 No.lu Protokol hazırlıkları, AKPM'nin 232(1960) tarihli ve AİHM'in yetkisinin İnsan Hakları Sözleşmesinin yorumlanmasına da genişletilmesine ilişkin tavsiye kararı üzerine başlamış ve Bakanlar Komitesi tarafından gerekli hazırlıklar tamamlandıktan sonra imzaya açılmıştır.

⁶² https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/044/signatures?p_auth=S26pgb8y (Erişim: 31/05/2021)

⁶³ Ek 3 No.lu Protokol hazırlıkları, Komisyon tarafından sunulan tekliflerin Bakanlar Komitesinin 10. Toplantısı sonrasında 8 Temmuz 1961'de Uzmanlar Komitesine iletilmesine karar verilmesiyle başlamış ve gerekli hazırlıklar tamamlandıktan sonra imzaya açılmıştır.

⁶⁴ <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/045> (Erişim: 31/05/2021).

3.4. Ek 4 No.lu Protokol

Ek 4 No.lu Protokol⁶⁵ (ETS No. 046) ile de Sözleşmenin kapsamı genişletilmiş ve yeni hak ve özgürlükler Sözleşme kapsamında koruma altına alınmıştır. 4 No.lu Protokol ile getirilen değişiklikler de Sözleşme metni içerisine alınmamış, Sözleşmeye ek protokol olarak düzenlenmesi kabul edilmiştir. Protokolün:

1. Maddesinde, borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı⁶⁶,
2. Maddesinde, serbest dolaşım hakkı⁶⁷,
3. Maddesinde, vatandaşların sınırdışı edilmeleri yasağı⁶⁸,
4. Maddesinde, yabancıların topluca sınırdışı edilmeleri yasağı⁶⁹ düzenlenmiştir.

Toplam yedi maddeden oluşan Ek 4 No.lu Protokol, 16 Eylül 1963'te Strazburg'da Sözleşmeye taraf ülkelerin imzasına açılmış⁷⁰, beş üyenin⁷¹ imza ve onay süreçlerinin tamamlanması üzerine 02 Mayıs 1968 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁷².

3.5. Ek 5 No.lu Protokol

Komasyon üyeleri ile Mahkeme hâkimlerinin görev süreleriyle ilgili uygulamadan kaynaklanan sorunları gidermek amacıyla hazırlanan Ek 5 No.lu Protokol (ETS No.055) ile Sözleşmenin 22 ve 40. Maddelerinde değişiklik yapılmıştır.

⁶⁵ Ek 4 No.lu Protokol hazırlıkları, Sözleşme ve Ek 1 No.lu Protokol kapsamında bulunmayan belli medeni ve siyasi hakların korunmasını sağlamak üzere ikinci bir ek protokol hazırlanmasına ilişkin 234 (1960) sayılı tavsiye kararı üzerine başlamıştır.

⁶⁶ “Hiç kimse, yalnızca akdî ilişkiden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz”.

⁶⁷ “1. Bir devletin ülkesi içinde usulüne uygun olarak bulunan herkes, orada serbestçe dolaşma ve ikametgahını seçebilme hakkına sahiptir.

2. Herkes, kendi ülkesi de dahil, herhangi bir ülkeyi terk etmekte serbesttir.

3. Bu haklar, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmuş sınırlamalara tabi tutulabilir.

4. Bu maddenin 1. fıkrasında sayılan haklar, belli yerlerde, yasayla konmuş ve demokratik bir toplumda kamu yararının gerektirdiği sınırlamalara tabi tutulabilir”.

⁶⁸ “Hiç kimse, tek başına ya da toplu olarak, uyruğu bulunduğu devletin ülkesinden sınır dışı edilemez.

2. Hiç kimse, uyruğunda bulunduğu devletin ülkesine girme hakkından yoksun bırakılamaz”.

⁶⁹ “Yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesi yasaktır”.

⁷⁰ Ek 4 No.lu Protokole halihazırda 43 Avrupa Konseyi üyesi taraftır. Yunanistan ve İsviçre henüz imzalamamış, Türkiye 19/10/1992 tarihinde, Birleşik Krallık ise 16/09/1963 tarihinde imzalamış ancak henüz onaylamamıştır.

⁷¹ Danimarka, İzlanda, Lüksemburg, Norveç ve İsveç.

⁷² <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/046> (Erişim: 31/05/2021).

Sözleşmenin 22. Maddesinde öngörülen sisteme göre Komisyon üyelerinin hemen hemen yarısının her üç yılda bir yenilenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte Sözleşmeyi sonradan onaylayan ülkelerden seçilen yeni üyelerin de katılımı ile öngörülen sistemin işleminde sorunlar yaşanmıştır. Benzer bir problem Mahkeme üyesi hâkimler açısından da yaşanmıştır. Sözleşmenin 40. Maddesine göre dört hâkimin görev süresi 1962 yılında, diğer dört hâkimin görev süresi 1965 yılında ve diğer yedi hâkimin görev süresi ise 1968 yılında; yeni üye ülkelerden seçilen iki üyenin görev süresi ise 1970 ve 1972’de sona erecektir. Bu durumda Komisyon üyeleri ve Mahkeme hâkimlerinin fiili görev süreleri Sözleşmede öngörülen sürelerle uymamaktadır. Bu nedenle söz konusu değişikliğe ihtiyaç duyulmuştur⁷³.

Sözleşmenin 22. Maddesinde yapılan değişiklik ile Komisyon üyelerinin yarısının mümkün olduğunca üç yılda bir yenilenmesini sağlayabilmek için Bakanlar Komitesi, sonraki her seçim sürecinden önce bir veya birden fazla üyenin görev sürelerinin altı yıldan farklı olmasına karar verebilecektir. Fakat bu süre dokuz yıldan fazla ve üç yıldan da az olamayacaktır. Böyle bir durumda birden fazla üyenin süresinin etkilenmesi ve Bakanlar Komitesinin de süre değişikliğine karar vermesi durumunda, ilgili üyeler Genel Sekreter tarafından kura ile belirlenecektir.

Sözleşmenin 40. Maddesinde yapılan değişiklikle ise Mahkeme üyelerinin üçte birinin her üç yılda bir yenilenmesini sağlayabilmek için Parlamenter Asamble sonraki her seçimden önce bir veya birden fazla hâkimin görev süresinin dokuz yıldan farklı olmasına karar verebilecektir. Fakat bu süre oniki yıldan fazla ve altı yıldan az olamayacaktır. Böyle bir durumda birden fazla hâkimin süresinin etkilenmesi ve Parlamenter Asamblenin de süre değişikliğine karar vermesi durumunda, ilgili hâkimler Genel Sekreter tarafından kura ile belirlenecektir.

Toplam beş maddeden oluşan Ek 5 No.lu Protokol, 20 Ocak 1966 tarihinde Strazburg’da imzaya açılmış ve Sözleşmeye üye bütün devletlerin imza ve onay süreçlerinin tamamlanması üzerine 20 Aralık 1971 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁷⁴. Ek 11 No.lu Protokol’ün yürürlüğe girmesiyle uygulaması kalmamış ve işlevini yitirmiştir.

3.6. Ek 6 No.lu Protokol

Ölüm cezasının kaldırılmasına⁷⁵ ilişkin Ek 6 No.lu Protokol⁷⁶ (ETS No. 114), 28 Nisan 1983 tarihinde Strazburg’da imzaya açılmış ve Sözleşmeye taraf beş

⁷³ Ek5No.luProtokolAçıklayıcıRaporu,s.1.<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c92c0> (Erişim: 01/06/2021).

⁷⁴ <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/055> (Erişim:01/06/2021)

⁷⁵ Madde 1: Ölüm cezasının kaldırılması

“Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılmaz ve idam edilemez”.

⁷⁶ Ek 6 No.lu Protokolün hazırlık çalışmalarına, Bakanlar Komitesinin 25 Eylül 1981 tarihli 337. toplantısında Avrupa Konseyi İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi’ne (CDDH) barış zamanında ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin Sözleşmeye ek bir protokol hazırlanmasını istemesi üzerine başlanmıştır.



üye ülkenin⁷⁷ imza ve onay süreçlerinin tamamlanması üzerine 01 Mart 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁷⁸. Ek 6 No.lu Protokol, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin birçoğunda ölüm cezasının kaldırılması yolunda genel bir eğilim şeklinde yer alan gelişmeler dikkate alarak hazırlanmıştır.

Ek 6 No.lu Protokol ile savaş ya da yakın savaş tehlikesi zamanında işlenenler dışında⁷⁹ ölüm cezası kaldırılmıştır. Şayet herhangi bir üye devlet bu durumlarda işlenenler için kendi iç hukukunda ölüm cezası öngörmüşse, ilgili mevzuat hükümlerini Genel Sekretere bildirmesi gerekmektedir. Yine Protokol'ün 3. Maddesi ile Sözleşmenin 15. Maddesi kapsamında olağanüstü hallerde dahi bu hükümlerin kısıtlanamayacağı, 4. Maddesi ile de bu hükümlere herhangi bir çekince konulamayacağı belirtilmiştir.

3.7. Ek 7 No.lu Protokol

Ek 7 No.lu Protokol⁸⁰ ile de Sözleşme ve Ek 1, 4 ve 6 No.lu Protokollerde korunan hak ve özgürlüklere ek olarak yeni hak ve özgürlükler Sözleşme kapsamında koruma altına alınmıştır. Ek 7 No.lu Protokol ile getirilen değişiklikler de Sözleşme metni içerisine alınmamış, Sözleşmeye ek protokol olarak düzenlenmesi kabul edilmiştir. Protokolün:

1. Maddesinde, yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usuli güvenceler⁸¹,

⁷⁷ Avusturya, Danimarka, Lüksemburg, İspanya ve İsveç.

⁷⁸ Ek 6 No.lu Protokole hâlihazırda Rusya (16/04/1997'de imzalamış) hariç 46 Avrupa Konseyi üyesi ülke, imza ve onay süreçlerini tamamlanmak suretiyle taraf olmuştur. Türkiye 15/01/2003'te imzalamış, 12/11/2003'te onaylamış ve Protokol ülkemiz açısından 01/12/2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/114/signatures?p_auth=55vbPsSw (Erişim: 01/06/2021).

⁷⁹ Madde 2: Savaş zamanında ölüm cezası

“Bir devlet, yasalarında savaş veya yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiiller için ölüm cezasını öngörebilir; bu ceza ancak yasanın belirlediği hallerde ve onun hükümlerine uygun olarak uygulanabilir. İlgili devlet, söz konusu yasanın bu duruma ilişkin hükümlerini Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir”.

⁸⁰ Ek 7 No.lu Protokol hazırlıkları, 16/12/1966 da kabul edilen BM Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesinin hükümlerinin mümkün olduğunca AİHS de alınmasına ilişkin Parlamento Asamblenin 791(1976) tarihli tavsiye kararı üzerine başlamıştır.

⁸¹ *“1. Bir devletin ülkesinde kurallara uygun olarak ikamet eden bir yabancı, yasaya uygun şekilde verilmiş bir kararın uygulanması dışında sınır dışı edilemez ve bu durumda bir kimse,*
a) *sınır dışı edilmesine karşı gerekçeler öne sürebilme,*
b) *durumunu yeniden inceletme,*
c) *yukarıdaki amaçlarla, yetkili bir merci önünde veya bu merci tarafından tayin edilecek biri ya da birileri önünde kendini temsil ettirme hakkını haiz olacaktır.*

2. Sınır dışı edilmenin kamu düzeni yararı ya da ulusal güvenlik nedenleri açısından gerektiği hallerde, bir yabancı yukarıdaki 1. maddenin a, b ve c bentlerinde öngörülen haklarını kullanmadan sınır dışı edilebilir”.

2. Maddesinde, cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı⁸²,
3. Maddesinde, adli hata tazminat hakkı⁸³,
4. Maddesinde, aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı⁸⁴,
5. Maddesinde, eşler arasında eşitlik⁸⁵ düzenlenmiştir.

Toplam on maddeden oluşan Ek 7 No.lu Protokol, 22 Kasım 1984 tarihinde Strazburg'da imzaya açılmış, Avrupa Konseyi üyesi yedi ülkenin⁸⁶ imza ve onay süreçlerinin tamamlanması üzerine 01 Kasım 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁸⁷.

3.8. Ek 8 No.lu Protokol

Ek 8 No.lu Protokol (ETS No. 117), Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun artan işyükü nedeniyle bireysel başvuru prosedürünü geliştirmek ve özellikle başvuruların hızlı bir şekilde incelenebilmesi amacıyla yedi üyeli daire ve üç

⁸² “1. Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceleme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir.
2. Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle önem derecesi düşük suçlar bakımından ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatini müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkumiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir”.

⁸³ “Bir kişinin, kesin bir kararla cezai bir suçtan mahkum edilmesi ve sonradan yeni veya yakın zamanda keşfedilmiş bir delilin kesinlikle yanlış bir adalet uygulaması olduğunu göstermesi veya kişinin affedilmesi nedeniyle cezai kararın iptal edilmesi halinde, bilinmeyen delilin açıklanmamış olmasının tamamen veya kısmen o kişiye atfedildiğinin ispatlandığı haller dışında, böyle bir mahkumiyet sonucunda cezaya maruz kalan kişi, ilgili devletin yasası ve uygulamasına göre tazmin edilecektir”.

⁸⁴ “1. Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılamamaz veya mahkum edilemez.
2. Yukarıdaki fıkra hükümleri, yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceki muamelelerde davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı durumunda, ilgili devletin ceza yargılaması usulü ve yasasına uygun olarak davanın yeniden açılmasını engellemez.
3. Sözleşme'nin 15. maddesi çerçevesinde bu madde ile derpiş olunan yükümlülüklerle aykırı hiçbir tedbir alınamaz”.

⁸⁵ “Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez”.

⁸⁶ Avusturya, Danimarka, Fransa, Yunanistan, İzlanda, İsveç ve İsviçre.

⁸⁷ Ek 7 No.lu Protokole halihazırda Almanya (19/03/1985'te imzalamış), Hollanda (22/11/1984'te imzalamış) ve Birleşik Krallık (henüz imzalamamış) haricinde 44 Avrupa Konseyi üye devlet imza ve onay süreçlerini tamamlamak suretiyle suretiyle taraf olmuştur. Türkiye Ek Protokolü 14/03/1985 tarihinde imzalamış, 02/05/2016 tarihinde onaylamış ve Protokol 01/08/2016 tarihinden itibaren Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir. https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/117/signatures?p_auth=WZymr5II (Erişim: 01/06/2021).



üyeli komiteler oluşturmak suretiyle bireysel başvuruların daha hızlı ve etkin bir şekilde incelemesine imkân sağlamıştır.

Sözleşmenin 20. Maddesine eklenen yeni paragraflarla Komisyon'un bireysel başvuruları incelemek ve sonuçlandırmak üzere yedi üyeli daireler oluşturması sağlanmıştır⁸⁸. Daireler yerleşik mahkeme içtihatlarına ilişkin olan başvurular ile Sözleşmenin yorumu ve uygulanmasında ciddi bir sorun ortaya çıkarmayan başvuruları inceleme ve sonuç raporun kabul edilmesi de dâhil olmak üzere Sözleşme'de belirtilen tüm yetkileri haizdir. Aleyhine başvuru yapılan ülke adına seçilen hâkim de Daire'de re'sen yer alacaktır.

Yine aynı maddede Komisyon'un üç üyeli Komiteler oluşturabileceği belirtilmiştir. Komiteler ise detaylı inceleme gerektirmeksizin derhal karar verilebilecek başvurular hakkında oybirliği ile kabul edilemezlik ya da düşme kararı verebileceklerdir.

Hem daireler hem de komiteler herhangi bir aşamada başvurunun Komisyon Genel Kurulu tarafından incelenmesi amacıyla dosyadan el çekebileceği gibi, Genel Kurul'da daire veya komisyonda incelenen bir başvurunun Genel Kurula gönderilmesi talimatı verebilir.

Devletlerarası başvurular, Sözleşmenin 48. Maddesi uyarınca bir başvuruyu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne getirilmesi ve 36. Madde uyarınca çalışma usul ve esaslarının belirlenmesine ilişkin yetkiler ise münhasıran Komisyon Genel Kurulu'nun uhdesindedir.

Protokol ile Sözleşmenin 21. Maddesinde yapılan değişiklik ile Komisyon üyeliğine aday gösterileceklerin niteliklerine ilişkin olarak da bazı şartlar belirlenmiştir. Buna göre adaylar üstün ahlaki vasıflarla donanmış olmalı ve yüksek yargısal görevleri icra için gerekli niteliklere sahip ya da ulusal ve uluslararası hukuktaki yetkinliği herkesçe malum bir kişi olmalıdır.

Sözleşmenin 29. Maddesinde yapılan değişiklikle Komisyonun başvuruların kabul edilemezliğine oybirliği ile karar verebileceğine ilişkin 3 No.lu Ek Protokol ile getirilen hüküm değiştirilmiş ve 2/3 oy çokluğu ile başvuruların kabul edilemezliğine karar verilebilmesi sağlanmıştır. Öte yandan 34. Maddede yapılan değişiklik ile ise 20/3 ile 29. Maddede belirtilen haller dışında Komisyonun kararlarını toplantıya ve oylamaya katılan üyelerin çoğunluğu ile alacağı belirtilmiştir.

Sözleşmenin 30. Maddesinde yapılan değişiklikle, başvuranın başvuruyu takip etme niyetinde olmadığı, ihtilafın çözümlendiği ya da Komisyonun tespit ettiği herhangi bir başka nedenle başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmezse kayıttan düşme kararı verilebileceği belirtilmiştir.

⁸⁸ Protokol ile getirilen en önemli değişiklik, dairelerin kurulmasıdır. Ek 8 No.lu Protokol Açıklayıcı Raporu, s. 2, p. 6.

Sözleşmenin 40. Maddesinde yapılan değişiklikle ise Mahkeme üyesi hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı güçlendirilmiştir. Buna göre hâkimlerin mahkemede kendi adlarına görevlerini ifa ettikleri ve hâkimlik görevi süresince bağımsızlık ve tarafsızlık ilkeleri ile bağdaşmayan herhangi bir pozisyonda yer alamayacakları belirtilmiştir.

Yine 41 ve 42. Maddelerde yapılan değişikliklerle Mahkemeye ikinci başkan yardımcısı seçme imkânı getirilmiş ve Daire üye sayısı yediden dokuza çıkarılmıştır.

Toplam ondört maddeden oluşan Protokol, 19 Mart 1985'te Viyana'da imzaya açılmış. Sözleşmeye taraf tüm devletlerin imza ve onay süreçleri tamamlandıktan sonra 01 Ocak 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁸⁹.

3.9. Ek 9 No.lu Protokol

Hak arama özgürlüğünü artırmak ve insan hakları koruma sistemini daha etkinleştirmek amacıyla hazırlanan Ek 9 No.lu Protokol (ETS No.140) ile taraf devletler ile Komisyonun yanı sıra bireylerin⁹⁰ de belli koşullarda başvuruları Mahkeme önüne getirebilmesine imkân sağlanmıştır.

Sözleşmenin 25. Maddesine göre Sözleşmede korunan hakların ihlali nedeniyle mağdur olduğunu iddia eden herhangi bir kişi, sorumlu devlet aleyhine Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvuru yapabilmektedir. Şayet Komisyon, başvuruyu kabul edilebilir bulur ve taraflar arasında dostane çözüm de sağlanamazsa, Sözleşmenin ihlali olup olmadığına ilişkin görüşünü de belirtmek suretiyle vakıalara ilişkin bir rapor hazırlamaktadır. Sözleşmenin ilk halindeki hükümler uyarınca sadece Komisyon ve ilgili devlet, hakkında şikâyette bulunulan taraf devletin mahkemenin yargılama yetkisini tanımış olması şartıyla, davayı Mahkemenin önüne getirebilmekteydi.

Ek Protokol ile 25. Maddede yapılan değişiklik ile hazırlanan Raporun, başvuru şayet bir bireysel başvuruya ilişkin ise Bakanlar Komitesi ile ilgili devletin yanı sıra başvurana da iletileceği belirtilmiştir. Bu durumda ilgili devletlerin olduğu gibi başvuran da raporu açıklayamayacaktır.

Sözleşmenin 44. Maddesinde yapılan değişiklik ile de Komisyon ve ilgili taraf devletlerin yanısıra 25. Maddeye göre Komisyona bireysel başvuruyu

⁸⁹ <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/118>. Türkiye Ek 8. No.lu Protokolü 04/02/1986 tarihinde imzalamış, 19/09/1989 tarihinde onaylamıştır.

⁹⁰ Kişilerin başvuruları Mahkeme önüne getirebilmesi düşüncesi aslında yeni bir düşünce değildir. 1948'deki Avrupa Kongresi ve 1948'de Avrupa Hareketi tarafından Sözleşme taslağı hazırlanırken bu husus da tartışılmış, ancak bireylerin menfaatlerinin Bakanlar komitesi ve ilgili devletler tarafından her zaman savunulacağı gerekçesiyle üye ülkeler tarafından sözleşme taslağına alınması reddedilmiştir. Ek 9 No.lu Protokol Açıklayıcı Raporu, s. 1, p.1.



yapan gerçek kişiler, hükümet dışı kuruluş veya kişiler topluluğunun da davayı mahkemenin önüne getirebilmesine imkân sağlanmıştır.

Sözleşmenin 45. Maddesinde yapılan değişiklik ile devlet ve Komisyon başvurularından farklı olarak dava bireyler tarafından Mahkemenin önüne getirilmesi durumunda, öncelikle Mahkemenin üç üyesi tarafından oluşturulan Panel tarafından incelenecektir. Bu durumda aleyhine başvuru yapılan devlet adına seçilen hâkim, yoksa ilgili devlet tarafından belirlenen bir kişi hâkim sıfatıyla resen panelde yer alacaktır. Şayet başvuru birden fazla devlet aleyhine yapılmışsa, Panel üyelerinin sayısı buna göre artırılabilecektir.

Şayet dava, Sözleşmenin uygulanması ve yorumlanmasını etkileyen önemli bir sorun ortaya çıkarmıyor veya başka bir nedenle Mahkeme tarafından incelenmesini gerekli kılmıyorsa Panel oybirliği ile davanın Mahkeme tarafından incelenmemesine karar verir. Bu durumda 32. Madde hükümlerine göre Sözleşmenin ihlali olup olmadığına Bakanlar Komitesi karar verecektir⁹¹.

Toplam sekiz maddeden oluşan Ek Protokol, 06 Kasım 1990 tarihinde Roma'da imzaya açılmış ve 10 ülkenin⁹² imza ve onay sürecinin tamamlanmasıyla 01 Ekim 1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁹³.

3.10. Ek 10 No.lu Protokol

Sözleşmenin ilk haline göre Komisyon başvuruya ilişkin Rapor hazırlayıp Bakanlar Komitesine ilettikten sonra 48. Maddeye göre üç ay içerisinde dava Mahkeme önüne getirilmezse, Bakanlar Komitesi yarı yargısal fonksiyon kapsamında başvuruyu ele alarak 2/3 çoğunlukla Sözleşmenin ihlal edilmediğine karar vermektedir.

Ek 10 No.lu Protokol (ETS No.146) Sözleşme denetim prosedürünü geliştirmeyi amaçlamıştır. Protokol ile Sözleşmenin ihlal edilip edilmediğine ilişkin Bakanlar Komitesinin karar verme usulü değiştirilmiş ve Sözleşmenin 32. Maddesi uyarınca üye devletlerin 2/3 çoğunluğu yerine basit çoğunluğun yeterli olacağı belirtilmiştir.

Böylelikle Prototol yürürlüğe girince Sözleşmenin 32. Maddesi uyarınca Bakanlar Komitesi yarı yargısal fonksiyon ifa ederken basit çoğunlukla karar alabilecektir.

⁹¹ Böylelikle bir taraftan kişilerin davayı Mahkeme önüne getirebilmesine imkan sağlanarak hak arama özgürlüğü genişletilirken, diğer yandan da davanın öncelikle 3 hâkimli bir Panel tarafından incelenerek Mahkeme tarafından incelenmesine gerek olup olmadığı denetletilmesi suretiyle Mahkemenin iş yükünün önemsiz ya da sıradan başvurularla artırılması engellenmek istenilmiştir.

⁹² Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, Macaristan, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, Romanya, Slovakya ve Slovenya.

⁹³ Türkiye Protokolü 06/11/1990 tarihinde imzalamış ancak onaylamamıştır. Ek Protokol yürürlükten kalktığı 1998 yılına kadar toplam 24 devlet tarafından onaylanmış, 5 ülke ise imzalamış ancak onay sürecini tamamlamamıştır. <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/140> (Erişim: 03/06/2021)

Toplam dört maddeden oluşan Ek 10. No.lu Protokol 25 Mart 1992 tarihinde Strazburg'ta imzaya açılmış ancak yürürlüğe girememiştir. Zira 32. Maddeyi değiştiren Ek 11 No.lu Protokol'ün yürürlüğe girdiği 01 Kasım 1998'e kadar, yürürlük için gerekli sayıda imza ve onay süreçleri tamamlanmamıştır⁹⁴.

3.11. Ek 11 No.lu Protokol

3.11.1. Genel Olarak

Ek 11 No.lu Protokol (ETS No.155), Konsey'in genişleme politikaları ve başvuru sayısındaki artış nedeniyle hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunması amacıyla duyulan acil ihtiyaç sonucu sözleşme şikâyet sisteminin rasyonelleştirilerek geliştirilmesi ve sürdürülebilirliğinin sağlanabilmesini amaçlamıştır⁹⁵. Sözleşmenin kabulünden sonraki en kapsamlı değişikliklerin yapıldığı Protokol ile 2 ila 4. Bölümlerinin tamamında (toplam 38 maddede) ve Ek 2 No.lu Protokol'de⁹⁶ değişiklikler yapılmıştır. Protokol ile Komisyon ve Mahkeme ayrımı kaldırılmış⁹⁷, başvuruların yeniden yapılandırılan daimi mahkemeye yapılması ve mahkeme tarafından incelenerek sonuçlandırılması kararlaştırılmıştır. Ek 11 No.lu Protokol ile yeniden yapılandırılan Mahkeme, tam zamanlı çalışma esasına geçmiş ve günümüzdekine yakın bir yapıya kavuşmuştur.

Sözleşmenin 1 ila 18. Maddelerin yer aldığı 1. Bölümün başlığı "Hak ve Özgürlükler" şeklinde belirlenmiş, bu bölüm ile ek protokollerde yer alan her maddeye hangi hakka ilişkin olduğuna dair madde başlığı verilmiştir.

Toplam yedi maddeden oluşan Ek 11 no.lu Protokol 11 Mayıs 1994 tarihinde Strazburg'ta imzaya açılmış, Sözleşmeye taraf tüm ülkelerin imza ve onay süreçlerinin tamamlanmasıyla 01 Ocak 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁹⁸. 11 No.lu Ek Protokol ile yapılan bütün değişiklikler Sözleşme metnine işlenmiştir.

3.11.2. Mahkemenin Yeniden Yapılandırılması

Sözleşmenin 19. Maddesinde yapılan değişiklikle taraf devletlerin taahhütlerine uyulmasını sağlamak üzere devamlı olarak görev yapmak üzere Avrupa İnsan

⁹⁴ Bu süreçte toplam 25 ülke imza ve onay sürecini tamamlamış, 3 ülke ise imzalamadığı halde onaylamamıştır. Türkiye ise Ek Protokolü imzalamamıştır. <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/146> (Erişim: 03/06/2021)

⁹⁵ Ek 11 No.lu Protokol hazırlıkları Kasım 1991 de yapılan Dışişleri Bakanları toplantısında Delegeler Komitesine Sözleşme Kontrol sisteminin reform çalışmalarına mutlak bir öncelik verilmesi talimatı üzerine başlamıştır. Ek 11 No.lu Protokol Açıklayıcı Raporu, s. 1.

⁹⁶ Ek 2 No.lu Protokol ile Mahkemeye verilen danışma görüşü verme yetkisi, Sözleşme metnine işlenmiştir.

⁹⁷ Bu fikir Uzmanlar komitesi tarafından ilk öne sürüldüğü 1982 yılından üç yıl sonra Avrupa Bakanlar Konferansında siyasi düzeyde dile getirilmiş ve 16 yıl sonra ise hayata geçmiştir. Ek.11 No.lu Protokol Açıklayıcı Raporu, s. 4, p. 10.

⁹⁸ <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/155> (Erişim: 08/06/2021)



Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Mahkemenin yargı yetkisinin bireysel başvurular, devletlerarası başvurular ve danışma görüşü verme çerçevesinde belirlenen koşullar uyarınca kendisine sunulan, bu Sözleşme'nin ve Protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları kapsamaktadır.

Hâkimlerin görevleri süresince bağımsızlık, tarafsızlık ve tam gün çalışma esasına dayalı bir görevin gerektirdiği hazır bulunma koşulları ile bağdaşmayan hiçbir görevi üstlenemeyecekleri belirtilmiştir. Hâkimlerin görev süreleri altı yıl olarak belirlenmiş ancak yeniden seçilebilme imkânı korunmuştur. Ayrıca hâkimlerin 70 yaşına gelince görev süresinin sona ereceği belirtilmiştir.

Bir hâkimin, diğer hâkimler tarafından 2/3 çoğunlukla alınmış ve hâkimlik için gerekli koşulları artık taşımadığına ilişkin bir karar olmadıkça görevden alınmayacağı belirtilmiştir.

En önemli getirilen yeniliklerden birisi de, 25. Madde ile Mahkeme'ye ayrı bir yazı işleri müdürlüğü ve sekreteryaya oluşturulmasıdır.

26. Madde ile genel kurula belirli süreler için daireler oluşturma, bir yazı işleri müdürü ve bir veya birden fazla yardımcısını seçme yetkileri verilmiştir.

Mahkemenin Komite, Daire ve Büyük Daire şeklinde üç ayrı yargısal formatta çalışması öngörülmüştür. Üç hâkimden oluşan Komiteler detaylı inceleme gerektirmeyen başvurular hakkında oybirliği ile kabul edilmezlik veya kayıttan düşme kararı verebileceklerdir. Bu kararlar kesindir.

Yedi hâkimden oluşan daireler hem bireysel hem de devletlerarası başvuruları kabul edilebilirlik ve esas bakımından incelerler. Mahkeme istisnai durumlarda aksine karar vermedikçe, kabul edilebilirlik kararlarının ayrı verilmesi öngörülmüştür. Daire önündeki bir dava Sözleşme ve eki protokollerin yorumu ve uygulanmasını etkileyen ciddi bir sorun doğuruyorsa veya bir sorunun çözümü Mahkemenin önceki bir kararı ile çelişki oluşturacaksa, taraflardan biri karşı çıkmadıkça Daire, Büyük Daire lehine davadan el çekebilecektir. Dairenin esas hakkında verdikleri kararlar aleyhine taraflar üç ay içinde Büyük Daire'ye itiraz da bulunabilirler. İtirazlar beş hâkimli Panel tarafından, Sözleşme ve Protokollerinin yorumuna ya da uygulanmasına ilişkin ya da genel nitelikte ciddi bir sorun varsa kabul edilir. Aksi takdirde reddedilir. Daire kararına itiraz edilmemesi ya da itirazın Panel tarafından reddedilmesi durumunda karar kesinleşir.

On yedi hâkimden oluşan Büyük Daire ise daireler tarafından el çekilen davalar ile daire kararı aleyhine yapılan itirazlar üzerine gelen davalara bakar. İtiraz üzerine gelen davalara başkan ve ilgili devlet adına seçilen hâkim dışındaki daire üyeleri katılamazlar. Büyük Daire ayrıca 47. Madde uyarınca Bakanlar Komitesinin talebi üzerine danışma görüşü verir. Büyük Daire kararları kesindir.

Sözleşmenin 33. Maddesinde devletlerarası başvuru, 34. Maddesinde ise bireysel başvuru usulü düzenlenmiştir. Böylelikle sözleşmede korunan

hakların ihlal iddialarının doğrudan mahkemeye yapılması esası getirilmiştir. 47. Maddesinde ise Bakanlar Komitesinin talebi üzerine Sözleşme ve eki protokollerinin yorumlanması ile ilgili hukuki meseleler konusunda danışma görüşü verme usulü düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 35. Maddesinde kabul edilemezlik kriterleri, 37. Maddesinde ise başvuru kayıttan düşürme sebepleri düzenlenmiştir.

Protokol ile AİHM önündeki yargılamalarda ilk defa üçüncü taraf müdahalesi getirilmiştir. Buna göre herhangi bir taraf devlet, vatandaşları tarafından diğer bir taraf devlet aleyhine yapılan başvuruya yazılı görüş sunabilecek ve duruşmaya da katılabilecektir. Öte yandan adaletin gereği gibi yerine getirilmesi amacıyla Mahkeme başkanı davaya taraf olmayan her hangi bir taraf devleti ya da kişiyi yazılı görüş sunmaya ya da duruşmaya katılmaya davet edebilecektir.

Sözleşmenin 46. Maddesi ile mahkeme kararlarının gereğinin taraf devletlerce yerine getirilmesi gerektiği hüküm altına alınmış ve kesinleşmiş kararların icrasının denetimi amacıyla Bakanlar Komitesine gönderileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte Bakanlar Komitesinin başvurunun esasına bakma yetkisi, başka bir deyişle orijinal metnin 32. Maddesinden kaynaklanan yarı yargısal yetkileri kaldırılmıştır.

3.12. Ek 12 No.lu Protokol

Ek 12. No.lu Protokol (ETS No. 177) ile genel ayrımcılık yasağı⁹⁹ kabul edilmiştir. Aslında Sözleşmenin 14. Maddesinde ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte 14. Maddeye göre ayrımcılık yasağı ancak Sözleşme’de korunan diğer bir hak temelinde ileri sürülebilmektedir. Ek Protokol ile bu sınırlandırma kaldırılmakta ve herhangi bir kamu otoritesi tarafından herhangi bir nedene dayalı olarak ayrımcılık yapılamayacağına ilişkin diğer haklardan bağımsız bir genel ayrımcılık yasağı getirilmiştir¹⁰⁰.

Toplam altı maddeden oluşan Protokol, 04 Kasım 2000 tarihinde Roma’da imzaya açılmış ve Sözleşmeye taraf on ülkenin¹⁰¹ imza ve onay süreçlerinin tamamlanmasının ardından 01 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁰².

⁹⁹ “1. Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.
2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz”.

¹⁰⁰ Böylelikle BM Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi ve Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile uyum sağlanmıştır. Ek. 12. No.lu Protokol Açıklayıcı Raporu, s. 1.

¹⁰¹ Arnavutluk, Ermenistan, Bosna Hersek, Hırvatistan, Güney Kıbrıs, Finlandiya, Gürcistan, Hollanda, Kuzey Makedonya, San Marino ve Sırbistan.

¹⁰² Türkiye 18/04/2001 tarihinde Protokolü imzalamış ancak henüz onaylamamıştır. Ek 12 No.lu Protokol halihazırda 20 ülke tarafından onay süreci tamamlanmış olup, 18 ülke ise

3.13. Ek 13 No.lu Protokol

Ek 13 No.lu Protokol (ETS No. 187) ile savaş ya da yakın savaş tehlikesi altında işlenmiş fiilleri de kapsayacak şekilde ölüm cezası her koşulda kaldırılmış¹⁰³, her hangi bir şekilde çekince ve rezerv konulamayacağı ya da olağanüstü hallerde bu Protokol hükümlerine bir sınırlandırma getirilemeyeceği¹⁰⁴ açık bir şekilde belirtilmiştir. Ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin tarihi değişiklik 1985 yılında yürürlüğe giren 6 No.lu Ek Protokol ile yapılmıştı. Ne var ki söz konusu protokol savaş ve yakın savaş tehlikesi altında işlenen fiiller nedeniyle ölüm cezası verilmesini kapsamıyordu. Bu nedenle 13 No.lu Ek Protokol ile bu eksiklik giderilmiş olmaktadır.

Toplam sekiz Maddeden oluşan Protokol 03 Mayıs 2002 tarihinde Vilnius'da imzaya açılmış ve Sözleşmeye taraf on ülkenin¹⁰⁵ imza ve onay süreçlerinin tamamlanması üzerine 01 Temmuz 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁰⁶.

3.14. Ek 14 No.lu Protokol

Ek 14 No.lu Protokol (CETS No. 194) özellikle Mahkeme ve Bakanlar Komitesinin artan iş yüküne uygun çözümler üreterek¹⁰⁷ sözleşme kontrol sisteminin uzun dönem etkinliğinin sürdürülmesi ve geliştirilmesi amacıyla yeni kabul edilebilirlik kriterleri, tekrarlayan başvuruların incelenme usulü gibi değişiklikler getirmiştir.

Sözleşmenin 23. Maddesinde yapılan değişiklikle hâkimlerin görev süresi altı yıldan dokuz yıla çıkarılmış ancak görev süresi biten hâkimlerin tekrar seçilemeyecekleri belirtilmiştir.

imzalamakla birlikte onay süreci henüz tamamlanmamıştır. 9 ülke ise henüz imzalamamıştır. https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=5wXfm9hl (Erişim: 08/09/2021).

¹⁰³ Madde 1: Ölüm cezasının kaldırılması

“Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılmaz ve idam edilemez”.

¹⁰⁴ Madde 2: Askıya alma yasağı

“Sözleşme'nin 15. maddesine dayanılarak bu Protokol'ün hükümleri askıya alınamaz”.

¹⁰⁵ Andora, Bulgaristan, Hırvatistan, Güney Kıbrıs, Danimarka, İrlanda, Lihtenştayn, Malta, İsviçre ve Ukrayna.

¹⁰⁶ Halihazırda 44 üye ülke imza ve onay süreçlerini tamamlayarak Protokole taraf olmuş, Rusya ve Azerbaycan henüz imzalamamış, Ermenistan ise 19/05/2006 tarihinde imzalamış ancak henüz onay sürecini tamamlamamıştır. Türkiye Ek Protokolü 09/01/2004 tarihinde imzalamış, 20/02/2006 tarihinde onay sürecini de tamamlamak suretiyle 01/06/2006 tarihinden itibaren taraf olmuştur. https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/187/signatures?p_auth=u7we6Lux (Erişim: 09/06/2021).

¹⁰⁷ Sözleşmenin ilk hali ile kurulan Komisyon ve Mahkeme 44 yıllık süre içerisinde (1998'e kadar) toplam 38 389 kabuledilebilirlik ve esas yönünden karar vermişken, tek hâkim formasyonu ile mahkeme sadece ilk 5 yılda toplam 61 633 karar vermiştir. Ek 14 No.lu Protokol Açıklayıcı Raporu, s. 1, p.5.

Sözleşmenin 26. Maddesinde değişiklik yapılarak Mahkemede tek hakimli yargısal formasyon oluşturulmuştur. Buna göre Mahkeme Büyük Daire (onyedi hâkim), Daire (yedi hâkim)¹⁰⁸, Komite (üç hâkim) ve tek hâkimden oluşan dört ayrı yargısal formasyonda karar verebilecektir.

Tek hâkim, başvurunun kabul edilemez olduğuna veya işlemden kaldırılmasına, eğer böyle bir karar ek inceleme gerekmeksizin alınabilecek ise, kesin olarak karar verecektir. Aksi takdirde başvuruyu ek inceleme için komite ya da daireye gönderir.

Sözleşmenin 28. Maddesinde yapılan değişiklik ile komitelere belli durumlarda başvurunun esası hakkında da kesin olarak karar verebilme imkânı getirilmiştir. Buna göre Komite, Sözleşme ve Protokoller'inin uygulanması veya yorumlanması ile ilgili olup, Mahkeme'nin yerleşik içtihadının konusu olan başvuruları kabul edilebilir bulabilecek ve aynı zamanda davanın esasına ilişkin olarak da kesin olarak karar verebilecektir.

Ek Protokol ile getirilen önemli değişikliklerden birisi de “önemsiz zarar” kriterinin yeni bir kabul edilebilirlik kriteri olarak kabul edilmesidir. Buna göre başvuruçunun önemli bir zarar görmemiş olması durumunda kabul edilemezlik kararı verilebilecektir. Bununla birlikte insan haklarına saygı ilkesi başvurunun esastan incelenmesini gerektirmesi durumunda önemsiz zarar kriteri dikkate alınarak kabul edilemezlik kararı verilemeyecektir. Ayrıca, ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş hiçbir başvurunun bu gerekçe ile reddedilemeyeceği belirtilmiştir.

Yine Sözleşmenin 36. Maddesinde yapılan değişiklik ile Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserine daire ve büyük daire önündeki bütün davalara yazılı görüş sunma veya duruşmalara katılmak suretiyle müdahil olabilmeye yetkisi verilmiştir.

Sözleşmenin 46. Maddesinde yapılan değişiklik ile Bakanlar Komitesinin yetkileri güçlendirilmiştir. Buna göre taraf devletin mahkeme kararına uygun davranmayı reddetmesi durumunda Bakanlar Komitesi 2/3 çoğunlukla ihtar vermek kaydıyla meseleyi tekrar Mahkeme'nin önüne getirebilir. Bu takdirde başvuru Büyük Daire tarafından sonuçlandırılacaktır. Yine Bakanlar Komitesi 2/3 çoğunlukla Mahkeme kararının yorumlanmasını, Mahkemeden isteyebilecektir. Bunun için kararın icrası sürecinde yorumundan kaynaklı bir sorun ortaya çıkması gerekmektedir.

Sözleşmenin 59. Maddesinde yapılan değişiklik ile ise Avrupa Birliğinin Sözleşmeye katılabileceği belirtilmiştir¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Mahkeme Genel Kurulu'nun talebi üzerine, Bakanlar Komitesi, Daire hâkimlerinin sayısını, oybirliği ile alacağı bir kararla ve belirli bir süre için, beşe düşürebilecektir.

¹⁰⁹ Ek 14 No.lu Protokol'ün yürürlüğe girdiği 2010 yılından itibaren Avrupa Birliğinin Sözleşmeye katılım süreci tamamlanamamıştır. 15 Ocak 2020 tarihli toplantısında Delegeler



Toplam yirmiki Maddeden oluşan Protokol 13 Mayıs 2004 tarihinde Strazburg'ta imzaya açılmış, Sözleşmeye taraf tüm ülkelerin imza ve onay süreçlerinin tamamlanmasıyla 01 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹¹⁰. Bununla birlikte 14. Protokolün onay sürecinin uzaması üzerine¹¹¹ 12 Mayıs 2009 tarihli Madrid Anlaşması ile tek hâkim formasyonu ve üç hâkimli komitelerin başvuruları esastan inceleyebileceğine ilişkin hükümlerin uygulanmasını kabul eden ülkeler¹¹² bakımından geçici olarak derhal yürürlüğe gireceği belirtilerek, Mahkeme'nin artan iş yükü ile başa çıkabilmek amacıyla geçici bir çözüm üretilmiştir.

3.15. Ek 15 No.lu Protokol

Ek 15 No.lu Protokol (CETS No. 213) ile Mahkemenin etkin bir şekilde işleyişinin sürdürülebilmesi için Sözleşme'de bazı değişiklikler yapılmıştır. Buna göre:

Sözleşmenin başlangıç hükümlerinde “ikincilik ilkesi” ile “devletin takdir yetkisi” ilkelerine açıkça atıf yapılmıştır.

AİHM'e başvuru süresi altı aydan dört aya düşürülmek suretiyle kısaltılmaktadır. Yine 14. Protokol ile getirilen yeni kabul edilebilirlik kriteri olan “önemsiz zarar” kriterinin uygulanabilirliği kolaylaştırılmıştır. Buna göre, ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş hiçbir başvurunun bu gerekçe ile reddedilemeyeceğine ilişkin hüküm kaldırılmak suretiyle bu kriterin uygulanması artırılmak istenilmiştir.

Öte yandan Sözleşme'nin 30. Maddesinde yapılan değişiklik ile dairelerin davadan büyük daire lehine el çekmeleri kolaylaştırılmaktadır. Buna göre dairenin el çekme iradesi yeterli kabul edilmekte ve tarafların bu karara itiraz etmemeleri şartı kaldırılmaktadır.

Yine Sözleşmenin 21. Maddesinde yapılan değişiklik ile hâkimlerin yaş sınırı yükseltilmektedir. Buna göre AKPM'nin taraf devletten üç aday

Komitesi, hükümetlerarası çalışma grubu CDDH bünyesinde 2019'da başlatılan ve AB'nin katılımına ilişkin teknik çalışmalar yürüten 47+1 çalışma grubunun çalışmalarını öncelikli olarak tamamlamasına ilişkin görev süresinin uzatılmasını onaylamıştır. <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/accession-of-the-european-union-to-the-european-convention-on-human-rights> (Erişim: 12/06/2021)

¹¹⁰ <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/194> (Erişim: 09/06/2021).

¹¹¹ Rusya Federasyonu uzun bir süre Protokolü onaylamamış, nihayet 18/02/2010 tarihinde onaylamıştır.

¹¹² Buna göre söz konusu hükümler Almanya ve İsviçre bakımından 01/06/2009, Birleşik Krallık, Hollanda ve Lüksemburg açısından 01/07/2009, Belçika ve Estonya açısından 01/08/2009, Lihtenştayn açısından 01/09/2009, Arnavutluk açısından 01/10/2009 ve İspanya açısından 01/11/2009 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. <https://rm.coe.int/1680083718> (Erişim: 09/06/2021).

gösterilmesini istediği tarih itibariyle adayların 65 yaşından küçük olmaları şartı getirilmektedir. Bu durumda hâkimlerin 9 yıl görev yapacakları dikkate alındığında, en az 74 yaşına kadar görev yapabilmelerine imkân sağlanmaktadır.

Toplam dokuz maddeden oluşan Ek Protokol 24 Haziran 2013 tarihinde Strazburg'ta imzaya açılmış, Sözleşmeye taraf devletlerin imza ve onay süreçleri 21 Nisan 2021 tarihinde İtalya'nın da onaylaması ile tamamlanmış ve Protokol 01 Ağustos 2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹¹³.

3.16. Ek 16 No.lu Protokol

Ek 16 No.lu Protokol (CETS No. 214) ile ulusal yüksek mahkemelerin talebi üzerine Sözleşme ve protokollerde tanımlanan hak ve özgürlüklerin uygulanması ya da yorumlanmasına ilişkin ilkesel sorunlara AİHM tarafından danışma görüşü verilmesi imkânı getirilmiştir¹¹⁴.

Ulusal yüksek mahkemelerin talebi üzerine Mahkeme'nin danışma görüşü vermesiyle ulusal makamlar ile AİHM arasındaki etkileşimin daha artırılması ve böylelikle de ikincilik ilkesi doğrultusunda Sözleşme'nin ulusal düzeyde daha güçlü ve etkili bir şekilde uygulanması amaçlanmıştır.

Buna göre taraf devletler tarafından belirlenen ulusal yüksek mahkemeler¹¹⁵ bakmakta oldukları bir dava ile ilgili olarak Sözleşme ya da protokollerde belirtilen bir hak ve özgürlüğün yorumlanması ya da uygulanmasına ilişkin olarak danışma görüşü sorabileceklerdir. Talepte, danışma görüşüne neden ihtiyaç duyulduğunun gerekçesi, bakılmakta olan davaya ilişkin iç hukuk düzenlemeleri ile dava konusu olaylar hakkında yeterli bilgi sağlanmalıdır.

Danışma görüşü verilmesine ilişkin taleplerin Protokol'de belirtilen şartları kapsayıp kapsamadığının belirlenmesi açısından öncelikle beş hâkimli Büyük Daire Paneli tarafından değerlendirilir ve talep kabul edilirse danışma görüşü Büyük Daire tarafından verilir.

¹¹³ https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/213/signatures?p_auth=Ed8DZirn (Erişim:09/06/2021)

¹¹⁴ Mahkemenin benzer nitelikteki üç farklı görevi birbirine karıştırılmamalıdır. Ek 2 No.lu Protokol ile getirilip, Ek 11. No.lu Protokol ile Sözleşme metnine işlenen ve 47 ila 49. Maddelerde düzenlenen danışma görüşü verilmesi hususu Bakanlar Komitesinin talebi üzerine mümkündür. Ek 14 No.lu Protokol ile ise 46/3. Maddesinde yapılan değişiklik ile AİHM kararının icrası sürecinde Bakanlar Komitesi, kararın yorumundan kaynaklanan bir zorluk nedeniyle icra sürecinin engellendiği kanaatine varırsa kararın yorumu konusunda Mahkemeye başvurabilmektedir. Ek 16 No.lu Protokol ile de ikincilik ilkesini daha da güçlendirmek ve Sözleşmenin öncelikle ulusal mekanizmalar tarafından uygulanmasını sağlamaya yardımcı olmak amacıyla ulusal yüksek mahkemelerin talebi üzerine danışma görüşü verilmesi ihtimali getirilmiştir.

¹¹⁵ Hangi mahkemenin bu talepte bulunabileceği ilgili taraf ülke tarafından belirlenmektedir. Örneğin Fransa Anayasa Konseyi (the Constitutional Council), Yargıtay (the Constitutional Council) ve Danıştay'a (the State Council) bu talepte bulunma yetkisini vermiştir.



Protokolün yürürlüğe girmesinden itibaren Mahkemeye ulusal yüksek mahkemeler tarafından altı defa danışma görüşü verilmesi yönünde talepte bulunulmuştur¹¹⁶. Mahkeme'den ilk defa danışma görüşü Fransız Yargıtay'ı tarafından taşıyıcı anneliğe ilişkin olarak talep edilmiş ve 10 Nisan 2019 tarihinde görüş verilmiştir¹¹⁷. Yine Mahkeme Ermenistan Anayasa Mahkemesinin eski Cumhurbaşkanı Robert Kocharyan'ın yargılamasıyla ilgili olarak ceza kanunundaki anayasal düzeni yıkmak suçunun, kanunsuz ceza olmamasına ilişkin Sözleşmenin 7. Maddesi kapsamında yorumlanmasına ilişkin danışma görüşünü 29 Mayıs 2020 tarihinde vermiştir¹¹⁸. Öte yandan, Slovak Yüksek Mahkemesinin polis şikâyet mekanizmasının bağımsızlığının değerlendirilmesine ilişkin talebi ise Büyük Daire paneli tarafından 14 Aralık 2020 tarihinde reddedilmiştir¹¹⁹. Litvanya Yüksek İdare Mahkemesinin milletvekillerinin soruşturma usulü ile ilgili mevzuata ilişkin talebi 28 Ocak 2021 tarihinde; Ermenistan Yargıtay'ının işkence ve benzeri suçlarda iç hukukta zamanaşımı öngörülmesine rağmen, uluslararası hukuk kaynaklarına dayanarak zamanaşımının uygulanmamasının Sözleşme'nin 7. Maddesi kapsamında kanunsuz ceza olmaz ilkesi ile uyumlu olup olmayacağına ilişkin talebi 11 Mart 2021 tarihinde ve Fransız Danıştay'ının toprak sahipleri birliğinin arazilerini avcılar derneğinin resmi olarak onaylanmış bölgesinin dışına çıkarma hakkına ilişkin talebi ise 14 Nisan 2021 tarihinde Büyük Daire Paneli tarafından Mahkeme'nin danışma görüşü verme yetkisi kapsamında kaldığı kabul edilmiş ancak henüz görüş açıklanmamıştır¹²⁰.

Büyük Daire'deki danışma görüşü verilmesi sürecine Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ya da ilgili taraf devlet yazılı görüş vermek ya da duruşmaya katılmak suretiyle müdahil olabilecektir. Ayrıca Mahkeme Başkanı adaletin gerektiği şekilde yerine getirilmesi amacıyla diğer üye devletleri ya da herhangi bir kişiyi yazılı görüş vermeye ya da duruşmaya katılmaya davet edebilecektir.

Toplam onbir Maddeden oluşan Ek Protokol 02 Ekim 2013 tarihinde Strazburg'ta imzaya açılmış, Sözleşmeye taraf on ülkenin¹²¹ imza ve onay

¹¹⁶ https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/advisoryopinions&c=#n16117470544134546839403_pointer (Erişim: 12/06/2021)

¹¹⁷ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6380464-8364383%22%5D%7D> (Erişim: 12/06/2021).

¹¹⁸ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6708535-8973165%22%5D%7D> (Erişim: 12/06/2021).

¹¹⁹ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6951456-9350980%22%5D%7D> (Erişim: 12/06/2021).

¹²⁰ https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/advisoryopinions&c=#n16117470544134546839403_pointer (12/06/2021).

¹²¹ Arnavutluk, Ermenistan, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Litvanya, San Marino, Slovenya ve Ukrayna.

süreçlerinin tamamlanması üzerine 01 Ağustos 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹²².

1. Mahkeme Tarafından Geliştirilen Usuller

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Mahkeme tarafından bireysel başvurular kapsamında yorumlanmakta ve böylelikle Sözleşme standartları oluşmaktadır. Mahkeme bazı durumlarda açıkça Sözleşme’de belirtilmeyen hususlarda da içtihat yoluyla standartlarını belirlemek suretiyle çalışma usul ve esaslarını geliştirmiştir. Bu kapsamda uygulaması yaygın olan geçici tedbir, tek taraflı deklarasyon ve pilot dava usulü konularının incelenmesinin faydalı olacağı düşünülmüştür.

4.1. Geçici Tedbir

Sözleşme’de Mahkeme’nin acil durumlarda taraf devletler aleyhine geçici tedbir kararı vereceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, uygulamada acil durumlarda taraf devletler açısından bağlayıcı nitelikte geçici tedbir kararı verebilmektedir¹²³.

Geçici tedbir yetkisi Mahkeme İç Tüzüğü’nün 39. Maddesinde¹²⁴ düzenlenmiştir. Maddede geçici tedbirin Mahkemenin yerleşik içtihadına uygun olarak acil durumlarda ve sadece telafisi imkânsız yakın bir riskin varlığı halinde¹²⁵ hükmedilen tedbir olduğu belirtilmiştir. Geçici tedbirler çoğunlukla yaşam hakkı ya da işkence yasağına ilişkin çok ciddi bir tehdit

¹²² Protokol’e halihazırda 16 ülke imza ve onay süreçlerini tamamlamak suretiyle taraf olmuştur. Türkiye 20/12/2013 tarihinde Protokol’ü imzalamış ancak henüz onay süreci tamamlanmamıştır. https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=yhbblNz2 (Erişim: 10/06/2021)

¹²³ 2018-2020 yıllarının toplamında Mahkeme tüm ülkeler hakkında yapılan 2851 başvuruyu kapsama girmemesi nedeniyle, 1742 başvuruyu ise şartları oluşmaması nedeniyle reddetmiştir. 541 başvuruda ise ilgili ülke hakkında geçici tedbire karar vermiştir. https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_art_39_01_ENG.pdf (Erişim: 12/06/2021).

¹²⁴ Madde 39 – Geçici Tedbirler

“1. Daire veya gerektiği takdirde, Bölüm Başkanı ya da işbu maddenin 4. fıkrası uyarınca görevlendirilen nöbetçi bir hâkim, taraflardan birinin ya da ilgili başka bir kişinin talebi üzerine veya resen, tarafların menfaati ya da yargılamanın uygun bir şekilde yürütülmesi için alınması gerektiğini düşündükleri ihtiyati tedbirleri taraflara bildirebilmektedirler.

2. Gerektiği takdirde, Bakanlar Komitesi, bir davada alınan tedbirlerden derhal haberdar edilmektedir.

3. Daire ya da gerektiği takdirde, Bölüm Başkanı veya işbu maddenin 4. fıkrası uyarınca görevlendirilen nöbetçi bir hâkim, tarafları, bildirilen ihtiyati tedbirlerin uygulanmasına ilişkin her türlü sorun hakkında kendilerine bilgiler sunmaya davet edebilmektedir.

4. Mahkeme Başkanı, ihtiyati tedbir talepleri konusunda karar vermek üzere Bölüm Başkan Yardımcılarını nöbetçi hâkimler olarak görevlendirebilmektedir.”

¹²⁵ Geçici tedbirin şartları, niteliği ve taraf devletlerin yükümlülükleri için bkz. Mamatkulov ve Askarov v. Turkey [BD], no. 46827/99 ve 46951/99, par. 104, 4 Şubat 2005; Paladi v. Moldova [BD], no. 39806/05, par. 86-90, 10 March 2009.



olduğu durumlarda uygulanmaktadır. İstisnai durumlarda özel ve aile hayatına ilişkin belli talepler bakımından da uygulanabilmektedir. Geçici tedbir kararı verilen başvuruların çoğunluğu sınırdışı etme ya da suçluların iadesine ilişkin olup, Mahkeme bu durumda ilgili işlemin askıya alınmasını taraf devletten isteyebilmektedir. Geçici tedbir kararı belli bir zaman dilimi için verilebileceği gibi, başvuru süresince devam etmesi de istenebilecektir.

Geçici tedbir kararları Daire, Başkan ya da nöbetçi hâkim tarafından verilebilir, ret kararlarına karşı itiraz imkânı bulunmamaktadır.

Mahkeme içtihatlarına göre bir yapının derhal yıkımının veya derhal iflasın ya da askerlik görevinin yerine getirilmesine ilişkin yükümlülüğün engellenmesi, yargılamanın adil olmadığına ilişkin başvuru devam ederken mahkûmun tahliyesinin sağlanması, referandum yapılması veya bir siyasi partinin kapatılmasının engellenmesi¹²⁶ gibi konularda¹²⁷ geçici tedbir usulü uygulanamaz.

4.2. Tek Taraflı Deklarasyon

Sözleşme’de dostane çözüme ilişkin usul ve esaslar düzenlendiği halde, tek taraflı deklarasyon usulü düzenlenmemiştir. Tek taraflı deklarasyon Mahkeme İç Tüzüğünde 2 Nisan 2012 tarihli değişiklikle 62/A maddesi¹²⁸ olarak düzenlenmiştir.

¹²⁶ Sezer v. Türkiye (no. 35119/08) başvurusunda Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin Ak Parti’nin kapatılmasına karar vermesinin engellenmesi yönündeki geçici tedbir başvurusunu 28/07/2008 tarihinde reddetmiştir.

¹²⁷ https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_ENG.pdf (Erişim: 12/06/2021)

¹²⁸ Madde 62A – Tek Taraflı Deklarasyon

“1. a) Başvuranın işbu İç Tüzüğün 62. maddesi uyarınca yapılan bir dostane çözüm teklifinin şartlarını reddetmesi halinde, ilgili Sözleşmecî Taraf, Mahkemeden, Sözleşme’nin 37. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak başvurunun kayıttan düşürülmesi talebinde bulunabilmektedir:

b) Bu türden bir talebin yanında, başvuran açısından Sözleşme’nin ihlal edildiğini ve ilgili Sözleşmecî Tarafın yeterli bir tazminat ödemeyi ve gerektiği takdirde, gereken toplu tedbirleri almayı taahhüt ettiğini açıkça kabul eden bir deklarasyon metni yer almalıdır.

c) İşbu maddenin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca bir deklarasyon metni, Sözleşme’nin 39. maddesinin 2. fıkrası ve işbu İç Tüzüğün 62. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen olası bir dostane çözüm prosedüründen bağımsız olarak yürütülen kamuya açık ve çekışmeli bir yargılama ve dostane çözüm prosedürünün gizliliğine saygı çerçevesinde düzenlenmelidir.

2. İstisnai koşulların haklı gösterdiği durumlarda, talep ve bununla birlikte deklarasyon metni, dostane çözüme ulaşma konusunda önceden bir girişimde bulunulmasa dahi Mahkemeye sunulabilmektedir.

3. Mahkeme, Sözleşme ve Protokolleri ile güvence altına alınan insan haklarına saygı ilkesinin başvurunun incelenmesine devam edilmesini gerektirmediği sonucuna varmak için deklarasyon metninin yeterli bir dayanak sunmadığı kanısına vardığında, başvuran başvurunun incelenmesine devam edilmesini istese dahi, başvurunun tamamının veya bir bölümünün kayıttan düşürülmesine karar verebilmektedir.

4. Mevcut madde, işbu İç Tüzüğün 54A maddesinde öngörülen usule de, gerekli değişikliklerin yapılması koşuluyla (“niteliğine uyduğu ölçüde”) uygulanmaktadır”.

Tek taraflı deklarasyon usulü her ne kadar Sözleşme’de açıkça düzenlenmemişse de, 37. Madde bu usulün sözleşmesel dayanağını oluşturmaktadır. Buna göre dostane çözüm görüşmelerinin başarısızlıkla sonuçlanması durumunda ilgili taraf devlet başvuranın davasında Sözleşmenin ihlal edildiğini açıkça kabul ettiğini ve başvurana yeterli bir tazminat ödemeyi taahhüt eden bir deklarasyon sunarak, 37/1. Maddesi uyarınca başvurunun kayıttan düşürülmesini isteyebilmektedir. İstisnai durumların varlığı halinde söz konusu talep, dostane çözüm süreci başlatılmadan da iletilebilmektedir.

Mahkeme sunulan deklarasyonu dikkate alarak Sözleşme ve Protokolleri ile güvence altına alınan insan haklarına saygı ilkesinin başvurunun incelenmesine devam edilmesini gerektirmediği sonucuna varırsa, başvuranın başvurunun incelenmesine devam edilmesini istese dahi, başvurunun kayıttan düşürülmesine karar verebilmektedir¹²⁹. Bu kayıttan düşürme kararı da Sözleşme’nin 37/1. Maddesi hükmü ile uyumludur.

Dostane çözüm usulü gizli olarak yürütüldüğü ve gizliliğin ihlal edilmesi başvurunun ret sebebi olarak kabul edildiği halde, tek taraflı deklarasyon usulü kamuya açıktır. Yine dostane çözüm ile sonuçlanan başvurularda dostane çözüm konusunun yerine getirilip getirilmediği Bakanlar Komitesi tarafından denetlenirken, tek taraflı deklarasyon konusunun yerine getirilip getirilmediği Mahkeme tarafından denetlenir.

4.3. Pilot Dava Usulü

Mahkeme önündeki derdest davaların çoğunluğu benzer nitelikteki mükerrer başvurulara ilişkindir. Pilot dava usulü bu tür mükerrer başvurularda neden olan sistematik sorunların tespit edilerek üye ülkelere bu sorunların çözümü konusunda bir yükümlülük getirme ve böylelikle de sorunların iç hukuk mercileri tarafından çözümlenmesinin sağlanması amacıyla geliştirilmiştir¹³⁰.

Pilot dava usulünde Mahkemenin görevi yalnızca Sözleşmenin bir hükmünün ihlal edilip edilmediğine karar verilmesi ile sınırlı değildir. Bu usulde Mahkeme başvuruya neden olan sistematik sorunu tespit etmekte ve bu sorunun ne şekilde giderileceğine ilişkin alınması gereken tedbirleri Hükümetlere işaret etmektedir. Pilot dava usulünün en önemli özelliklerinden birisi de Hükümetlerin Mahkemenin işaret ettiği tedbirleri almak suretiyle derhal harekete geçerek benzer nitelikteki davaların ertelenmesi ya da dondurulmasına imkân sağlamasıdır.

¹²⁹ 2020 yılında toplam 1375 başvuru dostane çözüm sonucu kayıttan düşürülürken, 402 başvuru ise ilgili devlet tarafından sunulan tek taraflı deklarasyonun Mahkeme tarafından kabul edilmesi sonucu kayıttan düşürülmüştür. https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2020_ENG.pdf (Erişim: 12/06/2021).

¹³⁰ Pilot dava usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkn. https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf (Erişim: 24/06/2021).



Pilot dava usulünün temel amaçları Sözleşmenin ihlaline sebebiyet veren hususların öncelikle iç hukukta çözülmesinin sağlanması, bireylerin zararlarının daha kısa sürede giderilmesinin temin edilmesi ve Mahkeme'nin benzer nitelikteki mükerrer başvuruları incelemek yerine, iş yükünün azaltılması suretiyle nitelikli ve karmaşık konulara ilişkin başvurulara daha fazla zaman ayırmasını sağlamak şeklinde sıralanabilir.

AİHM ilk pilot kararını Broniowski/Polonya¹³¹ davasında Büyük Daire tarafından vermiştir. Söz konusu karar mülkiyet hakkına ilişkin olup yaklaşık 80.000 kişiyi ilgilendirmektedir. Söz konusu usul ülkemiz hakkında ise bir defa Ümmühan Kaplan/Türkiye¹³² kararına ilişkin olarak uygulanmıştır. Dava makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olup, Mahkeme kararda Ülkemize bu kapsamda etkili bir iç hukuk mekanizması kurulması için bir yıl süre vermiş ve bu süre içerisinde benzer nitelikteki 2.373 başvuruyu incelemeyi ertelemiştir. Bu karar doğrultusunda Adalet Bakanlığı bünyesinde uzun yargılama ve mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi şikâyetlerine bakmak üzere İnsan Hakları Tazminat Komisyonu¹³³ kurulmuş¹³⁴; böylelikle binlerce dosya hakkında Komisyona başvurulması için AİHM tarafından kabul edilemezlik kararı verilmiştir.

Pilot dava usulü içtihatlarla belirlenen ilkeler doğrultusunda Mahkeme Genel Kurulu tarafından 2011 yılında İç Tüzüğü¹³⁵ de alınmış ve usul ve

¹³¹ Broniowski v. Poland, No: 31443/96, 22 Haziran 2004.

¹³² Ümmühan Kaplan v Turkey, No: 24240/07, 20 Mart 2012.

¹³³ <https://ihtk.adalet.gov.tr/> (Erişim: 24/06/2021).

¹³⁴ 09/01/2013 tarihli ve 6384 sayılı "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Olan Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun" için bkz. 19 Ocak 2013 tarihli ve 28533 sayılı RG.

¹³⁵ "Madde 61 – Pilot Karar Usulü

1. Mahkeme, kendisine sunulan bir başvuruya dayanak oluşturan olayların, ilgili Sözleşmecî Tarafa yapısal veya sistemik bir sorunu ya da diğer benzer başvuruların yapılmasına neden olan ya da olabilecek nitelikte başka bir aksaklığın varlığını ortaya koyması durumunda, pilot karar usulünü uygulamaya karar verebilmekte ve bir pilot karar verebilmektedir.
2. a) Mahkeme, pilot karar usulünü uygulamaya karar vermeden önce, tarafları, incelenmesi gereken başvurunun ilgili Sözleşmecî Taraf bünyesinde bu türden bir sorun ya da aksaklıktan kaynaklanıp kaynaklanmadığı ve başvurunun bu usule göre incelenmeye elverişli olup olmadığı hakkında görüşlerini sunmaya davet etmemidir.
b) Mahkeme, pilot karar usulünü resen ya da bir tarafın veya her iki tarafın talebi üzerine uygulamaya karar verebilmektedir.
c) Pilot karar usulünün uygulanmasına karar verilen her başvuru, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 41. maddesi anlamında öncelikli bir incelemeye tabi tutulmalıdır.
3. Mahkeme, verdiği pilot kararında, tespit ettiği yapısal veya sistemik sorunun ya da aksaklığın niteliğini ve ilgili Sözleşmecî Tarafın karar hükmü uyarınca ulusal düzeyde alması gereken tazminat tedbirlerinin türünü belirtmemlidir.

esaları belirlenmiştir. Pilot dava usulü mülkiyet hakkının korunması¹³⁶, mahkeme kararlarının uzun süre icra edilmemesi ve etkili iç hukuk yollarının bulunmaması¹³⁷, yargılama sürelerinin uzunluğu ve etkili iç hukuk yolunun

4. Mahkeme, verdiği pilot kararın hüküm kısmında, gereken tedbirlerin niteliğini ve tespit ettiği soruna ulusal düzeyde çözüm getirilebilecek hızı göz önünde tutarak, yukarıda geçen 3. paragrafta belirtilen tedbirlerin alınması için belirlenen süreyi belirtebilmektedir.
5. Mahkeme, bir pilot karar verirken, kararda belirtilen hem bireysel hem de genel tedbirler davalı Sözleşmeci Tarafça alınmaya kadar adil tazmin hususunu tamamen ya da kısmen saklı tutabilmektedir.
6. (a) Mahkeme, gerektiği takdirde, pilot kararın hüküm kısmında belirtilen tazminat tedbirleri alınmaya kadar aynı gerekçeye sahip olan bütün başvuruların incelenmesini erteleyebilmektedir.
- (b) İlgili başvuranlar, uygun bir şekilde erteleme kararından haberdar edilmektedirler. Gerekli görüldüğü takdirde, davalarına ilişkin her türlü yeni unsur kendilerine bildirilmektedir.
- (c) Mahkeme, herhangi bir aşamada, adaletin iyi işleminin gerektirmesi durumunda, ertelenen bir başvuruyu inceleyebilmektedir.
7. Pilot davadaki tarafların dostane çözüm hususunda anlaşmaları halinde, bu tür bir anlaşma, kararda belirtilen genel tedbirlerin ve diğer başvuranlar hakkında alınması gereken muhtemel tazminat tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin olarak davalı Sözleşmeci Tarafın bir bildirimini içermelidir.
8. İlgili Sözleşmeci Tarafın pilot kararın hüküm kısmına uygun davranmaması halinde, Mahkeme, aksi yönde bir karar vermedikçe, yukarıda geçen 6. paragraf uyarınca ertelenen başvuruların incelemesine yeniden devam etmektedir.
9. Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Mahkemenin bir Sözleşmeci Tarafa yapısal ya da sistemik sorunun bulunduğuna işaret ettiği bir pilot kararın ya da başka bir kararın verildiğine dair sistematik olarak bilgilendirilmektedir.
10. Pilot karar usulüne göre bir başvuruyu inceleme kararı, bir pilot kararın verilmesi, bu kararın icra edilmesi ve bu usulün sonlandırılması, Mahkemenin internet sitesinde bilgilerin yayımlanmasına imkân vermektedir.”

¹³⁶ Broniowski v. Poland, (No: 31443/96), 22 Haziran 2004; Hutten-Czapska v. Poland , (No: 35014/97), 19 Haziran 2006; Suljagic v. Bosnia and Herzegovina, (No: 27912/02), 3 Kasım 2009; Maria Atanasiu and Others v. Romania, (No: 30767/05 ve 33800/06), 12 Ekim 2010; Manushaqe Puto and Others v. Albania, (No: 604/07, 43628/07, 46684/07 ve 34770/09), 31 Temmuz 2012; M.C. and Others v. Italy, (No: 5376/11), 3 Eylül 2013; Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, “the former Yugoslav Republic of Macedonia”, Serbia and Slovenia, (No: 60642/08), 16 Temmuz 2014.

¹³⁷ Burdov v. Russia (no. 2), (No: 33509/04), 15 Ocak 2009; Olaru and Others v. the Republic of Moldova, (No: 476/07, 22539/05, 17911/08), 28 Temmuz 2009; Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine, (No: 40450/04), 15 Ekim 2009; Gerasimov and Others v. Russia, (No: 29920/05, 3553/06, 18876/10, 61186/10, 21176/11, 36112/11, 36426/11, 40841/11, 45381/11, 55929/11 ve 60822/11), 1 Temmuz 2014.



bulunmaması¹³⁸, mahkûmların oy kullanma haklarının olmaması¹³⁹, insanlık dışı ve/veya aşağılayıcı tutukluluk koşulları¹⁴⁰ ile kalıcı ikamet kayıtlarından kanun dışı bir şekilde çıkartılan kişilerin ikamet durumlarının düzeltilmemesi¹⁴¹ konularında ilişkin olarak uygulanmış ve çok sayıda karar verilmiştir.

2. Sayılarla Sözleşme Koruma Mekanizmaları

Sözleşme’de belirtilen hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunmasının sağlanması amacıyla öngörülen ve en önde gelen koruma mekanizması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’dir. Yine AİHM tarafından verilen kararların etkili bir şekilde icra edilip edilmediğini denetleyen ve bu kapsamda üye ülkelere ilişkin gerektiğinde çeşitli diplomatik girişimlerde bulunmak gibi görevleri bulunan Bakanlar Komitesi de önemli bir rol oynamaktadır. Bu nedenle bu bölümde her iki mekanizmanın çalışmalarına ilişkin çeşitli sayısal veriler paylaşılmıştır.

5.1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkeme’sine tüm üye ülkeler hakkında 1959¹⁴² yılında kuruluşundan itibaren 2020 yılı sonu itibariyle 975,214 adet başvuru yapılmış, yine aynı tarih itibariyle söz konusu başvuruların 921,228’i sonuçlandırılmıştır. 2020 yılı sonu itibariyle Mahkeme önünde derdest başvuru sayısı ise 62.000’dir. Sonuçlandırılan başvurulardan 868,205 adetinde kabuledilemezlik ya da dostane çözüm, tek taraflı deklarasyon, takip etmeme vb. çeşitli nedenlerle kayıttan düşme kararı verilirken, 53,023 başvuru ise esastan incelenmiş ve 23,406 adet karar ile sonuçlandırılmıştır. Esastan incelenerek verilen tüm kararların %84’ünde ise en az bir Sözleşme hükmünün ihlal edildiğine karar verilmiştir¹⁴³.

¹³⁸ Rumpf v. Germany, (No:46344/06), 2 Eylül 2010; Athanasiou and Others v. Greece, (No:50973/08), 21 Aralık 2010; Dimitrov and Hamanov v. Bulgaria, (No: 48059/06 ve 2708/09) ile Finger v. Bulgaria, (No: 37346/05), 10 Mayıs 2011; Ümmühan Kaplan v. Turkey, (No: 24240/07), 20 Mart 2012; Michelioudakis v. Greece, (No: 54447/10), 3 Nisan 2012 ile Iykantzi v. Greece (No: 40150/09), 30 Ekim 2012; Rutkowski and Others v. Poland, No:72287/10, 13927/11 ve 46187/11), 7 Temmuz 2015; Gzásó v. Hungary, (No: 48322/12), 16 Temmuz 2015.

¹³⁹ Greens and M.T. v. the United Kingdom, (No: 60041/08 ve 60054/08), 23 Kasım 2010.

¹⁴⁰ Ananyev and Others v. Russia, (No: 42525/07 ve 60800/08), 10 Ocak 2012; Torreggiani and Others v. Italy, (No: 43517/09) 8 Ocak 2013; Neshkov and Others v. Bulgaria, (No: 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 ve 9717/13), 27 Ocak 2015; Varga and Others v. Hungary, (No: 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 ve 64586/13), 10 Mart 2015; W.D. v. Belgium, (No: 73548/13), 6 Eylül 2016; Rezmiveş and Others v. Romania, (No: 61467/12, 39516/13, 48213/13 ve 68191/13), 25 Nisan 2017; Sukachov v. Ukraine, (No: 14057/17), 30 Ocak 2020.

¹⁴¹ Kurić and Others v. Slovenia, (No: 26828/06), 26 Haziran 2012.

¹⁴² Söz konusu rakamlara 1959 yılında Mahkeme kurulmadan önce Komisyona yapılan başvurular da dâhildir.

¹⁴³ https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592020_ENG.pdf (Erişim: 12/06/2021).

Mahkemenin tüm ülkeler hakkında verdiği ihlal kararlarının dağılımına bakıldığında ise yaklaşık %40'ı Sözleşmenin 6. Maddesine ilişkindir. Bunların %16.79'u adil yargılanmaya ilişkin iken, %20.86'sı ise yargılamaların makul süre içerisinde gerçekleştirilememesine ilişkindir. İhlal kararlarının %13.34'ü ile 5. Maddede düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkı ikinci sırada gelirken; 2 ve 3. Maddede düzenlenen yaşam hakkı ile işkence ve insanlık dışı ya da kötü muameleye yasağının ciddi bir şekilde ihlal edildiği karar oranı ise %16 olarak gerçekleşmiştir.

AİHM tüm ülkeler hakkında en fazla 6. Maddede düzenlenen adil yargılanma hakkına, özellikle de uzun yargılama şikâyetlerine ilişkin ihlal kararı vermektedir. Mahkemenin 2020 yılında verdiği bütün ihlal kararlarının yaklaşık dörtte biri uzun yargılama şikâyetlerini de içeren adil yargılanma hakkına ilişkindir (2020: %22.65; ortalama: %37.65). Bununla birlikte son yıllarda işkence ve insanlık dışı ya da kötü muamele yasağı (2020: %15.31; ortalama: % 11.70) ile özgürlük ve güvenlik hakkına (2020: %16.42; ortalama %13.34) ilişkin verilen ihlal kararlarında da bir artış görülmektedir.

5.2. Bakanlar Komitesi

AİHM kararlarının icrası denetimi kapsamında Bakanlar Komitesine Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihten 15 Mart 2021 tarihine kadar toplam 28.021 karar gelmiştir. Bu kararlardan 22.716'sının AİHM kararlarındaki bulgular doğrultusunda yerine getirildiği sonucuna varılmış ve Bakanlar Komitesi tarafından denetimi sonlandırılmıştır¹⁴⁴. 31 Aralık 2020 tarihi itibarıyla Bakanlar Komitesi önünde icra denetimi devam eden toplam dosya sayısı ise 5.233'tür. Söz konusu dosyaların 1.258'i emsal niteliğinde dosya olup, 3.975'i ise benzer nitelikteki tekrarlayan ihlal konularına ilişkin ve bir emsal kararla birlikte incelenen dosyalardır¹⁴⁵.

2020 yılı sonu itibarıyla tüm ülkeler hakkında incelemesi devam eden dosyalara konu itibarıyla bakıldığında ise güvenlik güçlerinin eylemleri (%15), tutuklamanın hukukiliği ve benzeri konular (%10), yaşam hakkı ve işkence yasağı (%8), tutuklama koşulları ve sağlık hizmetleri (%10), yargılama sürelerinin uzunluğu (%9), mülkiyet hakkına müdahaleler (%6), iç hukuk mahkemelerince verilen kararların uygulanmaması (%4), sınırdışı ve iade işlemlerinin hukukiliği (%4), toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı (%4), ifade özgürlüğü (%4) ve diğer konular %23 olarak sıralanmaktadır¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Söz konusu rakamlar kümülatif olarak yer almamakta olup, her ülke hakkında ayrı ayrı yayımlanan rakamlar toplanarak elde edilmiştir. <https://www.coe.int/en/web/execution/thematic-factsheets> (Erişim:16/06/2021). Türkiye hakkında ise toplam 4164 karar icra denetimi kapsamında gelmiş, 3538'i kapatılmış, halen 626 dosyanın icra sürecinin denetimi devam etmektedir. <https://rm.coe.int/tur-eng-fs4/1680709767> (Erişim: 16/06/2021).

¹⁴⁵ <https://rm.coe.int/2020-cm-annual-report-eng/1680a1f4e8> s.47. (Erişim:16/06/2021).

¹⁴⁶ <https://rm.coe.int/2020-cm-annual-report-eng/1680a1f4e8> s. 56. (Erişim: 16/06/2021).



2020 yılı istatistiklerine bakıldığında ise toplam 983 yeni dosyanın (195'i emsal, 788'i benzer nitelikte) icra denetimi kapsamında Bakanlar Komitesi önüne gelmiş, yine toplam 983 dosyanın (187 emsal, 796 benzer nitelikte) ise icra denetimi sona ermiştir¹⁴⁷.

Yine 2020 yılında Mahkeme'nin ihlal kararları kapsamında toplam 76.452.187 Avro adil tazminat kararı verildiği görülmektedir. Aleyhine en yüksek miktarda adil tazminat kararı verilen ülkeler ise Romanya (37.455.775 Avro), Rusya (11.458.094 Avro) ve İtalya (5.134.768 Avro) şeklinde sıralanmaktadır. Türkiye hakkında ise 1.548.027 Avro adil tazminata hükmedilmiş olup, Karadağ, Moldova, Yunanistan, Macaristan ve Malta'dan sonra gelmektedir¹⁴⁸.

Öte yandan Sözleşme'nin 46/3. Maddesi kapsamında mahkeme kararının yorumundan kaynaklı bir zorluk nedeniyle icrasının denetiminin engellendiği durumlarda Mahkeme'ye kararın yorumlanması amacıyla başvurulmasına ilişkin bir Bakanlar Komitesi kararına rastlanmamıştır. Bununla birlikte bir taraf devletin kesin nitelikteki bir karara uygun davranmadığı gerekçesiyle Sözleşmenin 46/4. Maddesi kapsamında Mahkeme'ye sadece bir defa başvurmuştur¹⁴⁹. Bakanlar Komitesi Sözleşme'nin 47. Maddesi kapsamında ise Mahkeme'den üç defa danışma görüşü talebinde bulunmuştur¹⁵⁰.

SONUÇ

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin kabulünden sonra insan hak ve hürriyetlerinin etkin bir şekilde korunması ve geliştirilmesi amacıyla geliştirilen evrensel ve bölgesel düzeydeki koruma mekanizmalarının içinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi koruma sistemi en etkin sistem olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen benzeri insan hakları sözleşmelerinin öngördüğü koruma sistemlerinden farklı olarak, Mahkeme denetimine imkân vermekte ve böylelikle yarı yargısal mekanizmalar yerine bağımsız ve sürekli bir yargısal mekanizma ile denetim mekanizması güçlendirilmiştir.

Bunun yanısıra Mahkemenin bireysel başvuruları kabul etmesi, adil bir tazminata hükmedebilmesi ve Mahkeme kararlarının icra sürecinin de siyasi

¹⁴⁷ https://rm.coe.int/2020-cm-annual-report-eng/1680a1f4e8_s.37-52. (Erişimi: 16/06/2021). Türkiye hakkında ise toplam 103 yeni dosya (10 emsal, 93 benzer nitelikte) icra denetimi kapsamında Bakanlar Komitesinin önüne gelmiş, 168 dosyanın (17 emsal, 151 benzer nitelikte) icra denetimi sona ermiştir. <https://rm.coe.int/tur-eng-fs4/1680709767> (Erişim: 16/06/2021).

¹⁴⁸ https://rm.coe.int/2020-cm-annual-report-eng/1680a1f4e8_s.63. (Erişim: 16/06/2021).

¹⁴⁹ <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECIdentifiant%22:%5B%22001-179899%22%7D> (Erişim: 16/06/2021).

¹⁵⁰ Bkn. 61 no.lu dipnot.

bir organ olan Bakanlar Komitesi tarafından denetlenmesi sistemin etkinliğinin sağlanması ve sürdürülmesindeki önemli faktörlerdir.

Şüphesiz Sözleşme ilk kabul edildiğinde öngörülen koruma mekanizması bugünkü düzeyde gelişmiş ve ihtiyaçlara cevap verebilecek durumda değildi. Yarı yargısal organ niteliğinde olan Komisyon ile yargısal bir mekanizma olarak Mahkeme kurulması gibi ikili bir yapı tercih edilmişti. Yine Bakanlar Komitesine belli durumlarda yarı yargısal organ niteliğinde karar alabilme yetkisi verilmişti. Bununla birlikte Sözleşmenin kabulünden itibaren gerek uzmanlar düzeyinde, gerekse de politik düzeyde düzenli olarak sistemin işleyişinin geliştirilmesi ve etkinliğinin artırılmasına ilişkin tedbirler tartışılmış ve zaman içerisinde Protokoller aracılığıyla sistemin sürdürülebilirliği sağlanmıştır.

Ek Protokoller ile bir yandan Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile uyumlu olarak yeni hak ve özgürlükler Sözleşme kapsamında korumaya alınırken, diğer yandan koruma mekanizmasının yapısı ve başvuru usulü sürekli geliştirilmiştir. Günümüzde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Strazburg'ta kurulu, 47 üye ülkeden seçilen ve daimi olarak görev yapan hâkimlerin bulunduğu, yeterli sayıda uzmanlardan oluşan geniş bir sekreteryası (yazı işleri müdürlüğü) bulunan, adalet gemisini temsil eden bir binaya sahip ve 800 milyondan fazla bir nüfusun hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesinde önemli bir rol oynayan uluslararası bir mahkeme olarak işleyişini sürdürmektedir.

Sözleşmenin ve Mahkemenin reform sürecine¹⁵¹ ilişkin çalışmalar sürekli olarak devam etmektedir. Avrupa Konseyi bünyesinde bulunan ve hükümetler arası işbirliğiyle oluşturulan İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi¹⁵², Bakanlar Komitesi tarafından verilen görevler çerçevesinde bu alanda çalışmalarını sürdürmektedir. Öte yandan Avrupa Birliği'nin Sözleşmeye katılma süreci de henüz tamamlanmamıştır.

Çalışmamızda Sözleşme ve koruma sisteminin bugünkü aşamaya nasıl geldiği, atılan adımlar ve değişiklikler ana hatlarıyla incelenmiştir. Bütün dokümanların bulunduğu internet sayfalarına link verilmek suretiyle atıflar yapılarak araştırmacılara yol gösterici olması hedeflenmiştir. Böylelikle sistemin tarihi aşamaları gözler önüne serilmek suretiyle bugünkü halinin daha iyi anlaşılabilmesine katkı sağlanması hedeflenmiştir.

¹⁵¹ Mahkeme reform sürecine ilişkin detaylı bilgi için <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=> (Erişim: 16/06/2021)

¹⁵² <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation> (Erişim: 16/06/2021)

KAYNAKÇA¹⁵³

<https://www.resmigazete.gov.tr/>

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/anasayfa/>

<https://adalet.gov.tr/>

<https://inhak.adalet.gov.tr>

<https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/>

[SayfaDokuman/24122019093355stratejikplan.pdf](https://www.coe.int/en/web/portal/home)

<https://www.coe.int/en/web/portal/home>

<https://www.coe.int/en/web/conventions/home>

<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>

https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_art_39_01_ENG.pdf

<https://hudoc.echr.coe.int/eng>

https://www.echr.coe.int/Documents/Archives_1950_Convention_ENG.pdf

https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_Instrument_ENG.pdf

https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592020_ENG.pdf

https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2020_ENG.pdf

https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_ENG.pdf

https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf

<https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation>

<https://www.coe.int/en/web/execution/country-factsheets>

<https://rm.coe.int/2020-cm-annual-report-eng/1680a1f4e8>

<https://rm.coe.int/tur-eng-fs4/1680709767>

<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/pages/home.aspx>

<https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49>

<https://treaties.un.org/pages/showdetails.aspx?objid=08000002800f10e1>

<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

<https://www.youtube.com/watch?v=Rq8vZUJZFHg>

¹⁵³ Çalışmada ihtiyaç duyulan bütün materyallerin elektronik olarak mevcut olması nedeniyle, sadece internet kaynaklarından yararlanılmış olup, elektronik kaynakça aşağıda belirtilmiştir.

Ek: AİHS'e Ek Protokoller İmza ve Yürürlük Tarihleri

Ek Protokol No:	İmzaya Açılış Tarihi	Yürürlük Tarihi	Ülkemiz İmza Tarihi	Ülkemiz Yürürlük Tarihi
Ek 1 No.lu Protokol	20 Mart 1952	18 Mayıs 1954	20 Mart 1952	18 Mayıs 1954
Ek 2 No.lu Protokol	6 Mayıs 1963	21 Eylül 1970	6 Mayıs 1963	21 Eylül 1970
Ek 3 No.lu Protokol	6 Mayıs 1963	21 Eylül 1970	6 Mayıs 1963	21 Eylül 1970
Ek 4 No.lu Protokol	16 Eylül 1963	2 Mayıs 1968	19 Ekim 1992	*Onay belgeleri henüz tevdi edilmediğinden yürürlüğe girmemiştir.
Ek 5 No.lu Protokol	20 Ocak 1966	20 Aralık 1971	20 Ocak 1966	20 Aralık 1971
Ek 6 No.lu Protokol	28 Nisan 1983	1 Mart 1985	15 Ocak 2003	1 Aralık 2003
Ek 7 No.lu Protokol	22 Kasım 1984	1 Kasım 1988	14 Mart 1985	1 Ağustos 2016
Ek 8 No.lu Protokol	19 Mart 1985	1 Ocak 1990	4 Şubat 1986	1 Ocak 1990
Ek 9 No.lu Protokol	6 Kasım 1990	1 Ekim 1994	6 Kasım 1990	* Henüz onaylanmadığından yürürlüğe girmemiştir.
Ek 10 No.lu Protokol	25 Mart 1992	1 Kasım 1998 tarihinde, 11 No.lu Protokolle işlevsiz hale geldi.	-	-
Ek 11 No.lu Protokol	11 Mayıs 1994	1 Kasım 1998	11 Mayıs 1994	1 Kasım 1998
Ek 12 No.lu Protokol	4 Kasım 2000	1 Nisan 2005	18 Nisan 2001	* Henüz onaylanmadığından yürürlüğe girmemiştir.
Ek 13 No.lu Protokol	3 Mayıs 2002	1 Temmuz 2003	9 Ocak 2004	1 Haziran 2006
Ek 14 No.lu Protokol	13 Mayıs 2004	1 Haziran 2010	6 Ekim 2004	1 Haziran 2010
Ek 15 No.lu Protokol	24 Haziran 2013	1 Ağustos 2021	13 Eylül 2013	1 Ağustos 2021
Ek 16 No.lu Protokol	2 Ekim 2013	1 Ağustos 2018	20 Aralık 2013	* Henüz onaylanmadığından yürürlüğe girmemiştir.



DİJİTAL PARA VE EGEMENLİK

Digital Money and Sovereignty

Mehmet ÇATLI* - Sümeyye ŞİMŞEK**

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (151-184)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 03.05.2021

Kabul Tarihi : 14.09.2021

Makale Türü: *Araştırma*

Article Info

Received Date: 03.05.2021

Accepted Date: 14.09.2021

Article Type : *Research*

ÖZET

Bu çalışmada dijital para birimlerinin egemenlikle olan ilişkisi ele alınmıştır. Paranın egemenlik ile doğrudan bir ilişkisi vardır. Para, egemenliğin sembolü olarak kabul edilmektedir. Egemenliğini göstermek isteyen hükümdarlar kendi adlarına para bastırmışlardır. Devletin kendi ulusal parası, onun egemenliğini simgelemektedir. Egemenlik kavramı para basma yetkisini de bünyesinde barındırır. Egemen devletler para basma tekelini elinde bulundururlar. Her devlet, kendi para birimi üzerinde tekele sahiptir, fakat devletin para üzerindeki egemenliği zamanla aşındırılmak istenmiştir. Bu amaçla ulus üstü kurum ve kuruluşlar oluşturulmuştur ve paranın kurallarını bunlar belirlemeye başlamışlardır. Küreselleşmenin etkisiyle teknoloji geliştikçe ulus devletlerin para üzerindeki egemenliğini aşındıracak başka bir şey daha ortaya çıkmıştır: dijital para. Literatürde dijital para kavramı yerine sanal para, kripto para gibi farklı kavramlar kullanılabilir. Çalışmada ifade edilen dijital para birimleri ise merkez bankası tarafından çıkarılmamaktadır. Arkasında devlet gücü bulunmamaktadır. Dijital para birimleri devletsiz ve denetimsizdir. Devlet tarafından değil de özel kişiler tarafından çıkarılmaktadır. Bunlar devlet tarafından kontrol edilememektedir. Devlet tekeline meydan okumaktadır ve egemenliği tehdit etmektedir. Egemen, bu tehdit karşısında sessiz kalmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Genel Kamu Hukuku, İdare Hukuku, Dijital Para Birimi, Egemenlik, Merkez Bankası, Sanal Para, Kripto Para Birimi.

ABSTRACT

In this study digital currencies and its relation to sovereignty is handled. Money has direct relation with sovereignty. Money is accepted as a symbol of sovereignty. Rulers who want to display their sovereignty minted money in their own name. State's own national money symbolizes its sovereignty. Notion of sovereignty also includes mintage authority. Sovereign states hold the monopoly of minting money. Each state has a monopoly on its own currency, but state's sovereignty on money wanted to be abraded. For this purpose supra-national institutions and organizations have been established and they started to determine

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, mehmet.catli@asbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-7998-8434>.

** Arş. Gör., Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, sumeyyesimsek53@outlook.com, <https://orcid.org/0000-0001-9528-1543>



rules of money. As technology develops with the effect of globalization, something else has emerged that will abrade the sovereignty of nation state on money: digital money. In literature different notions can be used instead of the notion of digital money, such as virtual money, cryptocurrency. Digital currencies that expressed in study, aren't issued by central bank. There is no state power behind it. Digital currencies are stateless and uncontrolled. They issued by private person not by the state, They aren't controlled by state. It challenges state monopoly and threatens sovereignty. Sovereign doesn't remain silent in the face of this threat.

Keywords: General Public Law, Administrative Law, Digital Currency, Sovereignty, Central Bank, Virtual Money, Cryptocurrency.

GİRİŞ

Paranın egemenlikle doğrudan bir ilişkisi bulunmaktadır. Geçmiş zamanlarda hükümdarlar, egemenliklerinin bir göstergesi olarak kendi adlarına para bastırma yoluna gitmişler ve temel bir iktidar olan para iktidarını tekellerinde bulundurmışlardır. Taht mücadelelerinde egemenliğin kendisine ait olduğunu göstermek isteyenler de para basma yoluna gitmiştir. Hatta, egemene baş kaldırıp, kendi egemenliğini ilan etmeye çalışanların da kendi adlarına para bastıkları görülmüştür.

Modern çağ ile birlikte merkez bankaları kurulmuş ve devletler, para basma yetkisini merkez bankaları aracılığıyla kullanmaya başlamışlardır. Merkez bankalarının kurulmasında parada yaşanan dönüşümün, ülkeler arası ticaretin gelişmesinin, para politikalarının düzgün bir şekilde yönetilmesi ihtiyacının etkili olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca merkez bankalarının kurulmasında savaşların rolü de göz ardı edilemez. Nitekim başlarda merkez bankalarının öncelikli görevi savaş giderlerini finanse etmek iken sonradan, savaşların büyüyüp genişlemesi, büyük ekonomik krizlerin yaşanmasıyla merkez bankalarının görevleri de daha karmaşık hale gelmiştir.

İlerleyen süreçte çeşitli ulus üstü kurumlar oluşturulmuş, paranın kontrolü bu kurumların eline geçmiştir. Zira artık paranın kurallarını bu kurumlar belirlemekte, devletlere de bu kurallara uymak düşmektedir. Aksi halde kurala uymayan devletler, oluşturulan küresel sistemden dışlanacaklardır. Bu ulus üstü kurumlara Uluslararası Para Fonu (IMF), Dünya Bankası gibi kurumlar örnek gösterilebilir. Bunlara Amerika Merkez Bankası olan Federal Rezerv Sistemi'ni (FED) de dahil edilebilir. Zira yapısı itibarıyla bilinen anlamda bir merkez bankası olmayan FED, diğer ülkelerin para politikalarını ve ekonomik kararlarını etkilemektedir. Bu yönüyle FED de ulus üstü kurumların arasına dahil edilebilir.¹ Bunlar küresel düzeyde ekonomiyi kontrol etmeye başlamışlardır.

Ulus üstü kurumların ülkelerin ekonomilerini, para politikalarını yönlendirmeye başlamasıyla ulus devletlerin kendi ekonomileri ve para

¹ Güneş Yılmaz ve Yalçın Alganer "Amerikan Merkez Bankası (Fed)'nin Oluşumu, Tarihsel Seyri, İşleyişi ve Küresel Etkinliği" (2014) 51 (595) Finans Politik & Ekonomik Yorumlar 56,59 vd.

politikaları üzerindeki mutlak egemenliği aşındırılmaktadır. Zira artık bu alanda söz söyleyen başka yapılar (ulus üstü kurumlar) bulunmaktadır. Ülkelerin kendi ulusal paraları da bu kurumların politikalarından etkilenmektedir. Nitekim bu kurumların yönettiği, hakim olduğu küresel sistemde tek bir para biriminin oluşturulması arzu edilmekte ve bu arzu, ulusal para birimleri için tehdit oluşturmaktadır. Tek bir para birimini geçerli kabul etmek, diğerlerini yok saymak anlamına gelmektedir. Piyasalarda devletlerin egemenliğini temsil eden ulusal paraların yok sayılması devletin egemenliğinin de yok sayılması anlamına gelecektir.

Küreselleşmenin etkisiyle ulus devletlerin ekonomi üzerindeki hakimiyetini kaybetmeye başladığı görülmektedir. Ulus üstü kurumların politikaları sebebiyle para üzerindeki egemenliği aşınan ulus devletler, küreselleşmenin beraberinde getirdiği teknolojik gelişmelerden de etkilenmiştir. Teknolojide yaşanan gelişmeler paraya da yansımış, para dijitalleşmeye ve fiziksel gerçekliğini kaybetmeye başlamıştır. Paranın dijital ortama taşınması ekonomide birçok kolaylığı beraberinde getirirse de dijital para birimlerinden bazılarının bünyesinde barındırdığı risklere karşı dikkatli olunmalıdır. Nitekim yeniliklere ve gelişmelere kulak tıkamak, ayak diremek ne kadar yanlışsa her türlü yeniliği sorgusuz sualsiz kabul etmek, doğrudan benimsemek de o kadar yanlıştır.

Dijital para birimlerinin oluşturulmasını yalnızca teknolojideki gelişmelere bağlamak, teknolojik gelişmelerin zorunlu bir sonucu olarak görmek pek doğru olmayacaktır. Bu paraların oluşturulmasının arkasında teknolojinin nimetlerinden faydalanarak ekonomik işlemleri kolaylaştırma saikinin olduğu düşünülebilse de ulusal paraları etkisizleştirme, devlet egemenliğine meydan okuma amacının da bulunduğunu ifade etmek gerekir.

Dijital para birimleri devletin para basma tekeline, dolayısıyla egemenliğine meydan okumaktadır. Egemen devlet, egemenliğinin gereği olarak para basma tekeline elinde bulundururken egemene başkaldırmak isteyenler, devletin egemenliğini tanımak istemeyenler veya yeni bir egemenlik kurmak isteyenler, para basma yoluna giderek kendi egemenliğini ilan etme çabasıdır. Geçmişte hükümdara başkaldırmak için para basmaya kalkışanların güttüğü saik ile günümüzde dijital parayı çıkaranların saiki aynıdır. Arkasında devlet gücü bulunmayan, devleti temsil etmeyen bu paralar, ulusal paraları tehdit etmektedir. Piyasalarda devleti temsil eden ulusal paraları etkisizleştirme çabasına girişilmesi, bunun bir göstergesidir.

Dijital para birimlerinin ortaya çıkarılmasıyla para, devletsizleştirilmeye çalışılmaktadır. Bir devlet tarafından çıkarılmayan, arkasında merkezi bir otorite ve bu otoritenin denetimi olmayan dijital paralarla yeni bir sistem, yeni bir düzen inşa edilmeye çalışılmaktadır. Bu yönüyle otoritesiz, denetimsiz, ulusal kimlikten uzak, yasal düzenlemelerin bulunmadığı bir düzen hayal edilmektedir. Fakat bunun sürdürülebilir olmadığını ifade etmek gerekir.

Nitekim günümüzdeki duruma bakıldığında dahi bunun sürdürülebilir olmadığı kolayca görülebilecektir.

Günümüzde, merkezi otoritenin kontrol edemediği bu paralarla kara para aklama, terör örgütlerine yardım gibi suçların işlendiği bilinmektedir. Kontrolün yapılamıyor olması, bu suçların işlenebilmesi için elverişli bir ortam meydana getirmektedir ki bu, devletin egemenliğini içten içe tehdit etmektedir. Para transferinin ne amaçla, nereye yapıldığının bankalarca kontrol edilmiyor oluşu da suç işlenmesini kolaylaştırmaktadır.

Dijital para birimleri merkez bankalarınca çıkarılmadığı, merkezi otorite tarafından düzenlenmediği için arkalarında merkezi otoritenin güvencesi de olmayacaktır. Dolayısıyla bu paralar sebebiyle bir mağduriyet yaşayanlar arkalarında merkezi bir otoritenin desteğini bulamayacaklar ve bu durum, mağduriyetlerinin daha da artmasına sebep olacaktır.

Dijital para birimleri devletin egemenliğini tehdit ederken, egemen devletlerin bu duruma seyirci kalacakları elbette ki düşünülemez. Egemen devletlerin karşı hamle olarak dijital para birimlerini yasaklama yoluna gittikleri ya da kendi merkez bankalarında kendi dijital paralarını üretme çabasına giriştikleri görülür.

Çalışmada dijital para terimi üst kavram olarak kullanılmış, bu kavram ile merkez bankaları tarafından çıkarılmayan, merkezi otoritenin denetimine tabi olmayan para birimleri kast edilmiştir. Bunlar içerisine sanal para, kripto para, Bitcoin dahildir. Bazı kaynaklarda dijital paralar yerine kripto para birimleri, sanal para birimi şeklinde ifadelerin de kullanıldığı görülmektedir.²

Çalışmanın ilk kısmında, paranın egemenlikle ilişkisi kapsamında ilk olarak paranın egemenlik sembolü oluşundan ve hükümdarların para basma yetkisinden bahsedilmiştir. Ülkeler arası ticaretin gelişmesi ve kağıt paraların kullanılmaya başlanmasıyla merkez bankalarının kurulması anlatılmıştır. Daha sonra ulus üstü birtakım kurumların oluşturulması ele alınmıştır. Ulus üstü kurumların farklı amaçlara sahip ve çok çeşitli olması sebebiyle çalışma kapsamında sadece konu açısından daha önemli olduğu kanaatine varılan IMF ve Dünya Bankası'na yer verilmiş, diğer ulus üstü kurum-kuruluş ve örgütlere değinilmemiştir. Ayrıca Federal Rezerv Sistemi'nden bahsedilmiştir. Yaşanan gelişmelerde küreselleşmenin etkisine değinilmiştir.

Çalışmanın ikinci kısmında paranın dijitalleşme sürecinden bahsedilmiştir. Dijital para birimlerinin mantığının, amaçlarının ve sistemin nasıl işlediğinin anlaşılabilmesi adına sanal para, kripto para kavramlarına değinilmiş, kamuoyunda daha fazla bilinen Bitcoin ele alınmıştır. Bitcoin'den başka, pek

² Burcu Aslantaş Ateş "Kripto Para Birimleri, Bitcoin ve Muhasebesi" (2016) 7 (1) Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 349,351. Ayrıca bkz. Betül Üzer, Sanal Para Birimleri (2017) Uzmanlık Yeterlilik Tezi 10.

çok dijital para birimi olmasına rağmen konunun dışına çıkmamak için diğer dijital para birimlerine çalışmada yer verilmemiştir.

Çalışmanın üçüncü ve son kısmında dijital para birimlerinin egemenlikle olan ilişkisi incelenmiş, dijital paraların egemenliğe karşı bir tehdit olduğundan bahsedilmiştir. Ayrıca, egemenin bu tehdit karşısında nasıl bir tutuma sahip olduğuna yer verilmiştir. Devletler bu tehdit karşısında farklı yaklaşımlar sergilemektedir. Çalışmada yalnızca devletlerin dijital para birimlerini yasaklamasından ve kendi dijital para birimlerini üretmeye çalışmalarından bahsedilmiştir.

I. PARA VE EGEMENLİK İLİŞKİSİNİN TARİHİ SEYRİ

Çalışmanın bu kısmında, paranın egemenliği simgelediğinden bahsedildikten sonra paranın dönüşümü ve ülkeler arası ticaretin gelişimiyle birlikte merkez bankalarının oluşturulmasından bahsedilecektir. Küreselleşmeyle birlikte ulus üstü kurumların oluşturulması ve paranın kontrolünün çoğunlukla bu yapıların denetimine geçmesinden bahsedilecektir. Bu sürecin incelenmesi, sonraki bölümlerde ele alınacak konuların anlaşılması bakımından önemlidir. Zira devletin para üzerindeki egemenliğinin git gide nasıl aşındırıldığı görülmüş olacaktır.

A. EGEMENLİK SEMBOLÜ OLARAK PARA

Egemenlik deyince akla ilk gelen ve onu ilk kez tanımlayan Jean Bodin'e göre egemenlik, bir topluluğun mutlak ve daimi gücüdür. Egemenlik süreklidir, zamanla, güçle ya da işlevle sınırlı değildir ve mutlaktır. Onu bir süreyle, güçle ya da işlevle sınırlandırmak egemenliğin doğasına aykırı olacaktır. Nitekim mutlak egemen, kendisinden daha büyük olan Tanrı'dan sonra³, üzerinde hiçbir şeyi tanımaz.⁴

Bodin'e göre egemenlik kanun yapmak, yargılama yapmak, para basmak gibi yetkilerden oluşmaktadır.⁵ Bu yönüyle para basmanın egemenliğin bir unsuru olduğu görülmektedir. Devletlerin kendi paralarını basmaları, bağımsızlıklarının temel göstergelerindedir.⁶ Tarih boyunca hükümdarlar, egemenliklerinin bir göstergesi olarak kendi adlarına para bastırmışlardır.

³ Bütün hükümdarlar doğa kanunları ve ilahi kanunlara uymak zorundadır. Egemenin mutlak gücü, Tanrı'nın koyduğu kanunlara kadar erişemez. Jean Bodin "Devletin Altı Kitabı" Batıya Yön Veren Metinler II <<http://dusuncetarihi.kapadokya.edu.tr/makale/devletin-alti-kitabi.html>> Erişim Tarihi 07 Mart 2021

⁴ Jean Bodin, On Sovereignty, Julian H. Franklin (ed) (first published, Cambridge University Press 1992) 1-4

⁵ Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları (6. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2015) 164

⁶ "Türkiye'de Banknot Basımının Tarihçesi" (Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, 2012) <<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/ff12d2fd-64d1-46cd-955b-6e45a51c2930/02.pdf?MOD=AJPERES>> Erişim Tarihi 07 Mart 2021



Bu eylem, hükümdarın hükümdarlığını berkiten en önemli egemenlik alametlerindedir. Bir hükümdar tahta çıktığı vakit ilk iş olarak para bastırmıştır. Bu paraların üzerinde hükümdarın adı, unvanı ve lakapları yer almaktadır.⁷

İslam dünyasında Emeviler'den itibaren sikke⁸, egemenliğin ve bağımsızlığın simgesi olarak kabul görmüştür. Öyle ki devletin başına geçen bir hükümdarın sikke darb ettirmesi (o zamanki ifadesiyle sikke kestirmesi) adet haline gelmiştir. Tasvir yasağı dolayısıyla İslam devletlerinin sikkelerinde resim bulunmasa da sikke üzerinde hükümdarın ismi, sıfatları, hükümdara ait çeşitli unvanlar hatta kelime-i tevhid ya da çeşitli dualar bulunmaktadır. Ancak bilinmelidir ki Türk beyliklerine ait sikkelerde tasvir ve resimler yer almış yani tasvir yasağı uygulanmamıştır. Örneğin, sikkede taht üzerinde oturulduğunu tasvir eden figürler bulunmaktadır.⁹

Sikke üzerinde yer alan figürlerde egemen gücün tasvir edildiği söylenebilecektir. Nitekim egemenlik ve para ilişkisi üzerinden düşünüldüğünde, para üzerinde gerek hükümdarın isminin, onun sıfatlarının ve unvanlarının bulunması gerekse onun hakimiyetini, otoritesini simgeleyen tahtının tasvir edilmesi paranın, egemenliğin bir sembolü olduğunu açık bir şekilde gözler önüne sermektedir. Başka bir ifade ile para basma yetkisini elinde bulunduran hükümdar, basılan para üzerinde yer alan bu unsurlarla adeta kendi mutlak egemenliğini sergilemekte ve hakimiyetini herkese ilan etmektedir.

Hükümdarlar parayı egemenliklerinin bir sembolü olarak görürken adeta bunu pekiştirmek istercesine paraların üzerine anlamlı sözler, yüceltici ifadeler ve unvanlar yerleştirmişlerdir. Örneğin, I. Murat'ın sikkelerinde “el-Melikü'l-adil” unvanı yer almaktadır. Yıldırım Beyazıt'ın sikkelerinin ön yüzünde ise “mülkü daim olsun” manasına gelen “hullide mülkühu” şeklindeki yazı yer almaktadır. Fatih Sultan Mehmet Han'ın bastırıldığı sikkenin üzerinde “iki karanın sultanı ve iki denizin hakanı sultan oğlu sultan” manasına gelen unvanı yer almaktadır.¹⁰

Kanuni Sultan Süleyman'dan önce tahta çıkan padişahlar tecdid-i sikke siyasetini uygulayarak kendilerinden önce bastırılan sikkeleri yasaklamışlar ve kendi adlarına sikke bastırmışlardır.¹¹ Her hükümdar kendisinden önceki dönemde bastırılan parayı yasaklayarak kendisine has, kendi egemenliğini

⁷ Zeki Atçeken ve Yaşar Bedirhan, Selçuklu Müesseseleri ve Medeniyeti Tarihi (3. Baskı, Eğitim Yayınevi 2016) 39

⁸ Sikke, ağırlığı önceden ayarlanmış bir madeni para türüdür. Sikkenin üzerinde darbeden devletin, hükümdarın yahut resmi bir otoritenin yazı ya da simgesi yer almaktadır. İslam devletlerine ait sikkelerin bakır, gümüş ve altın olarak basıldığı görülmektedir. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi 37 (2009) 179

⁹ (n 8) 179

¹⁰ (n 8) 182-184

¹¹ Ekrem Erdem, “Osmanlı Para Sistemi ve Tağış Politikası” (2006) (56) Bankacılar Dergisi 10, 11

yansıyacak olan yeni bir para bastırması, bu yolla kendi egemenliğini adeta yeniden ilan etmiştir.

Özellikle saltanat mücadelelerinde tahtı ele geçiren, tahtın yeni sahibi olan ve egemenliğin artık kendisinin elinde olduğunu göstermek isteyenlerin, kendi adlarına para bastırma ve dahi kendi adlarına hutbe okutma yoluna gittikleri görülür. Örneğin; II. Beyazıt ve kardeşi Cem Sultan arasındaki saltanat mücadelesinde Cem Sultan, kısa bir süre Osmanlı tahtında kalsa da hakimiyetinin bir göstergesi olarak kendi adına para bastırmasıdır.¹²

Egemenliği ele geçiren ve onu artık elinde bulunduran otorite, para basma yetkisinin de sahibi olmakta, bir başka ifade ile para basma tekeline sahip olmaktadır. Para basma tekeli bir kişiye yani krala¹³, hükümdara ait olabileceği gibi ulusa da ait olabilir.

Günümüzde devletler, para basma yetkisini merkez bankaları vasıtasıyla kullanılır. Bunların egemenliğine meydan okumak isteyen güçler için etkili yollardan birisi, egemenin para basma tekeline elinden almak için birtakım mekanizmalar üretmektir. Günümüzde bu mekanizmalara dijital para birimleri örnek gösterilebilir. Nitekim dijital para birimleri de onu üretenlerin egemenliğini temsil etmekte, bu yönüyle devletin para basma tekeline, dolayısıyla egemenliğine bir tehdit oluşturmaktadır.

B. MERKEZ BANKALARININ KURULMASI

Her şeyde ve her alanda değişiklik olduğu gibi zamanla para da değişim ve dönüşüm meydana gelmiştir. Değerli madenlerden üretilen sikkenin yerini 18. yüzyıldan itibaren sikkeye nazaran daha rahat taşınabilen kâğıt paralar almaya başlamıştır. Kâğıt paralar, bir diğer ifade ile banknot, o dönemlerde bankalardan madeni para karşılığında sağlanarak banknotun değeri korunmaya çalışılmıştır. Ancak I. Dünya Savaşı sonrasında madenlerden yapılan bu paralar tamamen ortadan kaldırılmıştır.¹⁴ Madenden yapılan paraların yerini kâğıt paraların almasıyla bunların basımı ve ihracatı konuları gündeme gelmiş, bunun zorunlu bir sonucu olarak da merkez bankaları finansal piyasalarda yerini almıştır.¹⁵

Devletler, dış ticaret yapmaya başlayıp ekonomileri büyüdükçe para ile ilgili konular gittikçe karmaşık bir hal almaya başlamıştır. Ülkeler borçlanmaya başlamış, zamanla bu borçlar daha da artmıştır. Bütçeleri açık vermeye

¹² (n 8) 183

¹³ Anayasaların bazılarında halen para basma hakkının Kral'a, Büyük Dük'e ait olduğu yönünde düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, Belçika, Danimarka ve Lüksemburg Anayasalarında durum böyledir. Kemal Gözler, Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi (1. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları 2001) 233

¹⁴ Kültür ve Tarih Ansiklopedisi 2 210-211

¹⁵ Meltem Keskin, Merkez Bankası ve Hazine (2. Baskı, Astana Yayınları 2020) 18



başladığı için bu açığı kapatmaya çalışan ülkeler tekrar tekrar borç alarak çıkmaza girmişlerdir. Bu yaşananlar para politikalarını uygulayacak ayrı bir kurumun ne kadar elzem olduğunu göstermiştir. Bu amaçla, para politikalarına yön verecek bir kurum olan merkez bankaları kurulmuştur.¹⁶

Fülberth uluslararası ticaretle birlikte kağıt paranın kullanıldığı ve altının olmadığı yerlerde de ticaretin yapılabilmesi amacıyla merkez bankasının kurulduğundan bahseder.¹⁷ Bir başka düşünceye göre ise merkez bankalarının kurulabilmesi, kralın sınırsız yetkilerine bir sınırlama getirilmesi ve hukuk kurallarının oluşturulmasıyla mümkün olabilmektedir. Merkez bankalarının ortaya çıkışıyla paranın yönetimi, para ile ilgili teoriler ve politikalardan söz edebilmek mümkün olabilmektedir. Bu açıdan bakıldığında merkez bankalarının “paranın kuralının somutlandığı kurumlar” olduğu ifade edilmektedir. Bu durum burjuvazinin güç kazanması ve ulus devletlerin gelişimi ile yakından ilgilidir.¹⁸

Para iktidarının temel bir iktidar olduğu hususuna dikkat etmek gerekir. Zira işlemlerin, muamelelerin sekteye uğramaması için, işletmelerin kredi bulamadıklarından dolayı hareket edemez hale gelmemeleri için paranın ekonomiye düzgün bir şekilde ve yeterli miktarda arz edilmesi elzemdir. Aksi halde, krizlerle karşı karşıya kalınabilir. Bu nedenle hükümetler para arzını ve bankacılık sistemini yönetsin diye merkez bankalarını kurma yoluna gitmişlerdir.¹⁹

Merkez bankalarının kurulmasıyla birlikte devletler paranın kontrolünü bunlar vasıtasıyla sağlamaya çalışmışlardır. Merkez bankalarına para basma, para politikalarını uygulama ve denetim görevleri verilmiştir. Böylelikle para basma yetkisi tek elde toplanmıştır.²⁰ Yani devlet, bir başka kurum, banka ya da kişi değil merkez bankaları aracılığıyla egemenliğinin bir görünümü olan para basma yetkisini kullanmaktadır.

Yapılan savaşlar sebebiyle kamu harcamalarının finanse edilebilmesi adına, altın ya da gümüşe çevrilebilir banknot ihracını gerçekleştirecek birtakım kuruluşlara ihtiyaç duyulmuştur²¹ ki bu güvenilir kuruluşlar, merkez

¹⁶ Harun Ünal, Merkez Bankası Bağımsızlığı'nın Enflasyon ile İlişkisi ve Türkiye Üzerine Bir Uygulama (2008) Atatürk Üniversitesi SBE 1

¹⁷ Georg Fülberth, Kapitalizmin Kısa Tarihi, çev. Sadık Usta (4. Basım, Yordam Kitap 2018) 159

¹⁸ Bülent Hoca, Bankacılıkta Doğrudan Yabancı Yatırımlar: 1994 Sonrası Dönüşüme Marksist Bir Yaklaşım (2008) Marmara Üniversitesi SBE 5

¹⁹ “Dünya’da ve Türkiye’de Merkez Bankacılığı” (Ankara Üniversitesi) <https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/23984/mod_resource/content/1/Bankacilik_S.ve_Mev_3.pdf> Erişim Tarihi 16 Mart 2021

²⁰ Keskin (n 15) 18

²¹ İsmail Hakkı İşcan, “Dünyada Merkez Bankacılığının Gelişimi ve 2008 Finansal Krizi’ne Yönelik Yaklaşımları ile Amerikan ve Avrupa Merkez Bankacılığı” (2016) 27 (101) Ekonomik Yaklaşım 63, 69

bankalarıdır. İlk zamanlarda merkez bankalarının amacının savaş dönemlerinde ülkelerin savaş giderlerini finanse etmek ve ayrıca bütçe denkliliğini sağlamak olduğu anlaşılmaktadır.²²

20. Yüzyılın ilk yarısında yaşanan I. Dünya Savaşı, 1929 Dünya Ekonomik Buhranı (Büyük Buhran) ve sonrasında II. Dünya Savaşı ile birlikte para-kredi araçları ile para politikalarının ne kadar önemli olduğu anlaşılmıştır. Böylelikle merkez bankalarına daha karmaşık görevler yüklenmiştir.²³ II. Dünya Savaşı ile birlikte sömürge altındaki ülkelerin birer birer bağımsızlıklarını kazanmalarına bağlı olarak merkez bankalarının sayılarında da bir artış meydana gelmiştir.²⁴

Dünyanın en eski Merkez Bankası 1668’de kurulan İsveç Riksbank olarak kabul edilmektedir.²⁵ Riksbank’ın ardından 1694 yılında The Bank of England (İngiltere Bankası) kurulmuştur. Felemenk’e savaş açmak ve bunun için gereken parasal kaynağın sağlanabilmesi adına bu Banka kurulmuştur.²⁶ Para politikalarıyla ilgili olarak hükümete danışmanlık yapan İngiltere Bankası, 1946 yılında kamulaştırılmıştır.²⁷

C. PARANIN KONTROLÜNÜN DEVRİ

Değişim ve dönüşümler parayla sınırlı kalmamış, paranın kontrolü de el değiştirmiştir. IMF, Dünya Bankası gibi ulus üstü kurumların ve Federal Rezerv Sistemi’nin oluşturulmasıyla paranın kontrolü bunlara geçmiştir. Nitekim bu

²² Fatma Turna, “Geçmişten Günümüze Merkez Bankaları ve Modern Merkez Bankacılığının Bir Örneği: Avrupa Merkez Bankası” (2014) 1 (1) Journal of Life Economics 41, 42

²³ Erdinç Tokgöz, “Merkez Bankalarının Bağımsızlığı” (1995) 13 Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 1, 5

²⁴ Turna (n 22) 42

²⁵ “1668-Sveriges Riksbank is Founded” (Sveriges Riksbank) <<https://www.riksbank.se/en-gb/about-the-riksbank/history/historical-timeline/1600-1699/sveriges-riksbank-is-founded/>> Erişim Tarihi 18 Mart 2021 Riksbank’ın kurulduğu yıllarda kraliyet güçlerinin bankaya karışmaması, yönünde karar alınsa da 1689 yılında mutlak monarşiyi getiren Charles XI, banka üzerindeki gücü ve iktidarı ele geçirmiştir. Her konuda son sözü kraliyet güçlerinin söyleyeceğine karar vermiştir ki bu, Riksbank için de geçerli olan bir durumdur. Hatta bankayı kontrol etmek isteyen Charles XI, bankanın adını bir süreliğine de olsa Majestelerinin Eyalet Bankası olarak bilinmesi için değiştirmiştir. Ülkenin merkez bankasını kendi mutlak egemenliği üzerinde bir gölge olarak gördüğü için Kral’ın böyle bir tutuma sahip olduğu söylenebilecektir. “1689- Absolute Monarchy Takes Power Over The Bank” (Sveriges Riksbank) <<https://www.riksbank.se/en-gb/about-the-riksbank/history/historical-timeline/1600-1699/absolute-monarchy-takes-power-over-the-bank/>> Erişim Tarihi 18 Mart 2021

²⁶ İngiltere Bankası, Napoleon Savaşları’nda da orduya kaynak sağlayarak mevcut konumunu daha da güçlendirmiştir. 19. yüzyıla gelindiğinde İngiltere Bankası, merkez bankası yetkileri ile donatılmıştır. Bu yüzyılda iki ekonomik kriz yaşanmış, bu krizler esnasında İngiliz Bankası’nın doğru müdahaleleri sayesinde ekonomi düzene girmiştir. Bunun sonucunda Banka’nın itibarı artmış ve “Bankaların Bankası” unvanına layık görülmüştür. Keskin (n 15) 19

²⁷ The Editors of Encyclopaedia Britannica, “Bank of England” (Britannica) <<https://www.britannica.com/topic/Bank-of-England>> Erişim Tarihi 18 Mart 2021

kurumlar kurallar koymakta²⁸, politikalar belirlemede ve ülkeler de bunlara ayak uydurmaya çalışmaktadır. Bu durum ulus devletlerin para üzerindeki mutlak egemenliğini erozyona uğratmaktadır.

1. Federal Rezerv Sistemi

Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) merkez bankası, Federal Rezerv Sistemi (FED) olarak bilinir. FED, özerk ve özel yapısı dolayısıyla bilinen anlamda, tipik bir merkez bankası olmaktan uzaktır. Yalnızca ABD'nin değil küresel anlamda da ülkelerin para ve maliye politikaları üzerinde etkisi bulunan bir yapıdır. Öyle ki küresel ölçekte ekonomiler, politikalarını FED'in kararlarına, yapmış olduğu uygulamalara göre ayarlamaya, ona göre planlamalar yapmaya çalıştıkları bir gerçektir. Bu yönüyle FED'in adeta uluslar üstü bir kurum olduğu rahatlıkla söylenebilecektir.²⁹

ABD merkez bankacılığında ilk girişim Kongre tarafından 1791 yılında kurulan First Bank of the United States olmuş fakat uzun sürmeyerek kapatılmıştır. 1816 yılında merkez bankası fikri bir kez daha gündeme gelmiş ve Second Bank of the United States kurulmuştur. Fakat yine uzun soluklu olamamış ve 1836 yılında kapatılmıştır. Böylelikle Amerika'da merkez bankacılığında ikinci deneme de başarısız olmuştur.³⁰

1907 yılında Wall Street'te yaşanan finansal felaketle³¹ (financial disaster) birlikte köklü bankalar batmıştır. Bu felaketin temel sebebi para politikalarının kontrolsüz kullanılması dolayısıyla likidite kıtlığı yaşanmasıdır.³² Bir bankerin likidite desteğiyle bu krizden çıkmıştır.³³ Ülkenin merkez bankasının bulunmaması, kriz döneminde savunmasız kalmasına sebep olmuştur. Bu sebeple krizden sonra bankacılık reform hareketi hız kazanmıştır.

1910 yılında birkaç kişi, Jekyll Adası'nda bankacılık reformunu tartışmak, formül üretmek ve merkez bankacılığı ile ilgili planlar yapmak için gizlice bir araya gelip Aldrich Planı'nı oluşturmuşlardır. Bu Plan Kongre'de reddedilse de Plan'ın ana hatları ve içeriği, sonradan kabul edilen bir tasarıya model oluşturmuştur.³⁴ Sonradan Federal Reserve Act alelacele bir şekilde

²⁸ Fülberth (n 17) 159

²⁹ Yılmaz ve Alganer (n 1) 59 vd.

³⁰ "History of the Federal Reserve" (Federal Reserve Education) <<https://www.federalreserveeducation.org/about-the-fed/history>> Erişim Tarihi 22 Mart 2021

³¹ "Aldrich Plan" <[http://www.let.rug.nl/usa/essays/general/a-brief-history-of-central-banking/aldrich-plan-\(1910\).php](http://www.let.rug.nl/usa/essays/general/a-brief-history-of-central-banking/aldrich-plan-(1910).php)> Erişim Tarihi 22 Mart 2021

³² Yılmaz ve Alganer (n 1) 61-62

³³ Bu sebeple 1907'de John Pierpont Morgan isimli bir banker, ABD hükümetini ekonomik krizin pençesinden kurtarması ve Hükümet'e yardım etmesi için çağırılmıştır. Morgan, merkez bankası gibi hareket ederek bankalara likidite desteği sağlamış ve krizden çıkmıştır. Editors of Biography.com, "J. P. Morgan Biography" (Biography.com, 12 June 2020) <<https://www.biography.com/business-figure/jp-morgan#synopsis>> Erişim Tarihi 22 Mart 2021

³⁴ "Aldrich Plan" (n 31)

Kongre'den geçirilip Başkan tarafından imzalanarak tartışmalı bir şekilde de olsa yasalaşmıştır (1913). Federal Reserve Act ile Kongre, sahibi olmadığı bir merkez bankasına para basma yetkisini devretmiştir. Böylece ülke genelinde (Amerika), 12 tane Federal Rezerv Bankası kurulmuştur. ABD Başkanı'nın atadığı ve Senato'nun onadığı bir Yönetim Kurulu da 12 Banka'nın koordinasyonunu sağlayacağı gibi ulusal para politikasının yürütülmesinden de sorumlu olacaktır.³⁵

FED'in para basma yetkisinin bulunmasına rağmen ve para arzını, faizleri ve enflasyonu kontrol edebilmesine rağmen kimseye hesap verme zorunluluğunun bulunmaması, özel ve özerk bir yapıda bulunması, vergi vermiyor oluşu bazı kesimlerce eleştirilmektedir. Hissedarlarının tamamıyla bankacılık sektöründen olması ve sekiz adet özel bankanın ortaklaşa kurup yönettiği bir sistem olması da dikkat çekici bir durumdur.³⁶ Sonuç olarak bilinen anlamda bir merkez bankası mantığından uzak olduğu görülmektedir.

2. Büyük Buhran ve Sonrasında Ulus Üstü Kuruluşlar

19. yüzyılın ikinci yarısındaki ekonomik rekabet sebebiyle I. ve II. Dünya Savaşları yaşanmıştır. Bu savaşlar ve yaşanan ekonomik krizler bütün ülkeleri derinden etkilemiş, devletlerin yapısı ve fonksiyonlarında değişim ve dönüşümler yaparak iki kutuplu dünya düzenini meydana getirmiştir. Ekonomik krizler ve savaşlarla birlikte devletin ekonomiye müdahalesini savunan görüşler benimsenmeye başlamıştır. Bilhassa Büyük Buhran ve sonrasında yaşananlar, kapitalizmin kendisini yenileyemediğini gözler önüne sermiştir.³⁷

1929 yılında ABD'de küresel bir kriz başlamış ve bu kriz Avrupa kıtasına yayılmıştır. Kriz dolayısıyla ülkelerin ekonomileri büyük zarar görmüştür. 1929 Ekonomik Buhranı (Büyük Buhran) olarak adlandırılan bu krizden II. Dünya Savaşı'na kadar olan süreçte ülkeler enflasyon sorunuyla karşı karşıya kalmışlardır. Bu süreçte ülkeler, uluslararası ticarete diğerlerine karşı fiyat avantajı sağlayabilmek adına ulusal para birimlerinin değerini sürekli olarak düşürmüşler, bu durum ise dış ticarete darbe vurmuştur. Bu ülkeler ayrıca ülke içinde yabancı para birimlerinin dolaşımını, saklanmasını vs. yasaklayarak yabancı para karşısında kendi ulusal para birimlerinin geçerliliğini korumaya çalışmışlardır. Ancak ülkelerin uyguladıkları bu politikalar kendi ülkelerine büyük zararlar vermiş, işsizlik artmış ve milli gelirden ciddi düşüşler yaşanmıştır.³⁸

³⁵ Yılmaz ve Alganer (n 1) 62

³⁶ Yılmaz ve Alganer (n 1) 62-63

³⁷ Selahaddin Bakan ve Gökhan Tuncel, "Küreselleşmenin Ulus Devlet Üzerindeki Etkisi" (2012) 2 (3) Birey ve Toplum 51,58.

³⁸ Mehmet Karakaş ve Mehmet Adak, "Küreselleşen Dünya Ekonomisi ve IMF'nin Değişen Rolü" (2013) 9 (18) Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi 157, 159



1944 yılında 44 müttefik ülke Bretton Woods'ta Birleşmiş Milletler Para ve Finans Konferansı (United Nations Monetary and Financial Conference) için bir araya gelmiştir. Bu Konferans sonunda Bretton Woods Antlaşması ve Sistemi³⁹ ortaya çıkmıştır. Bu Antlaşma ile “altın standardına sabitlenmiş sabit bir döviz kurunun oluşturulması” amaçlanmıştır. Konferansla birlikte Dolar, rezerv para⁴⁰ olmuş ve para, büyük oranda dolara endekslenmiştir. Doların da karşılığında altın bulundurması gerekmektedir. Dolar temel para birimi olarak kabul edilirken ve dünya dolara mahkum edilirken elbette ki diğer devletlerin fikri sorulmamıştır.⁴¹

Konferans'ın asıl önemli tarafı International Monetary Fund (IMF) ve Dünya Bankası olarak bilinen Uluslararası Yeniden Yapılanma ve Kalkınma Bankası'nın (International Bank for Reconstruction and Development / IBRD) kurulmasıdır.⁴² Bu kurumlar dünyayı ekonomik bunalımın pençesinden kurtarabilmek, Avrupa'yı yeniden inşa edebilmek için finans sağlama amacıyla kurulmuşlardır.⁴³

Stiglitz'e göre IMF'nin kurulmasında etkili olan şey, yani bunun arkasındaki düşünce; ekonomik istikrarın sağlanabilmesinin yolunun küresel düzeyde kolektif bir faaliyete ihtiyaç duyulduğu inancıdır. Bu, Birleşmiş Milletler'in (BM) kurulmasına yol açan mantıkla aynıdır. Zira BM de politik istikrarın sağlanabilmesi amacıyla yine küresel düzeyde kolektif faaliyete ihtiyacın bulunduğuna yönelik inançtır.⁴⁴ Bunların özellikle, ülkelere yardım sağlayarak,

³⁹ Bretton Woods Sistemi'nin temelinde yatan fikir, uluslararası ekonomik işlemlerin sabit döviz kurları yoluyla ve serbest ticaret ile teşvik edilmesi gerektiğidir. Michele Chang, *Monetary Integration in the European Union* (First Published, Palgrave Macmillan) 16

⁴⁰ Şerif Dilek, “Blockchain Teknolojisi ve Bitcoin” (2018) (231) Analiz, SETA Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı 1, 9

⁴¹ Kamil Güngör, “Kripto/Dijital Para Ne Kadar Güvenli” (2021) 8 (97) *Ayrıntı Dergisi* 56, 57-60

⁴² “The Bretton Woods Conference, 1944” (U.S. Department of State) <<https://2001-2009.state.gov/r/pa/ho/time/wwii/98681.htm#:~:text=The%20Bretton%20Woods%20Conference%2C%20officially,post%2DWWII%20international%20monetary%20system>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021

⁴³ Joseph Stiglitz, “Küresel Kurumların Vaatleri” içinde Held, D. ve McGrew (eds), *Küresel Dönüşümler* (2. Baskı, Phoenix Yayınevi 2014) 566

⁴⁴ Joseph E. Stiglitz, *Küreselleşme Büyük Hayal Kırıklığı*, Çev. Arzu Taşçıoğlu/ Deniz Vural (1. Basım, Plan B Yayıncılık 2002) 32-33. IMF üye ülkelerin ekonomilerini izlemekte ve denetlemektedir. Bu ekonomik gözetim hem ulusal hem de küresel düzeyde yapılmaktadır. Bu yolla IMF hem üye ekonomileri hem de küresel ekonomileri bir bütün olarak etkileyen olayları, durumları izlemektedir. IMF ayrıca ödemeler dengesi problemi yaşayan ülkelere borç vermektedir. Para politikaları, kur vb. konularda teknik destek sunmaktadır. “How Does the International Monetary Fund Function?” (Investopedia) <<https://www.investopedia.com/ask/answers/051415/how-does-international-monetary-fund-function.asp#:~:text=The%20International%20Monetary%20Fund%20aims,%2C%20lending%2C%20and%20capa->

onlara borç vererek uluslararası para sistemini yönettiğini ifade etmek gerekir.⁴⁵

Küresel sistemde IMF, Dünya Bankası gibi kurum ve kuruluşların hakim konumda olduğuna ve politikaları yönettiklerine dikkat çeken Stiglitz, oluşturulan sistem içerisinde bu kuruluşların kararlarından etkilenenlerin söz hakkı dahi bulunmadığını ifade etmektedir. Zaten IMF, Dünya Bankası gibi kurumlar, hizmet ettikleri ulusların temsilcisi değildirler. Bu kurumları yönetenler de sanayileşmiş ulusların temsilcileridir.⁴⁶

IMF ve Dünya Bankası gibi ulus üstü kurumların kurulması ve bundan sonraki süreçte bunlara benzer diğer ulus üstü örgütlerin oluşturulması, ulus devletin para üzerindeki etkinliğinin giderek azalmasına sebep olmuştur. Nitekim ulus devlet ekonomiyile ilgili yetkilerini gitgide bu ulus üstü kurumlara devretmiş, böylece ulus devletin ekonomi üzerindeki gücü ve etkisi aşındırılmıştır.⁴⁷

3. Küreselleşmenin Etkisi

Buraya kadar anlatılanlarda Büyük Buhran öncesinde ve sonrasında, IMF ve Dünya Bankası gibi ulus üstü kurumların oluşturulmasında, Bretton Woods sisteminin çöküşüyle ardından yaşananlarda küreselleşmenin⁴⁸ etkisi bir gerçektir. Bu kurumların oluşturulmasıyla küreselleşmenin kontrolü bunlara geçmiştir. Nitekim küreselleşmeyi yönetenlerin IMF, Dünya Bankası ve Dünya Ticaret Örgütü olduğu bilinmektedir.⁴⁹

Küreselleşmeyi yönetenler paranın kontrolünün tek bir otorite tarafından yapılması gerektiğini savunur. Dünyanın farklı ülkelerindeki finans piyasalarının tek bir şirket halinde entegre olduğu bir süreçten bahsederler. Birbirinden farklı, çeşitli para birimlerinin mevcudiyeti ülkeler arasında uluslararası finans piyasalarına erişimde eşitsizlik oluşturacaktır. Bu sebeple tam anlamıyla bir finansal küreselleşmeden bahsedilebilmesi için dünya

city%20development.> Erişim Tarihi 29 Mart 2021 Kendisinin küresel bir ortaklık olduğunu belirten ve beş kurumdan oluşan Dünya Bankası ise IMF'ye benzer şekilde kredi verme, ülkelere özel bilgi ve tavsiyeler sunma gibi görevleri bulunmaktadır. "Who We Are" (The World Bank) <<https://www.worldbank.org/en/who-we-are>> Erişim Tarihi 30 Mart 2021

⁴⁵ Chang (n 39) 16

⁴⁶ Stiglitz "Küresel Kurumların Vaatleri" (n 43) 568

⁴⁷ Gülten Kazgan, Küreselleşme ve Ulus Devlet (3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2002) 34. Bakan ve Tuncel (n 37) 58

⁴⁸ Küreselleşme (Globalleşme/ Globalization) ile ifade edilmek istenen şey Held ve diğerlerinin deyimiyle dünya çapında bir bağlılık, birbirine bağlantılı olma (interconnectedness) durumudur. Held ve diğerlerine göre küreselleşme ilk bakışta çağdaş sosyal yaşamın her alanında; kültürel olandan kримinale, finansaldan manevi olan şeylere kadar dünya çapında birbirine bağlılığın, bağlantılı olmanın genişlemesi, yayılması, derinleşmesi ve hızlanması olarak düşünülebilir David Held, Anthony McGrew, David Goldblatt and Jonathan Perraton, Global Transformations (First Published, Stanford University Press 1999) 2

⁴⁹ Stiglitz "Küresel Kurumların Vaatleri" (n 43) 566

çapında tek bir para biriminin devreye sokulması savunulmaktadır. Bahsedilen bu para birimi de tek bir uluslararası para otoritesince düzenlenmeli ve bu para biriminin yönetimini de bu otorite yapmalıdır.⁵⁰ Oysa her ülkenin kendi parası egemenliğinin sembolüdür. Hal böyle iken küreselleşme olgusunun tek bir para biriminin gerekliliğini savunması, bahsettiği bu para biriminin uluslararası bir para otoritesince düzenlenecek ve yönetilecek olması, devletlerin egemenliğini simgeleyen ulusal para birimine karşı bir tehdit oluşturmaktadır.

Wriston'a göre küreselleşmenin beraberinde getirdiği teknolojik değişim sebebiyle devletler, finansal alanı düzenleme yeteneğini kaybetmişler, sonrasında da paranın değerini denetleme imkanları ortadan kalkmıştır. Bunun nedenlerinden birisi olarak paranın dijitalleşmesini gösterir. Nitekim paranın bu yeni şekli sebebiyle hareketi artmakta ve kontrolü zorlaşmaktadır. Devlet otoritesi artık para hareketlerini düzenlemekte zorluk yaşamaktadır. Bunun aksi yönünde düşünenlere göre ise bu görüş çok da inandırıcı değildir.⁵¹ Ancak özellikle dijital paraların oluşturulması açısından düşündüğümüzde zaten ulus üstü birtakım kurumlarca devletlerin para üzerindeki egemenliği baltalanırken bir de özel kişilerin çıkardığı paralar buna eklenince egemenliğe bir darbe daha vurulmuştur denilebilir.

II. PARANIN DİJİTALLEŞMESİ

Küreselleşme ile birlikte teknolojide gelişmeler kaydedilmiş ve birçok alanda değişiklikler yaşanmıştır. Elbette ki bu değişiklikler paraya da yansımış ve paranın dijitalleşme süreci başlamıştır. Artık para, dijital ortamda kendini göstermektedir. Teknolojide daha fazla gelişmeler kaydedildikçe ilerleyen yıllarda fiziksel paranın neredeyse tamamen ortadan kalkması durumu ile karşı karşıya kalılabilecektir. Ancak bu durumu tamamen teknolojiye bağlamak da doğru bir yaklaşım değildir. Dijital para sistemini yalnızca teknolojik gelişmenin zorunlu bir sonucu olarak kabul etmek, bu sistemin arkasında yatan asıl sebepleri görmemek, devletleri ve bireyleri olası tehlikelere karşı savunmasız duruma düşürecektir. Bu sebeple bu başlık altında kısaca paranın dijitalleşme sürecine değinildikten sonra dijital para birimlerinden önemli olan birkaç tanesi ele alınacaktır.

A. TARİHİ GELİŞİM

İlk dönemlerde madeni paralar, ardından banknot kullanımı ve bankaların kurulması ile başlayan süreç, merkez bankalarının kurulması ve sonrasında

⁵⁰ Philip Arestis and Santonu Basu and Sushanta Mallick "Financial Globalization: The Need for a Single Currency and a Global Central Bank" (2005) 27 (3) Journal of Post Keynesian Economics 507, 508

⁵¹ Eric Helleiner, "Egemenlik, Bölgesellik ve Finansın Küreselleşmesi" (2006) (2) Çev. Şükrü Cicioğlu- Filiz Cicioğlu, Bilgi Sosyal Bilimler Dergisi 128, 129

paranın altına endekslenmesiyle devam etmiştir. Bretton Woods Sistemi'nin sona ermesi ile paranın altına endekslenmesinden vazgeçilmiştir. Küreselleşme ve beraberinde getirdiği teknolojik gelişmeler ve ülkeler arası ticaretin giderek yayılması ile para da birtakım gelişmeler yaşanmıştır.⁵² Nitekim Amerikan bankalarında ilk kez paranın elektronik yolla transfer edilmesi yöntemi (EFT) uygulanmıştır. Yine Amerika'da ilk kez kredi kartı kullanımına başlanmıştır ve 1975'te ATM olarak bildiğimiz para çekme makinesi ilk kez kullanılmıştır. Tüm bunların kullanımı daha sonra dünyaya yayılmıştır. Böylece paranın dijitalleşme süreci de başlamıştır.⁵³

Paranın dijital ortama girmesi ile birlikte kredi kartı, elektronik para, e-cüzdan, PayPal gibi farklı elektronik ödeme yöntemleri ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla para git gide fiziksel mahiyetini kaybederek dijitalleşmeye başlamıştır.⁵⁴ Wriston bu durumu modern kablolu bir ekonominin oluşturulması olarak yorumlamaktadır. Buna göre para, kendisini bitlere ve baytlara dönüştürmeye başlamıştır. Böylece artık fiber optik kablolarla ve uydu transponderleri ile para, dünyanın her bir noktasına akmaya başlamış ve paranın hızı artmıştır. Uluslararası finans piyasalarının devasa hacmi ve hızı sebebiyle egemen devletin önceden yapabildiği birçok şeyi yapma kabiliyeti frenlenmiştir.⁵⁵ Wriston'ın bunları dile getirmesinin üzerinden yirmibeş yıl geçmiştir. Bugün teknoloji daha da gelişmiş, her şey daha da hızlanmıştır. Bu hızlı dönüşümler karşısında egemen devletler zorlanmakta, para üzerindeki mutlak egemenliğini kaybetmeye başlamaktadır. Dijital para birimlerinin oluşturulmasıyla devletin egemenliği tehdit edilmektedir.

B. DİJİTAL PARA BİRİMLERİ

Çalışmada dijital para birimi ile ifade edilmek istenen şey, arkasında devlet gücünün olmadığı, merkez bankaları tarafından çıkarılmayan paralardır. Farklı kaynaklarda değişik kullanımlar olsa da bu çalışmada dijital para terimi üst kavram olarak kullanılmıştır ve bu kavram, sanal para, kripto para, Bitcoin gibi dijital paraları içine almaktadır.

Dijital para birimi deyince karşımıza birkaç kavram çıkmaktadır. Çeşitli isimlerle anılan başka dijital para birimleri de mevcut olmakla birlikte, bunların mantığının, işleyişinin ve amaçlarının daha iyi anlaşılabilmesi için bu başlık altında bu kavramlardan en çok karşımıza çıkan sanal para, kripto para

⁵² Dilek (n 40) 9

⁵³ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, "Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Dolan'na Hukuki Bir Bakış" (2015) LXXIII (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 173, 176

⁵⁴ Dilek (n 40) 9

⁵⁵ Walter Wriston, The Future of Money, Reporter: Thomas A. Bass (Wired, 10 Ocak 1996) <https://www.wired.com/1996/10/wriston/> Erişim Tarihi 02 Nisan 2021

ve kullanımı giderek yaygınlaşan bitcoin üzerinde durulacaktır. Ancak ifade etmek gerekir ki bunlar birbirinden farklı dijital para birimleri değildir. Kripto paralar birer sanal paradır. Bitcoin ise ilk kripto paradır. Dolayısıyla bunlar birbirinden çok başka para birimleri değil birbirlerini kapsayan, mantıkları aynı olan para birimleridir. Daha anlaşılır olması açısından ayrı ayrı başlıklar halinde ele alınacaktır.

1. Sanal Para

Sanal para birimleri sadece elektronik olarak kullanılabilen bir dijital para birimidir ve kripto para birimlerini de içermektedir. Sanal para birimi, merkezi bir banka otoritesince kontrol edilmeyen blockchain⁵⁶ (blok zincir) ağında tutulur.⁵⁷

Avrupa Bankacılık Otoritesi'nin de ifade ettiği üzere sanal para, ne bir merkez bankası ya da kamu otoritesi tarafından ihraç edilir ne de zorunlu olarak geleneksel para birimine bağlıdır. Başka bir deyişle, sanal para biriminin karşılığı bulunmasa da olur. Sanal para, gerçek ya da tüzel kişiler tarafından elektronik olarak transfer edilebilen, depolanabilen ya da takas edilebilen bir değişim aracı olarak kabul edilmektedir. Avrupa Merkez Bankası ise sanal paranın, geliştiricileri tarafından çıkarılıp yine onlar tarafından kontrol edildiğini belirtmekte ve bunun belirli bir sanal topluluğun üyeleri arasında kullanılan bir dijital para birimi olduğunu söylemektedir. Ayrıca sanal paranın düzenlenmemiş (unregulated) olduğu da ifade edilmektedir.⁵⁸

Sanal para birimleri, kapalı sistem sanal para birimleri ile tek yönlü ve çift yönlü akışa sahip sanal para birimleri şeklinde üç gruba ayrılabilir. Birinci grupta yer alan kapalı sistem sanal para birimlerinin reel ekonomide hemen hemen hiç bağlantısı bulunmamakta, sadece sanal topluluk içerisindeki sanal mal ve hizmetleri satın alırken harcanabilmektedir. Bunlar, söz konusu sanal topluluk dışında alınıp satılamamaktadır. Oyunlarda kullanılan paralarda,

⁵⁶ Satoshi Nakamoto blockchain sistemini, “Herhangi bir otorite veya finansal kuruluş olmaksızın taraflar arasındaki işlemlerin, kriptolanarak değiştirilemez şekilde kayıt altına alınmasına olanak veren açık kaynak kodlu, şeffaf ve dağıtık bir uzlaşma sistemi” şeklinde tanımlamaktadır. Dağıtık kayıt yapısında bir başka ifade ile dağıtılmış defter teknolojisinde, merkezi bir otoritenin aracılığına ya da onun denetimine ihtiyaç duyulmamaktadır. Murat Yıldırım, “Blok Zincir Teknolojisi, Kripto Paralar ve Ülkelerin Kripto Paralara Yaklaşımları” (2019) 10 (20) Bartın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 265, 267. Blockchain’in temelinde dağıtılmış defter teknolojisi bulunmaktadır. Bu sistemde her işlem doğrulanır ve doğrulanmış bir grup işlem ile beraber zaten mevcut olan işlem zincirine yeni bir blok eklenir. İşte blockchain (blok zincir) ismi bu şekilde meydana gelir. Burada önemli bir nokta ise zincire bir işlem eklenince bu işlemin genellikle değiştirilememesi ve ortadan kaldırılamamasıdır. Michael J. W. Rennock, Alan Cohn and Jared R. Butcher, “Blockchain Technology and Regulatory Investigations” (2018) The Journal 36

⁵⁷ Jake Frankenfield, “What Is Virtual Currency”, (Investopedia, 30 Jun 2020) <<https://www.investopedia.com/terms/v/virtual-currency.asp>> Erişim Tarihi 02 Nisan 2021

⁵⁸ “Virtual Currencies And Central Banks Monetary Policy: Challenges Ahead” (Monetary Dialogue July 2018) <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/149900/CASE_FINAL%20publication.pdf> Erişim Tarihi 05 Nisan 2021

sistem bu şekildedir. İkinci grupta yer alan tek yönlü akışa sahip sanal para birimleri bundan farklı olarak, belirli bir döviz kuru üzerinden doğrudan gerçek (real) para birimi kullanılarak satın alınabilir. Ancak bunların tekrardan gerçek para birimine geri çevrilemeyeceğini de ifade etmek gerekmektedir. Yine ilk grupta olduğu gibi bu ikinci gruptaki sanal para birimleri ile de sanal mal ve hizmet satın alınabilir. Ayrıca ikinci gruptaki para birimleri ile bazen gerçek mal ve hizmet de satın alınabilir. Facebook'un sanal para birimi Facebook Credits (FB) ikinci gruptaki sanal para birimine örnek gösterilebilir.⁵⁹

Çift yönlü akışa sahip sanal para birimleri ise üçüncü ve son gruptaki sanal para birimleridir. Kullanıcılar bu grupta kendi para birimleri ile döviz kurlarına göre sanal para alıp satabilir, sanal mal ve hizmet satın alabileceği gibi gerçek mal ve hizmet de satın alabilirler.⁶⁰ Başka bir ifade ile bu grupta kullanıcılar kendi para birimlerini sanal para birimine çevirebilirler. Ayrıca bunların sanal para birimini tekrardan gerçek paraya çevirme şansları da bulunmaktadır.⁶¹ Bitcoin, çift yönlü akışa sahip sanal para birimidir.⁶²

Sanal para birimleri Euro, Türk Lirası gibi geleneksel para birimleri değildir. Bunların yasal tedavülü ve yasal düzenlemeleri bulunmamaktadır. Yasal olarak düzenlenmiş kuruluşlar yerine özel kişilerce çıkarılmaktadırlar. En önemlisi de bunlar denetlenmemektedir.⁶³ Sanal para ile yapılan işlemler yüksek derecede anonimlik sağladığı için bunlar, kara para aklama gibi birçok suçta kullanılabilir. Herhangi bir mağduriyet yaşandığında dijital paraların arkasında bir banka ya da merkezi bir otorite bulunmadığından, yasalarla garanti altına alınan bir durum söz konusu olmadığından bireyler zarar görebileceklerdir.⁶⁴

2. Kripto Para

Dijital paralardan biri olan kripto⁶⁵ paralar, sanal para kapsamına dahildir. Bankacılık sistemlerinde mevcut olanın aksine kripto paraların, merkezi

⁵⁹ “Virtual Currency Schemes” (European Central Bank October 2012) 13-14 <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>> Erişim Tarihi 05 Nisan 2021

⁶⁰ (n 59) 14

⁶¹ Yüksel (n 53) 198

⁶² Üzer (n 2) 15

⁶³ Yüksel (n 53) 197

⁶⁴ “EBA Warns Consumers on Virtual Currencies” (European Banking Authority 12 December 2013) <<https://www.eba.europa.eu/eba-warns-consumers-on-virtual-currencies>> Erişim Tarihi 05 Nisan 2021

⁶⁵ Kripto saklı, gizli, şifreli anlamlarına gelmektedir. Kripto para kelimesindeki kripto, işlemler esnasında güvenlik ve doğrulama maksadıyla kriptografinin kullanılıyor olmasından kaynaklanır ki kriptografi, verilerin ve bilgilerin sadece kendisine yetki verilen kimselerin işleyebileceği ya da okuyup yorumlayabileceği şekilde depolandığı sistemdir. <<https://www.iienstitu.com/blog/kripto-ne-demek>> Erişim Tarihi 07 Nisan 2021



olmayan bir yapısı bulunmaktadır. Bu yapının kontrolü ise yine blockchain sistemi ile sağlanmaktadır. Hükümetler geleneksel para sistemlerinde ihtiyaç halinde ya da gerekli olduğunu düşündüklerinde ulusal merkez bankaları vasıtasıyla para ihraç edebilirken, bu yetkiye sahiplerken, kripto para düzeninde bu mümkün değildir. Zira hükümetler kripto para üretemeyecekleri gibi başkalarına ait olan kripto paralara da izinsiz el koyamazlar. Ülkelerin ihraç ettiği geleneksel paralar bir otoritenin güvencesi altındayken ve bu otorite onu hem düzenleyip hem denetlerken kripto paralarda bu durum söz konusu değildir.⁶⁶

Geleneksel para transferinde arada üçüncü bir kurum mevcutken, yani arada güven duyulan bir aracı varken kripto paralarda bir aracı yoktur. Nitekim bu sistemde güvene ihtiyaç duyulmamakta ve güvenlik, birbirine karşılıklı güvensizlik duyan madenciler vasıtasıyla sağlanmaktadır.⁶⁷ Kripto paraların arkasında, para basma gücüne sahip bir otorite ve ona duyulan güven yerine, bilgisayar algoritmalarına dayalı bir güven olduğundan bahsedilmektedir.⁶⁸

Bazı yazarlara göre kripto paralar takip edilemeyen paralardır. Ticarete bu parayı kullanırken karşılığında ne alınıp satıldığı ile ilgili bir bilinmezlik söz konusudur. Bu paraların arkasında bir devlet garantisi olmadığından bunlara şüpheyle yaklaşmak gerekmektedir.⁶⁹ Bunların arkasında devlet otoritesinin bulunmaması, para transferinde arada üçüncü bir kurum olan bankaların gözetiminin olmaması kripto paralara duyulan güvensizliğin haklılığını ortaya koymaktadır.

3. Bitcoin

2008 finansal krizinde 1929 Büyük Buhran'ını tekrardan yaşamaktan korkan merkez bankaları, para basıp faiz oranlarını azaltma yoluna gittiler. Her ne kadar bankalar batmaktan kurtarılsa da para birimleri değer kaybetti. Bu kayıp, halka vergi artışı olarak döndü. Halkın bankalara, merkez bankalarına hatta hükümete olan güveni azaltırken krizi fırsata çevirmek isteyenler bir para birimi ortaya çıkardı. Merkezi olmayan bu para birimi, bitcoindi.⁷⁰

⁶⁶ Abdurrahman Çarkacıoğlu “Kripto-Para Bitcoin” (2016) Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Dairesi Araştırma Raporu 8-9

⁶⁷ Çarkacıoğlu (n 66) 9. Ayrıca bkz. Satoshi Nakamoto, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System” (2008) 1 <https://www.uscc.gov/sites/default/files/pdf/training/annual-national-training-seminar/2018/Emerging_Tech_Bitcoin_Crypto.pdf> Erişim Tarihi 07 Nisan 2021

⁶⁸ Dilek (n 40) 10

⁶⁹ Hakan Erkuş ve Arif Gümüş “Blockchain ve Kripto Paraların Kullanımı Üzerine Bir Değerlendirme” (2019) 7 (2) Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 41, 46

⁷⁰ Çarkacıoğlu (n 66) 14-15

İlk kripto para birimi olan⁷¹ Bitcoin, 2009'da kim olduğu belli olmayan Satoshi Nakamoto takma adlı bir bilgisayar uzmanı tarafından geleneksel itibari para birimlerine alternatif olarak piyasaya sürülmüştür.⁷² Bu kişinin kimliğindeki belirsizlik, onun gerçekte var olup olmadığıyla ilgili şüpheleri artırmaktadır. Güngör'e böyle bir gizliliğin arkasından bir kişi yerine büyük devletler çıkabilir. Hatta dünya düzenini şekillendiren birtakım güçler, ortak bir para birimi geliştirmek amacıyla bu yola başvurmuş olabilir. Böylelikle devletlerin uyguladığı kısıtlamalardan da kolayca kaçabileceklerdir. Nasıl ki küreselleşmeyle yerel ve ulusal olan yok edilmiş yahut itibarsızlaştırılmışsa, dijital para birimlerinin oluşturulmasıyla da bu yönde bir amaç güdülmüş olabilir.⁷³

Kendi başına bir para birimi olan Bitcoin, ulusal bir para birimine bağlı değildir. Merkezi otorite tarafından düzenlenip denetlenemez.⁷⁴ Geleneksel para birimleri devlet ve merkez bankaları gibi otorite ve garantörlere sahipken bitcoin bunlara sahip değildir. Bu otoritelerce denetimi yapılamamaktadır. Bir başka deyişle devlet otoritesinin bitcoinle ilgili herhangi bir kontrolü ve sorumluluğu bulunmamaktadır. İşlemler taraflar arasında doğrudan, araya herhangi bir kurum girmeksizin yapılmaktadır.⁷⁵ Nitekim bitcoin, merkezi bir otorite olmadan peer-to-peer (P2P) olarak ifade edilen eşler arası teknoloji tarafından yönetilmektedir.

Bitcoin sisteminde para transferleri sırasında paranın akışı görülmekle birlikte bu paranın kimden kime gittiği tespit edilememektedir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki bu transferler, -bankaların gözetimi yerine- kullanıcıların gözetiminde gerçekleştirilmektedir. Bu transferlerin yetkili otoritelere izlenememesi sebebiyle kara para aklama, vergi kaçakçılığı ya da diğer bazı yasa dışı iş ve işlemler ile karşılaşılabilir, toplum bundan zarar görebilir. Geleneksel paraların karşılığında mutlaka bir devlet güvencesi ya da altın-gümüş vs. olması gerekli iken bitcoinin karşılığında bunlar yerine insan güvencesi vardır. Bir güven kaybı söz konusu olduğunda ise paranın değeri hızlı bir şekilde düşmektedir. Başka bir deyişle, bitcoine olan güven sarsıldığı vakit bu durum paranın değerine yansımaktadır.⁷⁶

Geleneksel fiziki paralar yasarken yani kanunlara tabi iken bitcoin,

⁷¹ Yüksel (n 53) 199

⁷² Sarah Rotman, "Bitcoin Versus Electronic Money" (CGAP January 2014) 1 <<https://www.cgap.org/sites/default/files/Brief-Bitcoin-versus-Electronic-Money-Jan-2014.pdf>> Erişim Tarihi 07 Nisan 2021

⁷³ Güngör (n 41) 58

⁷⁴ Çarkacıoğlu (n 66) 8

⁷⁵ Asuman Sönmez, "Sanal Para Bitcoin" (2014) 4 (3) The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication – TOJDAC 1,1

⁷⁶ Erkuş ve Gümüş (n 69) 46-47



yasal değildir. Kuralları vardır ve yalnızca ona tabidir. Geleneksel paraların arkasında bir merkezi otorite bulunduğu için bu otorite var olduğu müddetçe fiziki paralar da varlığını devam ettirebilecektir. Nitekim bunlar merkezi otoritenin güvencesi altındadır. Fakat bitcoinin arkasında herhangi bir siyasi veya ekonomik güç bulunmadığı için ayrıca, değeri arttıkça merkezi otoritenin baskısı ile karşılaşabileceği için bitcoin sürdürülebilir görülmemektedir.⁷⁷

Bitcoinle yapılan işlemlerin hepsi, isteyen herkesin rahatça erişebileceği açık muhasebe defterlerine kaydedilmektedir. Ama işlemlerde dijital imzalar kullanıldığından bu işlemleri kimlerin yaptığı meçhuldür. Nitekim gerçek kişiler Bitcoin sisteminde dijital imzaları ile işlem yapmaktadır⁷⁸. Ancak yine de ifade etmek gerekir ki verilerin sanal ortamda paylaşıyor olması ve şifrelense bile bu verilere herkesin ulaşabiliyor olması risk teşkil edilmektedir.⁷⁹

Bitcoin bakiyelerinin sigortalı olmaması da üzerinde durulması gereken önemli meselelerdendir. Gerçekten de Bitcoin'ini herhangi bir sebeple kaybeden bir kimse, örneğin sabit diskin çökmesi ya da bir korsan tarafından Bitcoin'in depolandığı cüzdanın çalınması durumunda ne olacaktır? Bankalarda tutulan döviz bakiyeleri bazı kuruluşlarca birtakım olaylara karşı sigortalanmaktayken Bitcoin'de böyle bir durum yoktur.⁸⁰ Bu tip olaylar karşısında ne yazık ki diğer para birimleri gibi Bitcoin'in izinin sürülme imkanı bulunmamaktadır.⁸¹ Bitcoin'in arkasında merkezi bir otoritenin güvencesinin bulunmaması sebebiyle yaşanacak kayıpların sonuçlarının daha ağır olacağı söylenebilecektir.

III. DİJİTAL PARA VE EGEMENLİK İLİŞKİSİ

Paranın egemenlikle ilişkisinin bulunduğu önceki bölümlerde ifade edilmiştir. Para egemenliğin sembolüdür ve para basma yetkisi devlet tekelindedir. Ancak dijital paralarda durum farklıdır. Dijital para birimleri, özellikle kripto paralar, mevcut para sistemlerine karşı daha önce benzeri görülmemiş bir meydan okumadır.⁸² Devletin para basma tekeli elinden alınmaya çalışılmaktadır. Bu yönüyle dijital paraların egemenliğin bir simgesi

⁷⁷ Bülent Çizmeci ve İbrahim Hakan Göver “Toplumlarda Fiziksel Paradan Dijital Paraya Geçiş: Bitcoin Örneği” (2020) 21 (2) Sivas Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi 310, 320-321.

⁷⁸ Ersin Ünsal ve Ömer Kocaoğlu “Blok Zinciri Teknolojisi: Kullanım Alanları, Açık Noktaları ve Gelecek Beklentileri” (2018) (13) Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi 54, 56

⁷⁹ Erkuş ve Gümüş (n 69) 47

⁸⁰ “How Bitcoin Works” (Forbes 1 Ağustos 2013) <<https://www.forbes.com/sites/investopedia/2013/08/01/how-bitcoin-works/?sh=5847cc0b17ff>> Erişim Tarihi 07 Nisan 2021

⁸¹ Erkuş ve Gümüş (n 69) 47

⁸² Amar Diwakar, “States, Sovereignty and the Brave New World of Cryptocurrencies” (TRT World, 10 Ağustos 2020) <<https://www.trtworld.com/magazine/states-sovereignty-and-the-brave-new-world-of-cryptocurrencies-38793>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2021

değil, fakat egemenliğe karşı bir tehdit olduğu söylenebilir.

Egemen devletler bu tehdide karşı sessiz kalmamak adına çeşitli yöntemler izlemişlerdir. Bunlardan en önemlileri yasaklama ya da kendi merkez bankalarında dijital paralarını üretme yöntemidir. Başka bir ifade ile egemen devletlerin bazıları bu tehdide karşı tepki olarak dijital paraların kullanılmasını, bulundurulmasını vs. yasaklama yoluna gitmişlerdir. Bazıları ise kendi dijital paralarını üretme çabasına girişmişlerdir. Böylelikle ülkelerin kendi merkez bankalarında üretilen dijital para, merkezi otorite tarafından denetlenebilecek ve tehdit olmaktan çıkacaktır.

Esasen egemen devletlerin dijital para birimi gibi küresel bir projenin dışında kalabileceğini düşünmek çok da doğru olmayacaktır. Özellikle günümüzde kapitalizmin etkin konumu göz önüne alındığında ve dijital para birimlerinin de Güngör'ün deyimıyla, "kapitalizmin yeni enstrümanı" olduğu düşünüldüğünde, egemen devletler bunu görmezden gelemeyecek ve dijital paralarla ilgili politikalar belirleyecektir.⁸³

Bu başlık altında dijital para birimlerinin egemenliğe karşı nasıl ve ne şekilde bir tehdit oluşturduğu ele alındıktan sonra egemen devletlerin bu tehdit karşısında nasıl bir tutum izlediğinden bahsedilecektir.

A. EGEMENLİĞE KARŞI BİR TEHDİT OLARAK DİJİTAL PARA

Bugün artık devletin egemenliğini temsil eden ve egemen devlet tarafından bastırılan fiziksel paralara meydan okumaya çalışan, devletler yerine özel kişiler tarafından⁸⁴ meydana getirilen dijital paralarla karşı karşıyayız. Para dönüşmüş ve fiziki gerçekliğini kaybetmeye başlamıştır. Ancak kaybolan yalnızca paranın fiziki gerçekliği değildir. Aynı zamanda devletin para üzerindeki egemenliği de yavaş yavaş azalmakta, para devletsizleştirilmek istenmektedir. Dijital paraların ardında yatan devletsiz para fikri karşısında egemen devletler dikkatli olmalıdır. Zira çalışma kapsamında daha önce ifade edildiği üzere fiziksel paraların aksine dijital paralar merkezi bir otorite tarafından düzenlenmemekte ve denetlenmemektedir. Bunların kontrolü egemen devletlerce sağlanamamaktadır. Ayrıca bu paralar merkezi bir otoritenin güvencesi altında da değildir.

1. Devletin Tekeline Karşı Tehdit

Para basma yetkisi egemen devlete aitken, devletin tekelindeyken, dijital paralar daha önce de ifade edildiği üzere özel kişilerce çıkarılmaktadır ve egemen devletin kripto para üretme durumu bulunmamaktadır. Dijital paraların özel kişilerce çıkarılıyor olması, para basma yetkisini tekeline bulunduran

⁸³ Güngör (n 41) 59

⁸⁴ Yüksel (n 53) 197



ve bunu, egemenliğinin bir simgesi olarak gören devletin egemenliğine karşı bir tehdittir. Cooper'a göre, blok zincir teknolojisi üzerine inşa edilen dijital paralar zaten, devletlerin para birimi üzerinde sahip olduğu tekele meydan okumaya ayarlanmıştır.⁸⁵ Bu paraların oluşturulmasındaki temel amaçlardan biri budur. Her ne kadar bunun gelişen teknolojinin doğal bir sonucu olduğu düşünülebilse de burada, paranın devletsizleştirilmeye çalışıldığı gerçeği de gözden kaçırılmamalıdır.

Yasal altyapısı bulunmayan dijital paralar, merkez bankalarının ve dolayısıyla egemen devletin para basmadaki tekel gücünü sarsacaktır. Özellikle yasal ve finansal anlamda altyapının yetersiz olduğu kimi ülkelerde terör örgütleri, uyuşturucu kartelleri gibi devlet dışı birtakım aktörlerin dijital para üretimi yoluyla, yani dijital para çıkararak egemenliğe ortak olacağı ifade edilmektedir. Bir başka ifade ile devlet dışı birtakım oluşumlar bu yolla ulus devletlerin egemenliğine ortak olabilecektir. Devlet dışı bu aktörlerin dijital para üretmek şeklindeki bu stratejisinin arkasındaki saik kendi politik güçlerini oluşturma düşüncesidir.⁸⁶ Bu durum, çalışmanın ilk bölümünde bahsettiğimiz, egemene başkaldırının ya da hükümdarın egemenliğini tanımayanın para basma yoluna gitmesiyle aynıdır. Burada da devlet dışı aktörler para basma yoluyla devletin egemenliğine başkaldırmakta ve egemenliğe ortak olmaya çalışmaktadır.

Dijital paralar, düzenleyici otoritelerin ve devlet mekanizmalarının kontrolünün bulunmadığı bir dünya inşa etme arzusunda olanlar için, bunun hayalini kuranlar için bir devrim niteliğindedir. Hatta bu, bazıları için ulusların kaybolup solup gittiği post-kapitalist bir geleceğin de temelidir.⁸⁷

2. Tehdidin Bir Başka Boyutu

Dijital para birimlerinin meydana getirilmesindeki temel saiklerden birisi Euro, Türk Lirası gibi geleneksel para birimlerinin piyasa üzerindeki etkisini ortadan kaldırmaktır.⁸⁸ Bugün için bu amaca henüz ulaşamamış olması bundan sonra ulaşamayacağı manasına gelmemektedir. Geleneksel para birimleri egemen devlet tarafından basılmakta ve bu durum egemenliğin bir göstergesi olarak kabul edilmektedir. Geleneksel para birimlerinin piyasadaki etkinliğine son verme düşüncesi, devletlerin egemenliğine yönelik bir tehdit olarak algılanmalıdır. Zira devletin egemenliğinin bir simgesi olarak piyasada

⁸⁵ James Cooper, "With Central Bank Digital Currencies, States Are Reasserting Power Over Money" (Coindesk, 3 Mart 2020) <https://www.coindesk.com/even-with-cbdc-the-state-wont-forfeit-its-power-over-money?utm_source=hootsuite&utm_medium=twitter&utm_term=Events&utm_content=Register&utm_campaign=FATF> Erişim Tarihi 12 Nisan 2021

⁸⁶ Üzer (n 2) 116. Ayrıca bkz. Dilek (n 40) 25

⁸⁷ Diwakar (n 82)

⁸⁸ Erkuş ve Gümüş (n 69) 46

yerini alan para, birtakım güçler tarafından etkisizleştirildiğinde, devletin de etkisiz hale getirilmesi söz konusu olmaktadır. Bu halde devletsiz paraların, başka bir ifade ile arkasında bir devletin bulunmadığı, bir devlet tarafından düzenlenip denetlenemeyen paraların piyasada hüküm sürmesi durumuyla karşı karşıya kalınacaktır.

Dijital para birimlerinin oluşturulmasının arkasındaki bir diğer saik de merkez bankalarıyla rekabet edebilme düşüncesidir.⁸⁹ Bu düşüncenin beraberinde merkez bankalarınca çıkarılan ulusal para birimleriyle rekabet etme isteği vardır. Ulusal paranın egemenliğin bir simgesi olduğu, egemen devletin para basma yetkisini kendi merkez bankası aracılığıyla kullandığı düşünüldüğünde, ülkenin merkez bankasına ve onun çıkardığı ulusal para birimine yapılan bir tehdidin, bir meydan okumanın, egemen devletin egemenliğine yapılan bir tehdit olduğu sonucuna varılacaktır.

Daha önce ifade edildiği gibi dijital para birimleri merkezi bir otorite tarafından düzenlenmemekte, merkez bankalarınca çıkarılmamakta, bunun yerine özel kişilerce çıkarılmaktadır. Bu yönüyle dijital paraların özerk olduğu söylenebilecektir. Bu özerk para birimi ekonomide dolaştığı vakit, ülkelerin merkez bankalarının çıkardığı ulusal para birimleriyle rekabet edecektir. Esasen ulusal para birimleri ekonomideki yabancı para birimleriyle bilhassa ABD Doları ile rekabet halindedir. Dolayısıyla dijital paranın merkez bankası için doğurduğu zorluklar yabancı para biriminin mevcudiyetinden kaynaklanan zorlukla temelde aynıdır.⁹⁰

B. EGEMENİN BU TEHDİT KARŞISINDAKİ TUTUMU

Dijital paralar devletin para basma tekeline, dolayısıyla egemenliğine tehdit oluştururken egemen devletin bu duruma sessiz kalması elbette beklenemez. Bu para birimlerinin belirli bir ulus devletten bağımsız olacak biçimde tasarlanmış olması, ülkelerin yahut çok uluslu kuruluşların bu para birimlerine kayıtsız kalacağı anlamına gelmemektedir.⁹¹

Egemen devletlerin dijital paralara tepkileri farklılaşmaktadır. Bazı devletler dijital para birimlerinin mevcut riskleri hakkında halka uyarılarda bulunurken diğer bazıları bu paraların yasal olmadığını ifade etmektedir. Bazı merkez bankaları Bitcoin hizmetlerine lisans vermeyi ve bunların gözetimini yapmayı düşünmektedir. Bazı ülkeler dijital paraları para birimi olarak kabul etmeseler de bunları ödeme aracı olarak benimseyebilmektedir.

Söz konusu tehdit karşısında bazı devletler doğrudan yasaklama yoluna

⁸⁹ Max Raskin and David Yermack “Digital Currencies, Decentralized Ledgers, And The Future Of Central Banking” (2016) NBER Working Paper No. 22238 1, 1

⁹⁰ Raskin and Yermack (n 89) 5

⁹¹ Diwakar (n 82)



giderek egemenliği karşısında mevcut olan bu tehdidi bertaraf etmeye çalışmaktadır. Bu yasaklamaların bazılarının arkasında kendi dijital parasını üretme fikrinin yattığı söylenebilir. Diğer bazı devletler ise merkez bankalarında kendi dijital paralarını oluşturma çabasına girmişlerdir. Böylece kendi egemenliği altında, merkezi otorite tarafından düzenlenip denetlenebilen, o devlete ait bir dijital para, egemenliğe karşı tehdit olmaktan çıkıp, egemenliğin simgesi haline dönüşecektir. Başka bir ifade ile egemen güç, kendi dijital parasını oluşturarak söz konusu tehdide, karşı hamle yapmaktadır. Dijital paralara yasaklama getiren bazı ülkelerin de kendi merkez bankalarında dijital para üretme çabasına girdikleri görülmektedir.

Bu başlık altında egemen devletlerin dijital paralara yasaklama getirmesinden ve kendi dijital parasını üretme çabasından bahsedilecektir.

1. Yasaklama

Otoriteler, kendi egemenliklerini tehdit eden dijital para birimlerine bir tepki olarak onların kendi ülkelerinde kullanımını yasaklayabilmektedir. Uygulamada bu durum dijital paralarla ilgili finansal aktivitelerin yasaklanması biçiminde olabileceği gibi bunların takasının ya da satışının yasaklanması şeklinde de olabilmektedir. Ülkeler, finansal kuruluşların dijital para birimleriyle işlemler yapmasını, bu paraların ticaretini yapmasını ve bunları kullanmasını yasaklayarak dijital para birimlerinden kaynaklanabilecek tehlikelerden korunmaya da çalışmaktadır.⁹²

Bazı ülkeler dijital paraların kullanımını tamamen yasaklarken bazı ülkelerde bunlar kısmen yasaklanmıştır. Örneğin Fas ve Vietnam'da bitcoin tamamen yasaklanmıştır. Oysa Kolombiya'da kısmen yasaklama getirilmiştir.⁹³ Fas Döviz Bürosu, söz konusu para birimleriyle yapılan işlemlerin döviz düzenlemelerinin ihlali anlamına geldiğini belirtmiş ve bunun yürürlükteki metinlerde öngörülen para cezaları ve diğer cezalara tabi olduğunu ifade etmiştir. Vietnam'da da benzer bir durum söz konusudur. Vietnam Devlet Bankası, 30 Ekim 2017 tarihinde bir kararname yayımlamış Bitcoin ve diğer sanal para birimlerinin yasal bir ödeme aracı olmadığını belirtmiştir. Bunların tedarik edilmesini, ihraç edilmesini, kullanılmasını yasaklamıştır. Kararnameye ve ilgili diğer yasalara aykırı hareket edenlerin ise para cezası ile karşı karşıya oldukları belirtilmiştir. Kolombiya'da⁹⁴ ise dijital para birimlerine

⁹² Üzer (n 2) 100-110

⁹³ Yıldırım (n 56) 274

⁹⁴ Kolombiya'da The Superintendencia Financiera (SF), Haziran 2017'deki genelgesinde Bitcoin'in Kolombiya'da para birimi olmadığını, ülkedeki tek yasal para biriminin Kolombiya Pesosu olduğunu vurgulamıştır. Banco de la República'nın ise Kolombiya'da para basma konusunda münhasır yetkiye sahip olduğunu, başka bir ifade ile para basma konusunda tek yetkili otoritenin Banco de la República olduğunu belirtmiştir. Kripto para birimleri hakkında da birtakım uyarılarda bulunmuştur. "Regulation of Cryptocurrency

yatırım yapılması tamamen yasaklanmamakla birlikte finansal kurumların, bu para birimlerini içeren işlemleri kolaylaştırması engellenmek suretiyle dolaylı kısıtlamalar getirilmiştir.⁹⁵

Çin, kripto borsalarını yasaklamıştır.⁹⁶ Hindistan da kripto paralara yasaklama getirmek için çalışmaktadır. ABD her ne kadar kripto para birimlerine bir yasaklama getirmese de bunları desteklediği de söylenemeyecektir. Nitekim ABD, küresel finasta doların hakim konumunu muhafaza etmesini arzulandığı için, kripto para birimini desteklemesi doların gücünün baltalanması demek olduğundan ortada bir çelişki söz konusudur.⁹⁷

Türkiye’de 30.04.2021 tarihinden itibaren kripto paraların ödemelerde kullanımı yasaklanmıştır. “Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik”in ilgili üçüncü maddesinin iki ve üçüncü fıkralarına göre, bu para birimleri artık ödemelerde doğrudan yahut dolaylı olarak kullanılmayacak ve bunların kullanılmasına yönelik hizmet sunulamayacaktır. Mezkur Yönetmelik’in dördüncü maddesinin ilk fıkrasında ödeme hizmeti sağlayıcılarının, bu hizmetin sunumunda ya da elektronik para ihracında doğrudan ya da dolaylı bir şekilde kripto para birimlerinin kullanılacağı biçimde iş modeli geliştiremeyecekleri ve buna ilişkin hizmet de sunamayacakları belirtilmiştir. İkinci fıkrada ise ödeme ve elektronik para kuruluşlarının, bu para birimlerine dair alım-satım, transfer ya da ihraç hizmeti veya bunları saklama hizmeti sunan platformlara aracılık edemeyeceği düzenlenmiştir. Ayrıca bunlar, bahsedilen platformlardan yapılacak fon transferlerine de aracılık edemeyeceklerdir.⁹⁸

2. Dijital Para Üretme

Dijital paralar devletin önceliğine, para basma ve kontrol etme tekeline meydan okurken devlet onaylı, egemen destekli dijital para birimleri geliştirmeye yönelik çalışmalar devletlerin, kendilerine yapılan tehdide

Around the World” (Library of Congress Law, June 2018) <<https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/world-survey.php#colombia>> Erişim Tarihi 16 Haziran 2021

⁹⁵ “Regulation of Cryptocurrency Around the World” (n 94)

⁹⁶ Ayrıca bkz. İlk coin teklifi yani ICO’lar Çin’de tamamen yasaklanmıştır. Ayrıca ICO Kuralları yayınlanmış ve bu Kurallar uyarınca kripto para birimi ticaret platformlarına çeşitli kısıtlamalar getirilmiştir. Bu platformların kripto para almaları, satmaları, aracı hizmet sağlamaları ve bunlar için fiyat belirlemeleri yasaklanmıştır. Yine bu Kurallarla finansal kurumlar için de yasaklar getirmiş, bu kurumların kripto paralar için doğrudan ya da dolaylı olarak hizmet sağlaması yasaklanmıştır. Zaten 2013’ten beri yürürlükte olan Bitcoin’le ilgili olarak banka işlemlerine yönelik bir yasak vardır. Bankaların Bitcoin ile işlem yapması yasaklanmıştır. Laney Zhang, “Regulation of Cryptocurrency: China” (Library of Congress Law, June 2018) <<https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/china.php>> Erişim Tarihi 14 Nisan 2021

⁹⁷ Diwakar (n 82)

⁹⁸ Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik, RG 16.04.2021/31456



karşı manevra yapmaya çalıştığının bir göstergesidir. Ayrıca devletler böyle yaparak bu sürece, gelişmelere ayak uydurmaya da çalışmaktadır.⁹⁹ Merkez bankalarınca çıkarılmayan diğer dijital paraların, merkez bankasının para arzı ve para politikası üzerindeki kontrolünü zayıflatacağı endişesi “merkez bankası dijital para biriminin” (CBDC) oluşturulmasında önemli bir etkidir.¹⁰⁰

Çalışmanın ilk kısmında bahsedilen ulus üstü kuruluşların, kripto paraya yaklaşımları benzerlik göstermektedir. IMF ve Dünya Bankası ortak bir kripto para fikri üzerinde durmakta ve bu konuda çalışmalar yapmaktadır.¹⁰¹ ABD Merkez Bankası FED, dijital paraya çok sıcak bakmasa da gelişmelere seyirci kalmayarak dijital para olasılığı (Fedcoin) üzerinde araştırmalar yapmaktadır.¹⁰²

IMF, Dünya Bankası vb. ulus üstü kuruluşların yaptığı gibi ülkelerin merkez bankaları da bir araştırma ve çalışma grubu oluşturarak CBDC kavramını araştırmaya çalışmışlardır. CBDC’lerin özelliği merkez bankaları tarafından üretilip, verilmeleri ve yine merkez bankalarınca kontrol edilecek olmalarıdır. Burada ifade edilmesi gereken önemli bir nokta ise üretilecek bu dijital paraların, geleneksel (fiat) para birimlerinin dijital versiyonu olmasıdır. Ayrıca bu paraların geleneksel paralarla aynı özelliklerin çoğunu temsil etmeleri amaçlanmaktadır. Bu konuda en önemli örnek olan Çin, kendi egemen dijital para birimi projesini başlatmıştır. İlk resmi dijital para birimini piyasaya sürme yolunda ilerlemektedir.¹⁰³ Türkiye de dijital paralarla ilgili çalışmalar başlatmış ve ilerleyen süreçte Merkez Bankası’nda test için çalışmalar yapılacağı bildirilmiştir.¹⁰⁴

Dünyanın en eski merkez bankası olduğunu ifade ettiğimiz İsveç Riksbank ise giderek genişleyen dijital bir dünyada hangi rolü üstlenmesi gerektiği ile ilgili düşüncelerinin olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte madeni para ve banknot kullanımının toplumda azaldığını söyleyerek dijital formda

⁹⁹ Diwakar (n 82)

¹⁰⁰ İbrahim Al ve Haydar Akyazı, “Merkez Bankası Dijital Parası ve Para Politikasına Yansımaları” (2019) 19 (3) BAİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 573, 574

¹⁰¹ “IMF ve Dünya Bankası’ndan Yeni Bir Kripto Para Birimi” (Blockchain Türkiye, 15 Nisan 2019) <<https://bctr.org/imf-ve-dunya-bankasindan-yeni-bir-kripto-para-birimi-8614/>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2021

¹⁰² Ann Saphir, “Fedcoin? The U.S. Central Bank is Looking Into It” (Reuters, 6 February 2020) <<https://www.reuters.com/article/us-usa-fed-brainard-idUSKBN1ZZ2XF>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2021

¹⁰³ Diwakar (n 82). Halbuki Çin, özel olarak çıkarılan dijital para birimlerine baskı yapıyordu. Artık kendi merkez bankasında kendi dijital para birimini çıkarmaya çalışıyor. Çıkarılacak bu dijital para birimi, merkez bankası tarafından desteklenen egemen para biriminin dijital bir versiyonu olacaktır. Ayrıca ifade etmek gerekir ki çıkarılacak dijital para, özel kişilerce çıkarılanların aksine Çin Yuanı ile aynı yasal statüye sahip olacaktır. Zhang (n 95)

¹⁰⁴ “Merkez Bankası Kendi Dijital Parasını Üretiyor” (TRT Haber, 10.02.2021) <<https://www.trthaber.com/haber/ekonomi/merkez-bankasi-kendi-dijital-parasini-uretiyor-555201.html>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2021

“e-krona” olarak ifade edilen merkez bankası dijital para birimi için bir proje başlatmıştır.¹⁰⁵

Cooper’a göre devlet, egemen destekli kendi dijital para birimlerini oluşturarak geri dönmektedir. Burada kast edilen şey, devletin böyle yapmakla egemenliği karşısındaki bu tehdide baş kaldırıyor olması ve egemenliğinden vazgeçmediğini gösteriyor olmasıdır. “Hiçbir şey bir devletin blockchain ve kripto para birimi gibi merkezi olmayan teknolojiler üzerindeki kontrolünden daha merkezi değildir.” diyen Cooper, egemen devletin halen güçlü olduğunu belirtmektedir.¹⁰⁶ Bu görüşü destekleyenlere göre dijital paralar, özellikle kripto paralar henüz devlet aygıtını aşma yeteneğine sahip değildir. Buna göre, dijital para arzı birileri tarafından kontrol edildiği müddetçe yönetim mekanizmaları da var olmaya devam edecektir.¹⁰⁷

SONUÇ

Küresel dünyanın artık dijital dünya/çağ olarak adlandırılması genel kabul görmektedir. Bu kabul, içinde bulunduğumuz zamanın yeni bir zaman dilimi olduğunu düşündürmektedir. Oysa temel argümanlar aynıdır. Bu argümanlardan biri de paradır. Çalışmada da değinildiği gibi para, egemenliğin aracı olarak önemli bir işleve sahiptir. Dijital bir çağda yaşıyorsa parasının da dijital olmaması düşünülemez, denilebilir.

Özellikle 1900’lü yılların başından beri varlığı ile dünya savaşlarına hem ulusal hem ulus üstü yapıların kurulmasına sebep olan paranın, dijitalleşme ile beraber izleyeceği yolun, aynı zamanda ülkelerin ve dünyanın geleceğine dair önemli gelişmeler/olaylar yaşanarak ortaya çıkacağı düşünülmektedir. Çünkü para, son iki yüzyılın belirleyici aktörü olmuştur. Dijital paranın da yüzyılımızda gelişimi/değişimi takip edilerek hem devletler hem hukuk hem de insan hakkında birtakım yargılara/değerlendirmelere varmak mümkün olacaktır.

Paranın egemenlikle ilişkisi aslında paranın ilk kullanıldığı dönemlerden bu yana var olagelmiştir. Hükümdarlar, krallar egemenliklerinin göstergesi olarak kendi adlarına para bastırdıkları gibi bunların egemenliklerini tanımayarak kendi egemenliğini ilan etmek isteyenler de para bastırmışlardır.

Geçmişte nasılsa günümüzde de aynı şekilde para basma yetkisini tekelinde bulduran devletlerin egemenliğini tehdit etmek isteyenler, kendi paralarını çıkarmaktadır. Dijital paralar bu şekilde oluşturulmuştur. Bunlar bir devlet tarafından değil de özel kişilerce çıkarılmaktadır ve ulusal para birimine meydan okumaktadır.

¹⁰⁵ “E-Krona” (Sveriges Riksbank) <<https://www.riksbank.se/en-gb/payments--cash/e-krona/>>
Erişim Tarihi 15 Nisan 2021

¹⁰⁶ Cooper (n 85)

¹⁰⁷ Diwakar (n 82)



Geçmişten bugüne devletin para üzerindeki egemenliği aşındırılmaya çalışılmıştır. Ulus üstü kurumlar, aldıkları kararlarla, yaptıkları hamlelerle ülkelerin ekonomilerini etkilemekte, ulus devletin para üzerindeki mutlak egemenliğini sarsmaktadır. Ulus devletin egemenliğini sarsan bir başka olgu ise dijital paralardır. Bunu daha iyi gözlemleyebilmek ve anlayabilmek için dijital paraların oluşturulmasından önceki durumu, yaşanan süreci; merkez bankalarını, ulus üstü kurumların oluşturulmasını bilmek gerekir. Dijital para birimlerinin, özellikle de Bitcoin'in meydana getirilmesini, tek bir para birimi hedefinin bir uzantısı olarak görmek yanlış olmayacaktır. Zira küreselleşmenin mantığı, ulusal olanı aşındırma hatta onu yok etme düşüncesiyle ilerlemektedir. Dijital para birimleri de ulusal paraların piyasadaki varlığını aşındırma hedefindedir. Bu amaçla, ulusal paraları itibarsızlaştırmaya çalışmakta ve parayı devletsizleştirmek istemektedir. Esasen, küreselleşme mantığında piyasada her bir ulusun paralarının ayrı ayrı yer alması küresel sistemi yönetenler için zorluk teşkil edecektir. Bu sebeple tek bir para birimi ve tek bir otorite arzusu vardır. Bu arzu, daha kolay hakimiyet sağlama maksadının bir yansımasıdır.

Çalışmada ifade edildiği üzere dijital paralar devletsiz, denetimsiz, yasal sınırlamaların olmadığı bir dünya hayaliyle oluşturulsa da bu, sürdürülebilir bir şey değildir. Zira denetim, beraberinde düzeni ve güveni getirir. Dijital para birimlerinde ise denetimsiz ve düzensiz bir sistem vardır. Devlet denetiminin bulunmaması, suç işleme arzusunda olanların işini kolaylaştırmaktadır.

Dijital paralarla ilgili işlemlerin merkezi otoritenin güvenine dayanmaması yaşanacak mağduriyetlerin giderilememesine sebep olacaktır. Devletler hem kendi egemenliklerini hem de vatandaşlarını korumak için dijital para birimleri karşısında dikkatli olmalıdır. Bu açıdan, ülkelerin kendi merkez bankalarında kendi dijital para birimlerini üretecek olmaları olumlu bir gelişmedir. Zira bu durum, başta da ifade edilen devletsiz, denetimsiz bir dünya hayalinde olanlar için cevap mahiyetindedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Atçeken Z ve Bedirhan Y, Selçuklu Müesseseleri ve Medeniyeti Tarihi (3. Baskı, Eğitim Yayınevi 2016)

Bodin J, On Sovereignty, Julian H. Franklin (ed) (first published, Cambridge University Press, 1992)

Chang M, Monetary Integration in the European Union (First Published, Palgrave Macmillan)

Fülberth G, Kapitalizmin Kısa Tarihi, Çev. Sadık Usta (4. Basım, Yordam Kitap 2018)

Gözler K, Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi (1. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları 2001)

Gözler K, Anayasa Hukukunun Genel Esasları (6. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2015)

Held D, McGrew A, Goldblatt D and Perraton J, Global Transformations (First Published, Standford University Press 1999)

Kazgan G, Küreselleşme ve Ulus Devlet (3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2002)

Keskin M, Merkez Bankası ve Hazine (2. Baskı, Astana Yayınları 2020)

Stiglitz JE, Küreselleşme Büyük Hayal Kırıklığı, Çev. Arzu Taşçıoğlu/ Deniz Vural (1. Basım, Plan B Yayıncılık 2002)

Stiglitz J, “Küresel Kurumların Vaatleri” içinde Held, D. ve McGrew (eds), Küresel Dönüşümler (2. Baskı, Phoenix Yayınevi 2014)

Dergiler

Al İ ve Akyazı H, “Merkez Bankası Dijital Parası ve Para Politikasına Yansımaları” (2009) 19 (3) BAİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 573-593

Arestis P and Basu S and Mallick S, “Financial Globalization: The Need for a Single Currency and a Global Central Bank” (2005) 27 (3) Journal of Post Keynesian Economics 507-531

Ateş BA, “Kripto Para Birimleri, Bitcoin ve Muhasebesi” (2016) 7 (1) Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 349-366

Bakan S ve Tuncel G, “Küreselleşmenin Ulus Devlet Üzerindeki Etkisi” (2012) 2 (3) Birey ve Toplum 51-65

Çizmeçi B ve Göver İH, “Toplumlarda Fiziksel Paradan Dijital Paraya Geçiş: Bitcoin Örneği” (2020) 21 (2) Sivas Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi 310-333

Dilek Ş, “Blockchain Teknolojisi ve Bitcoin” (2018) (231) Analiz, SETA Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı 1-32

Erdem E, “Osmanlı Para Sistemi ve Tağış Politikası” (2006) (56) Bankacılar Dergisi 10-28

Erkuş H ve Gümüş A, “Blockchain ve Kripto Paraların Kullanımı Üzerine Bir Değerlendirme” (2019) 7 (2) Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 41-49

Güngör K, “Kripto/Dijital Para Ne Kadar Güvenli” (2021) 8 (97) Ayrıntı Dergisi 56-61



Helleiner E, “Egemenlik, Bölgesellik ve Finansın Küreselleşmesi” (2006) (2) Çev. Şükrü Cicioğlu- Filiz Cicioğlu, Bilgi Sosyal Bilimler Dergisi 128-149

İşcan İH, “Dünyada Merkez Bankacılığının Gelişimi ve 2008 Finansal Krizi’ne Yönelik Yaklaşımları ile Amerikan ve Avrupa Merkez Bankacılığı” (2016) 27 (101) Ekonomik Yaklaşım 63-109

Karakaş M ve Adak M, “Küreselleşen Dünya Ekonomisi ve IMF’nin Değişen Rolü” (2013) 9 (18) Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi 157-180

Raskin M and Yermack D, “Digital Currencies, Decentralized Ledgers, And The Future Of Central Banking” (2016) NBER Working Paper No. 22238 1-18

Rennock MJW, Cohn A and Butcher JR, “Blockchain Technology and Regulatory Investigations” (2018) The Journal 35-44

Sönmez A, “Sanal Para Bitcoin” (2014) 4 (3) The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication – TOJDAC 1- 14

Tokgöz E, “Merkez Bankalarının Bağımsızlığı” (1995) 13 Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 1-28

Turna F, “Geçmişten Günümüze Merkez Bankaları ve Modern Merkez Bankacılığının Bir Örneği: Avrupa Merkez Bankası” (2014) 1 (1) Journal of Life Economics 41-56

Ünsal E ve Kocaoğlu Ö, “Blok Zinciri Teknolojisi: Kullanım Alanları, Açık Noktaları ve Gelecek Beklentileri” (2018) (13) Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi 54-64

Yıldırım M, “Blok Zincir Teknolojisi, Kripto Paralar ve Ülkelerin Kripto Paralara Yaklaşımları” (2019) 10 (20) Bartın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 265-277

Yılmaz G ve Alganer Y, “Amerikan Merkez Bankası (Fed)’nin Oluşumu, Tarihsel Seyri, İşleyişi ve Küresel Etkinliği” (2014) 51 (595) Finans Politik & Ekonomik Yorumlar 59-71

Yüksel AEB, “Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları’na Hukuki Bir Bakış” (2015) LXXIII (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 173-220

Diğer Kaynaklar

Çarkacıoğlu A, “Kripto-Para Bitcoin” (2016) Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Dairesi Araştırma Raporu

Hoca B, Bankacılıkta Doğrudan Yabancı Yatırımlar: 1994 Sonrası Dönüşüme Marksist Bir Yaklaşım (Doktora Tezi 2008) Marmara Üniversitesi SBE

Kültür ve Tarih Ansiklopedisi 2 210-211

Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi 37 (2009)

Ünal H, Merkez Bankası Bağımsızlığı'nın Enflasyon ile İlişkisi ve Türkiye Üzerine Bir Uygulama (Yüksek Lisans Tezi 2008) Atatürk Üniversitesi SBE Üzer B, Sanal Para Birimleri (Uzmanlık Yeterlilik Tezi 2017)

İnternet Kaynakları

“Aldrich Plan” <[http://www.let.rug.nl/usa/essays/general/a-brief-history-of-central-banking/aldrich-plan-\(1910\).php](http://www.let.rug.nl/usa/essays/general/a-brief-history-of-central-banking/aldrich-plan-(1910).php)> Erişim Tarihi 22 Mart 2021

Bodin J “Devletin Altı Kitabı” Batıya Yön Veren Metinler II <<http://dusuncetarihi.kapadokya.edu.tr/makale/devletin-alti-kitabi.html>> Erişim Tarihi 07 03 2021

Cooper J, “With Central Bank Digital Currencies, States Are Reasserting Power Over Money” (Coindesk, 3 Mart 2020) <https://www.coindesk.com/even-with-cbdcs-the-state-wont-forfeit-its-power-over-money?utm_source=hootsuite&utm_medium=twitter&utm_term=Events&utm_content=Register&utm_campaign=FATF> Erişim Tarihi 12 Nisan 2021

Diwakar A, “States, Sovereignty and the Brave New World of Cryptocurrencies” (TRT World, 10 Ağustos 2020) <<https://www.trtworld.com/magazine/states-sovereignty-and-the-brave-new-world-of-cryptocurrencies-38793>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2021

“Dünya’da ve Türkiye’de Merkez Bankacılığı” (Ankara Üniversitesi) <https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/23984/mod_resource/content/1/Bankacilik_S.ve_Mev_3.pdf> Erişim Tarihi 16 Mart 2021

“EBA Warns Consumers on Virtual Currencies” (European Banking Authority 12 December 2013) <<https://www.eba.europa.eu/eba-warns-consumers-on-virtual-currencies>> Erişim Tarihi 05 Nisan 2021

Editors of Biography.com, “J. P. Morgan Biography” (Biography.com, 12 June 2020) <<https://www.biography.com/business-figure/jp-morgan#synopsis>> Erişim Tarihi 22 Mart 2021

“E-Krona” (Sveriges Riksbank) <<https://www.riksbank.se/en-gb/payments--cash/e-krona/>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2021

Frankenfield J, “What Is Virtual Currency”, (Investopedia, 30 Jun 2020) <<https://www.investopedia.com/terms/v/virtual-currency.asp>> Erişim Tarihi 02 Nisan 2021

“History of the Federal Reserve” (Federal Reserve Education) <<https://www.federalreserveeducation.org/about-the-fed/history>> Erişim Tarihi 22 Mart 2021



“How Bitcoin Works” (Forbes 1 Ağustos 2013) <<https://www.forbes.com/sites/investopedia/2013/08/01/how-bitcoin-works/?sh=5847cc0b17ff>> Erişim Tarihi 07 Nisan 2021

“How Does the International Monetary Fund Function?” (Investopedia) <<https://www.investopedia.com/ask/answers/051415/how-does-international-monetary-fund-function.asp#:~:text=The%20International%20Monetary%20Fund%20aims,%2C%20lending%2C%20and%20capacity%20development.>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021

“IMF ve Dünya Bankası’ndan Yeni Bir Kripto Para Birimi” (Blockchain Türkiye, 15 Nisan 2019) <<https://bctr.org/imf-ve-dunya-bankasindan-yeni-bir-kripto-para-birimi-8614/>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2021

“Merkez Bankası Kendi Dijital Parasını Üretiyor” (TRT Haber, 10.02.2021) <<https://www.trthaber.com/haber/ekonomi/merkez-bankasi-kendi-dijital-parasini-uretiyor-555201.html>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2021

Nakamoto S, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System” (2008) 1-9 <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/training/annual-national-training-seminar/2018/Emerging_Tech_Bitcoin_Crypto.pdf> Erişim Tarihi 07 Nisan 2021

“Regulation of Cryptocurrency Around the World” (Library of Congress Law, June 2018) <<https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/world-survey.php#colombia>> Erişim Tarihi 16 Haziran 2021

Rotman S, “Bitcoin Versus Electronic Money” (CGAP January 2014) 1 <<https://www.cgap.org/sites/default/files/Brief-Bitcoin-versus-Electronic-Money-Jan-2014.pdf>> Erişim Tarihi 07 Nisan 2021

Saphir A, “Fedcoin? The U.S. Central Bank is Looking Into It” (Reuters, 6 February 2020) <<https://www.reuters.com/article/us-usa-fed-brainard-idUSKBN1ZZ2XF>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2021

The Editors of Encyclopaedia Britannica, “Bank of England” (Britannica) <<https://www.britannica.com/topic/Bank-of-England>> Erişim Tarihi 18 Mart 2021

“Türkiye’de Banknot Basımının Tarihçesi” (Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, 2012) <<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/ff12d2fd-64d1-46cd-955b-6e45a51c2930/02.pdf?MOD=AJPERES>> Erişim Tarihi 07 Mart 2021

“The Bretton Woods Conference, 1944” (U.S. Department of State) <<https://2001-2009.state.gov/r/pa/ho/time/wwii/98681.htm#:~:text=The%20Bretton%20Woods%20Conference%2C%20officially,post%2DDWII%20international%20monetary%20system>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021

“Virtual Currency Schemes” (European Central Bank October 2012) 13-14 <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>> Erişim Tarihi 05 Nisan 2021

“Virtual Currencies And Central Banks Monetary Policy: Challenges Ahead” (Monetary Dialogue July 2018) <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/149900/CASE_FINAL%20publication.pdf> Erişim Tarihi 05 Nisan 2021

“Who We Are” (The World Bank) <<https://www.worldbank.org/en/who-we-are>> Erişim Tarihi 30 Mart 2021

Wriston W, The Future of Money, Reporter: Thomas A. Bass (Wired, 10 Ocak 1996) <<https://www.wired.com/1996/10/wriston/>> Erişim Tarihi 02 Nisan 2021

Zhang L, “Regulation of Cryptocurrency: China” (Library of Congress Law, June 2018) <<https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/china.php>> Erişim Tarihi 14 Nisan 2021

“1668-Sveriges Riksbank is Founded” (Sveriges Riksbank) <<https://www.riksbank.se/en-gb/about-the-riksbank/history/historical-timeline/1600-1699/sveriges-riksbank-is-founded/>> Erişim Tarihi 18 Mart 2021



YÜKSEK ADALET DİVANININ GEÇMİŞE ETKİLİ ŞEKİLDE YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASI -7248 Sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme-

*Retrospective Abrogation of the High Council of Justice
-An Analysis Concerning the Law No. 7248-*

Emre AKBULUT* - M. Esra YARALI - Ömer Faruk ÖZDEMİR*****

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (185-216)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 01.09.2021

Kabul Tarihi : 14.09.2021

Makale Türü: *Araştırma*

Article Info

Received Date: 01.09.2021

Accepted Date: 14.09.2021

Article Type : *Research*

ÖZET

Türkiye Büyük Millet Meclisi yakın dönemde kabul ettiği 7248 sayılı Kanun ile 27 Mayıs 1960 tarihli askerî darbeden sonra kurulan Yüksek Adalet Divanı'nın hukuki dayanağını geçmişe etkili şekilde yürürlükten kaldırmıştır. Türkiye'de demokratik hayata geçilmesinden sonra icra edilen ilk askerî darbenin en önemli kurumlarından birini kurulduğu tarihten geçerli olacak şekilde yürürlükten kaldıran bu sıra dışı kanun, özellikle öğretilerde çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Bu bağlamda, Yüksek Adalet Divanı'nın bir yargı organı olduğu kabulünden hareketle, 7248 sayılı Kanun'un Anayasa'ya ve erkler ayrılığı prensibine aykırı şekilde mahkeme kararlarını geriye dönük olarak hükümsüz hale getirdiği ileri sürülmüştür. Yine 7248 sayılı Kanun'un parlamentodaki görüşmeleri esnasında anılan kanun, askerî darbeler ve hakkaniyete aykırı yargılamalar arasında seçici davranmakla ve ayırım yapmakla itham edilmiştir. Bu çerçevede çalışmada 7248 sayılı Kanun'a yöneltilen bir kısım eleştiriler ele alınarak, adı geçen kanunun erkler ayrılığı prensibine ve Anayasa'ya aykırı olup olmadığı, hukuka aykırı yargılamalar arasında haksız bir ayırım yapıp yapmadığı ve bu kanunla ulaşılmak istenilen amacın alternatif başka yöntemlerle temin edilebilip edilemeyeceği sorularına yanıt aranmaktadır.

Anahtar Kelimeler: 27 Mayıs 1960 tarihli askerî darbe; Yüksek Adalet Divanı; 7248 sayılı Kanun; doğal hâkim ilkesi; milli egemenlik prensibi; yargı kararlarının yasama tarafından etkisiz kılınması; geçiş dönemi adaleti

ABSTRACT

Recently, with the Law no.7248, the Grand National Assembly of Turkey retrospectively abrogated the legal basis of the High Council of Justice which had been established after the military coup of 27 May 1960. This a typical law which retrospectively

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Dr., Hâkim, Türkiye Büyük Millet Meclisi, dr.emreakbulut@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-7031-4166>.

** Yasama Uzman Yardımcısı, Türkiye Büyük Millet Meclisi, esrayarali@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-0218-8230>.

*** Türkiye Büyük Millet Meclisi, omerfaruk.ozdemir@tbmm.gov.tr, <https://orcid.org/0000-0002-4779-2418>.

abrogated one of the most significant institutions of the first military coup following transition to democracy in Turkey as from the date of that institution's foundation, has attracted varied criticisms especially in the doctrine. In this context, departing from the assumption that the High Council of Justice was a judicial body, it has been claimed that the Law no. 7248 retrospectively overruled the court decisions contrary to the Constitution and the principle of separation of powers. Furthermore, the Law no.7248 has been accused of being selective and of discriminating between different military coups and unfair trials during the parliamentary discussions. In this framework in the study, considering several criticisms made for the Law no.7248, answers will be sought to the questions of whether aforementioned law has been contrary to the principle of separation of powers and to the constitution, whether it has made unjust discrimination between unlawful trials and whether the aim of this law can also be achieved by any other alternative methods.

Keywords: The military coup of 27 May 1960; the High Council of Justice; the Law no.7248; the principle of natural justice; the principle of national sovereignty; making court decisions void by the legislature; transitional justice

GİRİŞ

1 Temmuz 2020 tarihli ve 31172 sayılı Resmi Gazete'de¹ yayımlanarak yürürlüğe giren 7248 sayılı Kanun, Türk Hukuk Tarihinde bir benzerine rastlanmayan sıra dışı bir yasal düzenlemedir. Tam adı “1924 Tarih ve 491 Sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanununun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Geçici Kanunun Bazı Hükümlerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Neden Olunan Mağduriyetlerin Giderilmesi Hakkında Kanun” olan bu kanunla, 27 Mayıs 1960 askerî darbesinden sonra yürürlüğe konulan 1 sayılı Kanun'un bazı hukuki sonuçları hukuk âleminde kaldırılmak istenmiştir. Bu çerçevede 7248 sayılı Kanun ile 12.06.1960 tarihli ve 1 sayılı Kanun'un Yüksek Adalet Divanı ile Yüksek Soruşturma Kurulu'nu kuran 6'ncı maddesi ve 1924 Anayasası'nın müsadere yasağına ilişkin hükmünü bazı bireyler açısından yürürlükten kaldıran 24'üncü maddesinin ikinci fıkrası geçmişe etkili şekilde yürürlükten kaldırılmıştır. Yine aynı kanunla Yüksek Soruşturma Kurulu ile Yüksek Adalet Divanı'nın soruşturma ve kovuşturma işlemlerine maruz kalanların uğradıkları manevî zararların Devlet tarafından karşılanmasına ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir.

Bir askerî darbe sonrasında darbe ideolojisini cebren hâkim kılmak için kurulan ve yargısal yetkiler kullanan bir organın hukuki dayanağını geçmişe etkili şekilde kaldıran 7248 sayılı Kanun'un siyasi açıdan taşıdığı önem tartışmasızdır. Ancak 7248 sayılı Kanun'un doğurduğu hukuki sonuçlar, öğretilerde bir takım tartışmaları beraberinde getirmiştir. İlk olarak *Kemal Gözler* konu hakkında bir makale kaleme alarak, 7248 sayılı Kanun'un zaten yürürlükte olmayan 1 sayılı Kanun'un bazı maddelerini yürürlükten kaldırarak mantık dışı bir iş yaptığını, ayrıca bunu Anayasa değişikliğine ilişkin kurallara uymadan, adi kanunlar için öngörülen usulle gerçekleştirdiğini ve geçmişe etkili şekilde düzenlenen yürürlük maddesiyle hukuk devleti ilkesini

¹ 1 Temmuz 2020 Tarihli ve 31172 Sayılı Resmi Gazete.

ihlal ettiğini belirtmiştir². Yine *Ersan Şen* de 7248 sayılı Kanun hakkındaki makalesinde söz konusu kanunun kuvvetler ayrılığı prensibi ile Anayasa'nın 138'inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı olduğunu ve Yüksek Adalet Divanı kararlarının ancak yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılabilceğini savunmuştur³.

7248 sayılı Kanun'a yöneltilen eleştiriler öğreti ile sınırlı kalmamıştır. Her ne kadar Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde (TBMM) grubu bulunan siyasi partiler 7248 sayılı Kanun'un yasalaşmasına yönelik bir itiraz ileri sürmemişlerse de, kanunun Meclisteki görüşmeleri esnasında askerî darbelerden doğan mağduriyetler giderilirken darbeler arasında ayırım yapılmaması ve 12 Mart 1971, 12 Eylül 1980 müdahalelerinden sonra yürütülen yargılamalar sonucunda verilen kararların da hükümsüz kılınması gerektiği ifade edilmiştir⁴.

Diğer taraftan öğretilerde kanun teklifine ilk imzayı atan milletvekili sıfatını da taşıyan TBMM Başkanı *Mustafa Şentop*, 7248 sayılı Kanun'a getirilen eleştirilerden bir kısmına cevap veren bir makale kaleme almış ve çalışmasında, 1 sayılı Kanun'un hukuki niteliği, 2020 yılı itibariyle yürürlükte olup olmadığı, 1 sayılı Kanun'un yürürlükten kaldırılması için bir Anayasa değişikliği kanununa gerek olup olmadığı ve 7248 sayılı Kanun'un geçmişe yürütülmesinin hukuk devleti ilkesine aykırı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususlarını incelemiştir⁵.

7248 sayılı Kanun'un ve bu kanunla bazı maddeleri yürürlükten kaldırılan 12.06.1960 tarihli ve 1 sayılı Kanun'un siyasi ve hukuki tarihimiz açısından taşıdığı önem, söz konusu kanun ve bu kanuna yöneltilen eleştiriler üzerinde

² Kemal Gözler, "Yürürlükte Olmayan Bir Kanun Yürürlükten Kaldırılabilir Mi? 23 Haziran 2020 Tarih ve 7248 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler" (Türk Anayasa Hukuku Sitesi, 25.06.2020) www.anayasa.gen.tr/7248-sayili-kanun.htm Erişim tarihi: 6 Mayıs 2021

³ Ersan Şen, "Yüksek Adalet Divanı'nı Kaldıran 7248 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi" (Hukuki Haber, 27.06.2020) <https://www.hukukihaber.net/amp/yuksek-adalet-divanini-kaldiran-7248-sayili-kanunun-degerlendirilmesi-makale,8045.html> Erişim tarihi: 6 Mayıs 2021

⁴ bkz. 7248 sayılı Kanun'un görüşüldüğü 17.06.2020 tarihli TBMM Anayasa Komisyonu ve 23 Haziran 2020 tarihli TBMM Genel Kurul tutanakları ve kanun teklifine ilişkin 218 sıra sayılı Anayasa Komisyonu Raporu. *TBMM Anayasa Komisyonu Tutanak Dergisi*, D.27, Y.3, 17/6/2020; TBMM Genel Kurul Tutanağı, D.27, Y.3, B.103, 23/6/2020, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic?P4=23465&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=76 Erişim tarihi: 5 Mayıs 2021 *1924 Tarih ve 491 Sayılı Teşkilatı Esasiye Kanununun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Geçici Kanunun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Neden Olunan Mağduriyetlerin Giderilmesi Hakkında Kanun Teklifi (2/2952) ve Anayasa Komisyonu Raporu*, Sıra Sayısı: 218 (D.27, Y.3, B.103, 23/6/2020'ye ektidir). <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss218.pdf> Erişim tarihi: 5 Mayıs 2021

⁵ Mustafa Şentop, *Bir Kanunun Tahlili: 7248 Sayılı Kanun Nedir, Ne Değildir?*, (2020) (42), *Yasama Dergisi*, s.97 vd.

dikkatle durulmasını gerektirmektedir. Öğretide Şentop tarafından 7248 sayılı Kanun'a yöneltilen eleştirilerin bir kısmı⁶ hakkında kapsamlı değerlendirmeler yapılmasına karşın, kanunun yargı kararlarını hükümsüz hale getirmesi sebebiyle erkler ayrılığı prensibine ve Anayasa'ya aykırı olduğu, ayrıca darbelerden sonra yürütülen hukuka aykırı yargılamalar arasında haksız bir ayırım yaparak sadece Yüksek Adalet Divanı ile ilgili hükümler içerdiği hususlarında ileri sürülen eleştiriler öğretilerde etraflıca incelenmemiştir. Bu bağlamda çalışmada, 7248 sayılı Kanun'a ilişkin yasama belgeleri ile kanun hakkında öğretilerde ve TBMM'de dile getirilen eleştiri ve değerlendirmelerden yola çıkılarak, adı geçen kanunun Anayasa'ya aykırı olup olmadığı, hukuka aykırı darbe yargılamaları arasında haksız bir ayırım yapıp yapmadığı ve kanunla ulaşılmak istenilen amacın yargılamanın yenilenmesi gibi başka yöntemlerle temin edilebilip edilemeyeceği sorularına yanıt aranacaktır. Bu amaçla öncelikle TBMM'nin Yüksek Adalet Divanını hukuken ne şekilde nitelediği ve bu nitelenmenin kabul edilebilirliği incelenecek, akabinde 7248 sayılı Kanun sırasıyla yargı kararlarının etkisizleştirilmesi, alternatif bir hukuki yöntem olarak yargılamanın yenilenmesi kurumu, uluslararası insan hakları hukukunun 'geçiş dönemi adaleti' müessesesi ve kapsamı itibarıyla 'darbeler ve hukuksuz yargılamalar arasında ayrımcılık yaptığı' iddiası çerçevesinde ele alınacaktır.

A. KANUN KOYUCUNUN NAZARINDA YÜKSEK ADALET DİVANI

7248 sayılı Kanun'a öğretilerde getirilen önemli eleştirilerden birisi "*bu kanunla mahkeme kararlarının sonradan, geriye etkili şekilde hükümsüz kılındığı ve bunun erkler ayrılığı prensibi ile Anayasa'nın 138'inci maddesine aykırı olduğu*" eleştirisidir⁷. Gerçekten Anayasa'nın 138'inci maddesinin dördüncü fıkrasında "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*"

⁶ Şentop makalesinde, "çalışmanın kapsamını çok fazla genişletmemek için 7248 sayılı Kanun'un esası hakkında ileri sürülen eleştirilere çalışmada değinilmediğini" ifade etmektedir. Şentop, s.101.

⁷ bkz. Şen, agm. Şen makalesinde, yargı kararlarının ne şekilde bozulup kaldırılacağına dair kanun yollarının ve bunlara ilişkin kuralların 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 260 ve devamı maddelerinde sayıldığını, bir yargı kararının ancak anılan maddelerde gösterilen yol ve yöntemlerle kaldırılacağını, özellikle Anayasa'nın mahkeme kararlarının yasama ve yürütme organları ile idare tarafından hiçbir suretle değiştirilemeyeceğine ilişkin 138'inci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca kuruluşu ve yargılama usulleri ile ilgili tüm hukuka aykırılıklara rağmen verdiği kararlar yargı kararı sayılan Yüksek Adalet Divanı kararlarının kanun düzenlemesi ile kaldırılmayacağını öne sürmektedir.

hükmü yer almakta olup; 7248 sayılı Kanun'un hukuki dayanağını geçmişe dönük olarak ortadan kaldırdığı Yüksek Adalet Divanı'nın bir mahkeme (yargı organı) olarak kabul edilmesi durumunda, söz konusu kanunla Anayasa'nın 138'inci maddesine aykırı şekilde mahkeme kararlarının etkisizleştirildiği belirtilebilecektir.

Ancak 7248 sayılı Kanun'a ilişkin yasama belgeleri incelendiğinde, bu kanunu kabul eden TBMM'nin yani kanun koyucunun, Yüksek Adalet Divanı'nı gerçek anlamda bir '*mahkeme*' veya '*yargı organı*', Yüksek Adalet Divanı kararlarını da '*yargı kararı*' olarak nitelendirmediği görülmektedir. Bunun ilk işaretlerini, kanun teklifinin genel gerekçesinde Yüksek Adalet Divanı kararları hakkında yer verilen "şeklen yargı kararı niteliği taşımakla birlikte esasen millet iradesini kaba kuvvetle gasp eden gücün siyasi arzularının maskesi niteliğinde olan bu kararlar" şeklindeki değerlendirmede gözlemlemek mümkündür⁸.

7248 sayılı Kanun'a esas teşkil eden teklifin Anayasa Komisyonu'ndaki görüşmelerinde ise bu nokta çok daha açık biçimde ortaya konulmuştur. Buna göre 7248 sayılı Kanun'a ilişkin teklifin kabulüne dair 218 sıra sayılı Anayasa Komisyonu Raporu'nda "*Milli Birlik Komitesi (MBK), yasama, yürütme ve yargı organlarını hiçe saymış, millet iradesinin meşru temsilcisi olan parlamentonun yetkilerinin yanında, devletin yürütme ve yargı erklerini ve bunların sahip olduğu bütün hak ve yetkileri de gasbederek kendi uhdesinde toplamıştır. MBK kabul ettiği ilk kanunla söz konusu meşru organların yerine yeni yapılar öngörmüştür. ... Yüksek Adalet Divanı adlı sözde mahkemede toplum tarafından hiçbir zaman kabul edilmeyen yargılamalar yapılmış, o dönem iktidarda bulunanların mallarına el konulmuş, insanlar mağdur edilmiş ve hukuksuz bir şekilde idam kararları verilmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi olarak siyasi tarihimizde kara bir leke olan bu yargılamaları yapan sözde mahkemenin kuruluşunu düzenleyen 1 sayılı Kanunun 6'ncı maddesi yürürlükten kaldırılarak mevzuatımızın darbe kalıntılarından temizlenmesi son derece önemlidir. ... geçmişe etkili bir şekilde kurulmuş olan 'Yüksek Adalet Divanı' adlı bu sözde mahkemenin yine geçmişe etkili olacak şekilde yürürlükten kaldırılması amaçlanmıştır"*" ifadelerine yer verilerek, Yüksek Adalet Divanı ısrarlı bir şekilde "*sözde mahkeme*" olarak tanımlanmıştır.

⁸ 2/2952 sayılı, 1924 Tarih ve 491 Sayılı Teşkilatı Esasiye Kanununun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Geçici Kanunun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Neden Olunan Mağduriyetlerin Giderilmesi Hakkında Kanun Teklifi. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2952.pdf> Erişim tarihi: 5 Mayıs 2021

⁹ 1924 Tarih ve 491 Sayılı Teşkilatı Esasiye Kanununun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Geçici Kanunun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Neden Olunan Mağduriyetlerin Giderilmesi Hakkında Kanun Teklifi (2/2952) ve Anayasa Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 218 (D.27, Y.3, B.103, 23/6/2020'ye eklidir). <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss218.pdf> Erişim tarihi: 6 Mayıs 2021

Anayasa Komisyonu'nda gerçekleştirilen görüşmelerde benzer hususlar milletvekilleri tarafından da dile getirilmiştir. Bu çerçevede komisyon görüşmelerinde, örneğin,

- Afyonkarahisar Milletvekili Ali Özkaya, “...yalnızca bir yönetim organına karşı, kişilere karşı onların tüm suçları için fiiller işlendikten sonra oluşturulan bir soruşturma komisyonu ve bu soruşturma komisyonundan sonra yargılama, **sözde mahkeme adı altında Yüksek Adalet Divanı** kuruldu ... Bu mahkeme **sözde bir mahkeme de olsa ve bu mahkemeyi biz tanımasak da** yargının sonucunu yasamanın bir fiiliyle, tasarrufuyla ortadan kaldırmayı yargı hayatımız açısından, devlet hayatımız açısından uygun görmediğimiz için özellikle mahkemenin sonuçlarını yok saymıyoruz, buna özel bir dikkat ediyoruz. Çünkü yasama, yürütme ve yargının ayrı olması için ... Biz bu mahkemenin kuruluşuna dair hükümleri kaldırıyoruz ve diyoruz ki: ‘**Seni mahkeme ve yargı olarak hiç tanımıyoruz**’ ...”,

- Isparta Milletvekili Süreyya Sadi Bilgiç, “**Milli Birlik Komitesi ... sözde bir mahkeme** kurmuş ve belirli kişiler hakkında bu mahkeme eliyle yargı yetkisini kullanmıştır ... o dönemin yürürlükteki kanunlarını ve anayasasını çiğneyerek kendi darbe hukuklarını yaratmak yoluna gitmişler ve siyasi ihtiraslarının sevgiyle, Demokrat Partiden ve onun temsilcilerinden intikam almak için kendi arzuları doğrultusunda kararlar verecek **sözde bir mahkeme** kurmuşlardır ... bu kanun teklifinden muradımız ... **Yassıada'daki düzmece mahkeme** tarafından yargılanan ve hüküm giyen bütün sanıkların çeşitli suçlardan mahkûm oldukları yönündeki var olan şekli gerçekliği değiştirmek(tir) ... teklifle öngörülen de zaten geçmişe etkili bir şekilde kurulmuş olan ‘**Divan’ adlı bu sözde mahkemenin** yine geçmişe etkili olacak şekilde yürürlükten kaldırılmasından ibarettir ... kanaatimizce, Yüksek Adalet Divanı, aldığı kararlarında münferit hukuksuzluklar ya da haksızlıklar sebebiyle değil, bizzat kuruluşunda hiçbir meşru hukuki dayanağı olmadığından **evrensel anlamda bir mahkeme olarak da kabul edilemeyecek bir yapıdır ...**”,

- Tokat Milletvekili Özlem Zengin, “... baktığınız üzere görüyorsunuz sadece bir grup insanı yargılamak üzere, onlar görevlerini ifa ederken suç olmayan konularla ilgili olarak oluşturulan bir mahkemeden biz bahsediyoruz. Aslında **buna ‘mahkeme’ de demiyoruz ‘sözde mahkeme’ diyoruz ... biz bir mahkeme olarak kabul etmiyoruz, onları bir sözde mahkeme olarak görüyoruz ... adına da ‘mahkeme’ diyememişlerdir farkındaysanız, ‘Yüksek Adalet Divanı’ denilmiştir, kendi kendilerine de ‘mahkeme’ bile diyememişlerdir ...**”,

- Manisa Milletvekili Özgür Özel, “... **darbecilerin kendilerince ortaya çıkardıkları, aslında yok hükmünde olan bu yapının** varsa akıllarda bir tereddüt bırakmaksızın ortadan kaldıracak bir yasama faaliyetini doğru buluyoruz, önemli buluyoruz ama bununla ilgili teknik eleştiriler, katkılar olabilir ...”,

- Sakarya Milletvekili Muhammed Levent Bülbül, “... bugün görüşmekte olduğumuz kanun teklifiyle en azından **‘Yüksek Adalet Divanı’ olarak ifade edilen bu düzmece mahkemenin** meşruiyet kaynağı olan ve yasama tarafından çıkarılmış olan bu kanun düzenlemesinin ilgili maddelerinin yürürlükten kaldırılmasıyla bu noktada en azından meşruiyeti yönünden bir kısım mahzurlar telafi edilmeye, giderilmeye çalışılmaktadır.”

- Mersin Milletvekili Zeynep Gül Yılmaz, “... evrensel hukuk kurallarına aykırı olarak kurulan, anayasal zemine oturmayan, masumiyet karinesini ve yasama sorumsuzluğunu da ayaklar altına alan, millî iradeyi ortadan kaldırarak millî iradeyi de gasbeden, **demokrasi ve hukuk garabeti sözde Yüksek Adalet Divanının** kararlarını hükümsüz hâle getirecek bu kanun teklifini çok önemli ve kıymetli buluyorum”,

- İstanbul Milletvekili Ravza Kavakçı Kan, “... bu çirkin, **sözde mahkemelerin** kurulduğu, insanların ruhlarının, geleceklerinin, bir milletin ümidinin katledildiği o Yassıada ...” ve

- Mersin Milletvekili Ali Mahir Başarır, “ ... **Yüksek Adalet Divanının bu vermiş olduğu kararlar ne kadar hukuksuzsa ne kadar zalimse ne kadar bizim için yok hükmündeyse ...**” şeklindeki ifadeleriyle Yüksek Adalet Divanı’nı bugün genel kabul gören anlamıyla bir mahkeme olarak nitelendirmediklerini, dolayısıyla söz konusu divanın kararlarını da yargı kararı olarak kabul etmediklerini ifade etmişlerdir¹⁰.

Son olarak benzer mülahazalar kanunun TBMM Genel Kurulu’nda yürütülen görüşmeleri esnasında da dile getirilmiştir. Bu kapsamda örnek olarak, TBMM Genel Kurulu’nun 23 Haziran 2020 tarihli 103’üncü birleşiminde Yüksek Adalet Divanı hakkında İstanbul Milletvekili Feti Yıldız, “*Yassıadayargılamaları âdeta bir tiyatro şeklinde geçmiş ve genellikle İstanbul’dan İstanbul sosyetesini ve bazı bürokratların eşleri, birbirinden şık giyimli bürokrat eşleri sabah Fenerbahçe vapuruna binerek bir tiyatro seyretmeye gitmişler, şen şakrak olarak da geri dönmüşlerdir çünkü **yapılan bir yargılama değildir***”; Ankara Milletvekili Murat Emir, “*elbette **Yüksek Adalet Divanı bir mahkeme değildir**, tabii hâkim ilkesine aykırı kuruldu ve dolayısıyla da onun kararlarını yok saymak bu Meclis için bir onurdur*”; İstanbul Milletvekili Yunus Emre, “*27 Mayıs darbesi sonrasında yapılan yargılamalar **bir yargılama değildir**, bugünkü anlamıyla, uluslararası anlamıyla bir işkencedir*” değerlendirmelerinde bulunmuştur. Yine birleşimi yöneten TBMM Başkanvekili Süreyya Sadı Bilgiç, 7248 sayılı Kanun olarak yasalaşan teklifin görüşülmeye başlandığı oturumun hemen başında Yüksek Adalet Divanı hakkında “*sahte ve sözde mahkeme*” nitelemesi yaparak görüşmeleri başlatmıştır¹¹.

¹⁰ TBMM Anayasa Komisyonu Tutanak Dergisi D:27, Y:3, 17/6/2020.

¹¹ TBMM Genel Kurul Tutanağı, D.27, Y.3, B.103, 23/6/2020. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic?P4=23465&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=76
Erişim tarihi: 6 Mayıs 2021

Görüleceği üzere TBMM üyeleri, gerek kanun teklifi metninde ve gerekse teklifin Komisyon ile Genel Kurul görüşmelerinde Yüksek Adalet Divanı'nın gerçek bir mahkeme, yürüttüğü faaliyetin de gerçek bir yargılama olmadığını ısrarla vurgulamışlardır. Daha önemlisi bu yöndeki müteaddit tespitler TBMM'de temsil edilen farklı siyasi parti gruplarının temsilcilerince yapılmış ve bu yöndeki onlarca değerlendirmeye TBMM bünyesinde herhangi bir itiraz yöneltilmemiştir. Bu veriler ışığında, kanun koyucunun nazarında Yüksek Adalet Divanı'nın evrensel anlamda ve özellikle Anayasa'nın 138'inci maddesinde ifadesini bulan şekliyle bir mahkeme olmadığı, kanun koyucunun anılan divanı bir “*sözde mahkeme*” olarak kabul ettiği belirtilebilecektir.

B. YÜKSEK ADALET DİVANINI MAHKEME KABUL ETMEYEN KANUN KOYUCUNUN HAKLILIĞI SORUNU

Kanun koyucunun, 27 Mayıs 1960 tarihli askerî darbe sonrasında kurulan Yüksek Adalet Divanı'nın bir mahkeme olmadığı düşüncesinden hareketle 7248 sayılı Kanun'u kabul ettiğine yukarıda değinmiştik. Bu durumda yani Yüksek Adalet Divanı bir mahkeme ya da bir yargı organı olarak kabul edilmediği takdirde 7248 sayılı Kanun'la erkler ayrılığı prensibine ve Anayasa'nın 138'inci maddesine aykırı bir yasama faaliyeti yürütüldüğü eleştirisi¹² temelsiz kalacağından, kanun koyucunun bu değerlendirmesinin haklı olup olmadığı üzerinde durulması gerekmektedir.

7248 sayılı Kanun'la kuruluşunun hukuki dayanağı geçmişe etkili şekilde yürürlükten kaldırılan Yüksek Adalet Divanı, 12.06.1960 tarihli ve 1 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesiyle kurulmuştur. Bu madde özetle aşağıdaki hükümleri içermektedir:

“Sâkıt Reiscumhur ile Başvekil ve Vekilleri ve eski iktidar mebuslarını ve bunların suçlarına iştirak edenleri yargılamak üzere bir ‘Yüksek Adalet Divanı’ kurulur. Yüksek Adalet Divanı, Adli, İdari ve Askerî kazaya mensup Hâkimler arasından, Bakanlar Kurulunun teklifi üzerine, Millî Birlik Komitesince seçilecek bir Başkan, sekiz aslî ve altı yedek üyeden kurulur. Sanıkların sorumluluklarını araştırmak ve haklarında son tahkikat açılarak Yüksek Adalet Divanına verilmeleri gerekip gerekmediğine karar vermek üzere bir ‘Yüksek Soruşturma Kurulu’ teşkil olunur. Yüksek Soruşturma Kurulu, Bakanlar Kurulunun teklifi üzerine Millî Birlik Komitesince seçilecek bir Başkan ile otuz üyeden kurulur. Bu Kurulun teşkilâtı ve çalışma usulü özel kanunla belirtilir. ... Yargılanmaları, 1924 tarihli Teşkilâtı Esasiye Kanununa göre Divanı Âliye ait bulunan şahıslar hakkında soruşturma ve yargılama yetkisi dahi Yüksek Adalet Divanı ve Yüksek Soruşturma Kurulu tarafından kullanılır.”¹³

¹² bkz. Şen, agm.

¹³ bkz. 14 Haziran 1960 Tarihli ve 10525 Sayılı Resmi Gazete.

Yüksek Adalet Divanı ve bu divan önünde iddia makamı görevini üstlenecek olan Yüksek Soruşturma Kurulu, 27 Mayıs askerî darbesini icra eden Milli Birlik Komitesi tarafından 12 Haziran 1960 tarihinde kabul edilen ve 14 Haziran 1960 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 1 sayılı Kanun’la kurulmuş olmasına rağmen, 27 Mayıs 1960 ilâ 12 Haziran 1960 tarihleri arasında gerçekleştirilen yakalama, gözaltına alma ve tutuklama işlemlerini şeklen hukuka uygun kılabilmek için aynı Kanun’un 26’ncı maddesinde yer alan hükümlerle 1 sayılı Kanun’un yürürlük tarihi geriye çekilmiş ve böylece Yüksek Adalet Divanı ile Yüksek Soruşturma Kurulu geçmişe dönük şekilde, 27 Mayıs 1960 tarihinden itibaren hukuki varlık kazanmışlardır.

Yüksek Adalet Divanı’nın normatif alt yapısı aktarıldıktan sonra bu başlık altında ilk olarak belirtilmelidir ki, bir mahkemenin verdiği kararların hukuka aykırı olması, bu hukuka aykırılık Anayasa’ya ve hatta hukukun genel ilkelerine aykırılık şeklinde tezahür etse dahi, o mahkemeyi “mahkeme”, kararlarını da “yargı kararı” olmaktan çıkarmayacaktır. Bununla birlikte 7248 sayılı Kanun’a konu oluşturan Yüksek Adalet Divanı açısından ortaya çıkan ve önemli kısmı söz konusu kanunun yasalaşma sürecinde TBMM’de dile getirilen ağır hukuka aykırılıkların sadece divanın verdiği kararlara ilişkin olmadığı; bu aykırılıkların bizzat divanın varlığına (hukuk âleminde var olmasına) ilişkin bulunduğu görülmektedir.

Bu çerçevede Yüksek Adalet Divanı’nın varlığına ve dolayısıyla kararlarının bir kısmına değil istisnasız tüm karar ve işlemlerine sirayet eden hukuka aykırılıkların kısaca aşağıdaki şekilde özetlenmesi mümkündür:

i. Doğal (Tabii) Hâkim İlkesine Aykırılık: “Kanunî hâkim” yahut “olağan hâkim” ilkesi olarak da isimlendirilen doğal hâkim ilkesi, belirli bir uyuşmazlığı karara bağlayacak olan hâkim veya mahkemenin, o uyuşmazlığın doğmasından önce belirlenmesini (kurulmasını ve yetkilendirilmesini) gerekli kılar¹⁴. Doğal hâkim ilkesinin amacı bir uyuşmazlığı karara bağlayacak yargı organını yasama veya yürütmenin kişiye yahut olaya özgü şekilde belirlemesini önlemektir¹⁵. Buna göre belirli bir olaydan sonra ve sadece belirli kişileri yargılamak üzere bir merci kurulması doğal hâkim ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Bu bağlamda Yüksek Adalet Divanı, 12.06.1960 tarihli ve 1 sayılı Kanun’un 6’ncı maddesinde belirtildiği üzere, “*sabık Reisicumhur ile Başvekil ve Vekilleri ve eski iktidar mebuslarını ve bunların suçlarına iştirak edenleri*” yani sadece belirli Demokrat Parti mensuplarını, 27 Mayıs 1960 tarihinden önce icra ettikleri eylemler sebebiyle yargılayıp cezalandırmak üzere kurulmuştur.

¹⁴ Doğal hâkim ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Kemal Gözler, “Sulh Ceza Hâkimlikleri ve Tabii Hâkim İlkesi: ‘Sahur Operasyonu’ Hakkında Bir Açıklama”, (Türk Anayasa Hukuku Sitesi, 29.06.2020) <www.anayasa.gen.tr/tabii-hakim.htm> Erişim tarihi: 6 Mayıs 2021 (Yayın Tarihi: 29 Ağustos 2014).

¹⁵ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, (16. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019) 133.

Öte yandan bu hukuka aykırılık Yüksek Adalet Divanı'nın tüm tasarrufları bakımından geçerlidir. Zira bu divan, darbe öncesi dönemde yönetimde olan söz konusu şahısların 27 Mayıs 1960 tarihinden önceki faaliyetleri dışında başka hiçbir kişi veya eyleme yönelik yargılama tasarrufu icra etmemiştir. Diğer bir ifadeyle kuruluşunun ve varlığının doğal hâkim prensibine aykırı olmasının yanı sıra, Yüksek Adalet Divanı'nın (sonradan) doğal hâkim ilkesine aykırılık oluşturmadan yaptığı herhangi bir yargılama tasarrufu da bulunmamaktadır¹⁶.

Dolayısıyla Yüksek Adalet Divanı'nın hukuk âleminde doğuşunun, varlığının ve istisnasız tüm işlem ve kararlarının, evrensel bir hukuk prensibi olan ve bugün 1982 Anayasası'nın 37'nci maddesinde güvence altına alınan doğal hâkim ilkesine açıkça aykırılık oluşturduğu anlaşılmaktadır.

ii. *Kanunsuz Suç Olmaz (nullum crimen sine lege) İlkesine Aykırılık:* Kanunilik ilkesi ceza hukukunun temel ilkelerinden biridir¹⁷. Bu ilke uyarınca herhangi bir fiile suç olma özelliğini veren kanunun onu açıkça suç olarak öngörmüş olması ve yine kanunun onun için tespit ettiği müeyyidenin açıkça cezaî nitelik taşımasıdır. Devletin bireylere keyfi davranmasının önüne geçmeyi amaçlayan bu ilke, icra edildiği tarihte yürürlükte olan kanunların suç saymadığı bir eylem sebebiyle hiç kimsenin yargılanamamasını ve cezalandırılmamasını gerektirmektedir¹⁸.

Ancak Yüksek Adalet Divanı'nın faaliyetleri incelendiğinde söz konusu divanın yürüttüğü yargılamaların tamamına yakınının bu ilkeye aykırı olduğu; hatta divanın zaten bu ilkeye aykırı yargılamaları yürütmek üzere kurulduğu görülmektedir. Zira Yüksek Adalet Divanı yargılamalarının önemli bölümü

¹⁶ Örneğin öğretide *Gözler* 2014 yılında kurulan sulh ceza hâkimliklerinin doğal hâkim ilkesine aykırı şekilde kurulduğunu ileri sürmüştür. *Gözler*'in görüşü doğru kabul edilse bile bu hâkimliklerin *Gözler*'in iddiasına neden olan 2014 yılına ilişkin belirli uyumsuzluklar dışında, doğal hâkim ilkesi açısından sorun oluşturmadığı kesin olan başka binlerce dosyayı karara bağladıkları tartışmasızdır. bkz. Kemal Gözler, "Sulh Ceza Hâkimlikleri ve Tabii Hâkim İlkesi: 'Sahur Operasyonu' Hakkında Bir Açıklama".

¹⁷ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, (20. Bası, Savaş Yayınevi 2014) 39.

¹⁸ Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, (1. Bası, Filiz Kitabevi 1992), 58. Belirtilmelidir ki, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ile doğal hâkim ilkesinin –tartışmalı da olsa- günümüzde kabul edilen tek istisnası, insanlığa karşı suçlar olarak kabul edilen soykırım ve savaş suçları gibi suçları yargılamak üzere uluslararası ceza mahkemelerinin kurulabilmesi ve bu mahkemelerin, ulusal hukuka göre suç sayılmayan eylemleri geçmişe dönük şekilde yargılayabilmesidir. Ancak bu durumda söz konusu olan, insanlığa karşı suç olduğu uluslararası hukukta genel kabul gören belirli eylemlerin işlenmesinden sonra bu eylemleri yargılamak üzere uluslararası bir mahkeme kurulmasıdır ki bunun, Yüksek Adalet Divanı ile hiçbir şekilde ilgisinin olmadığı açıktır. bkz. BM Uluslararası Hukuk Komisyonu, Nuremberg İlkeleri, 1950, <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_1_1950.pdf> Erişim tarihi:11 Mayıs 2021; Christian Tomuschat, "The Legacy of Nuremberg", *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, (2006) 4, 830-844.

27 Mayıs 1960 tarihinden önceki Başbakan, bakanlar ile milletvekillerinin TBMM’de kanun kabul ederken ya da Meclis Araştırması Komisyonu kurarken kullandıkları oyun rengine ve yaptıkları konuşmaların içeriğine ilişkindir¹⁹. Hâlbuki bu oy ve konuşmaların icra edildiği tarihte yürürlükte bulunan en üst norm olan 1924 tarihli Teşkilât-ı Esasiye Kanunu’nun 17’nci maddesi, yasama sorumsuzluğuna ilişkin “*Hiçbir mebus meclis dahilindeki rey ve mutasından ve beyanatından ve Meclisteki rey ve mütalaasının ve beyanatının meclis haricinde irat ve izharından dolayı mesul değildir*” hükmünü içermekteydi. Bu çerçevede darbe öncesi Başbakan, bakan veya milletvekili olan sanıkların eylem tarihinde cezaî mesuliyet gerektirmeyen eylemleri, darbe sonrası bizzat bu amaçla kurulan Yüksek Adalet Divanı’nda icra edilen yargılamalarla suç olarak kabul edilmiş ve 395 kişi²⁰ hakkında yasama sorumsuzluğu kapsamındaki eylemleri nedeniyle yargılamalar yapılarak, bazıları hakkında idam da dâhil olmak üzere çeşitli cezalar verilmiştir²¹.

iii. Masumiyet Karinesine Aykırılık: Masumiyet karinesi, hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü verilinceye kadar sanıkların masum sayılmalarını (*item quilbet presumitur innocens nisi probetur nocens*), diğer bir ifadeyle suçlu kabul edilmemelerini gerektiren evrensel hukuk ilkesidir²².

Yüksek Adalet Divanı ise, daha karar vermeden ve hatta yargılama faaliyetine başlamadan önce yargılayacağı kişilerin “suçlu” olduğu kabul ve ilan edilen, bu anlamda ne yönde karar vereceği önceden belirli olan bir kuruldur. Yüksek Adalet Divanı açısından masumiyet karinesini zedeleyen ilk husus 1 sayılı Kanununun 6’ncı maddesinde yer alan ve divanın, “*düşük Cumhurbaşkanı, Başbakan, bakanlar ile iktidar mensuplarını, ayrıca bunların suçlarına iştirak edenleri*” yargılamak üzere kurulduğunu belirten hükmüdür²³. Zira bu maddenin lafzından, Yüksek Adalet Divanı’nın henüz kuruluş aşamasında yargılayacağı ismen belli kişilerin suçlu kabul edildiği anlaşılmakta ve aynı hükümle, söz konusu suçluların suçlarına iştirak edenleri yargılama yetkisi

¹⁹ bkz. Yüksek Adalet Divanı’nın 15.09.1961 tarihli, E.1960/1 sayılı kararı. *Yüksek Adalet Divanı Kararları, İstanbul – Yassıada, 14 Ekim 1960 – 15 Eylül 1961*, (1. Bası, Kabalcı Yayınevi 2007) 12-396.

²⁰ Yüksek Adalet Divanı’nda yargılanan toplam kişi sayısı 592’dir. bkz. Yüksek Adalet Divanı Kararları.

²¹ bkz. Yüksek Adalet Divanı, 1960/1, 15.09.1961.

²² Atilla Tanrıvermiş, *Lekelenmeme Hakkı*, (1. Bası, Seçkin Yayıncılık 2021) 40.

²³ Yine 1 sayılı Kanun’un dibacesinde yer alan “*İktidar Partisi idarecileri tarafından Anayasa’nın çiğnenmesi, Türk Milletinin bütün fert ve insanlık hak ve hürriyetlerinin ve masumiyetlerinin ortadan kaldırılması, muhalefet murakabesi işlemez hale getirilerek tek parti diktatoryası kurulması ...*” cümleleri de, Yüksek Adalet Divanı’nda yargılanan kişilerin söz konusu dönemde geçerli olan pozitif hukuk kuralları uyarınca suçlu olduklarının bir başka delilidir. Buna göre Yüksek Adalet Divanı’nın yargıladığı kişilerin tamamı hakkında beraat kararı vermesi gibi bir ihtimal hiçbir zaman mevzubahis değildi; zira aksi durum, 1 sayılı Kanun’un başlangıç kısmı ile 6’ncı maddesine aykırılık oluşturacaktı.

de Yüksek Adalet Divanı'na verilmektedir. Bu durumda 1 sayılı Kanun'un kabul edildiği 12 Haziran 1960 tarihi itibarıyla ortada, bizzat kanun maddesine yazılan birden fazla suç (“suçlar”) ve bu suçlara iştirak eden kişiler vardır. Bu çerçevede Yüksek Adalet Divanı'nın daha kurulduğu tarihte peşinen suçlu kabul kişiler hakkında yargılama faaliyeti icra etmek üzere teşekkül ettirildiği ifade edilebilecektir.

Yüksek Adalet Divanı'nın faaliyetleri ile ilgili olarak masumiyet karinesine aykırılık oluşturan ikinci husus, 1960 yılının Ekim ayında basılan ve Yüksek Adalet Divanı celselerini izlemek üzere Yassıada'ya gidenlere dağıtılan “Yassıada Broşürü”dür²⁴. Bu broşür, divanın işlemlerinin gerçek anlamda yargılama olarak değerlendirilemeyeceğinin kanıtı niteliğindedir. Yassıada'da yargılananların hangi suçları işlediklerini, kararların açıklandığı 15 Eylül 1961 tarihinden²⁵ çok önce teker teker sayan bu belge, Yüksek Adalet Divanı'nın hangi amaçla kurulduğunu ve masumiyet karinesinin hiçe sayıldığını gözler önüne sermektedir.

27 Mayıs 1960 tarihini takiben Devlet yetkilerini elinde bulunduran Milli Birlik Komitesi tarafından bizzat bastırılan ve Yüksek Adalet Divanı yargılamalarını izlemek üzere Yassıada'ya giden kimselere dağıtılan broşürde, divanın bizzat varlığının masumiyet karinesine aykırılık olarak nitelendirilebileceğini gösteren ifadelerden bazıları aşağıdaki gibidir: “YASSIADA'NIN MÂNASI ... Yassıada, devleti, çiftlik kâhyası ve bir mirasyedi gibi idare zihniyetine indirilmiş sembolik bir şamardır. Yassıada, iktidar zevki, memleket sevgisinin, partizan düşüncelerini memleket menfaatlerinin üstünde tutan demagog politikacının ibret sahnesidir. Yassıada, seçmenlere reylerinin sahipliğini, Milletvekillerine, Mecliste kaldıracağı parmağının şuur ve idrakini sağlamıştır²⁶. ... DÜŞÜK İKTİDAR MENSUPLARI NEDEN YARGILANMAKTADIR? 1924 tarihli Esas Teşkilât Kanununun bazı hükümlerini kaldıran ve bazı hükümlerini değiştiren Geçici 1 sayılı Kanunun birinci bölümünde de kayıt ve işaret olduğu üzere, düşük iktidar partisini sevk ve idare edenler, Türk milletinin fert ve insanlık hak ve hürriyetlerini ve masuniyetlerinin temel direği olan **Anayasayı işlemez hale getirmişler**; milletin umumî arzu ve temayüllerinin bir mâkesi olan matbuatı ve muhalefet murakabesini susturmak ve boğmak suretiyle millet hakimiyeti yerine parti diktatoryasını kurmak hevesine kapılmışlar; bu maksadın temini cümlesinden olarak Büyük Millet Meclisini fiilen bir parti grubu durumuna düşürmüşlerdir ... Milletin masum rey ile Milletvekili seçilmiş; Vekil, Başvekil ve Reisicumhur olmuş bu adamların büyük ekseriyeti, ne pahasına

²⁴ Yassıada Broşürü, Milli Birlik Komitesi İrtibat Bürosu, Basın Yayın ve Turizm Genel Müdürlüğü, Ekim 1960. Broşürün pdf versiyonu için bkz. <http://menadoc.bibliothek.uni-halle.de/landau/content/titleinfo/208980> Erişim tarihi: 11 Mayıs 2021

²⁵ bkz. Yüksek Adalet Divanı, 1960/1, 15.09.1961.

²⁶ Yassıada Broşürü, s.21.

olursa olsun, ikbalde iken keselerini doldurmak, yakın ve uzak akraba ve ahbablarına doğrudan doğruya veya vasıtalı olarak Devlet Hazinesinden menfaatler sağlamak arzu ve gayesinde idiler. Bunun için türlü şekiller ve kombinezonlarla nüfuz ve vazife suiistimalleri yapmak, onların hiç endişe etmeden başyurdukları yollardır²⁷. ... Ceza Kanununun ekseri maddelerini ihlâl etmiş ve suçlu durumdaki iktidar mensuplarının ve yakınlarının sözde şeref ve haysiyetlerini koruma maskesi altında, matbuata çok ağır ve gayri kabili tahammül cezalar koyan kanunları dahi aynı yolla elde etmiş²⁸; ... 27 Mayıs İnkılâbı ile bir anda sukut etmiş olan bu iktidar mensupları, başta eski düşük Reiscumhur olmak üzere, Başvekil, Vekiller ve bu düşük iktidarın Milletvekilleri ve onların suçlarına iştirak edenler önümüzdeki günlerde yargılanacaklardır²⁹. ... Yargılanacaklardır; zira bunlar, Zile'de, Uşak'da, Turgutlu'da ve Kayseri'de Muhalefet Liderini öldürmek için pusu kurmuşlar, muhalefetin, memleketi dolaşma hürriyetini baltalamak ve onları yıldırma için Geyikli ve Yeşilhisar hâdiselerini yaratmışlardır. Zira bunlar: devlet hizmetlerinde sarfedilmek üzere ellerine emanet edilmiş devlet parasını çalmış veya keyiflerinde harcamışlardır. Türlü nüfuz suiistimalleriyle kendilerine ve yakınlarına menfaat sağlamışlardır. ..."³⁰

Yassıada Broşürü'nde, Yüksek Adalet Divanı'nda yargılananlar hakkında yer verilen ve daha yargılamalar sürerken sanıkları suçlu ilan eden bu genel ifadelerin yanı sıra, divanda yargılanan bazı Devlet adamları hakkında münferiden yer verilen ve masumiyet karinesi ile bağdaşması mümkün olmayan şu ibareler de göze çarpmaktadır: “DÜŞÜK CUMHURBAŞKANI CELÂL BAYAR Anayasanın 41 nci maddesine göre düşük Cumhurbaşkanı Celâl Bayar; Büyük Millet Meclisine karşı hiyaneti vataniye suçundan dolayı mesul bulunmaktadır. ... bu adam bir Devlet Reisi olarak değil bir Parti Başkanı olarak vazife görmüş ve tarafsız bir şahsiyet olarak bulunması icabederken, Demokrat Parti başlıklı bastonunu gülünç bir iftiharla taşıdığı ibretle görülmüştür. Düşük Cumhurbaşkanının Millî İnkılâp Hareketini zaruri kılan fiillerini göz önünde bulunduran Millî Birlik Komitesi kendisinin muhtelif suçları arasında bilhassa Türk Ceza Kanunu'nun 125, 141-3, 146 ve 149 ncu maddelerindeki suçları işlediği neticesine varmış bulunmaktadır. ... düşük Reiscumhur Celâl Bayar, vatana ihanet suçunu işlemiş ve Millî Birlik Komitesi kendisini vatana ihanet suçundan yargılamak üzere, Yüksek Adalet Divanına sevkini karar altına almış bulunmaktadır³¹. ... DÜŞÜK BAŞBAKAN ADNAN MENDERES Başbakanın, Bakanlar Kurulu Reisi olarak

²⁷ Yassıada Broşürü, s.22.

²⁸ Yassıada Broşürü, s.24.

²⁹ Yassıada Broşürü, s.25.

³⁰ Yassıada Broşürü, s.26.

³¹ Yassıada Broşürü, s.28.

kabine ve müşterek olarak Mecliste beraber işlediği Anayasaya aykırı fiil ve hareketler ile 15 kişilik Meclis Tahkikat Komisyonu teşkili ve bu komisyonun faaliyetine müteallik olup Türk Ceza Kanununun 146 ncı maddesine mümas bulunan suçları dışında şahsen mesul olduğu suçları da mevcuttur. ...”³²

Görüleceği üzere Yüksek Adalet Divanı, sadece bazı hukukî tasarruflarında masumiyet karinesine aykırılık oluşturan münferit uygulamalar bulunan bir organ değil; bilakis, kendisini kuran Milli Birlik Komitesi’nin aleni şekilde dağıttığı bir broşürle peşinen suçlu kabul ve ilan ettiği kişileri, bu suçlardan yargılamak ve cezalandırmak üzere hukuk dünyasında var edilmiş bir kuruldu.

Bu başlık altında üzerinde durulması gereken bir diğer husus, Yüksek Adalet Divanı’nın varlığının ve icra ettiği yargılamaların, evrensel hukuk prensiplerinin yanı sıra, o tarihte yürürlükte olan Türk pozitif hukukuna da aykırılık oluşturduğudur. Zira Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluş felsefesini yansıtan başlıca ilke olan ve 1960 askerî darbesinin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 1924 Anayasası’nın (Teşkilât-ı Esasiye Kanunu’nun) 3’üncü maddesinde³³ düzenlenen “*egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu*” prensibi, 12.06.1960 tarihli ve 1 sayılı Kanun veya daha sonra kabul edilen bir başka kanun ile yürürlükten kaldırılmamıştı. Egemenliğin herhangi bir kayda veya şarta tâbi olmadan, her durumda ve istisnasız şekilde millete ait olduğunu hükme bağlayan söz konusu prensip gereğince, egemenliğin unsurlarından biri olan yargı yetkisini kimin kullanacağına da milletin karar vermesi gerektiği açıktır. Üstelik bu, soyut bir temenni ya da olması gereken hukukun (*de lege ferenda*) ifadesi değil; 1924 Anayasası’nın 3’üncü maddesi uyarınca Yüksek Adalet Divanı’nın kurulduğu ve faaliyet gösterdiği tarihte yürürlükte olan bir pozitif hukuk ilkesidir.

Yüksek Adalet Divanı’nın varlığı ise ne kurulduğu tarihte yürürlükte olan Anayasa’ya ne de millet ya da temsilcileri tarafından kabul edilen kanunlara dayanmaktaydı. Diğer bir ifadeyle Yüksek Adalet Divanı ile egemenliğin sahibi olan Türk Milleti arasında doğrudan ya da dolaylı herhangi bir bağlantı, bir illiyet rabitası yoktu. Bu noktada Milli Birlik Komitesi’nin elinde tuttuğu silahlara istinaden kullandığı fiziki ve fiili gücün, Yüksek Adalet Divanı ile millet arasında herhangi bir rabita sağlamayacağı açıktır. Dolayısıyla Yüksek Adalet Divanı, egemenliğin sahibi olan milletle herhangi bir bağa sahip olmadığı, ondan yetki ve onay almadığı için; kurulduğu tarihte yürürlükte olan “*egemenlik kayıtsız şartsız milletindir*” kuralına aykırı şekilde teşekkül etmiş bir müessesedir. Böyle bir müessesenin Türk Hukukunda (bugün yürürlükte

³² Yassıada Broşürü, s.28-29.

³³ Teşkilâtı Esasiye Kanunu’nun 3. maddesi aşağıdaki biçimdedir: “Madde 3- *Hâkimiyet bilâ kaydü şart Milletindir.*”

olan Anayasa'nın 138'inci maddesindeki anlamıyla) “mahkeme” olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir³⁴.

Sonuç olarak Yüksek Adalet Divanı bizzat kuruluşu ve varlığı evrensel hukuk kurallarına (*doğal hâkim ilkesine*) aykırı olan ve evrensel hukuk kurallarına (*kanunsuz suç olmaz prensibi ile masumiyet karinesine*) aykırı işlemler yapmak ve kararlar vermek üzere teşkil edilen bir organdır. Yine Yüksek Adalet Divanı, 27 Mayıs 1960 tarihli askerî darbeden sonra dahi yürürlükte bulunan bir Anayasa kuralına aykırı şekilde egemenlik yetkileri kullanmak üzere kurulmuştur.

Tüm bu veriler ışığında Yüksek Adalet Divanı'nın, kararlarındaki münferit hukuksuzluklar sebebiyle değil, bizzat daha hukuk dünyasında varlık kazanmasında söz konusu olan esaslı hukuka aykırılıklar sebebiyle gerek evrensel anlamda gerekse Türk Hukuku açısından gerçek bir “mahkeme” olmadığı, ancak yargısal yetkiler kullanan nevi şahsına münhasır (*sui generis*) bir kurul olduğu; dolayısıyla bugün Yüksek Adalet Divanı'nı gerçek değil sözde bir mahkeme olarak nitelendiren kanun koyucunun bu kabulünde haksız sayılamayacağı belirtilebilecektir.

C. 7248 SAYILI KANUNUN AMACI ve ALTERNATİF BİR YÖNTEM OLARAK YARGILAMANIN YENİLENMESİ

7248 sayılı Kanun'u kabul eden kanun koyucunun Yüksek Adalet Divanı'nı bir mahkeme ya da yargı organı olarak nitelendirmediğinin ve bu noktada haksız sayılamayacağına ortaya konulması, söz konusu kanunun yargı kararlarını geçersiz kılarak erkler ayrılığı prensibine ve Anayasa'nın 138'inci maddesine aykırılık oluşturduğu eleştirisini önemli ölçüde karşılamaktadır. Bununla birlikte kanun koyucunun, yargısal kararlara müdahale edildiği noktada tereddüt uyandırabilecek bir yol izlemek yerine, 7248 sayılı Kanun'la ulaşmak istediği amaca başka alternatif yöntemlerle ulaşabilip ulaşamayacağı sorusu üzerinde de ayrıca durulması gerekmektedir. Bu kapsamda öğretilerde kanun koyucunun Yüksek Adalet Divanı'nın varlığına geçmişe etkili şekilde son vermesinin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülürken, söz konusu divanın kararlarının ancak yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılacağı ileri sürülmüştür³⁵.

Bu noktada öncelikle belirtilmelidir ki, 7248 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde yer alan “*milletten aldığı bir yetki bulunmaksızın yargı erkini*

³⁴ Bu noktayı aydınlatması açısından belirtilmelidir ki, eğer Milli Birlik Komitesi hemen yeni Anayasa'yı hazırlayıp halkoyuna sunsa ve Yüksek Adalet Divanı, kanun adı verilen Milli Birlik Komitesi kararı ile değil de milletin oyu ile kabul edilen 1961 Anayasası tarafından kurulsaydı, o takdirde Yüksek Adalet Divanı şüphesiz, egemenlik kayıtsız şartsız milletindir prensibine uygun şekilde teşekkül ettirilmiş olurdu.

³⁵ bkz. Şen, agm.

|||||||

kullanan Yüksek Adalet Divanı'nın verdiği, doğal hâkim ilkesi başta olmak üzere evrensel hukuk prensiplerine ve o tarihte yürürlükte bulunan Anayasa hükümlerine açıkça aykırılık teşkil eden kararlar ne yazık ki hâlen hukuk sistemimizde varlığını sürdürmektedirler. Şeklen yargı kararı niteliği taşımakla birlikte esasen millet iradesini kaba kuvvetle gasp eden gücün siyasi arzularının maskesi niteliğinde olan bu kararların hukuk âlemimizden silinmesi, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin temelini oluşturan millî egemenlik, demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin gereği olarak tezahür etmekte ve ülkemiz hukuk tarihinin karanlık bir lekeden arındırılması adına zorunluluk arz etmektedir” ifadelerinden anlaşılacağı üzere söz konusu kanunla amaçlanan husus, Yüksek Adalet Divanı tarafından verilen kararların Türk Hukuku'ndaki mevcudiyetlerine son vermek ve bu kararları hukuk âleminde silmektir. Diğer bir ifadeyle 7248 sayılı Kanun'un, “27 Mayıs 1960 tarihinden önce Cumhurbaşkanı olan Celal Bayar, Başbakan olan Adnan Menderes, bakanlar, milletvekilleri ve diğer kişiler çeşitli suçlardan mahkûm olmuş kişilerdir” şeklindeki hukuki gerçekliği değiştirmeyi, Türk pozitif hukukunda anılan şahısların “mahkûm olmamış” konuma getirilmesini amaçladığı anlaşılmaktadır³⁶.

Bu noktada özel bir kanunla yargılamanın yenilenmesi müessesesi işletilerek Yüksek Adalet Divanı'nın karar verdiği 19 dosyada³⁷ yeniden yargılama yapılması ve daha önce verilen mahkûmiyet kararlarının beraat şeklinde değiştirilmesi durumunda da 7248 sayılı Kanun ile izlenen söz konusu amaca ulaşılabileceği belirtilebilecektir. Ancak bu ihtimal, mantıken Yüksek Adalet Divanı'nın gerçek bir mahkeme, kararlarının da gerçek anlamda meşru birer yargı kararı olarak kabul edildiği neticesini -kaçınılmaz olarak- doğuracaktır. Oysa yukarıda da izah edildiği üzere kanun koyucu Yüksek Adalet Divanı'nı gerçek bir mahkeme, kararlarını da yargı kararı olarak nitelendirmediği için, yargılamanın yenilenmesi kanun koyucunun bu yaklaşımının tam tersi bir sonuç doğurarak Yüksek Adalet Divanı'na ve yaptığı yargılamalara hukuki meşruiyet kazandırmış olacaktır³⁸. Nitekim bu husus, 7248 sayılı Kanun

³⁶ “... bu kanun teklifinden muradımız, böylesine hukuk dışı bir süreç yürütülerek kurban edilen, başta dönemin Başbakanı Adnan Menderes ve iki Bakanı Hasan Polatkan ve Fatin Rüştü Zorlu olmak üzere, Yassıada'daki düzmece mahkeme tarafından yargılanan ve hüküm giyen bütün sanıkların çeşitli suçlardan mahkûm oldukları yönündeki var olan şekli gerçekliği değiştirmek(tir). ...” Isparta Milletvekili Süreyya Sadi Bilgiç'in Anayasa Komisyonu'ndaki açıklamalarından. bkz. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2543 Erişim tarihi: 16 Mayıs 2021

³⁷ bkz. *Yüksek Adalet Divanı Kararları*, İstanbul – Yassıada, 14 Ekim 1960 – 15 Eylül 1961, s.11.

³⁸ Kanun koyucunun 7248 sayılı Kanun'u kabul ederken izlediği amaç açısından benzer bir sakınca af müessesesi açısından da geçerlidir. Bu kapsamda Yüksek Adalet Divanı tarafından verilen kararlar 15.05.1974 tarihli, 1803 sayılı Kanun ile affedilmiş olsa da; af,

görüşmelerinde Anayasa Komisyonu'nda da ifade edilmiştir³⁹.

Diğer taraftan Yüksek Adalet Divanı kararları ile ilgili olarak yargılamanın yenilenmesi durumunda, yargılamanın yenilenmesine karar verildiği tarihten usul işlemleri tamamlanarak beraat kararlarının verileceği tarihe kadar, Yüksek Adalet Divanı'nda yargılanan Cumhurbaşkanı Celal Bayar, Başbakan Adnan Menderes, bakanlar, milletvekilleri ve diğer kişiler tekrar “*sanık*” yani ‘suç şüphesi altında bulunan kişi’⁴⁰ konumuna getirilmiş olacaktır. Oysa 22.05.1987 tarihli ve 3374 sayılı Kanun’un 1’nci maddesinde 11.04.1990 tarihli ve 3623 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle hukuken itibarları iade edilmiş olan⁴¹ kişilerin otuz yıl sonra tekrar sanık konumuna getirilmeleri her şeyden önce hukuken, söz konusu kanunların lafzı ve ruhu ile bağdaşmayacaktır. Daha önemlisi, Yassıada’da yargılama işlemlerine maruz bırakılan Devlet yetkililerinin uzun zaman sonra hukuken tekrar ‘suç şüphesi altındaki kişi’ şeklinde işlem görmeleri, bu kişilerin yakınlarının yaşadıkları acıların altmış yıl sonra tazelenmesi anlamına gelecektir ki bunun, kanun koyucunun siyaseten istemeyeceği bir durum olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

Yukarıda değinilen noktalar bir bütün olarak ele alındığında, kanun koyucunun 7248 sayılı Kanun kapsamında Yüksek Adalet Divanı’nın hukuki dayanağını geçmişe etkili şekilde yürürlükten kaldırırken yargılamanın yenilenmesi müessesesini unutmuş veya gözden kaçırmış olmadığı; bilakis, Yüksek Adalet Divanı’nın hukuki niteliği konusunda izlediği tutarlı yaklaşımın neticesi olarak ve bilinçli şekilde yargılamanın yenilenmesi yöntemini tercih etmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

işlenmiş, icra edilmiş ve akabinde mahkûmiyete konu olmuş bir suçun sonradan affedilmesi olduğu için, bir eylemin af kanunu kapsamına alınmasının ön koşulu onun suç teşkil ettiğinin kabul edilmesi olacaktır. Bu anlamda Yüksek Adalet Divanı kararlarına konu olan eylemler affedilmiştir anlamına gelen bir kanun, zımnen “*Yüksek Adalet Divanı'nda yargılanan kişiler suç işlemişlerdir*” şeklindeki olgunun kabul edildiği anlamına gelmektedir. Bu ise, 7248 sayılı Kanun ile kanun koyucunun güttüğü amaca uygun düşmemektedir.

³⁹ Kanun teklifinde imzası olan milletvekillerinden Isparta Milletvekili Süreyya Sadi Bilgiç komisyon görüşmelerinde şunları ifade etmiştir: “... teklifle ilgili çalışmalar yapılırken yargılamanın yenilenmesi gibi bir alternatif formülün de gündeme geldiğini belirtmek isterim fakat yargılamanın yenilenmesi müessesesi, bildiğiniz gibi, bir mahkemenin ve yargılamanın varlığı yönündeki ön kabule dayanır. Dolayısıyla Yassıada kararlarını yeniden yargulamaya açmak, 2020 yılı Türkiye’sinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin Yüksek Adalet Divanını meşru bir mahkeme olarak kabul etmesi anlamına gelecektir. Bunu asla kabul edemeyeceğimiz için bu yöntemi benimsemedik ve Yüksek Adalet Divanını kuran hukuk metni olan 6’ncı maddeyi geçmişe dönük olarak ilga etmenin daha isabetli olacağına kanaat getirdik.” bkz. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2543 Erişim tarihi: 16 Mayıs 2021

⁴⁰ bkz. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, m.2/f.1-b.

⁴¹ bkz. 17 Nisan 1990 Tarihli ve 20495 Sayılı Resmi Gazete.



D. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN “GEÇİŞ DÖNEMİ ADALETİ” MÜESSESESİ ve 7248 SAYILI KANUN

Erkler ayrılığı prensibi ile Anayasa'nın 138'inci maddesinden hareketle 7248 sayılı Kanun'a yöneltilen “*açıkça hukuka aykırı nitelikte olsalar dahi mahkeme kararlarının sonradan çıkarılan kanunlarla geçmişe etkili olarak hükümsüz hâle getirilemeyeceği*” eleştirisi değerlendirilirken, kanunun hukuki sonuçlarını telafi etmek istediği dönemin özellikleri dikkate alınarak, uluslararası insan hakları hukuku disiplini yeni gelişmekte olan geçiş dönemi adaleti kurumunun da göz önünde bulundurulması faydalı olacaktır. Bu çerçevede her ne kadar 7248 sayılı Kanun'un teklif metninde ya da Komisyondaki ve Genel Kuruldaki görüşmelerinde geçiş dönemi adaleti kavramına yapılan hiçbir atıf bulunmasa da, anılan kanunun “*27 Mayıs 1960 askerî darbesinden sonra Anayasanın ve olağan hukuk düzeninin tamamen askıya alındığı ve insan hakları ihlallerinin yoğun ve ciddi olarak yaşandığı bir dönemde vuku bulan hak ihlallerini telafi etmeye ve etkilerini azaltmaya*” yönelik fonksiyonu, kanımızca onu geçiş dönemi adaleti kurumu ile ilintili hale getirmektedir.

Zira 7248 sayılı Kanun'un yukarıda aktarılan işlevi, uluslararası insan hakları hukukunda “geçiş dönemi adaleti (*transitional justice*)” olarak isimlendirilen, insan hakları ihlallerinin yoğun ve ciddi olarak yaşandığı dönemlerden sonra kurulan hukuk düzeni içerisinde söz konusu ihlallerin telafi edilmesini veya etkilerinin azaltılmasını amaçlayan⁴² müessesenin işlevi ile bir ölçüde benzerlik göstermektedir. Geçiş dönemi adaleti, genel anlamda toplumların baskıcı ve otoriter rejimlerden hukuk devletlerine geçişleri aşamasında ortaya çıkan bir olgudur⁴³. Birleşmiş Milletlere (BM) göre geçiş dönemi adaleti, hesap verilebilirlik sağlamayı, adalet sunmayı ve uzlaşmayı amaçlayan bir toplumun, geçmişteki büyük ölçekli ihlallerin getirdiği mirasla yüzleşme girişimleriyle bağlantılı olan çok çeşitli süreç ve mekanizmalardan oluşmaktadır⁴⁴.

Uluslararası Geçiş Dönemi Adaleti Merkezi geçiş dönemi adaletini sistematik ve yaygın insan hakları ihlallerine tepki olarak tanımlamakta, esas olarak amacın mağdurların tanınması, ihlallerin kabul edilmesi ve giderilmesi

⁴² Bkz. Pablo de Greiff, “Theorizing Transitional Justice”, Melissa S. Williams, Rosemary Nagy ve Jon Elster (editörler), *Transitional Justice* (içinde), (1. Bası, New York Üniversitesi Yayınevi 2012) 34; Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Genel Sekreteri Raporu, Çatışma ve Çatışma Dönemi Sonrası Toplumlarında Geçiş Dönemi Adaleti ve Hukukun Üstünlüğü, 23.08.2004, BM Doküman No:S/2004/616, prg.8

⁴³ Jeremy Webber, “Forms of Transitional Justice”, Melissa S. Williams, Rosemary Nagy ve Jon Elster (editörler), *Transitional Justice* (içinde), (1. Bası, New York Üniversitesi Yayınevi 2012) 98.

⁴⁴ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Genel Sekreter Raporu, BM Doküman No:S/2004/616, s.8.

ile benzer ihlallerin tekrarının engellenmesi olduğunu belirtmektedir⁴⁵. BM Özel Raportörü *de Greiff*, geçiş dönemi adaletinde hedefleri dolaylı ve nihai hedefler olmak üzere iki başlık altında incelemekte; mağdurların tanınması ile vatandaşların güveninin sağlanması hususlarını müessesenin dolaylı hedefleri olarak gösterirken, uzlaşma ve demokratikleşmenin ise nihai hedefler olduğunu ifade etmektedir⁴⁶. Bu bağlamda geçiş dönemi adaleti ile mağdurların onurlarını yeniden kazanmalarının ve toplumun aktif üyeleri olabilmelerinin amaçlandığı söylenebilecektir⁴⁷.

Geçiş dönemi adaleti önlemleri ile bireylerin eşit haklara sahip vatandaşlar olarak tanınmalarına yönelik kurumsal çabalar gündeme gelmektedir. Bu noktada temel olarak geçiş dönemi adaletine ilişkin yargısal mekanizmaların ulusal ve uluslararası mahkemeler; onarıcı mekanizmaların ise hakikat komisyonları, maddi ve sembolik tazminatlar, sorumlu kişilerin görevden uzaklaştırılması, devletin yargı, asker ve polis mekanizmalarında reforma gidilmesi şeklinde sıralanması mümkündür⁴⁸. Müesseseye yönelik ana yaklaşımlar mağdurlar, vatandaşlar ve kurumlar arasında güven inşa etmek gibi ileriye dönük önemli amaçlara yönelmişken, bunun yanında müessesenin parçası olan mekanizmalar geçmişte işlenen ihlallerin hesap verilebilirliği ile de ilgilidir⁴⁹.

İnsan hakları ihlallerinin yoğun ve hatta sistematik olarak yaşandığı dönemlerde gerçekleştirilen adil olmayan yargılamalar sonucunda kişiler hakkında verilen mahkûmiyet kararlarının hukuka aykırı olduklarının ilanı, hukuki etkilerinin ortadan kaldırılması veya telafisi de geçiş dönemi adaleti kapsamında başvuru tedbirlerinden birisidir⁵⁰. Örneğin yakın zamanda İspanya’da, *Franco* döneminde bazı siyasetçiler hakkında yürütülen yargılamaların iptali sonucunu doğuracak yasama teklifleri verilmiştir⁵¹. Diğer

⁴⁵ ICTJ, What is Transitional Justice, 2008.

⁴⁶ Bkz. Pablo de Greiff, s.48.

⁴⁷ Hunter Kolon, “A Legacy of Violence: The Lack of Transitional Justice in Post- Franco Spain and Its Impact on Victimhood”, 6 (2021), *SMU Journal of Undergraduate Research*, 8.

⁴⁸ Gülayşe Ülgen Türedi, “AB ve Geçiş Dönemi Adaleti”, II. Avrupa Birliği Hukukunda Güncel Gelişmeler Konferansı Bildiri Kitapçığı, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi ATAUM, 10 Mayıs 2018, s.23.

⁴⁹ Eric Sottas, “Transitional Justice and Sanctions”, (2008) 90 (870), *International Review of The Red Cross*, 377.

⁵⁰ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, Özel Raportör Pablo de Greiff’in İspanya Misyonu Raporu, 22.07.2014, BM Döküman No: A/HRC/27/56/Add.1, prg.94-99; Paloma Aguilar, Transitional or Post-transitional Justice? Recent Developments in the Spanish Case, *South European Society and Politics*, C: 13, S:4, 2008, s.426.

⁵¹ Filipa Alves Raimundo, Post-Transitional Justice? Spain – Poland and Portugal Compared, European University Institute, Siyasal ve Sosyal Bilimler Bölümü’ne sunulan doktora tezi, s.109-110. https://www.researchgate.net/publication/287782077_PostTransitional_Justice_Spain_Poland_and_Portugal_compared

tarafından BM İnsan Hakları Konseyi İspanya Misyonu Raporunda, iç savaş ve *Franco* döneminde verilen mahkeme kararlarının iptaline ilişkin yapılan değerlendirmelerde, iç savaş sırasında siyasi yahut ideolojik nedenlerle verilen hükümlerin adaletsizliği ile hukuka aykırılığını tanıyan 52/2007 sayılı Kanun'un⁵² memnuniyetle karşılandığı; bu yolla yalnızca sembolik tazminatları öngören düzenlemeler yerine hükümlerin hukuki sonuçlarının kaldırılmasının sağlanacağı; hukuki belirlilik, kesin hüküm ve geriye yürümezlik ilkelerinin bu gibi düzenlemeler bakımından zorluk teşkil etmesi karşısında mahkeme kararlarının iptal edilmesi olasılığının konu dışı bırakılması yerine ayrıntılı bir biçimde değerlendirilmesi suretiyle alternatiflerin düşünülmesi gerektiği hususları belirtilmiştir⁵³.

Bu noktada yargı kararlarının doğrudan yasama tasarrufu ile iptalini öngören yahut yargı kararı olarak nitelendirilen kararları gayrı meşru ilan eden ve uluslararası düzeyde memnuniyetle karşılanan yasal düzenlemelere kıyasla, geçiş dönemi adaleti kapsamında 7248 sayılı Kanun ile benimsenen yöntemin daha kabul edilebilir olduğu ileri sürülebilecektir. Zira 7248 sayılı Kanun, Yüksek Adalet Divanı kararlarını açıkça iptal ederek veya bunları hukuka aykırı ilan ederek şeklen de olsa yargı erki alanına müdahale ettiği görüntüsü vermekten kaçınmış⁵⁴; sadece tersine bir yasama tasarrufu ile yürürlükteki⁵⁵ bir kanun hükmünü yürürlükten kaldırmıştır⁵⁶.

⁵² Örneğin 26.12.2007 tarihli ve 52/2007 sayılı İspanya Tarihi Hafıza Kanunu'nun 3'üncü maddesi İspanya'da sivil savaş dönemine ilişkin olarak şu hükmü içermektedir: "*Mahkemeler, jüriler ve sivil savaş süresince politik, ideolojik veya dini nedenlerle kişisel mahkûmiyetler veya yaptırımlar uygulamak üzere kurulan diğer tüm cezai veya idari organlar ile yine aynı şekilde bunların vermiş oldukları kararlar gayrimişru ilan edilmektedir.*" bkz. <http://learning-from-history.de/sites/default/files/book/attach/ley-de-la-memoria-historica.pdf> ve <https://reparations.qub.ac.uk/assets/uploads/Ley-52-2007-Spain-EN.pdf> Erişim tarihi: 24 Mayıs 2021

⁵³ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, Özel Raportör Pablo de Greiff'in İspanya Misyonu Raporu, prg.94-99.

⁵⁴ Bu husus üzerinde kanun görüşmeleri esnasında da değinilmiştir. Teklif sahiplerinden İsparta Milletvekili Süreyya Sadi Bilgiç Anayasa Komisyonu'nda şu hususları ifade etmiştir: "... burada üzerinde hassasiyetle durduğumuz konuların başında yargı tasarrufunun doğrudan bir yasama tasarrufuyla iptal edilmesi anlamına gelecek bir işlemden kaçınmak gelmektedir. Eğer buna dikkat etmez isek gerçekten de hem erkler ayrılığı prensibini açık şekilde ihlal etmiş oluruz hem de gelecekte benzer tasarruflara emsal olabilecek bir işlem tesis etmiş oluruz. Bu hassasiyetle, teklifle Yüksek Adalet Divanının kararlarının hukuk dünyasındaki etkilerinin silinmesi için bu Divanı kuran kanunun geriye etkili şekilde kaldırılması formülü benimsenmiştir." *TBMM Anayasa Komisyonu Tutanak Dergisi*, D. 27, Y.3, 17/6/2020.

⁵⁵ 1 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin 7248 sayılı Kanun'un TBMM'de kabul edildiği tarihte yürürlükte olduğuna ilişkin açıklamalar hakkında bkz. Şentop, agm.

⁵⁶ Kanımızca kanun koyucunun burada izlediği mantık, İdare Hukuku'nda var olan, kıyasen Anayasa Hukuku'nda da uygulama alanı bulacağı değerlendirilen, "bir işlemi yapmaya yetkili olan makam o işlemi kaldırmaya, geri almaya, değiştirmeye, iptal etmeye de yetkili

Sonuç olarak 7248 sayılı Kanun değerlendirilirken, bu kanunun yürürlükten kaldırdığı 1 sayılı Kanun'un kabul edildiği ve Yüksek Adalet Divanı'nın kurulup faaliyetlerini yürüttüğü dönemin kendine özgü koşullarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu çerçevede 27 Mayıs 1960 askerî darbesi ile birlikte başlayıp TBMM'nin tekrar toplanmasına kadar geçen süre içerisinde yaşanan dönemde olağan hukuk kurum ve kuralları askıya alınmış, bir kısmına yukarıda “*Kanun Koyucu Yüksek Adalet Divanını Mahkeme Olarak Kabul Etmemekte Haklı Kabul Edilebilir Mi?*” başlığı altında değinilen, aralarında işkencelerin⁵⁷ ve yaşama hakkının ortadan kaldırılmasının da bulunduğu ağır insan hakları ihlalleri yaşanmıştır. İşte 7248 sayılı Kanun da, olağan hukuk düzeni yerleştikten sonra söz konusu olağanüstü dönemle yüzleşilmesini ve bu dönemin neden olduğu mağduriyetlerin telafi edilmesini amaçlayan bir yasal tedbir olarak, kanımızca geçiş dönemi adaleti kurumunun kapsamı içerisinde değerlendirilebilecektir. Bu noktada kanun koyucunun yasama çalışmaları esnasında uluslararası insan hakları hukukuna ya da geçiş dönemi adaleti kurumuna atıf yapmamış olması bu neticeyi değiştirmeyecektir. Dolayısıyla 7248 sayılı Kanun'un, mukayeseli hukukta uygulama alanı bulan ve uluslararası insan hakları hukukunda erkler ayrılığı prensibine -kural olarak- aykırı kabul edilmeyen bir eğilimin örneği olarak nitelendirilmesi mümkündür.

E. 7248 SAYILI KANUN DARBELER ARASINDA AYRIM MI YAPTI?

7248 sayılı Kanun şeklinde yasalaşan teklifin TBMM'deki görüşmeleri esnasında dile getirilen önemli eleştirilerden birisi, söz konusu kanun teklifinin 27 Mayıs 1960 askerî darbesinden sonra kurulan Yüksek Adalet Divanı'nın kararlarını hukuki dayanaktan yoksun hale getirmekle birlikte, diğer askerî darbelerden veya önemli toplumsal olaylardan sonra yürütülen hakkaniyete aykırı diğer yargılamalar sonucunda verilen kararları kapsamına almamasıdır. Bu noktadan hareketle 7248 sayılı Kanun'a ilişkin teklif, darbeler arasında

olduğu” prensibine (yetkide paralellik ilkesine) dayanmaktadır. Bu anlamda yasama organı eğer bir mahkeme/divan/kurul oluşturmaya ve buna bazı yargısal yetkiler vermeye yetkili ise, o halde yasama organı onu kaldırmaya da yetkilidir. İlaveten, bir mahkeme/divan/kurulu kurarken buna ilişkin yasama tasarrufunun yürürlük tarihini belirlemeye yetkili olan yasama organı, kurduğu yapıyı kaldıran tasarrufunun da yürürlük tarihini belirlemeye aynı şekilde yetkilidir. Bu veriler ışığında 7248 sayılı Kanun'un temeli, Yüksek Adalet Divanı'nı 12 Haziran 1960 tarihinde (27 Mayıs 1960'tan geçerli olacak şekilde) geçmişe etkili biçimde kuran 1 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin, yine aynı tarihten yani 27 Mayıs 1960'dan geçerli olacak şekilde yürürlükten kaldırılmasıdır.

⁵⁷ Örnek olarak bkz. “İşte Menderes'e işkencenin belgeleri”, Haber7, 13.04.2015. <https://www.haber7.com/guncel/haber/1344109-iste-menderese-iskencenin-belgeleri> Erişim tarihi:25 Mayıs 2021; Mithat Perin, *Yassıada Faciası, 27 Mayıs Darbesinden İdamlara Kadar İşkence Altında Ezilenlerin Dramı*, (Cilt 1, 1. Bası, Dem Basım Yayım 1990) 47, 61, 62, 170, 171, 184, 185, 241, 265.

seçici davranmakla ve darbelerden doğan mağduriyetler arasında ayırım yapmakla eleştirilmiştir⁵⁸.

Esasen kamusal önemi bulunan mesele ve olaylardan bazılarını yasama faaliyeti kapsamına alırken bazılarını almamak, yasa koyucunun takdirinde olan ve Anayasa'nın 10'uncu maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi ihlal edilmediği sürece hukukun değil, siyaset biliminin inceleme alanına giren bir konudur. Ancak söz konusu eleştirinin temelini oluşturan tercih kanımızca 7248 sayılı Kanun'un kabulünde kanun koyucunun seçtiği ve önceki başlıklarda üzerinde durmaya çalıştığımız yöntemle, yani Yüksek Adalet Divanı'nı kuran ve ona yargılama yetkisi veren hukuki normun geçmişe etkili şekilde yürürlükten kaldırılması metoduyla yakın ilişki içerisinde bulunduğundan, çalışma kapsamında anılan eleştiriye de değinilmesine ihtiyaç duyulmuştur.

Gerçekten 27 Mayıs 1960 askerî darbesi, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde demokrasiyi kesintiye uğratan ilk silahlı eylem olmakla birlikte bu yöndeki tek eylem değildir. Bu çerçevede gerek diğer askerî darbelerden, gerekse toplumsal önemi bulunan kimi hadiselerden sonra ülkemizde yürütülen bir takım yargılamaların, adil, hakkaniyetli ve hukuka uygun olmamaları sebebiyle toplum vicdanında ciddi rahatsızlıklar uyandırdığı bilinmektedir. Ancak söz konusu yargılamalarla Yüksek Adalet Divanı yargılamalarını birbirlerinden ayıran iki önemli özellik bulunmaktadır. Ayrıca "*karar merciinin geriye dönük şekilde, kurulduğu tarihten itibaren hukuk dünyasından kaldırılması*" formülünün Yüksek Adalet Divanı yargılamaları açısından uygulanabilmesi de söz konusu iki özellik sayesinde mümkün olmuştur. Buna göre; i. Yüksek Adalet Divanı askerî bir darbe sonrasında, bizzat darbeyi gerçekleştirilenlerce kurulan bir karar organıdır. Yukarıda "*Kanun Koyucu Yüksek Adalet Divanını Mahkeme Olarak Kabul Etmemekte Hakkı Kabul Edilebilir Mi?*" başlığı altında da belirtildiği üzere, Yüksek Adalet Divanı'nın kuruluşu ile egemenliğin sahibi olan millet arasında hiçbir rabita yoktur. Bu nedenle Yüksek Adalet Divanı, varlığına ve faaliyetlerine meşruiyet sağlayacak herhangi bir dayanağa sahip değildir.

ii. Yüksek Adalet Divanı açısından gündeme gelen hukuka aykırılıklar bu divanın varlığına ve dolayısıyla istisnasız tüm kararlarına sâridir. Bu çerçevede örneğin Yüksek Adalet Divanı'nın, doğal hâkim ilkesine aykırı olmayan

⁵⁸ bkz. 218 sıra sayılı Anayasa Komisyonu Raporu ve Rapora yazılan ek görüş ile muhalefet şerhi. *1924 Tarih ve 491 Sayılı Teşkilatı Esasiye Kanununun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Geçici Kanunun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Neden Olunan Mağduriyetlerin Giderilmesi Hakkında Kanun Teklifi (2/2952) ve Anayasa Komisyonu Raporu*, Sıra Sayısı: 218 (D.27, Y.3, B.103, 23/6/2020'ye eklidir). <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss218.pdf> Erişim tarihi: 20 Mayıs 2021

tek bir kararı dahi yoktur. Bunun bir uzantısı olarak, Yüksek Adalet Divanı kararlarının tamamının geçmişe etkili şekilde hükümsüz kılınması sebebiyle kamu düzenin bozulması veya kişilerin kazanılmış haklarının zedelenmesi gibi bir ihtimalin açığa çıkması söz konusu değildir. Dolayısıyla bu olgu, Yüksek Adalet Divanı'nın geçmişe etkili şekilde hukuk âleminde kaldırılmasını hukuk devleti ilkesine aykırı olarak nitelendirmemeyi⁵⁹ mümkün kılan temel faktördür.

Bu noktada 7248 sayılı Kanun'un askerî darbeler ve hakkaniyete aykırı yargılamalar arasında ayrımcılık yaptığı yönündeki eleştiriler dile getirilirken verilen örneklerden istiklal mahkemeleri⁶⁰, TBMM'nin 18.09.1920 tarihli ve 45 sayılı kararıyla kurulmuştur⁶¹. Yine 12 Mart 1971 tarihli askerî muhtıra ile 12 Eylül 1980 tarihli askerî darbeden sonra gerçekleşen tartışmalı yargılamaları yürüten sıkıyönetim mahkemeleri⁶², 22.05.1940 tarihli ve 3832 sayılı Örfi İdare Kanunu ile bu kanunu ilga eden 13.05.1971 tarihli ve 1402 sayılı Kanun'a göre yetki kullanmıştır⁶³. Benzer şekilde Devlet Güvenlik Mahkemeleri⁶⁴ de

⁵⁹ Bkz. Şentop, agm, s.122-124.

⁶⁰ "... İstiklal mahkemelerini -tabii 'birinci dönem' 'ikinci dönem' 'üçüncü dönem' şeklinde, farklı konulara ilişkin her ne kadar farklı dönemlere ayrılmışsa da genel itibarıyla bahsettiğimiz üzere, hukuka aykırı, antidemokratik infaz kurulları olarak gördüğümüzü belirtmek isteriz. Yine, istiklal mahkemelerinin en temel karakteri yargılananların itiraz yani temyiz hakkının bulunmamasıdır. Aslında, bu bile, 1960'daki yapılan yargılama diyemeyeceğiz ismine, hani infaz kurulunun yaptığıın aynısı burada da başlı başına vardı, o dönemde de vardı." Şırnak Milletvekili Hüseyin Kaçmaz'ın teklifin Anayasa Komisyonu'ndaki görüşmeleri esnasında yaptığı açıklamalardan alınmıştır. bkz. *TBMM Anayasa Komisyonu Tutanak Dergisi*, D:27, Y:3, 17/6/2020.

⁶¹ *İstiklal Mahkemeleri, Kanun, Gerekçe ve Genel Kurul Tutanakları, İstiklal Mahkemeleri, Kanun, Gerekçe ve Genel Kurul Tutanakları*, (Cilt I, TBMM Yayınları 2015) 9,10.

⁶² "27 Mayıs 1960 Askerî Darbesi, 12 Mart 1971 Askerî Muhtırası ve 12 Eylül 1980 Askerî Darbesi Dönemlerinde Askerî ve Sıkıyönetim Mahkemelerince Yapılan Yargılamaların Hükümsüz Kılınması ve Yol Açılan Mağduriyetlerin Giderilmesine Dair Kanun Teklifi ... 12 Mart 1971 muhtırasından sonra görev yapan sıkıyönetim askerî mahkemeleri de binlerce vatandaşımızı sadece siyasi görüşlerinden dolayı özgürlüklerinden mahrum bırakmış; Deniz Gezmiş, Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan'ı ölümlerine cezalandırmış ve bu cezalar bugün hepimize utanç veren bir oç alma duygusuyla hareket edilerek yapılmıştır. Yine, 12 Eylül 1980 askerî darbesi döneminde görev yapan sıkıyönetim askerî mahkemeleri de yine siyasi suçlamalarla binlerce vatandaşımızı özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarına ve ölümlerine cezalandırılmalarına karar vermiştir. Yargılanmalar sırasında yapılan bütün işkencelere de göz yumulmuştur." 7248 sayılı Kanun'a ilişkin teklifin Anayasa Komisyonu'ndaki görüşmeleri esnasında İstanbul Milletvekili İbrahim Özden Kaboğlu ile 5 milletvekili tarafından verilen değişiklik önergesinin başlığı ve gerekçesinden alınmıştır. bkz. *TBMM Anayasa Komisyonu Tutanak Dergisi*, D:27, Y:3, 17/6/2020.

⁶³ bkz. 25 Mayıs 1940 Tarihli ve 4518 Sayılı Resmi Gazete, 15 Mayıs 1971 Tarihli ve 13837 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁴ "... Evet, 28 Şubat sürecini de sorgulamak zorundayız. Ben yaşadım, ben o insanların durumunu gördüm. Başını açmak zorunda kalan insanlar vardı. O zaman da çok ciddi

1961 Anayasası'nın 136'ncı maddesinde 1973 yılında yapılan değişiklikle, "Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya Devlet güvenliğini ilgilendiren suçlara bakmakla görevli" olmak üzere kurulmuştur⁶⁵.

Dolayısıyla 7248 sayılı Kanun'a ilişkin teklife yöneltilen eleştirilerde örnek verilen ve hakkaniyete aykırı yargılamalar yürüttüğünden bahisle kararlarının geçersiz sayılması istenilen diğer merciler, "egemenlik kayıtsız şartsız milletindir" prensibine uygun şekilde TBMM tarafından alınan bir karar yahut kabul edilen bir kanunla hukuk dünyasında varlık kazanmış olan mahkemelerdir. Bu mahkemeler, yargılama usullerinde ve kararlarında bir takım hukuka aykırılıklar bulunmakla birlikte, belirli eylemlerin icrasından sonra münhasıran bu eylemleri ve ismen belli sınırlı sayıdaki kişileri yargılamak üzere kurulmuş merciler değildir. Bu nedenle sadece eski Cumhurbaşkanı, Başbakan, bakanlar ile Demokrat Parti mensuplarını yargılamak üzere kurulmuş olan ve bu yargılamalar dışında başka hiçbir yargısal faaliyeti bulunmayan Yüksek Adalet Divanı'nın bire bir benzeri olan başka bir merciin Türk Hukuku'nda bulunmadığını belirtmek yanlış olmayacaktır⁶⁶.

bir hukuksuzluk vardı, devlet güvenlik mahkemeleri vardı, okuldan atılan insanlar okula dönemiyordu. Gerçekten biz bunlardan ciddi anlamda mustarip olduk. Hepsini sorgulamak zorundayız. Yani Türkiye son altmış yılda gerçekten çok zor şeyler yaşadı. O yüzden, bunların da hakkını teslim etmek zorundayız. ..." Mersin Milletvekili Ali Mahir Başarır'ın, teklifin Anayasa Komisyonu'ndaki görüşmeleri esnasında yaptığı açıklamalardan, bkz. *TBMM Anayasa Komisyonu Tutanak Dergisi*, D:27, Y:3, 17/6/2020.

⁶⁵ bkz. 20 Mart 1973 Tarihli ve 14482 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁶ Komisyon görüşmelerinde bu noktaya şu şekilde işaret edilmiştir: "Bu kanun teklifi kamuoyunda ilk gündeme geldiğinde gerek Deniz Geçmiş ve arkadaşları hakkındaki yargılamaların gerek 1980 darbesinden sonra sıkıyönetim mahkemelerinde ve DGM'lerde yapılan yargılamaların haksızlığından bahisle kamuoyunda bir tartışma başlatılmıştır. Bu çerçevede "Eğer Yassıada kararları için bir girişim başlatılıyorsa neden mesela 12 Martta veya 12 Eylüldeki idamlar veya mağduriyetler için de bir adım atılmıyor?" gibi değerlendirmeler yapıldığını da gördük. Kanımızca, bu zikrettiğimiz mahkemeler ve burada yapılan yargılamalar ile Yassıada'da Yüksek Adalet Divanındaki yargılamalar arasında yapılacak bir kıyas doğru olmayacaktır. Öncelikle bu mahkemeler, sonuçlarını beğensek de beğenmesek de Yassıada mahkemesi gibi doğal hâkim ilkesine aykırı bir şekilde sadece belirli kişileri yargılamak üzere kurulmuş mahkemeler değillerdir. İkinci olarak, bu mahkemelerin hiçbirisi, Yassıada'da olduğu gibi yargılamaya konu eylemlerin gerçekleştiği tarihten sonra kurulmuşlardır. Üçüncü ve son olarak da bu mahkemeler, kendi dönemlerinin anayasasına ve meri mevzuatına uygun olarak kurulmuşlardır. Diğer bir ifadeyle, Türkiye Cumhuriyeti devletinin kuruluş felsefesi ve değişmez anayasal prensibi olan "Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir" ilkesine uygun şekilde, bu mahkemelerin kuruluşu ya Anayasa'ya ya da milletin temsilcisi olan Meclis tarafından ihdas edilen kanunlara, özette de millettten alınan bir yetkiye dayanmıştır. Yüksek Adalet Divanı adı verilen bu sözde mahkeme ise bu temel nitelikten de mahrumdur." Teklif sahiplerinden Isparta Milletvekili Süreyya Sadi Bilgiç'in komisyondaki açıklamalarından alınmıştır. bkz. *TBMM Anayasa Komisyonu Tutanak Dergisi*, D:27, Y:3, 17/6/2020.

Yine bu noktanın uzantısı olarak, Yüksek Adalet Divanı açısından dile getirilen ağır hukuksuzlukların bu divanın bazı işlemleri için değil istisnasız tüm tasarrufları için geçerli olması, Yüksek Adalet Divanı kararlarının hukuk dünyasındaki etkilerinin silinebilmesi için “*divanı kuran kanunun geriye etkili şekilde yürürlükten kaldırılması*” formülünü hukuken uygulanabilir kılmıştır. Oysa yukarıda yer verilen ve Yüksek Adalet Divanı ile kıyaslanan diğer örneklerin her birinde, yargılamaları yapan mahkemelerin eleştiri konusu edilenlerden başka hukuka ve hakkaniyete uygun yargılamalar yapmış olmaları ihtimal dâhilindedir⁶⁷. Bu nedenle onlar hakkında “*mahkemeyi kuran kanunun geriye etkili şekilde yürürlükten kaldırılması*” formülünün uygulanabilmesi mümkün değildir. Zira bu durumda anılan mahkemelerin hukuka ve hakkaniyete uygun olan, işlenmiş bir suç sebebiyle bozulan kamu düzeninin tesisi için yürürlükteki mevzuat kurallarına uygun şekilde verdikleri kararlar da hükümsüz hale gelecek ve içinden çıkılması oldukça zor, hukuki bir kaosla karşılaşılacaktır.

Elbette Yüksek Adalet Divanı ile aralarında var olan bu farklılıklar, istiklal mahkemeleri, sıkıyönetim mahkemeleri ve devlet güvenlik mahkemelerinin yürüttüğü adil olmayan, hukuka ve hakkaniyete aykırı yargılamalardan kaynaklanan mağduriyetlerin telafi edilmesine engel değildir. Ancak bu başlık altında değinilen farklılıklar, 7248 sayılı Kanun’la Yüksek Adalet Divanı için benimsenen “*karar mercisinin geçmişe dönük şekilde yürürlükten kaldırılması*” formülünün istiklal mahkemeleri, sıkıyönetim mahkemeleri ve devlet güvenlik mahkemeleri açısından uygulanmasını imkânsız kılmaktadır. Bununla birlikte anılan mercilerin hukuka aykırı yargılamalarından kaynaklanan mağduriyetlerin kanun koyucu tarafından farklı yöntemlerle telafi edilmesi şüphesiz her zaman için mümkün bulunmaktadır.

SONUÇ

Türkiye’de 27 Mayıs 1960 tarihinde gerçekleştirilen askerî darbeden sonra, darbenin faili olan Milli Birlik Komitesi tarafından çıkarılan 12 Haziran 1960 tarihli ve 1 sayılı Kanun’la, münhasıran eski Cumhurbaşkanı, Başbakanı, bakanları, iktidar partisi milletvekillerini ve bunların suçlarına iştirak edenleri soruşturmak ve yargılamak üzere Yüksek Soruşturma Kurulu ile Yüksek Adalet Divanı kurulmuştur. Ayrıca 14 Haziran 1960 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan söz konusu kanunun yürürlük tarihi 27 Mayıs 1960 olarak

⁶⁷ En azından yüzlerce ve hatta binlerce karar veren bu mercilerin verdiği kararların tamamı tüketici bir yöntemle ele alınıp incelenmeden, anılan mercilerin verdikleri kararların tamamının evrensel hukuk prensiplerine aykırılığı ileri sürülemeyecektir. Örneğin İstiklal Mahkemeleri, eleştiri konusu yapılan siyasi yönü ağır basan eylemlerin yanı sıra başta askerlikten firar suçu olmak üzere, gasp, soygun, iç güvenliği ihlal, bozgunculuk ve casusluk gibi o dönemde kamu düzenini ciddi şekilde bozan ve doğal hakim ilkesine ya da kanunilik ilkesine aykırılık arz etmeyen suçları da yargılamıştır. İstiklal Mahkemeleri, s.10.

belirlenerek, bu kurulların varlığına ve yetki kullanmalarına dayanak oluşturan normların geçmişe yürütmesi sağlanmıştır.

27 Mayıs 1960 askerî darbesinin gerçekleşmesinden tam altmış yıl sonra, 23 Haziran 2020 tarihinde TBMM’de kabul edilen 7248 sayılı Kanun ise, 12.06.1960 tarihli ve 1 sayılı Kanun’un Yüksek Adalet Divanı ile Yüksek Soruşturma Kurulu’nu kuran 6’ncı maddesini 27 Mayıs 1960 tarihinden geçerli olacak şekilde yürürlükten kaldırmıştır. 7248 sayılı Kanun’a ilişkin teklif metni ile teklifin TBMM’deki görüşmelerinden, söz konusu kanunla Yüksek Adalet Divanı tarafından verilen kararların hukuki mevcudiyetlerine son verilmesinin ve böylece anılan divan tarafından suçlu bulunan şahısların Türk pozitif hukukunda ‘*herhangi bir suçtan mahkûm olmamış*’ kişiler konumuna getirilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Yıllar önce kurulup, ilgili mevzuatı uyarınca yetki kullanan ve hukuk dünyasında çeşitli sonuçlar doğuran kararlar veren bir makamın kuruluşuna ilişkin normun, geçmişe etkili şekilde kabul edildiği tarihten itibaren yürürlükten kaldırılması, hukuk tarihimizde benzerine rastlanmayan bir olgudur. Bu nedenle sıra dışı bir kanun olarak nitelendirilebilecek olan 7248 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra öğretilde, anılan kanuna yönelik kayda değer eleştiriler dile getirilmiştir. Bu kapsamda Yüksek Adalet Divanı tarafından verilen yargı kararlarını hükümsüz hale getirmesi sebebiyle erkler ayrılığı prensibine ve Anayasa’nın 138’inci maddesine aykırı olduğu yönündeki eleştiri, 7248 sayılı Kanun hakkında ileri sürülen eleştirilerin en dikkat çekicilerinden birini oluşturmaktadır.

Ancak 7248 sayılı Kanun’a ilişkin yasama belgeleri incelendiğinde, kanun koyucunun Yüksek Adalet Divanı’nı bir mahkeme veya yargı organı olarak nitelendirmediği, bu kapsamda örneğin kanunun komisyondaki görüşmeleri esnasında söz konusu divanın bilinçli şekilde ve ısrarla “*sözde mahkeme*” yahut “*düzmece mahkeme*” olarak anıldığı görülmektedir. Yüksek Adalet Divanı ve yürüttüğü yargılamalar açısından geçerli olan doğal hâkim ilkesine, kanunsuz suç olmaz prensibine ve masumiyet karinesine ilişkin hukuka aykırılıkların divanın sadece bazı kararlarına değil kuruluşuna, hatta varlığına ve istisnasız tüm işlemlerine sirayet ettiği dikkate alındığında; ayrıca yine kurulduğu dönemde yürürlükte olan “*egemenlik kayıtsız şartsız milletindir*” prensibine aykırı şekilde milletle arasında hiçbir bağlantı olmamasına rağmen egemenlik yetkisi kapsamında kalan yargısal faaliyetler yürüttüğü göz önünde bulundurulduğunda; kanun koyucunun, Yüksek Adalet Divanı’nı Anayasa’nın 138’inci maddesi anlamında bir mahkeme olarak kabul etmemekte tamamen haksız sayılamayacağı düşünülmektedir. Bu çerçevede çalışmada ulaştığımız sonuç, Yüksek Adalet Divanı’nın bir mahkeme olarak değil, yargısal yetkiler kullanan nevi şahsına münhasır (*sui generis*) bir kurul olarak nitelendirilmesinin daha isabetli bir yaklaşım olacağı yönündedir.

Yüksek Adalet Divanı bir mahkeme ve kararları da yargı kararı olarak nitelendirilmediği takdirde, bu divanı geçmişe etkili şekilde yürürlükten kaldıran 7248 sayılı Kanun'un erkler ayrılığı prensibine ya da Anayasa'nın 138'inci maddesinin '*yasama ve yürütme organlarının mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceklerine*' ilişkin dördüncü fıkrasına aykırılık taşımadığı belirtilebilecektir. Nitekim Yüksek Adalet Divanı kararlarını geçersiz kılmak isterken, kanun koyucunun yöntem olarak yargılamanın yenilenmesi müessesesini tercih etmemesinin sebebi de budur. Zira yargılamanın yenilenmesinin ön koşulu bir mahkemenin ve yargı kararının varlığıdır. Dolayısıyla 7248 sayılı Kanun'da Yüksek Adalet Divanı kararları açısından yargılamanın yenilenmesinin öngörülmesi, söz konusu divanın 2020 yılında kanun koyucu tarafından mahkeme olarak nitelendirilmesi anlamına gelecek ve ona 'mahkeme' olarak hukuki meşruiyet kazandıracaktır. Ayrıca yargılamanın yenilenmesi yöntemi, Yüksek Adalet Divanı tarafından hakkında karar verilenleri günümüzde -kaçınılmaz olarak- tekrar sanık statüsüne getirecektir. Ne var ki askerî darbe mağdurlarında ve toplum vicdanında açılmış bulunan yaraların altmış yıl sonra tazelenmesi neticesini verecek böyle bir adımın 7248 sayılı Kanun'un ulaşmak istediği amaçlarla bağdaşmayacağı açıktır.

Yüksek Adalet Divanı'nı kuran kanunu geçmişe etkili olarak yürürlükten kaldırması sebebiyle, 7248 sayılı Kanun'a yasamanın yargıya müdahalesi bağlamında erkler ayrılığı perspektifinden yöneltilen eleştiriler değerlendirilirken, uluslararası insan hakları hukukunun yeni gelişmekte olan geçiş dönemi adaleti kurumu da göz önünde bulundurulmalıdır. Her ne kadar teklif metninde ve 7248 sayılı Kanun'un yasalaşması sürecinde TBMM'de yapılan görüşmelerde geçiş dönemi adaletinden hiçbir şekilde söz edilmese de, insan hakları ihlallerinin yoğun şekilde yaşandığı dönemlerden sonra kurulan hukuk düzeni içerisindeki telafi edici tedbirleri inceleme konusu yapan bu müessese, kanımızca -dolaylı da olsa- 7248 sayılı Kanun ile bağlantılı görülebilecektir. Zira 27 Mayıs 1960 askerî darbesinin bizzat kendisinin, darbe sonrası yürütülen soruşturmaların ve yargılamaların içerdiği yoğun hukuka aykırılıklar ve insan hakları ihlalleri, olağan hukuk düzenine geçildikten sonra darbenin yol açtığı mağduriyetleri giderici tedbirler öngören 7248 sayılı Kanun'un teorik anlamda geçiş dönemi adaleti kapsamında değerlendirilmesini mümkün kılmaktadır. Bu çerçevede temel haklara ve hukukun genel ilkelerine aykırı yargı kararları hakkında mukayeseli hukukta alınan geçiş dönemi adaleti tedbirlerinin, bu kapsamda yargı kararlarını doğrudan gayri meşru ilan eden kanunların dahi uluslararası insan hakları hukuku bağlamında takdirle karşılanması, kanımızca 7248 sayılı Kanun değerlendirilirken dikkate alınması gereken bir diğer faktörü oluşturmaktadır.

7248 sayılı Kanun'a yönelik eleştirilerden bu çalışma kapsamında incelenen bir diğeri, TBMM'deki yasama görüşmeleri esnasında milletvekilleri

tarafından gündeme getirilen “*kanunun askerî darbelerle hakkaniyete aykırı yargılamalar arasında seçici davrandığı ve ayrımcılık yaptığı*” eleştirisidir. Ancak bu eleştiri bağlamında örnek verilen ve sonuçlarının ortadan kaldırılması istenilen yargılamalar incelendiğinde, bir takım hukuka aykırılıklar içeren bu yargılamaları icra eden mahkemelerin, (Yüksek Adalet Divanı gibi) belirli eylemlerin icrasından sonra münhasıran bu eylemleri yargılamak üzere kurulmuş merciler olmadıkları ve Yüksek Adalet Divanı’ndan farklı olarak, bir kanunla veya TBMM kararıyla, yani millet iradesine dayanan hukuki tasarruflarla kuruldukları görülmektedir. Daha önemlisi, Yüksek Adalet Divanı’nın aksine, bu eleştiri kapsamında örnek gösterilen mahkemelerin verdikleri kararların tamamının -istisnasız bir şekilde ve kesin olarak- hukuka aykırı olduklarının ortaya konulamaması, onlar hakkında “*mahkemeyi kuran kanunun geriye etkili şekilde yürürlükten kaldırılması*” formülünün uygulanabilmesini, dolayısıyla 7248 sayılı Kanun kapsamına bu mahkemelerin de alınabilmesini imkânsız kılmaktadır.

Son olarak, öğretilerde 7248 sayılı Kanun hakkında öne sürülen ve çalışma kapsamında ele alınan eleştirilerle bağlantılı bir diğer eleştiri, bu kanunun, hukuki kurumları geçmişe etkili şekilde yürürlükten kaldıracak başka yasal düzenlemelerin (gelecekte) kabulüne örnek oluşturabilecek olması⁶⁸ ve bu tür bir olası düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı sonuçlar doğurabilmesidir. Kanımızca bu eleştiri ancak 7248 sayılı Kanun’un dayanağını yürürlükten kaldırdığı Yüksek Adalet Divanı ile kıyası mümkün olan, onunla aynı mahiyetteki bir kurum ya da kurulun geçmişe etkili şekilde yürürlükten kaldırılması söz konusu olduğunda haklı görülebilecektir. Diğer bir ifadeyle 7248 sayılı Kanun’un gelecekte benzer bir yasal düzenlemeye örnek teşkil etmesi, ancak kendisinin ilga ettiği normla kurulan Yüksek Adalet Divanı ile aynı mahiyetteki bir başka merciin hukukumuzda varlık kazanması ihtimalinde gündeme gelebilecektir. Aksi takdirde iddia edildiği şekilde bir örnek almaya temel teşkil edecek kıyaslama, birbirinden farklı iki şeyin kıyası yani *kıyas-ı maal fârik* mahiyetinde olacaktır. Somutlaştırmak gerekirse, 7248 sayılı Kanun gelecekte ancak,

- Milletten hiçbir yetki almayan kişi ya da kişi gruplarının egemenliği salt fiziki güce dayanarak hukuka aykırı şekilde ele geçirmeleri, Anayasa’yı ve ülkede cari olan olağan hukuk sistemini askıya almaları,

⁶⁸ “*Geçmişte anayasal veya yasal dayanağı olan makam ve organların dayandığı anayasa ve kanun hükümlerini gelecekte, geçmişe etkili olarak yürürlükten kaldırarak, bu makam ve organları yasa dışı hâle getirmenin yolu bir kez açılırsa ...*” Kemal Gözler, Yürürlükte Olmayan Bir Kanun Yürürlükten Kaldırılabilir Mi? “... *siyaseten ve vicdananen bu Kanunda bir sakınca görülme de, örnek olma ve ‘hukuk devleti’ ilkesi bakımından ciddi sakıncaların bulunduğu, ileride bunların başka yasa düzenlemelerine örnek teşkil edebileceği, ...*” Şen, agm.

- Bu kişi ya da kişi gruplarının sadece cezalandırmak istedikleri ismen belli bazı bireyleri yargılamak üzere bir makam teşkil etmeleri,
- Söz konusu yargılama makamı nezdinde bireylerin, eylem tarihinde suç olmayan fiillerinden dolayı yargılanmaları ve hüküm giymeleri,
- Bu yargılama makamı nezdinde yargılanacak kişilerin daha yargılama süreci devam ederken egemenliği fiilen ele geçiren kişilerce suçlu ilan edilmeleri,
- Yargı yetkisi kullanan söz konusu makamın, doğal hâkim ilkesine, kanunsuz suç olmaz prensibine ve masumiyet karinesine aykırı olanlar dışında başka hiçbir hukuki tasarrufunun bulunmaması,
- Yaşanan tüm bu süreçten sonra milletin egemenliğini yeniden kazanması ve millet egemenliğine dayalı olağan hukuk düzenine geçilmesi ve
- Olağan hukuk düzenine geçildikten sonra, bahsi geçen yargılama makamının hukuki varlığına geçmişe etkili şekilde son verilmesinin kazanılmış hakları olumsuz yönde etkileyen ya da kamu düzeni ve kamu yararı açısından sakınca arz eden hiçbir netice doğurmaması

koşullarının *bir arada* gerçekleşmesi durumunda, egemenliği fiziki güce dayanarak ele geçirenler tarafından hukuka aykırı yargılamalar yapmak üzere kurulan makamı geçmişe etkili şekilde yürürlükten kaldıracak bir kanuna örnek teşkil edebilecektir. Bu ise kanaatimizce, Anayasa'nın ve hukukun üstünlüğü açısından bir "*olumsuz örnek oluşturma*" hali olarak nitelendirilemeyecektir.

KAYNAKÇA

Aguilar P, "Transitional or Post-transitional Justice? Recent Developments in the Spanish Case", *South European Society and Politics*, (2008) 13 (4)

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Genel Sekreter Raporu, Çatışma ve Çatışma Dönemi Sonrası Toplumlarında Geçiş Dönemi Adaleti ve Hukukun Üstünlüğü, 23.08.2004, BM Doküman No:S/2004/616. [<https://www.un.org/ruleoflaw/files/2004%20report.pdf>] (Erişim Tarihi 20 Mayıs 2021)

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, Özel Raportör Pablo de Greiff'in İspanya Mısyonu Raporu, 22.07.2014, BM Döküman No:A/HRC/27/56/Add.1 <https://undocs.org/en/A/HRC/27/56/Add.1> (Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2021)

Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu, Nuremberg İlkeleri, 1950 https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_1_1950.pdf (Erişim Tarihi: 11 Mayıs 2021)

De Greiff P, 'Theorizing Transitional Justice', Melissa S. Williams, Rosemary Nagy ve Jon Elster (editörler), *Transitional Justice* (içinde), (1. Bası, New York Üniversitesi Yayınevi 2012) 31-77

Gözler K, “Yürürlükte Olmayan Bir Kanun Yürürlükten Kaldırılabilir Mi? 23 Haziran 2020 Tarih ve 7248 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler” (Türk Anayasa Hukuku Sitesi, 25.06.2020) www.anayasa.gen.tr/7248-sayili-kanun.htm Erişim Tarihi: 06 Mayıs 2021

Gözler K, “Sulh Ceza Hâkimlikleri ve Tabii Hâkim İlkesi: ‘Sahur Operasyonu’ Hakkında Bir Açıklama”, (Türk Anayasa Hukuku Sitesi, 29.08.2014) www.anayasa.gen.tr/tabii-hakim.htm Erişim Tarihi: 06 Mayıs 2021

ICTJ, What is Transitional Justice, 2008. <https://www.ictj.org/about/transitional-justice>

İstiklal Mahkemeleri, Kanun, Gerekçe ve Genel Kurul Tutanakları, (Cilt I, TBMM Yayınları 2015)

Kolon H, “A Legacy of Violence: The Lack of Transitional Justice in Post-Franco Spain and Its Impact on Victimhood”, (2021) 6 *SMU Journal of Undergraduate Research*

Önder A, *Ceza Hukuku Dersleri*, (1. Basım, Filiz Kitabevi 1992)

Perin M, *Yassıada Faciası, 27 Mayıs Darbesinden İdamlara Kadar İşkence Altında Ezilenlerin Dramı*, (Cilt 1, 1. Bası, Dem Basım Yayım 1990)

Sottas E, “Transitional Justice and Sanctions” (2008) 90 (870) *International Review of The Red Cross*, 371-398

Şen E, “Yüksek Adalet Divanı’nı Kaldıran 7248 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi” (Hukuki Haber, 27.06.2020) Erişim Tarihi: 06 Mayıs 2021

Şentop M, “Bir Kanunun Tahlili: 7248 Sayılı Kanun Nedir, Ne Değildir?”(2020) (42), *Yasama Dergisi* 97-130

Raimundo F.A, Post-Transitional Justice? Spain – Poland and Portugal Compared, European University Institute, Siyasal ve Sosyal Bilimler Bölümü’ne sunulan doktora tezi

https://www.researchgate.net/publication/287782077_Post-Transitional_Justice_Spain_Poland_and_Portugal_compared (Erişim Tarihi: 20 Mayıs 2021)

Tanrıvermiş A, *Lekelenmeme Hakkı*, (1. Bası, Seçkin Yayıncılık 2021)

TBMM Anayasa Komisyonu Tutanak Dergisi, Dönem 27, Yasama Yılı 3, 17 Haziran 2020. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2543

TBMM Genel Kurul Tutanağı, 27. Dönem 3. Yasama Yılı, 103. Birleşim, 23 Haziran 2020

https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic?P4=23465&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=76

Tomuschat C, (2006) 4 (4) The Legacy of Nuremberg, *Journal of International Criminal Justice*, 830–844

Toroslu N, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, (20. Bası, Savaş Yayınları 2014)

Ülgen Türedi G, “AB ve Geçiş Dönemi Adaleti”, II. Avrupa Birliği Hukukunda Güncel Gelişmeler Konferansı Bildiri Kitapçığı, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi ATAUM, 10 Mayıs 2018, 23.

Webber J, ‘Theorizing Transitional Justice’, Melissa S. Williams, Rosemary Nagy ve Jon Elster (editörler), *Transitional Justice* (içinde), (1. Bası, New York Üniversitesi Yayınları 2012) 98-128

Yassıada Broşürü, Milli Birlik Komitesi İrtibat Bürosu, , Basın Yayın ve Turizm Genel Müdürlüğü, Ekim 1960 <http://menadoc.bibliothek.uni-halle.de/landau/content/titleinfo/208980>

Yurtcan E, *Ceza Yargılaması Hukuku*, (16. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019)

Yüksek Adalet Divanı Kararları, İstanbul – Yassıada 14 Ekim 1960 – 15 Eylül 1961, (1. Bası, Kabalıcı Yayınları 2007)

Resmi Gazete

26.12.2007 tarihli ve 52/2007 sayılı İspanya Tarihi Hafıza Kanunu

<http://learning-from-history.de/sites/default/files/book/attach/ley-de-la-memoria-historica.pdf>;

<https://reparations.qub.ac.uk/assets/uploads/Ley-52-2007-Spain-EN.pdf>
(Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021)

“İşte Menderes’e işkencenin belgeleri”, Haber7, 13.04.2015

<https://www.haber7.com/guncel/haber/1344109-iste-menderese-iskencenin-belgeleri>
(Erişim Tarihi: 25 Mayıs 2021)



TÜKETİCİ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE ÖZEL DAVA ŞARTLARI VE İLAMSIZ İCRA TAKİBİ

Specific Causes of Actions and Enforcement Proceedings without Judgment in the Resolution of Consumer Disputes

Orhan DÜR*

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (217-244)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 16.12.2020

Kabul Tarihi : 14.09.2021

Makale Türü: Araştırma

Article Info

Received Date: 16.12.2020

Accepted Date: 14.09.2021

Article Type : Research

ÖZET

Uyuşmazlıkların çözümünde en çok sayıda ve farklı tipte çözüm yolu imkânı tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde bulunmaktadır. Bu uyuşmazlık çözüm yolları tüketici mahkemeleri, tüketici hakem heyetleri, arabuluculuk, ilamsız icra ve diğer uyuşmazlık çözüm yolları olarak sınıflandırılabilir. Bu çözüm yollarından ikisi 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da özel dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bu özel dava şartları, kural olarak belirli bir miktarın altındaki tüketici uyuşmazlıkları için tüketici hakem heyetlerine ve tüketici mahkemelerinin görev alanına giren tüketici uyuşmazlıkları için arabuluculuğa başvuruya ilişkindir. Kanunda özel dava şartı olarak yer alan bu hükümlerin, Tüketici Uyuşmazlıklarına İlişkin Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Üzerine Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2013/11/EU Sayılı Yönergesi ile uyumlu olduğu söylenebilir. Öte yandan tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğunu düzenleyen 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 68. maddesinde yapılan değişiklikle, tarafların İcra ve İflas Kanunu'ndaki hakları saklı tutulmuştur. Böylece tüketici hakem heyetinin görevine giren uyuşmazlıklarla ilgili ilamsız icra takibi yapılıp yapılamayacağına ilişkin tartışmalar ortadan kalkmıştır. Ancak tüketici uyuşmazlıklarından kaynaklı itirazın iptali davalarının tüketici hakem heyetlerinde görülüp görülemeyeceğine dair tartışmanın hâlen devam ettiği görülmektedir. İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen itirazın iptali davasıyla birlikte menfi tespit, istirdat, borçtan kurtulma ve tasarrufun iptali davalarının tüketici hakem heyetlerinde görülemeyeceği, buna karşılık tüketici mahkemeleri görev alanında olan tüketici uyuşmazlıklarının dava şartı olan arabuluculuk kapsamında olduğunun gerekçeleri bu çalışmanın konusudur.

Anahtar Kelimeler: Tüketici uyuşmazlıklarının çözümü, özel dava şartları, tüketici hakem heyetleri, arabuluculuk, ilamsız icra.

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Dr., Serbest Avukat, orhandur@msn.com, <https://orcid.org/0000-0002-4820-8463>.



ABSTRACT

The most number and different types of resolution possibilities in resolution of disputes are found in the resolution of consumer disputes. These dispute resolution methods can be classified as consumer courts, consumer arbitration committees, mediation, enforcement proceedings without judgment and other dispute resolution methods. Two of these above-mentioned remedies are regulated in Law No. 6502 on Consumer Protection as a specific cause of action. These specific causes of actions, as a rule, are related to the applications of consumer arbitration committees for consumer disputes below a certain amount and to mediation for consumer disputes that fall under the jurisdiction of consumer courts. It can be said that these provisions, which are included in the Law as a specific cause of actions, are in line with the Directive 2013/11/EU of the European Parliament and the Council on Alternative Dispute Resolution Regarding Consumer Disputes. On the other hand, the rights of the parties in the Enforcement and Bankruptcy Law were reserved with the amendment made in Article 68 of the Law on the Protection of the Consumer No. 6502, which regulates the obligation to apply to consumer arbitration committees. Thus, the debate about whether or not an enforcement proceeding without judgement can be made regarding the disputes that fall under the jurisdiction of the consumer arbitration committee has been eliminated. However, the debate in relation to whether the action for annulment of objection arising from consumer disputes can be heard in the consumer arbitration committees is still continue. The subject of this paper is that action for annulment of objection regulated in the Enforcement and Bankruptcy Law and also negative clearance, restitution, remission of debt cases cannot be heard in consumer arbitration committees, on the contrary, the consumer disputes are that fall under the jurisdiction of consumer courts are within the scope of the cause of action mediation.

Keywords: Resolution of consumer disputes, specific causes of actions, consumer arbitration committees, mediation, enforcement proceedings without judgment.

GİRİŞ

Anayasa madde 172 hükmüyle, tüketicilerin korunması, aydınlatılması ve kendilerini koruyacak girişimlerinin teşvik edilmesi, devletin görev ve yükümlülüklerinden biri olarak düzenlemiştir. Bu anayasal sorumluluk kapsamında tüketicilerin korunması amacıyla önce 23.02.1995 tarihli 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, daha sonra ilerleyen zaman içerisinde bu Kanun'un yerine Avrupa Birliği Yönergeleri ve Tavsiyeleri dikkate alınarak Avrupa Birliği mevzuatı ile tam uyumun sağlanması çerçevesinde 27.11.2013 tarihli 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun (TKHK) 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bununla beraber Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği, Tüketici Hakem Heyeti Raportörlüğü Yönetmeliği, Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik gibi yönetmelikler Ticaret Bakanlığı¹ tarafından mevzuatın tamamlayıcısı olarak ihdas edilmiştir.

TKHK' da tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmış (TKHK m 3/1-k) olmakla birlikte, tüketici uyuşmazlığı kavramına ilişkin bir tanıma rastlanmaz. Ancak Kanun'da tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamalardan

¹ 703 sayılı KHK ile 02.07.2018 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla Ekonomi Bakanlığı ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Ticaret Bakanlığı ismi altında birleştirilmiştir. Bakınız RG 9.7.2018 T 30473 S 3. Mükerrer.

kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için tüketici hakem heyetleri (TKHK m 66), arabulucular (TKHK m 73/A/1) ve tüketici mahkemeleri (TKHK m 73) görevlendirilmiştir. Tüketici uyuşmazlıklarını, tüketici işleminden² veya tüketiciye yönelik uygulamalardan kaynaklanan uyuşmazlıklar olarak tanımlamak mümkündür. Bununla birlikte taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği hüküm altına alınmıştır (TKHK m 83/2).

² Tüketici işlemi, “mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem” olarak tanımlanmıştır (TKHK m.3/1-1).

³ Yargıtay 19 HD, 439/476, 11.06.2020. “TTK’nın 4. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendine göre bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işlerinin ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmesi, ancak işlemin diğer tarafının tüketici olmaması halinde söz konusu olacaktır. Bankalar tarafından ticari işletmelere kredi kartı verilmesi halinde durum böyledir. Bu halde açılacak dava, elbette ticari davadır. Zira kredi kartının hamili tüketici değildir. Ancak kredi kartı hamilinin tüketici olduğu bir halde açılacak davanın, ticari dava olarak değerlendirilmesi TKHK’un getiriliş amacına da uygun olmamaktadır...”; Yargıtay 13 HD, 2016/29913 E, 2020/3243 K, 12.03.2020. “Somut olayda davacı avukat, davalı müvekkilinin haksız azli nedeniyle ödenmeyen avukatlık ücretinin tahsili istemiyle eldeki davayı açmıştır. Davalı ile davacı avukat arasında, davacı avukatın üstlendiği işin, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan tapu iptali ve tescili davası olduğu anlaşılmaktadır. Vekalet akdi 28.5.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 Sayılı yasa kapsamına alınmış olup, 28/5/2014 tarihinden sonra açılan davalarda, Tüketici Mahkemesi görevlidir. Nitekim bu husus 6502 Sayılı yasanın geçici 1. maddesiyle çözüme bağlanmış durumdadır. Mahkemece, davanın 6502 Sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden sonra 20.05.2015 tarihinde açıldığı ve bu bağlamda davaya bakmanın tüketici mahkemesinin görev alanına girdiği anlaşılmaktadır. Görev kamu düzenine ilişkin olup, yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Bu durumda mahkemece ayrı bir Tüketici Mahkemesi var ise görevsizlik kararı verilmesi, ayrı bir tüketici mahkemesi bulunmuyorsa ara kararı verilerek davaya tüketici mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekirken gerekirken, aksi düşüncelerle genel mahkeme sıfatıyla davaya bakılması ve hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.”; Yargıtay 13 HD, 2016/23070 E, 2020/506 K, 23.01.2020. “...6502 Sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için taraflardan birinin tüketici olması gerekir. Somut uyuşmazlıkta mahkemece, davaya Asliye Ticaret Mahkemesi sıfatı ile bakılarak davanın kabulüne karar verilmiş ise de; davalının mesleki faaliyeti kapsamında davacıya fatura konusu malzemeleri annesinin evinde kullanmak üzere sattığı iddiası karşısında davacının satıcı, davalının tüketici olduğu, dolayısıyla dava konusu uyuşmazlığın da söz konusu yasa kapsamında bulunduğu dikkate alındığında, davaya bakmaya tüketici mahkemeleri görevlidir. Görev hususu kamu düzenine ilişkin olup, yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Bu nedenle mahkemece, davaya Tüketici Mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekirken, Ticaret Mahkemesi sıfatıyla davanın esasına girilerek karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>. (et 11.12.2020).



TKHK sistemi içerisinde tüketici uyuşmazlıklarında uyuşmazlık çözüm yollarını⁴, ilamsız icra takibi, tüketici hakem heyetleri, arabuluculuk, tüketici mahkemeleri, sigorta tahkim, bireysel müşteri hakem heyetleri ve Avukatlık Kanunu 35/A maddesine göre uzlaşma olarak yedi başlık altında toplamak⁵ mümkündür. Bu yedi grup uyuşmazlık çözüm yollarından tüketici hakem heyetleri ve arabuluculuk, bir kısım tüketici uyuşmazlıklarının çözümü için özel dava şartı olarak düzenlenmiştir.

I. TÜKETİCİ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE ÖZEL DAVA ŞARTLARI

1. TÜKETİCİ HAKEM HEYETLERİ

Tüketici hakem heyetleri, tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında çıkan uyuşmazlıkların daha hızlı, kolay ve en az masrafla çözümlenmesi amacıyla kurulmuştur⁶. Tüketici hakem heyetlerinin görevi, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıkları çözüme bağlamaktır (TKHK m 66/1). Ancak, cezai yaptırıma bağlanmış konular bunun dışındadır (TKHK m 77).

Tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğunu düzenleyen TKHK m. 68/1 hükmü, HMK m 114/2 anlamında özel bir dava şartıdır⁷. Bu hüküm

⁴ Tüketici uyuşmazlıkları çözüm yollarının, ilamsız icra, arabuluculuk, sigorta tahkim, bireysel müşteri hakem heyeti, tüketici hakem heyetleri ve tüketici mahkemeleri olarak tasnifi için (altı ana başlık altında) bakınız Gökçen Topuz, *Tüketici Mahkemeleri* (1. Baskı, Yetkin, Ankara 2018) 15.

⁵ Ayrıca borsa üyeleriyle müşterileri arasındaki uyuşmazlıklarda Borsa Yönetim Kurulu ve Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyeti ile uyuşmazlık çözümleri de bu çözüm yollarına ilave olarak sayılabilir. Çünkü Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin yerleşik kararlarına göre finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde müşteriler TKHK m. 49 f. 1 hükmüne göre tüketici sayılmaktaydı. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 07.02.2019 T. 2017/2348 E. 2019/82 K. sayılı kararı ile “işlemin tüketici hukukuna tabi sayılabilmesi için tüketicinin ticari veya mesleki amaçla hareket etmemesi şart olup, eldeki davaya konu sözleşmenin ticari amaçla yapıldığının açıkça belirtilmiş olmasına göre uyuşmazlığın çözümünde tüketici mahkemeleri görevli sayılmaz” gerekçesiyle Yargıtay 11. HD sinin 23.06.2016 T. 2016/90 E. 201676987 K. sayılı tüketici mahkemesini görevli kılan kararının aksine olarak yerel mahkemenin direnme kararını çoğunluk görüşüyle onamıştır. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-2348-k-2019-82-t-7-2-2019> (et 17.04.2021).

⁶ Hakan Pekcanitez, “*Tüketici Sorunları Hakem Heyeti*”, İzmir Barosu Dergisi, Temmuz 1996, Yıl 6, s 41; Ömer Ulukapı, “*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Tüketici Mahkemeleri)*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1996, C 5, S 1-2, Prof. Dr. Şakir Berki’ye Armağan, s 79.

⁷ Pekcanitez (n 6) 145; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (1. Baskı, Legal, İstanbul 2016) 892; Seda Özümucu, “*6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış*”, Dokuz Eylül

ile belirli bir değerin altındaki tüketicici uyuşmazlıklarında tarafların, İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı olmak kaydıyla⁸ tüketicici hakem heyetlerine başvurması zorunlu kılınmıştır. Bu madde hükmü ile il ve ilçe tüketicici hakem heyetlerinin görev alanı uyuşmazlık konusunun değerine göre belirlenmiştir. Görevli tüketicici hakem heyetinin tespitinde başvuru tarihindeki parasal sınırlar dikkate alınır. Bu parasal sınırlar her takvim yılı, yeniden değerleme oranında artırılarak uygulanır⁹.

TKHK m 68/1'e göre belirlenen değerin üzerindeki uyuşmazlıklar için, tüketicici mahkemeleri görevli olduğundan tüketicici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz. Başvurunun, tek bir uyuşmazlıkla ilgili olması ve uyuşmazlık konusunun bu maddede belirtilen parasal sınırları aşması hâlinde, sınırları aşan kısımdan feragat edilerek tüketicici hakem heyetine başvuru yapılabilir. Tüketicici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 6 f. (3) "*Başvurunun, tek bir uyuşmazlıkla ilgili olması ve uyuşmazlık konusunun bu maddede belirtilen parasal sınırları aşması halinde, sınırları aşan kısımdan feragat edilerek tüketicici hakem heyetine başvuru yapılabilir. Parasal sınırları aşan kısım için tekrar tüketicici hakem heyetine başvuru yapılamaz.*" şeklinde kaleme alınmıştır. Kanunla getirilmesi gereken bir sınırlandırmanın yönetmelik hükmü ile getirilmiş olması isabetli olmamıştır. Çünkü, TKHK'nın belirli uyuşmazlıklar için devlet mahkemelerine doğrudan

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2014, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s 839; Melis Taşpolat Tuğsavul, Kollektif Hukuki Yazar Çerçevesinde Topluluk Davaları, (1. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2016) 161; Topuz (n 4) 82; Mehmet Akif Tutumlu, Türk Hukuk Sisteminde Tüketicici Hakem Heyetleri (2. Bası, Seçkin, Ankara 2016) 105; Y 13 HD, 2017/15787 E, 2019/4585 K, 05.04.2019. "*Dava, alacak istemine ilişkindir. Davacı, davalı bankadan konut kredisi kullandığını, bankaca çeşitli adlar altında kendisinden kesinti yapıldığını ileri sürerek; davalı banka tarafından yapılan kesintilerin tahsilini istemektedir. Mahkemeye, hüküm altına alınan miktar 2.270,00 TL olup, dava tarihi itibariyle kredi masrafına bakma görevinin tüketicici hakem heyetine ait olduğu anlaşılmaktadır. Dava değerinin, 6502 Sayılı yasanın 68. maddesi gereğince Tüketicici Sorunları Hakem Heyetine başvuruda bulunmasını zorunlu kılan miktarda olduğu ve bu miktar için mahkemeye dava açılmasının yasa gereği mümkün olmadığı gerekçesiyle, davanın dava şartı noksanlığı (HMK 114-b maddesi) nedeniyle usulden reddine karar verilmesi gerekmektedir.*" <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>. (et 11.12.2020).

⁸ TKHK 68. madde birinci fıkrasında, 6/12/2017 tarihli ve 7063 sayılı Kanunun 11 inci maddesiyle yapılan değişiklikle "*Tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı olmak kaydıyla*" ibaresi sonradan bu fıkraya eklenmiştir. Bu değişikliğe neden olan tartışmalar ve kanun gerekçesi aşağıda ilamsız icra başlığı altında incelenmiştir.

⁹ Şu anki değerler (2021 yılı); TKHK m. 68/1 ve 68/4'e göre, değeri 7.550 Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketicici hakem heyetleri, büyükşehir statüsünde olmayan illerde 11.330 Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketicici hakem heyetleri, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise 7.550 Türk Lirası ile 11.330 Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketicici hakem heyetleri görevlidir. (RG T 31.12.2019 S 30995, "*6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 68 inci ve Tüketicici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6 ncı Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Arttırılmasına İlişkin Tebliğ*")



başvuru hakkını ortadan kaldırması Anayasa'nın 36. maddesinde, temel haklar ve hürriyetler düzeyinde güvence altına alınan hak arama hürriyetine getirilmiş bir sınırlama olup, böyle bir sınırlamanın temel esaslarının da Anayasa'nın 13. maddesine göre ancak kanunla yapılabilmesi gerekir¹⁰.

Tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu, tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasına engel değildir (TKHK m 68/5). Taraflar, tüketici hakem heyeti görevine giren bir uyuşmazlıkta hakem heyetine başvurma zorunluluğuna tabi olmaksızın ihtiyari arabuluculuk yoluna başvurup, uyuşmazlıklarını çözebilirler. Şayet ihtiyari arabuluculuk yöntemi ile bir anlaşma sağlanamaz ise tüketici hakem heyetlerine başvurmadan doğrudan tüketici mahkemesine dava açılmaz. Bu durumda anlaşmamaya ilişkin ihtiyari arabuluculuk son tutanağı, özel bir dava şartı olan tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğunu ortadan kaldırmaz¹¹.

Tüketici hakem heyeti kararları taraflar için bağlayıcıdır. Ayrıca, tüketici hakem heyeti kararları, İcra ve İflâs Kanunu'nun ilâmların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine (İİK m 22/IV) göre yerine getirilir. Tüketici hakem heyeti kararları 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre taraflara tebliğ edilir. Bu kararlara karşı taraflar 15 gün içerisinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilir. İtiraz üzerine tüketici mahkemelerinin vereceği kararların kesin olduğu Kanun'da açıkça düzenlenmiştir. Tüketici mahkemelerine itiraz, tüketici hakem heyeti kararlarının icrasını durdurmaz. Ancak talep edilmesi şartıyla hâkim, tüketici hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir (TKHK m 70).

Tüketici hakem heyetlerinin ve uyuşmazlık çözümünün hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki hukuki nitelendirmelerin bir kısmı tüketici hakem heyetinin yapısına diğer bir kısmı ise uyuşmazlık çözüm yöntemine ilişkindir. Tabi bu tartışmaların bir kısmının, tüketici hakem heyetlerinin bağlayıcı olmayan karar verebildiği önceki 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun döneminde olduğu göz önünde tutulmalıdır. Tüketici hakem heyetlerinde uyuşmazlık çözümü, bir görüşe göre¹² alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi, bir görüşe göre¹³ alternatif uyuşmazlık çözümünü

¹⁰ Ali Cem Budak, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a Göre Tüketici Hakem Heyetleri", 2014 Özel Sayı (İzmir 2015) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan I) 89; Bilgehan Yeşilova, 6502 Sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları, 2014, 9(99) Özel Sayı, Terazi Hukuk Dergisi, 107-140.

¹¹ Buna karşılık tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk kapsamına giren uyuşmazlıklarda tutulan anlaşmama tutanakları, TKHK m.73/A gereğince ayrıca özel dava şartı olarak düzenlendiğinden birbiriyle karıştırmamak gerekir.

¹² Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C II (4. Bası, Yetkin, Ankara 2016) 972.

¹³ Hakan Pekcanitez, "Tüketici Mahkemeleri", 1996 (1-2-3) İstanbul Barosu Dergisi 145;

gerçekleştiren resmi bir kuruluş, bir görüşe göre¹⁴ uzlaştırma, bir görüşe göre¹⁵ arabulucu veya sulhe teşvik edici kurul, bir görüşe göre¹⁶ bir çeşit arabuluculuk faaliyeti, bir görüşe göre¹⁷ yarı yargısal bir faaliyet, bir görüşe göre¹⁸ zorunlu tahkim ve idari başvuru, bir görüşe göre¹⁹ kendine özgü (sui generis) yargılama dışı bir uyuşmazlık çözüm yolu ve baskın görüşe göre²⁰ zorunlu tahkimdir²¹.

Günümüzde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, sadece devlet yargısının alternatifini olarak değil, üçüncü kişi yargılamalarının ve bağlayıcı kararlarının alternatifini olarak tasnif edildiğinden, tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin dışında bir kavram olarak görülmesi yaygınlaşmıştır²². Bu

Haluk Konuralp, “20. Yüzyıl Sonunda Medeni Usul Hukuku Sorunlarına Bir Bakış”, 1996, Yıl 2 (10) Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı 538; Gülgün Ildır, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, (Seçkin, Ankara 2003) 130; Melis Taşpolat-Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk (Yetkin, Ankara 2012) 85.

¹⁴ Seda Özmumcu, Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kanununa Genel Bir Bakış, İstanbul 2013, 273.

¹⁵ Ulukapı (n 3) 80.

¹⁶ Alper Uyumaz, Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, 2012, 20 (1) SÜHFD 129.

¹⁷ Kemal Başlar, Anayasa Yargısında “Davaya Bakmakta Olan Mahkeme Kavramı” 2006 Anayasa Yargısı İncelemeleri 220.

¹⁸ Cengiz İlhan, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (TBB, Ankara 2006) 296.

¹⁹ Budak (n 10) 79; Tutumlu (n 5) 40, Tutumlu tüketici hakem heyetlerinin bir ADR yöntemi olduğuna ilişkin önceki görüşünü değiştirmiş ve sui generis bir yapı olarak nitelendirmiştir.

²⁰ Söha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, 2006 (64) TBB Dergisi 175; İbrahim Ermenek, “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri” 2013 XVII (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 580; Murat Atalı, “6502 Sayılı Kanun’un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi” (Yetkin, Ankara 2014) (Prof. Dr.Ejder YILMAZ’a Armağan, C 1) 412; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz ve Sema Ayvaz Taşpınar, Medeni Usul Hukuku (Yetkin, Ankara 2016) 763; Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, (İstanbul 2016) 930; Orhan Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri (1. Baskı, Adalet, Ankara 2017) 77; Gökçen Topuz, Tüketici Mahkemeleri (1. Bası Yetkin, Ankara 2018) 26; Nagihan Tandoğan-Özbaykal, “*Tüketici Hakem Heyetlerinde İtirazın İptali Davası Sorunu ve 7063 Sayılı Kanun Sonrasında Verilen Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi*” Haziran 2020 26(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 476.

²¹ Murat Atalı, ‘Yargılama İlkeleri Çerçevesinde Tüketici Hakem Heyetleri’ *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Edt. M. Ertan Yardım, (Seçkin, Ankara 2018) 70-72; Sema Taşpınar-Ayvaz, ‘Tüketici Hakem Heyetlerinin Hukuki Niteliği’ *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Edt. M. Ertan Yardım, (Seçkin, Ankara 2018) 43-50.

²² Ziya Akıncı, ‘Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları’ (1996) 18(4) BATİDER 93, 100 dn 30; Erkan Küçükgüngör, Türkiye Futbol Federasyonunun Tahkim Kurulunun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği 2001 50(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137, 141; Ildır (n 7) 61; Hakan Pekcanitez, “Alternatif Uyuşmazlık



bağlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde aranılan irâdilik, taraf egemenliği, gizlilik ve esneklik gibi temel ilkelerin, tüketici hakem heyetlerinin uyuşmazlık çözümünde tam olarak yer almaması karşısında tüketici hakem heyetlerinin uyuşmazlık çözüm yönteminin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu söylenemez. Nitekim Tüketici Uyuşmazlıklarına İlişkin Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Üzerine Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2013/11/EU Sayılı Yönergesi, üye devletlerin kendi ülkelerinde kurulan alternatif uyuşmazlık çözüm kurumlarının, bir çözüme zorlama gücüne sahip olup olmadıklarını belirlemeye ilişkin yetkinliğini kabul etmesine²³ rağmen, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle uyuşmazlığın çözümünü ulusal mevzuat zorunlu kılmışsa, taraflardan tüketiciye herhangi bir aşamada süreçten çekilebilme imkânının sağlanmasını²⁴ ve çözüm kararının bağlayıcılığının tüketici açısından değil, tüketicinin çözüm kararını kabul etmesi halinde ancak tacir için mümkün olabileceğini²⁵ hüküm altına almıştır²⁶. Yönerge kriterlerine göre de²⁷ tüketici hakem heyetlerinin uyuşmazlık çözümleri, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir. Yönerge'ye göre tüketici hakem heyetlerinin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi sayılabilmesi, başvuru zorunlu dahi olsa süreçten ayrılabilme serbestisinin tüketiciye sağlanması ve çözüm kararının bağlayıcılığı tüketici için değil, tüketicinin kabul etmesi halinde tacir için olabileceğinin kabulüyle mümkündür.

Çözümleri” Aralık 2005 (5) Hukuki Perspektifler Dergisi 12, 15; İbrahim Özbay, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri’ 2006 X(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 459, 463; Tanrıver, Özellikle Arabuluculuk (n 14) 151, 171; Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler* (2. Baskı, Adalet, Ankara 2014) 22; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (5. Bası, Beta İstanbul 2013) 372; Nuray Ekşi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim (1. Baskı, Beta, İstanbul 2013) 51; Ramazan Arslan ve Süha Tanrıver, *Yargı Örgütü Hukuku* (2. Baskı, Yetkin, Ankara 2001) 214; Alper Bulur, “Avukatlık Kanunu m. 35/A’nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi”, 2010 (89) TBB Dergisi 196, 200; Ömer Ulukapı ve Emre Kıyak, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi”, *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan C 2* (Ankara 2015) 1655.

²³ Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council, Art. 1 ve 2(4).

²⁴ Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council, Art. 9(2-a).

²⁵ Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council, Art. 9(3).

²⁶ Bkz. www.eur-lex.europa.eu/eli/dir/2013/11/oj (s.e. 11.12.2020).

²⁷ Bu Yönerge’de ayrıca, ADR kurumlarına ve yöntemlerine erişim (m. 5), uzmanlık, bağımsızlık ve tarafsızlık (m. 6), şeffaflık (m. 7), etkinlik (m. 8), âdillik (m. 9), serbestlik (m. 10), hukuka uygunluk (m. 11), ADR yöntemlerinin zamanaşımı sürelerine etkisi (m. 12), tüketicileri bilgilendirme (m. 13), tüketiciler için yardım (m. 14) ve genel bilgi (m. 15) başlıkları altında kriterler mevcuttur. Bu kriterlerin, HUAK ile getirilen arabuluculuk yöntemiyle sağlanabilmesi için tüketici uyuşmazlıkları için ek düzenleme yapılmasını gerektirmektedir.

Kanaatimizce, tüketici hakem heyetinin uyuşmazlık çözümünün hukuki niteliği “zorunlu tahkim”, tüketici hakem heyetinin uyuşmazlık çözüm kararları ise “bozucu şarta bağlı zorunlu tahkim kararıdır”²⁸. Belirli bir değer altındaki tüketici uyuşmazlıklarında tüketici hakem heyetlerine başvurunun zorunlu olması, tüketici hakem heyetlerinin tarafların haklılığını sunmuş oldukları delillere göre değerlendirerek bağlayıcı bir karar vermesi ve vermiş olduğu kararın ilam hükmünde belge sayılması dikkate alındığında tüketici hakem heyetlerinin zorunlu tahkim ile uyuşmazlık çözümledikleri söylenebilir. Anayasa'nın 9. maddesi anlamında maddi anlamda yargı²⁹ yetkisi kullanan ancak Anayasa'nın 138-158. maddelerine göre mahkeme sayılmayan³⁰ tüketici hakem heyetlerinde zorunlu tahkim neticesi verilen kararlar bağlayıcıdır. İlk derece mahkemesi olan tüketici mahkemesi, tüketici hakem heyetinin çözüm kararlarına karşı itirazlarda istinaf kanun yolu incelemesine benzer bir şekilde inceleme yapmaktadır³¹. Ancak tüketici hakem heyetine itiraz Hukuk Muhakemeleri Kanunu anlamında bir kanun yolu değildir. Tüketici mahkemesinin itiraz incelemesinde hukuka aykırı bir durumu tespit etmesi, bozucu bir şartın varlığının tespitidir. Tüketici mahkemeleri, tüketici hakem heyeti kararında, bozmayı gerektirir bir hukuka aykırılık tespit etmezse, tarafların yükümlülüklerini belirten çözüm kararını değiştiremez. Tüketici mahkemesi, kararı bozmayı gerektirir bir hukuka aykırılık tespit ederse, bozucu şart gerçekleştiğinden tüketici hakem heyeti kararını bozup yeni bir karar verir.

Tüketici hakem heyetlerine başvuru, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen ihtiyari tahkim yöntemi değildir³². Zira hakem heyetine

²⁸ Dür (n 20) 74 vd.

²⁹ Maddi anlamda yargı, tarafsız bir mahkeme ve hâkim tarafından, yargılama faaliyeti sonunda haklı olan taraf lehine verilen karardır. Bakınız Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, (13. Bası, Yetkin. Ankara 2012) 81.

³⁰ RG 27.12.2007 T. 26739 S. Anayasa Mahkemesi 31.05.2007 T. 2007/53 E. 2007/61 K. sayılı kararı “Yargı yetkisini Türk Milleti adına kullanacak olan bir merciin mahkeme olarak kabul edilmesi için kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usüllerinin yasayla düzenlenmesi, karar organlarının hakimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yoluyla uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözümlenmekle görevli olması, görev yapan üyelerin atanmalarının, hak ve ödevlerinin, emekliye ayrılmalarının, Anayasa'nın öngördüğü mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esaslarına göre düzenlenmiş olması ve Anayasa'da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gereklidir...Buna göre, Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri, yargı organlarının ve mensuplarının Anayasa'da belirtilen niteliklerine sahip değildirler. Bu nedenle başvuran Tüketici Sorunları Hakem Heyeti “mahkeme” niteliği taşımadığından, itirazın başvuranın yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.” şeklindedir.

³¹ Evrim Erişir, “Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü Usulü”, Editör Murat İnceoğlu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tartışmalar) (İstanbul 2015) 93; Tutumlu (n 13) 153.

³² Aydın Zevkliler, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, Örnek Yargıtay



başvuru hem özel bir dava şartı olarak düzenlenmiş hem de tüketici hakem heyetlerindeki hakemleri seçmekte tarafların bir rolü bulunmamaktadır. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümlerini, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde kıyasen uygulamak doğru olmaz³³.

Tüketici hakem heyetlerinin uyuşmazlık çözüm şekli, hukuki niteliği yönüyle karşılaştırmalı hukukta inşaat sektöründeki uyuşmazlıklarda bir çözüm yöntemi olarak kullanılan “*hüküm (adjudikation)*” yöntemiyle benzeşmektedir. Bu yöntemde, Almanya'da özellikle inşaat hukuku alanındaki uyuşmazlıklarda ilgi gösterilmektedir. Bilirkişi inşaat uyuşmazlıklarıyla ilgili çözüm kararında taraf yükümlülüklerinin içeriğini belirler. Bilirkişinin kararı bağlayıcıdır. Uyuşmazlık konusu hüküm hakkında mahkemeye itiraz edilmesi halinde mahkeme, bilirkişi kararında, bu kararı bozmayı gerektirir bozucu bir şart tespit etmezse, tarafların yükümlülüklerini belirten çözüm kararını değiştiremez. Bu yöntemde de bilirkişilerin verdiği karar, bozucu şarta bağlı tahkim kararı olarak görülmektedir³⁴.

Karşılaştırmalı hukuktaki Hüküm (adjudikation) yöntemi, Türk Hukukundaki hakem-bilirkişi sözleşmesine benzetmekle birlikte birbirinden farklı yöntemlerdir. Hakem-bilirkişi sözleşmesi HMK m. 193 anlamında münhasır bir delil sözleşmesi olarak kabul edilmektedir³⁵. Bu sözleşmeye göre alınan hakem-bilirkişi raporu mahkeme veya tahkimde uyuşmazlığın çözümü için münhasır delil olarak değerlendirilerek bir karar verilir. Hakem-bilirkişi raporunun bizatihi kendisi, bağlayıcı bir karar veya ilam hükmünde belge olmayıp, mahkeme ve tahkim yargılamasında bağlayıcı bir delildir. Taraflar yaptıkları münhasır delil sözleşmesi gereği mahkeme veya tahkim yargılamasında hakem-bilirkişi raporundan başkaca delil gösteremezler. Oysa isminden de anlaşılacağı üzere Hüküm yönteminde bilirkişinin tespiti, herhangi bir mahkeme veya tahkim yargılamasına ihtiyaç olmadan tarafları bağlayıcı bir karardır.

2. ARABULUCULUK

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi için kanun koyucu tarafından 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) 7.6.2012 tarihinde kabul edilmiştir. Kanunda yer alan

Kararları ve İlgili Mevzuat, İzmir 1996, s. 215; Pekcanitez, ‘Tüketici’ (n 3) 41; Ulukapı (n 3) 80; Âlim Taşkın, *Hakem Sözleşmesi* (Ankara 2000) 5; İldır (n 7) 130; Budak (n 13) 80.

³³ Budak (n 10) 80.

³⁴ Gerrit Horstmeier, *Das neue Mediationsgesetz, Einführung in das neue Mediationsgesetz für Mediatoren und Medianden* (1. Aufl, Verlag C H Beck München 2013) 131.

³⁵ Ali Yeşilirmak, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Hakem-Bilirkişilik’ (2010) 11, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, 693-738.

iradilik ilkesi gereği taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler. Bu serbestliğin sınırları daha sonra iş, ticari ve tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümlerin kabulüyle³⁶ daraltılmıştır. Arabulucuya başvurmak zorunlu hâle getirilmiş olmasına rağmen, süreci devam ettirmek ve sonuçlandırmak tarafların serbest iradesine tabi kılınmıştır.

TKHK m. 73 f. 1 hükmüne göre, tüketici işlemleri³⁷ ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir. 22/7/2020 kabul tarihli 7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 59 maddesiyle TKHK eklenen 73/A maddesi, tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasını dava şartı olarak düzenlemiştir. Genel kural bu olmakla birlikte 73/A maddesinin birinci fıkrasının alt bentlerinde tüketici mahkemelerinin görev alanında olmakla birlikte dava şartı arabuluculuk kapsamında olmayan sınırlı sayıda istisna tek tek sayılarak, tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğun sınırları çizilmiştir.

Bu istisnalar, tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar³⁸, tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar, 73 üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen “*Tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık; haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler dışında, genel olarak tüketicileri ilgilendiren ve bu Kanuna*

³⁶ Dava şartı arabuluculuğun, uygulama alanının genişletilmesinin, özel bir dava şartı olan arabuluculuğun genel bir dava şartı hâline getirilmesi sonucunu doğuracağına ilişkin eleştiri için bkz. Süha Tanrıver, ‘Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler’ (2020), S. 147, TBB Dergisi 119; Zorunlu arabuluculuğa ilişkin doktrinde yer alan olumlu ve olumsuz görüşler için bakınız Betül Azaklı Arslan, *Medeni Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk* (Yetkin Ankara 2018) 44-49; Ömer Ekmekçi, Muhammet Özekes ve Murat Atalı, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk* (1. Baskı, onkilevha, İstanbul 2018) 109-117; Özgür Oğuz, *Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk* (1. Baskı, Legal, İstanbul 2019) 110-114; Onur İlhan, *Arabuluculuk Sözleşmesi* (1. Baskı, Seçkin, Ankara 2020) 66-72.

³⁷ Tüketici işleminin TKHK m.3/1-1 deki tanımında, tüketici ve girişimci taraflarından bahsedildiği için sadece sözleşme kavramına yer verilmesi gerekirdi. Şayet “hukuki işlem” kavramı kullanılacak ise sözleşme kavramı hukuki işlem kavramı altında altlanacağından, bu kavramla birlikte sözleşme kavramının kullanılması gereksizdir. Başka bir ifadeyle hukuki işlem kavramı sözleşme kavramını da kapsadığından ayrıca kullanımına gerek olmadığı konusunda bakınız, Mustafa Alper Gümüş, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi C 1* (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014) 9; Topuz (n 14) 38.

³⁸ TKHK m. 73/A f. 1 de yer alan bu istisna hükmü konmamış olsaydı dahi HUAK m.18/A f. 18 “*Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz*” hükmü gereği de, tüketici hakem heyetlerinin görev alanına giren tüketici uyuşmazlıkları, dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir.



aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hâllerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde” açılan davalara konu uyuşmazlıklar, 74 üncü maddede belirtilen üretimin veya satışın durdurulması ve malın toplatılması davalarına konu uyuşmazlıklar ve son olarak tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın ayırından doğan uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir. Bu sınırlı sayıdaki istisnalar dışındaki tüketici mahkemelerinin görev alanına giren tüm uyuşmazlıklar, dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

Tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğun kapsamı belirlenirken, tüketici mahkemesinin görev alanı sınırı çizilip istisnaları da tahdidi olarak sayıldığından, ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğun sınırlarının çizilmesindeki kadar zorluğun³⁹ dava şartı tüketici uyuşmazlıklarının tespitinde çıkmayacağı söylenebilir.

Tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğa ilişkin TKHK 73/A maddesi, genel olarak dava şartı arabuluculuğu düzenleyen HUAK 18/A maddesine nazaran tüketici lehine olarak daha özel hükümler koymuştur. HUAK m.18/A f. 11 de “*Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır”* şeklinde yer alan hükmün tüketici aleyhine uygulanmayacağı TKHK madde 73/A/2 de hüküm altına alınmıştır. Buna göre tüketici uyuşmazlıklarında tüketicinin muhatabı olan, satıcı, sağlayıcı ve kredi veren gerçek ve tüzel kişiler, geçerli bir mazeret göstermeksizin dava şartı arabuluculuk ilk toplantısına katılmamaları halinde haklı çıksalar bile yargılama giderlerinden tamamen sorumlu olmalarına ve lehlerine vekâlet ücreti hükmedilememesine rağmen, tüketicinin arabuluculuk ilk oturumuna katılmamış olması aleyhine herhangi bir sonuç doğurmayacaktır. Bu hükümle tüketici, daha güçlü pozisyondaki muhataplarına karşı yüksek düzeyde koruma altına alınmakta ve tüketici lehine pozitif ayrımcılık sağlanmaktadır. Bu düzenleme şekli Tüketici Uyuşmazlıklarına İlişkin Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Üzerine Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2013/11/EU Sayılı

³⁹ Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk kriterleri için bakınız, İbrahim Ermenek ve Betül Azaklı-Arslan, ‘İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)’ (2020) S 148 TBB Dergisi 135-196.

Yönergesi'nin tüketicilerin yüksek düzeyde korunması amacına ilişkin birinci maddesiyle uyumludur⁴⁰.

Doğrudan arabuluculukla ilgili olmamakla birlikte mevzuattaki tüketici lehine olan hükümlerle ilgili olarak doktrinde bir görüş, tüketiciyi korumak için getirilen TKHK m. 70 f. 7 “Uyuşmazlıkla ilgili olarak tüketici hakem heyeti tarafından tüketici aleyhine verilen kararlarda tebligat ve bilirkişi ücretleri Bakanlıkça karşılanır” gibi hükümlerin taraflar arasındaki silahların eşitliği ilkesini bozan ve tüketicilere, masraflarını kamu kaynakları üzerinde bırakmak üzere tamamen temelden yoksun başvurularda bulunabilmeleri konusunda “açık çek” veren hükümlerin, olması gereken hukuk bakımından isabetli olmadığını ileri sürmüştür⁴¹.

Tüketici uyuşmazlıklarında yine tüketicinin lehine olacak şekilde, HUAK madde 18/A/12'de tarafların anlaşması halinde arabuluculuk ücretinin aksi kararlaştırılmamışsa Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'nin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesi'nin İkinci Kısımına göre taraflarca eşit olarak ödeneceğine ilişkin genel hükümden farklı olarak, TKHK madde 73/A/3 düzenlemesiyle “Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya tarafların anlaşmaları ya da anlaşamamaları hâlinde tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücreti, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Ancak belirtilen hâllerde arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'nin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesi'nin Birinci Kısımına göre iki saatlik ücret tutarını geçemez” şeklinde hüküm konulmuştur. Bu hükme göre tüketici uyuşmazlığında taraflar arabulucu önünde anlaşmış olsalar dahi ücret taraflarca değil Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacaktır. Üstelik genel hüküm madde 18/A/12'ye göre tarafların anlaşması halinde taraflarca ödenecek ücret Tarife'nin ikinci kısmına göre uyuşmazlığın miktarına göre nispi ücret iken, tüketici uyuşmazlıklarında bu ücret Tarife'nin birinci kısmına göre iki saatlik maktu ücreti geçemeyecek şekilde düzenlenmiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 68/5' deki “Bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasına engel değildir” hükmü yollamasıyla, Tüketici Uyuşmazlıklarına İlişkin Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Üzerine Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2013/11/EU Sayılı Yönerge'nin⁴² kriterleri, arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlık çözümünde sağlanmaya çalışılmıştır. Yönerge'deki,

⁴⁰ Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council, Art. 1 . Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013L0011> (et. 22.06.2021).

⁴¹ Budak (n 10) 98.

⁴² Bu Yönerge, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 2008/52/EC Sayılı Yönerge hükümlerinin önüne geçmez. Bkz. Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council, Art. 3.



uzmanlık (m 6), adillik (m 9), hukuka uygunluk (m 11), etkinlik (m 8), şeffaflık (m 7) kriterleri⁴³ ve hak temelli değerlendirici arabuluculuk yaklaşımı, HUAK ve TKHK madde 73/A ile getirilen arabuluculuk hükümleriyle sağlandığından, tüketici uyuşmazlıklarının ihtiyari veya özel dava şartı olarak arabuluculuk yöntemiyle çözümü, Yönerge anlamında bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

II. İLAMSIZ İCRA YOLU

Dava açılmadan önce tarafların hakem heyetine veya arabulucuya başvuru zorunluluğunun varlığı, sadece devlet yargısına başvuru hakkına ilişkin olup, cebri icraya başvuru hakkını önleyici veya geciktirici herhangi bir etki doğurmaz. Başka bir ifade ile taraflar dava açmak yerine ve dolayısıyla dava şartları olarak düzenlenen tüketici hakem heyetlerine ve arabuluculuğa başvurmaksızın ilamsız icra yolunu tercih edebilirler⁴⁴.

Tüketici hakem heyetlerinin görev alanına veya dava şartı arabuluculuk kapsamına giren konusu para veya teminat gösterilmesi borcu olan tüketici uyuşmazlıklarında da taraflar dilerse doğrudan ilamsız icra takibinde bulunabilir. Bir kısım tüketici uyuşmazlıkları için tüketici hakem heyetlerine ya da arabuluculuğa başvuru bir dava şartı olup, takip şartı değildir. İlamsız icra, doğrudan dava ile hak arama yolundan ayrı olarak düzenlenmiş farklı bir hak arama yoludur⁴⁵.

Nitekim tüketici hakem heyetlerine başvuruyu düzenleyen TKHK m. 68/1'e "*Tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı olmak kaydıyla*" ibaresi eklenerek⁴⁶ tarafların ilamsız icraya başvurma haklarının olduğu açık olarak hüküm altına alınmıştır. Bu değişiklikte tüketici hakem heyetinin görev alanına giren uyuşmazlıklarda ilamsız icra takibi yapılıp yapılmayacağı

⁴³ Üye devletlerin, 9 Temmuz 2015 tarihi itibarıyla, bu Yönergeye uygun mevzuat hükümlerini yürürlüğe koyarak, bu hükümlerin aslını Komisyona iletmeleri hüküm altına alınmıştır. Bkz. Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council, Art. 25. Bkz. Dür, 2. Baskı, s. 79 vd.

⁴⁴ Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes, Murat Atalı ve Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk* (2. Baskı, onikilevha, İstanbul 2019) 195; Tanrıver (n 35) 122;

⁴⁵ Mine Akkan, *Medeni Usül Hukukunda Etkin Hukuki Koruma*, 2007/1 (6), MİHDER s. 63.

⁴⁶ RG 20.12.2017 T. 30276 S. ile yayımlanarak yürürlüğe giren 6.12.2017 tarih 7063 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 11. Maddesiyle yapılan değişiklik gerekçesi "*...6502 sayılı Kanunun 68'inci maddesinin birinci fıkrasının mevcut hali; tüketicinin taraf olduğu uyuşmazlıklarda 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun uygulanamayacağı şeklinde değerlendirmelere sebep olmaktadır. Bu durum ilamsız icra yolunu kapatmakta, hak arama ve eşitlik ilkelerine aykırılık teşkil etmekte ayrıca tüketici hakem heyetlerinin iş yükünü de gereksiz yere arttırmaktadır. Madde de yapılan değişiklik ile icra iş ve işlemlerine ilişkin hususlarda tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu aranmaksızın 2004 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanabileceği vurgulanmıştır*"

konusundaki önceki tartışmalar⁴⁷ da sonlandırılmıştır. Esasen bu düzenlemeye ihtiyaç duyulma nedeni, bu konudaki doktrin ve uygulamadaki farklı değerlendirmelerin ortadan kaldırılmasıdır.

Anayasa Mahkemesi, 14.11.2019 T. 2019/99 E. 2019/83 K. sayılı kararı ile Tüketici hakem heyetinin görev alanına giren tüketici uyuşmazlıkları hakkında doğrudan icra takip yoluna başvuru imkanını tanıması ve bu suretle tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğunun ortadan kaldırdığı gerekçesiyle, TKHK m. 68/1'e eklenen "*Tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı olmak kaydıyla*" hükmünün iptali için Anayasa'ya aykırılık itirazı başvurusunu oybirliğiyle reddetmiştir⁴⁸. Karar gerekçesi "*...tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğunun tüketici, satıcı ya da sağlayıcıya doğrudan icra takip yoluna başvurma imkânı getirilmek suretiyle icra hukuku bakımından öngörülmemesi de kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Başka bir ifadeyle Anayasa'nın 172. maddesinin, tüketici haklarının korunmasına yönelik olarak uyuşmazlıkların çözümünde mutlak bir şekilde tüketici hakem heyetlerine başvurulmasını zorunlu kılan bir düzenleme yapılması yönünde devlete ödev yüklediği söylenemez. Kaldı ki itiraz konusu kuralla hakem heyetlerine başvuru yolunun kapatılması ve tüketici, satıcı ya da sağlayıcının -tercihine göre- hakem heyeti veya icra yolunu kullanma imkânının ortadan kaldırılması da söz konusu değildir. Bunun yanında bu tür uyuşmazlıklarda gerek tüketicilere gerekse satıcı ya da sağlayıcılara doğrudan icra takip yoluna başvurabilme imkânı tanınmasının başlı başına tüketici aleyhine sonuç doğuracağı da söylenemez. Nitekim kanun koyucu 2004 sayılı Kanun'un 66. maddesinde, ilamsız icra takibine yapılan itiraz üzerine takibin durdurulacağını hükme bağlamış; 2004 sayılı Kanun'un 67. ve 6502 sayılı Kanun'un 73. maddeleri gereğince alacaklıya (tüketici, satıcı ya da sağlayıcı) da tüketici uyuşmazlıklarının esas çözüm yeri olan tüketici mahkemesinde itirazın iptali davası açma hakkı tanımıştır...*" şeklinde kaleme alınmıştır.

Tüketici uyuşmazlıklarında icra iş ve işlemlerine ilişkin hususlarda tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu aranmaksızın tarafların İcra İflas Kanunundaki haklarının saklı tutulması, ilamsız icra takibine itiraz edilmesi durumunda, itirazın iptali davalarının tüketici hakem heyetlerinde görülüp görülemeyeceği konusunda devam eden tartışmaları ise henüz sonlandırmamıştır⁴⁹.

⁴⁷ Tartışmalar için bakınız, Mustafa S Özbek, 'Tüketici Hakem Heyetinin Görevine Giren Alacaklarla İlgili Olarak İlamsız Takip Yapılamayacağına İlişkin Yargıtay Kararlarının Tahlili', MİHDER, C 11, S 31, 2015/2, s 39-68; Tutumlu, s 88 vd; Cenk Akil ve Mehmet Akif Gül, 'Yargıtay'ın Genel Haciz Yoluyla İlamsız Takibe Başvuru Hakkına İlişkin Olarak Vermiş Olduğu Bazı Kararlar Üzerine Düşünceler', YD, C 43, S 3, Temmuz 2017, s 551-610; Tandoğan-Özbaykal (n 14) s 468 vd.

⁴⁸ RG T 28.01.2020, S 31022.

⁴⁹ Tandoğan-Özbaykal (n 20) 476 vd.



Doktrin ve uygulamada, tüketici hakem heyetlerinin mahkeme sayılıp sayılmayacağı⁵⁰ ayırımı esas alınarak itirazın iptali davalarının tüketici hakem heyetlerinde mi yoksa tüketici mahkemelerinde mi görülmesi gerektiği tartışmalarının TKHK m. 68/1'deki hüküm değişikliği tarihi dikkate alınarak değerlendirilmesinin gerekliliği gözden kaçırılmamalıdır.

Bir görüşe göre⁵¹, ilamsız icra takibine konu alacağın miktarı, TKHK m 68' deki tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğunu gerektiren miktar kapsamında ise, takip alacaklısı itirazın iptali davasını tüketici hakem heyetlerinde açabilmelidir. İİK madde 67 düzenlenen "mahkeme" ifadesi, lafzî yoruma dayalı olarak ele alınmayıp, tarafların arasındaki uyuşmazlığı çözmek için kanun koyucu tarafından görevli kılınan merci şeklinde anlaşılmalıdır. Belirli bir parasal sınırın altındaki uyuşmazlıklar bakımından, kanun koyucu tarafından uyuşmazlığı çözmeye görevli kılınan merci tüketici hakem heyetleri olduğuna göre, aynı merciin itirazın iptali davasına bakabileceğinin de kabulünün gerektiği ileri sürülmüştür⁵².

Bizim ilave farklı gerekçeyle katıldığımız diğer bir görüşe göre⁵³, icra inkâr ve kötü niyet tazminatı gibi unsurları içinde barındıran ve mevcut ilamsız icra takibinin devamını sağlayan kendine has özellikleriyle bir icra iflas düzenlemesi olan itirazın iptali davasının, mahkeme özelliği taşımayan ve tüketici mahkemelerine itiraz yolu açık tüketici hakem heyetleri kararlarıyla çözümlenmesi mümkün değildir.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 31.05.2007 T. 2007/53 E. 2007/61 K sayılı kararı "*Yargı yetkisini Türk Milleti adına kullanacak olan bir merciin mahkeme olarak kabul edilmesi için kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yasayla düzenlenmesi, karar organlarının hakimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözümlenmekle görevli olması, görev yapan üyelerin atanmalarının, hak ve ödevlerinin, emekliye ayrılmalarının, Anayasa'nın öngördüğü mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esaslarına göre düzenlenmiş olması ve Anayasa'da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gereklidir. Tüketici Sorunları Hakem Heyeti ise, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un değişik 22. maddesine göre, illerde Sanayi ve Ticaret İl Müdürü veya görevlendireceği bir memur, ilçelerde kaymakam veya görevlendireceği bir memur başkanlığında, belediye, baro, ticaret ve sanayi odası ile esnaf ve sanatkar odası ve tüketici örgütlerinden seçilerek görevlendirilecek beş kişiden oluşmaktadır. Buna göre, Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri, yargı organlarının ve mensuplarının Anayasa'da belirtilen niteliklerine sahip değildirlir.*" şeklinde hüküm altına alınmıştır. RG T 27.12.2007 S 26739; Doktrinde tüketici hakem heyetlerinin mahkeme sayılmayacağına dair görüşler için bkz Budak (n 15) 80, 94.

⁵¹ Akil ve Gül (n 47) 589; Süha Tanrıver, *Medeni Usül Hukuku, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması* C I (Ankara 2018) 200; Gökçen Topuz, *Tüketici Mahkemeleri* (1. Bası Yetkin, Ankara 2018) 18; Erişir (n 18) 57-58; Tandoğan-Özbaykal (n 20) 479.

⁵² Akil ve Gül (n 44) 589.

⁵³ Bilgehan Yeşilova, '6502 sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları', Terazi HD, C 9, S 99, 2014, s 126 vd; Özбек, s 59 vd; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, 5. Baskı Yetkin, Ankara 2019, s 135, 175.

Bu görüşe ilave farklı gerekçemiz ise, TKHK m 68/1 düzenlemesine getirilen ek hüküm, sadece ilamsız icra takibine ilişkin bir düzenleme olmayıp, tarafların İcra ve İflas Kanunundaki bütün haklarını saklı tutan bir düzenlemedir. İcra İflas Kanunu ise itirazın iptali davası için tüketici uyuşmazlıklarında talep edilen alacak miktarı bakımından farklı bir düzenleme yapmamıştır. Başka bir ifade ile, bir ilamsız icra takibindeki alacak değerine bakılarak itirazın iptali davasının genel mahkemelerde veya özel dava şartı olarak tüketici hakem heyetinde görüleceğine ilişkin bir düzenleme İcra ve İflas Kanununda yer almamaktadır. Tarafların haklarının saklı tutulması, nasıl ki tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğuna giren uyuşmazlıklarda ilamsız icra takibi yapılmasında bir tereddüte yol açmıyorsa, aynı şekilde itirazın iptali davasının tüketici mahkemelerine açılmasında bir tereddüte yol açmamalı ve bu konudaki tartışmalara⁵⁴ da son vermelidir.

TKHK m 68/1 ile tarafların İcra İflas Kanunundaki hakları saklı tutması karşısında artık İİK m 67' nin taraflara sağladığı haklar daraltılamaz ve düzenlemedeki yeknesaklık uyuşmazlığın türü ve miktarına göre ayrıştırılıp değiştirilemez. Tarafların İİK' da ki haklarını saklı tutan bu hüküm, özellikle tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğunu düzenleyen TKHK m 68/1 hükmü içerisinde düzenlenmiştir. İcra ve İflas Kanunundaki taraf haklarının saklı tutulduğu kabul edildikten sonra ilamsız icra takiplerinin devamını sağlamak için genel hükümlerden farklı olarak tüketici hakem heyetine mahkeme olarak başvurma zorunluluğu getirmek taraflara fazladan Kanunda yer almayan yükümlülükler yüklemektir. Bunun kabulü itirazın iptali davalarında İcra ve İflas Kanunu'nda yer almayan iki farklı uygulamanın kabulü anlamına gelir ki, bu durum İİK hükümlerinin saklı tutulmasını da anlamsızlaştırır.

İİK m 67/1' e göre alacaklı *“bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir.”* Madde açıkça itirazın iptali davasının mahkemede genel hükümlere göre görülmesi gerektiğini ve maddenin devamında davanın kendine has özelliklerini ve sonuçlarını hüküm altına almıştır. Tüketici hakem heyetlerinin uyuşmazlık çözümü incelemeleri, genel hükümlerin uygulandığı bir mahkemede görülen dava olmayıp, daha basit ve sınırlı bir inceleme alanına sahiptir. Örneğin tanık dinlenememekte, yemin deliline dayanılamamakta, taraflar isticvap edilememekte ve duruşma yapılamamaktadır. HMK hükümlerine göre yargılama yapılmaksızın verilen hakem heyeti kararları, bir ilâm olmayıp, ancak ilâmların icrasına ilişkin hükümlere göre yerine getirilen kararlardır. Bütün tüketici uyuşmazlıklarından kaynaklanan ilamsız icra takiplerine yapılan itirazların iptali taleplerine ilişkin davalar, İİK m. 67 hükmü gereği genel hükümlere göre adli mahkemelerde ve TKHK m 73 özel hükmü gereği tüketici mahkemelerinde görülmesini gerektirir. Bu durum TKHK m 68/1' de tarafların İİK'deki haklarının saklı tutulmasının tabii bir sonucudur.

⁵⁴ Tandoğan-Özbaykal (n 20) 478 vd.



Bu nedenle tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğu ve sınırına ilişkin madde 68/1 düzenlemesinin, görevli tüketici mahkemesinde genel hükümlere göre görülmesi gereken itirazın iptali davalarının görülme yerini ve usulünü değiştirecek bir etkisi olamaz. Aksinin kabulü, İİK m 67/1 hükmüne göre tarafların genel hükümlere göre bir mahkeme yargılaması neticesi maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden mahkeme ilamı almasına ilişkin taraf haklarının engellenmesi sonucunu doğurur.

Tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğunu düzenleyen TKHK m 68/1 deki İcra ve İflas Kanunundan doğan hakların saklı tutulmasına ilişkin ek düzenlemenin anlamı, İİK dan doğan hakların taraflarca kullanımında tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğuna ilişkin hüküm sanki yokmuş gibi sadece İİK hükümlerine göre hareket serbestisi getiren bir düzenlemedir. Ek düzenlemede itirazın iptali davası ile ilgili ayrıca bir hüküm olmaması bir eksiklik arz etmez. Zira ek düzenleme ile getirilen başvuru zorunluluğu muafiyeti, sadece ilamsız icra takibi yapabilmeyi değil, Kanunda düzenlenmiş bütün taraf haklarını kapsamaktadır. İlamsız icra takibi için tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğu olmadığı gibi, itirazın iptali talebi için tüketici mahkemeleri yerine tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğu yoktur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), 06.12.2018 T, 2017/13-570 E, 2018/1859 K, sayılı kararında bir taraftan Anayasa Mahkemesi'nin 31.05.2007 T, 2007/53 E, 2007/61 K, sayılı kararına da atıf yaparak tüketici hakem heyetlerinin "mahkeme" sayılmayacakları, diğer taraftan TKHK m 68'e "Tarafların İcra İflas Kanunundaki hakları saklı kalmak kaydıyla" ibaresinin eklenmesiyle 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu ile ilgili dava ve işlerde hakem heyetlerinin görevli olmayacakları açığa kavuşturulmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu kararında her iki gerekçeyi de kullanmıştır⁵⁵. YHGK gerekçesinin ilgili bölümleri "...Kanun koyucu 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un (TKHK) 68. maddesinde belirli bir miktarın altında kalan tüketici uyuşmazlıkları yönünden tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu getirmiş olup, 20.12.2017 tarihli değişiklik ile söz konusu maddeye "Tarafların İcra ve İflas Kanundaki hakları saklı olmak kaydıyla" ibaresi eklenmiş, bu çerçevede miktar itibarıyla hakem sınırı dahilinde dahi kalsa 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK) ile ilgili dava ve işlerde hakem heyetlerinin görevli olmayacakları açığa kavuşturulmuştur...Hâl böyle olunca tüketici sorunları hakem heyetlerinin yargı organlarının ve mensuplarının Anayasa'da belirtilen niteliklerine sahip olduklarından bahsedilemeyeceğinden, hakem heyetlerinin "mahkeme" sayılmayacakları, bu nedenle de itirazın iptali davalarında uyuşmazlıkları çözümleme görevlerinin bulunmadığı açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 31.05.2007 tarih, 2007/53 E. 2007/61 K. sayılı kararında da aynı hususa işaret edilmiştir..." şeklinde kaleme alınmıştır.

⁵⁵ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (et 11.12.2020).

Benzer şekilde Yargıtay 13 HD, 22.04.2020 T. 1155 E. 3580 K. sayılı kararının gerekçesi “7063 Sayılı kanunun 11. Maddesi ile “07/11/2013 tarihli ve 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Değeri” ibaresi “Tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı olmak kaydıyla; değeri”...şeklinde değişmiştir... Bu düzenlemeye göre, taraflar, tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğu teşkil eden miktar dahilindeki uyuşmazlıklarda, isterlerse hakem heyetine başvuruda bulunmaksızın, İcra İflas Kanunu’ndaki ilamsız/genel haciz yoluyla icra takibinde bulunabilecekler; takibe itiraz halinde ise icra takibinin devamını sağlamak için İİK’nin madde 67/1 uyarınca itirazın iptali davasını Tüketici Mahkemelerinde açabileceklerdir. Hal böyle olunca; Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin “mahkeme” niteliğini taşımadığı, dava konusu uyuşmazlığın (itirazın iptali davasına bakma) Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin görevi kapsamında bulunmadığı, 7063 Sayılı Kanun değişikliği ile birlikte de davacunun itirazın iptali davası açmakta hukuki yararının bulunduğu dikkate alındığında, mahkemece işin esasına girilerek varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yanılığılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” şeklinde kaleme alınmıştır.

Aynı hukuki gerekçelerle tüketici hakem heyeti sınırında olan tüketici uyuşmazlıklarına konu, menfi tespit, istirdat (İİK m 72) ve borçtan kurtulma (İİK m 69/2) davaları da tüketici hakem heyetlerinde değil, tüketici mahkemelerinde görülür. Bu durumda taraflar, İcra İflas Kanunu’ndan doğan haklarını kullanırken tüketici hakem heyetine başvurmak zorunda kalmayacaklardır.

Tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğun kapsamı tüketici mahkemelerinin görev alanıyla belirlendiğinden, tüketici mahkemelerinin görev alanında olan itirazın iptali⁵⁶, menfi tespit⁵⁷, istirdat ve borçtan kurtulma

⁵⁶ Yargıtay 3 HD, 2018/1104 E, 2019/4458 K, 14.05.2019. “Dava, konut satışına ilişkin sözleşme nedeniyle davacı tarafından davalı tarafa ödenen satış bedelinin, konutun teslim edilmediği iddiasıyla iadesi için başlatılan takibe vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Davacı, davalı şirketçe yapımı üstlenilen inşaatın daire satın aldığı, sözleşmede davacıya teslim edilecek dairede yapılacak imalatların belirlendiğini, satış bedeli olarak kararlaştırılan tutarın bir bölümünü ödediğini, geriye kalan tutarın ise dairenin teslimi sırasında ödeneceğini ancak dairenin davalı şirket tarafından teslim edilmediğini ileri sürmüştür. İddianın ileri sürülüş biçimine göre, davacı (tüketici) ile davalı (satıcı) arasında 6502 Sayılı kanun kapsamında bir tüketici işleminin bulunduğu anlaşılmaktadır. O halde ilk derece mahkemesince; o yerde ayrı bir tüketici mahkemesi varsa davanın tüketici mahkemesinde görülmesi aksi halde davaya tüketici mahkemesi sıfatıyla bakılması gerektiği gözetilmeden, genel mahkeme sıfatıyla uyuşmazlığın esasının incelenip karar verilmiş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (et 12.12.2020).

⁵⁷ Yargıtay 3 HD, 3329/6950, 23.09.2019. “Dava, gayrimenkul satış sözleşmesinden kaynaklanan menfi tespit ve icra inkar tazminatı istemine ilişkindir. Bir hukuki işlemin 6502



davalarına konu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır. Buna karşılık ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk düzenlemesinin kapsamı, ticaret mahkemesinin görev alanı ile değil, TTK m. 5/A hükmü ile “*ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri*” ile sınırlandırılmıştır. Bu sınırlama sebebiyle menfi tespit davaları, hukuki niteliği itibarıyla “*konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat*” kapsamında değerlendirilemeyeceğinden dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı ileri sürülmüştür⁵⁸.

Yargıtay 11. HD. 01.04.2021 T. 2020/4396 E. 2021/3198 K. sayılı kararı “*...Bir ticari davanın açılmasından önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olabilmesi bazı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Buna göre; (a) Öncelikle konusu, bir miktar paranın ödenmesi olmalı, (b) Sonra dava konusu olan bir miktar paranın ödenmesi için yapılan talep, bir alacak veya tazminat talebi olarak ileri sürülmelidir...Bu koşulların bulunması halinde dava açılmasından önce arabulucuya başvurulmuş olması, dava şartı olacaktır... HMK'nın 106. maddesinde düzenlenen tespit davasının özel bir şekli olan menfi tespit davası, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davası olarak nitelendirilemez. Bu dava sonucunda, borçlunun borçlu olmadığını anlaşılması halinde borçlu olunmayan kısım belirtilmek suretiyle olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Menfi tespit davasının istirdat davasına dönüştüğü hâllerde dahi olumsuz tespit hükmü kurulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, menfi tespit davasının niteliği gereği verilen kararlarda, yalnızca davacının borçlu olup olmadığı belirlenmekte, borçlu olmadığı kısma ilişkin olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Bu hüküm, herhangi bir alacağın tahsilini gerektirir nitelikte bir ilam olmadığından esasa yönelik olarak İİK'nın 32. maddesi uyarınca doğrudan ilamların icrası yolu ile takibe konulamaz. Oysa arabuluculuk sonucu verilen kararlar ilam hükmünde olup, cebri icra yoluna başvurulabilecek niteliktedir. Ancak menfi tespit davaları*

Sayıli yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde kanunda tanımları verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. Aynı Kanunda tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda Tüketici Mahkemelerinin görevli olduğu belirtilmiştir. Olayda, mahkemece ilgili resmi kurumlardan gerekli araştırmalar yapılmak suretiyle davalılardan belirtilenin müteahhit satıcı ya da sağlayıcı konumunda olup olmadığının net olarak tespiti ile davada görev hususunun değerlendirilmesi suretiyle sonucuna uygun hüküm tesisi gerekir. Eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme ile görevsizlik kararı verilmesi hatalı olup, açıklanan nedenlerle kararın bozulması gerekir.” <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (et 12.12.2020).

⁵⁸ Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, (n 42) 189; Mustafa Çiçek, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, 1. Baskı Seçkin, Ankara 2018, s. 90 vd.; Tanrıver (n 35) 123 dn. 11; Yargıtay 19 HD, 85/454, 13.02.2020. “*HMK'nın 106. Maddesinde düzenlenen tespit davasının özel bir şekli olan menfi tespit davası, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davası olarak nitelendirilemez.*”

sonucunda verilen hükümler esasa yönelik olarak cebri icraya konu edilip infaz edilemeyeceğinden, ticari davalarda arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak öngören madde hükmünün amaçsal yorumundan Yasa Koyucunun bilinçli olarak menfi tespit davalarını arabuluculuk dava şartına tabi tutmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece arabulucuya başvurulmadığından davanın dava şartı yokluğundan reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.” şeklinde gerekçelendirilmiştir. Bu gerekçenin “menfi tespit davası, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davası olarak nitelendirilemez.” olarak ele alınan ilk kısmı ticari uyuşmazlıklarda kabul edilebilir bir gerekçe olarak görülebilir. Ancak gerekmediği halde kararın devamında yazılan ikinci gerekçe kanaatimce uygun olmamıştır. Çünkü mahkemeden alınan menfi tespite ilişkin ilâmın, İİK m. 32 ye göre ilâmlı icraya konulamama nedeni içerisinde bir para borcuna veya teminat verilmesine dair bir eda hükmü barındırmaması nedeniyledir. Arabuluculuk faaliyeti sonucu varılan anlaşma belgesinde, bir para borcunun veya teminatın verilmesine ilişkin bir hüküm bulunmuyorsa, başka bir ifadeyle sadece tespit hükmü içeriyor ve bir eda hükmü içermiyorsa, anlaşma belgesinin ilâm hükmünde bir belge olması bu belgenin ilâmlı icraya konulabileceği anlamına gelmez. Bu şekildeki bir arabuluculuk anlaşma belgesinin de İİK m. 32 gereği ilâmlı icraya konu edilememesi gerekir. Ancak uygulamada menfi tespite konu uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözümünde hazırlanan anlaşma belgeleri, sadece menfi tespit hükmüyle sınırlandırılmayıp bunun yanında bir para borcunun ödenmesine ilişkin eda hükmü de ihtiva ettiğinden ilâmlı icraya konu edilebilir şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Elbette bu durumda içerisinde bir para borcunun ödenmesini de ihtiva eden ilâm niteliğindeki arabuluculuk anlaşma belgeleri İİK. m. 32 gereği ilâmlı icranın konusu olacaktır⁵⁹.

Yine bu çerçevede doktrinde ticari uyuşmazlıklarda itirazın iptali davalarının hukuki niteliğinden hareketle itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır. Yargıtay 23. HD 04.12.2020 T. 2020/1943 E. 2020/4052 K. sayılı kararıyla doktrindeki görüşlere⁶⁰ de yer vererek ticari uyuşmazlıklarda itirazın iptali davalarını dava

⁵⁹ Arabuluculuk faaliyetinde taraflar, ikinci bir uyuşmazlığın çıkmasını önleyecek şekilde anlaşma belgesinin içeriğinde sadece menfi tespit hükmü ile yetinmeyip, tespit edilen borcun edası için de hüküm koymaktadır. Bu husus arabuluculuk yönteminin avantajlarından birisi olarak görülebilir.

⁶⁰ Kararda “Öğretide bir kısım yazarlara göre, itirazın iptali davası bir alacak - eda davası olarak nitelendirilmekte, davanın kabulü kararı ile borçlunun itirazının iptali ile birlikte borcun ödenmesine yönelik bir eda hükmü kurulmaktadır (Baki Kuru, İcra El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013 ,s. 248; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2020, s. 180 vd.). Bir başka görüşe göre ise, itirazın iptali davası, takip hukukuna özgü bir tahsil davasıdır (Prof Dr. İlhan Postacıoğlu /Sümer Altay, İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı 2010, s. 224 vd). Yine bir kısım yazarlarca ifade edildiği üzere, itirazın iptali davası, alacağın tahsil hükmünü içermeyen ve icra takibinin ilerlemesi açısından alacağın tespitini sağlayan bir fonksiyona sahiptir



şartı arabuluculuk kapsamında olduğuna karar vermiştir⁶¹. Ancak menfi tespit

(Prof. Dr. Tahir Çağa, *Ödeme Emrine İtirazın Ptaline Dair; Batder; 1979, C. X, S. 2, s. 408 vd.*) Bir başka görüşe göre ise, itirazın iptali davası, dava sonucunda verilen hükmün kapsamı ,infazı ve sonuçları açısından icra hukukunda kendine özgü bir davadır (Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammed Özkes, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, İstanbul 2017, s. 104*). Bununla birlikte ticari nitelikteki itirazın iptali davalarında alacaklının itirazın iptali davası açmadan önce arabuluculuğa başvurmasının dava şartı olup olmadığı konusunda da öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Prof. Dr. Süha Tanrıver, özel bir dava şartının genel bir dava şartına dönüştürülme gayretinin sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi olmadığına dikkat çekerek, itirazın iptali davasının takip prosedürünün bütünü içinde yer alan, esas itibarıyla onun ayrılmaz bir parçasını oluşturan ve takibin işleyişini sağlamaya yönelmiş bulunan bir dava konumunda bulunduğu için dava şartı arabuluculuk kurumunun kapsamı dışında kalacağını, itirazın iptali davasının, hukuki niteliği itibarıyla, sadece borçlunun, itirazının iptali ve takibin devamına karar verilmesiyle icra inkâr tazminatına çarptırılmasını hedefleyen bir tespit davası olduğu yönündeki düşünce kabul edilecek olursa, dava zaten bir alacak davası olma kimliğinden tümüyle soyutlanacağı için, yapılmış bulunan bu çözümlemeye, daha kolaylıkla ulaşılabileceğini belirtmiştir (Prof. Dr. Süha Tanrıver; *Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler: TBB Dergisi 2020 [147] Mart-Nisan, Yıl:32, s:123*). Doç. Dr. İbrahim Ermenek ile Arş. Gör. Betül Azaklı Arslan ortak makalelerinde, itirazın iptali davasının icra ve iflas hukuku alanında borçlunun itirazı ile alacaklı aleyhine bozulan menfaat dengesinin tekrar sağlanmasın için öngörülen bir hak arama yöntemi olduğu, ancak bu alanda kanun koyucunun elinde belirli belgelere sahip alacaklıya İİK m. 68 – 68/a gereği itirazın kesin ve geçici kaldırılmasına yönelik alternatif bir imkânı daha sunduğu, tüm bu müesseselerin ortak amacının takibin devamını veya sona ermesinin sağlanması olduğu, kesin hüküm etkisine sahip itirazın iptali davasının tespit, eda veya inşaî dava gibi bir sınıflandırmaya tâbi tutulamayan icra ve iflas hukukuna özgü bir dava olduğu ve itirazın iptali davasının amacı, koruduğu menfaat ve hukuki niteliği açısından Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi gereği zorunlu arabuluculuğa tâbi olmadığını belirtmişlerdir (*İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu, TBB D, 2020, S. 148, s. 154 - 160*). Prof. Dr. Ali Cem Budak, TTK'nın 5/A maddesindeki "alacak ve tazminat davaları" düzenlemesinin davadaki talep sonucunu değil dava sebebini dikkate aldığı belirtilmekte ve itirazın iptali davalarında arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olduğu ifade etmektedir (Prof. Dr. Ali Cem Budak, *Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuk Dergisi, 15(42), s. 25 – 40*). Doç. Dr. Cenk Akil, ticari nitelikteki itirazın iptali davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru açısından uygulamada tereddüt yaşanmadığı, menfi tespit davalarında da zorunlu arabuluculuk kurumunun uygulanmasının gerektiğini belirtmiştir (*Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Hakkında Usul Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirme, TAAD, S. 41, Ocak, 2020*). İlker Koçyiğit ve Alper Bulur ortak eserlerinde, ticari davalarda dava şartı olması nedeniyle zorunlu nitelikte olan arabuluculuğun itirazın iptali davalarını da kapsadığı ve dava açmadan önce arabulucuya başvurunun zorunlu olduğu ve bunun bir dava şartı olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedirler (İlker Koçyiğit/Alper Bulur, *Ticari davalarda Dava Şartı Arabuluculuk, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, 1.Baskı, Ankara, Mart 2019, sayfa: 66-68.*). Mahmut Coşkun, ticari davalar açısından arabuluculuğa başvurulmuş olmasının takip şartı olmasa da dava şartı olarak öngörüldüğü ve bu yönüyle icra takibi yapılmış bir para alacağı için arabuluculuğa başvurulmuş itirazın iptali davasının açılmayacağını belirtmektedir (Mahmut Coşkun, *İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat, Tasarrufun İptali Davaları*, 6. Baskı, Ankara, s. 80 – 81)." şeklinde doktrin görüşlerine yer verilmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (et 29.05.2021).

⁶¹ Karar gerekçesi "İtirazın iptali davasının açılması halinde aynı alacakla ilgili genel hükümlere göre alacak davası açılmasında hukuki yarar olmadığı, itirazın iptali davası süresinde

ve itirazın iptali davalarının hukuki niteliğine ilişkin bu tartışmaların tüketici mahkemesinin görev alanı ile bir ilgisi olmadığı gibi, tüketici mahkemesinin görev alanı ölçüsüne göre belirlenen tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk ile de bir ilgisi yoktur. Tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğun ölçüsü, tüketici mahkemelerinde görülecek davalar olarak belirlendiğinden tüketici mahkemelerinde açılacak itirazın iptali ve menfi tespit davalarında arabuluculuğa başvuru dava şartıdır. Nitekim TKHK m. 73/A f. 1 hükmü “Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır” şeklinde kaleme alınmış olup, TTK. m. 5/A'daki “konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat” sınırlandırmasına yer verilmemiştir. Kanun koyucunun bu isabetli tercihi nedeniyle ticari uyuşmazlıklarla ilgili itirazın iptali ve menfi tespit davalarının hukuki niteliğinden kaynaklanan dava şartı arabuluculukla ilgili bu tartışmalar, tüketici uyuşmazlıklarında görülmez.

Tasarrufun iptali davalarında ise, davada incelenmesi gereken uyuşmazlık konusu, bir tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlık olmayıp, davalı borçlunun yaptığı tasarrufların iptalinin gerekip gerekmediğidir. Başka bir ifadeyle İİK 277 ve devamı maddelerinde belirtilen iptal şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Bu nedenle İİK 281/1 maddesine göre görevli mahkeme genel mahkeme niteliğindeki asliye hukuk mahkemesidir⁶² (HMK m 2). Tasarrufun iptali davaları tüketici mahkemesinin

açılmamış ise veya başka bir nedenle alacaklı davaya alacak davası olarak devam etmek istediği takdirde itirazın iptali davasını ıslah suretiyle alacak davasına dönüştürebileceği, itirazın iptaline karar verilmesi halinde ilamın icra dairesine ibrazı suretiyle duran icra takibine devam edilerek alacağın tahsilinin sağlanabileceği gözetildiğinde, itirazın iptali davasının alacağın tahsilini sağlama, bir başka deyişle bir miktar para alacağının ödetilmesi (tahsili) amacını hizmet ettiği anlaşılacaktır... *Bu nedenlerle ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğu öngören 7155 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle eklenen Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin para alacağının tahsilini amaçlayan uyuşmazlıklar hakkında tarafların serbestce tasarruf etme imkanına sahip olduğu gözetilerek bu uyuşmazlıkları bir alternatif çözüm yöntemi olarak arabuluculuk yoluyla çözmeyi amaçladığı, bu şekilde daha az zaman, daha az emek ve masrafta alacağın tahsili amacına ve tarafların alacak miktarı üzerinde serbestce anlaşabilmelerine ve tasarrufta bulunabilmelerine imkân sağlamak istediği gözetildiğinde, ticari dava niteliğindeki itirazın iptali davalarının zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğu...*” şeklinde kaleme alınmıştır. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (et 29.05.2021).

⁶² Yargıtay HGK, 2014/17-2389 E, 2016/129 K, 10.02.2016. “Asıl olan bir davanın genel mahkemelerde görülmesidir. Yani bir özel mahkemede bakılacağına dair özel bir kanun hükmü bulunmayan her dava genel mahkemelerde görülür. Özel mahkemeler istisnai niteliktedir. Bu anlamda davanın özel mahkemenin (ticaret mahkemesi) görevine girip girmediğinin bu kanun düzenlemesine göre belirlenmesi gerekmektedir. Uyuşmazlığın çözümü bakımından somut olayda davanın tarafları, konusu ve davacının talebinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Davacı şirket, davalı şirkete satmış olduğu malların bedelini alamaması nedeniyle tahsili için takip yapmış, bu takip sırasında davalı şirketin diğer davalı gerçek kişiye yapmış olduğu araç satışının muvazaalı olduğunu iddia ederek alacağının teminini sağlamak için TBK'nın



görev alanında olmadığından hem tüketici hakem heyetleri hem de dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir. Ancak tasarrufun iptali davasına konu uyuşmazlıklar ihtiyari arabuluculuğa elverişlidir⁶³.

SONUÇ

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da tüketici hakem heyetlerine ilave olarak tüketici uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümü de özel dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme şekli tüketici uyuşmazlıklarında çözüm yollarını çeşitlendirerek zenginleştirmiştir. Tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde kabul edilen dava şartı arabuluculuk (22/7/2020 kabul tarihli 7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 59 maddesiyle TKHK eklenen 73/A maddesi), Tüketici Uyuşmazlıklarına İlişkin Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Üzerine Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2013/11/EU Sayılı Yönergesi ile uyumludur. TKHK ile tüketici uyuşmazlıklarında, ticari ve iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk hükümlerine kıyasla tüketicinin lehine olan ek düzenlemeler getirilmiştir. Kanun'da tüketici arabuluculuk ücretleri hem daha düşük tutulmuş hem bu ücretlerin devlet tarafından karşılanacağı öngörülmüş hem de tüketicinin arabuluculuk görüşmelerine katılmaması halinde aleyhine bir müeyyideye yer verilmemiştir.

Doktrinde tüketici hakem heyeti görev alanında olan uyuşmazlıklar için ilimsiz icra takibi yapılıp yapılamayacağı ve buna bağlı olarak itirazın iptali davalarının tüketici hakem heyetlerinde görülüp görülemeyeceği tartışılmaktaydı. Bu tartışmalar daha ziyade tüketici hakem heyetlerinin bir mahkeme olup olmadığı noktasında toplanmaktaydı. TKHK m. 68/1'e

19. maddesi gereğince ve İİK'nin 283. maddesinin kıyasen uygulanması suretiyle iptali istemli eldeki davayı açmıştır. Davada alacaklı ve borçlu olan şirketler arasında ticari bir alım satım ilişkisi olduğu anlaşılmaktadır. Ancak davaya konu edilen taraflar arasındaki bu alım satım ilişkisi değil davalı şirket ile diğer davalı 3. kişi arasındaki muvazaalı olduğu ve iptali istenilen işlemdir. Özellikle vurgulandığı gibi tasarrufun iptali davasında ya da somut olayda olduğu gibi TBK'nın 19. maddesi ve İİK'nin kıyasen uygulanması istemli olarak açılan davalarda alacaklı ile borçlu taraflar arasındaki ticari nitelikteki alım satım ya da banka alacağını oluşturan ticari ya da genel kredi sözleşmeleri görevin belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Ne tasarrufun iptali davası ne de TBK m.19 gereğince İİK'nin 283. maddesinin kıyasen uygulanması istemli muvazaalı davası TTK'nın 4. maddesinde belirtilen mutlak ya da nispi ticari dava niteliğine haiz olduğundan 6100 sayılı HMK'nın 2. Maddesi gereğince genel görevli Asliye Hukuk Mahkemesi'nin görev alanında kalmaktadır.".
<https://www.sevgipinari.org/huukuk-rehberi/yargitay-kararlari-tazminat-hukukunda/2510-tasarrufun-iptali-davalarinda-gorevli-mahkeme-hukuk-genel-kurul-karari.html>

⁶³ Dür (n 14) 309. Ancak "tasarrufun iptaline ve icra takibinin devamına" şeklinde bir arabuluculuk anlaşma belgesi icraya elverişli değildir. Bu nedenle ihtiyari arabuluculukta anlaşma belgesi, mevcut icra takibi üzerinden değil icraya elverişliliği sağlayacak hükümler düşünülmektedir.

“*Tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı olmak kaydıyla*” ibaresinin eklenmesiyle tarafların, tüketici hakem heyetlerine başvurmadan ilamsız icra takibi yapabilecekleri ve takibe itiraz halinde duran takibin devamı için İİK m 67/1’e göre itirazın iptali davasını tüketici mahkemelerinde açabilecekleri açığa kavuşturulmuştur. Buna ilave olarak aynı gerekçelerle tüketici hakem heyeti sınırında olsa dahi menfi tespit, istirdat ve borçtan kurtulma davalarının da tüketici hakem heyetlerinde değil, tüketici mahkemelerinde görülmesinin gerekliliği Yargıtay uygulamasıyla da desteklenmiştir.

Buna mukabil tüketici mahkemelerinin görev alanına giren itirazın iptali, menfi tespit, istirdat ve borçtan kurtulma davalarına konu uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğunun gerekçeleri ve bu gerekçeleri dolaylı olarak destekleyen Yargıtay kararları ele alınarak, yeni ihdas edilen TKHK m 73/A’nın sorunsuz uygulanmasına katkı sağlanmaya çalışılmıştır.

Yine bir icra ve iflas hukuku düzenlemesi olan tasarrufun iptali davalarının konusu, davalı borçlunun yaptığı tasarrufların iptalinin, İİK 277 ve devamı maddelerinde belirtilen iptal şartlarının varlığı veya yokluğuna göre gerekip gerekmediğidir. Bu davaların bir tarafı tüketici olsa dahi davanın konusunun bir tüketici uyuşmazlığı olarak görülmemesi gerekir. Bu nedenle bu davalara bakmakla görevli olan mahkeme tüketici mahkemeleri değil, asliye hukuk mahkemeleridir. Bu nedenle tasarrufun iptaline konu uyuşmazlıklar, tüketici hakem heyetlerinin görev alanına ve dava şartı arabuluculuğun kapsamına girmez. Ancak tasarrufun iptali davasına konu uyuşmazlıklar ihtiyari arabuluculuğa konu olabilir.

KAYNAKLAR

Akıncı Z, ‘Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları’ (1996) 18(4) BATİDER 93-109.

Akil C ve Gül M A, ‘Yargıtay’ın Genel Haciz Yoluyla İlamsız Takibe Başvuru Hakkına İlişkin Olarak Vermiş Olduğu Bazı Kararlar Üzerine Düşünceler’ (Temmuz 2017) 43(3) YD 551-610.

Akkan M, ‘Medeni Usül Hukukunda Etkin Hukuki Koruma’ (2007/1) 6, MİHDER, 29-68.

Arslan R ve Tanrıver S, *Yargı Örgütü Hukuku* (2. Baskı Yetkin, Ankara 2001).

Arslan R, Yılmaz E ve Ayvaz-Taşpınar S, *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin, Ankara 2016).

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar-Ayvaz S ve Hanağası E, *İcra ve İflas Hukuku* (5. Baskı, Yetkin, Ankara 2019).

Atalı M, ‘6502 Sayılı Kanun’un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin



Hükümlerin Değerlendirilmesi’, *Prof. Dr.Ejder YILMAZ’a Armağan C 1*, (Yetkin, Ankara 2014) 397-418.

Atalı M, ‘Yargılama İlkeleri Çerçevesinde Tüketici hakem Heyetleri’ *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Edt. M. Ertan Yardım, (Seçkin, Ankara 2018) 69-84.

Azaklı-Arslan B, *Medeni Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk* (Yetkin, Ankara 2018).

Başlar K, ‘Anayasa Yargısında Davaya Bakmakta Olan Mahkeme Kavramı’ (Ağustos 2006) *Anayasa Yargısı İncelemeleri* 219-257.

Budak A C, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’a Göre Tüketici Hakem Heyetleri’(2014), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı C 1, *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan* (İzmir 2015) 77-103.

Bulur A, ‘Avukatlık Kanunu m. 35/A’nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi’ (2010) S 89 TBB Dergisi 196-241.

Çiçek M, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk* (1. Baskı Seçkin, Ankara 2018).

Dür O, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri* (1. Baskı Adalet, Ankara 2017).

Ekmekçi Ö, Özkes M ve Atalı M, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk* (1. Baskı, onikilevha, İstanbul 2018).

Ekmekçi Ö, Özkes M, Atalı M ve Seven V, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk* (2. Baskı, onikilevha, İstanbul 2019).

Ekşi N, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim* (1. Baskı Beta, İstanbul 2013).

Erişir E, ‘Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü Usulü’ Murat İnceoğlu (ed), *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tartışmalar)* (İstanbul 2015) 43-122.

Ermenek İ, ‘Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri’ (2013) XVII(1-2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 563-630.

Ermenek İ ve Azaklı-Arslan B, ‘İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)’ (2020) S 148 TBB Dergisi 135-196.

Gümüş M A, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi C 1* (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014)

Horstmeier G, *Das neue Mediationsgesetz, Einführung in das neue Mediationsgesetz für Mediatoren und Medianden* (1. Aufl, Verlag C H Beck München 2013).

Ildır G, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (1. Baskı, Seçkin, Ankara 2003).

İlhan C, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (TBB, Ankara 2006).

İlhan O, *Arabuluculuk Sözleşmesi* (1. Baskı, Seçkin, Ankara 2020).

Kekeç E K, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler* (2. Baskı, Ankara Adalet 2014).

Konuralp H, '20. Yüzyıl Sonunda Medeni Usul Hukuku Sorunlarına Bir Bakış' (Temmuz-Ağustos 1996), Yıl 2(10) Yargı Reformu Özel Sayısı Yeni Türkiye, 537-548.

Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (1. Baskı, Legal, İstanbul 2016).

Küçükgüngör E, 'Türkiye Futbol Federasyonunun Tahkim Kurulunun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği' (2001) 50(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137-146

Oğuz Ö, *Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk* (1. Baskı, Legal, İstanbul 2019).

Özbay İ, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri' (2006) X(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 459-475.

Özbek M S, 'Tüketici Hakem Heyetinin Görevine Giren Alacaklarla İlgili Olarak İlâmsız Takip Yapılamayacağına İlişkin Yargıtay Kararlarının Tahlili' (2015/2) 11(31) MİHDER 39-68.

Özbek M S, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü C II* (4. Bası, Yetkin, Ankara 2016).

Özmumcu S, *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kanununa Genel Bir Bakış* (1. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2013).

Pekcanitez H, 'Tüketici Sorunları Hakem Heyeti' (Temmuz 1996) Yıl 6 İzmir Barosu Dergisi 40-58. 'Tüketici'

Pekcanitez H, 'Tüketici Mahkemeleri' (1996) S 1-2-3, İstanbul Barosu Dergisi 141-162.

Pekcanitez H, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri' (Aralık 2005) S 5 Hukuki Perspektifler Dergisi 12-16.

Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (5. Baskı, Beta, İstanbul 2013).



Tandoğan-Özbaykal N, 'Tüketici Hakem Heyetlerinde İtirazın İptali Davası Sorunu ve 7063 Sayılı Kanun Sonrasında Verilen Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi' (Haziran 2020) 26(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 467-486.

Tanrıver S, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk' (2006) S 64 TBB Dergisi 151-177.

Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması C I* (Yetkin, Ankara 2018).

Tanrıver S, 'Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler' (2020) S 147 TBB Dergisi 111-142.

Taşkın Â, *Hakem Sözleşmesi* (Turhan Kitapevi, Ankara 2000).

Taşpınar-Ayvaz S, 'Tüketici Hakem Heyetlerinin Hukuki Niteliği' *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Edt. M. Ertan Yardım, (Seçkin, Ankara 2018) 43-50.

Taşpolat-Tuğsavul M, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (1. Baskı, Yetkin, Ankara 2012).

Topuz G, *Tüketici Mahkemeleri* (1. Baskı, Yetkin, Ankara 2018).

Tutumlu M A, *Türk Hukuk Sisteminde Tüketici Hakem Heyetleri* (2. Baskı, Seçkin Ankara 2016).

Ulukapı Ö, 'Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Tüketici Mahkemeleri)' (1996) 5(1-2) Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77-101.

Ulukapı Ö ve Kıyak E, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi' *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan C 2* (Yetkin, Ankara 2015)1645-1698.

Uyumaz A, 'Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları' (2012) 20 (1), SÜHFD 103-132.

Yeşilirmak A, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Hakem-Bilirkişilik' (2010) 11, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, 693-738.

Yeşilova B, '6502 sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları' (2014) 9(99) Terazî HD 107-143.

Zevkliler A, *Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat* (Barış Yayınevi, İzmir 1996).

HAKLARIN YARIŞMASI BAĞLAMINDA DOĞRU HÜKMÜN YETERSİZ GEREKÇEYE FEDA EDİLMESİ

Sacrifice of the Correct Judgment to Insufficient Justification in the Context of the Contest of Rights

Ahmet Cahit İYİLİKLİ*

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (245-274)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 11.04.2021
Kabul Tarihi : 14.09.2021
Makale Türü: *Araştırma*

Article Info

Received Date: 11.04.2021
Accepted Date: 14.09.2021
Article Type : *Research*

ÖZET

Bir mahkeme hükmünde, tarafların iddia ve savunmalarının özeti, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususlar, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan deliller, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, sabit görülen vakıalar ile bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebeplerin şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde hükümde gösterilmesi gerekçe marifetiyle tezahür edecektir. Gerekçe, mahkemenin tespit etmiş olduğu maddi vakıalar ile hüküm fıkrası arasında bir köprü görevi görür. Gerekçe bölümünde hükmün dayandığı hukuki esaslar açıklanır. Hâkim, tarafların kendisine sundukları maddi vakıaların hukuki niteliğini görevi gereği kendiliğinden (re'sen) araştırıp bularak, hükmünü dayandırdığı hukuk kurallarını ve bunun nedenlerini gerekçede açıklar. Gerekçe, hükmün hukuki kimliği ve meşruiyetidir. Gerekçe hukuki dinlenilme hakkı ile kanun yollarına başvurulabilmenin teminatı olduğundan hükmün zorunlu unsurudur. Mahkemede yargılamaya taşınıp, hukuki sebepler ışığında tartışılıp hükme bağlanan hayat olayları gerekçede vücut bulacaktır. Öteki ifadeyle, yargılamada tüm hukuki sebepler ışığında tahkikata tabi tutulup, hukuki himayeye mazhar görülen vakıalar gerekçede vücut bulup hüküm ile birlikte hukuki kimlik kazanacaktır. Dolayısıyla mahkeme, yargılamaya taşınan yabancı olduğu vakıaları tüm hukuki sebepler ışığında tetkik edip, gerekçesinde ayrıntılı şekilde belirtmelidir. Nitekim taraflardan hukuku bilmesini ve ileri sürdüğü vakıaya denk düşeni serdetmesini beklemek doğru olmayacaktır. Mahkemeye taşınan ve hukuki himaye talep edilen hayat olayları tüm hukuki sebepler ışığında tahkik edilmez ve gerekçede ayrıntılı olarak belirtilmez ise mahkemenin ulaştığı hüküm doğru da olsa kanun yolu incelemesinde maddi hukukun yanlış uygulandığı müeyyidesiyle yetersiz gerekçenin kurbanı olacak ve tarafların subjektif himayesi sağlanamayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Vakıa, Hukuki Sebep, Hüküm, Gerekçe

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Dr., Hâkim, Küçükçekmece Asliye Hukuk Mahkemesi, aciyilikli@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-8858-2580>.

**ABSTRACT**

In a court judgment, the summary of the parties' claims and defenses, the issues they agreed and disagreed with, the evidence collected about the contested cases, the discussion and evaluation of the evidence, the facts and the conclusions and legal reasons derived from them, one by one, will be manifested in the government in a manner that does not cause suspicion and hesitation. The justification acts as a bridge between the material facts determined by the court and the verdict clause. In the justification section, the legal principles on which the provision is based are explained. The judge automatically investigates and finds the legal nature of the material facts submitted to her by the parties, as a matter of her duty, and explains the legal rules on which her provision is based and the reasons for this in the justification. The justification is the legal identity and legitimacy of the judgment. Since the justification is the guarantee of the right to be heard and the ability to apply for legal remedies, it is a mandatory element of the provision. Life events that are brought to trial in the court, discussed and decided in the light of legal reasons, will come to life in the justification. In other words, the cases that are subject to investigation and under legal protection in the light of all legal reasons in the trial will come into existence in the justification and gain legal identity with the judgment. Therefore, the court should examine the cases of foreigners brought to the trial in the light of all legal reasons and indicate in detail in its justification. As a matter of fact, it would not be right to expect the parties to know the law and to prove the case that they put forward. If life events brought to the court and for which legal protection are requested are not investigated in the light of all legal reasons and are not specified in detail in the justification, even if the verdict reached by the court is correct, with the sanction of wrongful application of substantive law, they will be the victim of insufficient justification and the parties will not be subjectively protected.

Key Words: Event, Legal reason, Decision, Justification

GİRİŞ

Makale başlığının zihindeki tekabüliyeti soyut bir teori kavramını temsil ettiği düşünülse de menbağı güncel ve gerçek bir hayat olayından mülhemdir. Nitekim hukukun kaynağı vakıalar olduğundan, tekâmülünü hayat olayları marifetiyle sağlayacaktır. Mahkemeden hukuki himaye talep edilen haklar da ancak vakıalar üzerinden gerçekleşecektir. Makalemizin kimlik ve içeriğine vücut veren somut hadise, ilk derece sıfatıyla Büyükçekmece 5. Asliye Hukuk Mahkemesine ikame edilen davada, murisin küçük esnaf olarak faaliyetini sürdürürken işlerinin planladığı gibi gitmediği ve piyasaya borçlanmak zorunda kaldığı, olası icra takipleri riskinden kurtulmak için kendi adına kayıtlı İstanbul ili, Büyükçekmece ilçesi, Kumburgaz Mah. Köyüstü Mevkii, 1849 parsel sayılı taşınmazı davalı oğluna tapuda satış gibi göstermek suretiyle devrettiği ileri sürülerek tapu kaydının iptali ve mirasçılarının hissesi oranında tescili talep ve dava edilmiş, ilk derece mahkemesi tarafından murisin vefatı öncesinde oluşan borçların davalı tarafından ödendiğinin ispat edilmediği gibi satış işleminin tarafların gerçek iradelerine uymadığı, mirasbırakanın saikinin üçüncü kişi alacaklılardan mal kaçırma amacıyla muvazaalı olarak satış gösterilmek suretiyle yapıldığı kanaatine varılarak davanın kabulüne karar verilmiş, kararın davalılar tarafından istinaf edilmesi üzerine ikinci derece İstanbul bölge adliye mahkemesi 2. Dairesinin 2019-1306/1692 karar numaralı hükmü ile taraflar arasındaki ilişkinin inanca işlem olduğu, davacıların muristen gelen miras payına ve murise tebaan dava açtıklarından,

iddialarını ancak kesin delille ispatlayabileceği, davacı tarafça sunulmuş bir yazılı delil ya da delil başlangıcı teşkil edecek bir delilin mevcut olmadığı, dava dilekçesinde yemin deliline de dayanılmadığı, bu nedenle tapu iptali ve tescil yönünden davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü gerektiğinden bahisle davacıların istinaf talebinin HMK'nın 353/1-b-1 maddesi gereğince esastan reddine, davalının istinaf talebinin HMK'nın 353/1-b-2 maddesi uyarınca kabulü ile ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak red yönünden tesis edilen yeniden hükmün temyiz incelemesi sonucu Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 2020/274 ve 2021/716 esas ve karar numaralı ilamı ile “Dosya içeriğine, toplanan delillere, hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre; davacıların yerinde bulunmayan temyiz itirazının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına” karar vermesiyle hüküm şekli ve maddi manada kesinleşmiştir. Hukuki kronolojisi yukarıda özetlenen somut hadise, hakikatte muvazaaya dayalı yolsuz tapu kaydının iptali ve tescili olmasına karşın, davacı tarafından hukuki ilişkinin inançlı işlem olarak vasıflandırılmasına bağlı kalınarak gerek bölge adliye gerekse Yargıtay tarafından dava sebebi ile bütünleşen hukuki sebebin inançlı işlem hukuki sebebine hasredilip yazılı belge ya da yazılı belge başlangıcı mahiyetinde belge ile ispata mahkûm edilerek zaman kısıtlamasına bağlı olmayan ve her türlü delille ispatı mümkün mülkiyet hakkına dayalı yolsuz tescil davası hukuki himayeye mazhar görülmeyle davanın çıkmaz sokak misali yegâne hukuki bir sebebe mahkûm ve maruz bırakılması, ilk derece mahkemesinin gerekçesinde davacının dayandığı hayat olayının tüm hukuki sebepler tahtında tahkik edilmemesi ve kanun yolu incelemesinde somut hadiseye davacının hukuki tavsifi ile bağlı kalınarak ulaşılan çözüm, doğru hükmün yetersiz gerekçeye feda edilmesine sebep olmuştur. Yukarıda hikâyesini sıraladığımız hukuki derecaatten süzülerek kesinleşen somut uyuşmazlık eldeki çalışmaya hayatiyet vermiş ve hukuki kimlik olarak “Hakların Yarışması Bağlamında Doğru Hükmün Yetersiz Gerekçeye Feda Edilmesi” başlığı altında kaleme alınıp, aşağıda alt başlıklar halinde öğreti ve Uyap üzerinden doğrudan temin edilen Yargıtay içtihatları ile harmanlanarak, okuyucunun eleştiri ve istifadesine sunulmak amacıyla gün yüzüne çıkartılmıştır.

I. VAKIA VE DELİLLERİN TARAFLARCA GETİRİLMESİ

Taraflarca getirilme ilkesi gereği (HMK m. 25), hâkim, tarafların ileri sürmediği vakıya dayanamayacaktır. Zira dava malzemesini oluşturan vakıa ve deliller taraflar tarafından mahkemeye taşınacaktır. Dava malzemesinin taraflarca getirilme ilkesi, davanın tarafları, yani iddia ve savunmaya ilişkindir¹. Taraflarca getirilmenin, dava sebebi noktasında arz ettiği önem ve

¹ Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul 2000, s.179



özellik, davanın ikamesi ve malzemesinin toplanmasında tarafların aktif bir rol üstlenmesini², hâkime bu konuda herhangi bir etkinlik tanınmamasını öngören ve tasarruf ilkesi³ ile ilintili bir yargılama hukuku ilkesini ifade ve temsil etmesidir⁴. Taraflarca getirilme ilkesi, iddia ve savunmanın dayanağını oluşturan maddî vakıalar ile ispat araçlarının taraflarca yargılamaya getirilmesine denir⁵. Hâkim bu ilkeye göre pasif konumdadır⁶. Dava malzemesinin toplanmasında aktif rol üstlenmez. Hukuk yargılamasında kural olarak taraflarca hazırlama ilkesinin (m.25) kabul edilmesinin nedeni; bir dava ile ilgili maddî vakıalar ile ispat araçlarını en sağlıklı biçimde toplayıp mahkeme önüne getirecek olanın davanın tarafları olacağı düşüncesidir⁷. Hâkim, taraflarca ileri sürülmemiş olan maddî vakıaları resen gözetemez, onları hatırlatacak davranışlarda dahi bulunamaz. Bu konuda kimin menfaati varsa, o menfaatinin gereklerini en iyi şekilde yerine getirecektir⁸. Zira somut ihtilafa vücut veren hayat olayının kahramanları da davanın taraflarıdır⁹. Davaların can suyu ve mahkemeye tanıtılmak istenen talebin temelini oluşturan vakıalar ile delillerin takdiri arasındaki rabıta doğrudan ve ilk eldendir. Zira delillerin takdiri vakıalar üzerinde cereyan edecektir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu 119. maddesinin dava dilekçesinin içeriği başlıklı 1. fıkrasının (f) bendi ile aynı Kanun'un 129. maddesinin cevap dilekçesinin içeriği başlıklı (e) fıkrasında açıkça iddia edilen ve davalının savunmasının dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla delilin konusu, varlığı ya da yokluğu hakkında mahkemenin kanaat getirmesidir ki, delilin konusunu dava sebebi olan iddia ve savunmanın dayanağı vakıalar oluşturacaktır. Hukuk kuralları ise ispatına mahal olmaksızın mahkemece resen uygulanacaktır¹⁰. Ne var ki özel hukuk ilişkilerinde de hukuku bilmemek mazeret sayılmayacaktır¹¹. Delillerin değerlendirilmesi tüm vakıalar hakkında

² Erdal Tercan, *Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü*, (SÜHFD, M. Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996, s.181- 212), s.194

³ Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı*, Ankara 2003, s.67

⁴ Abdürrahim Karslı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, İstanbul 2020, s.230; Alangoya Yavuz, *Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler*, İstanbul 1979, s.3

⁵ Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2013, s.261;Tercan, s.193; Yıldırım, M.Kamil, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990, s.105

⁶ Üstündağ, *Medeni Yargılama*, s.50

⁷ Yavuz Alangoya, *Dava Temeli*, Kazancı Hakemli Dergi, İstanbul 2005, s.93

⁸ Alangoya, *İlkeler*, s.87 vd.

⁹ M. Reşit Belgesay, *Dava Teorisi*, İstanbul 1943, s.106

¹⁰ Nur Bolayır, *Medeni Usul Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulanması İlkesi*, İstanbul 2019, s. 2,20,105,145,204,219

¹¹ Mirasın zimni kabulünden hata nedeniyle rücu davasında hata unsuru, mirisin terekesinin borca batık olduğunun bilinmemesi ve bilinmesinin mümkün olmadığına mahsus ve münhasırdır. Ne var ki mirasçının, TMK'nın 610. maddesinde sayılan eylem ve davranışların terekeye karışma olarak addedildiğini bilmediğini ileri sürüp, temel hatasına dayanması

değil, taraflar arasında çekişmeli olan ve uyuşmazlığın çözümüne etkili olabilecek vakıalar üzerinden yapılacaktır (HMK m. 187). Nitekim herkesin malumu olduğu vakıalar ile ikrar edilen vakıalar çekişme niteliğinden vareste olacaktır¹². Vakıaların bizzat taraflar tarafından mahkemeye getirilmesi gerekir. Bu tasarruf ve malzemenin taraflarca getirilmesi ilkelerinin de bir sonucudur. Bir mahkeme resen bir davayı başlatamaz, vakıaları yargılamaya getiremez. İşte burada, olaylar bütünü vakıalar ile hukukî menfaatin ilişkisi gündeme gelecektir.

Hukukî korunma talebinde bulunan tarafların haklı sayılması, diğer bir ifadeyle, subjektif haklarının himayeye mazhar görülebilmesi, ancak, mahkemeye getirdiği vakıa ve delillerin doğru, eksiksiz ve usulî hileden vareste¹³ olmasına bağlıdır¹⁴. Dolayısıyla dava konusu, dava dilekçesinde ileri sürülen hayat olayına dayanan netice-i taleptir. Bir başka ifadeyle, tarafların hayat olaylarına dayandırmak suretiyle mahkemeden talep ettiği subjektif himayenin içeriğidir. Nitekim dava konusu, davacının belirli bir hayat olayına dayanarak hukukî talepte bulunmasıdır. Bu sebeple, bu hakkın varlığı, sonuç doğurmaya elverişli maddî vakıaların tahakkukuna bağlıdır. Dava konusu hakkın, doğumuna temel teşkil eden herhangi bir vakıayı belirtmeden, o hakkı ileri sürmek mümkün değildir. Bu itibarla, dava konusu hak, mutlaka kendisinin doğumuna temel teşkil eden bir vakıa ile ilişkili olmak zorundadır. Dolayısıyla haklar ve borçların dayanağı hukuken önemi haiz vakıalardır¹⁵. Her hak, bir vazife üzerine mebni, bir diğer ifadeyle, hak, bir vazifeye merbuttur. Bir yerde bir hak varid olur ise mukabilinde bir vazifeye ihtar eder. Nitekim bir yerde bir vazife belirmiş ise muhakkak o vazife, bir hakkı müşirdir.

II. DÜRÜST DAVRANMA VE GERÇEĞİ SÖYLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Anayasal bir hak olarak dava hakkı, hukukî menfaat sınırları dâhilinde kullanılacağından, bu usulü ilişkinin başlangıcından sonuna kadar tarafların birbiri ve mahkeme ile olan ilişkilerinde dürüst ve samimi olmaları ve gerçeğe uygun beyanda bulunmaları usul hukukunun amacının gerçekleşmesi ile maddî

hukuken karşılık bulmayacaktır. Zira bu husus, pozitif norm ile ilgilidir ve kanunu bilmemek mazeret değildir. Dolayısıyla hata, vakıalara dayalı bir yanılma olup, terekeye ait bir malvarlığının intikalinin tereke işlemlerine karışmış olmakta hata mirasın zımnî kabulünden hata sebebiyle rücu davasına vücut vermeyecektir.

¹² Resen araştırma ilkesi ile kamu düzeni ve niteliğinden kaynaklanan davalarda hâkim, taraf usulî işlemleri ve ikrar ile bağlı olmayacaktır.

¹³ Tercan, s. 195

¹⁴ Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara 1989, s.87

¹⁵ İmran Ökten, *Hukuk Muhakemesinde Hak Nasıl Müdafaa Edilir* (Hapishane Matbaası 1938), s. 9, 10; Orhan Yılmaz, *Hukukun Vakıaya Uygulanması*, Dr. Recai Seçkin'e Armağan 1974, (s. 895- 917), s. 895



gerçeğin bulunması ve subjektif hakların himayesi bakımından da ehemmiyet arz eder¹⁶. Zira bir usul hukuku münasebeti başlatmak tamamen kişilerin muhtariyetine terk edilmiş ise de bu ilişkinin aracı olan dava ikamesi keyfiyete değil, hakka dayanmalıdır. Bu bağlamda, gerçeği söyleme yükümlülüğünü, hükümün maddî gerçeğinin yansıtılmasını sağlamaya yönelik doğruluk ödevi olarak anlamak gerekir¹⁷. Bu yükümlülüğün konusunu da iddia ve savunmanın dayandırıldığı maddî vakıalar oluşturmaktadır¹⁸. Bu sebeple özellikle kamu düzeninin ağır bastığı ve re’sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda mahkeme hâkimi şeklen dava yetkisinin kullanılmasına seyirci kalmamalı¹⁹ usulün kendisine verdiği yetkiler dâhilinde ikame delil, re’sen isticvap, soru sorma ve davayı aydınlatma ödev ve yetkisini kullanarak²⁰ maddî gerçeği bulmalıdır²¹. Gerçeği söyleme yükümlülüğü, dürüstlük kuralı bağlamında hakların kullanılması ve borçların ifasında olduğu kadar anayasal bir hak olan dava hakkının istimalinde de uygulama alanı bulacaktır. Nitekim davanın ikamesi ile birlikte dava malzemesinin yargılamaya taşınması faaliyetinde taraflar, doğru ve gerçek vakıalar ile delillere dayanmalı, mahkemeyi yanıltan, eksik ve gerçeğe aykırı beyan ve savunma ile usuli hilelere tevessül etmemelidir. Zira vakıalar mahkemeye doğru ve eksiksiz taşındığı müddetçe, maddî gerçek tecessüm edecektir. Mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının bir tezahürü olarak sùjelerinin taraflar olduğu yaşanmış hayat olayları ile delillere hâkimin yabancı olması, yargılama sonucu ulaşılan hükümün, hayatın olağan akışı ile mantık ve tecrübe kurallarına aykırı olarak tesisine izin ve imkân verilmesi ile hukukun hayatın bir gereği ve teminatı olması işlevine hâlel getirmemelidir. Yargıtay da ikame edilen tapu iptal tescil davasında, davacının taraf olmadığı bir başka yargılamada tesis edilen hüküm, kesin hüküm oluşturmasa da, ilk yargılamada üçüncü kişi sıfatıyla verdiği taşınmazın malik sıfatıyla ziyedi bulunmadığına ilişkin beyanına itibar ederek ikrar beyanı doğrultusunda davayı

¹⁶ Arslan, s. 116

¹⁷ Arslan, s.116

¹⁸ Arslan, s.116

¹⁹ Arslan, s.57

²⁰ “Mahkemece; hukuki yarara ilişkin yukarıda yapılan açıklamalar ve ilkeler uyarınca 1479 sayılı Kanuna dayalı sigortalılık tespit davalarında; sigorta başlangıcının belirlenmesinde hukuki yarar bulunmadığı gözetilerek, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun ‘Hâkimin davayı aydınlatma ödevi’ başlıklı 31 inci maddesi ile ‘Tarafların Dinlenilmesi’ başlıklı 144 üncü maddesi kapsamında, davacı tarafa talebinin sigortalılık süresinin belirlenmesine ilişkin olup olmadığı açıklattırılarak, davanın hangi sürelerle ilişkin olduğu kesin olarak belirlendikten sonra yargılama yapılarak elde edilecek sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” (10. HD 28.06.2018, 2016/14959, 2018/6227)

²¹ Ahmet Cahit İyilikli, Delillerin Değerlendirilmesinde Hâkimin Özel Bilgisini Kullanması, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2004, (s. 2191-2206), s.2197

reddetmiştir²². Dolayısıyla tarafların davada dürüst davranmamaları ve gerçeği söylememeleri bağlamında görünürdeki irade ile gizli iradenin uyuşmaması da dürüstlük kuralının ihlali sayılacaktır.

III. VAKIA İLE HUKUKİ SEBEP İLİŞKİSİ

Vakıalar, hem davacı hem de davalı tarafından ileri sürülen hayat olaylarını içerir. Zira dava malzemesinin kaynağını insanlar oluşturmaktadır²³. Dolayısıyla bir dava ikamesine taraflar arasında cereyan eden vakıa ya da hadiseler vücut vermektedir. Bir hadisenin mahkemeye taşınıp taşınmaması tasarrufu taraflara aittir²⁴. Mahkeme ise bu hadiseye yabancıdır. Bu husus, mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının gereği ve teminatıdır. Hukuk yargılamasında davaya can veren vakıalar olup, her bir vakıanın da sayısız ayrıntı ve farklılıktan teşekkül edeceği²⁵ yani gündelik yaşamın kestirilemez ve öngörülemez doğaçlama cereyanı göz önüne alındığı vakit; her bir somut vakıaya uygun bir kanun normu (meseleci ya da kazuistik yöntem) yapmak ya da uygulamak nerdeyse imkansız olduğundan ilmî görüşler ve yargı içtihatları çok sık işlerlik ve uygulama alanı bulacaktır. Bu itibarla, “Âlimin içtihadı hayat-ı hukuktur”.

Hukukî dinlenilme hakkı²⁶, dava sebebi ile doğrudan ilgilidir. Zira davanın temelini oluşturan ve taraflarca getirilen vakıaların açıklanması²⁷ ve ispatı için mahkemece, taraflara uygun ve makul süre verilerek, hayat olayları

²² “Her ne kadar davacının Kadastro Mahkemesi dosyasında taraf sıfatı bulunmaması nedeniyle HUMK.nun 237.maddesi uyarınca kesin hüküm oluşturmaz ise de davacı, kimliği ve imzası hakim tarafından tespit edilerek havalesi yapılan 21.04.2006 tarihli dilekçesindeki açıklamalarıyla bağlı olup aksi yöndeki yerel bilirkişi ve tanık anlatımlarına değer verilmez. Yukarıda açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, davacının imzalı beyanı gözden kaçırılarak hatalı değerlendirme sonunda yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.” (8. HD 30.01.2012, 2011/7796, 2012/416)

²³ Nesibe Kurt Konca, *Medeni Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü*, Ankara 2016, s. 161

²⁴ Kurt Konca, s. 115

²⁵ Nedim Meriç, *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi*, Ankara 2011, s. 95

²⁶ “Hukukî dinlenilme hakkı, adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. HMK.27’ye göre, tarafların yargılama ile ilgili bilgi sahibi olması, bilgi sahibi olduğu konuda açıklama ve ispat hakkını kullanabilmesi, mahkemenin tüm iddia ve delilleri dikkate alarak kararını gerekçeli olarak vermesi gerekir. Dava sonucundan etkilenecek bütün kişilerin hukukî dinlenilme hakları vardır. Davanın tarafları yanında kendi hakkıyla bağlantılı olarak fer’i müdahilin de hukukî dinlenilme hakkı vardır. Hukukî dinlenilme hakkına aykırılık, kanun yolu incelemesinde re’sen dikkat alınır ve bozma sebebidir. Örneğin; dava dilekçesinin usulüne uygun olarak davalıya tebliğ edilmeden aleyhine hüküm kurulması, ıslah dilekçesi davalıya tebliğ edilmeden ıslah ile artırılan talebin hüküm altına alınması (HMK.177), tarafların gösterdiği deliller toplanmadan karar verilmesi, hukukî dinlenilme hakkının ihlalidir.” (9. HD 09.09.2014, 26097/25818)

²⁷ Özkes, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s.33



müzakere edilmeli ki²⁸, hakikate ulaşılsın ve subjektif hak korunsun²⁹. Ancak, bu hâlde toplumun hukuka itimadı ve hukuk güvenliği³⁰ sağlanabilir. Keza hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmesi, yargılama hukukunun amacının sağlanması ile de doğrudan ilgilidir³¹. Nitekim hukukî dinlenilme hakkına uyulmadan yapılan yargılamada, dava sebebi olan vakıaların doğru şekilde tartışılması ve mahkeme tarafından anlaşılması mümkün olmayacağı gibi, somut olaya uygulanacak hukukî tavsif de eksik kalacaktır³². Kaldı ki, bu husus gerçeği söyleme yükümlülüğü ile de ilgilidir³³. Zira taraflar birbirlerinin ileri sürdükleri hususlarda tam bilgi sahibi olmadan ve onlara eşit şekilde açıklama imkanı tanınmadan doğruyu söyleyip söylemedikleri açıklığa kavuşmayacağı gibi gerçek de gün yüzüne çıkamayacaktır. Bu çerçevede, vakıaların ileri sürülmesi ve açıklığa kavuşturulması hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde sınırlanmamalıdır³⁴. Vakıalar dışında, taraflarca dayanılmayan hukukî sebebin de tarafların müzakeresine açılması hukukî dinlenilme hakkı kapsamında kalacaktır. Aksinin kabulü, iddia ve savunma hakkına kısıtlama getirecektir³⁵. Yargılama hukukunun yegane amacı maddi gerçeği temsil etsin ya da etmesin mutlak suretle bir uyuşmazlığı kesin hükümle sonuçlandırmak olmamalıdır³⁶. Dava sebebi, bir davada davacının talep sonucunu dayandırdığı iddialar ile davalının savunmasını temellendirdiği vakılardır³⁷. Bir başka ifade ile dava sebebi, gerçeğin bizatihi kendisidir. Bu sebeple, davacı, dilekçesinde sadece hukukî himaye talep ettiği subjektif hak ya da hukukî münasebeti değil, onların yanı sıra bu hukukî ilişkinin kaynağı ve doğum sebebi olan vakıaları da bildirmek zorundadır³⁸. Zira vakıalar davanın can suyudur³⁹. Vakıa, dış âlemde taraflar arasında vuku bulup, hukuki sonuçlara bağlanmış olayları ifade eder⁴⁰. Dolayısıyla dava sebebinden kasıt, hukukî sebep değildir. Kaldı ki, aynı vakıalara istinatla, aynı talebin farklı hukukî sebepler zemininde ileri sürülmesi, her iki davanın özdeş olduğu gerekçesiyle rüyet ve istimaı caiz olmayacaktır.

²⁸ Özeker, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s.33

²⁹ Metin Tuluay, *Medeni Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi*, DÜHFD, 1983. s.121

³⁰ Özeker, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s.41

³¹ Özeker, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s.65

³² Özeker, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s.66

³³ Özeker, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 80

³⁴ Özeker, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s.122

³⁵ Alangoya, *İlkeler*, s.152

³⁶ Meriç, *Tasarruf İlkesi*, s. 201; Murat Yavaş, *Medeni Usul Hukukunda Temyiz*, Ankara 2015, s. 24

³⁷ Burhan Gürdoğan, *Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı*, Ankara 1960, s. 79; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2011, s. 841 vd; Yılmaz, *Şerh*, s. 1343

³⁸ Saim Üstündağ, *İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı*, İstanbul 1967, s. 175

³⁹ Ahmet Cahit İyilikli, *Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, C.3, S. 2, (s. 83-156), s. 152

⁴⁰ Meriç, *Tasarruf İlkesi*, s. 99

Bu sebeple vakıaların dayandığı hukukî sebepler dava sebebi olarak kabul görmeyecektir⁴¹. Çünkü hukukî sebeplere ilişkin tarafların iddiaları ile hakim bağlı olmadığından, kendiliğinden dikkate alacaktır. Bir davada yanlış kanun maddesine istinat edilse dahi dava reddedilmeyip, maddî vakıalara uygun norma göre hükme bağlamak icap eder. Nitekim hâkim ihtilafa uygulanması münasip ve elverişli hukuk kuralını resen araştırıp en doğru hukuk kuralını uygulamakla mükelleftir⁴². Dolayısıyla yargılamada tüm hukuki sebepler ışığında tahkikata tabi tutularak, hukuki himayeye mazhar görülen vakıalar gerekçede vücut bulup hüküm ile birlikte hukuki kimlik kazanacaktır.

IV. HAKLARIN YARIŞMASI BAĞLAMINDA HUKUKUN RE'SEN UYGULANMASI

Borçlar Kanunu 60. maddesinde sorumluluk sebeplerinin çokluğu üst başlığı altında sebeplerin yarışması, (telâhuku) düzenlenmiştir. Hakların yarışması maddi hukukta düzenlense de usul hukukunu da ilgilendirmektedir. Düzenlemeye göre, bir kişinin sorumluluğu birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir⁴³. Kısaca, bir maddî vakıa birden fazla hukukî sebep zemininde ileri sürülebilirse, burada hakların yarışması söz konusu olur⁴⁴.

⁴¹ “HUMK.’nun 237. maddesi gereğince, dava konusu uyuşmazlığın daha önce bir kesin hükümle çözümlenmemiş olması dava şartlarından değildir. Aynı dava konusu hakkında, aynı taraflar arasında aynı dava sebebine dayanarak, daha önce açılmış ve verilen hüküm kesinleşmiş ise, artık o konu, kesin hükmün varlığı sebebiyle yeni bir dava konusu yapılamaz. Somut olayda, daha önce, karara bağlanan Osmaneli Sulh Hukuk Mahkemesinin 2004/122 esas sayılı dava dosyasında, davalılar Necmettin Ceylan ve Sevim Onaran’ın evinin saçaklarından akan suların evine zarar verdiği bahisle muarazanın giderilmesi talep edildiği hâlde, bu davada davalı Necmettin Ceylan’a ait evin tuvalet ve banyosundan ve avludaki çeşmeden akan suların evine zarar verdiği ileri sürülerek muarazanın giderilmesi istenmiştir. Bu nedenledir ki olayda HUMK.237 md.deki koşulları içerir şekilde kesin hükmün varlığından söz edilemez. Her iki dava konusu olayda haksız fiilden kaynaklanmakta ise de, her iki davadaki maddi olaylar ayrı olduğu taraflarının da aynı olmadığı gözetilmeden, kesin hüküm nedeniyle mahkemece davanın reddi doğru görülmemiştir. Öyle ise mahkemece tarafların delilleri toplanarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” (3. HD 03.04.2007, 4722/5060)

⁴² Bolayır, s. 19

⁴³ “Hakların yarışmasında, zarar görenin tazminat istemi isterse sözleşmenin ihlali isterse haksız fiil hükümlerine dayandırma yönünde bir tercih hakkı bulunduğu; dayanılan hukuki sebep açıkça belirtilmemişse, hâkim önüne gelen olay bakımından hangi sorumluluk hali zarar gören lehine ise o hükümleri bir bütün olarak uygulaması gerektiği kabul edilir.” (HGK, 21.03.2019, 2017/13-778, 2019/329)

⁴⁴ Ömer Faruk Karacabey, Hakların Yarışması, ABD, 1980, S. 6, s. 667,668; Bolayır, s. 283; Özkes, Hukuki Sebep, s.764 “Bazen vakıalar aynı kalsa da, farklı hukuki sebeplere dayanılarak farklı sonuçlara ulaşmak veya farklı taleplere hak kazanmak mümkündür.”



Her ikisi de aynı neticeyi husule getirmeye yönelik (matuf) ve mahsus olduğu takdirde iki hak yarışmış olur. Özellikle aynı muhtevayı haiz olan taleplerde alacaklı aynı edayı iki muhtelif hukukî sebep altında talep edebileceği cihetle durum böyledir⁴⁵. Başka bir ifade ile bir şahsın (alacaklının) diğer bir şahsa (borçluya) karşı aynı dava sebebi ve hakka istinaden belli bir hukukî himaye sağlamak amacıyla değişik hukuksal nedenlere⁴⁶ dayanarak istemde bulunması, hakların yarışması olarak isimlendirilir. Kanaatimizce, aynı maddî vakıaların muhtelif hukukî tavsifler altında talep edilmesi halinde hakların yarışması mevcuttur⁴⁷. Kullanılmaları bağlamında haklar birbirinden bağımsız olup hak sahibinin dayandığı hak, ileri sürdüğü vakıadan anlaşılacaktır⁴⁸. Nitekim haklar ve borçlar ancak vakıalar marifetiyle ileri sürülebilecektir.

TBK'nın 60. madde içeriği bağlamında, hâkimin tarafların yerine geçerek, onlar adına tercihte bulunması, bir nevi tarafların irade ve beyanını kullanması yargılama hukuku ilkeleri bağlamında mümkün olabilecek midir? Bu husus, doktrinde, hâkim taraflar için en lehe olan hukuk kuralını uygular gerekçesiyle taraftar bulmuştur⁴⁹. Keza hukuk bilgisinin teknik olduğu ve hukukumuzda avukatla temsil zorunluluğu⁵⁰ da bulunmadığından, taraflarca dayanılan hukukî normun, vakıa ile ilintili hukuk kuralının ya da hayat olayına uygulanacak kanun hükümünün bildirilmesinin mutlak olmadığı yönündeki görüş⁵¹ de bizi bu düzenlemeye yakın olduğumuz sonucuna götürecektir. Ne var ki böylesi bir davranış hâkimin taraf pozisyonu alacağı ve yargılamadaki eşitlik anlayışına aykırı olduğu savıyla itiraza maruz kalmıştır⁵². Taraflardan subjektif haklarını himaye edecek en iyi hukukî sebebi bilmeleri ve serdetmelerini beklemek

⁴⁵ Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, C.I, İstanbul 1952, s.40

⁴⁶ Karacabey, s. 668; Sema Çağa, *Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Birleşmesi, Seminer Yarışması, Batider, 1972-1973*, s.18 “Somut olay, tek talep doğurmasına rağmen, çeşitli kanun hükümlerinin olgularını gerçekleştirirse normlar yarışması söz konusu olur.”

⁴⁷ “Bir maddî vakıanın (dava sebebinin) birden fazla hukuksal nedene dayalı olarak ileri sürülmesi hali, doktrin ve uygulamada mütelahik dava olarak adlandırılmaktadır. Bu nitelikteki davalarda mahkemece, davaya uygulanması gereken yasa maddelerinden (hukuksal nedenlerden) sadece birine göre inceleme yapılarak davanın reddi halinde, ilk davada incelenmemiş olan kanun hükümlerine dayanarak yeni bir dava açılması mümkün olmayıp, açılmış ise kesin hüküm nedeniyle reddedilmelidir.” (11.HD 25.12.2008, 12577/14418)

⁴⁸ Karacabey, s. 682

⁴⁹ Üstündağ, *Yasak*, s.20 ; Baki Kuru, *Medeni Usul Hukukunda Dava Sebebi*, AD 1967/4, (s. 239-268), s. 220; Aksi görüş için bkz. Muhammet Özkes, *Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur*, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.1, Ankara 2009, s.765; Bolayır, s. 285

⁵⁰ Yıldırım, *Delillerin Değerlendirilmesi*, s.104

⁵¹ Ejder Yılmaz, *Medeni Yargılama Hukukunda Islah*, Ankara 2011, s.158

⁵² Özkes, *Hukuki Sebep*, s.765

doğru olmayacaktır⁵³. Hâkimin hukuku re'sen uygulaması, tarafların davada hiçbir hukuki sebep ileri sürmemiş ya da yanlış hukuki sebebe dayanılmasına bakılmaksızın yargılamaya taşınan vakıaları her türlü hukuki sebep ışığında süzgeçten geçirip, doğru hukuk kapsamında çözmesidir⁵⁴. Davacının somut davayı hukukî tavsif ya da nitelendirmede hata yapması, davanın reddini tazammun etmemelidir⁵⁵. Ancak bu husus, serdedilen vakıalarla sınırlı olarak tezahür edecektir. Zira hâkim re'sen vakıa ve delil hatırlatamaz. Vakıaların ileri sürülerek mahkemeden hukukî korunma talep edilebilmesi, hukukî menfaatin varlığına bağlıdır. Hâkim, tarafların kendisine sundukları maddi vakıaların hukuki niteliğini (hukuk sebepleri) kendiliğinden (re'sen) araştırıp bularak hükmünü dayandırdığı hukuk kurallarını ve bunun nedenlerini gerekçede açıklayacaktır. Tarafların belirli bir hukuki sebebe dayanması hâkimi bağlayamayacağı gibi hukuki sebep gösterilmemesi tarafların aleyhine de değerlendirilemeyecektir⁵⁶. Bunun yanında tarafların belirttiği hukuki sebebin elverişli olmadığı, mahkemece bir başka hukuki sebebin daha doğru olduğu hususunda taraflara bilgi verilmelidir⁵⁷. Aksinin kabulü davayı aydınlatma ödevi (HMK m. 31) ile iddia ve savunma hakkının ihlaline sebebiyet verir⁵⁸, tarafları beklenmedik sürpriz bir karara maruz bırakacaktır⁵⁹.

Hukuk yargılamasında, sunulan vakıayı her hukukî sebep altında tetkik etmek hâkimin görevidir. Hukukî sebep, tarafların taleplerinin dayanağı olan vakıaların dâhil olduğu hukukî mahiyettir. Taraflar dilekçesinde hukukî sebebi de gösterecektir (HMK m. 114). Ne var ki hâkim bununla bağlı değildir. Zira hâkim hukuku bilir fehvasınca, bildiği hukuku uygulamak hâkimin aslı işidir. Taraflardan hukuku bilmesi beklenemez. Hatta hâkim, tarafların dayandığı hukukî sebebe muhalif olarak başka bir hukuk normunu da tatbik edebilir. Bu bağlamda, taraflarca mahkemeye taşınan bu vakıalara ilişkin hadiseyi çözmek için öncelikle hukukî ilişkiyi tespit edip⁶⁰, hukukî açıdan çözmek hâkimin

⁵³ Yılmaz, Şerh, s.361 “Tarafların hukuki sebebi yanlış veya eksik bildirmeleri de hakimi bağlamaz.”

⁵⁴ Bolayır, s. 20, 22

⁵⁵ Bolayır, s. 20

⁵⁶ Bolayır, s. 20

⁵⁷ Bolayır, s. 99, 132, 133

⁵⁸ Alangoya, *İlkeler*, s. 153

⁵⁹ Alangoya, *İlkeler*, s. 152; Bolayır, s. 105

⁶⁰ “Dava 28.02.2007 vade tarihli 50.000-TL bedelli senedin tahsili için açılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Takip dayanağı belgenin keşidecisi muris Halil Umur lehtarî ise davacıdır. Takip konusu belge kambiyo yolu ile Küçükçekmece 1. İcra Müdürlüğü'nün 2007/2174 esas sayılı dosyası ile icra takibine konulmuş, borçlunun Küçükçekmece 1.İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2013/1052 sayılı kararı ile takibin iptaline karar verilmiştir. Somut olayda davacı İ.İ.K.'nın 33-a-2. maddesindeki haklarını kullanmak yerine İ.İ.K. 46. maddesine göre haciz yoluyla takibe girişmiş vaki itiraz üzerine de İ.İ.K.'nın 67. maddesine göre itirazın iptali davası açmıştır. Mahkemece uyumsuzluğun İ.İ.K.'nın 67. maddesi



vazifesinin gereğidir⁶¹. Bu tespit yapılmadan dava konusu talep hakkında sağlıklı bir karar verilemez. Taraftan hukukî sebebi bilmesi beklenemeyeceği için eksik ya da hatalı hukuki sebebe istinat, haklarına hâle getirmez⁶². Ne var ki mahkemenin tarafların hukuki sebebi yanlış göstermelerinden dolayı davayı reddetmesi hakkaniyet ve usul ekonomisine denk düşmeyecektir⁶³. Ezcümle, hukuku uygulamak hâkimin asli görevi olduğundan, hukuku re'sen uygulama faaliyetinin eksik ya da gereği gibi icra edilmemesi, somut uyuşmazlıkta tesis edilen hükümün hukuka aykırı olması sonucunu doğuracağı gibi maddi hukuktan neşet eden subjektif hakların himaye edilmesini de engelleyecektir⁶⁴. Her ne kadar taraflar dava dilekçesinde hukukî sebep göstermek zorunda ise de bu husus, hâkimin hukuku re'sen uygulamasına engel olmadığı gibi, dava dilekçesinin olmazsa olmaz koşulu da değildir. Davacının mahkemeden talep ettiği hukukî korunmanın zeminini oluşturan vakıaları belirtmesi yeterli ve gereklidir⁶⁵. Bu sebeple, HMK'nın 119. maddesinde vücut bulan dava sebebi kavramı, hayat olaylarını işaret etmektedir. Mahkemenin hukukî himaye talebinin haklı olup olmadığına ilişkin hükmü de bu vakıalara dayanacaktır. Kaldı ki, hukuk yargılamasının temeli vakıaların taraflarca getirilmesi teorisine dayalıdır⁶⁶. Zira vakıalar, ancak tarafların malumundadır. Bu vakıaların hukukî bir ilişkiye bürünüp bürünmeyeceği noktasındaki tasarruf onlara ait olduğu

çerçevesinde çözümlenmesi gerekirken olayda uygulanma yeri bulunmayan İ.İ.K.'nun 33-a-2. maddesine göre davanın reddi uygun görülmemiştir.” (19. HD 13.03.2018, 2016/16157, 2018/1198)

⁶¹ Hamide Özden Ferendeci Özkaya, *Kesin Hükümün Objektif Sınırları*, İstanbul 2009, s. 45

⁶² Ömer Ulukapı, Yargıtay Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Yargılamaya Hakim Olan İlkelerden Taraflarca Hazırlama İlkesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, 1998, C. 6, S. 1-2, (s. 713-732), s. 721; Bolayır, s. 20

⁶³ Bolayır, s. 20

⁶⁴ Bolayır, s. 2

⁶⁵ “Kesin hüküm bir dava şartı olup kamu düzenine ilişkindir. Buna göre bir dava karara bağlanıp verilen hüküm kesinleştikten sonra aynı taraflar arasında, aynı konuda ve aynı hukuki sebebe dayanılarak yeni bir dava açılmaz. Açılması halinde ikinci dava kesin hüküm nedeniyle esasa girilmeden dava şartı yokluğu nedeniyle reddedilir. Kesin hükümden söz edebilmek için biri kesinleşmiş tarafları, konusu ve sebebi aynı olan iki davanın varlığı gerekir. Bir başka deyişle bir davanın konusunu oluşturan uyuşmazlığın kesin bir hükümle çözülmüş olması halinde mahkemece yeniden inceleme konusu yapılmaz. Olayımıza gelince; Bulancak Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/436 esas sayılı dosyasında, kiracı tarafından ödenen işletme bedelinin kiralayandan iadesi istenilirken, bu davada ise kiralayan, asıl kiralayana ödenen kira bedeli, işletmenin davalıların işlettiği döneme ait vergi borcu ve demirbaş eşya bedeli talep etmektedir. Bu nedenle, Bulancak Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/436 Esas sayılı dosyası ile bu dava dosyasının aynı konuda ve aynı hukuki sebebe dayanılarak açıldığı kabul edilemeyeceğinden, söz konusu dosya davadaki talepler yönünden kesin hüküm teşkil etmez. Mahkemece işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken kesin hüküm nedeniyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir. Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.” (6. HD 12.01.2015, 2014/4196, 2015/11)

⁶⁶ Kurt Konca, s. 117

gibi, mahkeme vakıya yabancıdır. Aksinin kabulü, mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile hukuk yargılamasının amacına da aykırı düşecektir. Dava sebebi kavramının, maddî vakıaları kastettiği⁶⁷ konusunda doktrin⁶⁸ ve Yargıtay söz birliği içindedir⁶⁹. Ne var ki vakıaların hâkim tarafından hukukî sebep uygulamasında altlamaya uğradığı ileri sürülerek, hükümde dayanılan vakıaların hukukî sebeple bir bütünlük oluşturduğu⁷⁰ ve davanın dayanağını oluşturan vakıaların dâhil olduğu hukukî kategorinin hukukî sebep olduğu da savunulmuştur⁷¹. Zira hükmün dayandırıldığı esas, tüm hukukî sebepler süzgecinden geçirilen hayat vakıalarıdır⁷². Dava malzemelerine vakıf olmak ve onları yargılamaya taşımak tarafların tasarrufunda olduğundan, taraflar kanun gereği bütün iddia ve savunmalarını tüm ayrıntıları ile zaman ve mekân konusunu da vurgulayarak somutlaştırıp, hukukî himaye talebinde bulunacaktır. Taraflarca yargılamaya taşınan vakıaların dava için önemli olup olmadığını, bu vakıalara denk düşebilecek bütün hukukî sebepler ışığında tetkik etmek mahkemenin görevidir⁷³. Bu itibarla, mevcut bir vakianın muayyen bir

⁶⁷ “Dava sebebinden maksadın, davacının dayandığı maddî vakıalar olduğu yolunda bilimsel görüşler ve yargısal kararlar söz birliği içindedir.” (HGK, 12.04.2006, 21-104/174); Aynı yönde bkz. (21.HD 30.04.2007, 2006/16588, 2007/7268)

⁶⁸ Üstündağ, *Yasak*, s. 32 vd. 50 vd. 81vd.; Kuru, *Dava Sebebi*, s.240.; Alangoya, *İlkeler*, s. 95 vd. ; Yılmaz, *Islah*, s.158.; Özekes, *Hukuki Sebep*, s. 753 vd.

⁶⁹ “Dava konusu uyumsuzluğun daha önce bir kesin hükümle çözümlenmiş olması olumsuz dava koşuludur. Maddi anlamda kesin hükümden söz edebilmek için, birinci dava ile ikinci davanın konusunun dava sebebinin (vakıalar) ve tarafların aynı olması gerekir. Balıkesir İş Mahkemesinin yukarıda özetlenen dosya kapsamında; davalı SSK tarafından davacı aleyhine aynı maddî vakıalara dayanarak açılmış ve yargılama sonunda davalının borçlu olduğuna ilişkin karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir. Eldeki davanın tarafları, konusu ve maddî vakıaları önceki dava ile aynı olup, kesin hükmün oluştuğu açıkça ortadadır. Davacı kurum alacağı Balıkesir İş Mahkemesinin 18.09.2003 tarih, 2003/190 E, 2003/239 K sayılı kararı ile saptanmıştır. Bu aşamadan sonra davacının borçlu olmadığına tespitine ilişkin dava açılması mümkün değildir. Mahkemece bu maddî ve hukukî olgulara aykırı biçimde yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” (21. HD 26.06.2006, 6052/6987). Aynı yönde bkz. (HGK, 05.07.2006, 19-505/504); (HGK, 28.03.2012, 2-890/239)

⁷⁰ Meriç, *Kesin Hüküm*, s. 397

⁷¹ Hayri Domaniç, *Hukukta Kazıyyei Muhkeme ve Nisbi Kuvveti*, İstanbul 1964, s. 50; Necmettin Berkin, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul 1969 s. 176.; Belgesay, s. 56; Postacıoğlu, *Davanın Unsuru Olarak Hukukî Sebep ve Kesin Hüküm*, Recai Seçkin’e Armağan, Ankara 1974 s. 503

⁷² Üstündağ, *Yasak*, s.33

⁷³ “HUMK’nun 76. Maddesinde (yeni HMK 33. Madde); ‘Hâkim Türk hukukunu re’sen uygular.’ emredici düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre istemin hukukî tavsifi ve uygulanacak yasa hükmünün tespit ve belirlenmesi hâkime ait bir görevdir. Borçlular vekilinin ‘çekte yer alan imzaların müvekkillerine ait olmadığı’ iddiası açıkça imzaya itiraz (İİK’nun 170. Maddesi) niteliğinde olduğundan; bu iddiaya bağlı olarak da ayrıca borçlu olmadıklarının tespitinin istenmesi sonuca etkili olmayıp, başvuru bu haliyle imzaya itiraz olarak kabul edilmelidir (HGK’nun 5.6.2001 tarih ve 2001/12-258 E. 2001/344 K.sayılı



hukukî sebep zemininde sabit olup olmadığı yahut bir diğer hukukî sebebin ahvali kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hukukun re'sen uygulanması gereği hukuki atlatma faaliyetine maruz kalacaktır. Dolayısıyla sunulmayan vakıalara mahkemenin re'sen muttali olamayacağı ve resmî görevi dışından somut vakıaya ilişkin özel bilgisini hatırlatması ile kullanmasının da yasak olduğu dikkate alındığında⁷⁴; yargılamaya taşınmayan vakıalar kural olarak sukut edeceğinden, taraflar bunun ceremesine katlanmak zorunda kalacaktır. TBK 60. maddesindeki “Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça⁷⁵ veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir” hükmü, somut hadisede, zarar gören davacının talebini haklı kılan; onun subjektif hakkını en mükemmel şekilde himaye eden ve hukukî yönden onu donatan hukukî sebep uygulanmalı şekilde yorumlanmalıdır⁷⁶. Keza, kanundaki en iyi giderimden kastın, kanaatimizce, salt talebi himaye eden zararın miktarı anlamında değil, tüm hukukî amiller bağlamında zamanışı⁷⁷, hak düşürücü süre, faiz ve kanun yolları noktasında anlaşılması gerekir. Zarar görenin aksini istemedikçe ifadesi ise tarafın dilekçede açıkça, maddî vakıa ile bütünleşen hukukî sebebin uygulanmasını istemediği durumlara hasredilmiştir. Zira hâkim, tarafların hukukî sebebi ile bağlı olmadığı gibi taraflar da belirli bir hukukî sebebin uygulanmasında hâkimi sınırlayamazlar⁷⁸. Hâkim görevinden ötürü, somut olaya uygun düşen hukukî

kararı).O hâlde mahkemece itirazın esasının incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, dilekçede, borçluların borçlu olmadıklarının tespitinin istendiği, bu istemin menfî tespit davası niteliğinde olduğu, anılan davaya bakmaya ise icra mahkemesi görevli olmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir.” (12. HD 24.10.2011, 4090/20053)

⁷⁴ İyilikli, Özel Bilgi, s. 2194 vd.; Murat Atalı, Medeni Usul Hukukunda Hakimın Vakıalar Hakkında Dava Dışı Edindiği (Şahsi) Bilgisini Kullanması, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, (s. 139-161), s. 151

⁷⁵ Postacıoğlu, Hukuki Sebep, s.510

⁷⁶ “HMK'nın 33. maddesi gereğince maddî vakıaların taraflarca getirilmesi esas olmakla birlikte; getirilen maddî vakıaların hukukî nitelendirmesini yapmak, bu kapsamda taraflar arasındaki uyumsuzluğu saptamak ve uyumsuzluğa ilgili kanun maddesini uygulamak hâkime ait bir görevdir. Bir uyumsuzlukta hakların yarışması kapsamında birden fazla hukuk kuralının uygulanması söz konusu olduğunda, tarafın en lehine olan hükümün uygulanması gerekir. Hâkim bu kapsamda davanın türünü de talep sonucuna göre belirlemelidir.” (9. HD 28.11.2018, 9012/21175)

⁷⁷ Yılmaz, *Islah*, s.154. “Davacının hangi hükme dayandığının kesin olarak ve açıkça göstermemiş olduğu hâllerde davacının zamanışı bakımından kendi lehine sonuç verecek yasa hükmüne dayanmak isteyeceği haklı olarak varsayılmalıdır.”

⁷⁸ “Öğretide ve kararlılık kazanmış yargısal uygulamada benimsendiği üzere kesin hüküm bakımından dava nedeni, hukuki neden değil davacının davasını dayandırdığı vakılardır. Davacı, mahkemeye hukuki sebep bildirmek zorunda olmayıp, isteği yönünden haklı olduğunu tahmin ettiği vakıaları iler sürmek durumundadır. Buna karşılık, davacının

sebebi uygulayacaktır⁷⁹. Mahkemenin bağlı olduğu husus yargılamaya taşınan vakialardır. Hâkimin hukuku re'sen uygulaması, kanun yolu incelemesinde maddi hukukun hiç uygulanmaması ya da yanlış uygulanması ihtimalinde de uygulama alanı bulacaktır⁸⁰.

V. TAPU İPTALİ VE TESCİL DAVALARINDA YOLSUZ TESCİL HÂLLERİ

İrade ve beyan arasındaki uyumsuzluk hali olan muvazaaya ilişkin olarak TBK'nın 19. maddesi "Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır" hükmünü havidir. Bir diğer ifadeyle, muvazaa, irade ile beyan arasında bilerek oluşturulan uyumsuzluk şeklinde tanımlanabilir. Muvazaa iddiası herhangi bir süreye tabi olmayan ve mahkeme tarafından resen dikkate alınan bir itirazdır. Muvazaa itirazı, taraflar ve üçüncü kişiler tarafından mevcut bir davada savunma olarak ileri sürülebileceği gibi muvazaaya dayalı bağımsız bir davaya da konu olacaktır⁸¹. Borçlunun, alacaklıları aleyhine malvarlığını azaltıcı nitelik taşıyan her türlü hukuki işlemleri muvazaa sebebine dayalı olarak iptale konu olacaktır⁸². Muvazaalı hukuki işlemde kasıt; tarafların iradeleri ile beyanları arasında bilerek ve isteyerek meydana getirilmiş

bildirdiği bu vakılara uygulanacak hukuk kuralını bulmak ve uygulamak, diğer bir anlatımla bu vakıaların hukuki mahiyetini, yani hukuki sebebini tayin etmek yasaları re'sen uygulamakla yükümlü olan hâkime düşen bir görevdir. Bu bakımdan, davacının bildirdiği hukuki sebep hâkimi bağlamaz. Bağlayıcı olan ileri sürülen vakialardır." (1. HD 15.06.2009, 5006/6863)

⁷⁹ İyilikli, Dava Sebebi, s. 94

⁸⁰ Bolayır, s. 343, 344, 346, 347, 348

⁸¹ "Davacı, istemde bulunurken BK.nun 18. maddesi ile İİK.nun 277. ve devamı maddelerine dayanmıştır. Mahkemece olay İİK.nun 277. ve devamı maddeleri gereğince incelenerek sonuçlandırılmıştır. Muvazaa, tarafların 3. kişileri aldatmak amacıyla kendi gerçek iradelerine uymayan haksız eylem niteliğinde anlaşmalarıdır. Davacı, borçlu davalının borçtan kurtulmak amacıyla taşınmazı diğer davalılara satış gibi gösterdiğini iddia etmektedir. Dava dilekçesinde açıkça muvazaaya dayanıldığı belirtilmiştir. Bu ileri sürülüş biçimi, davanın İİK.nun 277. ve devamı maddelerindeki iptal davasından çok BK.nun 18. maddesinde açıklanan muvazaa hukuksal nedenine dayalı bir dava olduğunu göstermektedir. Muvazaa iddialarında zamanaşımı söz konusu olmaz. Olayda muvazaanın belirlenmesi durumunda İİK.nun 283/1 maddesi benzetme yoluyla uygulanmak suretiyle tapu iptaline gerek olmadan alacağın tahsili için haciz ve satış isteyebilme yönünde hüküm kurulabilir. Şu durum karşısında mahkemece, BK.nun 18. maddesi uyarınca genel hükümlere göre dosyanın incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu yönün gözetilmeden hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir." (4. HD 09.04.2007, 2654/4665)

⁸² Talih Uyar, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu, ABD, 2011/1, (s. 211- 231), s. 212

mübayenet; üçüncü kişileri aldatmak saik ve niyeti ile taraflar arasında gizli işlemi oluşturan muvazaâ sözleşmesidir⁸³.

Tapu iptali ve tescil davaları, davaya vücut veren sebebin şahsi ya da aynı olmasına bakılmaksızın sonuçları itibariyle mülkiyet hakkına ilişkin olduğundan aynı etkilidir. Nasıl ki mücerret borç ikrarı, zemininde gerçek ve haklı bir sebebin varlığına muhtaç ise taşınmaz mülkiyetinin tescilinin hukuki sonuç doğurabilmesi de temelinde geçerli, haklı ve makul bir sebebin varlığını iktiza eder. Zira taşınmaz mülkiyetinin iktisabı geçerli bir hukuki sebep ve tescil beyanına müstenittir. Aksi hâlde yapılan tescil, geçerli bir hukuki sebebe dayanmayıp maddi gerçeği yansıtmadığından yolsuz mesabesinde kalacaktır. Nitekim muvazaalı bir işleme dayanan tescil de yolsuz tescil sayılacaktır. Kaldı ki taşınmaz mülkiyet hakkını düzenleyen hükümlerin dolanılarak muvazaalı işlemlere kapı aralanıp kamu düzeninden sayılan tapu sicili ilkeleri ihlal edilmiş olacaktır. Dolayısıyla aynı etki doğuran bir talebin içeriği hukuken cevaz görülmeyen bir usulle değişmiş olacaktır. Türk hukuk sisteminde aynı hakların iktisabı, illi⁸⁴ yani temelinde geçerli bir hukuki işlemin varlığına merbuttur (TMK 1024). Bu sebeple, taşınmazların iktisabında sebebe bağlılık ilkesi egemen olduğundan, tescilin sebebini oluşturan borçlandırıci işlemdeki sakatlık, tescili de yolsuz hale getirecektir⁸⁵. Ne var ki, lehine yolsuz tescil yapılan kişi salt tapu siciline yapılan tescil ile aynı hak kazanamayacaktır⁸⁶. Tapu sicilindeki yolsuz tescile karşın gerçek hak sahibi, maddi hukuk bakımından hak sahibi olarak kalmaya devam ettiğinden, aynı hakkını kaybetmiş olmaz⁸⁷. Çünkü maddi hukuk bakımından gerçek (hakiki) hak sahibi olan kişi, yolsuz tescil sonucunda ortaya çıkan gerçek hak sahibini göstermeyen tapu sicili ile maddi hak arasındaki mübayenetin ortadan kaldırılıp⁸⁸, maddi hak ile sicil arasındaki ahengin tesisi için⁸⁹, aynı hakkının zarara uğraması tehlikesi olduğunu ileri sürerek, her yolsuz tescil lehtarına karşı⁹⁰, herhangi bir zaman kısıtlamasına tabi olmaksızın, yolsuz tescilin düzeltilmesini her daim isteyebilecektir. Nitekim her vakıa bir yolsuz tescil sebebidir⁹¹. İnançlı işleme dayalı tapu iptali ve tescil davaları özünde yolsuz tescile değil⁹², inanan ile inanılan arasında borçlandırıci

⁸³ Uyar, s. 215

⁸⁴ Nejat Aday, *Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaâ, İstanbul 1992, s. 25; Ekrem Kurt, Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, İstanbul 2004, s. 19*

⁸⁵ Aday, s. 93; Kurt, s. 19, 31

⁸⁶ Süleyman Sapanoğlu, *Tapu İptali Ve Tescil Davaları*, Ankara 2015, s. 24

⁸⁷ Kurt, s. 19

⁸⁸ Kurt, s. 105

⁸⁹ Üstündağ, *Tapu Kütüğü*, s. 21, 42

⁹⁰ Üstündağ, *Tapu Kütüğü*, s. 33

⁹¹ Üstündağ, *Tapu Kütüğü*, s. 43

⁹² “Somut olaya gelince; dosyaya ibraz edilen protokol başlıklı 1.9.1998 tarihli tarafların imzasını taşıyan sözleşmenin yukarıda sözü edilen 5.2.1947 tarih 20/6 Sayılı İnançları

bir işleme (rızaî akit) dayalı⁹³ şahsi dava niteliğinde olup⁹⁴, mülkiyet inanılana tamamen geçmekte⁹⁵, inanan ise, sadece mülkiyetin iadesi noktasında bir alacak hakkına sahip olduğundan⁹⁶, taşınmazın üçüncü kişiye devredilmesi ihtimalinde, üçüncü kişinin iyiniyetli olması aranmaksızın mülkiyet hakkını iktisap edeceği gibi⁹⁷, taşınmaz mülkiyetine inanılan üzerinde iken şerh edilen şahsi ya da aynı haklar bağlayıcı olmakla, davanın kabulü sonrasında oluşan kesin hüküm, bu kısıtlamaları doğrudan mürtefi kılmayacaktır⁹⁸. Yani subjektif hakkı ihlal edilen kişi, kesin hüküm sonucunda bu kısıtlamalara tahammül etmek zorunda kalacaktır. Nitekim taşınmazın mülkiyeti geçerli bir hukuki sebep ve tescil talebine müsteniden iktisap edilmiştir⁹⁹. Kaldı ki inançlı işlem ile taşınmazı devralan ya da bağışlanan kişi, taşınmazı geri vermekten imtina etmesi halinde, inanan, inanılardan taahhüdünü yerine getirmesini Türk Medeni Kanunu'nun 716. maddesine dayalı tapu iptali ve tescil davası ile talep edecektir¹⁰⁰. Meğerki ortada muvazaalı ve kötü niyetli¹⁰¹ bir hukukî işlem bulunsun ki, bu dahi taşınmaz üzerine tescilli üçüncü kişiye karşı ayrı bir dava konusu yapılmasını gerektirecektir¹⁰². Ne var ki çalışmamıza esas somut hadise

Birleştirme Kararında ifadesini bulan yazılı belge niteliğinde olduğu tartışmasızdır. Söz konusu protokolde belirtildiği üzere, çekişmeli taşınmazların davalıya yine sözleşmede öngörülen koşullarla inanılarak devredildiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, davalı H. Garipoğlu'nun protokol koşullarını yerine getirmediği ve getirme olanağının da bulunmadığı dosya kapsamında sabittir. Hal böyle olunca, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanılığın değerlendirme ve gerekçelerle davanın reddine karar verilmiş olması doğru değildir.” (1. HD 15.02.2006, 2005/13623, 2006/1298)

⁹³ Sapanoğlu, s. 619; Aday, s. 91

⁹⁴ “Bilindiği üzere; inanç sözleşmesi, inananla inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inançlı muamelenin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın, inanılan tarafından inananın geri verme (iade) şartlarını içeren borçlandırıcı bir muameledir. Bu sözleşme, taraflarının hak ve borçlarını kapsayan bağımsız bir akit olup, alacak ve mülkiyetin naklinin hukuki sebebini teşkil eder.” (HGK, 14.11.2007, 1-756/848)

⁹⁵ Şafak Parlak Börü, Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşleme Devri, TBB, 2017, S. 128, (s. 231- 272), s. 238, 254, 262, 265, 267

⁹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 435

⁹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 442; Parlak Börü, s. 260

⁹⁸ Ahmet Cahit İyilikli, Taşınmazın Aynına İlişkin İlamın Mevzuunu Oluşturan Taşınmaz Mülkiyet Hakkına Vaziyet Eden Takyidatlara Etkisi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Ankara 2017, S. 10, s. 339

⁹⁹ Özgür Güvenç, *Taşınmazların İnançlı İşleme Devri*, Ankara 2014, s. 89, 90; Üstündağ, *Tapu Kütüğü*, s. 52

¹⁰⁰ Sapanoğlu, s. 619

¹⁰¹ “Taşınmaz kaydında birden çok haciz şerhi ve 01.05.1991 tarihli ihtiyati tedbir şerhi bulunduğu, her ne kadar taşınmaz birden çok el değiştirmiş ise de, tüm alıcılar ve davalının şerhleri görerek edinmesi karşısında iyiniyetli olmadığı ve TMK'nın 1023. maddesi koruyuculuğundan yararlanamayacağı gözetilmek .” (1. HD 16.04.2015, 2013/21266, 2015/5583).

¹⁰² Parlak Börü, s. 261 “İnananın inanç sözleşmesinden kaynaklanan bu kişisel hakkını ancak akidine karşı ileri sürebilmekte, inanç konusunun üçüncü kişilere devredilmesi halinde



bağlamında, davacı mirasçının, murisinin mevcut ve muhtemel hacizlerden masun olması için arizi olarak tüm diğer mirasçılarının da bilgisi doğrultusunda güvenli liman olarak gördüğü bir mirasçısı üzerine taşınmazı tapu siciline devretmesi, muvazaalı bir işlem olduğundan, yapılan tescil de yolsuz mahiyettedir. Zira murisin gerçek amacı taşınmazı devretmek, mirasçının da satın almak değildir. Nitekim taşınmazın tescili, geçerli bir hukuki sebep ve borçlandırıcı işlemde mahrum olduğu için yolsuz mesabesindedir. Tapu siciline yapılan tescil geçerli bir hukuki sebep ve borçlandırıcı işlemde yoksun olduğu gibi satıcı muris gerçekte mülkiyeti kaybetmemekte, alıcı mirasçı da mülkiyeti kazanmamaktadır. Davacı mirasçılarının hukuki himaye talebi, hukuki sebep ile bütünleşen mülkiyet hakkından yoksun bırakılma hayat olayına mebnidir. Zira görünürdeki irade ile gizli irade arasındaki uyumsuzluk muvazaa sebebiyle¹⁰³ yolsuz tescile sebebiyet verecektir. Alıcı lehine yapılan tescil salt bir şekli kayıttan ibaret olup, taşınmazı devreden mirasbırakan ya da o'nun vefatı halinde taraf mesabesindeki mirasçıları, zaman kısıtlamasına tabi olmaksızın taşınmazın davalı mirasçı adına devri yolsuz tescil mahiyetinde olduğundan, mülkiyet hakkına dayanarak tapu iptali ve tescil davası ikame edebilecektir. Kaldı ki taşınmazın mirasçı adına tescili hukuki işleminin, aile içinde tüm mirasçılarının bilgi ve rızasıyla yapılmasından dolayı tarafların belge yahut yazılı delil başlangıcı temin etmeleri, hayatın olağan akışı ile mantık ve tecrübe kuralları çerçevesinde hukuki işlemin niteliğine elverişli olmadığı için belge ile ispat zorunluluğundan (HMK m. 203) vareste olacaktır.

VI. GEREKÇE ZARURETİ VE FONKSİYONU

Bir yargılama sonunda mahkemeler tarafından tesis edilen kararların hüküm fıkralarının açık, anlaşılır, çelişkisiz, uygulanabilir olmasının gerekliliği kadar; kararın gerekçesinin de, sonucu ile tam bir uyum içinde, davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükümün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak; kısaca, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterecek nitelikte olması gerekir. Zira tarafların dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı

kural olarak onlardan isteyebileceği bir hakkı bulunmamaktadır. Ancak, inanılan ile üçüncü kişi, inananın inanç borcunu tekrar alma hakkını ortadan kaldırmak amacıyla el ve düşünce birliği içerisinde muvazaalı bir işlem (sözleşme) yapmaları halinde inananın söz konusu sözleşmenin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğundan bahisle üçüncü kişi aleyhine dava açabileceği de kuşkusuzdur.” (1. HD 21.02.2007, 989/1712)

¹⁰³ “Somut olaya gelince, dinlenen davacı tanıklarının beyanlarından, mirasbırakanın hiçbir bedel almadan taşınmazdaki payını davalı oğluna devrettiği anlaşılmış olup, dava konusu taşınmazın evveliyatında davalı tarafından bedeli ödenerek mirasbırakan adına satın alındığı savunmasının da usulünce kanıtlanamadığı, yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde tüm dosya kapsamı değerlendirildiğinde temlikin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğu sonuç ve kanaatine varılmaktadır.” (1. HD 14.12.2020, 2019/3852, 2020/6711)

veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri gerekçe marifetiyle sağlanacaktır. Zira bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması gerektiğini öngören Anayasa'nın 141/3. maddesi ve ona koşut bir düzenleme içeren 6100 sayılı HMK' nun 297. maddesi, işte bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir¹⁰⁴. Yine HMK' nun 27. maddesinin 2. bendi “c” bölümünde de hukuki dinlenme hakkının “Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini” de içerdiği açıklanarak bu husus vurgulanmıştır¹⁰⁵. Bunun yanında, mahkeme kararlarının, taraflar ve üçüncü kişiler ile ilgili olabilecek başka hukuki ihtilaflar yönünden etkili ve bağlayıcı kabul edilebilmeleri, başka bir dava yönünden kesin hüküm, kesin veya güçlü delil oluşturup oluşturamayacağı gibi hukuksal değerlendirmeler de bu kararların yukarıda açıklanan nitelikte bir gerekçeyi içermesiyle mümkündür. Dolayısıyla gerekçe¹⁰⁶ hükmün zorunlu unsurudur¹⁰⁷. Tarafların iddia ve savunmalarının özetinin, anlaşlıkları ve anlaşamadıkları hususların, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delillerin; delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, sabit görülen vakıalarla, bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebeplerin şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde hükümde gösterilmesi gerekçe marifetiyle gerçekleşecektir¹⁰⁸. Dolayısıyla gerekçe bir yargılama sonunda mahkemenin

¹⁰⁴ Bu düzenleme uyarınca bir mahkeme kararında tarafların iddia ve savunmalarının özetinin, anlaşlıkları ve anlaşamadıkları hususların, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delillerin, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesinin, sabit görülen vakıalarla, bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebeplerin birer birer şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekli olup, bu kısım, hükmün gerekçe bölümüdür.

¹⁰⁵ Kararın açık ve gerekçeli olması hukuki dinlenme hakkının sağlanması açısından önemlidir. Tarafların ileri sürdüğü iddia ve savunmalar ile bunların dayandıkları deliller, kararda tartışılıp gerekçeleri açıklandığı ölçüde karar hukuki dinlenme hakkına uygun bir karar olacaktır. İddia ve savunmaların kararda tartışılması, gösterilen delillerin incelenmesi, neden bir kısmının diğerine üstün tutulduğunun belirtilmesi ancak gerekçeyle mümkündür.

¹⁰⁶ “Anayasanın 141. maddesinin 3. fıkrası hükmü de mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiğini düzenlemektedir. Dolayısıyla gerekçe, bir hükmün olmazsa olmaz unsurudur. Taraflar, ancak kararlara konulması gereken gerekçe sayesinde hükmün hangi maddi ve hukuki nedene dayandırıldığını anlayabilirler. Ayrıca, karar aleyhine yasa yollarına başvurulduğunda da incelemesinde gerekçe sayesinde kararın usul ve yasaya uygun olup olmadığı denetlenebilir. Diğer bir anlatımla, temyiz incelemesi ancak bir kararın somut olaya uygun gerekçe taşıması halinde mümkün olabilir. Öte yandan, yazılacak kararın gerekçesiyle hüküm kısmı arasında bütünsellik esastır. Başka bir anlatımla, gerekçe ile hüküm birbirine bağlı olup, hükmün gerekçe ile çelişmemesi esastır.” (11. HD 18.11.2020, 2019/1730, 2020/5161)

¹⁰⁷ “Taraflar, ancak kararlara konulması gereken gerekçeler sayesinde hükmün hangi maddi ve hukuki nedene dayandırıldığını anlayabilirler. Ayrıca, karar aleyhine yasa yollarına başvurulduğunda da Yargıtay incelemesi sırasında gerekçe sayesinde kararın usul ve yasaya uygun olup olmadığı denetlenebilir.” (17. HD 02.02.2021, 2020/10140, 2021/589)

¹⁰⁸ “Kararın gerekçesinde maddi olay saptanmalı, hukuki niteliği ve uygulanacak hukuki



ulaştığı hükümün dayandırıldığı hukuki ve mantiki izahattır¹⁰⁹. Taraflar talep ve savunmalarının hukuki himayeye mazhar görülüp görülmediğini gerekçe marifetiyle kavrayacağından¹¹⁰, kişilerin hukuki yazgısı gerekçeye merbuttur¹¹¹. Kural olarak kesin hüküm sadece hüküm fıkrasına münhasırdır¹¹². Zira bir yargılama sonucunda mahkemenin son sözü hüküm fıkrasında mündemiçtir. Gerekçe, hükümün meşruiyeti ve hukuki kimliği olduğu gibi kişilerin savunma ve kanun yollarına başvurma¹¹³ hakkının da güvencesidir¹¹⁴. Nitekim bir talebin geçici olarak reddedilip reddedilmediği veya yeniden dava konusu yapıp yapılmayacağı gerekçeden anlaşılacaktır. Bilhassa hukuki ilişkinin

kurallar belirlenmeli, bu konuda gerekli inceleme ve delillerden söz edilmeli, hukuk kuralları somut olaya uygulanmalı ve sonunda hüküm kurulmalıdır. Maddi olgularla hüküm fıkrası arasındaki hukuki bağlantı da ancak bu şekilde kurulabilecek, ayrıca yasal unsurları taşıyan bu gerekçe sayesinde, kararların doğruluğunun denetlenebilmesi mümkün olacaktır.” (9. HD 26.11.2020, 2016/32973, 2020/16996)

¹⁰⁹ “Yasanın aradığı anlamda oluşturulacak kararların hüküm fıkralarının açık, anlaşılır, çelişkisiz, uygulanabilir olmasının gerekliliği kadar; kararın gerekçesinin de sonucu ile tam bir uyum içinde, o davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükümün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak; kısaca, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterecek nitelikte olması gerekir.” (9. HD 25.02.2021, 216/4918)

¹¹⁰ “Gerekçe sayesinde kararların doğru olup olmadığı denetlenebilir. Gerekçesiz bir kararın üst mahkeme tarafından denetlenmesi de mümkün değildir. Gerekçe, doyurucu olmalı, kararın neden, nasıl, hangi hukuki gerekçeyle ve hangi deliller değerlendirilmek suretiyle verildiği hususlarını içermelidir. Bu hususları içermeyen kararların gerekçeli olduğundan bahsedilemez.” (HGK, 04.02.2021, 10- 1968, 2021/31)

¹¹¹ “Kararın gerekçesinde maddi olay saptanmalı, hukuki niteliği ve uygulanacak hukuki kurallar belirlenmeli, bu konuda gerekli inceleme ve delillerden söz edilmeli, hukuk kuralları somut olaya uygulanmalı ve sonunda hüküm kurulmalıdır. Maddi olgularla hüküm fıkrası arasındaki hukuki bağlantı da ancak bu şekilde kurulabilecek, ayrıca yasal unsurları taşıyan bu gerekçe sayesinde, kararların doğruluğunun denetlenebilmesi mümkün olacaktır. Kararın neleri içereceğine ilişkin bu kanuni şekil yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir. Aksi hal, hükümün infazında zorluklara ve tereddütlere, yargılamanın ve davaların gereksiz yere uzamasına, davanın tarafı bulunan kişi ve kurumların mağduriyetlerine sebebiyet verecek ve Kamu düzeni ve barışını olumsuz yönde etkileyecektir.” (12. HD 11.03.2021, 2020/7560, 2021/2753)

¹¹² Yılmaz, Şerh, s. 1350; Yavaş, *Temyiz*, s. 55.

¹¹³ “Yargıtay’ın hukuka uygunluk denetimini yapabilmesi için, ortada, usulüne uygun şekilde oluşturulmuş; hükümün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini ayrıntılarıyla gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuyla yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması zorunludur.” (8. HD 11.02.2021, 2020/4006, 2021/1160)

¹¹⁴ “Hâkim, gerekçe sayesinde verdiği hükümün doğru olup olmadığını, yani kendini denetler. Üst mahkeme de bir hükümün hukuka uygun olup olmadığını, ancak gerekçe sayesinde denetleyebilir. Taraflar da ancak gerekçe sayesinde haklı olup olmadıklarını daha iyi anlayabilirler. Bir hüküm, ne kadar haklı olursa olsun, gerekçesiz ise tarafları doyurmaz.” (3. HD 03.03.2012, 2020/5007, 2021/2158)

kabul görüp görmediği¹¹⁵, gerekçede tezahür eder¹¹⁶. Hâkim hükme ulaşmak için, öncelikle taraflarca sunulan vakıaların tespitini, saniyen bu vakıalara münasip düşen hukuk normunu ve nihayet hukukî neticeyi açıklar. Nitekim Yargıtay da temyiz incelemesinin ancak gerekçe marifetiyle yapılacağını¹¹⁷ ve hükmün gerekçesiz olmasını bozma sebebi¹¹⁸ kabul etmektedir¹¹⁹. Keza bölge adliye mahkemeleri de istinaf kanun yolunda gerekçe yokluğunu kamu düzeni mülahazasıyla kaldırma sebebi kabul etmektedir¹²⁰. Ne var ki gerek

¹¹⁵ Ferendeci Özkaya, *Kesin Hüküm*, s. 26, 51.

¹¹⁶ “Talep edilmeyen bir alacağın reddinin söz konusu olamayacağı açıktır. Somut uyumsuzlukta ‘işlemiş faiz’ alacağı talebi açısından kesin hüküm olmadığından davanın esasına girilmesi gerekirken davanın HMK. nun 303. maddesine aykırı şekilde reddi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” (9. HD 09.09.2015, 18800/25038)

¹¹⁷ “Taraflar, ancak kararlara konulması gereken gerekçeler sayesinde hükmün hangi maddi ve hukuki nedene dayandırıldığını anlayabilirler. Ayrıca, karar aleyhine yasa yollarına başvurulduğunda da 6100 sayılı HMK’ nın 297/2. maddesi uyarınca Yargıtay incelemesi sırasında gerekçe sayesinde kararın usul ve yasaya uygun olup olmadığı denetlenebilir. Diğer bir anlatımla, Yargıtay incelemesi ancak bir kararın gerekçe taşıması halinde mümkün olabilir. Dolayısıyla gerekçe ile hüküm fıkrası arasında da çelişki bulunmaması yasal bir zorunluluk olup, kararların bu hususlara aykırı oluşturulması mahkeme kararlarına duyulan güveni sarsacağı gibi, verilen kararların hukuki denetiminin yapılmasını da olanaksız kılmaktadır.” (23. HD 17.11.2020, 2018/149, 2020/3683)

¹¹⁸ “Somut olaya gelince, Mahkemece davacı ve davalı talepleri özetlenmiş, bilirkişi raporundaki açıklamalardan bahsedilmiş, ancak kararda mahkemeyi ret kararına götüren gerekçeye yer verilmemiştir. Mahkemece hükümde dosya kapsamındaki delillerin hangisine neden üstünlük tanındığı belirtilmemiş, deliller tartışılmamış ve değerlendirilmemiştir. Bu sebeple, Mahkemece, tarafların toplanmış ve toplanacak tüm delillerine göre tarafların anlaşlıkları ve anlaşamadıkları hususlar belirlenmeli, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan deliller tartışılarak ve değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, deliller tartışılmadan, sonuç ve hukuki sebepleri içermeyen, gerekçesiz, Yargıtay denetimine elverişsiz şekilde hüküm kurulması doğru değildir.” (8. HD 17.12.2020, 2018/6683, 2020/8386)

¹¹⁹ “Gerekçeli karar ile davaya ilişkin maddi vakıalar ve dosya kapsamı, gerekse gerekçe fıkralarının birbirleriyle ve hüküm fıkrası arasındaki mantıksal bağın ortadan kalkmasına neden olacak şekilde, çelişkili ve denetlenebilirlikten uzak karar oluşturulmuştur. O hâlde, ortada yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde usulün öngördüğü anlamda Yargıtay tarafından üzerinde inceleme ve denetleneme yapılabilecek nitelikte bir ilk derece mahkemesi kararının olmadığı her türlü duraksamadan uzaktır.” (17. HD 10.02.2021, 2020/822, 2021/1151)

¹²⁰ “Gerek istinaf sebebi yapılan ve gerekse HMK’nın 355. maddesine göre kamu düzeni nedeniyle resen dikkate alınması gereken hususların incelenmesinde; Mahkemece, gerekçeli kararda taraf iddia ve savunmalarına yer verilmekle yetinilerek, yazılı şekilde hüküm kurulmuştur. Hemen belirtmek gerekirse, Anayasanın 141/III maddesi uyarınca mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması zorunludur. Yargılama makamları iddia ve savunmayı, taraflarca gösterilen delilleri gereği gibi incelemek ve ulaştıkları sonucu ikna edici bir gerekçeyle kararlarına yansıtacak zorundadırlar. Aksi bir durum adil bir yargılama yapıldığını göstermez. Mahkeme kararlarındaki gerekçesizlik Anayasa’nın 36. maddesinde tanımlanan “adil yargılanma hakkı”nın ihlalidir. 6100 sayılı HMK’nın 297. maddesi gereğince de; hükümde, tarafların iddia ve savunmalarının özeti,



istinaf kanun yolunda ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılması (HMK m. 353) sebepleri arasında gerekse Yargıtay temyiz incelemesinde bozma sebepleri (HMK m. 371) arasında hükmün gerekçesiz olması sayılmamıştır. Bu itibarla, hükmün gerekçesiz olması halinde istinaf kanun yolunda kararın kaldırılması; temyiz incelemesinde ise kararın bozulması hukuki dinlenilme hakkına aykırılık bağlamında müeyyideye bağlanmıştır. Anayasanın 36. maddesine göre, “*herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*”. Bu düzenlemede ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde gerekçeli karar hakkından söz edilmemiştir. Ne var ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde ve Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının temel bileşenlerinden birisinin de gerekçeli karar hakkı olduğu kabul edilmektedir¹²¹. Nitekim Anayasanın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli yazılacağı belirtilmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 27. maddesinde mahkemenin davanın taraflarının, müdahillerinin ve yargılamanın diğer ilgililerinin açıklamalarını dikkate alarak değerlendirmesi ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 297. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde gerekçede bulunması gereken hususlar belirtilmiş, 359. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde bölge adliye mahkemesinin verdiği karardaki gerekçede bulunması gereken hususlar açıklanmış, 370. maddede onama kararının gerekçesinin, 371. maddede ise kısmen veya tamamen bozma kararının gerekçesinin gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir.

anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususlar, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan deliller, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebeplerinin yer alacağı, belirtildikten sonra, hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesinin gerekli olduğu belirtilmiştir. Somut olayda, mahkemece hiç bir gerekçe yer verilmeksizin davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Oysaki, mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olması Anayasa hükmü gereği olup gerekçesiz bir şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır. Açıklanan nedenlerle ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına, yargılamanın yeniden yapılması için dosyanın mahalline gönderilmesine, kararın niteliğine göre davacının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine bu aşamada yer olmadığına karar verilmiş, aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.” (Ankara BAM 4. HD 05.07.2021, 2019/891, 2021/1769)

¹²¹ Zühal Aysun Sunay, Gerekçeli Karar Hakkı ve Temel İlkeleri, Danıştay Dergisi, S. 143, 2016, s. 14

Gereke¹²² hükmün hukuki kimliği ve meşruiyeti bağlamında¹²³, hak arama özgürlüğü, adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkı zaviyesinden ilgili taraflara üst yargı yollarına başvurabilmelerini mümkün kılarak¹²⁴, kanun yolu incelemesinde kararın denetimini sağlamaktan¹²⁵ başka keyfiliği önleyip mahkemelerin tarafsızlığına; sürpriz karar vermeyi önleyip yargıya olan güveni artırarak içtihat zenginliği ile hukukun gelişimine katkı sağlayacaktır. Nitekim kesin hükmün gerekçeye sirayet ettiği hâllerde kesin hüküm etkisi gerekçe bakımından da tezahür eder. Öğretide, vakıaların, karar içeriğini ve konusunu oluşturmadığı gerekçesiyle kesin hüküm kapsamına girmediği savunulmuştur¹²⁶. Buna karşın, gerekçenin bağımsız olarak değil, bilakis netice kısmında hükmedilmiş hukuki kısım ile bağlı olarak ancak kesin hüküm kuvvetini haiz olduğu da dile getirilmiştir¹²⁷. Kanaatimizce, vakıaların hiçbir şekilde kesin hüküm kapsamında olmadığını savunmak, özellikle kesin hükmün gerekçeye sirayet ettiği hâllerde, vakıaların, dava konusunun¹²⁸ can suyu olması ve gerekçenin vakıa ve hukukî tavsife göre inşa edildiği düşünüldüğünde çok doğru olmayacaktır. Zira gerekçe, mahkemenin sabit gördüğü vakıalar ile hüküm fıkrası arasında köprü görevi sağlar¹²⁹. Öyle ki, gerekçede tartışılan hayat olayları (Dava sebebi) kesin hükme dâhil olacaktır¹³⁰. Nitekim kesin

¹²² Muharrem Kılıç, *Gerekeçeli Karar Hakkı: Yargısal kararların Rasyonalitesi*, TAAD, Yıl 12, S. 47, Temmuz 2021, s. 6. “Yargılama hukuku açısından gerekçe, neden- sonuç ilişkisinin neden kısmına dair bir mantıksal sorgulamaya karşılık gelmektedir.”

¹²³ Kılıç, s. 4 “Böylelikle kararların rasyonel gerekçeler üzerinden temellendirilmesi, taraflar açısından temel bir insan hakkı olarak ortaya çıkmaktadır.”

¹²⁴ Kılıç, s. 4

¹²⁵ Kılıç, s. 4

¹²⁶ Özkaya Ferendeci, *Kesin Hüküm*, s. 30, 180; İlhan Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul 1975, s. 700; Yıldırım, *Delillerin Değerlendirilmesi*, s. 224

¹²⁷ Üstündağ, *Tapu Kütüğü*, s. 132

¹²⁸ “Kesin hüküm bir dava şartı olup kamu düzenine ilişkindir. Buna göre bir dava karara bağlanıp verilen hüküm kesinleştikten sonra aynı taraflar arasında, aynı konuda aynı hukuki sebebe dayanılarak yeni bir dava açılmaz. Açılması halinde ikinci dava kesin hüküm nedeniyle esasa girilmeden dava şartı yokluğu nedeniyle reddedilir. Bir başka deyişle bir davanın konusunu oluşturan uyumsuzluğun kesin bir hükümle çözülmüş olması halinde mahkemece yeniden inceleme konusu yapılmaz. Kesin hükümden söz edebilmek için biri kesinleşmiş tarafları, konusu ve sebebi aynı olan iki davanın varlığı şarttır.” (6. HD 21.10.2008, 8814/11181)

¹²⁹ “Gerekçe, hâkimin (mahkemenin) tespit etmiş olduğu maddi vakıalar ile hüküm fıkrası arasında bir köprü görevi yapar. Gerekçe bölümünde hükmün dayandığı hukuki esaslar açıklanır. Hâkim, tarafların kendisine sundukları maddi vakıaların hukuki niteliğini kendiliğinden (re’sen) araştırıp bularak hükmünü dayandırdığı hukuk kurallarını ve bunun nedenlerini gerekçede açıklar.” (8. HD 02.12.2020, 2018/6751, 2020/7791); Kuru, *Usul III*, s. 3052

¹³⁰ “Mahkemece, yapılan yargılama sonunda; Yumurtalık Asliye Hukuk Mahkemesinin 1994/242 Esas ve 1995/182 Karar sayılı dosyasında, gerek tanık ve gerekse mahalli bilirkişi beyanları ile dosya kapsamından Hasan Basri Tatlısoy’un dava konusu taşınmazı 1969



hükümün objektif sınırlarının dava konusunu oluşturan vakıa ve talepten ibaret olduğu savunulmuştur¹³¹. Dolayısıyla, kesin hükümün şumulüne vakıaların tahkik edildiği hukuki gerekçenin de dahil olduğu dile getirilmiştir¹³². Özellikle hükümün anlaşılması için gerekçe ile aralarında zorunlu anlam bağlantısı olan hâllerde¹³³, hüküm fıkrasının kabul ya da davanın reddi ihtimalinde kesin hüküm kapsamının tayininde gerekçede tartışılan hususlara göre kesin hükümün kapsamı belirleneceği gibi, bir kesin hükümün, diğer bir yargılamada kesin hüküm ya da kesin delil teşkil edip etmeyeceği; keza birden fazla talebin yarıştığı objektif dava yığılması ya da terditli davalarda talepler hakkında tesis edilen hükümün dayanağı olan gerekçede hayat olaylarının tartışılıp tartışılmamasına bağlı olarak, tartışılan içerik, konu ve tespitlere göre¹³⁴ kesin hükümün sınırları ve kapsamı belirlenecektir¹³⁵. Çünkü dava konusu, davacının belirli bir hayat olayına dayanarak hukukî talepte bulunmasıdır. Dolayısıyla, bu hakkın varlığı, sonuç doğurmaya elverişli maddî vakıaların tahakkukuna bağlıdır. Dava konusu hakkın, doğumuna temel teşkil eden herhangi bir vakıayı belirtmeden, o hakkı ileri sürmek mümkün değildir. Bir diğer ifadeyle, dava konusu hak, mutlaka kendisinin doğumuna temel teşkil oluşturan bir vakıa ile ilişkili olmak zorundadır. İşte bu nedenle, hayat olayına bağlı dava konusunun tartışılıp, hukukî himayeye mazhar görülüp görülmediği hususunun belirlenmesi noktasında, hüküm fıkrası ile zorunlu anlam bağlantısı ilişkisi içindeki gerekçe, bu ihtimallerde kesin hüküm kapsamındadır. Zira hüküm, mahkemeye dava olarak taşınan malzemeye dayalı ve sınırlı olarak tesis edileceğinden, gerekçenin var olmayana temel alması ya da mevcut olanı

yılında tarım arazisi haline getirdiği, o tarihten dava tarihine kadar nizasız ve fasılasız olarak zilyetliğinde bulundurduğu ve tarım arazisi olarak kullandığı tespit edilerek tescil davasının kabul edildiği ve bu kararın Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği, yani bu hususlardaki maddî vakıanın (Hasan Basri Tatlısoy'un taşınmazı imar ve ihya ettiği ve zilyetlik süresi ile niteliği) kesinleştiği ve bu davanın kesinleşmesinden sonra gerçekleşen bir sebebe dayanılmadığı, bu hususların ise, kararın kesinleşmesiyle birlikte kesinleşmiş maddî vakıa haline geldiği anlaşıldığı gerekçesiyle davacının davasının reddine karar verilmiştir.” (8. HD 17.01.2012, 2011/2848, 2012/85)

¹³¹ Özkaya Ferendeci, *Kesin Hüküm*, s. 180.

¹³² Meriç, *Kesin Hüküm*, s. 425

¹³³ Hilmi Şeker, *Esbab-ı Mucibe'den Retoriğe Hukukta Gerekçe*, İstanbul 2010, s. 1039 vd; Meriç, *Kesin Hüküm*, s. 423.

¹³⁴ Şeker, s. 980

¹³⁵ “Bir mahkeme kararının gerekçesi, o davaya konu maddî olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükümün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyar; kısaca, maddî olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterir. Hukuk Genel Kurulu'nun 18.10.2006 tarih ve 2006/11620 esas, 2006/659 karar sayılı kararında da vurgulandığı üzere; bazen bir mahkeme kararının, başka bir dava yönünden kesin hüküm veya güçlü delil oluşturup oluşturamayacağı gibi konularda yapılacak hukuksal değerlendirmelerin sağlıklı olabilmesi de, o kararın yukarıda açıklanan nitelikte bir gerekçeyi içermesiyle mümkündür.” (12. HD 18.03.2013, 2718/9751)

yok kabul etmesi mümkün değildir¹³⁶. Kaldı ki, hüküm fıkrasının dayanağı olan gerekçenin ayrıntılı, doğru, haklı, makul ve yeterli olması, hükmün inandırıcılığını ve maddî hakikat vasfının derecesini de perçinleyecektir¹³⁷. Öteki ifadeyle gerekçenin yukarıda sıralanan nitelikleri haiz olması halinde, kanunî hakikat vasfı, maddî hakikat vasfını da barındıracaktır. Gerekçe, hüküm altına alınan hakkın hukuki kimliği marifetiyle hakkın muhafaza, idame ve müdahaleden masun olmasının teminatıdır. Nitekim yargılama faaliyetinin demokratik denetimi, savunma ve kanun yollarının etkin ve verimli kullanılması, birey ve toplumun kamu ile ibralaşması için gerekçe elzem bir unsurdur. Hâsılı kelim, ihtilaf mevzuu hakkın şari mevkiindeki hüküm üzerine gerekçe müfessirdir.

SONUÇ

Dava konusu, davacının belirli bir hayat olayına dayanarak hukukî talepte bulunmasıdır. Bu sebeple, bu hakkın varlığı, sonuç doğurmaya elverişli maddî vakıaların tahakkukuna bağlıdır. Dava konusu hakkın, doğumuna temel teşkil eden herhangi bir vakıayı belirtmeden, o hakkı ileri sürmek mümkün değildir. Bir diğer ifadeyle, dava konusu hak, mutlaka kendisinin doğumuna temel teşkil oluşturan bir vakıa ile ilişkili olmak zorundadır. Bu sebeple, hukuken önemi haiz vakıalar hakkın kaynağıdır. Hak, hukuken korunan menfaat mahiyetiyle mahkemece hukuki himayeye mazhar görülmesi halinde hukuki varlık kazanacaktır. Mahkeme, tarafsızlığının ve bağımsızlığının teminatının bir tezahürü olarak, tarafların malumu kendisinin ise yabancı olduğu vakıaları telkin ve hatırlatmak şöyle dursun özel bilgisin dahi kullanamayacaktır. Mahkemenin görevi taraflarca yargılamaya taşınan hayat olaylarını tüm hukuki sebepler ışığında tahkik edip, onlara en iyi giderimi sağlayacak hukuki sebebi dahi uygulayabilecektir. Bu husus hâkimin asli görevidir. Bu konuda tarafların mahkemeyi sınırlaması da mümkün olmayacaktır. Gerekçe, hâkimin (mahkemenin) tespit etmiş olduğu maddi vakıalar ile hüküm fıkrası arasında bir köprü görevi yapar. Gerekçe bölümünde hükmün dayandığı hukuki esaslar açıklanır. Hâkim, tarafların kendisine sundukları maddî vakıaların hukuki niteliğini (hukuk sebepleri) kendiliğinden (re'sen) araştırıp bularak hükmünü dayandırdığı hukuk kurallarını ve bunun nedenlerini gerekçede açıklar. Hâkim, gerekçe sayesinde verdiği hükmün doğru olup olmadığını, yani kendini denetler. Üst mahkeme de bir hükmün hukuka uygun olup olmadığını, ancak gerekçe sayesinde denetleyebilir. Taraflar da ancak gerekçe sayesinde haklı olup olmadıklarını daha iyi anlayabilirler. Bir hüküm, ne kadar haklı olursa olsun, gerekçesiz ise tarafları doyurmaz. Bu niteliğinden dolayı

¹³⁶ Şeker, s. 904

¹³⁷ Şeker, s. 844



gerekçe hükmün hukuki kimliği ve meşruiyeti ile hukuki dinlenilme hakkının teminatıdır.

Son tahlilde eldeki bilimsel makalenin kaleme alınmasına sebebiyet veren tapu iptali ve tescil davası, murisin sağlığında alacaklılarından mal kaçırmak için taşınmazını mirasçılardan birisine devrettiğinden bahisle diğer mirasçılar tarafından inançlı işlem hukuki sebebine binaen ikame edilmiştir. Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması geçerli bir hukuki sebep ve tescil beyanına müstenittir. TBK'nın 19. maddesi "Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır" hükmünü havidir. Bir diğer ifadeyle, muvazaa, irade ile beyan arasında bilerek oluşturulan uyumsuzluk şeklinde tanımlanabilir. Tarafların beyanları, resmi akitte satış olarak tebarüz etse de asıl amaçları satıcının taşınmazını mevcut ve muhtemel bir hacizden masun kılmaktır. Bu sebeple görünürdeki irade ile gizli irade arasındaki uyumsuzluk muvazaa sebebiyle yolsuz tescile sebebiyet verecektir. Bu ihtimalde, şartların varit olması taşınmazı devreden alacaklılarına İİK'nın 277 ve devamı ile TBK'nın 19. maddesine dayalı tasarrufun iptali imkânı da bahşedecektir. Dolayısıyla murisin muvazaalı işlemlerine karşı üçüncü kişilere şahsi nitelikli alacak hakkı için iptal davası açma hakkı verilmesi, taraf mesabesinde olan mirasçılara mülkiyet hakkına dayalı aynı mahiyette tapu iptali ve tescil davası ikame hakkını evleviyetle tanıyacaktır. Taraflar, yargılamaya taşıdıkları uyuşmazlığa belirli bir hukuki sebebin uygulanmasını mahkemeye dikta edemeyecekleri gibi mahkemenin bununla bağlı olması da söz konusu olmayacaktır. Mahkemenin bağlı olduğu husus yargılamaya taşınan vakıalardır. Mahkeme somut hadiseyi tüm hukuki sebepler ışığında inceleyip hükmünü kuracaktır. Nitekim tüm hukuki sebeplerin süzgecinden damıtılarak tesis edilen hüküm, yargılamada tartışılan hayat olaylarına da şamildir. Bir diğer ifadeyle, hukuki sebep ışığında hukuki himayeye mazhar görülerek tesis edilen hayat olayı da hükmün kapsamında gerekçe marifetiyle vücut bulup hukuki bir kimliğe sahip olacaktır. İşte dava konusunun korunması ve hüküm sonrası her türlü müdahaleden masun olması, hakkın hukuki kimliği olan gerekçe marifetiyle sağlanacaktır. Her ne kadar davacı hayat olayı ile birleşen hukuki sebebinin inançlı işlem olarak tavsif etse de ilk derece mahkemesinin, söz konusu işlemin muvazaa olduğunu ve yapılan tescilin yolsuz olduğunu gerekçesinde tartışmış olması, hükmün kanun yolunda da bu yönüyle hukuki denetime tabi olmasını gerektirecek ve sonucu doğru kararın kanun yolunda yetersiz gerekçeye feda edilmesini engelleyecektir. Bunun yanında, vakıayı getir ki hakkını vereyim düsturunca hukuku uygulamak hâkimin asli vazifesi olduğundan, taraflar taleplerini tek bir hukuki sebebe dayandırsa dahi mahkemenin somut hayat olayını, talebi haklı kılan her türlü hukuki sebep ışığında tahkik etmesi, hem tarafların subjektif

hakkının temin ve teslimi; hem de hukuki güven ve istikrar için elzem bir husustur. Önemle belirtmek gerekir ki hukukun re'sen uygulanması görevinin gereği gibi icra edilmemesi, yargılama sonucu tesis edilen hükmü hukuka aykırılık müeyyidesi ile malul kılacağı gibi maddi hukuktan mülhem ve hukuk yargılamasının amacı olan subjektif hakların himaye edilmesini akamete maruz bırakacaktır. Bundan gayri aynı hadisenin aynı taraflar arasında farklı hukuki sebepler tahtında dava edilmesine sebebiyet verecektir.

KAYNAKÇA

Aday Nejat, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992.

Alangoya Yavuz, Dava Temeli, Kazancı Hakemli Dergi, İstanbul 2005, (Dava Temeli).

Alangoya Yavuz, Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, (İlkeler).

Arslan Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.

Atalı Murat, Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışı Edindiği (Şahsi) Bilgisini Kullanması, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009,(s. 139-161). (Özel Bilgi)

Belgesay M. Reşit, Dava Teorisi, İstanbul 1943.

Berkin Necmettin, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969.

Bolayır Nur, Medeni Usul Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi, İstanbul 2019.

Çağa Sema, Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Birleşmesi, Seminer Yarışması, Batider, 1972-1973.

Domanıç Hayri, Hukukta Kazıyeye Muhkeme ve Nisbi Kuvveti, İstanbul 1964.

Ferendeci Özkaya, Hamide Özden, Kesin Hükmün Objektif Sınırları, İstanbul 2009.

Gürdoğan Burhan, Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960.

Güvenç Özgür, Taşınmazların İnançlı İşleme Devri, Ankara 2014.

İyilikli Ahmet Cahit, Delillerin Değerlendirilmesinde Hâkimin Özel Bilgisini Kullanması, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2004, (s. 2191-2206). (Özel Bilgi)

İyilikli Ahmet Cahit, Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, C. 3. S. 2, (s. 83-156). (Dava Sebebi)



İyilikli Ahmet Cahit, Taşınmazın Aynına İlişkin İlamın Mevzuunu Oluşturan Taşınmaz Mülkiyet Hakkına Vaziyet Eden Takyidatlara Etkisi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Ankara 2017, S. 10, (s. 293- 407). (Mülkiyet)

Karacabey Ömer Faruk, Hakların Yarışması, ABD, 1980, S. 6, (s. 666- 685).

Karşılı Abdürrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2020.

Kılıç Muharrem, Gereğçeli Karar Hakkı: Yargısal kararların Rasyonelitesi, TAAD, Yıl 12, S. 47, Temmuz 2021, (s. 1- 46).

Kurt Ekrem, Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, İstanbul 2004.

Kurt Konca Nesibe, Medeni Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, Ankara 2016.

Kuru Baki, Medeni Usul Hukukunda Dava Sebebi, AD 1967/4, (s. 239-268), (Dava Sebebi).

Meriç Nedim, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011, (Tasarruf İlkesi).

Meriç Nedim, Türk Hukukunda Maddi Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları, Legal Mihder, 2007/2, S. 7, (s. 377- 434), (Kesin Hüküm).

Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/ Oktay- Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2020.

Öktem İmran, Hukuk Muhakemesinde Hak Nasıl Müdafaa Edilir (Hapishane Matbaası 1938).

Özekes Muhammet, Dava Dileğçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur, Haluk Konuralp Anısına Armağın, C.1, Ankara 2009, (s. 745-781), (Hukuki Sebep).

Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, (Hukuki Dinlenilme).

Parlak Börü, Şafak, Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşlemlerle Devri, TBBD, 2017, S. 128, (s. 231- 272).

Postacıoğlu İlhan, Davanın Unsuru Olarak Hukuki Sebep Ve Kesin Hüküm, Recai Seçkin'e Armağın, Ankara 1974. (Hukuki Sebep).

Postacıoğlu İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975 (Medeni Usul).

Sapanoğlu, Süleyman, Tapu İptali Ve Tescil Davaları, Ankara, 2015.

Sunay Zühal Aysun, Gereğçeli Karar Hakkı ve Temel İlkeleri, Danıştay Dergisi, S. 143, 2016.

- Şeker Hilmi, Esbab-ı Mucibe'den Retoriğe Hukukta Gerekçe, İstanbul 2010.
- Tercan Erdal, Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, (SÜHFD, M. Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996, s.181- 212), (Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü).
- Tuhr Andres Von, (Cevat EDEGE), Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, C.I, İstanbul 1952.
- Tuhr Andres Von, (Cevat EDEGE), Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, C.II, İstanbul 1953.
- Ulukapı Ömer, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991. (Dava Arkadaşlığı).
- Ulukapı Ömer, Yargıtay Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Yargılamaya Hakim Olan İlkelerden Taraflarca Hazırlama İlkesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, 1998, C. 6, S. 1-2, (s. 713-732).(Taraflarca Hazırlama)
- Uyar Talih, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu, ABD, 2011/1, (s. 211- 231).
- Üstündağ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000. (Medeni Yargılama).
- Üstündağ Saim, Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul 1959. (Tapu Kütüğü).
- Üstündağ Saim, İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasası, İstanbul 1967. (Yasak).
- Yavaş Murat, Medeni Usul Hukukunda Temyiz, Ankara 2015 (Temyiz).
- Yıldırım M. Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990. (Delillerin Değerlendirilmesi)
- Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013. (Şerh).
- Yılmaz Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda İslah, Ankara 2011. (İslah).
- Yılmaz Orhan, Hukukun Vakıya Uygulanması, Dr. Recai Seçkin'e Armağan 1974, (s. 895- 917)



OTOPARK, OTOPARK BEDELİ VE BU BEDELİN TAHSİL ZAMANAŞIMINA İLİŞKİN BİR İNCELEME

An Investigation on the Parking, Parking Remuneration and Prescription of Collect This Remuneration

Selman ÖZDEMİR*

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (275-312)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 18.04.2021

Kabul Tarihi : 14.09.2021

Makale Türü: Araştırma

Article Info

Received Date: 18.04.2021

Accepted Date: 14.09.2021

Article Type : Research

ÖZET

Şehirlerdeki nüfus artışı, şehirlerde sadece kişi yoğunluğunu artırmamıştır. Kişi yoğunluğu ile birlikte yapı yoğunluğunda da bir artış olmuştur. Ayrıca hem kişi yoğunluğundaki artış hem de yapı yoğunluğundaki artış, süregelen toplu taşımanın ve ulaşım altyapısının yetersiz hale gelmesine sebep olurken, insanlar yetersiz ulaşım alt yapısı ve imkânları karşısında özel araç kullanımına yönelmişlerdir. Özel araç sayısındaki artış ise hem trafik yoğunluğunu artırmış, hem de duran araçların park yeri sorununu ortaya çıkarmıştır. Mevzuat koyucu sorunu otoparkla ilgili kurallar koymakla çözmeye çalışmıştır. Mevzuat, otopark ihtiyacının önce yapı düzeyinde çözülmesini, sonra parsel düzeyinde çözülmesini, sonra da yerleşme düzeyinde çözülmesini öngörmüştür. Otopark sorunu yapı ve parsel düzeyinde çözülemez ise, yapı sahiplerinden otopark bedeli adı altında bir pay almak sureti ile otopark sorununun yerleşme düzeyinde çözülmesi amaçlanmıştır. Bu çalışmada, otopark bedelinin ne olduğu, bu bedelin nasıl, kimlerden, ne şekilde tahsil edileceği ve tahsil zamanaşımı konusu incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Otopark Yönetmeliği, Otopark bedeli, Kamu alacağı, Kamu zararı, Tahsil zamanaşımı.

ABSTRACT

Population growth in cities, not only did people increase their density in cities; but also building density increased. Increase in person density, caused ongoing public transport and transportation infrastructure to become insufficient, that is why people tend to use private car in the face of inadequate transportation infrastructure. Increase in the number of private cars, both increased traffic density and raised parking problem for vehicles that stopped rather than moving. Legislative tried to solve the problem by setting rules about parking. The parking need is solved at the building level before, then parcel level solved, then foreseen resolved at the settlement level by the legislation. If the parking problem is not solved at the building level and parcel level, it is aimed to solve the parking problem at the settlement level by taking a share from the building owners under the name of the parking fee. In this study, the subject of how, from who and in what way the parking fee will be charged and collection prescription s tried to examined.

Keywords: Parking Regulation, Carpark remuneration, Public receivable, Public financial harm, Collection prescription.

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Dr., Hâkim, Konya Bölge İdare Mahkemesi Üyesi, selmanozdemir3@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-2513-6073>.

GİRİŞ

Günlük kullanımda, hattâ benzen bu konularla ilgili olanların uygulamalarında “otopark bedeli” kavramı yerine otopark ücreti kavramının, “otopark ücreti” kavramı yerine ise otopark bedeli kavramının kullanılabilmesine şahit olunmaktadır. Hâlbuki otopark ücreti farklı bir kavram, otopark bedeli farklı bir kavramdır. Kavramların mevzu mânâlarında kullanılmaması, bazı uygulama hatalarına yahut yanlış anlaşılmalara sebep olabilmektedir.

Bu sebeple çalışmaya bu iki kavram arasındaki farka kısaca değinerek başlamanın uygun olacağı değerlendirilmiştir. Bir şahsın araçla seyir halinde iken, bir otoparka giriş yaparak, aracını otoparka park ettikten sonra, aracı ile birlikte otoparktan çıkış esnasında ödediği paraya, otopark ücreti adı verilmektedir. Zîra Otopark Yönetmeliği’ne göre “*bir şehir veya bölgenin mevcut ve gelecekteki şartları ile ihtiyaçları göz önünde bulundurularak imar planları ile düzenlenen ihtiyaca göre açık, kapalı ya da katlı olarak belediyeler veya diğer kamu kuruluşları ve özel kişiler tarafından yapılan ve işletilen otoparklar*”, bölge otoparkları ve genel otoparklar kapsamında kalmaktadır (m.3) ve bu nitelikteki otoparkların kullanıcılarından “ücret” alınacağı; diğer bir ifadeyle bu otoparkların kullanımının ücreti mukabilinde gerçekleşeceği Yönetmelik’te belirtilmiştir (m.6/3).

Bu çalışmanın konusu, yukarıda bahsedilen otopark ücreti değildir. Diğer bir deyişle, bir şahsın araçla seyir halinde iken bir otoparka giriş yaparak, aracını otoparka park ettikten sonra, aracı ile birlikte otoparktan çıkış esnasında ödediği para, bu çalışmada incelenmeyecektir. Bu çalışmada “otopark bedeli” konusu üzerinde durulacaktır. Çalışmada ele alınacak otopark bedeli kavramı, “otopark ücreti” kavramından farklı bir kavram olup; bu kavramın neyi ifade ettiğine, çalışma içeriğinde değinilmiştir.

Otopark konusunun bir mekânsal planlama, bir de mekânsal planların araziye uygulanması olmak üzere iki ana yönü bulunmaktadır. Uygulamada ilgili idarelerin gerek imar planlarında, gerek imar planlarının uygulanmasında ve bu kapsamda yapı ruhsatlarının tanzimi esnasında mevzuat gereği uymakla yükümlü oldukları otoparka ilişkin kurallara riayet edilmediği durumlara sıklıkla rastlanmaktadır. Özellikle otoparkın mali boyutuna ilişkin olarak pek çok hatalı işlemler yapılabilmektedir. Bu kapsamda çalışmada, genel olarak otopark konusu üzerinde durulduktan sonra, otopark bedeli ile uygulamada karşılaşılan bedelin tahakkuk ve tahsisli meselesi ele alınmaya çalışılacaktır.

Çalışmada otopark bedeli kavramı açıklandıktan sonra, otopark bedelinin mükelleften ve sorumludan tahsilinde hangi kanunların uygulanacağı, ayrıca uygulanacak olan kanuna göre tahsil zamanaşımının ne olacağı hususları üzerinde de durulacaktır. Çalışmada yer alan mükellefin ve sorumlunun kimler olduğu, ilgili kısımlarda ayrıca açıklanmıştır.

Öte yandan; otopark bedelinin niteliği, tahsilinde hangi kanunun uygulanacağı ve tahsil usulünün ne olacağı hususlarının anlaşılabilmesi için, otopark bedelinin ne olduğunun izahı gerekmektedir. Otopark bedelinin ne olduğunun izah edilebilmesi için ise, otopark konusunun anlaşılması gerekmektedir. Bu konulara ilişkin izahların yapılabilmesi maksadıyla, çalışmaya altlık oluşturması bakımından çalışmanın başlangıcında; otoparka neden ihtiyaç duyulduğu, otopark ve otopark bedeli konusunun mevzuata girişi hususlarına ayrı birer başlıkta yer verilmesi elzem görülmüştür. Zira otoparka neden ve nasıl ihtiyaç duyulmaya başlandığının anlaşılması, otoparkın ve otopark bedelinin mevzuata girişinin anlaşılmasını sağlayacak; bunun sonucunda otopark bedeli kavramı, bu bedelin tahsilinin hangi kanuna göre yapılacağı konusu ile tahsil zamanasını konusu daha iyi açıklanabilecektir.

Bu noktada vurgulamak gerekir ki, çalışma boyutunun sınırlarının aşılması amacıyla, otopark bedelinin bir “malî yükümlülük” olup olmadığı; yapı içine ya da parsel içine otopark yapmak yerine, parselde daha fazla bina inşa edebilmek amacıyla bedel ödemenin tercih edilmesi halinde, ödenen bedelin bir “malî yükümlülük” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği; katılım ücreti niteliğinde “otopark bedeli” adı altında yönetmelik ile bir bedel ihdas edilip edilemeyeceği; idarenin yönetmelikle kişilere bedel ödeme yükümlülüğü getirip getiremeyeceği gibi konular, bu çalışmada incelenmeyecektir. Bu konular, çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

I. OTOPARK BEDELİNE GİDEN SÜREÇ: ÜLKEMİZ'DE OTOPARK İHTİYACININ ORTAYA ÇIKIŞI

Otopark ihtiyacının ortaya çıkışı, sosyal ve iktisadî sebeplere dayanmaktadır. Sosyal ve iktisadî sebepler mekân kullanımında bazı sorunlara yol açmış; bu sorunların insana ve mekâna dair etkilerinin kamu düzenini bozma seviyesine gelmesi üzerine yasal düzenlemeler ile soruna çözüm bulunması gerekmiştir. Bu başlık altında, çalışmaya altlık oluşturmak üzere, otopark ihtiyacının ortaya çıkmasına sebep olan bu hususlara kısaca değinilecektir.

1950’li yıllardan itibaren ülkemiz şehirlerinde nüfus artışı hızlanmış; bu hızlı nüfus artışı kendisini kırdan şehre göç etme şeklinde göstermiştir¹. Fakat şehirlerdeki mahallî kamu hizmetleri, nüfus artışı ile doğru orantılı şekilde artmamıştır. Aksine, 1960’lı yıllarla birlikte şehirlerdeki nüfus artışında yükseliş görülürken, mahallî kamu hizmetlerinin yeterliliğinde nüfus artışına nazaran düşüş görülmektedir. Mahallî kamu hizmetlerinde hem nitelik hem de nicelik açısından ortaya çıkan gerileme neticesinde, şehirlerdeki altyapının ve

¹ Nazlı Yücel Batmaz / Çiğdem Erdem, “Türkiye’de 1950-1960 Döneminde Kentleşme Sürecini Siyasî İktidarın Yapısı ve Uygulamaları Açısından Yorumlamak”, (2016) *Muhafazakâr Düşünce*, 47, Ocak-Nisan, s.204 vd.

mahallî kamu hizmetlerinin yetersiz hale geldiği bu dönemde somut şekilde hissedilmeye başlanmıştır².

1960'lı yıllarla birlikte arazi kullanım politikalarının üretilmesinde gecikildiği, şehir plânlamanın nüfus yoğunlaşmasının gerisinden geldiği, bu durumla bağlantılı olarak ulaşım plânlamasının yapılamadığı görülmektedir. Arazi kullanım politikalarının, şehir plânlamanın ve plân kararlarının mekâna uygulanmasının nüfus artışının gerisinde kalması, ulaşım hizmetlerinin de yetersizliğini ortaya çıkarmıştır. Netice olarak 1960'lı yıllarla birlikte, sunumunda yetersiz kalınan mahallî kamu hizmetlerinden birisinin de ulaşım hizmetleri olduğu söylenebilir.

Ulaşım hizmetlerinin yetersizliği, imar hukuku araçlarından olan ve şehrin fizikî yapısını biçimlendirmeyi ihtiva eden şehir plânlarının yapılması, bu plânlara göre imar yollarının planlanması ve yolların açılması boyutuyla kendisini gösterdiği gibi; toplu taşıma hizmetleri bakımından da kendisini göstermiştir. Toplu taşıma hizmetlerinin yetersiz kalışı sonucunda halk, ulaşım ihtiyacına kendince çözümler bulmaya yönelmiş³; ulaşım sorununu vatandaşlar “dolmuş” adı verilen vasıtalarla çözmeye çalışmışlardır⁴. Yol sorunu da vatandaşlarca, gidilmek istenen yere erişimi sağlayan en kolay topoğrafyayı kullanmak sureti ile plânsız şekilde çözümlenmeye çalışılmıştır.

Hâl böyle olmakla birlikte ne mahallî imkânlar, ne merkezî imkânlar, ne de halkın kendi kendine çözmeye çalıştığı dolmuş vb taşıma yöntemleri ulaşım sorunlarını çözememiştir. 1960'lı yıllarla birlikte toplu ulaşımın şehirlerde “yetersiz” olması, şehir sakinlerini ister istemez özel araç kullanımına yöneltmiş; imkânı olanlar ilk fırsatta özel araç edinmenin yollarını aramaya başlamıştır.

Bunda şehircilik ve ulaşım plânlaması bağlamında toplu ulaşımın kalitesinin ve niteliğinin artırılması yerine, hem hızlı, hem de kolay bir çözüm gibi görünen, ancak kısa vadeli bir çözüm olan özel araç sahipliği yoluyla ulaşımın sağlanmasının teşvik edilmesi etkili olmuştur⁵. Teşvik politikaları ile birlikte bu dönemde artık özel araç sahibi olmak prestij, statü ve zenginlik göstergesi olarak addedilmeye başlanmıştır⁶. Özel araç sahibi olmanın teşvik edilmesinin

² Şevket Işık, “Türkiye’de Kentleşme Hareketleri ve Kentleşme Modelleri”, (2005) *Ege Coğrafya Dergisi*, 14, s.63.

³ Selman Özdemir, “İmar Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme”, (2018) *Mahallî İdareler Dergisi*, 69, Eylül, s.106.

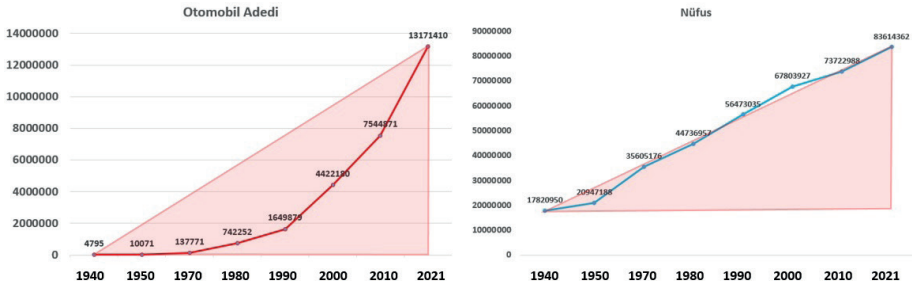
⁴ Nasır Niray, “Tarihsel Süreç İçerisinde Kentleşme Olgusu ve Muğla Örneği”, (2002) *Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 9, Güz, s.13.

⁵ Yıldız Öncü / Mevlüde Ayca, “20. Yüzyılda Ankara’nın Kentsel Yapısı ve Ulaşım Sistemindeki Gelişmeler”, (2017) *Ankara Araştırmaları Dergisi*, 5, Haziran, s.120.

⁶ Aysu Uğurlar, “Kentsel Ulaşımında Özel Araç Odaklı Düzenlemelere Eleştirel Bir Bakış”, (2019) *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, (13), 19, Eylül, s.1983.

“lafta kalmaması”, teşviğin somutlaştırılması maksadıyla kredili ve vadeli otomobil satışı imkânlarında kolaylıklar sağlanmıştır⁷. Böylelikle özel araç sahipliğinin kolaylaştırılması sonucunda, 1960’lı yıllarla birlikte ülkemizde özel araç sayısında hızlı bir artış başlamıştır⁸. Hattâ daha önceden lüks bir mal olarak görülen otomobil, yavaş yavaş lüks mal olma hüviyetini yitirerek (pek çok farklı sebepten dolayı) bir ihtiyaç olarak değerlendirilmeye başlanmıştır⁹. Bu sürecin sonunda özellikle büyükşehirlerdeki şartların zorlamasıyla, bazı ailelerde zamanla bir yerine iki adet otomobile sahip olduğu dikkati çekmektedir¹⁰.

Ülkemizde 1960’lı yıllar ile başlayan özel araca yönelik hızlı ve yüksek talebe binaen, pazar arayışında olan yabancı araç fabrikalarının bu yıllardan itibaren ülkemizde fabrika kurma yatırımlarına başlamaları¹¹, ilk Türk otomobili Devrim’in de 1961 yılında imâl edilmesi,¹² o dönemde ülkemizdeki özel araca olan talebin yoğunluğunu ve yüksekliğini göstermesi bakımından önemlidir.



1940 – 2021 yılları arasındaki otomobil sayısı ile nüfus artışı grafiği

1960’lı yıllardan itibaren ülkemizdeki otomobil sayısındaki artış ile nüfus artışı yukarıdaki grafiklerde mukayeseli şekilde gösterilmiştir¹³. 1940 yılında

⁷ İlerleyen süreçte, gazetelerin promosyon yarışına girerek, kuponla otomobil dağıtımına başlamaları, toplu taşıma sorunun uzun yıllar çözülemediğinin bir göstergesidir.

⁸ Öncü, Ayca (n:5), s.120.

⁹ Selman Özdemir, “Mekânsal Plânlamada Akaryakıt/LPG İstasyonu Yer Seçimi”, (2018) *Mahalli İdareler Dergisi*, 68, Ağustos, s.3.

¹⁰ Özdemir, (n:9), s.3.

¹¹ Türkiye Sınai Kalkınma Bankası A.Ş., *Otomotiv Sektörü Raporu*, Ocak, 2017, s.25, http://www.osd.org.tr/sites/1/upload/files/Otomotiv_Sektor_Raporu_TSKB-2208.pdf, e.t. 07.03.2020.

¹² Serkan Güneş, “Türk Toplumunu ve Otomobil”, (2012) *Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 25, Mayıs, s.220.

¹³ Grafik şu kaynaklardan faydalanılarak hazırlanmıştır; Fatih Aydın / Muhammed Oral, “Türkiye’de Karayolu Ulaşımının Tarihsel Gelişimi”, (2018) *Journal of Awareness*, C. 3, Özel Sayı, s.261’den; Tuik, “Motorlu Kara Taşıtları, Ocak 2021”, <https://tuikweb.tuik.gov.tr/Pre>

nüfus 17 milyon 820 bin 950 iken, aynı yılda 4795 adet otomobil bulunmaktadır. 1950 yılında nüfus 20 milyon 947 bin 188 iken, aynı yılda ülkedeki otomobil sayısı 10071'dir. 1940 yılından 2021 yılına kadar geçen süreçte nüfus, bazı değişimler göstermekte birlikte doğrusal bir artış gösterirken, aynı süreçte otomobil sayısındaki artışın 1950 yılından itibaren parabol biçiminde git gide artan şekilde gerçekleştiği ve grafikteki otomobil sayısı artış çizgisinin gitgide dikey duruma geçtiği görülmektedir. Bu grafiklerde yer alan veriler dikkate alındığında, 1960'lı yıllardan itibaren ülkemizdeki otomobil sayısındaki artışın parabol şeklinde hızlı bir yükselme seyri gösterdiği görülmektedir. Veriler incelendiğinde 1970 yılından 2020 yılı sonuna kadar motorlu kara taşıtlarındaki artış oranının % 6230'un üzerinde olduğu anlaşılmaktadır.

Daha evvelden sadece hareketli trafik üzerinde yoğunlaşarak şehir plânları ve ulaşım plânları yapılmakta iken; 1960'lı yıllardan itibaren ortaya çıkan bu durum, şehirlerde sadece hareketli trafiğin değil, aynı zamanda duran trafiğin de önemli olduğunu¹⁴; şehir plânlamada sadece hareketli trafiğin değil duran trafiğin de dikkate alınmasını zorunlu kılmıştır. Dolayısıyla şehir plânları ve tasarım projeleri yapılırken, artan araç sayısı ve nüfus yoğunluğu sebebiyle, çalışma yerleri ve ikâmet yerleri için ayrılan alanın yanında, ilâveten bir de taşıtlar için alan ayrılması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bunun sonucunda şehirlerde önemli bir alt yapı donatı alanı olan otoparkların yapılması gerektiği anlaşılmış; böylelikle otopark konusu gündeme gelmeye başlamıştır.

20 m²'lik bir çalışma alanına karşılık 28 m²'lik otopark ihtiyacının olması, mekân kullanımında otopark alanı ihtiyacının çalışma ve ikâmet yerleri kadar önemli bir konu olduğunu ortaya koymak bakımından çarpıcı bir örnektir¹⁵. Ayrıca, herhangi bir kişinin günlük kullanımındaki bir otomobil, zamanın büyük bir kısmını hareket ederek değil, parklanarak (durarak) hareketsiz şekilde geçirmektedir. Nitekim bir yılda (365x24=)8760 saat bulunmaktadır. Şehir içinde kullanılan bir otomobilin işletme hızının¹⁶ 50 km/h olduğu ve bu

HaberBultenleri.do:jsessionid=Sqdhg09GhPBbfpStMJ4pQ11SrvydJxwVsSpKWdK2G-IJbLn7fmCHR!1955124248?id=37411, 17.03.2021'den; Arslan Bekir Sanır, *Türk Otomotiv Sanayii: Kuruluş ve Gelişim Sürecinde Yazılanlar, Belgeler ve Yorumlar Cilt I, 1964 Yılı ve Öncesi*, (Önder Matbaacılık 2011), Ankara, s.50'den; Otomobil Yatırımcıları Derneği, "Tuik 2020 yılı Ocak Ayı Motorlu Kara Taşıtları Verisi", <http://www.oyder-tr.org/Content/document/raporlar/tuik-raporlari/tuik-motorlu-kara-tasitlari-ocak-2020-haber-bulteni.pdf>, e.t. 13.03.2020'den; Aren Kurtgözü, "Otomobiller ve Sahipleri", <https://manifold.press/otomobiller-ve-sahipleri#:~:text=B%C3%B6ylece%201950%20y%C4%B1n%C4%B1nda%20T%C3%BCrkiye'de,adedi%20de%2010.071'e%20y%C3%BCkselir.>, e.t.17.03.2021.

¹⁴ Coşkun Günel, *Kent ve Yol*, (Özgün Matbaacılık 1983), Ankara, s.146.

¹⁵ Soner Handebilen / Yetiş Şazi Murat / Nesrin Baykan / Nagehan Meriç, "Kentlerde Otopark Sorunu: Denizli Örneği", (1999) *Pamukkale Üniversitesi Mühendislik Bilimleri Dergisi*, 5, s.1099.

¹⁶ İşletme hızı: Belli bir yol üzerinde, hâkim çevre ve trafik şartlarında, her yol kesimi için

aracın yılda ortalama 15000 km yol kat ettiği kabul edilirse; bu aracın bir yıl boyunca hareketli olduğu (trafikte kaldığı) süre, $(15000/50=)$ $t=300$ saattir¹⁷. Bu durumda bir araç, yılın $(8760-300=)$ 8460 saatini hareketsiz (park etmiş) şekilde geçirmektedir¹⁸.

Bu husus, şehir içinde kullanılan ortalama bir aile aracının, bir yılda 300 saat hareket halinde (trafikte) iken, 8460 saat hareketsiz (park etmiş) durumda olduğunu göstermekte olup; bu veri de otopark konusunun, en az yol ve hareketli trafik kadar önemli bir konu olduğunu gösteren bir başka örnektir. 2021 yılı Ocak ayı itibariyle Türkiye’de trafiğe kayıtlı “otomobil” sayısının 13 milyon 171 bin 410 adet¹⁹ olduğu göz önünde bulundurulursa, sadece otomobiller için dahi otopark alanı ihtiyacının had safhada olduğu izahattan varestedir.

Taşıt sayılarındaki hızlı artış, ticaret ve iş merkezlerinin şehir merkezlerinde yoğunlaşması, taşıtların park etme sürelerinin hareket halindeki sürelerinden fazla olması ve bir de bütün bu hususlara plansız şehirleşme eklendiğinde, kaçınılmaz olarak otopark sorunu başka bir boyut kazanmakta, yeni problemler ortaya çıkarmaktadır²⁰. Bu sorun zamanla öyle bir hale gelmiştir ki; büyük şehirlerden kasabalara varıncaya kadar otopark sıkıntısı ile her yerde her an karşılaşılmaya başlanmış; sorun, “*Aile Hekimi, Eczacı Komşusunu Otopark Kavgasında Bıçakladı*”²¹ şeklinde asayiş haberlerine konu olacak olayların yaşanmasına sebep olacak vahamete erişmiştir.

Okul bahçelerinin park yeri olarak kullanılması, açık otoparklar, kapalı otoparklar, katlı otoparklar, bölge otoparkları, semt otoparkları, site içi otoparklar, yol kenarı parklanma yerleri, tır/kamyon park alanları gibi farklı türde park yerleri vasıtasıyla otopark meselesine çözümler bulunmaya çalışılmaktadır. Hatta trafik yoğunluğunun artması ve parklanma sorunları sebebiyle bazı şehirlerde, şehre araç girişlerinin yasaklanmaya başladığı²²; araç yoğunluğu ve otopark sorununa şehre araç girişini yasaklayarak çözüm bulunulmaya çalışıldığı dikkati çekmektedir.

belirlenmiş olan proje hızını aşmadan, sürücünün sağlayabileceği en yüksek yolculuk hızıdır; Tülay Kılıçaslan (Der.), *Kentsel Ulaşım*, (Ninova Yayıncılık 2012), İstanbul, s.320.

¹⁷ Handebilen vd (n:15), s.1099.

¹⁸ Handebilen vd (n:15), s.1099.

¹⁹ Tuik (n:13).

²⁰ Mahir Gökdağ / Selami Yarbaşı, “Ulaşım Sorunlarından Otoparklar Üzerine Bir Araştırma ve Erzurum Örneği”, *Türkiye İnşaat Mühendisliği 17. Teknik Kongresi Bildiriler Kitabı*, (İMO Yayınları 2004), Ankara, s.538.

²¹ Doğan Haber Ajansı, “Aile Hekimi Eczacı Komşusunu ‘Otopark’ Kavgasında Bıçakladı”, <https://www.memurlar.net/haber/964692/doktor-eczaci-komsusunu-otopark-kavgasinda-bicakladi.html>, 08.04.2021.

²² Bartın Olay Gazetesi, “İnkumu ve Amasra Kilitlendi”, <http://www.bartinolay.com/inkumu-ve-amasra-kilitlendi-17770.html>, e.t. 08.03.2020.



II. OTOPARK BEDELİNİN MEVZUATIMIZA GİRİŞİ: OTOPARK MEVZUATINA KRONOLOJİK BİR BAKIŞ

Yürürlükte olan 3194 sayılı İmar Kanunu, 9 Mayıs 1984 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmış; bir kısım maddeleri yayımı tarihinde, bir kısım maddeleri ise yayımından altı ay sonra yürürlüğe girmiştir. 3194 sayılı İmar Kanunu’ndan evvel, 16 Temmuz 1956 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 6785 sayılı İmar Kanunu yürürlükte dir. 6785 sayılı İmar Kanunu’ndan önce ise, 21 Haziran 1933 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 2290 sayılı Belediye Yapı ve Yollar Kanunu yürürlükte dir.

Şehirlerde otopark meselesinin gündeme gelmesi, toplu ulaşımın yeterli ve nitelikli olarak sunulması yerine herkesin otomobil edinerek ulaşımını kendisinin sağlamasının teşvik edilmesi sonrasında başladığından, otopark konusunun mevzuata girişinde Belediye Yapı ve Yollar Kanunu öncesi dönemin incelenmesine gerek görülmemiştir. Zira bu dönemde otomobil yaygın bir ulaşım aracı haline henüz gelmemiştir.

Belediye Yapı ve Yollar Kanunu incelendiğinde ise, otoparkla ilgili bir hükmün bu Kanun’da bulunmadığı görülmektedir. 6785 sayılı İmar Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihte de, otopark konusunu düzenleyen genel bir mevzuat bulunmamaktadır. Otoparkla ilgili ilk yasal düzenleme 1972 yılında yapılmıştır. 1972 yılına kadar otoparkla ilgili genel bir düzenlemenin olmaması sebebiyle, 1972 yılı öncesinde kaleme alınan imar hukuku kitaplarında da otopark meselesinin işlenmediği dikkati çekmektedir²³. 1972 yılı öncesi dönemde kimi belediyelerin imar plânı kararları ile, kimi belediyelerin belediye meclisi ve belediye encümeni kararları ile, kimi belediyelerin ise “kervan yolda düzülür sistemi” ile otopark meselesini ele aldıkları anlaşılmaktadır.

1972 yılında, 6785 sayılı İmar Kanununda Bazı Değişiklikler Yapılması Hakkında Kanun’un²⁴ 2’nci maddesi ile otoparkla ilgili olarak 6785 sayılı Kanun’a Ek 1’inci madde eklenmiştir. Kanun gerekçesinin, 7 Ocak 1970 tarihli olduğu görülmektedir. İlgili maddenin kısa gerekçesi incelendiğinde, “*otopark ihtiyacının giderilmesi hususunun daha plânlama safhasından alınarak, tatbikatın sonuna kadar değerlendirileceği; özellikle büyük şehirlerimizin gün geçtikçe artan motörlü taşıtlara paralel olarak duyulan otopark ihtiyacı zamanında karşılanmadığından, çeşitli problemlerin meydana geldiği; maddenin bu konunun ilgisi dolayısıyla İmar Kanunu içinde yer almasının sağlandığı*” belirtilmiştir²⁵.

²³ Örneğin 1969 yılında basılan bir İmar Hukuku kitabında imarla ilgili pek çok konuya yer verilmişken, otopark konusunun hiç ele alınmadığı görülmektedir; bkz, Sadık Artukmaç, *Türk İmar Hukuku*, (Ayyıldız Matbaası A.Ş. 1969), Ankara.

²⁴ 20.07.1972 tarih ve 14251 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

²⁵ TBMM, “6785 Sayılı İmar Kanununda Bazı Değişiklikler Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı”,

6785 sayılı İmar Kanunu'na eklenen Ek 1'inci maddede ise, “İmar planlarının tanziminde, planlanan beldenin ve bölgenin şartları ile müstakbel ihtiyaçlar göz önünde tutularak lüzumlu otopark yerleri ayrılır.

Otopark yapılmasını gerektiren bina ve tesislerin neler olduğu, otopark ihtiyacının miktar, ölçü ve diğer şartları ile bu ihtiyacın nasıl tespit olunup giderileceği ise imar talimatnamelerinde belirtilir.

İmar talimatnamelerinde bulunması gereken bu konu ile ilgili esaslar; İçişleri, Bayındırlık ve Ulaştırma Bakanlıklarının mütalâaları alınmak suretiyle İmar ve İskân Bakanlığınca tespit olunur.

Otopark ihtiyacı bulunan bina ve tesislere lüzumlu otopark yeri tefrik edilmedikçe yapı izni, otopark tesis edilmedikçe de kullanma izni verilmez.

Kullanma izni alındıktan sonra otopark yeri, plana ve talimatname hükümlerine aykırı olarak başka maksatlara tahsis edilemez. Bu fıkra hükmüne aykırı hareket edildiği takdirde, belediyelerce yapılacak tebligat üzerine en geç üç ay içerisinde bu aykırılık giderilir. Mal sahibi, tebligata rağmen müddeti içerisinde gerekli düzeltmeyi yapmazsa, belediye encümeni karariyle bu hizmet belediyece yapılır ve karşılığı 54'üncü maddeye göre tahsil olunur.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce kullanma izni alınıp, ruhsatname ve eklerine aykırı olarak başka maksatlara tahsis edilmiş bulunan otopark yerlerinden, bu maddede sözü geçen talimatnameye göre otoparka tahsisi gerekenleri hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır” hükmüne yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, yukarıda özetlenen özel otomobil sahipliğinin arttığı 1960'lı yılları izleyen dönemde şehirlerde artık otopark sorunları baş göstermeye başlamış ve kanun koyucu şehirlerde otopark sorununun olduğunu kabul etmek sureti ile bu sorunun çözümüne yönelik çalışmalara başlamış, nihayetinde 1970 yılında kanun çalışmalarına başlanarak, otopark meselesine bir çeki düzen verilmesini amaçlamıştır.

1972 tarihli Kanun sonrasında, (tespit edebildiğimiz kadarıyla) ülke çapında uygulanan ilk otopark yönetmeliğinin 1976 yılında yürürlüğe girdiği görülmektedir. 1976 tarihli Yönetmelik, otopark konusunu düzenlemekle birlikte; bu yönetmeliğin adı “otopark yönetmeliği” olarak konulmamıştır. Yönetmeliğin adı, Belediyelerin İmar Yönetmeliklerine Ek Yönetmelik'tir²⁶. İsminde otopark kelimesi yer almasa da, bu Yönetmelik doğrudan otopark konusunu düzenlemek maksadıyla çıkarılmıştır. Yönetmeliğin amacı, “şehir ve kasabalarda sayısı gün geçtikçe artan motorlu taşıtların doğurduğu trafik sorunu ve özellikle artan araba sahipliği nedeniyle otopark sorununu

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d03/c019/mm__03019010ss0137.pdf, 19.03.2021.

²⁶ 07.05.1976 tarih ve 15580 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.



çözümlmek için bina ve tesislerde özel, imar planlarında genel otopark yerleri tesisi ile bunların miktar ve ölçülerini belirlemek” olarak belirlenmiştir.

Bu Yönetmeliğin, artan araç sayısı sonucu trafik ve otopark sorununun ortaya çıkması nedeniyle, bu sorunun özel ve genel otopark yerleri oluşturularak çözülmesi amacıyla yürürlüğe konulduğu görülmektedir. 7 Mayıs 1976 tarihli Yönetmelik’te bilahare 21 Mayıs 1977 tarihinde ve 23 Aralık 1977 tarihinde değişiklikler yapılmıştır.

Öte yandan; 1976 tarihli Yönetmeliğin isminde “otopark yönetmeliği” ifadesi yer almasa da, uygulamada bu yönetmeliğin Otopark Yönetmeliği adıyla anıldığı dikkati çekmektedir. Örneğin, 1981 tarihli Büyükçekmece Belediyesi İmar Yönetmeliği’nde²⁷ 1976 tarihli Yönetmelik’ten “Otopark Yönetmeliği” olarak bahsedilmekte, 1976 tarihli Yönetmeliğe yapılan yollamaların “Otopark Yönetmeliği” adıyla yapıldığı görülmektedir.

25 Mayıs 1981’de Otoparklara İlişkin Belediyelerin İmar Yönetmeliklerine Ek Yönetmelik²⁸ isimli yeni bir yönetmelik yürürlüğe konularak, ülke çapında uygulanan bir mevzuatın isminde ilk kez “otopark” kelimesine yer verilmiştir. Ardından 15 Temmuz 1981 tarihinde²⁹ ve 22 Ocak 1982 tarihinde³⁰ Otoparklara İlişkin Belediyelerin İmar Yönetmeliklerine Ek Yönetmelik’te değişiklikler yapılmıştır.

Bilahare 18 Nisan 1984 tarihinde Otopark Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir³¹. Dikkat edileceği üzere, artık yönetmeliğin ismi resmî olarak “Otopark Yönetmeliği” olmuştur. Ardından 26 Nisan 1984 yılında yeni bir Otopark Yönetmeliği yayınlanmıştır³²; 1990 yılında³³, 1991 yılında³⁴, 1993 yılında³⁵ ve en son 2018 yılında³⁶ Otopark Yönetmeliği ismi ile yeni yönetmelikler yürürlüğe konulmuştur.

III. OTOPARK BEDELİ

Otopark bedeli ilk kez, 6785 sayılı Kanun’un Ek 1’inci maddesi uyarınca yürürlüğe konulan 1976 tarihli Yönetmelik’le mevzuata girmiştir. 1976 yılından bu güne kadar geçen süreçte yürürlüğe konulan yönetmeliklerin tamamında, otopark bedeli yer almıştır.

²⁷ 26.01.1981 tarih ve 17232 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

²⁸ 25.05.1981 tarih ve 17350 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

²⁹ 15.07.1981 tarih ve 17401 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

³⁰ 22.01.1982 tarih ve 17582 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

³¹ 18.04.1982 tarih ve 18376 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

³² 26.04.1984 tarih ve 18383 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

³³ 21.12.1990 tarih ve 20732 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

³⁴ 09.02.1991 tarih ve 20781 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

20.03.1991 tarih ve 20820 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

³⁵ 01.07.1993 tarih ve 21624 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

³⁶ 22.02.2018 tarih ve 30340 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

Bu çalışmanın otopark bedeli, bu bedelin tahsili usulü ve zamanaşımı noktasında toplanmaktadır. Bu çalışmanın kaleme alındığı tarih itibariyle hem 1993 tarihli Yönetmelik dönemindeki hem de 2018 tarihli Yönetmelik dönemindeki işlemlerin devam ettiği dikkate alındığında, otopark bedeline ilişkin incelemeler hem 1993 tarihli Yönetmelik hem de 2018 tarihli Yönetmelik kapsamında incelenecektir. Öte yandan 1993 tarihli ve 2018 tarihli Yönetmeliklerde benzer yönler olduğu gibi farklı yönler de bulunmaktadır. Çalışmada, tekrardan kaçınmak maksadıyla benzer yönler ayrıca vurgulanmayacak, ancak otopark bedeline ilişkin farklı yönler ayrıca vurgulanacaktır.

2018 tarihli Otopark Yönetmeliğinde, “*Otopark bedeli tahsil edilmeden yapı ruhsatı düzenlenmez*” kuralına yer verilerek (m. 12/9), otopark bedelinin tahsil edilmemesi durumunun önüne geçilmeye çalışılmış, ancak 25.03.2021 tarihli Yönetmelik değişikliği bu hüküm değiştirilmiştir. Neticede otopark bedelinin tamamı tahsil edilmeden yapı ruhsatı düzenlenebilir hale gelmiştir.

Kimi hallerde hiç otopark bedeli ödenmeden, kimi hallerde ise bedelin bir kısmı ödenip bir kısmı ödenmeden yapı ruhsatlarının düzenlendiği görülmektedir. Otopark bedeli alınmadan yapı ruhsatı düzenlendiğinin İçişleri Bakanlığı müfettişleri ile Sayıştay denetçileri tarafından teftiş ve denetim esnasında tespit edildiğinde, bu kez otopark bedellerinin tahsili meselesi ikinci defa gündeme gelmektedir. Bu husus da göz önünde bulundurularak bu çalışmadaki inceleme, hem yapı ruhsatı verilmesi aşamasındaki tahsil usulü yönü ile hem de teftiş ve denetim sonucu belediye yetkililerinin otopark bedelini tahsil etmeden yapı ruhsatı düzenlediklerinin tespiti sonrasında bedelin belediye yetkililerinden tahsil usulü yönü ile yapılacaktır.

Bu konuya ilişkin uygulamada var olan tartışmanın, tahsilâtın Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa göre mi yoksa Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre mi yapılacağı noktasında yoğunlaşması nedeniyle, çalışmada tahsilâtın hangi kanuna göre yapılacağı konusu üzerinde durulacaktır. Tahsil şeklinin teknik detaylarına ise çalışmada yer verilmeyecektir.

A. Yürürlükteki Mevzuatta Otopark ve Otopark Bedeli

Otopark bedeli konusunun izah edilebilmesi için, evvelâ yürürlükteki mevzuatta otopark ihtiyacının giderilmesi meselesinin nasıl ele alındığının incelenmesi gerekmektedir. Otopark ihtiyacının nasıl ele alındığının açıklığı kavuşturulması, otopark bedeli konusunun izahını kolaylaştıracaktır.

1. Otopark ihtiyacı konusunun mevzuatta ele alınışı

3194 sayılı İmar Kanunu’nda “*İmar plânlarının tanziminde, plânlanan beldenin ve bölgenin şartları ile müstakbel ihtiyaçlar gözönünde tutularak*



lüzumlu otopark yerleri ayrılır” hükmüne yer verilmiştir (m.37/1). Bu hüküm, imar plânı müelliflerine ve plân yapma ve onaylama yetkisi olan idarelere bir emir içermektedir. Kanun, plânlanan bölgenin mevcut şartları ile projeksiyon hesapları göz önünde bulundurularak, yeteri kadar otopark yeri ayrılmasını imar plânı müelliflerine ve imar plânı yapma ve onaylama yetkisi olan idarelere emretmiştir. İmar plânı müellifleri ile imar plânı yapma ve onaylama yetkisi olan idarelerin kanunun bu emrine uyup uymadıkları, kamuoyunun takdirindedir.

Öte yandan İmar Kanunu’nun “Yönetmelik” başlıklı maddesinde, “*Otopark ayrılması gereken bina ve tesisler ile diğer hususlar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikte tespit edilir.*”

Otopark yapılmasını gerektiren bina ve tesislerin neler olduğu, otopark ihtiyacının miktar, ölçü ve diğer şartları ile bu ihtiyacın nasıl tespit olunup giderileceği ise, bu yönetmelikte belirtilir” hükmüne yer verilerek (m.44/III), Kanun’da bedel dâhil otopark konusunun detaylarının yönetmelikle belirleneceği açıklanmıştır.

2018 tarihli Yönetmelik’te otoparkın zorunlu tutulduğu kullanım alanları ve bu alanlarda ayrılacak olan otopark miktarları liste halinde gösterilmiştir³⁷. Bu listedeki miktarlar kullanım alanına göre ihtiyaç duyulan otopark alanlarını ifade etmektedir. Örneğin, meskenlerde her daire için bir araçlık otopark alanı; marketlerde her 20 m²’lik market alanı için bir araçlık otopark alanı, tatil köylerinde her dört oda için bir araçlık otopark alanı, kahvehanelerde her 30 m²’lik kahvehane alanı için bir araçlık otopark alanı ayrılması gerekmektedir³⁸.

8 ayrı bağımsız bölümlü ve mesken vasıflı bir binanın olduğunu varsayarsak, Yönetmelik gereği bu bina için en az 8 araçlık otopark alanı ayrılması gerekmektedir. Bu 8 adet bağımsız bölümlü mesken vasıflı binanın zemin katının ise market olarak projelendirildiğini ve market alanının 200 m² olduğunu kabul edersek, market alanı için de en az 10 araçlık otopark alanı ayrılması gerekmektedir. Netice itibarıyla bu binaya toplam 18 araçlık otopark alanı gerekmektedir. Dolayısıyla bu binanın 18 araca karşılık gelen toplam 360 m² otopark alanına ihtiyacı bulunmaktadır.

1993 tarihli Otopark Yönetmeliği, otopark ihtiyacının “yerleşme düzeyinde” ve “yapı düzeyinde” olmak üzere, iki ayrı düzeyde karşılanması esasını benimsemiş; yerleşme düzeyindeki otoparkların “bölge otoparkları” ve “genel otoparklar” olarak iki kısımda, yapı düzeyindeki otoparkların ise “bina içinde”

³⁷ Kullanım alanına göre ihtiyaç duyulan otopark alanları için bkz. Otopark Yönetmeliği.

³⁸ Ayrıca hem 1993 tarihli Yönetmelik’te ve ilgili Tebliğ’de hem de 2018 tarihli Yönetmelik’te belediye ve il özel idaresi meclisi kararı ile Yönetmelik’te belirtilen asgari otopark miktarlarının azaltılamayacağı, ancak artırılabilmesi belirtilerek, meclislerin mahallin inkişaf durumuna göre ihtiyaç duyulan otopark miktarlarını artırmalarına imkân tanınmıştır.

veya “bina parselinde” olarak iki kısımda karşılanacağı öngörülmüştür.³⁹ 2018 tarihli Yönetmeliğin, otopark ihtiyacının karşılanması konusunda 1993 tarihli Yönetmelik’te belirlenen bu esası devam ettirdiği gözlenmektedir.

2018 tarihli Yönetmelik’te, binayı kullananların otopark ihtiyacının bina içinde veya binanın bulunduğu parselde karşılanması zorunlu tutulmuştur (m.4/1-a)⁴⁰. Yukarıda yer verilen zemini market olan 8 adet bağımsız bölümlü mesken vasıflı binaya ilişkin örnekte ihtiyaç duyulan 360 m²’lik otopark alanı ihtiyacının kural olarak bina içine yahut binanın bulunduğu parsel içine otopark yapılması sureti ile karşılanması gerekmektedir. Dolayısıyla parsel ebatlarının, bina içine yahut parsel içine ilâveten otopark oluşturacak boyutlarda oluşturulması gerekmektedir. Parsel ebatlarının bu şekilde oluşturulabilmesi için ise, imar planlarındaki ada boyutlarının, bahse konu biçimde parsel oluşumuna müsait olacak ebatlarda çizilmesi (oluşturulması), aynı zamanda imar planı notlarına, açıklama raporlarına yahut plan hükümlerine, arazi ve arsa düzenlemesinde oluşturulacak asgarî parsel büyüklükleri ile asgarî ifraz şartına ilişkin hükümler konulması gerekmektedir.

2. Otopark bedeli

Otopark ihtiyacının bina içinden yahut parsel içinden karşılanması her zaman mümkün olamayabilmektedir. Bazı hallerde kısmen bazı hallerde de tamamen, bina içine veya binanın yer aldığı parselde otopark projelendirmesi yapılamamaktadır. Bu durumu öngören mevzuat koyucu, yukarıda yer verilen “binayı kullananların otopark ihtiyacının bina içinde veya binanın bulunduğu parselde karşılanması zorunluluğu”na muhtelif istisnalar getirmiştir. Binanın bulunduğu parsel içine otopark projelendirmesinin yapılamayacağını kabul edildiği durumlar, Yönetmelikte sayma yolu açıklanmıştır. Yönetmelik’te sayma yolu ile açıklanan hallerin varlığı durumunda, “bina otopark ihtiyacının bina içinde veya binanın bulunduğu parselde karşılanması zorunluluğu” ortadan kalmaktadır.

1993 tarihli Yönetmelik’te, bina içinde ya da binanın bulunduğu parsel içinde, binanın ihtiyaç duyduğu otopark karşılanamaz ise “*otopark bedeli alınmak sureti ile bu binaların otopark ihtiyacının karşılanması*” (m.4/f-3) esası benimsenmişken; 2018 tarihli Yönetmelik’te, doğrudan bedel alınmak sureti ile bu tür binaların otopark ihtiyaçlarının belediyelerce karşılanması cihetine gidilmemiştir;

³⁹ Kübra Cihangir Çamur (Edit.), *Belediye İmar İşleri El Kitabı*, (TODAİE Yayınları 2002), Ankara, s.114.

⁴⁰ 1993 tarihli (mülga) Yönetmelik’te de “*Binayı kullananların otopark ihtiyacının, bina içinde veya parselinde karşılanması esastır*” (m.4/a) hükmüne yer verilerek, mülga Yönetmeliğin de kuralı belirttiği görülmektedir. Bu hükme göre bina otopark ihtiyacının giderilmesinde kural; bina otopark ihtiyacının, bina içinden ya da binanın bulunduğu parsel içinden karşılanmasıdır.



a. Önce komşu parsellerle ortak otopark uygulaması veya ada içi otopark uygulaması yapılarak binanın otopark ihtiyacının karşılanması,

b. Bu mümkün olmazsa, tapuya şerh edilmek kaydıyla 1000 metrelik yarıçap içinde kamulaştırmaya konu olmayan başka parselden, başka binadan veya başka binaların zorunlu olarak ayrılması gerekenler haricindeki müstakil otopark olarak ayrılmaya müsait olan bölümlerinden yahut ticarî otoparklardan binanın otopark ihtiyacının karşılanması,

c. Bunun da mümkün olmaması halinde, bedel alınmak suretiyle idarece bölge otoparkından yer tahsis edilerek, binanın otopark ihtiyacının karşılanması esası benimsenmiştir.

Görüldüğü üzere 1993 tarihli Yönetmelik'te “bina otopark ihtiyacının bina içinde veya binanın bulunduğu parselde karşılanmasının mümkün olmadığı” hallerde, doğrudan bedel alınarak belediyece bölge otoparklarından binanın otopark ihtiyacının karşılanması uygulaması kabul edilmişken; 2018 tarihli Yönetmelikte, “binayı kullananların otopark ihtiyacının bina içinde veya binanın bulunduğu parselde karşılanması zorunluluğu”nu ortadan kaldıran istisnaî hallerin varlığı durumunda idareye önce yukarıda sayılan (a) ve (b) bentlerindeki yollarla binanın otopark ihtiyacının karşılanmasının mümkün olup olmadığını araştırması, yukarıda sayılan (a) ve (b) bentlerindeki yollarla da binanın otopark ihtiyacının karşılanması mümkün değilse, bu durumda bedel alarak bölge otoparkından binaya yer tahsis edilerek binanın otopark ihtiyacının karşılanması uygulaması kabul edilmiştir.

Bu husus bize, “otopark bedeli” konusunun “binayı kullananların otopark ihtiyacının bina içinde veya binanın bulunduğu parselde karşılanması zorunluluğu”nu ortadan kaldıran istisnaî hallerin varlığı durumunda gündeme geldiğini göstermektedir. Ayrıca yukarıdaki açıklamaların mefhum-u muhalifine göre, bir yapıya ilişkin olarak yapı ruhsatı aşamasında otopark bedeli alınmış ise, bu durumda otopark bedeli alınan yapının otopark ihtiyacının ilgili idare tarafından karşılanması zorunludur⁴¹.

Dolayısıyla yapı ruhsatı aşamasında “otopark bedeli” alınmış ise, otopark bedeli alınan yapıyı kullananların araçlarını, yapının hizmet etki alanına dâhil olduğu semt veya bölge otoparklarına park edebilmeleri, bu şekilde semt

⁴¹ 1993 tarihli Yönetmelik'te, bedel alınan parsellerin otopark ihtiyacının belediye veya valilikçe karşılanacağı belirtilmiştir. 2018 tarihli Yönetmelik'te ise ilgili idarece denilmiş; idarelerin ise sorumluluk alanlarına göre büyükşehir belediyesi, belediye ve valilik olduğu açıklanmıştır. Ancak burada valilikçe ibaresine yer verilmesi kanaatimizce hatalı olmuştur. Zira valilikçe ibaresi, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 70'inci maddesine istinaden günümüzde il özel idaresi olarak uygulanmaktadır. Bu nedenle eski Yönetmelik'teki valilikçe ibaresinin, 5302 sayılı Kanun hükmüne rağmen 2018 tarihli Yönetmeliğe yazılmasının doğru olmadığı, bunun mevzuatın kopyala-yapıştır biçiminde kaleme alınmasından ileri geldiği değerlendirilmektedir.

veya bölge otoparklarından faydalananlardan ise bu faydalanma nedeniyle (çalışmanın girişinde otopark bedelinden ayrı bir konu olduğu belirtilen) “otopark ücreti” alınmaması, bu kişilerin otoparklardan ücretsiz faydalanması öngörülmüştür⁴².

3. Otopark bedelinin ödenmesi

2018 tarihli Yönetmeliğin uygulanmasının tercihe bırakılarak, fiilî olarak yürürlüğünün geçici maddelerle sürekli uzatılması ve tam manâsıyla 2018 tarihli Yönetmeliğin 2021 yılında yürürlüğe girdiği dikkate alındığında, 2018 tarihli Yönetmeliğin otopark bedeli konusu ile ilgili ihtilâflar henüz görülmeye başlanmamıştır. Mevcut ihtilâflar ise 1993 tarihli Yönetmeliğin uygulaması ile ilgilidir. Bu nedenle çalışmada hem 1993 tarihli hem de 2018 tarihli Yönetmeliklerdeki otopark bedellerinin nasıl ödenmesi gerektiğine ayrı ayrı yer verilmiştir.

1993 tarihli Yönetmelikte konuya ilişkin olarak, “*Otopark ihtiyacı parselinde karşılanamayan ve idaresince İmar Kanununun 37’nci maddesine göre otopark tesis edilemeyen alanlarda otopark bedelinin arsa payı hariç %25’i yapı ruhsatının verilmesi sırasında nakden, kalan %75’i ve arsa payı ise belediyesince veya il özel idaresince parselin otopark ihtiyacı karşılandıktan en geç doksan gün sonra o yıla ait miktarlara göre değerlendirilerek tahsil edilir. Yapı ruhsatı düzenleme aşamasında ödemelere ilişkin taahhütname alınır ve tapu kütüğüne bu hususta şerh düşülür. Plansız alanlarda otoparkın parselinde veya yapıda karşılanması zorunludur*” hükmüne yer verilmiştir (m.4/f-3).

2018 tarihli Yönetmelik’te ise, “*Otopark bedellerinin tahakkuk ve tahsil esaslarının bu Yönetmelik hükümleri dikkate alınarak ilgili idareler tarafından belirlenmesi*” esası benimsenmiştir (m. 12/3). 2018 tarihli Yönetmelik’teki bu hüküm, 1993 tarihli Yönetmeliğe göre bedel tahakkuk ve tahsili bakımından idarelere daha esnek bir hareket sahası vermiş, ödemelerin nakden yahut taksitle yapılabilmesi konusunda idarelerin tahsil esasları belirlemesine imkân tanınmıştır.

Ayrıca 2018 tarihli Yönetmelik’te “*Otopark bedelinin % 25’i yapı ruhsatı verilmesi sırasında nakden, bakiyesi ise yapı kullanma izni verilmeden önce tamamlanmak kaydı ile en çok onsekiz ay içinde altı eşit taksitte ve kalan taksitlerin her yıl yeniden değerlendirilme oranında artırılması suretiyle tahsil edilir. Yapı ruhsatı düzenleme aşamasında %25’lik peşin ödenen kısım haricindeki ödemelere ilişkin taahhütname alınır. Taksitle ödenecek %75’lik kısım ödenmeden yapı kullanma izni düzenlenmez*” hükmüne yer verilmiştir (m.12/9). 2018 tarihli Yönetmelik ile, %75’lik bakiye kısmın 18 ay içerisinde altı eşit taksitte ödenmesi imkânı getirilerek, ödeme bakımından da 1993 tarihli Yönetmeliğe göre daha uzun bir vadenin belirlendiği görülmektedir.

⁴² Çamur (n:39), s.114.



Kezâ 2018 tarihli Yönetmelik'te, yerleşim yerlerinin otopark bakımından idarelerce gerekli görülmesi halinde beş kademeye ayrılarak, her bir kademe için hesaplanan bedelin belli bir oranının otopark bedeli olarak tahsiline karar verilmesi yönünde, yine idarelere yetki verilmiştir (m.12/11). Bu yaklaşımın hakkaniyetli bir yaklaşım olduğu değerlendirilmektedir. Zîra bir şehrin her bölgesinin fiyatlamasının birbirine eşdeğer olmadığı dikkate alındığında, yoğun bölgelerden otopark bedelinin tamamının, yoğunluğu daha düşük bölgelerden ise Yönetmelik'teki belirtilen oranlarda indirim yaparak otopark bedelinin bir kısmının tahsilinin hakkaniyetli olacağı açıktır. Ancak bu kademeli bedel tahsili için, evvelâ konuya ilişkin olarak belediye veya il genel meclisince karar alınması, diğer bir deyişle meclislerin kademelenmeyi gerekli görmesi icab etmektedir. Aksi halde bedelin tamamının ödenmesi gerekmektedir⁴³.

B. Bir Olay Üzerinden Otopark Bedelinin Tahsil Usûlünün İncelenmesi

1. Olay

2008 yılında Mersin İli, (...) İlçesi'nde yer alan muhtelif parsellere yönelik ilçe belediyesi tarafından muhtelif yapı ruhsatları düzenlenmiştir.

Yapı projelerine, parsellerin genişlik ve derinlik ölçülerine, çekme mesafelerine, vaziyet plânlarına ve imar durumuna göre, yapıların otopark ihtiyacının bina içinden veya binanın bulunduğu parselden karşılanması mümkün değildir. Bu sebeple yapılacak binaların otopark ihtiyacının semt otoparkından karşılanması gerekmektedir. Bu maksatla yapı ruhsatı aşamasında ruhsat (yapı) sahipleri adına otopark bedelleri tahakkuk ettirilmesi ve (işlem tarihinde yürürlükte olan 1993 tarihli Yönetmelik gereği) bedelin %25'inin peşin olarak yapı sahiplerinden alınması gerekmektedir. Lâkin belediye personeli, otopark bedellerini hiç hesaplamadan ve peşin tahsili gereken otopark bedeli kısmını tahsil etmeden yapı ruhsatlarını düzenlemiştir.

İlerleyen yıllarda ilçe belediyesinde İçişleri Bakanlığı'na denetim yapılmıştır. Denetim sonucunda, “*yapı ruhsatları aşamasında otopark bedeli alınması gerekirken, otopark bedelinin alınmadığı; otopark bedelinin alınmaması nedeniyle kamu zararına sebebiyet verildiği; tahsil edilmeyen otopark bedellerinin tamamının bu durumdan sorumluluğu olan Belediye İnşaat Teknikerinden, Belediye Harita-Kadaastro Mühendisinden, Belediye İnşaat Mühendisinden, Belediye Malî Hizmetler Müdüründen ve Belediye Başkanından Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu kapsamında takip ve tahsilinin sağlanması*” yönünde denetim raporu tanzim edilmiştir.

⁴³ Otopark bedelinin hesaplanmasına dair matematiksel hesaplamaların çalışma konumuzla bir ilgisinin bulunmaması nedeniyle, otopark bedelinin matematiksel hesaplama yöntemine çalışmada değinilmemiştir.

Otopark bedelini zamanında tahsil etmeyen belediye yetkilileri, kamu zararına dönüşmesine sebep oldukları otopark bedelini ödemek istememekte; bir şekilde otopark bedelini bu bedelin asıl yükümlüsü olan yapı sahibinden tahsil etmenin yolunu aramaktadırlar. Neticede konunun belediye meclisinde görüşülerek, belediye meclisince bedelin yapı sahiplerinden alınmasına karar verildikten sonra meclis kararına göre uygulama yapılması yönünde meclise bir teklif getirilmiştir. Bunun üzere konu belediye meclisinde görüşülmüş; 2011 yılı Ağustos ayında İçişleri Bakanlığı Denetim Raporunda belirtilen ve tahsil edilmemiş olan otopark bedellerinin yapı sahiplerinden tahsil edilmesine karar verilmiştir.

Bu karar sonrasında yapı sahibine yönelik tahsilât işlemlerine başlanacağı esnada yapı sahibi vefat etmiştir. Belediye de, yapı sahibinden tahsil edilmeyen otopark bedelinin ödenmesini, yapı sahibinin mirasçılarında istemiştir. Bu maksatla yapı sahibinin mirasçıları adına, Amme Alacakları Tahsil Usûlü Hakkında Kanun kapsamında 2017 yılı Kasım ayında ödeme emri tanzim edilerek, mirasçılar yönünden takibata başlanmıştır. Mirasçılar, ödeme emrinin iptali talebi ile idare mahkemesinde dava açmıştır.

2. İlk derece mahkemesi safhası

İlk derece idare mahkemesi özetle, “*otopark alacağının 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu kapsamında hukuk mahkemesinde alacak davası açılması sureti ile tahsil edilmesinin gerektiği, otopark bedelinin kamu icra hukuku kapsamında 6183 sayılı Kanun’a göre takibatının ve tahsilinin yapılamayacağı, bu nedenle 6183 sayılı Kanun kapsamında ödeme emri düzenlenmesinin hukuka aykırı olduğu*” gerekçesiyle ödeme emrinin iptaline karar vermiştir.⁴⁴

3. Hukukî sorun

İçişleri Bakanlığı’nca otopark bedelinin hesaplanarak tahakkuk ettirilmediği, bunun sonucunda bedelin tahsil edilmediği, zamanında tahakkuk ve tahsil yapmayan belediye yetkililerinin kamu zararına sebep oldukları tespit edilmiştir. Bu sebeple raporda; otopark bedellerinin, kamu zararına sebep olduğu belirtilen kamu görevlilerinden tahsil edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Belediye yetkilileri ise, sebep oldukları kamu zararını ödemek yerine; otopark bedeli borçlarının asıl mükellefi olan yapı sahiplerinden tahsili yönünde meclis kararı aldırılmışlardır. Belediye meclisi kararı sonrasında, Belediye Malî Hizmetler Müdürlüğü yapı sahiplerinin mirasçılarında 6183 sayılı Kanun’a göre ödeme emri tebliğ etmiştir.

⁴⁴ Mersin 1’inci İdare Mahkemesi’nin 25.10.2018 tarih ve E:2017/1819, K:2018/1285 sayılı kararı.



İlk derece idare mahkemesi ise, bu alacağın 6183 sayılı Kanun'a göre değil, 5018 sayılı Kanun'a göre tahsil edilmesi gerektiği gerekçesi ile ödeme emrinin iptaline karar vermiştir. Dolayısıyla ilk derece mahkemesi, otopark bedelinin yapı sahiplerinden tahsil edilmesi gerektiğini, ancak bu tahsilatın 6183 sayılı Kanun kapsamında değil, 5018 sayılı Kanun kapsamında yapı sahibine karşı alacak davası açmak ve arkasından 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'na göre ilâmlı icra takibi yapmak sureti ile yapılması gerektiğini söylemektedir.

Bu noktada iki hususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Evvelâ otopark bedelinin hukukî niteliğinin incelenmesi; ardından bu bedelin, (otopark bedelini ödemekle yükümlü olan yapı sahibinden) 6183 sayılı Kanun kapsamında mı, yoksa 5108 sayılı Kanun kapsamında mı tahsilinin gerektiğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

C. Otopark Bedelinin “Yapı Sahibinden” Tahsilinde, 5018 Sayılı Kanun’un Uygulanıp Uygulanamayacağını İncelenmesi

5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda, “*kamu zararından doğan alacağın tebliğinin ve takibinin sorumlulardan ve ilgililerden yapılacağı*” belirtilmiş (m.10), “*kamu zararından doğan alacağın tahsilinin, sorumlulardan ve ilgililerden yapılacağı*” açıklanmıştır (m.12). Ayrıca Kanun'da “*kamu zararının, bu zarara neden olan kamu görevlisinden veya diğer gerçek ve tüzel kişilerden tahsiline ilişkin usûl ve esasların, (...) yönetmelikle düzenleneceği*” hükmüne yer verilmiştir (m.71/5).

Kanun koyucunun verdiği yetkiye istinaden yürürlüğe konulan Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te⁴⁵ “*İlgili: Kendisine yersiz veya fazla ödeme yapılan kişi*” olarak (m.4/b), “*Sorumlu: Kamu zararının oluşmasına sebep olan kamu görevlisi*” olarak tanımlanmıştır (m.4/h).

Yönetmeliğin “Sorumluluk” başlıklı maddesinde ise, “*kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararının geri ödenmesi sürecine, kamu görevlileri ile birlikte ilgililerin de dâhil edileceği*” kuralına yer verilmiştir (m.5/2)⁴⁶.

Mevzuat hükümlerine göre, bir kamu zararının 5018 sayılı Kanun kapsamında takibinin ve tahsilinin yapılabilmesi için, takibat yapılacak

⁴⁵ 19.10.2006 tarih ve 26324 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴⁶ Ancak, bu madde gereği kamu zararının geri ödenmesi sürecinde kamu görevlilerinin yanında “*ilgililerin*” kamu zararının geri ödenmesi sürecine dâhil edilebilmesi için, kamu zararı ile ilişkili, ilgili statüsündeki kişilerin mevcut olması gerekmektedir. Kamu zararı ile ilişkili, “*ilgili statüsünde kişi*”nin bulunmaması durumunda, kamu zararının geri ödenmesi sürecinde sadece kamu görevlilerinin yer alacağı ve kamu zararının tahsilinin sadece kamu görevlilerinden yapılacağı tabiidir.

kişinin ya “*ilgili*” olması veya “*sorumlu*” olması gerekmektedir⁴⁷. İlgili, kamu bütçesinden kendisine fazla ödeme yapılan şahıs iken; sorumlu, kamu zararına sebep olan kamu görevlisidir.

Otopark bedelinin yükümlüsü (mükellefi) ise yapı ruhsatının “yapı sahibi” bölümünde ismi yazan kişi; diğer bir ifadeyle yapının sahibidir. Adına yapı ruhsatı düzenlenen kişi (yapı sahibi) ise, ne kendisine kamu bütçesinden fazla ödeme yapılan kişi sıfatını; ne de kamu zararına sebep olan kamu görevlisi sıfatını taşımamaktadır. Bu sebeple, otopark bedelinin yükümlüsüne karşı 5018 sayılı Kanun hükümlerine göre takibat yapılması hukuken mümkün değildir. Zîra otopark bedelinin yükümlüsü olan yapı (ruhsatı) sahibi, 5018 sayılı Kanun kapsamında kamu zararından sorumlu tutulan kişiler kapsamına girmemektedir.

Bu duruma istinaden yukarıda aktarılan ilk derece mahkemesi kararına yönelik istinaf kanun yolu başvurusunda bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesinin “yapı ruhsatı sahibine yönelik takibatın 6183 sayılı Kanun’a göre değil de, 5018 sayılı Kanun’a göre yapılması gerektiği” yönündeki gerekçesinde hukukî isabet görmemiştir⁴⁸.

D. Otopark Bedelinin “Yapı Sahibinden” Tahsilinde, 6183 Sayılı Kanun’un Uygulanıp Uygulanamayacağıın İncelenmesi

Otopark bedelinin 6183 sayılı Kanun kapsamında tahsil edilecek bir kamu alacağı olup olmadığını belirlemede, anahtar terim “kamu hizmeti” terimidir. Bu sebeple, otopark bedeline müteallik işlerin bir kamu hizmeti olup olmadığını açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

1. Otoparka ilişkin şehir planlama ve imar işlemlerinin kamu hizmeti niteliği

“Kamusal hizmet, “*amme hizmeti*”, “*umumî hizmet*”, “*hidemat-ı umumiye*” gibi farklı kelimeler ile ifade edilen kamu hizmetinin tutarlı ve genel geçer bir tanımı bulunmamaktadır⁴⁹. Siyaset bilimi, iktisat, kamu maliyesi, idare hukuku gibi farklı disiplinler, kendi ilgi alanları bakımından bu kavramı ele alarak incelemektedirler⁵⁰. İzin, ruhsat, sözleşme, işletme hakkı devri gibi muhtelif yöntemlerle özel kişilere de hizmetlerin gördürülmeye başlamasının işin içine girmesiyle birlikte, idare hukuku bakımından neyin kamu hizmeti

⁴⁷ Ali Kayım, “İç Denetçiler Soruşturma Yapabilir Mi? Kamu Zararından Sorumlu Olanların Tespiti Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, (2009) *Denetim Dergisi*, 2, s.122.

⁴⁸ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2’nci İdarî Dava Dairesi’nin 28.11.2019 tarih ve E:2019/335, K:2019/2023 sayılı kararı.

⁴⁹ Süheyp Derbil, “Kamu Hizmeti Nedir?”, (1950) *AÜHFD*, (7), 3-4, s.28.

⁵⁰ Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, (Turhan Kitabevi 2002), Ankara, s.11vd.



olduğu neyin kamu hizmeti olmadığı noktasında fikir çeşitliliğinin daha da arttığı söylenebilir. Bu çalışmada başlı başına “kamu hizmeti nedir? – ne değildir?” sorularına cevap bulmaktan ziyade, otopark bedeli ile ilgili imar planlama ve imar uygulaması işlerinin birer kamu hizmeti olup olmadığına değinilerek, ardından çalışmanın ana konusuna geçilecektir. Bu nedenle kamu hizmetine yönelik teorilere bu çalışmada yer verilmeyecektir. Kaldı ki, teoride kamu hizmeti ile ilgili pek çok unsura yer verilmekle birlikte, ülkemizde bu unsurların tamamının bir bütün olarak kamu hizmeti ölçütü olarak tam anlamıyla kullanıldığını söylemek de güçtür⁵¹. Ancak ana konudan sapmamak maksadıyla bu tartışmalara çalışmada değinilmeyecektir.

Görkem, “*toplumun ortak ihtiyaçlarının karşılanması bakımından, kamu idarelerinin yapmak durumunda bulunduğu hizmetlerin kamu hizmeti olarak nitelendirildiğini*” ifade etmektedir⁵². Yüksek mahkeme kararlarını göz önünde bulundurarak Yasin’in kamu hizmetini, “*kamu tüzel kişileri tarafından ya da kamu tüzel kişilerinin denetiminde ve gözetiminde özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilen, giderilmesinde kamu menfaati olduğu siyasî karar vericiler tarafından kabul edilen, toplumun genel ve ortak ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik faaliyetler*” olarak açıkladığı görülmektedir⁵³. Bu açıklamalardan ve uygulamadaki durumdan, kamu hizmetlerinin merkezî idare yahut mahallî idareler tarafından bizatihi (emanet usûlü ile) veya kamu idarelerinin denetimi ve gözetimi altında özel kişiler eliyle görülmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır⁵⁴. Öte yandan; mahallî idareler tarafından yürütülen kamu hizmetlerinin, belli bir coğrafi alanda ve mahallî nitelikte olduğunu hatırdan çıkarmamak gerekmektedir⁵⁵.

Genel olarak mal veya hizmet sunumu olarak görünüm kazandığı anlaşılan kamu hizmetinin konu ve amaç yönünden “genel ve ortak ihtiyaçların karşılanması” ve “kamu yararı” unsurları ile bu hizmetin kim tarafından veya kimin gözetiminde yahut denetiminde yürütüleceğinin tespiti yönünden ise “devlet/idare” unsurunun belirleyici özellikler olarak ön plana çıktığı görülmektedir⁵⁶. Fakat bu unsurların da kendi içinde esnek olduğu, yere, zamana

⁵¹ Sedat Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti Ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, (TOBB Yayınları 2008), Ankara, s.30.

⁵² Hilâl Görkem, *Kamu Hizmetlerinin Özelleştirilmesi Kapsamında Cezaevi Hizmetlerinin Özelleştirilmesi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği*, (Maliye Bakanlığı Yayınları 2009), Ankara, s.3.

⁵³ Melikşah Yasin, “Kamu Hizmeti”, *İdare Hukuku*, Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün Özge Okay Tekinsoy, (XII Levha Yayınları 2013), İstanbul, s.478.

⁵⁴ Kemâl Gözler, *İdare Hukuku, C-II*, (Ekin Kitabevi Yayınları 2009), Bursa, s.254 v.d.

⁵⁵ Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, (Seçkin Yayınları 2009), Ankara, s.461.

⁵⁶ İzak Atiyas / Burak Oder, *Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi*, (TEPAV Yayınları 2008), Ankara, s.8.

ve konunun ele alınışına göre bu unsurların farklı tanımlarının ve kapsamlarının olduğu bir vakıadır. Örneğin Koç, bu kavramlardan kamu yararı kavramının “kaypak” bir kavram olduğunu vurgulamaktan geri durmamaktadır⁵⁷.

Öte yandan; toprağın hem doğal/tabîî kaynak olması, hem kıt kaynak olması, kıt kaynak niteliği dolayısıyla rant sağlaması durumları göz önünde bulundurulduğunda; toprak üzerindeki mekân kullanımının gelişigüzel (başıboş) bir şekilde gerçekleşmesinin sağlanmasının hem iktisadî açıdan, hem sosyal barış açısından, hem de çevre ve sağlık açısından mahzurlar içermektedir⁵⁸. Yaşanacak, tarım yapılacak, çalışılacak, barınma ve üretim alanların nüfusun artışına göre çoğaltılması mümkün değildir; bu sebeple mevcut topraklardan daha fazla miktarda verim alınmasını sağlayacak yolların ve yöntemlerin bulunması gerekmektedir⁵⁹.

Bu durum, ister istemez kurallar manzumesi vasıtasıyla toprak üzerinde bir düzen kurmayı gerektirmektedir. Zîra zaman bize, kıt kaynaklardan olan toprak üzerinde yaşam sürdürülen her alanda (sahipsiz yerlerde dahi) bir düzenleme yapılması ihtiyacının olduğunu göstermiştir. Kıt kaynaklardan olan toprağın ve toprağın üstünün (mekânın) kullanımının düzenlenmesi ise, haliyle egemen kudretin (devletin) toprağın ve toprağın üstünün (mekânın) kullanımı hakkında bir takım uyulması zorunlu kurallar koymasını gerektirmiştir⁶⁰.

Bu düzenleme ve kural koyma ihtiyacı, “imar” kelimesi ile karşılanmıştır. İmar kelimesi, Arapça “ümrân” kelimesinden türemiştir. Ümrân ise, bayındırlık mânasına gelmektedir⁶¹. Kelime anlamı olarak imar, bayındır kılma, geliştirme, şenlendirme, medenîlik ve saadet anlamlarına gelmektedir⁶².

Kamu hizmeti tanımlarından yola çıkarak Yayla, “bayındırlık hizmetleri”ni kamu hizmeti kapsamında değerlendirmektedir⁶³. Bu kapsamda bayındırlık hizmetlerinin bir parçası olan ve aynı zamanda mahallî nitelik arz eden şehrin fizikî açıdan düzenlenmesine yönelik imar plânı yapılması, imar plânında otopark planlanması, yapı ruhsatı düzenlenmesi, imar parseli üretilmesi gibi şehir planlaması ve imar uygulaması hizmetlerinin, mahallî nitelikteki kamu hizmetleri arasında yer aldığı söylenebilir.

⁵⁷ Zeynel Koç, *Taşınmaz Kültürel Miras Yönetimi ve Mali Teşvikler*, (İTO Yayınları 2008), İstanbul, s.119.

⁵⁸ Özdemir (n:3), s.104.

⁵⁹ Parlak, Ziya, *Arazi Toplulaştırması*, s.10, http://www.tarimreformu.gov.tr/library/belge/b_Kirsal_alan_arazi_toplulastirma_ziya_parlak%20.pdf, 09.10.2012.

⁶⁰ Özdemir (n:3), s.104.

⁶¹ Mehmet Kanar, *Osmanlı Türkçesi Sözlüğü*, (Say Yayınları 2009), İstanbul, s.500.

⁶² Ferit Devellioglu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, (Aydın Kitabevi Yayınları 2007), Ankara, s.614.

⁶³ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, (Filiz Kitabevi 1985), İstanbul, s.63 ve 69.



Otopark konusu, İmar Kanunu'nda, Otopark Yönetmeliği'nde ve Mekânsal Plânlar Yapım Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. İmar Kanunu, “*yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak*” amacıyla yürürlüğe konulmuştur. Bu Kanun, imar kelimesinin kapsamında kalan “kamu hizmetlerinin yürütülmesi”ne ilişkin usûl ve esasları düzenleyen; kamu sağlığını, kamu düzenini ve kamu güvenliğini ilgilendiren bir kanundur.⁶⁴ Otopark Yönetmeliği ise, İmar Kanununun uygulanmasına ilişkin bir Yönetmeliktir. Ulaşım ve sistemlerinin, ulaşım problemlerinin çözümünü göstermek, imar planlarına uygun şekilde yerleşimlerde araçların yol açtığı trafik sorunlarının çözümü maksadıyla otopark yapılması gereken yapıların neler olduğunu açıklamak, yapı ruhsatı düzenlenecek binalarda araçların yol açtığı/açacağı parklanma sorunlarına çözüm bulmak, yerleşim alanlarında otopark ihtiyacının miktarının, otopark ölçülerinin ve otoparkla ilgili diğer konuların belirlenmesi, otopark ihtiyacının giderilmesi esaslarını düzenlemek maksadıyla yürürlüğe konulmuştur. Mekânsal Plânlar Yapım Yönetmeliğinde ise, teknik yönden donatı ve altyapı olarak otopark konusu ele alınmıştır.

Bütün bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde; yapı ruhsatı işlerinin, yapıya - imara ve şehir plânlamaya ilişkin otopark işlerinin İmar Mevzuatı ve Otopark Yönetmeliği kapsamında yürütülen; kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı ile ilgili olan; giderilmesinde kamu menfaati bulunan; belde halkının genel ve ortak ihtiyacının karşılanmasına yönelik düzenlemeler ihtiva eden otopark iş ve işlemlerinin birer kamu hizmeti olduğu açıktır⁶⁵.

2. Kamu hizmetlerinde bedel meselesi

Kamu hizmetlerinin bir kısmı bedava iken, bir kısmı bedava değildir⁶⁶. Mevzuat tarafından hizmetin bedava olması öngörülmüş ise, kamu hizmeti bedava olacaktır⁶⁷; mevzuat tarafından hizmetin bedava olması öngörülmemiş ise, kamu hizmeti bedava olmayacaktır. Kamu hizmetlerinin bedelsizliğinin sadece mevzuatta düzenlenmesi halinde mümkün olabileceğinden bahsedilmektedir⁶⁸.

Otopark bedeli, imar ve şehircilikle ilgili kamu hizmetlerinden kaynaklı bir bedeldir. Anayasa Mahkemesi'nin “otopark bedeli” kavramının mevzuatımıza ilk kez girdiği dönemlerde verdiği bir kararında yer alan, “*bütün kamu*

⁶⁴ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdarî Dava Dairesi'nin 28.11.2019 tarih ve E:2019/335, K:2019/2023 sayılı kararı.

⁶⁵ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdarî Dava Dairesi'nin 28.11.2019 tarih ve E:2019/335, K:2019/2023 sayılı kararı.

⁶⁶ İsmet Giritli / Pertev Bilgen, *İdare Hukuku*, (Kervan Yayınları 1973), İstanbul, s.143.

⁶⁷ Gözler (n:54), s.342.

⁶⁸ Ayhan Sarısu, “Tanıma Kavuşturulamayan “Kamu Hizmeti””, (2011) *Yargıtay Dergisi*, Temmuz, (37), 3, s.53

giderlerini kuruşu kuruşuna hesaplayarak vergi biçiminde finanse etmenin mümkün olmadığı, bu açıdan belli bir miktar vergi alınmakla birlikte bir kısım miktarın da hizmetten özel olarak faydalananlardan alınmasının hukuka uygun olduğu”na dair değerlendirmesinden⁶⁹, yürürlüğe konulduğu dönemin koşulları içinde otopark bedelinin kişilerden özel yararlanmaya karşılık alınan bir bedel olarak ihdas edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim otopark bedeli, binasında yahut parselinde otopark alanı bulunmayan kişi için, binanın bulunduğu semte otopark yapılarak, o kişinin o otoparktan faydalanmasını ihtiva eden, bir nevi genel otoparktan o kişi için özel faydalanmayı içeren otopark kullanımının karşılığı alınan bir bedeldir.

Hizmetin karşılığı olarak alınan para, “idarî kamu hizmeti” karşılığında alınmakta ise, bu para bir ücret/fiyat değil, malî yüküm⁷⁰ yahut katılma payı⁷¹ olarak adlandırılabilir. Hizmetin karşılığı olarak alınan para, “sınaî kamu hizmet” veya “ticarî kamu hizmeti” karşılığı olarak alınmakta ise, bu durumda alınan para bir fiyat olarak adlandırılabilir⁷².

Nitekim yapılmasına ruhsat verilen yapılar ile bu yapıların civarındaki trafik ve otopark sorunlarının çözümüne yönelik şehrin plânlanması ve imar plânlarının zemine uygulanarak yol, kaldırım, parsel ve otopark alanlarının oluşturulması faaliyetlerinin bir kamu hizmeti olduğundan bahsedilmiştir. Bu hizmetler karşılığında (ilgili mevzuat uyarınca) tahakkuk ettirilen bedeller ise, özel hukuk ilişkisi kapsamında değil, kamu hukuku ilişkisi kapsamında, bir kamu hizmetinin îfasına katılmaya yönelik tahakkuk ettirilen bedellerdir⁷³.

3. Amme (kamu) alacağı kavramı

Kamu alacaklarının farklı mevzuatlar gereği farklı şekillerde doğması mümkündür. Kamu alacağının doğumundaki bu farklılıklar ile kamu alacağının muhteviyatında taşıdığı özel alacak niteliğindeki alacaklardan farklılık gösteren özellikler⁷⁴, kamu alacağı olarak kabul edilen alacakların özel hukuk alacaklarının tahsilini düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu’ndan ayrı bir kanunda ve ayrı bir takip usûlünün tercih edilmesine sebebiyet verdiği söylenebilir⁷⁵. Bu yönü ile amme alacağının, ayrıcalıklı alacak olarak addedilmesi mümkündür⁷⁶.

⁶⁹ Anayasa Mahkemesi’nin 26.03.1974 tarih ve E: 1973/32, K: 1974/11 sayılı kararı; akt.: Artantaş, Onur Çağdaş, *Kamu Hizmeti ve Bedel*, (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2016), Ankara, s.52

⁷⁰ Gözler (n:54), s.347.

⁷¹ Yayla (n:63) s.63 ve 69.

⁷² Gözler (n:54), s.348.

⁷³ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2’nci İdarî Dava Dairesi’nin 28.11.2019 tarih ve E:2019/335, K:2019/2023 sayılı kararı.

⁷⁴ Cengiz Kostakoğlu, “6183 Sayılı Kanuna Göre Amme Alacaklarının Tahsili Yönünden İptal Davaları”, (1991) *Yargıtay Dergisi*, (17), 1-2, Ocak-Nisan, s.5vd.

⁷⁵ Pınar Çiftçi, “Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku İle Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması”, (2010) *DEÜHFD*, (12), Özel Sayı, s.327.

⁷⁶ Volkan Erdoğan, *Türk Vergi İcra Hukukunda Ödeme Emrine İtiraz Müessesesinin*



Terim olarak “kamu alacağı” ifadesi malî literatüre 6183 sayılı Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile girmiştir⁷⁷. Bu terim genel olarak, devletin idarî işlemlerle tesis ettiği yükümlülük veya borç ilişkisi sonucu sağlanan malî gelirleri ifade etmektedir⁷⁸. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi amacıyla yapılan harcamaların karşılanması, diğer bir deyişle kamu hizmetlerinin kısmen yahut tamamen karşılığı olmak üzere, gerekirse hukukî cebir vasıtasıyla ülke ekonomisinin özel kesiminden kamu kesimine aktarılan malî değerlere kamu geliri veya kamu alacağı adı verilmektedir⁷⁹. Bu yönüyle kamu alacağının devlet vd kamu idareleri bakımından bir “gelir” niteliği bulunmaktadır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki; kamu alacağı kavramı, vergi alacağı kavramından farklı ve bu kavramdan daha geniş bir terimdir⁸⁰.

Pek çok özel mevzuatta, ilgili kamu idaresinin alacağının hangi kanun hükümlerine göre tahsil edileceği, o mevzuat kapsamında belirtilmiştir. Ancak özel mevzuatta tahsilatın hangi kanuna göre yapılacağı yer almamış ise, bu durumda sorun kamu icra hukuku kurallarına göre çözümlenmektedir.

Kural olarak, kamu alacaklarının tahsili 6183 sayılı Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre yapılmaktadır. Çünkü bu Kanun’da, “*devlete, il özel idaresine ve belediyelere (...) ait alacaklar (...) hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur*” denilerek (m.1/1); belirtilen idarelere ait alacakların birer kamu alacağı olduğu hususu ifade edilmiştir. Ancak bir alacağın devlete, il özel idaresine ve belediyeye ait olması, o alacağın doğrudan kamu alacağı kapsamında kalması ve bu bağlamda 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilmesi için tek başına yeterli bir ölçüt değildir⁸¹. Bir alacağın kamu alacağı kapsamında takip ve tahsil edilebilmesi için başka ölçütler de bulunmaktadır ki, bu ölçütlere Kanun’da yer verilmiştir. Buna göre,

a. Devlete, il özel idaresine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza alacakları gibi aslı amme alacakları,

b. Devlete, il özel idaresine ve belediyelere ait vergi alacağı, resim alacağı, harç alacağı, ceza alacağı gibi aslı amme alacaklarının tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı alacakları gibi alacaklar,

İncelenmesi Ve Değerlendirilmesi, (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2009), Ankara, s.6.

⁷⁷ Adnan Gerçek, *Türk Vergi Hukukunda Tahsilat İşlemi ve Etkinliği*, (Ekin Kitabevi 2003), Bursa, s.4.

⁷⁸ Muallâ Öncel / Ahmet Kumrulu / Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, (Turhan Kitabevi 2010), Ankara, s.159.

⁷⁹ Cemal Başar, “Kamu İcra Hukukunun Anayasal Temelleri”, (2014) *DEÜHFD*, (16), Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, s.4568-4569.

⁸⁰ Gerçek (n:77), s.4.

⁸¹ Tamer Budak / Serkan Benk, “Kamu Alacağı: Hukukî Bir Değerlendirme”, (2011) *Business and Economics Research Journal*, 2, s.62.

c. Devlete, il özel idaresine ve belediyelere ait vergi cezası, para cezası gibi aslî amme alacakları,

d. Devlete, il özel idaresine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi alacaklara ilişkin gecikme zammı, faiz gibi fer'î amme alacakları,

e. Devletin, il özel idaresinin ve belediyelerin akitten, haksız fiilden ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve “amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları”,

f. Devletin, il özel idaresinin ve belediyelerin akitten, haksız fiilden ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve “amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacaklarının takip masrafları, hakkında, 6183 sayılı Kanun hükümleri tatbik olunacaktır (m.1/1). Bunlara ilâveten, özel kanunlarda 6183 sayılı Kanun’a göre tahsilat yapılacağı belirtilen alacakların da bu listeye eklenmesi mümkündür⁸².

6183 sayılı Kanun’a göre alacağın devlet alacağı, belediye alacağı ve il özel idaresi alacağı olmaması halinde de, bu alacak 6183 sayılı Kanun kapsamında kalan bir kamu alacağı değildir.⁸³ Ayrıca devletin, il özel idaresinin ve belediyenin özel hukuk ilişkilerinden doğan yahut haksız fiilden doğan alacakları da 6183 sayılı Kanun kapsamında kalan bir kamu alacağı değildir⁸⁴.

Netice itibarıyla 6183 sayılı Kanun, hem malî yükümlülüklerden kaynaklanan kamu alacaklarının, hem de malî yükümlülük sayılmayan ancak amme alacağı kabul edilen diğer alacakların tahsiline ilişkin hususları düzenlemektedir⁸⁵. 6183 sayılı Kanun özelinde amme alacağı olarak kabul edilen alacaklar, kamu hizmetinin malî kaynağını teşkil etmekte, zamanında ödenmezse yahut zamanında tahsil edilmezse idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini zamanında ve gereği gibi yürütmesi imkânı kalmamaktadır. İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini zamanında ve gereği gibi yürütememesi ise toplum düzeninin bozulmasına, huzursuzlukların ve kargaşanın ortaya çıkmasına sebep olacağı aşikârdır⁸⁶.

4. Otopark bedelinin amme alacağı niteliği

Yukarıda bentler halinde yer verilen hükümler incelendiğinde, kamu hizmetinin kurulması ve yürütülmesi için gerekli olan ve onun kurucu unsurunu

⁸² Kostakoğlu (n:74), s.9.

⁸³ H. Eyüp Özdemir / Gül Üstün, “İdarî Usûller”, *İdare Hukuku*, Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün Özge Okay Tekinsoy, (XII Levha Yayınları 2013), İstanbul, s.610.

⁸⁴ Habib Yıldız, *Vergi Hukuku*, (Ümit Ofset Matbaacılık 2011), Ankara, s.203. Salim Ateş Oktar, *Vergi Hukuku*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 2011), s.346.

⁸⁵ Yusuf Karakoç, “Vergi Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler”, *Genel Vergi Hukuku*, (Edit. Recai Dönmez), (Anadolu Üniversitesi Yayınları 2018), s.6.

⁸⁶ Giritli, Bilgen (n:66), s.90.



ve malî vasıtasını teşkil eden idare alacakları; 6183 sayılı Kanun özelinde amme alacağı olarak kabul edilmiştir⁸⁷. Bu kapsamda; devletin, belediyenin ve il özel idaresinin (kaldırım giderlerine katılma payı gibi) “*kamu hizmetlerinin tatbikatından kaynaklanan alacakları*” da, 6183 sayılı Kanun kapsamında kalan bir amme alacağı olarak sayılmıştır⁸⁸.

Diğer bir ifadeyle 6183 sayılı Kanun kapsamında amme alacağı olarak addedilen alacaklar arasında, “*amme hizmetinin tatbikatından doğan alacaklar*” da yer almaktadır⁸⁹. İmar işlemleri kapsamında imar plânı yapılması, otopark alanı planlaması, imar plânının araziye uygulanması, otopark alanının arazi ve arsa düzenlemesi vasıtası ile zeminde parselinin oluşturulması, yapı ruhsatı verilmesi, otopark alanının inşası, otopark alanından yer tahsisi gibi otoparka yönelik şehir plânlama ve imar faaliyetlerinin birer kamu hizmeti olması hususu ile Amme Alacakları Tahsil Usûlü Hakkında Kanun’un 1/1’inci maddesinde yer alan “*devletin, il özel idarelerinin ve belediyelerin (...) amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları (...) hakkında bu kanun hükümlerinin tatbik olunacağı*” hükmü birlikte dikkate alındığında; otopark bedelinin 6183 sayılı Kanun’un 1’inci maddesinde sayılan “*amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacak*” kapsamında bir kamu alacağı olduğu anlaşılmaktadır. Danıştay da, otopark bedelinin bir kamu alacağı olduğunu değerlendirmektedir⁹⁰. Bu kapsamda otopark bedelinin borçlusundan, diğer bir deyişle “yapı sahibinden” takibinin ve tahsilinin de 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılabileceği tabiidir.

Nitekim bu durumları göz önünde bulunduran bölge idare mahkemesi, yukarıdaki örnek olayda aktarılan ilk derece mahkemesinin “yapı sahibine yönelik takibatın 6183 sayılı Kanun’a göre yapılamayacağı” yönündeki gerekçesinde hukukî isabet görmemiş;⁹¹ otopark bedelinin borçlusu olan yapı sahibine yönelik takip ve tahsil işlemlerinin 6183 sayılı Kanun’a göre yapılacağını belirtmiştir.

IV. OTOPARKBEDELİNİN“YAPISAHİBİNDEN”TAHSİLİNDE ZAMANAŞIMI

Zamanaşımının muhtelif türleri bulunmaktadır. Bu sebeple zamanaşımı konusu hukukî ilişkinin niteliğine, hukukî ilişkinin taraflarının durumuna, hukukî ilişkinin dayanaklarına ve hukukî ilişkinin tâbi olduğu mevzuata,

⁸⁷ Giritli, Bilgen (n:66), s.91.

⁸⁸ Kostakoğlu (n:74), s.8.

⁸⁹ Recep Beyazkılıç / Suriye Kaya / Murat Sever / Ali Güler / Ümit Yiğit, *6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun*, (Arıkan Yayıncılık 2006), İstanbul, s.6.

⁹⁰ Danıştay 10’uncu Dairesinin 05.10.2018 tarih ve E:2016/367, K:2018/2942 sayılı kararı.

⁹¹ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2’nci İdarî Dava Dairesi’nin 28.11.2019 tarih ve E:2019/335, K:2019/2023 sayılı kararı.

ayrıca sürenin maddî hukuka mı usûl hukukuna mı ilişkin olduğuna göre farklılıklar göstermektedir. Bu hususlar, çalışmanın konusu dışındadır. Ayrıca bu çalışmada, zamanaşımını kesen ya da durduran sebeplerin incelenmesi yahut hak düşürücü süre ile zamanaşımı süresi kavramlarının farklarına dair tahliller de yapılmayacaktır. Çalışmada sadece, otopark bedeli özelinde amme borçlusundan alacağın hangi süre içerisinde tahsil edilebileceği hususu genel hatları ile açıklanacaktır.

Tahsil zamanaşımını, kamu alacağının tahsilinin yapılabilmesini belli bir süre ile sınırlandıran zamanaşımı türüdür⁹². Kamu alacağı bakımından zamanaşımı, alacağın doğumunu takip eden ve kanunla belirlenmiş süre içinde alacaklının alacağını istememesi nedeniyle alacağı isteme hakkının ortadan kalkması şeklinde tanımlanmaktadır⁹³.

Zamanaşımı ile alacak hakkı ortadan kalkmamaktadır⁹⁴, alacak mevcuttur, aynı şekilde borç da ortadan kalkmamaktadır; ancak zamanaşımı nedeniyle idarenin cebrî takip ve tahsil yetkisi ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla zamanaşımı süresinin dolması sonrasında borçlu borcunu kendisi ödemek isterse ödeyebilir; lâkin borçlu borcu ödemek istemez ise, alacaklı idare cebrî takiple alacağı tahsil edemeyecektir. Zamanaşımına uğrayan bir alacağı tahsile yönelik idarece işlem tesis edilirse; maddî hukuk bakımından tesis edilen işlem, idarenin cebrî takip yetkisini kullanabileceği süreden sonra, diğer bir deyişle cebrî takip yetkisinin olmadığı bir dönemde tesis edilmiş olacaktır. Haliyle bu yetkinin kullanımı da hukuka aykırı bir yetki kullanımı olmuş olacaktır.

Peki, ödenmeyen otopark bedelinin tahsili yoluna idare hangi sürede başvurabilecektir? 6183 sayılı Kanun'da "*Amme alacağı, vadesinin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren 5 yıl içinde tahsil edilmezse zamanaşımına uğrar (...)*" hükmüne yer verilmiştir (102/1). Bu hüküm, tahsil zamanaşımına ilişkin genel kuralı koymakla birlikte, zamanaşımının başlangıç ve bitiş süresinin, alacağın vadesine göre de değiştiğini göstermektedir.

Öte yandan; bir kamu alacağı olan otopark bedelinde alacak, yapı ruhsatının düzenlendiği tarihte doğmaktadır. Otopark bedeli alacağının, bir nevi tahakkuku tahsile bağlı alacak şeklinde düzenlendiği anlaşılmaktadır⁹⁵. Yapı ruhsatının düzenlendiği tarihte doğan alacağın vadesine göre, tahsil zamanaşımı süresi de değişecektir.

⁹² Mehmet Arslan / Mine Biniş, "Tahsil Zamanaşımı Süresini Kesmeye Yönelik Bir Uygulama: Vergi İdaresince Yapılan Ödemeler", (2015) *Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi*, (11), 24, s.24.

⁹³ Nevzat Bozkurt, "Zamanaşımına Uğramış Gümrük Vergilerine Para Cezası Uygulanabilir Mi?", (2011) *Malî Çözüm Dergisi*, Temmuz-Ağustos, s.181.

⁹⁴ Şeref Ertaş, "Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhaeltnisse) Zamanaşımı", (2014) *DEÜHFD*, (16), (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) Özel Sayı, s.3094.

⁹⁵ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdarî Dava Dairesi'nin 28.11.2019 tarih ve E:2019/335, K:2019/2023 sayılı kararı.



1. 1993 tarihli Yönetmelik bakımından zamanaşımı

1993 tarihli Yönetmeliğe göre, otopark bedelinin %25'inin yapı ruhsatının verilmesi esnasında nakden (peşin olarak) ödenmesinin gerektiği, dolayısıyla otopark bedelinin %25'lik kısmının vadesinin yapı ruhsatının verildiği (düzenlendiği) tarih olduğu görülmektedir. Örneğin⁹⁶ yapı ruhsatı 05.05.2010 tarihinde düzenlenmiş ise, %25'lik kısmın 6183 sayılı Kanun'un 102'nci maddesi gereği vadenin rastladığı yıl olan 2010 yılını takip eden 2011 yılından itibaren beş yıl içerisinde, 31.12.2015 gününe kadar tahsil edilmesi gerekmektedir. Aksi halde, %25'lik otopark bedeli kısmı bakımından 01.01.2016 günü itibariyle tahsil zamanaşımı süresinin dolacağı değerlendirilmektedir⁹⁷.

1993 tarihli Yönetmeliğe göre otopark bedelinin geriye kalan %75'lik kısmı ise, parselin otopark ihtiyacının ilgili idare tarafından karşılandığı tarihten itibaren 90 gün içinde ödenmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle bu kısmın vadesi, otopark ihtiyacının giderildiği tarihten itibaren başlayan 90'ıncı gündür. Örneğin yapı ruhsatının 05.05.2010 tarihinde düzenlendiğini; binanın içinde yahut binanın bulunduğu parselde otopark ihtiyacının giderilmediğini, ayrıca otopark bedelinin %25'inin yapı ruhsatının düzenlendiği tarihte peşin olarak alındığını kabul edelim. Bina otopark ihtiyacının ise 2021 yılında semt otoparkı yapılması sureti ile giderildiğini ve otoparkın halka açılışının da 01.11.2021 tarihinde gerçekleştirildiğini varsayalım. Bu halde %75'lik otopark bedeli kısmı, "2021 yılına ait miktarlara göre güncellenerek" 01.11.2021 gününden itibaren 90 gün içerisinde yapı sahibince ödenmesi gerekmektedir. 90 günlük süre içerisinde %75'lik otopark bedeli kısmı yapı sahibince ödenmez ise, bu durumda 6183 sayılı Kanun'un 102'nci maddesi gereği 90'ıncı gün olan vadenin rastladığı yıl olan 2022 yılını takip eden takvim yılından itibaren beş yıl içinde, 31.12.2027 gününe kadar ödeme emri düzenlenmek sureti ile yapı sahibinden yahut yapı sahibinin halefinden tahsil edilecektir. Bu süreden sonra ise, (01.01.2028 günü itibariyle) tahsil zamanaşımı süresi dolmaktadır.

Bu noktada belirtmek isteriz ki; otopark bedelinin %25'lik kısmı bakımından zamanaşımının oluşmuş olması, %75'lik kısmın tahsil edilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Otopark bedelinin %25'lik kısmı bakımından zamanaşımı süresi dolmuş olsa dahi, otopark bedelinin %75'lik kısmı yönünden zamanaşımı süresi dolmamış ise, bu durumda %75'lik kısmın tahsil işlemlerinin yürütülmesi mümkündür.

2. 2018 tarihli Yönetmelik bakımından zamanaşımı

2018 tarihli Otopark Yönetmeliği yürürlüğe girdiğinde, "Otopark bedeli tahsil edilmeden yapı ruhsatı düzenlenmez" hükmüne yer verilerek (m.12/9);

⁹⁶ Örneklerde, zamanaşımını kesen ve durduran sebeplerin bulunmadığı varsayılmıştır.

⁹⁷ Danıştay 6'ncı Dairesi'nin 10.10.2019 tarih ve E:2015/11320, K:2019/9056 sayılı kararı.

yapı ruhsatı düzenlenmeden evvel, bedelin tamamının ödenmesi öngörülmüştür. Ancak geçici maddeler ile Otopark Yönetmeliğinin tam olarak uygulanmasının 2021 yılına kadar ertelendiği ve nihayetinde 25.03.2021 tarihli Yönetmelik değişikliği ile 2018 tarihli Otopark Yönetmeliğinin belirtilen maddelerinde “karmaşık” değişiklikler yapılmış; bu esnada “*Otopark bedeli tahsil edilmeden yapı ruhsatı düzenlenmez*” hükmü değiştirilerek ilga edilmiştir. Son duruma göre, yapı ruhsatının düzenlenmesi esnasında hesaplanacak olan “*Otopark bedelinin % 25’i yapı ruhsatı verilmesi sırasında nakden tahsil edilecektir*” (m.12/9) hükmü getirilmiştir. Böylelikle, otopark bedelinin %25’lik kısmı bakımından tekrar 1993 tarihli Yönetmelik’teki durum benimsenmiştir. Bu kısma ilişkin zamanaşımı süresi bakımından 1993 tarihli Yönetmeliğe ilişkin açıklamalar, 2018 tarihli Yönetmelik bakımında da geçerlidir.

Otopark bedelinin bakiye %75’lik kısmı ise, “*yapı kullanma izni verilmeden önce tamamlanmak kaydı ile en çok onsekiz ay içinde altı eşit taksitte ve kalan taksitler her yıl yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle tahsil edilecektir*” (m.12/9). Bu hükme göre, yapı ruhsatının düzenlendiği tarihten itibaren 18 ay vadeli ve altı eşit taksitte otopark bedelinin %75’lik kısmının ödenmesi gerekmektedir. Ancak her hâl ve kârda, yapı kullanma izin belgesi düzenlenmeden evvel otopark bedelinin ödenmesi gerekmektedir. Otopark bedeli ödenmeden yapı kullanma izin belgesi düzenlenmeyecektir.

Örneğin 25.04.2021 tarihinde yapı ruhsatının düzenlendiğini ve bu tarih itibariyle otopark bedelinin toplam 240.000,00 TL olarak hesaplandığını; bu miktarın %25’i olan 60.000,00 TL’nin 25.04.2021 tarihinde ödendiğini kabul edelim. Bakiye 180.000,00 TL’ye karşılık gelen %75’lik kısım için de, üç ayda bir 30.000,00 TL olmak üzere altı eşit taksitte⁹⁸ ödemek üzere 18 ay vade yapıldığını varsayalım. 18 aylık vade, 25.10.2022 tarihinde dolmaktadır. Kişi 25.07.2021 tarihinde birinci, 25.10.2021 tarihinde ikinci, 25.01.2022 tarihinde üçüncü, 25.04.2022 tarihinde dördüncü, 25.07.2022 tarihinde beşinci, 25.10.2022 tarihinde altıncı taksiti ödemek durumundadır. Dolayısıyla yapı sahibinin 25.10.2022 tarihine kadar borcunu ödemesi gerekmektedir.

Yapı, bakiye kısmın son taksit tarihi olan 25.10.2022 tarihinden önce, örneğin 15.12.2021 tarihinde sona ermiş ve yapı sahibi hemen yapı kullanma iznini almak istemekte ise, bu durumda yapı sahibinin 15.12.2021 tarihi itibariyle bakiye otopark bedeli borcunun tamamını ödemesi gerekmektedir. Yapı, onsekiz aylık vade tarihinden daha erken tamamlanmış olsa dahi, kişi bakiye otopark bedelini ödemediği müddetçe, yapı kullanma izin belgesi alınamayacaktır.

⁹⁸ Ödeme esnasında her bir taksit, ödeme tarihindeki yeniden değerlendirme oranında güncellenecektir.



Öte yandan mevzuat koyucu burada vadeyi ayrı, taksiti ayrı ele almıştır. Diğer bir ifadeyle vade başka bir kavram, taksit başka bir kavramdır. Örnekte ifade edilen birinci taksit, ikinci taksit, üçüncü taksit zamanları, bu taksitler bakımından bir vade değildir⁹⁹. Taksitler ödeme kolaylığı sağlamak için getirilmiş bir avantajlı ödeme yöntemidir. Mevzuat koyucu, %75'lik kısım bakımından taksitleri bir vade kabul etmemiş, bütün bakiye kısmın vadesini onsekiz ay olarak belirlemiştir. Bu nedenle, otopark bedelinin %75'lik kısmın tamamı bakımından tahsil zaman aşımı (örnek üzerinden ifade edilirse) onsekiz ay olan vadenin rastladığı yılı takip eden 2023 yılından itibaren beşinci yılın sonu olan 31.12.2027 günüdür.

V. OTOPARK BEDELİNİN, “KAMU ZARARINA SEBEP OLAN KAMU GÖREVLİLERİNDEN” TAHSİLİNDE ZAMANAŞIMI

5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda “*Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması*” olarak tanımlanmıştır (m.71/1). Akyılmaz, Kanun metnindeki bu tanımdan yola çıkarak; bir hukukî kavram olarak kamu zararını, “*idarî faaliyet sırasında ortaya çıkan herhangi bir zarardan farklı olarak, kamu görevlilerinin idarî faaliyet çerçevesindeki kusurları ile neden oldukları zararlar*” şeklinde açıklamaktadır¹⁰⁰.

Otopark bedeli hesaplanmaz yahut hesaplanmakla birlikte hesaplanan otopark bedeli tahsil zamaşımı süresi içerisinde mükelleften tahsil edilmez ise, bu durumda bir kamu alacağı olan otopark bedeli kamu bütçesine girmemiş, kamu kaynağında artışa sebep olunmuş, dolayısıyla bir kamu zararı ortaya çıkmış olmaktadır.

5018 sayılı Kanun'da zamaşımı ile ilgili olarak, “*Kamu zararının meydana geldiği (...) yılı izleyen malî yılın başından başlamak üzere zamaşımını kesen ve durduran genel hükümler saklı kalmak kaydıyla onuncu yılın sonuna kadar tespit ve tahsil edilemeyen kamu zararları (...) zamaşımına uğrar*” hükmüne yer verilmiştir (m.74). Buna göre, kamu zararının belediye yetkililerinden tahsili zamaşımı, kamu zararının meydana geldiği tarihi izleyen yıldan itibaren başlamaktadır.

⁹⁹ Uygulamada her bir taksitin o taksit kısmının vadesi olduğu yönünde görüşler de ileri sürülmektedir. Örnekteki birinci taksitin ödenme günü olan 25.07.2021 gününün 160.000,00 TL'lik bakiye kısmın 30.000,00 TL'lik birinci taksitin vadesi olduğunu ileri süren hâkimler bulunmaktadır. Ancak biz yukarıda da ifade edildiği üzere bu görüşe katılmamaktayız. Vadenin süresini onsekiz ay olarak mevzuat koyucunun belirlemesi karşısında, ilk taksit veya son taksit bakımından vadenin değişmediğini, taksitin ödeme kolaylığı için öngörüldüğünü, ilk taksitin de son taksitin de vadesinin onsekiz ay olduğunu değerlendirilmekteyiz.

¹⁰⁰ Bahtiyar Akyılmaz, “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu”, (2011) *İÜHF*M, (69), 1-2, s.62.

5018 sayılı Kanun'da tahsile ilişkin olarak ayrıca “*Kamu zararının, bu zarara neden olan kamu görevlisinden veya diğer gerçek ve tüzel kişilerden tahsiline ilişkin usûl ve esaslar, (...) yönetmelikle düzenlenir*” hükmüne yer verilmiştir (m.71/5). Otopark bedeli bakımından, kamu zararının ne zaman meydana geldiğini tespit edebilmek için Yönetmeliğe bakılması gerekmektedir. Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te, kamu zararının ne zaman meydana geleceği, diğer bir ifadeyle kamu zararının oluştuğu tarihler açıklanmıştır¹⁰¹. Yönetmelik'te “*Kamu zararı;*

a) *Vezne ve ambar açıkları ile diğer muhasebe yetkilisi mutemetlerinin açıklarında, açığın meydana geldiği tarihte, bu tarihin bilinmediği durumlarda olayın tespit edildiği tarihte,*

b) *İş, mal veya hizmet karşılığı olarak ilgili mevzuatında belirlenen veya mevzuatında öngörülen karar, onay ya da sözleşmesinde belirlenen tutardan fazla yapılan ödemeler ile transfer niteliğindeki giderlerde yapılan yersiz ve fazla ödemelerde, ödemenin yapıldığı tarihte,*

c) *Kayıtlı olsun veya olmasın, kamu idaresinin yönetim ve kullanımında olan ya da kullanıcılarına teslim edilen taşınırın kaybedilmesi, çalınması veya zarar görmesi hallerinde olayın meydana geldiği tarihte; bu tarihin bilinmediği durumlarda olayın tespit edildiği tarihte,*

ç) *İş yaptırılmadan, mal veya hizmet alınmadan ya da mevzuatında öngörülmediği halde yapılan yersiz ödemelerde, ödemenin yapıldığı tarihte,*

d) *İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk ve tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması hallerinde, söz konusu işlemin zaman aşımına uğradığı tarihte,*

e) *Hakedişlerden kesinti suretiyle yapılan gelir tahsilatının eksik yapılması hallerinde, tahsilat tutarının gelir kaydedilmesi gerektiği tarihte,*

oluşmuş kabul edilir” hükmüne yer verilmiştir (m.17).

Otopark bedelinin belediye yetkililerinden tahsiline ilişkin zamanaşımı süresiyle ilgili olan bent, yukarıda aktarılan maddenin (d) bendidir. Bu bende göre, kamu idaresinin bir gelirinin zamanaşımına uğrayarak tahsilinin sağlanamaması halinde, kamu zararı ortaya çıkmaktadır¹⁰². Otopark bedeli, ilgili idarenin bir gelirdir. Otopark bedelinin tahsil işleminin mevzuata uygun şekilde yapılmaması sebebiyle, bedelin yapı sahibinden tahsili zamanaşımı süresinin dolması halinde, yapı sahibine ilişkin tahsil zamanaşımının dolduğu tarihte, kamu zararı ortaya çıkmaktadır.

¹⁰¹ Yasir Gökçe, “Kamu Zararı Kavramı ve Kamu Zararında Zamanaşımı”, (2014) *Denetim Dergisi*, 13, s.60.

¹⁰² Abdullah Recai Akyel, “Kamu Zararlarının Tazimini Konusunda Mevzuattan ve Uygulamadan Kaynaklanan Problemler ve Çözüm ve Önerileri”, (2011) *Türk İdare Dergisi*, 473, Aralık, s.12.



Bir üst başlık altındaki örnekler üzerinden kamu zararının oluştuğu tarih ile örneklerdeki bahse konu zararın kamu görevlilerinden tahsili zamanasını süresinin 5018 sayılı Kanun bağlamında, hem halen zamanasını süresi bakımından işlemleri devam eden 1993 tarihli Yönetmelik özelinde, hem de 2018 tarihli Yönetmelik özelinde ayrı ayrı açıklanması, durumu somutlaştıracaktır.

1. 1993 tarihli Yönetmelik bakımından zamanasını

Yukarıda verilen örnekte, otopark bedelinin %25'lik kısmının yapı sahibinden 31.12.2015 gününe kadar tahsil edilmesi gerektiği; aksi halde, %25'lik otopark bedeli kısmı bakımından 01.01.2016 günü itibariyle tahsil zamanasını süresinin dolacağı açıklanmıştır. Dolayısıyla örneğe göre kamu zararı 01.01.2016 günü itibariyle ortaya çıkmaktadır. 5018 sayılı Kanun'un 74'üncü maddesi gereği bu kamu zararının ilgili kamu görevlilerinden 31.12.2026 gününe kadar tahsil edilmesi mümkündür.

Yukarıda verilen örnekte, otopark bedelinin geriye kalan %75'lik otoparkın inşa edilerek halka açılışının yapıldığı 01.11.2021 tarihinden itibaren başlayan 90 günlük sürede, 90'ıncı gün olan vadenin rastladığı yıl olan 2022 yılını takip eden takvim yılından itibaren beş yıl içinde, 31.12.2027 gününe kadar ödeme emri düzenlenerek yapı sahibinden yahut yapı sahibinin halefinden tahsil edilmesi gerektiği; bu süreden sonra ise, (01.01.2028 günü itibariyle) otopark bedelinin yapı sahibinden tahsili zamanasını süresinin dolduğu açıklanmıştır. Örneğe göre %75'lik bedel kısmı bakımından kamu zararı 01.01.2028 günü itibariyle ortaya çıkmaktadır. 5018 sayılı Kanun'un 74'üncü maddesi gereği bu kamu zararının ilgili kamu görevlilerinden 31.12.2038 gününe kadar tahsil edilmesi mümkündür.

2. 2018 tarihli Yönetmelik bakımından zamanasını

2018 tarihli Yönetmelik'te, otopark bedelinin %25'lik kısmına ilişkin olarak 1993 tarihli Yönetmelik'ten farklı bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle, 2018 tarihli Yönetmelik bakımından da, yukarıda 1993 tarihli Yönetmeliğe ilişkin açıklamalar geçerlidir. Tekrardan kaçınmak maksadı ile aynı açıklamalar bu başlık altında yinelenmeyecektir. Ancak bedelin %75'lik kısmına ilişkin zamanasını süresinde farklılık bulunmaktadır.

Otopark bedelinin %75'lik kısmının yapı sahibinden tahsil edilmeyerek kamu zararına sebebiyet verilmesi durumunda, kamu zararına sebep olan kamu görevlilerinden bu bedelin tahsil olunması gerekmektedir. Yine yukarıda yer verilen, 2018 tarihli Yönetmelik hükümlerine göre yapı sahibinden otopark bedelinin %75'lik kısmının tahsiline ilişkin örnek üzerinden, kamu görevlileri bakımından açıklamalara devam edilirse, açıklamanın somutlaşması mümkün olabilecektir.

Örnekte, 25.04.2021 tarihinde yapı ruhsatının düzenlendiği, bu tarih itibariyle otopark bedelinin toplam 240.000,00 TL olarak hesaplandığı; bu miktarın %25'i olan 60.000,00 TL'nin 25.04.2021 tarihinde ödendiği; bakiye 180.000,00 TL olan %75'lik kısım için de, üç ayda bir 30.000,00 TL olmak üzere altı eşit taksitte ödenmek üzere 18 ay vade yapıldığı ve 18 aylık vadenin yapı sahibi bakımından 25.10.2022 tarihinde dolduğu açıklanmıştır. Otopark bedelinin %75'lik kısmını yapı sahibi vadesinde ödemez ise, yapı sahibinden bu bedelin 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsil edilmesi gerekmektedir. Yapı sahibine ilişkin tahsil zaman aşımı ise (örnek üzerinden ifade edilirse) onsekiz ay olan vadenin rastladığı yıl olan 2022 yılını takip eden yıl olan 2023 yılından itibaren beşinci yılın sonu olan 31.12.2027 günüdür. Şayet 31.12.2027 gününe kadar yapı sahibinden (yahut mirasçılardan) otopark bedeli tahsil edilmezse, 01.01.2028 günü itibariyle kamu zararı ortaya çıkmaktadır.

Bu örneğe göre kamu zararının meydana geldiği yıl 2028 yılıdır. Bu yılı izleyen malî yıl ise 2029 yılıdır. 5018 sayılı Kanun'un 74'üncü maddesine göre zamanaşımına uğratarak tahsil edilmemek sureti ile kamu zararına sebep olan kamu görevlilerinden, otopark bedelinin %75'lik kısmının 31.12.2038 yılına kadar tahsil edilmesi gerekmektedir.

3. Kamu zararının tahsiline ilişkin sorumlulukta teselsül

Teselsül, zincirleme borçluluk anlamına gelmektedir. Kavram, bir borçtan birden fazla kişinin zincirleme sorumlu olmasını ifade etmektedir¹⁰³. Bu noktada, kamu zararının tahsili süresi bakımından teselsül müessesesi ile ilgili bir hususu vurgulamak gerekmektedir. Yukarıdaki örneklerde yer verilen kamu zararının kamu görevlilerinden tahsiline ilişkin 10 yıllık zamanaşımı süresinin dolmuş olması demek, artık bu kamu zararının hiçbir şekilde tahsil edilmeyeceği anlamına gelmemektedir.

Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin konuya ilişkin hükümleri bize, kamu zararının kamu görevlilerinden tahsilinde zincirleme sorumluluğun mevcut olduğunu göstermektedir. Varlığı iddia olunan kamu zararından doğan alacağın, zamanaşımı gibi sebeplerle tahsil imkânından yoksun kalınması halinde, alacağın takip ve tahsiline yönelik gerekli hukukî süreçleri başlatmayan veya usûlünce takip etmeyen kamu görevlileri (de), meydana gelen kamu zararından her durumda sorumlu olmaya devam edeceklerdir¹⁰⁴. Dolayısıyla mükellefenden (yapı sahibinden) zamanında tahsil edilmeyerek ortaya çıkan

¹⁰³ Muallâ Öncel / Nami Çağan / Ahmet Kumrulu, *Vergi Hukuku C-1*, (AÜSBF Yayınları 1985), Ankara, 97.

¹⁰⁴ Barış Özçelik, "2018 Sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na Göre Kamu Zararından Sorumluluk", *Kamu Zararı Paneli Kitabı*– 24.05.2012, (Sayıştay Yayınları 2012), Ankara, s.17.



otopark bedeline ilişkin kamu zararından, ilgili belediye yahut il özel idaresi yetkilileri sorumludur.

Kamu zararına sebebiyet veren kamu görevlilerinden, yukarıda yer verilen zamanasını süresi içerisinde kamu zararı miktarının tahsil edilmesi gerekmektedir. Kamu görevlilerinden tahsil edilmesi gereken kamu zararı, zamanasına uğrama nedeniyle ilgili kamu görevlilerinden tahsil edilmemiş ise, kamu görevlilerinden zamanasına uğrama nedeniyle tahsil edilemeyen kamu zararından, o kamu görevlilerinden tahsilatı yapmakla görevli olmasına karşın tahsilatı yapmayarak kamu zararını zamanasına uğratan diğer kamu görevlileri sorumlu olmaya devam edeceklerdir.

Örneğin yapı sahibi olan A'dan tahsil edilmeyen otopark bedeli, kamu zararına dönüşmektedir. Bu kamu zararından, yapı sahibine ilişkin zamanasını süresince görevde bulunan belediye başkanı B sorumludur. Belediye Başkanı B'den on yıllık zamanasını süresi içerisinde kamu zararına dönüşen otopark bedeli miktarının tahsil edilmesi gerekmektedir. Selef belediye başkanı B'den zamanasını nedeniyle tahsilatı yapılamamış ise, zamanasını süresince görevli olan ve bu tahsilatı yapmayan halef belediye başkanı C zarardan sorumlu olacaktır. Halef belediye başkanı C'den on yıllık zamanasını süresi içerisinde bu kamu zararının tahsil edilmemesi halinde, bu kez sorumluluk, C'den tahsilatı yapmayan kamu görevlilerine intikâl etmektedir. Dolayısıyla kamu zararına dönüşen bedelin tahsili bakımından teselsül şeklinde sorumluluk devam etmektedir. Bu sebeple, idarenin gelirin (otopark bedelinin) takibinin ve tahsilinin mevzuata uygun şekilde yerine getirilmesine titizlik riayet edilmesi, hattâ göreve yeni gelen kişilerin her yıl yahut iki yılda bir zamanasına uğrayacak kamu zararı yahut idare geliri olup olmadığını düzenli olarak kontrol ettirerek, tahsilatı sağlamaları gerekmektedir. Aksi halde yıllar sonra söz konusu teselsül şeklindeki sorumluluk nedeniyle, malî sorumluluk kapsamında bu kişilerin takibata uğraması mümkündür.

SONUÇ

Bu çalışmada, otopark konusu, otopark bedeli konusu, bu bedelin hangi kanuna göre tahsil edileceği konusu ve tahsil zamanasını konusu incelenmeye çalışılmıştır. İnceleme kapsamında evvelâ otopark ücretinin farklı bir kavram, otopark bedelinin farklı bir kavram olduğu vurgulanmış; ardından toplu ulaşımın ve toplu taşımanın yetersizliğine çözüm olarak özel araç kullanımının teşvik edilmesi ve özel araç kullanımının artması dolayısıyla “otopark” alanlarına ihtiyaç duyulması sürecinden bahsedilmiş, otopark mevzuatının kısa serencamına yer verilmiştir. Bilahare otopark bedelinin mevzuatımıza ne zaman girdiğinden bahsedilmiş; otopark bedelinin tahsiline ilişkin bir somut olay üzerinden yola çıkılarak, otopark bedelinin kimden hangi kanuna göre, hangi süre içerisinde tahsil edilmesi gerektiğine değinilmiştir. Bu sırada simülasyonlarla tartışma ve konu somutlaştırılmaya gayret edilmiştir.

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler, mevzuat ile birlikte ele alındığında; otopark alanlarının fizikî planlaması, şehir planlama faaliyeti ile imar ve şehircilik faaliyeti kapsamında kaldığı sonucuna ulaşmaktadır. Bu sonuca göre otopark alanlarının planlanması, arazide ve zeminde parsellerin oluşturulması, yapı ruhsatı düzenlenmesi vd plânların zemine uygulanması işleri, kamu hizmeti kapsamında yürütülen imar ve şehircilik faaliyetleridir. Ayrıca otopark hizmetleri, mahallî nitelikli kamu hizmetlerindedir.

Bu bağlamda; alacakların tahsiline ilişkin olarak özel hükümler mevcut olmadığı sürece devletin, il özel idaresinin ve belediyenin kamu hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklı olan alacaklarının, borçlulardan tahsili Amme Alacakları Tahsil Usûlü Hakkında Kanun hükümlerine göre yapılması gerekmektedir. Otopark bedelinin borçlusu ise, yapı ruhsatı düzenlenenen yapı sahibidir. Bu nedenle otopark bedelinin yapı sahibinden tahsilinin, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılması icab etmektedir.

Şayet kamu görevlileri yapı sahibi adına otopark bedeli tahakkuk ettirmez yahut tahakkuk ettirilse dahi otopark bedeli yapı sahibinden tahsil edilmezse, bu durumda Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu kapsamına giren bir kamu zararı ortaya çıkmakta, otopark bedeli kamu zararına dönüşmektedir. Kamu zararına dönüşen bu bedelin ilgili kamu görevlilerinden tahsil edilmesi gerekmektedir. Kamu zararına dönüşen otopark bedelinin kamu görevlilerinden tahsilinin ise, 5018 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılması icab etmektedir.

KAYNAKÇA

Akyel A R, “Kamu Zararlarının Tazmini Konusunda Mevzuattan ve Uygulamadan Kaynaklanan Problemler ve Çözüm ve Önerileri”, (2011) *Türk İdare Dergisi*, 473, Aralık.

Akyılmaz B / Sezginer M / Kaya C, *Türk İdare Hukuku*, (Seçkin Yayınları 2009).

Akyılmaz B, “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu”, (2011) *İÜHFİM*, (69), 1-2.

Arslan M / Biniş M, “Tahsil Zamanaşımı Süresini Kesmeye Yönelik Bir Uygulama: Vergi İdaresince Yapılan Ödemeler”, (2015) *Uluslararası Yönetim, İktisat ve İşletme Dergisi*, (11), 24.

Artantaş O Ç, *Kamu Hizmeti ve Bedel*, (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2016).

Artukmaç S, *Türk İmar Hukuku*, (Ayyıldız Matbaası 1969).

Atıyas İ / Oder B, *Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi*, (TEPAV Yayınları 2008).

Aydın F / Oral M, “Türkiye’de Karayolu Ulaşımının Tarihsel Gelişimi”, (2018) *Journal of Awareness*, (3), Özel Sayı.



Bartın Olay Gazetesi, “İnkumu ve Amasra Kilitlendi”, <http://www.bartınolay.com/inkumu-ve-amasra-kilitlendi-17770.html>, 08.03.2020.

Başar C, “Kamu İcra Hukukunun Anayasal Temelleri”, (2014) *DEÜHFD*, (16), Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı.

Beyazkılıç R / Kaya S / Sever M / Güler A / Yiğit Ü, *6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun*, (Arıkan Yayıncılık 2006).

Bozkurt N, “Zamanasına Uğramış Gümrük Vergilerine Para Cezası Uygulanabilir Mi?”, (2011) *Malî Çözüm Dergisi*, Temmuz-Ağustos.

Budak T / Benk S, “Kamu Alacağı: Hukukî Bir Değerlendirme”, (2011) *Business and Economics Research Journal*, 2.

Cihangir Çamur, Kübra (Edit.), *Belediye İmar İşleri El Kitabı*, (TODAİE Yayınları 2002).

Çal S, *Türkiye’de Kamu Hizmeti Ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, (TOBB Yayınları 2008).

Çiftçi, Pınar, “Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku İle Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması”, (2010) *DEÜHFD*, (12), Özel Sayı.

Derbil S, “Kamu Hizmeti Nedir?”, (1950) *AÜHFD*, (7), 3-4.

Devellioğlu, F, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, (Aydın Kitabevi 2007).

Erdoğan, V, *Türk Vergi İcra Hukukunda Ödeme Emrine İtiraz Müessesesinin İncelenmesi Ve Değerlendirilmesi*, (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2009).

Ertaş Ş, “Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhaeltnisse) Zamanasını”, (2014) *DEÜHFD*, (16), (Prof.Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan) Özel Sayı.

Doğan Haber Ajansı, “Aile Hekimi Eczacı Komşusunu ‘Otopark’ Kavgasında Bıçakladı”, <https://www.memurlar.net/haber/964692/doktor-eczaci-komsusu-nu-otopark-kavgasinda-bicakladi.html>, 08.04.2021.

Gerçek A, *Türk Vergi Hukukunda Tahsilat İşlemi ve Etkinliği*, (Ekin Kitabevi 2003).

Giritli İ / Bilgen P, *İdare Hukuku*, (Kervan Yayınları 1973).

Gökçe Y, “Kamu Zararı Kavramı ve Kamu Zararında Zamanasını”, (2014) *Denetim Dergisi*, 13.

Gökdağ M / Yarbaşı S, “Ulaşım Sorunlarından Otoparklar Üzerine Bir Araştırma ve Erzurum Örneği”, *Türkiye İnşaat Mühendisliği 17. Teknik Kongresi Bildiriler Kitabı*, (İMO Yayınları 2004).

Görkem H, *Kamu Hizmetlerinin Özelleştirilmesi Kapsamında Cezaevi Hizmetlerinin Özelleştirilmesi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği*, (Maliye Bakanlığı Yayınları 2009).

Gözler K, *İdare Hukuku, C-II*, (Ekin Kitabevi Yayınları 2009).

Günal C, *Kent ve Yol*, (Özgün Matbaacılık 1983).

Güneş S, “Türk Toplumunu ve Otomobil”, (2012) *SDÜ Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 25, Mayıs.

Handebilen S / Murat Y Ş / Baykan N / Meriç N, “Kentlerde Otopark Sorunu: Denizli Örneği”, (1999) *Pamukkale Üniversitesi Mühendislik Bilimleri Dergisi*, 5.

Işık Ş, “Türkiye’de Kentleşme Hareketleri ve Kentleşme Modelleri”, (2005) *Ege Coğrafya Dergisi*, 14.

Kanar M, *Osmanlı Türkçesi Sözlüğü*, (Say Yayınları 2009).

Kayım A, “İç Denetçiler Soruşturama Yapabilir Mi? Kamu Zararından Sorumlu Olanların Tespiti Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, (2009) *Denetim Dergisi*, 2.

Karahanoğulları O, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, (Turhan Kitabevi 2002).

Karakoç Y, “Vergi Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler”, *Genel Vergi Hukuku*, (Edit. Recai Dönmez), (Anadolu Üniversitesi Yayınları 2018).

Kılıçaslan T (Der.), *Kentsel Ulaşım*, (Ninova Yayıncılık 2012).

Koç Z, *Taşınmaz Kültürel Miras Yönetimi ve Malî Teşvikler*, (İTO Yayınları 2008).

Kostakoğlu C, “6183 Sayılı Kanuna Göre Amme Alacaklarının Tahsili Yönünden İptal Davaları”, (1991) *Yargıtay Dergisi*, C.17, Ocak-Nisan, 1-2.

Kurtgözü A, “Otomobiller ve Sahipleri”, <https://manifold.press/otomobiller-ve-sahipleri#:~:text=B%C3%B6ylece%201950%20y%C4%B1l%C4%B1nda%20T%C3%BCrkiye’de,adedi%20de%2010.071’e%20y%C3%BCksetilir.,17.03.2021>.

Niray N, “Tarihsel Süreç İçerisinde Kentleşme Olgusu ve Muğla Örneği”, (2002) *Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 9, Güz.

Otomobil Yatırımcıları Derneği, “Tuik 2020 Yılı Ocak Ayı Motorlu Kara Taşıtları Verisi”, <http://www.oyder-tr.org/Content/document/raporlar/tuik-raporlari/tuik-motorlu-kara-tasitlari-ocak-2020-haber-bulteni.pdf>, 13.03.2020.

Oktar S A, *Vergi Hukuku*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 2011).

Öncel M / Kumrulu A / Çağan N, *Vergi Hukuku Cilt-1*, (AÜSBF Yayınları 1985).

Öncel M / Kumrulu A / Çağan N, *Vergi Hukuku*, (Turhan Kitabevi 2010).



Öncü Y / Ayca M, “20. Yüzyılda Ankara’nın Kentsel Yapısı ve Ulaşım Sistemindeki Gelişmeler”, (2017) *Ankara Araştırmaları Dergisi*, 5, Haziran.

Özçelik B, “2018 Sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu’na Göre Kamu Zararından Sorumluluk”, *Kamu Zararı Paneli Kitabı*–24.05.2012, (Sayıştay Yayınları 2012).

Özdemir H E / Üstün G, “İdarî Usûller”, *İdare Hukuku*, Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün Özge Okay Tekinsoy, (XII Levha Yayınları 2013).

Özdemir S, “Mekânsal Plânlamada Akaryakıt/LPG İstasyonu Yer Seçimi”, (2018) *Mahallî İdareler Dergisi*, 68, Ağustos.

Özdemir S, “İmar Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme”, (2018) *Mahallî İdareler Dergisi*, 69, Eylül.

Parlak Z, Arazi Toplulaştırması, http://www.tarimreformu.gov.tr/library/belge/b_Kirsal_alan_arazi_toplulastirma_ziya_parlak%20.pdf, 09.10.2012.

Sanır A B, *Türk Otomotiv Sanayii: Kuruluş ve Gelişim Sürecinde Yazılanlar, Belgeler ve Yorumlar Cilt-I, 1964 Yılı ve Öncesi*, (Önder Matbaacılık 2011).

Sarısu A, “Tanıma Kavuşturulamayan “Kamu Hizmeti””, (2011) *Yargıtay Dergisi*, Temmuz, (37), 3.

Tuik, “Motorlu Kara Taşıtları, Ocak 2021”, <https://tuikweb.tuik.gov.tr/Pre-HaberBultenleri.do;jsessionid=Sqdhg09GhPBbfpStMJ4pQ11SrvydJxwV-sSpKWdK2G1JbLn7fmCHR!1955124248?id=37411>, 17.03.2021.

Türkiye Sınai Kalkınma Bankası A.Ş., *Otomotiv Sektörü Raporu*, Ocak, 2017, http://www.osd.org.tr/sites/1/upload/files/Otomotiv_Sektor_Raporu_TSKB-2208.pdf, e.t. 07.03.2020.

Uğurlar A, “Kentsel Ulaşımında Özel Araç Odaklı Düzenlemelere Eleştirel Bir Bakış”, (2019) *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, (13), 19, Eylül.

Yasin M, “Kamu Hizmeti”, *İdare Hukuku*, Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün Özge Okay Tekinsoy, (XII Levha Yayınları 2013).

Yayla Y, *İdare Hukuku*, (Filiz Kitabevi 1985).

Yıldız H, *Vergi Hukuku*, (Ümit Ofset Matbaacılık 2011).

Yücel Batmaz N / Erdem Ç, “Türkiye’de 1950-1960 Döneminde Kentleşme Sürecini Siyasî İktidarın Yapısı ve Uygulamaları Açısından Yorumlamak”, (2016) *Muhafazakâr Düşünce*, 12, 47, Ocak-Nisan.

İdare Mahkemesi, Bölge İdare Mahkemesi, Danıştay kararları: UYAP Bilişim Sistemi

www.mevzuat.gov.tr

www.resmigazete.gov.tr

GAİPLİĞİN MİRAS HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of the Term “Absence” In Terms of Inheritance Law

Kemale Leyla ASLAN BİNGÖL*

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (313-334)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 15.02.2021

Kabul Tarihi : 14.09.2021

Makale Türü: Derleme ve
(Literatür) Tarama Makalesi

Article Info

Received Date: 15.02.2021

Accepted Date: 14.09.2021

Article Type : Review and
(Literature) Review Article

ÖZET

Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 28. madde hükmü uyarınca, “kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer”. Yine TMK uyarınca kişilik; “ölüm” (m. 28/I) ve “gaiplik” (m. 32/I) olmak üzere iki şekilde sona erebilir. Kişiliğin sona ermesi ile, kişiye bağlı haklar son bulmakta, diğer haklar ise mirasçılara geçmektedir. Kişiden uzun süreden beri haber alınmaması veya kişinin ölüm tehlikesi içerisinde kaybolması durumlarında kanunumuz, “gaiplik” kavramından bahsetmektedir. Kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi durumunda, ölüm halinde olduğu gibi kişilik sona ermektedir. Gaiplik, kişinin ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren bir durum söz konusu olmasa da ölmüş olabileceğine dair ciddi şüphelerin bulunması halinde ortaya çıkmaktadır. Gaiplik belli koşullara ve mahkemenin vereceği gaiplik kararına tabi kılınmıştır. Çalışmamızda gaiplik kararının koşullarına, hâkimin gaiplik kararı vermesine ve bu kararın miras hukukundaki yansımalarına yer verilmiştir. Miras hukuku bakımından konu esasen iki boyutta; hem gaiplik kararı verilen kişinin mirası, hem de mirasçılarının gaip olması bakımından ayrı ayrı incelenmiştir. Ayrıca çalışmada, Hazine'nin gaiplik kararı alma koşulları da değerlendirilmiştir. Hazine'nin bu talebini hangi koşullarda ileri sürebileceği ve sonuçları hakkında bilgi verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Gaiplik, miras hukuku, gaibin mirası, mirasçılarının gaipliği, gaiplik kararı.

ABSTRACT

Pursuant to the Article 28 of the Turkish Civil Code, “Legal personality begins when the child is born fully alive and ends with death.” Legal personality can end in two ways: “death” (article 28/I) and “absence” (article 32/I) in accordance with Turkish Civil Code. With the termination of legal personality, rights of person also terminate and other rights are inherited by related heirs. Turkish law mentions the concept of “absence” in cases where the person cannot be heard from for a long Pursuant to the Article 28 of the Turkish Civil Code, “Legal personality begins when the child is born fully alive and ends with death.”Legal

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Adalet MYO, kamalaaslanova@aydin.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-4951-4163>.



personality can end in two ways: “death” (article 28/I) and “absence” (article 32/I) in accordance with Turkish Civil Code. With the termination of legal personality, rights of person also terminate and other rights are inherited by related heirs. Turkish law mentions the concept of “absence” in cases where the person cannot be heard from for a long time or the person disappears in danger of death. In case a declaration of absence is made about a person, the personality ends as in the case of death. Declaration of absence is made when there is serious doubt that the person may have died, even if there is no situation which requires exact consideration that the person has died. Absence is subject to certain conditions and declaration of absence to be made by the court. In our study, the conditions of declaration of absence, judge's declaration of absence and reflection of this declaration in the inheritance law are included. The subject is handled separately in two dimensions, both in terms of inheritance of the person about whom the declaration of absence is made and absence of related heirs in accordance with the inheritance law. In addition, the conditions of the Treasury's declaration of absence are also evaluated in the study. Information on the conditions under which the Treasury can claim this request and related results is given.

Key Words: Absence, inheritance law, inheritance of absentee, absence of heirs, declaration of absence.

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu (TMK) uyarınca kişilik; “ölüm” (m. 28/I) ve “gaiplik” (m. 32/I) olmak üzere iki şekilde sona erebilir. Kişiliğin sona ermesi ile birlikte, kişiye bağlı haklar ortadan kalkar, diğer haklar ise mirasçılara geçer. Kişiden uzun süreden beri haber alınamaması veya kişinin ölüm tehlikesi içerisinde kaybolması durumlarında kanunumuz, “gaiplik” kavramından bahsetmektedir. Kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi durumunda, ölüm halinde olduğu gibi kişilik sona ermektedir. Gaiplik, kişinin ölümüne kesin gözle bakmayı gerektirecek bir durum olmamasına rağmen kişinin ölü olduğuna ilişkin güçlü kuşklar bulunması ve bu duruma kanunkoyucunun sonuç bağlaması durumudur. Gaiplik belli koşullara ve mahkemenin vereceği gaiplik kararına tabi kılınmıştır. TMK da İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) m. 35’de olduğu gibi, gaipliğin hâkim kararıyla kişiliği sona erdireceğini düzenlemiştir.

Çalışmamızda öncelikle, genel olarak gaiplik kavramı ve tanımına yer verilmiş, gaiplik kararı verilmesinin şartları incelenmiş ve gaiplik konusu miras hukuku bakımından değerlendirilmiştir.

1. GAIPLİK KAVRAMI VE TANIMI

Kişiliğin sona ermesine bağlanan önemli sonuçlar olması sebebiyle, kişiliğin hangi hallerde ve ne zaman sona erdiğinin tespiti önem arz etmektedir. Kişiliğin sona ermesi ile, kişiye bağlı haklar son bulmakta, diğer haklar ise mirasçılara geçmektedir¹. Türk Medeni Kanunu (TMK) uyarınca kişilik; “ölüm” (m. 28/I) ve “gaiplik” (m. 32/I) olmak üzere iki şekilde sona erebilir.

¹ Y. 12. HD. 03.06.2021 T., 2021/4546 E., 2021/6014 K: “Dava devam ederken taraflardan birinin ölmesi halinde, TMK’nın 28/1. maddesi uyarınca ölen kişinin taraf ehliyeti son bulur ise de mirasçıları da ilgilendiren, mirasçıların malvarlığı haklarını etkileyen davalar tarafın ölümü ile konusuz kalmaz. Bu durumda ölen tarafın mirasını reddetmeyen mirasçılarının davayı mecburi dava arkadaşı olarak hep birlikte takip etmeleri gerekir.”. Bkz. Kazancı İçtihat Bankası, (E.T. 25.06.2021).

Ölümlerle hak ehliyeti son bulduğundan, yeni bir hak kazanılması da söz konusu olamayacaktır². Bir kimsenin öldüğünün tespiti veya cesedinin bulunamamasına rağmen kişinin öldüğüne ilişkin hiçbir şüphe duyulmaması durumunda, kanunda öngörülen ölüm karinesi sonucunda da kişilik sona erer³. TMK m. 31 hükmü, “Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır” şeklindedir. Bu hüküm uyarınca kişinin ölümüne şüphe ile değil, “kesin gözle bakılacak şekilde” kaybolması halinde, cesedine ulaşılamamış olsa da kanunen ölmüş sayılacaktır. Bazı durumlarda ise kişinin ölümüne kesin gözle bakılmaması da ölmüş olduğuna dair güçlü kuşklar bulunabilmektedir⁴. Kişiden uzun süreden beri haber alınmamış veya kişi ölüm tehlikesi içerisinde kaybolmuş olabilir. İşte bu durumlar kanunda “gaiplik” kavramı altında düzenlenmiştir. TMK m. 32/I hükmünde, “Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınmayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir” denilmiştir. İsviçre Medeni Kanun’u (ZGB) m. 35 hükmü uyarınca da kaybolan kişilerin belirsiz durumlarını ortadan kaldırmak için gaiplik, hâkim kararıyla kişiliği sona erdirir⁵.

Gaip kavramı sözlük anlamıyla “göz önünde olmayan”, “hazır bulunmayan”, “nerede olduğu bilinmeyen” kimseyi ifade etmektedir⁶. Hakkında gaiplik kararı

² Y. 21. HD. 28/04/2014 T., 2014/6353 E., 2014/9071 K. :“Gerçek kişinin ölümüyle medeni haklardan yararlanma ehliyeti ve buna bağlı olarak da taraf ehliyetinin sona ereceği Medeni Kanunun 28. Maddesinin buyurucu nitelikteki hükmüyle açıklanmıştır. Dava tarihinden önce ölüm nedeniyle şahsiyeti son bulan kişinin taraf ehliyetini yitireceği kuşkusuzdur”. Bkz. Kazancı İçtihat Bankası, (E.T. 25.06.2021).

³ M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi /Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2018, s. 19; Mustafa Dural/Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku – C. II – Kişiler Hukuku, İstanbul 2017, s. 26; Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, İstanbul 2017, s. 32.

⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 30; Dural/Ögüz, s. 30; Helvacı, s. 36; Rona Serozan, Medeni Hukuk (Genel Bölüm-Kişiler Hukuku), Vedat kitapçılık, 2018, s. 426.

⁵ ZGB Art. 35: “Ist der Tod einer Person höchst wahrscheinlich, weil sie in hoher Todesgefahr verschwunden oder seit langem nachrichtlos abwesend ist, so kann sie das *Gericht* auf das Gesuch derer, die aus ihrem Tode Rechte ableiten, für verschollen erklären”.; Almanya’da 04.07.1939 tarihinde Gaiplik Kanunu (Verschollenheitsgesetz) yürürlüğe girmiş ve gaipliğe ilişkin hükümler düzenleme alanı bulmuştur. Kanuna baktığımızda Almanya’nın bu konuda “ölüm beyanı” sistemini benimsediğini görmekteyiz. Bu sistemde, kişinin öldüğü mahkeme kararı ile tespit edilmektedir. TMK’dan farklı olarak, Alman Gaiplik Kanunu m.10 uyarınca gaip, ölü olarak tespit edilmedikçe hayatta kabul edilmektedir: “Solange ein Verschollener nicht für tot erklärt ist, wird vermutet, daß er bis zu dem in § 9 Abs. 3, 4 genannten Zeitpunkt weiter lebt oder gelebt hat”. Bu hususta daha detaylı bilgi için bkz. Egon Arnold, Verschollenheitsgesetz, Kommentar Zum Verschollenheitsgesetz, Bonn 1951, s. 42 vd.; Heinrich Lehmann/Heinz Hübner, Allgemeiner Teil des BGB, 16. Aufl., Berlin 1966, s. 408; Alman Gaiplik Kanunu metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/verschg/BJNR011860939.html> (E.T. 25.06.2021).

⁶ Bkz., TDK. Büyük Türkçe Sözlük (Erişim Tarihi: 25.06.2021).



verilmemiş olan kişi için, TMK’da “kaybolan” (TMK m. 131/II), “gaipliğine karar verilecek kişi” (TMK m. 33/II) gibi terimler kullanılmıştır. Gaiplik kararı verilmiş kişiler için ise, “gaipliğine karar verilen kimse” (TMK m. 586/II) ve “gaiip” (TMK m. 584/I, m. 585/I) terimleri tercih edilmiştir. Gaiplik kavramını ise, “hâkimin, şartları varsa, ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kişinin ölmüş olabileceği yönünde karar vermesi” olarak ifade edebiliriz. Saymen gaipliği, “bir kimsenin yaşayıp yaşamadığı hususunda şüphelerin olması” durumu olarak ifade etmektedir⁷. Köprülü ise gaipliği, yaşayıp yaşamadığı belli olmayan, fakat muhtemelen ölmüş olan bir kişinin durumu olarak ifade etmektedir⁸. Serozan’a göre gaiplik, ölüm karinesini doğuran ölüm olasılığından bir kerte düşük bir olasılığa ilişkindir⁹. Gaiplik, kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya kendisinden uzun süre haber alınmaması yüzünden ölümünün pek olası gözükmemesi halinde yargıçtan elde edilen bir gaiplik hükmü ile oluşmaktadır¹⁰.

2. GAIPLİK KARARININ ŞARTLARI

Ölüm olasılığının düşüklüğü dolayısıyla, gaiplik kararı verilebilmesi geniş kapsamlı formalitelere bağlanmıştır. Zira gaiplik kararı “ölüm” yerine geçmese dahi adeta bir ölüm karinesi yaratmaktadır. Örneğin gaibin malvarlığı teminat göstermek koşuluyla mirasçılara geçebilecektir (TMK m. 584, 585). Ayrıca, gaibin evli olması durumunda evliliğinin iptali de mümkün olabilecektir¹¹ (TMK m. 131).

Gaiplik kararı verilebilmesi hem maddi hem de yargılamaya ilişkin birtakım şartlara tabi tutulmuştur. Öncelikle bir kimsenin gaipliğine karar verilebilmesi için, ölüm tehlikesi içinde kaybolma ya da uzun süreden beri haber alınmama şartlarından birinin bulunması ve belirli sürelerin geçmesi gerekmektedir. Aşağıda bu koşulların her birine “maddi şartlar” başlığı altında değinilecektir. “Yargılamaya ilişkin şartlar” başlığı altında ise yargılama usulü, mahkemeye başvurmaya yetkili kişiler, yetkili mahkeme ve ilan hususlarına yer verilecektir.

2.1. Maddi Şartlar

Bir kimsenin gaipliğine karar verilebilmesi, ölüm tehlikesi içinde kaybolmasına ya da uzun süreden beri haber alınmamasına bağlıdır. Bu

⁷ Ferit H. Saymen, Türk Medenî Hukuku, C. 2, Şahsın Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1960, s. 44-45. Aktaran: Hüseyin Tokat, Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.2, 2017, s. 523-575, s. 527.

⁸ Bülent Köprülü, Medenî Hukuk, Genel Prensipler – Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler), 2. Baskı, İstanbul 1984, s. 250.

⁹ Serozan, s. 426 naklen.

¹⁰ Serozan, s. 426 naklen.

¹¹ İsviçre Medeni Kanunu’nun 38. maddesinin 3. fıkrası uyarınca kişi hakkında gaiplik kararı verilmesiyle birlikte evlilik kendiliğinden sonlanır.

koşullardan birinin varlığı ve belirli sürelerin de geçmesi ile, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir. Görüldüğü üzere, TMK m. 32/I hükmü ile üç maddi şart öngörülmüştür.

Maddi şartlardan biri ölüm tehlikesi içinde kaybolmadır. Ölüm tehlikesi içinde kaybolmak, kişinin kaybolduğu durumun ölümle sonuçlanma olasılığının yüksek olmasıdır¹². ZGB 35/I bu durumu "büyük ölüm tehlikesi"¹³ şeklinde ifade etmiştir. Bizim kanunumuzda ise "büyük" terimi kullanılmamakla birlikte, doktrin ölüm tehlikesinin "büyük" olması gerektiği kanaatinde¹⁴. Karıştırılmaması gereken husus, ölümüne kesin gözle bakılabilecek bir durum söz konusu ise bu durumda gaiplik değil, ölüm karinesinin söz konusu olduğudur. Örneğin, depremde bina çökmüş ve göçük altında kalan insanlar varsa, cesedi bulunamamış olsa bile kişileri ölmüş varsaymak gerekecektir. Ancak denizde tekneyle balık tutmaya giden bir kişi dönmemişse, bu durumda (süre koşulunu da sağlıyorsa) gaiplik kararı verilmesi söz konusu olabilecektir. TMK'da kaybolan kişinin ölümü sonucunu doğurabilecek tehlikeler sınırlı olarak düzenlenmemiş; genel itibariyle ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumu ifade edilmiştir¹⁵. Bu sebeple hâkim, somut olaya göre ölüm tehlikesinin bulunup bulunmadığını takdir edecektir¹⁶. Ölüm tehlikesi, başlangıçta da oluşabilir, sonradan da ortaya çıkabilir¹⁷. Örneğin, normal seyrinde devam eden bir uçak yolculuğu sırasında aniden uçağın hava boşluğuna girmesi ve akabinde kule ile iletişiminin kesilmesi durumunda, sonradan ortaya çıkan ölüm tehlikesi söz konusu olacaktır.

İkinci maddi şart uzun süreden beri haber alınamama durumudur. Ancak hemen şunu da ifade etmek gerekir ki, sadece kişiden uzun süreden beri haber alınmamış olması gaiplik kararının verilmesi için yeterli olmayıp, aynı zamanda kişinin yaşamadığı konusunda da şüphe duyulması gerekmektedir¹⁸.

¹² Dural/Öğüz, s. 31; Helvacı, s. 37; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 31.

¹³ Dural/Öğüz, s. 31.

¹⁴ Dural/Öğüz, s. 31; Selâhattin S. Tekinay, *Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, İstanbul 1992, s. 214; Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, İstanbul 1979, s. 225; Helvacı, s. 37; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 31; Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, İstanbul 2019, s. 255.

¹⁵ Özsunay, s. 225; Dural/Öğüz, s. 31.

¹⁶ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medenî Hukuku, C. 1, Şahsın Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul 1956, s. 132.

¹⁷ Özsunay, s. 226.

¹⁸ Hasan Erman, *Medenî Hukuk Dersleri, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul 2016, s. 186; Tekinay, s. 215; Helvacı, s. 37; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 32; Dural/Öğüz, s. 31; Eda Şahin, *Gaipliğin Miras Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları*, TBB Dergisi 2019 (144), s.249-275, s. 253; Birsen'e göre, "ölüm tehlikesi olmaksızın bir kimsenin kaybolması hâlinde de gaipliğine karar verilebilir" (bkz. Kemaleddin Birsen, *Medenî Hukuk Dersleri, Umumî Esaslar – Şahsın Hukuku – Aile Hukuku*, İstanbul 1954, s. 178). Biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira, kaybolan kişinin hayatta olup olmadığı



Elektronik hiçbir alet kullanmayan, iletişime kapalı bir kişinin gezmek amaçlı dünya turuna çıkması durumunda, sırf iletişime geçilemediği için gaiplik kararı çıkarılması mümkün değildir. Eğer o kişi ile düzenli iletişime geçiliyor ancak bir süre sonra aniden iletişim kesilmişse ve kanunun aradığı süre koşulu da mevcutsa bu durumda o kişinin gaip sayılması mümkün olabilir. Ayrıca hem ZGB, hem de TMK uyarınca haberin o kişinin bizzat kendisinden alınması zorunlu değildir¹⁹. Kişi ile iletişimi olan herhangi birinden de haber alınması durumu gaipliğin söz konusu olmadığı hususunda delil olabilir.

Gaipliği istenen kişinin sadece bulunduğu yerin bilinmemesi de gaiplik nedeni değildir²⁰. Zira kişi kendi isteği ile iletişim veya adres bilgilerini kimse ile paylaşmak istememiş olabilir. Ayrıca, uzun zamandan beri haber alınamama dolayısıyla gaiplik kararı verilebilmesi için, kişiden “kesintisiz” bir şekilde haber alınamamış olması gerekmektedir²¹. Kaybolan kişiden ara sıra haber alınması durumunda gaiplik kararı verilemeyecektir.

Gaiplik için aranan maddi şartlardan üçüncüsü ise kanunda belirtilen sürelerin beklenmesidir. Kanunkoyucu bu süreleri gaiplik sebebine göre farklılık arz edecek şekilde düzenlemiştir²². Zira, ölmüş olma ihtimalini değerlendirdiğimiz zaman, “ölüm tehlikesi içinde kaybolma” durumu ile, “uzun zamandan beri haber alınamama” durumu aynı olmayacaktır. Bu sebeple, kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması hâlinde süre daha kısa, uzun zamandan beri haber alınamama halinde ise daha uzundur. Hem ZGB m. 36/I, hem de TMK m. 33 hükmü gaiplik kararı talep edilebilmesi için, “ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl geçmiş olmasını”, haber alınamama nedeniyle gaiplik kararı talep edilebilmesi için ise “son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olmasını” aramaktadır. Bir yıllık süre dolduktan sonra, hakları ölüme bağlı olan ilgililer, istedikleri zaman gaiplik için mahkemeye başvurabilirler²³. Tehlike tek seferde gerçekleşmişse, bu durumda sürenin de tehlike anından işlemeye başlaması gerekmektedir. Kişinin hangi olay sonucu kaybolduğu belirlenemiyorsa, 1 yıllık sürenin tehlikenin geçmesi gereken andan itibaren başlaması gerekmektedir²⁴. Buna göre, ölüm tehlikesi içeren olay devamlılık

şüpheli değilse, o kişinin gaipliğine karar verilemez. Sadece haber alınmadığı için o kişinin gaipliğine hükmedilemez. TMK m. 32/I hükmünde de hem ölüm tehlikesi içinde kaybolan, hem de kendisinden uzun zamandan beri haber alınmayan kimsenin “ölümü hakkında kuvvetli olasılık” olması koşuluyla gaipliğine karar verilebileceği düzenlenmiştir.

¹⁹ Özsunay, s. 227; Dural/Öğüz, s. 31; Helvacı, s. 37; Şahin, s. 254.

²⁰ Dural/Öğüz, s. 31; Köprülü, s. 255; Oğuzman/Seliçi/Oktay – Özdemir, s. 29.

²¹ Aydın Zevkliler/M. Beşir Acabey/K. Emre Gökyayla, Medenî Hukuk, 6. Baskı, Ankara 1999, s. 575.

²² Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 255-256; Birsen, s. 180.

²³ Saymen, s. 48; Tokat, s. 533.

²⁴ Saymen, s. 47; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 574; Birsen, s. 180; Dural/Öğüz, s. 32, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 32-33; Tekinay, s. 215.

arz etmiyorsa, süre, tehlikeyi yaratan olayın gerçekleşmesiyle başlar²⁵. Örneğin, tehlike arz eden olay bir geminin batmasıysa, süre geminin battığı tarihte başlayacaktır. Ancak, tehlike arz eden olay devamlıysa, süre tehlikeli olayın bitiminden itibaren başlayacaktır²⁶. Benzer şekilde, tehlikeli olay yangınsa ve yangının söndürülmesi bir hafta sürmüşse, süre yangının söndürülmesinden itibaren başlayacaktır.

Uzun zamandan beri haber alınamama durumunda geçmesi gereken süre ise TMK m. 33/I uyarınca en az beş yıldır. Beş yıllık süre, son haber alma tarihinden itibaren hesaplanır²⁷. Beş yıllık sürenin başlangıç anı, son haberin ulaştığı an değil, gönderildiği an olarak esas alınacaktır²⁸. Haberin gönderildiği annin tespit edilememesi halinde, sürenin haberin ulaşma tarihinden itibaren başlaması gerekecektir²⁹.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız maddi koşullardan birinin bulunması gaiplik kararı verilebilmesi bakımından yeterlidir³⁰.

2.2. Yargılamaya İlişkin Koşullar

Türk Medeni Kanunu m.32/I hükmü uyarınca, gaiplik kararı verilebilmesi, “hakları bu ölüme bağlı olan kişilerin mahkemeye başvurmasına” bağlıdır. İlgililerin talepte bulunmaması halinde hâkim kendiliğinden gaiplik kararı veremez³¹. Hakları ölüme bağlı olanlar, kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi durumunda “çeşitli haklar kazanacak veya bu haklarını ileri sürebilecek ya da bir yükümlülüğten kurtulacak” olan kişilerdir³². TMK ilgilileri sınırlı olarak saymamıştır. Dolayısıyla, gaiplik talebinde bulunanın, “hakları ölüme bağlı kimseler”den sayılıp sayılmayacağı hâkim tarafından takdir edilecektir. Bu kişiler, gaibin eşi, belirli mal vasiyeti alacaklıları, yasal ve atanmış mirasçıları, vasiyeti yerine getirme görevlisi, hayat sigortası lehtarı, Hazine³³, son yasal

²⁵ Tokat, s. 533.

²⁶ Tokat, s. 533-534.

²⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 256; Oğuzman/Seliçi/Oktay – Özdemir, s. 30-31; Dural/Öğüz, s. 32; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 576; Birsen, s. 179-180.

²⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay – Özdemir, s. 31.

²⁹ Tokat, s. 535.

³⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 254; Dural/Öğüz, s. 30; İsviçre Hukuku’nda da aynı esas geçerlidir. Bkz. Andreas Kley/Goran Seferovic, OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zurich 2016, s. 154, aktaran Şahin, s 252.

³¹ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 256; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 576.

³² Oğuzman/Seliçi/Oktay – Özdemir, s. 31; Dural/Öğüz, s. 32; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 576; Şahin, s. 254.

³³ Hazinesinin gaiplik kararı için mahkemeye başvurma yetkisi iki koşula bağlanmıştır. Birinci koşul, ölü ya da sağ olduğu belli olmayan kişinin mallarının en az on yıldan beri mahkemece yönetilmesi, ikinci koşul ise, malların mahkemece yönetilmesi on yıldan az bir süre devam etmekle beraber, kişinin yüz yaşını doldurmuş olması yıldan az bir süre devam etmekle



mirasçı sıfatıyla devlet, gaibin alacaklıları³⁴, vasi³⁵ olabilir³⁶. Burada önemli olan, gaipliğine karar verilmesi istenen kişi ile hakları ölüme bağlı kimselerin menfaat dengesini korumaktır. Hâkim menfaat dengesini TMK m. 2/2 hükmünü göz önünde tutarak sağlamaya çalışacaktır. Hatta, hâkim gerek duyarsa, gaiplik kararı talebinde bulunan kişinin menfaatini ispatlamasını da isteyebilir³⁷.

Talebin yetkili mahkemeye yöneltmiş olması durumunda, mahkeme gaipliğe karar verir. Gaiplik kararı talebi, çekişmesiz yargı işlerindedir³⁸. 6100 sayılı HMK m. 384 uyarınca “Kanunda aksine düzenleme bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir”. Ancak gaiplik hususunda TMK m. 32/II hükmü şu düzenlemeyi içermektedir: “Yetkili mahkeme, kişinin Türkiye’deki

beraber, kişinin yüz yaşını doldurmuş olması.

³⁴ Bu konu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, “Bu hakkı kayıtsız şartsız bütün alacaklılara tanımak gerekir”. Bkz., Ali Naim İnan, Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 118. İkinci görüşe göre ise, “Bu hak sadece büyük miktarda alacağı olanlara tanınmalıdır”. Bkz., Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 578. Kanaatimize göre, alacağın miktarının küçük veya büyüklüğü kişinin ekonomik durumuna göre değişiklik arz edeceğinden ve bu konu kesin bir kriterle belirlenemeyeceğinden alacaklıyı, hakları ölüme bağlı olan kimselerden kabul etmek isabetli olacaktır. Ancak bu talep yapılırken dürüstlük kuralına uygun hareket edilmesi gerektiği de göz ardı edilmemelidir.

³⁵ Bu husus doktrinde tartışmalıdır. Gaip olan kişinin vesayet altında olması durumunda, vasinin hakları ölüme bağlı olan kimselerden olup olmadığı hususundaki tartışmalar için bkz., Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 578; Oğuzman/Seliçi/Oktay – Özdemir, s. 31. Kanaatimiz, vasinin de vesayet altındaki kişinin gaipliğine karar verilmesini isteyebilecek kişilerden sayılması gerektiği yönündedir. Çünkü, kişilik, vesayet altındaki kişinin gaipliğine karar verilmesiyle birlikte sona erer ve miras gaibin mirasçılarına geçer. Dolayısıyla, vesayetin temel amacı olan “vesayet altındaki kişinin kişiliğini ve mallarını koruma amacı” ortadan kalkmış olur.

³⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay – Özdemir, s. 31; Erman, s. 187; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 576-577; Dural/Öğüz, s. 32; Tekinay, s. 218; Özsunay, s. 227; Cahit Oğuzoğlu, Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1963, s. 232; Helvacı, s. 38; İnan, s. 118; Zahit İmre, Medeni Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medeni Kanun’un Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku), 3. Baskı, İstanbul 1980, s. 506.

³⁷ Oğuzoğlu, s. 233.

³⁸ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 579; Oğuzman/Seliçi/Oktay – Özdemir, s. 32; İmre, s. 506; Erman, s. 187; İnan, s. 118; Y.20.HD, 13.02.2020, E. 2020/114, K. 2020/706, “4721 sayılı TMK’nın 32/2. Maddesinde Yetkili mahkeme, kişinin Türkiye’deki son yerleşim yeri, eğer Türkiye’de hiç yerleşmemiş ise nüfus sicilinde kayıtlı olduğu yer; böyle bir kayıt da yok ise anasının ya da babasının kayıtlı olduğu yer mahkemesidir; şeklinde düzenlenmiştir. Somut olayda, Besni İlçe Jandarma Komutanlığına yapılan kolluk araştırması sonucunda ...’ın en son İstanbul ilinde ikamet ettiğinin bildirildiği ve İstanbul İl Emniyet Müdürlüğüne yapılan kolluk araştırması sonucunda ...’ın en son annesi ile birlikte İstanbul ili, Üsküdar ilçesinde ikamet ettiğinin, 2008 yılından bu yana kendisinden hiç bir haber alınmadığının, 2008 yılından günümüze kadar herhangi bir kuruma adres beyan etmediğinin tespit edildiği anlaşıldığından uyumsuzluğun İstanbul Anadolu 12. Sulh Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir”. (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası) (E.T. 25.06.2021); Y.20.HD, 23.01.2020, E. 2019/6223, K. 2020/329; Y.17.HD, 11.4.2013, E. 2013/4162, K. 2013/5361 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası) (E.T. 25.06.2021).

son yerleşim yeri; eğer Türkiye’de hiç yerleşmemişse nüfus sicilinde kayıtlı olduğu yer; böyle bir kayıt da yoksa anasının veya babasının bulunduğu yer mahkemesidir”. Dolayısıyla, öncelikle yetkili mahkeme gaipliğine karar verilmesi istenen kişinin son yerleşim yeri mahkemesi; Türkiye’de yerleşim yerinin bulunmaması veya tespitinin yapılamaması durumunda nüfus sicilinde kayıtlı olduğu yer mahkemesi; Türkiye’deki son yerleşim yeri veya nüfusa kayıtlı olduğu yerin de tespit edilememesi durumunda ise, anne veya babasının bulunduğu yer mahkemesi olacaktır. TMK m. 32/II hükmüne göre “yetkili mahkeme bulunamazsa, Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemeleri” yetkili olacaktır³⁹.

Mahkemenin gaiplik kararı verebilmesi aynı zamanda talebin görevli mahkemeye yöneltilmiş olmasına bağlıdır. TMK gaiplik kararını verebilecek olan görevli mahkemeye ilişkin bir düzenleme yapmamış olup, bu hususu HMK hükümlerine göre çözmek gerekecektir. HMK m. 382/II, a, 4 ve m. 383 hükümleri uyarınca, gaiplik kararı verilmesi çekişmesiz yargı işi olması sebebiyle Sulh Hukuk Mahkemelerinde görülecektir. Ancak TMK m. 588 hükmüne dayanan gaiplik kararı verilmesi ve gaibin mirasının devlete geçmesi talepli davalarda durum farklıdır. Şöyle ki, bu durumda Yargıtay’a göre görevli mahkeme, HMK m. 2 hükmü gereğince Asliye Hukuk Mahkemeleridir⁴⁰.

³⁹ Dural/Öğüz, s. 33; Helvacı, s. 38.

⁴⁰ Y.1.HD, 17/06/2019, E.2016/11231, K.2019/3851, “*Dava, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 588. maddesinden kaynaklanan gaiplik ve malvarlığının intikali isteklerine ilişkindir. Davacı ..., 235 ve 236 parsel sayılı taşınmazlar hakkında ... Sulh Hukuk Mahkemesinin 1994/409 Esas sayılı dosyası ile ortaklığın giderilmesi davası açıldığını, taşınmazların paydaşlarından olan ..., ..., ..., ..., ...’in kim olduğunun bilinmemesi nedeniyle ... Sulh Hukuk Mahkemesinin 1994/401 Esas 1994/767 Karar sayılı kararı ile ... Mal Müdürünün kayyım olarak tayin edildiğini, adı geçen gaiplerin hissesine isabet eden satış bedelinin kayyım hesabına aktarıldığını, kayyımla idare süresinin dolduğunu ileri sürerek adı geçenlerin gaipliklerine ve malvarlıklarının Hazineye intikaline karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, davanın çekişmesiz yargı işi olduğu, sulh hukuk mahkemesinin görevli bulunduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiş, karar temyiz edilmeden kesinleşmiş ve dosya sulh hukuk mahkemesine gönderilmiş; sulh hukuk mahkemesi de, işin esası hakkında hüküm kurarak davanın reddine karar vermiştir. Ne var ki, TMK’nun 588. maddesinden kaynaklanan davaların taşınmazın ayınına (mal varlığına) yönelik olduğu gözetildiğinde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 2. maddesi kapsamında kaldığı ve görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu tartışmasızdır. Görev, kamu düzeniyle ilgili olup yargılamanın her aşamasında resen ve öncelikle dikkate alınmalıdır. Hâl böyle olunca, görevsizlik kararı verilmesi yerine, yazılı biçimde hüküm kurulması doğru değildir. Davacı ...’nin temyiz itirazı açıklanan nedenden ötürü yerindedir.”; YHGK. 06.05.2015, E.2013/2096 K.2015/1304 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası) (E.T. 25.06.2021); Y. 1. HD, 1.10.2012, E. 2012/12630, K.2012/10410 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası) (E.T. 25.06.2021); Aksi görüşe göre ise görevli mahkeme HMK m.382-383 kapsamında Sulh Hukuk Mahkemesi’dir. Bu görüşü savunan yazarlara ilişkin bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 34; İpek Sağlam, “Devletin Yasal Mirasçılığı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s. 2487.*



TMK m. 33/II uyarınca gaiplik kararı için kendisine başvurulmuş mahkeme durumu ilan eder. İlanın amacı gaiplik kararı verilecek kişi ile ilgili bilgi sahibi olanların mahkemeye başvurularının sağlanmasıdır⁴¹. İlan aynı zamanda, gaipliği talep edilen kişinin de durumu öğrenmesini sağlar. Zira gaiplik kararı verilince gaip aleyhine mühim sonuçlar ortaya çıkacaktır.

Hâkim, gaiplik talebinde bulunulmuş durumdan haberdar olması veya gaipliği istenen kişi hakkında bilgi sahibi olan kişilerin mahkemeye başvurusu için uygun bir süre belirleyerek en az iki kere ilân yapar⁴². Bu iki ilân arasındaki süre en az altı ay olmalıdır⁴³. Yargıtay'ın görüşü de bu yönde olup iki ilan yapılmamasının bozma nedeni olduğu ifade edilmektedir: “*Davacı D. A. ’nın 14.10.2007 tarihinde hasımsız olarak açtığı davada, kocası İ. A. ’dan 18 yıldır haber alamadığını, araştırmalarının sonuçsuz kaldığını belirterek gaipliğine karar verilmesini istediği, mahkemece davanın kabulüne karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 33. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan; “mahkeme, gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgisi bulunan kimseleri, belirli bir sürede bilgi vermeleri için usulüne göre yapılan ilanla çağırır. Bu süre, ilk ilanın yapıldığı günden başlayarak en az altı aydır” hükmü uyarınca gaiplik kararının verilebilmesi için, mahkemece, gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgisi bulunan kimselerin, belirli bir sürede bilgi vermeleri için usulüne göre yapılan ilanla çağırılması gerekmektedir. Bu süre ilk ilanın yapıldığı günden başlayarak en az altı aydır. Mahkemece Türk Medeni Kanunu’nun 33. maddesinde öngörülen ikinci bir ilan yapılmadan gaipliğe karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır... ”⁴⁴.*

Gaiplik kararı verilmeden önce bu ilânın nasıl yapılacağı hususunda TMK’da bir düzenleme bulunmamaktadır. İlanın hangi şekilde ve hangi araçlarla yapılacağı, somut olayın özelliklerine göre, hâkimin takdirine bırakılmıştır⁴⁵. Hâkim, iki ilan arasındaki süreyi kısaltamaz, ancak isterse uzatabilir⁴⁶. İlan Resmî Gazete veya ülke çapında yayınlanan gazeteler vasıtasıyla ya da duyuruyla yapılabilir⁴⁷.

⁴¹ Dural/Öğüz, s. 33; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 579; Oğuzoğlu, s. 232; İmre, s. 506; Helvacı, s. 39.

⁴² Tekinay, s. 218; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 579; Dural/Öğüz, s. 33; Helvacı, s. 39; Tokat, s. 544; Şahin, 256.

⁴³ Oğuzman/Seliçi/Oktay – Özdemir, s. 32; Dural/Öğüz, s. 33; Helvacı, s. 39; Tokat, s. 544; Şahin, s. 256; TMK’dan farklı olarak İsviçre’de iki ilân arasında bir yıllık bir süre koşulu bulunmaktadır (ZGB m.36/II-III).

⁴⁴ Y.2.HD. 01.03.2012, E.2010/18622, K.2012/4357 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Aynı yönde bkz. Y.2.HD. 22.05.2006, E.2006/1221, K.2006/7986 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁵ Özsunay, s. 229.

⁴⁶ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 579; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s. 32; İmre, s. 507; Özsunay, s. 229; Helvacı, s. 39; Tokat, s. 544.

⁴⁷ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 580; Hâkimin kitle iletişim araçları ile de duyuru yapabileceği hakkında bkz., Özsunay, s. 229.

TMK m. 34 hükmü uyarınca, gaibin bizzat çıkıp gelmesi, yaşadığı hususunda bilgi alınması” veya öldüğü tarihin tespit edilmesi hâllerinde iplik kararı vermeyi gerektiren bir durum söz konusu olmadığından, gaiplik istemi düşecektir. Ayrıca bu gelişmeler ilan süresi dolsa bile, henüz gaiplik kararı verilmeden gerçekleşirse, gaiplik kararı yine düşecektir⁴⁸. Eğer ilân süresi tamamlanmış ve bu sürede gaipliği talep edilen kişiden haber alınamamışsa, gaipliğe karar verilir (TMK m. 35/I). Gaiplik kararının ilanı zorunlu olmamakla birlikte, hâkim isterse bu kararı ilân edebilir⁴⁹.

TMK m. 45 hükmü uyarınca, gaiplik kararı, hâkimin bildirmesi üzerine ölüm kütüğüne kaydedilir. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 34 hükmü gereği, gaiplik kararları mahkemelerce on gün içinde o yerin nüfus müdürlüğüne bildirilir ve nüfus memurlarınca aile kütüklerine tescil edilir. Kütüğe yapılan tescilin etkisi açıklayıcıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere, mahkemenin kesinleşmiş gaiplik kararı, kişiliği sona erdiren esas sebeptir.

3. GAİPLİĞİN MİRAS HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya uzun süredir kendisinden haber alınmayan kişiler bakımından gaiplik kararı verilmeye kadar geçen sürede gaibin hayatta olup olmadığı belli olmamaktadır. Bu süre boyunca gaibin mirasçı ya da miras bırakan olması mümkün olmamakla beraber, malvarlığının korunması gerekliliği de yadsınamayacaktır. Dolayısıyla, gaiplik kararı verilmeye kadar geçen sürede gaibe bir miras payının düşmesi halinde, bu pay TMK m. 586/I hükmü gereğince resmen yönetilecektir. TMK m. 588 hükmü de gaibin mirasının mirasçılara geçmeyeceğini düzenlemiştir. Sulh Hukuk Mahkemesi gaibin malvarlığının yönetimi için TMK m. 427/I hükmü uyarınca yönetim kayyımı atayacaktır.

Mahkemenin gaiplik kararı vermesi halinde, karine olarak kişinin öldüğü kabul edildiği için, gaibin terekesi kendiliğinden mirasçılara geçer⁵⁰. Hem gaibin mirasçıları hem de gaibin mirasçılığı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği ya da son haber alma tarihine göre belirlendiği⁵¹ için, miras, “gaiplik kararının verildiği tarihte değil, daha önce, yani ölüm tehlikesi veya son haber tarihinde” açılmış sayılır⁵².

TMK m. 580 hükmü uyarınca, miras bırakan öldüğü sırada sağ olan mirasçıları terekeyi alma hakkına sahiptirler. Gaibin terekesi de ölüm tehlikesi

⁴⁸ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 580; Oğuzman/Seliçi /Oktay-Özdemir, s. 34; Dural/Öğüz, s. 33-34; Helvacı, s. 40.

⁴⁹ Saymen, s. 56.

⁵⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 260.

⁵¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 36; Şahin, s. 260.

⁵² Şahin, s. 260.



veya son haber alma tarihinde “hayatta olan mirasçılara” intikal edecektir. Ölüm tehlikesi içerisinde kaybolan bir kişi hakkında henüz bir gaiplik kararı verilmemiş de olsa, o süre zarfında eşinin ölmüş olması durumunda, eş gaibe mirasçı olacaktır⁵³.

Gaiplik kararı verildikten sonra, gaibin mirası mirasçılara intikal edecektir, ancak gaibin kesin olarak öldüğü belli olmadığı için kanunkoyucu gaibin ortaya çıkması veya kesin ölüm tarihinin belli olmasıyla hak sahiplerinin değişmesi ihtimallerini göz önünde tutarak mirasçılarının ve mirasta hak sahibi olan kişilerin güvence göstermelerini mecburi kılmıştır⁵⁴. TMK m. 584/I hükmü: “Hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimsenin mirasçuları veya mirasında hak sahibi olan kişiler, tereke malları kendilerine teslim edilmeden önce bu malları ileride ortaya çıkabilecek üstün hak sahiplerine veya gaibin kendisine geri vereceklerine ilişkin güvence göstermek zorundadırlar.” şeklindedir. Hüküm, gaibin mirasının intikal ettiği kişilerin gerekirse mirası gaibe ya da daha üstün derecedeki mirasçılara geri vermelerinin teminatını sağlamak ve gaibin ya da üstün dereceli mirasçılarının uğrayacağı zararları tazmin etmektir⁵⁵. Zira gelecekte kesin ölüm tarihi saptanabilir veya bir gün gaibin hayatta olduğu da ortaya çıkabilir. Bu durumlarda mirasın yeniden paylaştırılması ya da geri verilmesi gündeme gelecektir.

Güvence göstermedikleri sürece gaibin mirası mirasçılara intikal etmez. Güvence gösterilmezse, TMK m.523/III kıyasen uygulanarak mirasın resmen yönetilmesine karar verilir⁵⁶. Güvencenin miktarını ve türünü belirlemek hâkimin takdir yetkisi kapsamındadır⁵⁷. Güvence kefalet gibi kişisel güvence de olabilir, rehin ya da ipotek gibi aynı güvence de olabilir. Hâkimin herhangi bir sebeple mirasçuları veya mirasta hak sahibi olanları güvence göstermekten muaf tutması söz konusu olamaz⁵⁸.

Güvence süresi gaiplik kararının hangi sebebe dayanarak verildiğine bağlı olarak farklılık arz eder. TMK m. 584/II gereğince “güvence, ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda beş yıl, uzun zamandan beri haber alınmama durumunda on beş yıl ve her halde en çok gaibin yüz yaşına varmasına kadar geçecek süre için verilir”. Bu sürelerin başlangıç anı ise TMK m. 584/III hükmü uyarınca; beş yıl tereke mallarına el konulduğu tarihten, on beş yıl ise son haber alma tarihinden başlayarak hesaplanacaktır.

⁵³ Mustafa Dural/Turgut Öz, Türk Özel Hukuku – C. IV – Miras Hukuku, İstanbul 2018, s. 388.

⁵⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 36.

⁵⁵ Bu hususta bkz. O. Gökhan Antalya/İpek Sağlam, Miras Hukuku, İstanbul 2015, s. 324.

⁵⁶ Bülent Köprülü, Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 1985, s. 356 (Köprülü, Miras).

⁵⁷ Oğuzman/Seliçi /Oktay-Özdemir, s. 36.

⁵⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 36.

4. GAIPLIĞIN MİRAS HUKUKUNDAKİ SONUÇLARI

Daha önce de ifade edildiği üzere ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya uzun süredir kendisinden haber alınamayan kişiler bakımından gaiplik kararı verilmeye kadar geçen sürede gaibin hayatta olup olmadığı belli olmamaktadır. Bu süre boyunca gaibin mirasçı ya da mirasbırakan olması mümkün olmamakla beraber, gaiplik kararı verildikten sonra, kararın geriye etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğurması dolayısıyla hukuki durumda değişiklik meydana gelecektir.

Gaiplik kararının geçmişe etkili olması, gaibin mirasçılık sıfatına sahip olup olmadığını tespiti yarayan önemli unsurlardandır. Gaiplik kararı geçmişe etkili olarak hükümlerini doğurduğu için, hakkında gaiplik kararı verilen bir kişinin “ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya son haber alma tarihinden sonra” mirasçı olması imkansızdır.

Gaiplik kararı verince, gaibin terekesi kendiliğinden mirasçılara geçer. Gaiplik kararı ile birlikte tereke mirasçılara geçeceği için, mirasçılardan kim olduğu tespit edilmek zorundadır. TMK m. 580 hükmü gereğince, miras bırakan öldüğü sırada sağ olan mirasçılar terekeyi alma hakkına sahiptirler.

Aşağıda da detaylı bir şekilde inceleneceği üzere, miras hukuku bakımından gaipliğin iki yönü bulunmaktadır. Birincisi mirasçının gaip olması durumunda hangi hukuki sonuçlarla karşılaşılacağı; diğeri ise, mirasbırakanın gaipliği durumunda hangi hukuki sonuçlarla karşı karşıya kalınacağı hususlarıdır.

4.1. Mirasçının Gaipliği Yönünden

Mirasçı olabilmenin mutlak şartı, miras açıldığı anda sağ olmaktır. TMK m. 586 mirasçılar arasında, henüz kendisi hakkında gaiplik kararı alınmamış, *ancak hayatta olup olmadığı da bilinmeyen bir kişinin varlığı halinde ne yapılacağını düzenlemiştir*⁵⁹. Hükme göre, “Ortada bulunmayan ve mirasın açıldığı anda sağ olup olmadığı ispat edilemeyen mirasçının miras payı resmen yönetilir. Mirasın açıldığı anda ortada bulunmayan sağ olmaması halinde onun miras payı kendilerine kalacak olanlar, gaipliğe ilişkin sürelerle ve usule uyarak o kimsenin gaipliğine karar verilmesini ve miras payının kendilerine teslimini isteyebilirler. Miras payının teslimi, gaipliğine karar verilen kimsenin mirasının mirasçılara teslimine ilişkin kurallara tabidir”⁶⁰. Kanun koyucu bu hükümle, sağ olduğu bilinmeyen ve henüz hakkında gaiplik kararı verilmemiş olan mirasçının, “gaiplik kararı alınana kadar sağ olduğunu” kabul etmektedir⁶¹.

⁵⁹ Rona Serozan/ Baki İlkay Engin, Miras Hukuku, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, 2018, s. 460.

⁶⁰ Fikret Eren/ İpek Yücer Aktürk, Türk Miras Hukuku, Yetkin yayınları, 2019, s. 413; Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 35; Dural / Öğüz, s. 34; Helvacı, s. 42; Serozan/ Engin, s. 460.

⁶¹ Eren/ Yücer Aktürk, s. 413.



TMK m. 592 hükmü gereğince, Sulh Hukuk Mahkemesi resmen yönetilmeye (yönetim kayyımı atamak suretiyle⁶²) re'sen karar verir. Miras payının resmen yönetimine ilişkin bu hüküm, vasiyet alacaklısının ortada olmaması ve sağ olup olmadığının da ispat edilememesi halinde uygulanmayacak olup, sadece yasal ve atanmış mirasçılar açısından uygulama alanı bulacaktır⁶³.

TMK m. 592 hükmü ile, sağ veya ölü olduğu tespit edilemeyen yasal veya atanmış mirasçıların, miras paylaşılana kadar temsil edilmesi sağlanmıştır. Böylece onlar adına mahkemece görevlendirilen resmi memura, mirası ret beyanında bulunabilme, tenkis veya ölüme bağlı tasarrufun iptali davası açabilme yetkisi tanınmış olmaktadır⁶⁴. Şunu da hemen vurgulamak gerekir ki, gaibin miras payının yönetimi geçici olarak yapıp, hakkında henüz gaiplik kararı verilmemiş olan kişinin, çıkıp gelmesi ya da sağ olduğunun ispat edilmesi durumunda mirasın resmen yönetimi sona erecektir⁶⁵.

TMK m. 586/II hükmü, “*Mirasın açıldığı anda ortada bulunmayanın sağ olmaması halinde onun miras payı kendilerine kalacak olanlar, gaipliğe ilişkin sürelerle ve usule uyarak o kimsenin gaipliğine karar verilmesini ve miras payının kendilerine teslimini isteyebilirler*” demek suretiyle sağ veya ölü olduğu bilinmeyen kişinin hukuki durumunun tespitinde menfaati olanlara önemli bir imkân tanımaktadır. Bu durumda, gaibin mirası kendilerine kalacak olanlar, TMK m. 32 ve devamı maddelerde yer alan hükümler uyarınca kişi hakkında gaiplik kararı alınmasını talep edebilirler. Gaiplik kararı alınmasında menfaati olanlar, TMK m. 32’ye dayanan talepleri ile birlikte miras paylarının kendilerine teslimini de isteyebilirler⁶⁶. Bu halde, hakkında gaiplik kararı verilmiş olan kişinin mirası, kendisi adeta ölmüş gibi miras payları oranında mirasçılara teslim edilir⁶⁷. Tek bir mirasçının gaiplik kararı verilmesi talebinde bulunması üzerine verilen gaiplik kararı, diğer mirasçılar için de hüküm ifade edecektir, zira her mirasçının ayrı ayrı gaiplik kararı talebinde bulunmasına gerek yoktur⁶⁸.

TMK m. 586/III hükmü uyarınca, “*Miras payının teslimi, gaipliğine karar verilen kimsenin mirasının mirasçılara teslimine ilişkin kurallara tabidir*”. Dolayısıyla, gaibin mirasçılığının tespiti de gaiplik kararının kesinleştiği değil, ölüm tehlikesine neden olan olayın gerçekleştiği ya da son haber alma tarihine göre değerlendirilecektir⁶⁹. Gaibin mirasbırakanının, gaiplik kararının

⁶² Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 35; Dural / Ögüz, s. 34; Helvacı, s. 42.

⁶³ Antalya/ Sağlam, s. 324.

⁶⁴ Eren/ Yücer Aktürk, s. 413.

⁶⁵ Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, Türk Medeni Hukuku - Miras Hukuku, Beta Yayınevi, 2012, s. 414.

⁶⁶ Eren/ Yücer Aktürk, s. 414.

⁶⁷ Antalya/ Sağlam, s. 324; Eren/ Yücer Aktürk, s. 414; Dural / Öz, Miras Hukuku, s. 390.

⁶⁸ Cemil Çelik, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Gaiplik”, Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 97-125, s. 122.

⁶⁹ Eren/Yücer Aktürk, s. 414.

hükümlerini doğurduğu andan önce ölmesi durumunda, gaip ve dolayısıyla onun mirasçılarının mirasçılık sıfatını kazandığı kabul edilecektir. Ancak gaibin mirasbırakanının gaiplik kararının hükümlerini doğurduğu andan sonra ölmesi durumunda ise, henüz gaiplik kararı verilmemiş olsa da gaiplik kararı hükümleri geçmişe yürüdüğünden, gaip ve onun mirasçılarının mirasçılık sıfatı kazanması mümkün olmayacaktır⁷⁰. Zira bu durumda, gaip mirasbırakandan önce ölmüş sayılacaktır.

4.2. Mirasbırakanın Gaipliği Yönünden

Gaiplik kararı verilince kişinin öldüğü karine olarak kabul edildiği için gaibin terekesi kendiliğinden mirasçılara geçer⁷¹. Gaiplik kararı ile birlikte tereke mirasçılara geçeceği için, mirasçılardan kim olduğu tespit edilmek zorundadır. TMK m. 580 hükmü gereğince, miras bırakan öldüğü sırada sağ olan mirasçılardan terekeyi alma hakkına sahiptirler. Gaiplik kararının geçmişe etkili olması sebebiyle, gaip bakımından bu husus "ölüm tehlikesi veya son haber alma tarihi" bakımından belirlenir⁷². Dolayısıyla, gaibin terekesi bu tarih itibarıyla sağ olan mirasçılara intikal edecektir. Mirasın intikali sağlansa da gaibin kesin olarak öldüğü tespit edilemediği için, kanunkoyucu gaibin ortaya çıkma ihtimalini de göz önünde bulundurmak suretiyle mirasçılardan ve mirasta hak sahibi olan kişilerin belli bir süre için teminat göstermelerini istemiştir⁷³. Nitekim TMK m.584/I hükmü de bu hususu düzenlemektedir. Buna göre, "*Hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimsenin mirasçılardan veya mirasında hak sahibi olan kişiler, tereke malları kendilerine teslim edilmeden önce bu malları ileride ortaya çıkabilecek üstün hak sahiplerine veya gaibin kendisine geri vereceklerine ilişkin güvence göstermek zorundadırlar*". Hükmün amacı mirasın intikal ettiği kişilerin, gerekirse mirası (sonradan ortaya çıkan) gaibe veya üstün derecedeki mirasçılara geri vermelerini sağlamaktır⁷⁴. Tabiidir ki, bu da teminat gösterilmesi suretiyle sağlanabilecektir. Mirasçılardan teminat göstermemesi durumunda gaibin mirasını almaları mümkün olmayacaktır. Lehine vasiyet yapılanlar ve intifa hakkı sahipleri de yasal ve atanmış mirasçılardan gibi teminat göstermek zorundadırlar. Teminat gösterilmemesi durumunda, TMK'nın 523/III hükmü kıyasen uygulanarak mirasın resmen yönetilmesine karar verilir⁷⁵. Eğer gaibin mirasçısı Hazine ise, teminat verme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁷⁶. Ancak geri verme yükümlülüğü diğer mirasçılardan ayrıdır (TMK m. 588/III).

⁷⁰ Eren/Yücer Aktürk, s. 414-415; Dural Mustafa/Öz Turgut, Türk Özel Hukuku – C. IV – Miras Hukuku, İstanbul 2018, s.390.

⁷¹ Dural/Öğüz, s. 34; Serozan/ Engin, s. 458.

⁷² Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 35; Dural / Öğüz, s. 34; Serozan/Engin, s. 458.

⁷³ Serozan/ Engin, s. 459; Dural / Öğüz, s. 35; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 36.

⁷⁴ Serozan/ Engin, s. 459; Helvacı, s. 41; Dural / Öğüz, s. 35.; Antalya / Sağlam, s. 324.

⁷⁵ Köprülü, Miras, s. 356.

⁷⁶ Dural/Öğüz, s. 35.



Teminatın türünü ve miktarını hâkim takdir yetkisi çerçevesinde belirleyecektir⁷⁷. Gaibin mirasçuları kefalet gibi kişisel teminat veya rehin ya da ipotek gibi aynî teminat gösterebilirler⁷⁸. Teminat aynı zamanda, kıymetli evrakın depolanması ya da garanti mektubu şeklinde de olabilir⁷⁹. Burada önemli olan husus doktrinde İmre ve Erman'ın da belirttiği üzere “*Teminatın niteliği ve miktarı, her halde gaibin geri dönmesi veya hayatta bulunduğuunun ispat olunması halinde, malların ona iadesini mümkün kılacak derecede ve etkide olmalıdır*”⁸⁰.

Kanun koyucu gaibin mirasçılarını da zor durumda bırakmamak adına teminatı belli bir süreyle sınırlı tutmuştur. TMK m. 584/II hükmü gereğince, hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimsenin mirasçuları veya mirasında hak sahibi olan kişiler, tereke malları kendilerine teslim edilmeden önce bu malları ileride ortaya çıkabilecek üstün hak sahiplerine veya gaibin kendisine geri vereceklerine ilişkin güvence göstermek zorundadırlar. Bu güvence, ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda beş yıl, uzun zamandan beri haber alınamama durumunda onbeş yıl ve her halde en çok gaibin yüz yaşına varmasına kadar geçecek süre için gösterilir. Beş yıl, tereke mallarının tesliminden; onbeş yıl, son haber tarihinden başlayarak hesaplanır. Anlaşılabacağı üzere ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda beş yıl, uzun zamandan beri haber alınamama durumunda on beş yıl ve her halükârda gaibin yüz yaşına varmasına kadar geçecek süre için teminat gösterilecektir. Gaibin yüz yaşına varmasından sonra mirasçıların daha önce geçici olarak ve teminat karşılığı sahip oldukları zilyetlik kesinlik kazanacaktır. Bu süreler TMK m. 584/III hükmü uyarınca, beş yıl tereke mallarına el konulduğu tarihten, on beş yıl ise son haber tarihinden başlanarak hesaplanacaktır. Söz konusu süreler geçtikten sonra da gaip ya da daha üstün dereceli mirasçının ortaya çıkması halinde terekenin geri verilmesi gerekecektir, ancak bu durumda teminattan yararlanılması imkânı bulunmayacaktır⁸¹.

4.3. Hazinenin Talebi Yönünden

Hazinenin talebi doğrultusunda da bir kişi hakkında gaiplik kararı verilebilir. TMK'nın 588/I hükmü uyarınca, sağ olup olmadığı bilinmeyen bir kimsenin malvarlığı veya ona düşen miras payı on yıl resmen yönetilirse ya da malvarlığı böyle yönetilenin yüz yaşını dolduracağı süre geçerse, Hazinenin istemi üzerine o kimsenin gaipliğine karar verilir.

⁷⁷ Oğuzman/Seliçi /Oktay-Özdemir, s. 36; Dural/Öğüz, s. 35.

⁷⁸ Oğuzman/Seliçi /Oktay-Özdemir, s. 36.

⁷⁹ Bilge Öztan, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Ankara 2017, s. 375.

⁸⁰ Zahit İmre/Hasan Erman, Miras Hukuku, 11. Tıpkı Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 316.

⁸¹ Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 36; Helvacı, s. 42; Dural/Öğüz, s. 35; Serozan/ Engin, s. 459.

Hazinenin gaiplik kararı talep etmesinin bir hak mı yoksa yükümlülük mü olduğu hususunda bir görüşe göre, TMK m.32/1’de mahkemeden gaiplik kararı talep edebilecek diğer kişilerden farklı olarak, Hazine, TMK m. 588/1’deki şartlar gerçekleştiğinde gaiplik davası açmak zorunda olup, takdir yetkisine sahip değildir⁸². Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre ise, bunu bir yükümlülük olarak değil, bir hak olarak düşünmek gerekir⁸³: Zira burada kanun koyucunun amacı esas itibariyle bir gün çıkıp gelme ihtimali olan gaibi ve diğer hak sahiplerini korumaktır. Bu durum Hazineye bir yükümlülük olarak yüklenirse, TMK m. 588/II uyarınca devlet herhangi bir teminat gösterme zorunluluğu olmadan tereke mallarını devralır. Her ne kadar Hazine geri verme yükümlülüğüne tabi tutulmuş olsa da iyiniyetli zilyet olarak değerlendirilerek, tereke mallarının geri verilmesinden sorumlu olmayabilir. Böyle bir durum da kanunun ruhuna aykırıdır, kabul edilemez⁸⁴.

Hazinenin mahkemeye başvurması durumunda da yetkili kişilerin başvurması durumunda olduğu gibi (TMK m. 33), ilân yapılması zorunludur. TMK’nın 588/II hükmü uyarınca, gaiplik kararı verilebilmesi için gerekli ilan süresinde hiçbir hak sahibi ortaya çıkmazsa, aksine hüküm bulunmadıkça, gaibin mirası Devlete geçer. Dolayısıyla, Hazinenin talebi ile gaiplik kararı verilebilmesi için de mahkemece en az altı ay arayla iki ilân yapması zorunludur⁸⁵. Son ilândan itibaren belirlenmiş süre zarfında gaip hakkında herhangi bir bilgiye ulaşılamaz veya mirasçıları ortaya çıkmazsa gaibin malvarlığı Hazineye geçer⁸⁶.

Gaibin terekesinin Hazineye geçmesi ile birlikte (TMK m. 586 kapsamında yürütülen) resmi yönetim de sona ermiş olur⁸⁷. Mirasın Hazineye geçmesi durumunda, Hazine TMK m. 584 uyarınca herhangi bir teminat göstermek zorunda değildir⁸⁸. Ancak gaip ve hak sahiplerinin haklarının korunması açısından geri verme yükümlülüğü devam etmektedir. TMK m. 588/III hükmü uyarınca, Devlet, gaibe veya üstün hak sahiplerine karşı, aynen gaibin mirasını teslim alanlar gibi geri vermekle yükümlüdür⁸⁹.

⁸² Dural/Öz, s. 391.

⁸³ Eren/ Yücer Aktürk, s. 415.

⁸⁴ Eren/ Yücer Aktürk, s. 415, naklen.

⁸⁵ Eren/ Yücer Aktürk, s. 416.

⁸⁶ Dural/Öz, s. 391; Eren/ Yücer Aktürk, s. 416.

⁸⁷ Eren/ Yücer Aktürk, s. 416; Serozan/ Engin, s. 461.

⁸⁸ Dural/Öz, s. 391; Eren/ Yücer Aktürk, s. 416.

⁸⁹ Y. 1. HD, 25/11/2019, E.2016/14004, K.2019/6062, “*Bilindiği üzere, TMK’nın 588. maddesi; sağ olup olmadığı bilinmeyen bir kimsenin malvarlığı veya ona düşen miras payı on yıl resmen yönetilirse ya da malvarlığı böyle yönetilenin yüz yaşını dolduracağı süre geçerse, Hazinenin istemi üzerine o kimsenin gaipliğine karar verileceğini, gaiplik kararı verilebilmesi için gerekli ilân süresinde hiçbir hak sahibi ortaya çıkmazsa, aksine hüküm bulunmadıkça, gaibin mirasının Devlete geçeceğini, Devletin, gaibe veya üstün hak sahiplerine karşı, aynen gaibin mirasını teslim alanlar gibi geri vermekle yükümlü olduğunu düzenlemektedir...*” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası) (E.T. 25.06.2021).

4.4. Geri Verme Yükümlülüğü

Gaibin ortaya çıkması veya gaibin üstün dereceli mirasçısının ortaya çıkması durumunda tereke mallarına sahip olanların geri verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük TMK'nın 585. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, gaip ortaya çıkarsa veya üstün hak sahibi olduklarını ileri sürenler bu sıfatlarını ispat ederlerse, tereke mallarını teslim almış olanlar, aldıkları malları zilyetlik⁹⁰ kuralları uyarınca geri vermekle yükümlüdürler.

Gaip ortaya çıkarsa, geri verme yükümlülüğü bir süreye tabi tutulmamıştır. Ancak üstün hak sahiplerinin ortaya çıkması durumunda geri verme yükümlülüğü ile ilgili kanun belirli süreler öngörmüştür. Bu süreler terekeye el koyan mirasçıların iyiniyetli veya kötüniyetli olmalarına göre değişmektedir. TMK m. 585/II hükmü uyarınca, iyiniyetli olanların üstün hak sahiplerine geri verme yükümlülükleri, miras sebebiyle istihkak davasına ilişkin zamanaşımı süresine tabidir. Hükümden de açıkça anlaşılacağı gibi, terekeyi elinde bulunduran mirasçıların iyiniyetli olması durumunda, “miras sebebiyle istihkak davasının” zamanaşımı süresi uygulanacaktır. TMK m. 639/I hükmü uyarınca, miras sebebiyle istihkak davası, davacının kendisinin mirasçı olduğunu ve iyiniyetli davalının terekeyi veya tereke malını elinde bulundurduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve herhâlde mirasbırakanın ölümünün veya vasiyetnamenin açılmasının üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

TMK m.639/I hükmünde öngörülen on yıllık süre boyunca zilyedin iyiniyetli olması gerekmektedir. on yıllık sürenin iyiniyetli olarak geçirilmesinden sonra iyiniyetin kaybedilmesi durumunda, artık zilyet gereken koşulu sağlamış olduğu için aleyhine dava açılması mümkün olmayacaktır. Şayet dava açılrsa dahi zamanaşımı def'i ileri sürülebilecektir⁹¹. Burada bahsedilen iyiniyet, “gaibin ve üstün hak sahiplerinin sağ olduğunu ve bir gün çıkıp gelebileceğini bilmemek ve gerekli dikkat ve özeni gösterse bile bilebilecek durumda olmamak”tır⁹². Aksinden yola çıkarak, gaibin ve üstün hak sahiplerinin yaşadığını bilen ya da somut olayın özellikleri dahilinde bilebilecek durumda olanların kötüniyetli zilyet varsayılacağını ifade edebiliriz.

Mirasçıların iyiniyetli olmaması durumunda, onlara karşı açılan miras sebebiyle istihkak davasının zamanaşımı süresi ise doktrinde tartışmalıdır⁹³. Bir

⁹⁰ “Zilyetliğin geri verilmesinde uygulanacak hükümler (TMK m.993- 995) zilyedin iyiniyetli olup olmamasına göre değişmektedir”, Bkz. Şahin, s. 267.

⁹¹ Fikret Eren, “Miras Sebebiyle İstihkak Davası”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan, (2016) 22, (3), 1059, naklen, “Kendisinin üstün hakka sahip mirasçı ve davalının da haksız zilyet olduğunu öğrendiği tarihten itibaren 1 yıllık süre içinde davacı, miras sebebiyle istihkak davasını açmadığı takdirde, söz konusu dava zamanaşımına uğrar. Dolayısıyla, davacının ileride bu davayı açması halinde, davalının zamanaşımı def'iyle karşılaşabilir”.; Şahin, s. 271.

⁹² Eren/ Yücer Aktürk, s. 411.

⁹³ Bkz. Şahin, s. 271 vd.

görüŖe göre, TMK'nın m. 639/II hükmünden hareketle kötüniyetli mirasçılara karşı açılan dava yirmi yıllık zamanaşımı süresine tabidir⁹⁴. Diğer bir görüşe göre ise, TMK'nın m. 639/II hükmünün uygulanması mümkün olmayıp; geri verme yükümlülüğünü düzenleyen TMK m. 585 hükmünün uygulanması gerekmektedir⁹⁵. Zira TMK m. 585 hükmü özel hüküm niteliği taşımaktadır. Kanaatimiz de TMK m.585/2'nin özel hüküm olması sebebiyle ikinci görüşün daha isabetli olduğu yönündedir. Hükme göre, geri verme yükümlüsünün iyiniyetli olmaması durumunda ise, bu hüküm herhangi bir süreye bağlı olmayacaktır. Dolayısıyla, terekeye el koyan kötüniyetli zilyetlere karşı süre sınırı olmaksızın hak ileri sürülebilir⁹⁶.

SONUÇ

TMK m. 32/I hükmünden anlaşılacağı üzere bir kimsenin gaipliğine karar verilebilmesi, ölüm tehlikesi içinde kaybolmasına ya da uzun süreden beri haber alınmamasına bağlıdır. Bu koşullardan birinin varlığı ve belirli sürelerin de geçmesi ile, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir.

Hakkında gaiplik kararı verilen kişi mirasbırakan sıfatını kazanır. Bu durumda, mahkemenin de belirli ilân prosedürlerini izleyerek maddi koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmesi gerekmektedir. Mahkeme kişinin gaipliğine karar verirse, ölüme bağlı haklar, gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılabilir. Bu durumda, gaibin mirası açılacaktır. Gaiplik kararı geçmişe etkili olarak hüküm ifade etmektedir. Dolayısıyla, mirasın açılma tarihi, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği ya da son haber alma tarihidir.

Kanun, gaibin ortaya çıkması veya üstün dereceli mirasçıları olması ihtimalini göz önüne alarak, bu kişilerin haklarını korunmak maksadıyla teminat öngörmüştür. Buna göre, ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda beş yıl, uzun zamandan beri haber alınmama durumunda on beş yıl ve her halükarda gaibin yüz yaşına varmasına kadar geçecek süre için teminat gösterilmesi gerekmektedir.

Gaibin mirasçılığı da söz konusu olabilmektedir. İfade ettiğimiz üzere, kendisine miras kalan kişi ortadan kaybolmuş, ancak mahkemece hakkında bir gaiplik kararına hükmedilmemişse, gaiplik kararı alınana kadar onun miras payı resmen yönetilir. Gaibin mirasçılığının tespiti de gaiplik kararının kesinleştiği değil, ölüm tehlikesine neden olan olayın gerçekleştiği veya son haber alma tarihine göre değerlendirilecektir. Miras açıldığı zaman kayıp olan

⁹⁴ Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 266.

⁹⁵ Dural / Öz, s. 389.

⁹⁶ Bu yönde görüş için bkz. Şahin, s. 271; Dural / Öz, s. 389; Serozan/ Engin, s. 460; Doktrinde Eren/ Yücer Aktürk, bu hâlde bir kanun boşluğu değil; kanunun nitelikli susmasının söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Eren/ Yücer Aktürk, s. 413.



kişinin mirasçıları, gaipliğe ilişkin belirtilmiş olan sürelerle ve usule uyarak gaiplik kararı verilmesini isteyebilirler. Bu durumda miras payı gösterdikleri teminat karşılığında kendilerine teslim edilebilecektir.

Hazinenin de gaiplik kararı için mahkemeye başvurma imkânı bulunmaktadır. Hazinenin bu talepte bulunabilmesi bir kimsenin malvarlığının veya miras payının on yıl resmen yönetilmesi ya da malvarlığı resmen yönetilen kişinin yüz yaşını doldurması koşuluna bağlıdır. Mahkeme talebi yerinde görürse, gaibin malvarlığı Hazineye intikal eder. Bu şekilde malvarlığının resmi yönetimi de sona ermiş olur. Gaibin mirasının Hazineye geçmesi durumunda, Hazine TMK m. 584 uyarınca herhangi bir teminat göstermek zorunda değildir. Ancak gaip ve hak sahiplerinin haklarının korunması açısından geri verme yükümlülüğü devam etmektedir.

TMK gaip veya üstün dereceli mirasçı ortaya çıktığı zaman, tereke mallarının geri verilmesi yükümlülüğünü de düzenlemiştir. Gaip ortaya çıktığı zaman geri verme yükümlülüğü bir süreye tabi tutulmamıştır. Ancak üstün hak sahiplerinin ortaya çıkması durumunda, geri verme yükümlülüğü belirli sürelerle bağlanmıştır. Bu süreler terekeye el koyan mirasçıların iyiniyetli olup olmamalarına göre göre değişmektedir. Terekeyi elinde bulunduran mirasçılar iyiniyetli ise, miras sebebiyle istihkak davasının zamanaşımı süresi uygulanacaktır. TMK m.639/I hükmü uyarınca bu süre, davacının, kendisinin mirasçı olduğunu ve iyiniyetli davalının terekeyi veya tereke malını elinde bulundurduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her halükârda miras bırakanın ölümü veya vasiyetnamenin açılmasından itibaren on yıldır. Mirasçılar iyiniyetli değilse, onlara yöneltilen miras sebebiyle istihkak davasında zamanaşımı süresinin ne kadar olduğu doktrinde tartışmalı ise de kanaatimizce, terekeye el koyan iyiniyetli olmayan zilyetlere karşı süre sınırı olmaksızın bu hak ileri sürülebilecektir.

KAYNAKÇA

Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, Türk Medeni Hukuku - Miras Hukuku, Beta Yayınevi, 2012.

Ali Naim İnan, Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014.

Aydın Zevkliler/M. Beşir Acabey/K. Emre Gökyayla, Medenî Hukuk, 6. Baskı, Ankara 1999.

Bilge Öztan, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Ankara 2017.

Bülent Köprülü, Medenî Hukuk, Genel Prensipler – Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler), 2. Baskı, İstanbul 1984.

Bülent Köprülü, Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 1985.

Cahit Oğuzoğlu, Medenî Hukuk, Şahsın Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1963.

Cemil Çelik, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Gaiplik”, Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 97-125.

Eda Şahin, Gaipliğin Miras Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları, TBB Dergisi 2019 (144), s. 249-275.

Egon Arnold, Verschollenheitsgesetz, Kommentar Zum Verschollenheitsgesetz, Bonn 1951.

Ergun Özsunay, Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, İstanbul 1979.

Ferit H. Saymen, Türk Medenî Hukuku, C. 2, Şahsın Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1960.

Fikret Eren, “Miras Sebebiyle İstihkak Davası”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, (2016) 22, (3).

Fikret Eren/ İpek Yücer Aktürk, Türk Miras Hukuku, Yetkin yayınları, 2019.

Hasan Erman, Medenî Hukuk Dersleri, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2016.

Heinrich Lehmann/Heinz Hübner, Allgemeiner Teil des BGB, 16. Aufl., Berlin 1966.

Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medenî Hukuku, C. 1, Şahsın Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1956.

Hüseyin Tokat, Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.2, 2017, s. 523-575.

İpek Sağlam, “Devletin Yasal Mirasçılığı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 3, 2016.

Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, İstanbul 2019.

Kemaleddin Birsen, Medenî Hukuk Dersleri, Umumî Esaslar –Şahsın Hukuku –Aile Hukuku, İstanbul 1954.

M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi /Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2018.

Mustafa Dural/Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku – C. II – Kişiler Hukuku, İstanbul 2017.

Mustafa Dural/Turgut Öz, Türk Özel Hukuku – C. IV – Miras Hukuku, İstanbul 2018.

O. Gökhan Antalya/İpek Sağlam, Miras Hukuku, İstanbul 2015.



Rona Serozan, Medeni Hukuk (Genel Bölüm-Kişiler Hukuku), Vedat kitapçılık, 2018.

Rona Serozan/ Baki İlkay Engin, Miras Hukuku, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, 2018.

Selâhattin S. Tekinay, Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992.

Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, İstanbul 2017.

Zahit İmre, Medeni Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku), 3. Baskı, İstanbul 1980.

Zahit İmre/Hasan Erman, Miras Hukuku, 11. Tıpkı Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2015.

İnternet Kaynakları

<https://www.gesetze-im-internet.de/verschg/BJNR011860939.html>

<https://www.kazanci.com.tr>

<https://www.lexpera.com.tr>

ALEXIS DE TOCQUEVILLE'İN SİYASİ KURAMINDA DEMOKRASİ VE YARGI

Alexis de Tocqueville's Political Theory on Democracy and Judiciary

Fatmagül KALE ÖZÇELİK*

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (335-358)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 15.03.2021

Kabul Tarihi : 14.09.2021

Makale Türü: *Araştırma*

Article Info

Received Date: 15.03.2021

Accepted Date: 14.09.2021

Article Type : *Research*

ÖZET

Alexis de Tocqueville, 1805-1856 yılları arasında yaşamış ve demokrasi teorisine önemli katkılar sunmuş bir Fransız düşünürdür. Demokrasi üzerine düşüncelerine, Fransa'nın çalkantılı siyasal yapısına çözüm aramak amacıyla 1831 yılında Amerika'ya yaptığı seyahati sonrasında kaleme aldığı "Amerika'da Demokrasi" adlı eserinde yer vermiştir. Düşünürün bu eseri, Amerikan toplumuna ilişkin yaptığı gözlemleri üzerine kuruludur ve eserde, Amerikan toplumu, siyasal ve sosyal yönü başta olmak üzere pek çok açıdan incelenmiştir. Özellikle bu coğrafyadaki demokrasi anlayışı ve uygulamadaki yansıması, düşünürün demokrasi kuramını oluşturmasında rehber olmuştur. Yaptığı gözlemleri neticesinde burada demokrasinin sorunsuz bir şekilde uygulanmasının kilit noktasını, insanların eşit olduklarına ilişkin anlayışın toplumun her kademesinde geçerli olmasında görmüştür. Bu nedenle, demokrasi kuramını oluştururken eşitlik ilkesine özel önem atfetmiş ve özgürlük karşısında eşitliğe üstünlük tanımıştır. Yine Amerika'da basın, sivil örgütlenmelerin ve yargının çoğunluk iktidarını sınırlandıran ve çoğulculuğu sağlayan önemli araçlar olduğunu tespit etmiştir. Bu çalışmanın amacı da, düşünürün demokrasi, çoğulcu demokrasi anlayışı, çoğunluğun iktidarı ve demokrasiyle yargının ilişkisi konularına dair eserinde ortaya koyduğu bakış açısının incelenmesidir.

Anahtar Kelimeler: Alexis de Tocqueville, Demokrasi, Eşitlik, Yargı, Jüri.

ABSTRACT

Alexis de Tocqueville is a French philosopher who lived between 1805 and 1856 and made important contributions to the theory of democracy. He included his thoughts on democracy in his work titled "Democracy in America", which he wrote after his trip to America in 1831 to seek a solution to France's turbulent political structure. This work of the philosopher is based on his observations of American society, and the work has been studied from many aspects, especially the political and social aspects of American society. Especially, the understanding of democracy in

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, fatmagul.kale@omu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-8700-2150>.



this geography and its reflection in practice guided the thinker in forming his theory of democracy. As a result of his observations, he saw here the key point of the smooth implementation of democracy in the prevalence of the understanding that people are equal at all levels of society. For this reason, while forming the theory of democracy, he attached special importance to the principle of equality and gave superiority to equality over freedom. He also found that the press, civil organizations and the judiciary in America are important tools that limit the majority power and ensure pluralism. The purpose of this study is to examine the perspective of the philosopher in his work on democracy, pluralist understanding of democracy, the power of the majority and the relationship between democracy and the judiciary.

Keywords: Alexis de Tocqueville, Democracy, Equality, Judiciary, Jury.

GİRİŞ

Gerçek ismi, Alexis Charles Henri de Tocqueville¹ olan düşünür, 29 Temmuz 1805 yılında Fransa'nın Paris kentinde doğmuştur². Kökenleri 12. yüzyıla kadar uzanan Norman bir ailenin üçüncü çocuğu olan Tocqueville, aristokrat sınıfına mensup bir ailede büyümüştür³. Paris'te büyüdüğü yıllarda, daha önceleri babasının da eğitimini üstlenen rahip Abbe Lesueur'dan dersler almıştır⁴. Her ne kadar bir din adamından dersler alıyor gibi görünse de, bu kişinin Tocqueville'e özgür bir eğitim imkânı tanınması, kendisiyle sıklıkla fikir alışverişinde bulunması onun zihinsel gelişimi üzerinde olumlu katkılar sağlamıştır. 1820 yılında babasının Moselle valisi olmasının ardından, eğitimine Metz kentindeki kraliyet kolejinde devam etmiştir⁵. Buradaki eğitimi, felsefe dersleri almasına vesile olmuş ve çok daha önemlisi kendisinin burada toplumsal yaşamı ve sosyal yapıyı gözlemleme fırsatı olmuştur. Eğitim gördüğü kolej aristokratik yapıda olduğu için, aristokrasi sınıfının içinde bulunduğu buhranı da bu dönemde anlamıştır. Nitekim aristokrasi bu dönemde diğer sınıflar tarafından dışlanmış bir sınıf haline gelmiş ve burjuva sınıfı, aristokrasiye karşı adeta bir soğuk savaş ilan etmiştir. Genç yaşında iki sınıf arasındaki çatışmanın farkına varan Tocqueville, Fransız toplumunun diğer sınıflarıyla ilişkiler kurulması gereğini fark etmiştir. 1823 yılında kolej eğitimini tamamladıktan sonra, 1823-1827 tarihleri arasında hukuk eğitimi almış ve eğitiminin hemen sonrasında henüz yirmi iki yaşındayken hâkimlik görevine başlamıştır⁶. Bürokratik bir görevi, aristokrat sınıftan gelen bir soylunun üstlenmesi ise o dönem için

¹ Cengiz Çağla, *Tocqueville ve Özgürlük*, Belge Yayınları, (İstanbul 2007) 9.

² Mehmed Akad, Bihterin Vura Dinçkol ve Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, (11. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2015) 164.

³ Bihterin Dinçkol, "Çoğunluk Tiranisine Karşı Bir Çözüm Yolu, Tocqueville'in Siyasal Kuramı", İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, (3, 5, 2004, 149-163) 149.

⁴ Lütfi Sunar, *Alexis De Tocqueville-Modern Çağın Çelişkileri Karşısında Bir Düşünür*, (Ketebe Yayınları, İstanbul 2019) 24.

⁵ Çağla 10-11.

⁶ Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, (Genişletilmiş 12. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2011) 268.

önemli bir değişimin göstergesi olmuştur. Nitekim o yıllara kadar bu zümre üstün hizmet olarak nitelenen askerlikten başka bir görevi üstlenmemiştir. Bu nedenle, görevi üstlenmesi diğer soylular tarafından hoş karşılanmamıştır⁷. Hâkimlik görevine başladığı yıllar, Fransa'da Bourbonlar dönemine denk gelmiştir ve Fransa'da 1830 yılında yapılan devrim sonrasında iktidarı ele geçiren bu yönetime bağlılık yemini etmek istemediği için arkadaşıyla beraber Amerika'ya gitmek istemiştir. Bu amaçla yönetime hitaben yazdığı dilekçede, Amerika'daki mevcut cezaevlerinin yönetimini incelemek istediğini belirtmiştir⁸. Buraya gitmesindeki asıl amacı ise, Amerika'nın siyasal yapısı ve yönetimi üzerine araştırma yapmaktır⁹. Gittiği ülkeyi etraflıca inceleme fırsatı bulan Tocqueville, bu incelemesi sonucunda kendisini siyasal düşünce dünyasında önemli kılan "Amerika'da Demokrasi" adlı kitabının birinci cildini 1835 yılında yayımlamıştır¹⁰. Günümüzde Tocqueville'i önemli kılan ve adeta onunla özleşmesine vesile olan bu kitabı, yaşadığı dönemde de büyük ses getirmiş ve kendisine büyük bir ün kazandırmıştır. Öyle ki eseri, 1836 yılında Akademi ödülü alır ve beş yıl sonra Tocqueville Fransız Akademisi'nde görev almıştır¹¹. Fransız Akademisi'ne seçildiği ve göreve başladığı tarih olan 1841 yılında, kitabının ikinci cildini de yayımlamıştır. Ancak kitabının ikinci cildi, birinci cildi kadar geniş yankı uyandırmamıştır¹².

Bahsedilen kitabının her iki cildinde de Tocqueville, Amerika kıtasındaki demokrasinin ve siyasal kurumların eşitlik ilkesi temelinde gelişim sürecini ele alır. Bu anlamda eseri Amerikan toplumunu gözlemlerine dayanarak demokrasi ve eşitliğin anlamını ortaya koyar. Günümüzde demokrasi teorisi üzerine bir klasik haline gelen bu eserde düşünür, demokrasinin anlamını ve uygulanabilirliğini sorgular; bireyciliğin ve çoğunluğun kontrolsüz gücünün demokrasiye tehlike oluşturacağını belirtir. Basın ve örgütlenmelerin demokrasiye olan katkısını ve jürili yargılamaların demokrasiyle olan bağına da çalışmasında dikkat çeker. Çalışmamızın amacı da, "Amerika'da Demokrasi" adlı yapıtına dayanarak, Tocqueville'nin demokrasinin kaçınılmazlığı, anlamı, uygulanabilirliği; eşitlik ilkesi ve yargı ile olan ilişkisi üzerine düşüncelerini ortaya koymaktır.

⁷ Sunar 24.

⁸ İlhan Akın, *Devlet Doktrinleri*, (2. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2013) 161.

⁹ Akad, Vural Dinçkol ve Bulut 164.

¹⁰ Alexis De Tocqueville, *Amerika'da Demokrasi*, (çev.) Seçkin Sertdemir Özdemir, (2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2019).

¹¹ Göze 268.

¹² Dinçkol 149.

I. ALEXIS DE TOCQUEVILLE'İN DEMOKRASİ ANLAYIŞI

A. Demokrasinin Kaçınılmaz Bir Yönetim Şekli Olması

Tocqueville'e göre, demokrasi ile yönetim kaçınılmaz bir zorunluluktur¹³. Bu zorunluluk, yaşamın olağan akışı içerisinde zamanla ortaya çıkar¹⁴. Diğer bir deyişle, başka herhangi bir itici güç olmadan demokrasi ile yönetim kendiliğinden gerçekleşir. Bunun için tarihsel geçmişe ve gelişmelere bakmamız yeterlidir. Demokrasinin dünya üzerinde kaçınılmaz olarak hâkim bir yönetim şekli olacağına dair ileri sürdüğü bu görüşünü desteklemek amacıyla Fransa'yı örnek olarak gösterir ve konuya ülkenin yedi yüzyıllık yönetim tarihini inceleyerek başlar. Ona göre, eski tarihlerde Fransa'da yönetim, hem toprağa sahip olan hem de toprak üstünde yaşayanları himayesinde tutan küçük bir azınlığa aitti. Bu dönemde azınlığın yönetme yetkisi, miras yoluyla kuşaktan kuşağa aktarılırdı. Yönetme iktidarının kaynağı ise toprak mülkiyetine sahip olmaya bağlıydı. Belirli bir zümrenin sahip olduğu toprak mülkiyetinin, onlara yönetme hakkını verdiği şeklindeki anlayış ise zamanla değişmeye başlamıştır. Değişimin nedeni, ruhban sınıfının siyasi gücünün artmasıdır. Önceleri yalnızca belirli bir sınıfın egemenliği altında olan kilise, yoksulların, zenginlerin ve asil olmayan kimselerin de dini önderler olmasına imkân tanıyınca ayrıcalıklı olma özelliğini kaybetmiş ve halka yönelmiştir¹⁵. Öyle ki, serf olarak yaşamının sonuna kadar köle olarak yaşamak zorunda olan kimseler, rahip olabilir; rahip olduktan sonra soylular sınıfına girebilmiş ve hatta kralın bile üstünde mevki edinmeye başlamışlardır. Kilisenin bu denli halka açık hale gelmesi siyasal ve toplumsal yapıda değişikliklere neden olmuştur. Günden güne uygarlaşmaya başlayan toplum, aynı zamanda farklı ilişkiler ağının kurulmasına vesile olmuştur. Karmaşıklaşan ilişkilerin sonucunda, yasalara ihtiyaç duyulmaya başlanmış; hazırlanan yasalar ile kralın yetkileri kısıtlanmıştır.

Kral, şahsi işleriyle meşgul olup, soylular da kişisel çatışmalarıyla ilgilenirken, alt sınıflar ticaret yoluyla zenginleşmeye başlamıştır. Neredeyse ulusal gelirin tamamını ele geçirmişlerdir. Krallar ve soylular kendi imtiyazlarının yavaş yavaş sona erdiğinin farkına varamamış; vardıkları zaman da, durumu değiştirmeye artık güçlerinin yetmediği anlaşılmıştır. Çünkü paranın gücü devlet işlerinde de geçerli hale gelmiştir. Önceleri ticaretle uğraşan kesim hor görülen bir zümre olsa da, para, iktidarı ele geçirmede yeni bir araç haline gelince övgülerle anılan bir siyasi güç haline gelmiştir. 11. yüzyılda değeri ölçülemez olan soyluluk, 13. yüzyılda satın alınabilir hale gelmiştir. Öyle ki ilk defa 1270 yılında, soyluluk unvanı doğuştan bu unvanı kazanamayan

¹³ Akın 164; Ceren Kalfâ ve Faruk Ataay, "Tocqueville'in Demokrasi Teorisine Katkıları Üzerine", Sosyal Bilimler Dergisi, (VII, 1, 2014) 35.

¹⁴ Tocqueville 29.

¹⁵ Tocqueville 30.

kimselere verilmiştir. Bu dönemde paranın konumunun değişmesinin yanı sıra aydınlanmanın gerçekleştiği de görülmüştür. Edebiyat ve sanata ilgi artmış; fikri çalışmalar yüceltilmiştir¹⁶. Akla verilen önem artmış; aydınlar bu sayede değer kazanmışlardır. Ateşli silahların icadı, matbaanın ve posta ile haberleşmenin bulunması sonucunda toplumsal gelişme gerçekleşmiştir. Böylece asillik ve köylülük arasındaki uçurum daraltılmış ve eşitlik fikri yerleştirilmiştir. Avrupa kıtasının insanların Amerika kıtasına ayak basmasıyla beraber yeni kazanç kapıları açılmış ve ticaretle uğraşan zümre, kendilerini geliştirmeyen ve atalarının başarısına dayanarak iş başına geçen soyluları yönetimden uzaklaştırmıştır. Asillerin sosyal ve siyasal yapıdaki düşüşü ile köylülerin yükselişi ve bu iki sınıfın her yarım yüzyılda birbirlerine daha da yaklaşmaları ve eşit kademeye gelmeleri Avrupa'nın her ülkesinde söz konusu olmuştur. Bu nedenle, artık eşitliğe ve demokrasiye gidişi durdurmaya çalışmak, Tanrı'ya karşı gelmek anlamına gelecektir¹⁷. Demokratik devrim, yasalarda, fikirlerde, alışkanlıklarda, teamüllerde değişiklikler yapılmaksızın hayatın olağan akışı içinde toplumda gerçekleşmiş ve demokratik yapı ve eşitlikçi düzen, aristokratik toplumların ve hiyerarşik düzenlerin yerini almıştır¹⁸.

B. Demokrasinin Anlamı

Günümüzde demokrasinin anlamını bulmak ve tanımlamak için normatif ve ampirik olmak üzere iki yöntem kullanılır. Normatif temelli yapılan demokrasi tanımlamasında, bu kavramın “demos” ve “kratos” yani halk ve yönetim kelimelerinin birleşiminden oluştuğundan hareketle, demokrasinin “halkın yönetimi” ya da “halk tarafından yönetim” anlamına geldiği kabul edilir¹⁹. Kelime anlamına bağlı kalarak tanımlanması halinde demokrasinin anlaşılacağı, soyut kaldığı dile getirilerek bu şekilde yapılan tanımlamalar eleştirilmiş ve demokrasiyi ampirik temelli tanımlama gayretleri ortaya çıkmıştır. Ampirik yaklaşım, var olan demokratik yönetimlerin ortak özelliklerinden yola çıkarak demokrasinin tanımını yapmaya çalışır. Bu anlamda, düzenli aralıklarla serbest ve adil seçimlerin yapıldığı, oy hakkının, ifade ve örgütlenme özgürlüklerinin tanındığı bir yönetimin ancak demokrasi olabileceği belirtilir²⁰.

Tocqueville'in demokrasi anlayışının, normatif olmaktan çok ampirik olduğu görülür. Nitekim kendisi “Amerika'da Demokrasi” adlı kitabında demokrasiyi tanımlama gayreti içine girmez. Belirli bir demokrasi tanımı

¹⁶ Tocqueville 30.

¹⁷ Tocqueville 32.

¹⁸ Göze 270; Dinçkol 152.

¹⁹ Robert A. Dahl, *Demokrasi ve Eleştirileri*, (çev.) Levent Köker, (Yetkin Basımevi, Ankara 1993) 3.

²⁰ Fatmagül Kale Özçelik, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Demokrasi Teorisi Bağlamında Serbest Seçim Hakkı*, (Adalet Yayınevi, Ankara 2019) 28.



vererek, Amerika'nın siyasi rejiminin demokrasi olup olamayacağını da belirlemez. Aksine Amerika'nın siyasi rejimi üzerinden demokrasiyi anlamlandırma yoluna gider. Dolayısıyla Tocqueville, demokrasiyi unsurları, temel ilkeleri belirli bir yönetim biçimi olarak ele almaz; bir toplumun siyasi ve sosyal yapısı olarak görür ve ona göre demokrasi, her şeyden önce, yaşama koşullarında eşitlik anlamına gelen sosyal bir olgudur²¹. Siyasal alanda demokrasi halk egemenliğine, kişilerin kamu görevlerine katılmaları anlamına gelir. Ekonomi alanında ise, ulusal gelirin dağılımında yoksulların çıkarlarının korunması, işsizliğin azaltılması demektir²².

C. Demokrasinin Uygulanabilirliği

Alexis De Tocqueville'in gerek Amerika'ya yaptığı seyahati gerekse bu seyahati sonucunda kaleme aldığı "Amerika'da Demokrasi" isimli eseriyle amaçladığı, Fransa için yeni bir rejimin nasıl olması gerektiğini vurgulamaktır²³. Ona göre, dünya genelinde yeni gelişen demokratik rejimin ilk başarılı örneğini Amerikan demokrasisi oluşturmaktadır. Siyasal bunalımlar, demokrasinin bu kıtaya gelmesiyle sona ermiştir. Aynı durum Avrupa kıtası için de geçerlidir. Daha durağan ve huzurlu bir gelecek, demokrasinin hakim olmasıyla bu coğrafyada da söz konusu olacaktır. Bu anlamda, Tocqueville'e göre demokrasi yalnızca Amerika'ya özgü bir yönetim şekli değildir. Amerika dışında Avrupa'da da uygulanabilir bir yönetim şekli olarak ele alınır.

Tocqueville'e göre, Fransa'daki gibi büyük bir kanlı devrim olmadan Amerika'ya demokrasi ve demokratik kurumlar yerleşmiştir. Bunun nedeni, 17. yüzyılın başlarında Amerika'ya yerleşen göçmenlerin demokrasi ilkesini eski Avrupa toplumlarında mücadele ettikleri tüm unsurlardan arındırarak, yenedünyanın sınırları içine yerleştirmelerinden kaynaklıdır²⁴. Demokrasi bu kıtada teamüllerle birlikte gelmiş, barış içinde yasalarla gelişmiş ve özgürlükle daha da yüceltilmiştir. Her iki kıtanın içinde bulunduğu şartlar farklı olsa da, eksiksiz bir eşitlik anlayışı ve demokrasi fikri zamanla Avrupa'ya da hâkim olacaktır. Çünkü her iki kıtada da demokrasiyi hâkim hale getiren yasaları ve teamülleri doğuran temel nedenler aynıdır. Fakat bu durum, Avrupa kıtasında da başarılı bir demokrasi pratiğinin olacağı anlamına gelmemelidir. Amerikalılar, demokrasinin başarılı olduğu tek hükümet modelini keşfetmemişlerdir. Elbette başka hükümet modelleri içinde de demokrasi başarılı olacaktır ve bu farklı modeller Avrupa'da da uygulanabilecektir.

²¹ Akad, Vural Dinçkol ve Bulut 166; Çağla 20.

²² Akın 163.

²³ Kalfa ve Ataay,31.

²⁴ Tocqueville 38.

II. DEMOKRASİNİN TEMEL DEĞERİ OLARAK “EŞİTLİK”

A. Eşitliğin Tanımı

Tocqueville'e göre demokrasinin temel prensibi eşitliktir²⁵. Tıpkı demokrasi kavramında olduğu gibi, eşitlik ilkesini de kavramsal bir analiz ile ele almaz ve tanımlama çabasına girmez. Ona göre, eşitlik esasen olması gerekenden çok, var olan şeydir ve bizzat yaşamın içindedir. Bu nedenle, eşitlik fikrini uzun bir tarihsel süreçte gerçekleşen sosyolojik bir gelişme olarak ele alır²⁶. Nitekim kendisi, Amerikan toplumuna ilişkin gözlemleri neticesinde eşitlik ilkesini ortaya koyar. Amerika'da Demokrasi adlı eserine, “Amerika'da bulunduğu süreçte fırsat eşitliği kadar dikkatini çeken başka herhangi bir şeyin olmadığını” dile getirerek başlar²⁷. Düşünürü göre, bu kıtada eşitlik toplumun işleyişine etki etmiştir²⁸. Kamuoyunu, kanunları, yönetenleri ve yönetilenleri etkilemiş ve onlara belirli bir şekil vermiştir²⁹.

Tocqueville, eşitlik ilkesini tarihsel ve sosyolojik gerçekliğe dayanarak ele almasından dolayı teorisini kendisinden önce var olan siyasal düşüncüler gibi toplum sözleşmesi şeklinde varsayımlar üzerine kurgulamamıştır. Ona göre eşitlik ilkesi, Avrupa'nın son yedi asırdaki aşamalı gelişiminin bir ürünüdür ve gelişimini de henüz tamamlamamıştır. Eşitlik ilkesi, gelecek dönemde de gelişmeye devam edecektir ve uluslar bu ilkeye karşı koyamayıp, sonunda teslim olacaklardır. Avrupa kıtası da bundan bağışık değildir ve eşitlik ilkesi yönünde ilerlemektedir. Tocqueville'e göre bu evrensel ilke, diğer tüm olguları kendisine bağlı olarak ortaya çıkaran yönlendirici bir ilke, asıl kaynaktır³⁰. Nitekim Amerikan toplumuna ilişkin yaptığı gözlemlerinin gelip dayandığı merkezi bir nokta olarak eşitlik ilkesini görmektedir.

B. Eşitlik-Özgürlük Karşılaştırması

Tocqueville eşitlik ilkesi gibi özgürlüğü de tanımlamaz. Özgürlük üzerinden eşitliği; eşitlik üzerinden de özgürlüğü ele alır ve her ikisini karşılaştırarak

²⁵ Alain Touraine, *Demokrasi Nedir?*, (çev.) Kunal, Olcay, (2. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000) 170; Dinçkol 153.

²⁶ Fatih Duman, “Alexis De Tocqueville, Demokratik Devrimin Paradoksu: Özgürlük ve Eşitlik Sarmalı”, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, (ed.) Hamit Emrah Beriş ve Fatih Duman, (3. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara 2019) 761.

²⁷ Tocqueville 29.

²⁸ Tocqueville'nin Amerika toplumunu gözlemleri neticesinde eşitliğin bu kıtaya hâkim olduğunu belirten görüşleri, Amerika'nın gerçekleriyle örtüşmediği için öğretiler eleştirilmektedir. Bu görüş tarafından, düşünürün ileri sürdüğü Amerika'ya hâkim olan eşitliğin yalnızca kanun önünde geçerli olduğu ve toplumsal gerçeklikle uyumadığı; ırksal eşitsizliğin bu kıtada o dönemlerde de var olduğu belirtilmiştir. Curtis Stokes, “Tocqueville and the Problem of Racial Inequality”, *The Journal of Negro History*, (75, 1/2, 1990) 1-15.

²⁹ Çağla 20-21.

³⁰ Tocqueville 29.



kuramını oluşturur. Düşünüre göre, insanların özgürlük ile eşitlik arzusu birbirinden ayrılır ve demokratik toplumlarda bu iki arzu birbirine denk değildir³¹. Özgürlük, farklı zamanlarda ortaya çıkmış ve tek bir duruma bağlı olmaksızın çeşitli şekillerde var olmuştur. Bu nedenle özgürlük yalnızca demokrasi içinde olmaz, onun dışında da varlık kazanabilir. Özgürlük, demokrasinin hâkim olduğu bu yüzyılı diğer yüzyıllardan ayırt edici özelliğe sahip değildir. Eşitlik ise yaşanan çağa hâkim olan en önemli olgudur ve bu çağı diğer çağlardan ayırır.

Tocqueville, eşitlik ve özgürlük denkleminde insanların eşitlikten çok özgürlüğü tercih edeceğini belirtir³². Böyle bir tercihin nedenlerini beş ayrımla inceler³³. İnsanların eşitlikten çok özgürlüğü tercih etmesindeki ilk neden, siyasal özgürlüğün eşitliğe göre daha kolay yok olmasından dolayıdır. Bu nedenle yalnızca özgürlüğe bağlı kalmak her zaman yeterli olmaz. Eşitliğinse kolay ya da zor ortadan kaldırılmasına ilişkin bir çıkarımda bulunmaz ancak bir defa kısıtlanmış ya da ortadan kaldırılmışsa artık çok uzun ve zor uğraşlar neticesinde yeniden kurulacağını belirtir. Bunun için toplumsal durumun değiştirilmesi, yasaların yürürlükten kaldırılması, fikirlerin yenilenmesi, alışkanlıkların değiştirilmesi ve teamüllerin gözden geçirilmesi gerekir. Bu zorluğundan dolayı insanlar eşitliğin her zaman sürmesi gerektiğini düşünür ve ona bağlı kalırlar.

İnsanların eşitlikten çok özgürlüğü tercih etmesindeki ikinci nedense, herhangi bir kimse, siyasal özgürlüğün aşırı hale gelmesi durumunda toplumun huzurunun, kişilerin gelirlerinin ve yaşamının tehlikeye girebileceğini bilir. Eşitliğin insanlığı tehlikeye sokacağı durumları ise yalnızca dikkatli ve basiretli kimseler bilir. Özgürlüğün sürüklediği kötülükler apansızdır; bunlar herkes tarafından bilinir. Aşırı eşitliğin doğuracağı kötülüklerse yavaş yavaş ortaya çıkar ve aşamalı olarak topluma yerleşir. Özgürlüğün sağladığı avantajlar ancak uzun vadede görünür ve bunları doğuran nedenleri yanlış anlamak her zaman çok kolaydır. Eşitliğin avantajlarıysa hemen hissedilir. Üçüncü nedense, siyasal özgürlük belirli sayıda kişiye mutluluk verir. Eşitlikse, her gün her bir kişiye çok sayıda küçük faydalar sağlar. Eşitlik, her an kendisini hissettirir. En soylusundan en sıradan kimseye kadar herkes bu eşitlikten mutluluk duyar. Dolayısıyla eşitliğin doğurduğu tutku hem güçlüdür hem de geneldir.

Dördüncü neden, siyasal özgürlüğün sağladığı hazlar üzerinedir. Düşünüre göre, özgürlüğün sağladığı hazlar kolayca ortaya çıkmaz. Ancak eşitliğin sağladığı hazlar kendi kendilerini görünür kılarlar. Yaşamın olağan akışında,

³¹ Nagehan Gürbüz Ersoy, Çoğunluğun Tiranlığı, (On iki Levha Yayınları, İstanbul 2019) 57.

³² Ahmet Ulvi Türkbağ, "Alexis De Tocqueville'de Amerikan Demokrasisi ve Bunun Getirdiği Problemler", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul 1992) 81.

³³ Tocqueville 532-533.

önemsiz sayılabilecek olaylarda dahi bu hazlar ortaya çıkabilir ve bu hazları anlamak için yalnızca yaşamak yeterlidir. Beşincisi ve son olanı ise, özgürlük, eşitliğin bir sonucudur. Tocqueville'e göre, modern ulusların çoğunda ve özellikle Avrupa kıtasında özgürlük fikri, koşullar eşitlenmeye başladığı anda ve bizzat eşitliğin bir sonucu olarak doğmaya ve gelişmeye başlamıştır. Demokratik toplumlar özgürlüğe bir beğeni duyarlar; ancak eşitlik içinse coşkulu bir tutku duyarlar. Esasen birini diğerine tercih etmek edemezler. Özgürlük içinde eşitliği isterler. Bu eşitliği elde edemezlerse, kölelik durumunda eşitliğe razı olurlar. Yoksulluk, kulluk, barbarlığa karşı koymayabilirler ama aristokrasiye asla dayanamazlar³⁴.

Siyasal özgürlük deyince akla gelen bir diğer düşünür Montesquie'dır. "Kanunların Ruhu" adlı eserinde "özgürlük nedir?" sorusunu sorar ve bunun cevabını arar. Ona göre, özgürlük kelimesi kadar çeşitli anlamlara gelebilen, zihinleri bu kadar meşgul etmiş bir kelime daha yoktur³⁵. Peki, gerçekten özgürlük nedir? Bu soruyu demokrasilerden yola çıkarak cevaplar. Demokrasilerde halkın istediğini yapar gibi gözüktüğü doğrudur. Fakat siyasi özgürlük, her istediğini yapmak demek değildir. Yazılı kuralları olan bir toplumda özgürlük, insanların istemeleri gereken şeyleri yapabilmeleri, istememeleri gereken şeyleri yapmaya zorlanmamalarıdır³⁶. Bu kapsamda özgürlüğü, bağımsızlıktan ayırır. Ona göre özgürlük, kanunların izin verdiği her şeyi yapma hakkıdır. Şayet bir kimse kanunların yasakladığı bir şeyi yapabilseydi, yine özgür olamazdı. Zira onun gibi diğer kimseler de aynı yapabilme gücüne sahip olurdu. Montesquieu'un siyasi özgürlük kuramıyla Tocqueville'in özgürlük düşüncesini karşılaştırdığımızda, konuya farklı yaklaşımlarının olduğu gözlenir. Montesquieu, kanunlardan hareket ederek, özgürlüğün tanımını yaparken; Tocqueville, eşitlik-özgürlük karşılaştırması üzerinden her iki kavramı anlamlandırmaya çalışır. Esasen Montesquieu, özgürlüğe ilişkin sınırları kanunlar tarafından belirlenmiş bir tanım ortaya koyar. Tocqueville ise ne olduğu sorusunun cevabını aramaktan ziyade, özgürlüğün eşitlik karşısında tercih edilmeyen bir duygu olduğunu vurgulamaya çalışır³⁷.

³⁴ Tocqueville 534.

³⁵ Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine, (çev.) Berna Günen, (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 4. Basım, İstanbul 2019) 195.

³⁶ Montesquieu 196.

³⁷ Her ne kadar özgürlük kavramına ilişkin farklılaşma olduğu görülse de, doktrinde Tocqueville'in Montesquieu'dan etkilendiğine ilişkin görüşler de bulunmaktadır. Bu konuya özgü bir çalışma için bkz., Melvin Richter, 'The Uses of Theory: Tocqueville's Adaptation of Montesquieu', in M. Richter, Essays in Theory and History, Harvard University Press, 1970. Özellikle her iki düşünürün yasa üzerine görüşlerinin benzerleri vurgulanır. Yasanın kaynağı olarak akıllı göstermeleri ve bir yasanın herkes tarafından kabul edilebilmesi için evrensel ilkelere dayanması gerektiği her iki düşünür tarafından kabul edildiği doktrinde dile getirilir. Hasan Bülent Kahraman "Tocquevilleci Demokrasi, Toplumsal İktidar ve Sivil



III. ALEXIS DE TOCQUEVILLE'E GÖRE DEMOKRASİYE YÖNELİK OLASI TEHLİKELER

A. Bireycilik

Tocqueville'e göre, eşitliğin hâkim olduğu demokrasilerde her bireyin duygu ve düşünceleri kendisine ilişkindir. Bu durumu bireycilik olarak tanımlar ve ona göre bireycilik, koşulların ortaya çıkardığı yeni bir kavramdır. Daha önceleri bilinen egoizmden (bencillik) ise farklıdır³⁸. Egoizm, kişinin kendisine duyduğu tutkulu ve abartılı sevgisidir; kendisini her şeyden üstün görmesidir³⁹. İnsanı sadece kendisiyle ilgilenmeye ve her şeye karşılık kendisini ilk olarak düşünmeye sevk eder. Bireycilik ise insanın kendisini toplumdaki diğer kalabalıklardan ayırarak, yalnızca yakın çevresiyle biraraya gelmesidir. Kişiler bu şekilde kendilerine ait küçük bir topluluk yarattıktan sonra bir daha topluma karışmazlar. Bireycilik, egoizme göre daha huzur verici ve olgun bir duygudur.

Her iki duyguyu karşılaştırmaya devam eden Tocqueville'e göre, egoizm içgüdüselidir ve bu içgüdü, kör ve bozuk bir duygudur. Bireycilik ise, bozuk bir duygu değildir. Esasen ona göre, bireycilik bir duygu değildir. Yanlış bir düşüncenin sonucunda ortaya çıkar. Bu nedenle bireyciliğin kaynağı olarak zihinsel kusurları görür. Düşünür, iki kavramdan birini diğerine yeğlemez; ona göre her iki kavram da zararlıdır. Egoizm, her türlü erdemi yok eder; bireycilik ise önce kamusal erdemlere, sonra ise diğer erdemlere zarar verir ve onları yok eder. Böylece egoizmle özdeşleşir. Egoizm insanlığın varoluşundan beri bütün toplumlarda görülürken; bireycilik daha yeni tarihlerde ve demokratik toplumlarda görülmeye başlanmıştır. Yeryüzünde koşulların eşitliği arttıkça da bireycilik daha çok yayılacaktır. İşte demokrasiyle birlikte gelen eşitliğin kötü yanı da budur⁴⁰. Bireysellik duygusunun belirmesine en elverişli ortamı hazırlar⁴¹. Öyle ki demokratik toplumlarda, yeni aileler yoktan var olurlar ve zamanın dokusu her daim değişir; kuşakların izleri silinir. Aristokraside olduğu gibi, kişiler geçmiş kuşaklara saygı duymaz ve kendi sınıfından olanla birbirine bağlamaz⁴². Aksine, aileler ve kuşaklar arasında bağlar gevşemiş, insanların ilgisi kendisine en yakın olanlarla sınırlandırılmıştır. Sınıf farkı ortadan kalktığı ve kişiler başka kimselere bağımlı olmaktan kurtulduğu için, biri diğerine kayıtsızlığa ve yabancılaşmaya başlamıştır. Demokratik toplumda koşullar eşitlendikçe, kişiler kendi kendilerine yetecek yeterli bilgi ve serveti

Toplum Kaygıları", Doğu Batı Dergisi, (39, 2007, 229-258) 249.

³⁸ Göze 271.

³⁹ Duman 794.

⁴⁰ Sunar 107.

⁴¹ Akın 167.

⁴² Tocqueville'in bu değerlendirmelerde bulunurken, kendisinin aristokrat sınıftan geldiği ve tasfiye edilen bu zümrenin değerlerine özlem duyduğunun da göz önünde bulundurulması gerektiği öğretide dile getirilmiştir. Zeynep Özlem Üskül, *Bireyciliğe Tarihsel Bakış*, (Büke Yayıncılık, İstanbul 2003) 88.

elde ederler. Böylece, diğerlerinin kaderleri üzerinde etkide bulunmak için ne yeterli zenginliğe ne de böyle bir iktidara sahip olamazlar. Bu kişiler, kimseye bir şey borçlu değildir; kimseden de bir şey beklemezler. Sadece kendilerini düşünmeye alışır ve kaderlerinin tamamen kendi ellerinde olduğunu bilirler. Bu anlamda düşünürü göre, bireycilik anlayışının sonucu olarak demokrasi, insanı sadece kendisine yönlendirir ve onu tamamen kendi yalnızlığına bırakır⁴³.

B. Çoğunluğun İktidarının Tiranlığa Dönüşme Tehlikesi

Tocqueville, çoğunluğun iktidarını, “halkın çoğunluğunun, yönetme konusunda her şeyi yapma hakkı” olarak tanımlar⁴⁴. Kendisi tanımladığı bu kavramı tüm kuvvetlerin kaynağı ve meşruiyeti olarak görmesine rağmen dine aykırı ve tiksindirici bulduğunu belirtir. Ancak ona göre, demokratik yönetimlerin özünde çoğunluğun hâkimiyetinin mutlakağı yer alır. Çünkü demokrasiler, çoğunluk fikri üzerine kuruludur.

Çoğunluk iktidarının kuvvetler içindeki gücüne dikkat çeker. Ona göre yasama, diğer kuvvetler arasında çoğunluğun isteklerini en fazla dikkate alan kuvvettir. Hal böyle olunca yasamanın gücü, yargı üzerinde artmakta ve yürütme kuvveti yasama organına bağımlı hale gelmektedir. Bunun sonucunda yürütme ne istikrar ne de bağımsızlık elde edebilmektedir. Çoğunluğun yasama üzerindeki hâkimiyeti sonucunda, demokratik yönetimlerin kuvvetler arasında öngördüğü dengeleme ve fren mekanizması ortadan kalkmaktadır.

Düşünürü göre, çoğunluğun iktidarının ahlaken doğru olduğuna ilişkin bir inanç vardır. Bu inanç gereğı, bilgelik ve ileri görüşlülük, tek bir insanın yerine bir araya toplanmış daha fazla sayıda kişide; tek bir kişinin seçiminin yerine çok sayıdaki kişiden oluşan yasa koyucuda bulunur. Bu durum, demokrasilerde geçerli olan eşitlik teorisinin bir sonucudur. Tocqueville'e göre, bu doktrinin doğrudan anlaşılamayan kötü sonuçları vardır. Çoğunluğun iktidarı, tüm diğer iktidarlara gibi kalıcı olmaya ihtiyaç duyar ve bu onun için bir gerekliliktir. İktidar bir kez kurulduktan sonra, zorla kendisine itaat ettirir. Azınlıkta kalanlar, bunu güçlükle kabul etse de, başka çözüm yolları olmadığı için bu duruma alışır ve zamanla bu iktidara saygı duymaya başlar. En çok sayıda olanların menfaatlerinin az sayıda olanlara tercih edilmesi gereğı, çoğunluğun iktidarını ahlaken geçerli kılan ilkedir. Bu ilke gereğince, en çok sayıda olanların bu hakkına diğerlerince saygı duyulması gerekir. Bu saygının var olup olmadığını ise o ülkedeki parti sayısı belirler. Eğer bir ülkedeki parti sayısı çoksa, çoğunluğun iktidarına saygı az demektir. Burada parti sayısının çokluğu ve uzlaşımın azlığı, pek çok menfaatin ortaya çıktığını gösterir.

⁴³ Steven Connelley and Rune Sarromaa Hausstatter, “Tocqueville on Democracy and Inclusive Education: A More Ardent and Enduring Love of Equality than of Liberty”, *European Journal of Special Needs Education*, (24:3, 231-243, 2009) 234.

⁴⁴ Tocqueville 260.



Tocqueville'ye göre, mutlak iktidar kendine içkin bir şekilde kötülük ve tehlike barındırır. Mutlak iktidar, tehlikesiz bir biçimde yalnızca Tanrı'ya ait olabileceğini düşünür. Yeryüzünde Tanrı dışında böylesine bir kutsal hâkimiyeti elinde bulundurabilecek bir iktidar yoktur. Dolayısıyla, demokrasi veya aristokrasi olarak anılan bir monarşide ya da cumhuriyette, her şeyi yapma hakkının, halka veya krala verilmesi arasında bir fark yoktur. Her iki durumda da ortaya kolayca tiranlık çıkar⁴⁵.

Bu çıkarımları sonrasında Amerika'da uygulanan demokrasiyi, çoğunluğun karşı konulamaz gücünü öngörmesi ve bu çoğunluğun tiranlığa kaymasını engelleyecek önlemlerin yokluğu nedeniyle eleştirir. Öyle ki, ülkede haksızlığa uğrayan ve azınlıkta olan bir kimsenin veya herhangi bir örgütün başvurabileceği ve sonuç alabileceği bir makam yoktur. Yasama, idare ve güvenlik güçlerinden oluşan yürütme, jüri üyeleri ve hâkimleri kapsayan yargı çoğunluk tarafından seçilmektedir. Bu durumda, bir kanun ne kadar haksız olursa olsun azınlıkta kalanların ona boyun eğmekten başka yapabilecekleri bir şey yoktur. Bu duruma şiddetle karşı çıkan Tocqueville, yeni bir yönetim şeklini önerir: çoğunluğu temsil eden ama sınırları belirlenmiş bir yasama kuvveti, kendine özgü iktidarı olan yürütme kuvveti ve diğer iki kuvvetten bağımsız bir yargı organı⁴⁶. Ona göre kuvvetler arasında böylesi bir frenleme ve dengeleme sisteminin olması halinde demokratik yönetimin tiranlığa kayma riski ortadan kalkacaktır.

1. Çoğunluğun İktidarının Olumsuz Sonuçları

a. Yasal İstikrarsızlık

Tocqueville'e göre, Amerika'da çoğunluğun iktidarının mutlak hâkimiyeti söz konusudur. Ona göre, bu hâkimiyetin sorunsuzca devam etmesindeki neden, herkesin birbiriyle eşit olduğu anlayışının yerleşmesinin sonucunda, ülkede farklı kişilerin menfaatleri arasında doğal ve daimi bir görüş ayrılığı henüz ortaya çıkmamıştır. Çoğunluğun iktidarının bu kadar güçlü olması ise gelecek için ölümcül ve tehlikelidir⁴⁷. İlk olarak, çoğunluğun iktidarının mutlak hâkimiyetinin yasal istikrarsızlığa neden olacağını belirtir. Yasama kuvvetine kısa süre ile kişilerin seçilmesinin ve her yeni gelenin kendi taleplerini hayata geçirme isteği, düzenlemelerin sıklıkla değişmesine neden olur. Bu ise yasal ilkelerin yeniden düzenlenmesine ve istikrarsızlığa yol açar. Çoğunluğun iktidarı sadece yasaların üzerinde değil; ona göre, yasaların icrası ve idarenin faaliyetlerinde de istikrarsızlığa neden olur. Çoğunluk iktidarı tüm kuvvetleri elinde bulundurduğu için idarenin özerk bir yapısı olmaz. Dolayısıyla idare,

⁴⁵ Tocqueville 262.

⁴⁶ Tocqueville 263.

⁴⁷ Tocqueville 258.

çoğunluğun emri altında faaliyet yürütür ve yasamanın faaliyetlerine bağlı hale gelir. Yasa koyucu başka bir konuyu gündeme getirdiğinde, idarenin yürüttüğü faaliyetler kesintiye uğrar ve gündemdeki faaliyetler uygulamaya geçer. Tocqueville bu durumu, yaşadığı dönemde Amerika'da hapisanelerin durumunun iyileştirilmesi üzerinden örnekler. O dönemde suçluların yeniden topluma kazandırılması amacıyla bir kamuoyu oluşturulmuş ve yeni hapisanelerin inşasına başlanmıştır. Yurttaşların fikren ortak olduğu bu konuda yapılacaklar ise hemen gerçekleşmemiştir. Yeni cezaevlerinin inşasına başlansa da kısa sürede tamamlanamamıştır. Hal böyle olunca eski cezaevleri var olmaya ve çok sayıda suçluyu hapsedmeye devam etmiştir. Yeni kurumları oluşturma amacına yönelik çoğunluk, zamanla eski kurumları unutmaya başlamıştır. Yeni binalar daha sağlıklı ve yenilikçi oldukça, eskileri daha zararlı ve sağlıksız olmaya başlamıştır. Bunun nedeniyse, çoğunluğu oluşturan her bir kişinin ilgisi başka bir konuya yoğunlaştığında, eski konu üzerinde denetiminde ortadan kalkmasıdır. Tocqueville, bu durumu Ortaçağ'ın barbarlığını hatırlatan bir zindana benzetir.

b. Kamu Görevlilerinin Keyfilikleri

Tocqueville, kamu görevlilerinin keyfi davranışları ile çoğunluğun iktidarı arasında kaçınılmaz bir bağın oluştuğunu dile getirir. Ona göre, çoğunluğun iktidarı yasa koyucunun meşru despotizmini kolaylaştırırken aynı zamanda üst düzey kamu görevlilerinin keyfi davranışlar sergilemesine de zemin hazırlar⁴⁸. Yasanın yapılmasında ve uygulanmasında mutlak yetkiyle donatılmış olan çoğunluk aynı zamanda yönetenler ve yönetilenler üzerinde de aynı kontrol yetkisine sahiptir. Bunun sonucunda, kamu görevlilerine kendi memurları gibi bakar ve menfaatleri doğrultusunda hareket etmelerini ister⁴⁹. Kamu görevlilerinin mesleki hak ve yükümlülükleri objektif şekilde belirlenmez. Çoğunluğun çıkarları doğrultusunda, her an onların denetim ve gözetimi altında faaliyetlerini yürütmek zorundadırlar. Adeta bir efendinin kölesine itaati gibi kamu görevlileri de çoğunluğa boyun eğler⁵⁰. Özgürlük öngörülürken, ölümcül nitelikte olabilecek alışkanlıklar bu şekilde biçimlenir.

c. İfade Özgürlüğünün Sınırlanması

Tocqueville'e göre, Amerika Birleşik Devletleri'nde, çoğunluk bir soruna ilişkin nihai bir karar almışsa artık o sorun tekrar tartışılmaz. Peki, "Neden?" diye sorar⁵¹. Ona göre, çoğunluğun düşünce üzerinde uyguladığı ahlaki kuvvetten dolayıdır. Böyle bir durumda, demokratik cumhuriyetlerin despotizmi bile

⁴⁸ Ersoy 46.

⁴⁹ Tocqueville 263.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Tocqueville 264.



önemsiz kıldığını belirterek konuya başlar. Tocqueville, insanların düşünme ve fikir üretmelerine özel bir önem verir. Nitekim düşünüre göre fikir, tüm tiranlıkların üstesinden gelen görünmez ve anlaşılabilir bir kuvvettir. Mutlak monarşilerin pek çoğu, kendi iktidarlarına karşı olan fikirlerin gizlice yayılmasını hiçbir şekilde engelleyememişlerdir. Demokrasiyi benimsemiş Amerika'da ise durum bu şekilde değildir. Çoğunluk kararsız kaldığında fikirler üretilir, tartışılır. Kesin bir karara vardığında ise artık tartışmalar sona erer, fikir üretilmez. Bu durum aynı fikirde olanlar kadar karşı görüşte olanlar için de geçerlidir. Karşı görüşte olanlar da çoğunluğun kararını kabul eder ve itiraz etmezler. Çünkü yasaları yapma ve uygulama hakkına sahip olan çoğunluk gibi bir gün kuvvetleri elinde toplama iktidarları bulunmaz. Diğer bir deyişle, azınlıkta olanların bir gün çoğunluk haline geçebilmelerini sağlayacak araçlar elinde bulunmaz. Ona göre, bu durum oldukça tehlikelidir. Nitekim krallar yalnızca eylemler üzerinde etki doğuran, fikirlere karışamayan maddi bir güce sahipken; çoğunluk hem maddi hem de ahlaki bir iktidarla donatılmıştır. Bu güç, hem eylem hem de fikirler üzerinde etkilidir ve her iki alanı da engeller. Bu nedenle çoğunluğun hâkim olduğu cumhuriyetlerde gerçek tartışma özgürlüğünün olamayacağını düşünür. Çoğunluk, belirli bir fikir etrafında birleşir ve belirli bir çerçeve çizer. Yazar, bu sınırların içinde özgürdür; ama sınırları aşmak istediğinde sonuç değişir; sosyal dışlanmayla karşılaşır ve yalnızlaşır. Nihayetinde kendisi susmayı tercih eder. Kişileri susturan böylesi bir uygulama tek bir kişinin hüküm sürdüğü mutlak monarşilerde despotizm ruhu ile açıkça yapılmaktaydı. Ama demokratik cumhuriyetlerde baskı rejimi tiranlıktaki gibi açık değildir. Tiranlar, kişilere açıkça ya kendisi gibi düşünmelerini ya da ölmeyi tercih etmeleri gerektiğini belirtir. Bu nedenle buradaki despotizmin ruha değil, bedene yönelmiş olduğu görülür. Ancak demokratik cumhuriyetlerde despotizm bedenle ilgilenmez ve doğrudan ruhu hedef alır. Burada, çoğunluktan farklı şekilde düşünmek konusunda özgürsünüzdür; farklı fikirde olmanız yaşamınıza ve mülkiyetinize zarar verme hakkını doğurmaz; ancak artık bir yabancısınız. Diğer kişiler sizden uzaklaşır ve saygınlığınız biter. Böylesi bir durum, size yaşamayı vaat eder ama sizi ölümden daha kötü şartlarda bırakır. Çoğunluğun hâkimiyetinin bir görünümü olan kamuoyunun bu sosyal baskısı ile birlikte, çoğunluktan farklı düşünmek artık imkânsız hale gelir ve azınlığın görüşleri anlamını yitirir⁵². Bu genel değerlendirmeleri Amerika kıtası üzerindeki uygulamalara dayanarak yapan Tocqueville, burada tinsel özgürlüğün olmadığını belirterek devam eder ve bu kıtada büyük yazarların olmamasını ifade özgürlüğünün olmamasına bağlar. Ülkede yazarların çoğunluğa karşı görüş ileri sürememesini, devamlı şekilde çoğunluktan övgüyle bahsettiğini belirtir.

⁵² Pierre Manent, Tocqueville and the Nature of Democracy, Rowman & Littlefield Publishers, (Maryland 1993) 41.

Fikir özgürlüğü ve onun sınırlandırılmasına ilişkin önemli bir tespit daha bulunur ve Amerika'nın diğer devletlerden nasıl ayrıştığını ortaya koyar. Örneğin, İspanya'da kurulan engizisyon mahkemesinin çoğunluğun kabul ettiğinden farklı dine ilişkin kitapların yayılmasını asla engelleyemediğini söyler⁵³. Diğer devletlerdeyse müstehcen kitapların yazarları cezalandırılarak, ahlakın korunması hedeflenir. Buna karşılık Amerika'da çoğunluk iktidarının böylesi karşı fikirlerin oluşmasını ve kitap olarak yayılması fikrini dahi ortadan kaldırdığını belirtir. Ahlak konusunda kimse aykırı kitap yazma fikrine sahip olmadığı için cezalandırılmaz. Esasen Tocqueville bu karşılaştırmada çoğunluk iktidarının ifade özgürlüğü üzerinde diğerlerine kıyasla nasıl ceberut hale dönüştüğünü ispatlamaya çalışır.

IV. ALEXIS DE TOCQUEVILLE'İN ÖNGÖRDÜĞÜ DEMOKRASİ MODELİ: ÇOĞULCU DEMOKRASİ

Tocqueville, halk egemenliğinin egemen olduğu bir devlette iki unsurun olması gerektiğini vurgular. Bu unsurlar, basın ve örgütlenme özgürlüğüdür.

A. Basın Özgürlüğü

Tocqueville'e göre, halk egemenliğinin açıkça egemen olduğu bir ülkede, sansür sadece bir tehlike değildir, aynı zamanda büyük bir saçmalaktır. Çünkü toplumu yönetme hakkını elde edenlerin, kişileri harekete geçiren farklı düşünceleri bilme, bunlar arasında seçim yapma ve bilgisi sayesinde farklı olguları değerlendirme kapasitesine sahip olması gerekir⁵⁴. Bu nedenle halk egemenliği ve basın özgürlüğü tamamen bağlantılıdır⁵⁵. Sansür ve halk egemenliği ise birbirlerine karşıt olan ve siyasal yaşamda birbirleriyle karşılaşmaması gereken iki şeydir. Bu nedenle o dönem Amerika'da yaşayan on iki milyon kişi arasında, basın özgürlüğünü sınırlandırmayı önermeye cesaret edebilecek tek bir kişinin dahi olmadığını yineler.

Tocqueville'e göre basının bu kadar önemli olmasının nedeni, basın özgürlüğünün etkisinin yalnızca siyasal düşünceler üzerinde olmamasından kaynaklıdır. Bu özgürlük, herkesin her türlü düşüncesini etkiler; yasaları ve teamülleri değiştirir. Dolayısıyla basın pek çok alanda etkili olan bir araçtır. Belki de bu kadar etkili bir araç olmasından dolayıdır ki yazar, basın özgürlüğüne temkinli davranır⁵⁶. Basın özgürlüğünü, sağladığı yararlardan çok engellediği kötülükler yüzünden savunduğunu belirtir⁵⁷. Basının kamuoyu oluşturma hususuna Eserinde şu şekilde yer verir: “*Basın özgürlüğü, Amerika kıtasının her*

⁵³ Tocqueville 266.

⁵⁴ Göze 276.

⁵⁵ Tocqueville 194.

⁵⁶ Dinçkol 159.

⁵⁷ Tocqueville 192.



bölgesinde siyasal yaşamı canlı tutar. Her zaman siyasetin gizli kaynaklarını açığa çıkarır ve kamu görevlilerini sırasıyla kamuoyunun mahkemesine çıkmaya zorlar. Partileri belli çıkarlar etrafında toplayan basındır ve partiler birbirlerini görmeksizin karılıklı basın aracılığıyla konuşurlar; birbirleriyle bağlantıya geçmeksizin anlaşırlar. Basın organlarının aynı konuda hem fikir olması halinde etkileri karşı konulamaz bir biçimde kamuoyunu oluşturur ve halk bu fikirleri kabuleder”⁵⁸.

Anayasal ve yasal sistem, siyasetçiler⁵⁹ basın tarafından sert bir şekilde eleştirilebilir. Ona göre basının sınırsız bir özgürlüğü de olmamalıdır ve bu özgürlüğün bir sınırı olmalıdır. O sınır, özgürlük kapsamında şiddete çağrı yapılmamasıdır. Açıkça şiddet içermedikçe anayasa ve yasaların sert bir dille eleştirilmesi ise suç olmamalıdır. Tocqueville, basının sert dille eleştiri yapmasını savunmaz. Çünkü bu durumda basın, iyi ve kötüyü birbirine karıştırır. Ama buna rağmen basın olmaksızın özgürlüğün ayakta kalamayacağına ilişkin güçlü bir inancı vardır.

B. Örgütlenme Özgürlüğü

Tocqueville'e göre, örgütlenme özgürlüğü yaşadığı dönemde çoğunluğun tiranlığına karşı önemli bir güvencedir⁶⁰. Siyasi partilerin despotizmini veya yöneticilerin keyfiliklerini önlemek için örgütler zorunludur. Devletler içinde bu tür ikincil yapılanmalar, iktidarın kötüye kullanılmasını durduran örgütlerdir⁶¹. Benzer örgütlenmelerin var olmadığı ülkelerde, eğer kişilere alternatif örgütleri kurma hakkı tanınmazsa, tiranlığın ortaya çıkması için herhangi bir engel kalmamış demektir. Büyük bir halk kitlesine, tek bir kişi ya da bir avuç insan tarafından kolaylıkla zulüm edilebilir. İşte bu zulmün engellenmesi için örgütlenme özgürlüğü elzemdir⁶².

Tek başına hareket özgürlüğünden sonra insan için en doğal özgürlük, başkalarıyla bir araya gelerek, hareket etme özgürlüğüdür. Bu nedenle, yazara göre örgütlenme özgürlüğü, diğer bireysel özgürlükler kadar mutlak ve devredilmez bir haktır⁶³. Ancak sınırsız bir hak olarak değerlendirilmemelidir. Bir ulus, kontrolü kaybetmemek ve huzuru sağlamak için örgütlenme

⁵⁸ Tocqueville 198.

⁵⁹ Amerika'da basın tarafından siyasetçilerin sert bir dille eleştirildiği bir gazete yazısını paylaşıyor: “Bu tür meselelerde (başkan) Jackson'ın dili, kalpsiz, sadece iktidarını korumakla meşgul olan bir despotun dilidir. İhtiras onun suçudur ve cezasını bulacaktır. Entrika onun yeteneğidir ve aslında onun niyetlerini şaşırtacak ve ondan kudretini alacaktır.” Tocqueville 194.

⁶⁰ Tocqueville 203.

⁶¹ İlyas Doğan, Sivil Toplum Anlayışı ve Siyasal Sistemler, (Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Astana Yayınları, Ankara 2013) 139.

⁶² Murat Tümay ve Firdevs Okatan, “Alexis De Tocqueville'e Göre Sivil Toplum”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (XIX, 3, 2015, 321- 339) 328.

⁶³ Doğan 139.

özgürlüğüne sınırlandırmalar getirebilir⁶⁴. Tabii bu durum yasa koyucunun hakkı tamamen yok etmesi anlamına gelmez. Bu nedenle örgütlenme özgürlüğünün kabul edildiği ülkelerle, özgürlüğün kötüye kullanıldığı ülkelerde, örgütlerin izlediği farklı yolların karşılaştırılması hem hükümetler hem de partiler için yararlıdır. Nitekim bir araya gelme özgürlüğünü aşırı kullanıp, bir yıkım aracı haline getirerek kötüye kullananlar ile bu şekilde kullanmayarak, fayda sağlayan halklar vardır. İşte bu iki grubun karşılaştırması örgütlenme özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesi için gereklidir. Amerika'da siyasal amaçlarla örgütlenme özgürlüğünün sınırsız olduğunu tespit eder⁶⁵. Ancak özgürlük bu ülkede tahmin edildiği gibi zararlı sonuçlara yol açmamıştır⁶⁶. Bunun birinci nedeni, bu hakkın kullanımı, alışkanlıklara ve teamüllere işlemiş olmasından dolayıdır⁶⁷. Diğer bir nedeni ise, Amerika'da azınlığı oluşturan yurttaşların örgütlenme nedeni, Avrupa kıtasındaki gibi, iktidarla sert bir şekilde savaşmak değildir. Öncelikle sayılarını bilmek ve böylece çoğunluğun psikolojik etkisini zayıflatmaktır. Çoğunluk üzerinde baskı yapmak için en uygun argümanları bir araya getirirler. Ancak bu şekilde çoğunluğun sahip olduğu iktidarı ele geçirebileceklerini düşünürler. Burada siyasal örgütler sukunetle meselelere yaklaşırlar ve her daim yasal yolları kullanırlar. Avrupa'da ise örgütlerin ikna çabalarından çok, mücadele etme isteği ön plana çıkar.

V. ALEXIS DE TOCQUEVILLE'İN YARGIYA BAKIŞI

A. Hukukçular Üzerine Düşünceleri

Tocqueville'e göre, tarihsel süreçte çeşitli devletlerde hukukçular siyasal hareketlerde hep var olmuştur. Bazen siyasal iktidarların araçları olmuşlardır, bazen de siyasal iktidarları kendileri araç olarak kullanmışlardır. Örneğin, İngiltere'de hukukçular, aristokrasiyi savunmuş ve onunla işbirliği yapmışken;

⁶⁴ Tocqueville 202.

⁶⁵ Theda Skocpol, "The Tocqueville Problem: Civil Engagement in American Democracy", *Social Science History*, (21:4, 1997, 455-479) 460. Bu çalışmasında yazar ayrıca, erken dönem Amerikan posta sisteminin vatandaşlar arasında sürekli yoğunlaşan iletişimi daha da ileriye taşıdığını, giderek daha fazla Amerikalıyı seçim kampanyalarına tutkulu bir şekilde dâhil ettiğini belirtmiştir. Özellikle, 1800'lerin sonlarında ve 1900'lerin başlarında, kadın dergileri posta yoluyla dolaşarak ülke çapındaki kadın federasyonlarının çabalarına yardımcı olduğunun altını çizmiştir. Kongre temsilcileri ve parti liderlerinin yanı sıra sayısız diğer ABD dernekleri, postayı örgütsel ve sivil olarak ilgili bilgilerin dolaşımı için bir yöntem olarak kullandığını belirterek; kamu tarafından desteklenen ve kolaylaştırılan iletişimin, Amerikan demokrasisinin can damarı olduğunu belirtmiştir. *Ibid*, s.463.

⁶⁶ Bu özgürlüğün hoş görüldüğünü açıklamak için, Amerika'da gümrük vergisine karşı olanların bir araya gelerek, toplantılar yapmalarını ve sonucunda Kongre'nin gümrük vergisi düzenleme hakkının olmadığını ve böyle bir verginin anayasaya aykırı olduğunu; ticaretin özgür olmamasının Amerikan halkının yararına olmayacağını belirten bir manifesto kaleme aldıklarını örnek gösterir. Tocqueville 202.

⁶⁷ Tocqueville 203.



Fransa'da aristokrasinin en tehlikeli düşmanı olmuşlardır. Ona göre, tüm zamanlarda hukukçulara içkin olan değer, diğer insanlarda da olduğu gibi, zamana uygun bireysel menfaatlerdir⁶⁸.

Tocqueville, hukuk mesleğinin ağırlığının farkındadır ve bu nedenle hukukçuları toplum içinde üstün bir konumda değerlendirir. Ona göre, hukukçuların yasaları inceleyerek elde ettikleri hususi bilgiler, onların toplumda ayrı bir mevki edinmesini sağlar. Yazara göre, bu kimseler zeki insanlar arasında ayrıcalıklı bir çeşit sınıf oluştururlar. Uzmanlıklarını uyguladıklarında bu üstünlük fikri her zaman pekişir. Bu kesim, herkesin bilgi sahibi olamayacağı, toplum için gerekli ve oldukça zor bir bilimin uzmanlarıdır. Bu nedenle, yurttaşlar üzerinde her daim hâkimiyet kurma özellikleri vardır. Ancak hukukçular, kendi aralarında anlaşma ve beraber bir amacı gerçekleştirme noktasında örgütlenme fikrine sahip değillerdir. Bu kesim yalnızca kendi menfaatlerinin peşinde koşmaktadır ve bu benzerlik yalnızca onların aynı amaç için hareket etmelerine vesile olur⁶⁹.

Tocqueville, hukukçuların aristokratik ya da demokratik bir ruha sahip olup olmamasında, yürürlükte var olan yasaların doğasının belirleyici olduğunu tespit ederek; aralarındaki bağı İngiliz, Amerikalı ve Fransız hukukçular üzerinden örneklendirmiştir. Ona göre, İngiliz ve Amerikalı hukukçular, diğer ülkelerde olmadığı kadar aristokratik özelliğe sahiptir. Bunun nedeni, bu iki ülke hukukçularının eski dönem yasal mevzuatlarını değiştirmeyerek, muhafaza etmesinden kaynaklanır. Bundan dolayı, hukuk nezdindeki yeni fikirler ve kararlar her daim atalarının fikirleriyle ve kararlarıyla benzerlik göstermektedir. Böylece hukukçular tarafından eski olana yönelik beğeni ve ona duyulan saygı her daim varlığını korumaktadır. Bu durum, hem hukukçuların zihninde hem de toplumun ilerleyişi üzerinde başka bir etki daha doğurmuştur. İngiliz ve Amerikalı hukukçu, yapılmış olanı araştırırken; Fransız hukukçu yapılmak isteneni araştırır. Bu anlamda, ilk grup yasal kararlara bakarken; diğeri sebepleri araştırır⁷⁰. Bunun sonucunda, Fransız hukukçu, yargılamalarda kendine ait fikirlere her daim yer verirken; İngiliz ya da Amerikalı bir hukukçu sık sık atalarının fikirlerinden alıntılar yapar ve kendi fikirlerinden çok az bahseder. Eski mevzuatın yürürlükte olmasından dolayı, yasaları anlamak İngiliz ve Amerikan toplumunda daha zordur. Bu nedenle, yasayı anlama ve uygulama işi yalnızca hukukçulara ait olarak görülür. Bu durum, İngiltere ve Amerika'da, hukukçuları daha fazla halktan ayırır ve onu ayrı bir sınıfın içine koyar. Fransız hukukçu, kendi toplumunda yalnızca bir bilge olarak görülürken; İngiliz veya Amerikalı hukukçu adeta Mısır'ın din adamlarına benzer; tıpkı onlar gibi, anlaşılmaz bir bilimin yegâne uygulayıcısıdır⁷¹.

⁶⁸ Tocqueville 273.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid, 276.

⁷¹ Ibid, 276-277.

Düşünüre göre, demokratik yönetim, hukukçuların siyasal etkisi için uygundur. Böyle bir yönetim şeklinde zengin, soylu ve prens yönetimden dışlandığı için halkın seçebileceği aydın ve becerikli insanlar olarak yalnızca hukukçular kalır. Bu kimseler de, menfaatleri nedeniyle halka doğru yönelir. Esasen hukukçular aristokratik bir ruha sahiptir⁷². Ancak demokratik rejimlerde aristokratik ve demokratik ruh birbiriyle özdeşleşir. Amerika'da ne soylu ne bilge ne de zengin sınıf denilen bir zümre vardır. Çünkü halk bu tür sınıflara güvenmez. Böylece hukukçular toplumun üst siyasal sınıfını ve en büyük entelektüel kesimini oluşturur. Ona göre, Amerikan aristokrasisi, onları bir araya getiren ortak bir bağ olmamasından dolayı zenginler arasında değil; avukatların barolarında ve hâkimlerin kürsüsünde yer alır. Bu nedenle adli yapılanma bu ülkenin en büyük gücünü ve demokratik çoğunluğun tek karşı kuvvetini oluşturur ve Amerika'da çoğunluğun iktidarını sınırlandırmada ve dengelemede en kuvvetli unsur olarak yargı ön plana çıkar. Halkın isteklerinin karşısına, kendilerinin aristokratik eğilimlerini; yenilikçi hareketlerine karşı kendilerinin düzene olan itikatlı saygılarını; niyetlerinin sınırsızlığı karşısında kendilerinin sınırlı görüşlerini; kuralları küçümsemelerinin karşısına kurala olan saygılarını; girişkenlikleri karşısına işleri ağır biçimde yürütme alışkanlıklarını koyarlar. Bu anlamda, düşünüre göre halkı sakinleştiren ve durduran kesim hukukçulardır. Esasen düşünüre göre, demokraside halk hukukçulara meydan okumaz. Çünkü onların menfaatlerinin, halkın menfaatlerine zarar vermeyeceğine inanır. Nitekim hukukçu, menfaati ve doğduğu sınıf nedeniyle halkın içinden gelmiştir⁷³.

B. Jürili Yargılamanın Demokrasiye Katkısı

Jürili yargılama, Anglo-sakson hukuk sisteminde geçerli olan ve yargılamanın bir parçası olarak vatandaşlardan oluşan bir heyetin yargılama sürecine katıldığı bir sistemdir. Yargı sistemi içerisinde jürinin varlığı hususunda öğretide iki ayrı görüş ortaya çıkmıştır. Bu görüşler, yargısal demokrasi ve hukuksal elitizm (seçkincilik) olarak iki ayrı gruba ayrılır⁷⁴. Yargısal demokrasi bağlamında jürili yargılama sistemini ele alan görüşe göre, demokratik rejimlerde halk yargılamada yer almalıdır. Demokrasinin tam anlamıyla uygulanabilmesi için yargılamalara halkın katılımı gerçekleştirilmelidir. Böylece kişilere hem güven duygusu verilir hem de onlarda demokrasi bilincinin oluşması sağlanır⁷⁵. Öte yandan, günümüzde katılımcı demokrasiyi yargı içinde sağlayan önemli bir

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid, 275.

⁷⁴ Bedirhan Erdem, *Ceza Yargılamasında Jüri*, (Adalet Yayınevi, Ankara, 2020) 6.

⁷⁵ Sami Selçuk, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, (6. Baskı, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 2000) 185; Ozan Ergül, "ABD Anayasasında Jürili Yargılama ve Tarihsel Kökenleri", (ed.) Ergül, Ozan, Av. Teoman Ergül'e Armağan, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2017, 529-542) 542.



katılım aracı olarak jüri sistemi görülmektedir. Burada vatandaş yargılamada karar vermekte ve bunun sorumluluğunu üstlenmektedir⁷⁶. Bu anlamda, jüri sisteminde kişiler demokratik unsurların yanı sıra hem güven hem de sorumluluk bilincine varmaktadır. Bu görüşün aksine hukuksal elitizmi savunanlara göre ise, yargılama işi yalnızca hukuku bilen kişilere bırakılmalıdır. Hukukçu olmayan kişiler, hukuku bilemezler ve yargılamayı hakkıyla yapamazlar. Bu nedenle, hukuksal elitizmciler, vatandaşların hukuki bilgi ve entelektüel yeterliliğine kuşkuyla bakarlar⁷⁷.

Jürili yargılama sistemine ilişkin öğretiler ileri sürülen bu görüşler arasında Tocqueville, bu sistemin demokrasiye katkı sunacağını ileri süren görüşler arasında yer alır ve bu görüşe katkı sunan ilk düşünürlerden birisidir. Ona göre jüri, rastgele seçilmiş ve geçici olarak yargılama hakkıyla görevlendirilmiş belli sayıdaki yurttaştan oluşan kurumdur⁷⁸. Düşünür, yargı sisteminde kurumsal hale gelen jüri sistemini hem adli ve hem de siyasi bir kurum olarak ele alır⁷⁹. Ona göre, jüriyi sadece adaletin tecelli etmesine yarayan adli bir kurum olarak tanımlamak yeterli değildir; çünkü jüri, davaların sonucu üzerinde önemli bir etkiye sahiptir ve sahip olduğu bu etkinin daha fazlası aynı zamanda toplumun geleceği üzerinde de söz konusudur. Bu nedenle jüri, her şeyden evvel siyasi bir kurumdur. Bu kurumu değerlendirmek için her daim bu ön kabulden yola çıkmak gerekir⁸⁰. Bu kurum aristokratik veya demokratik olabilir⁸¹; ama her zaman cumhuriyetçidir; çünkü yönetime katılan kesim burada siyasi alanda yönetilenlerdir. Nitekim bizzat toplum veya en azından yurttaş sınıfı yargıç kürsüsüne oturur ve böylelikle toplumun yönetimi halk tarafından gerçekleşir.

Tocqueville'e göre, jüri kurumunu yalnızca buraya çağrılan kişilerin bilgilerinin ve donanımlarının neler olacağına ilişkin bir tartışmanın konusu yapmak, bu kurumu sadece adli bir kurum olarak ele almak olacaktır ve bu durum meselenin yalnızca küçük bir kısmıyla ilgilenmektir. Oysaki meseleye daha geniş bir perspektiften bakmak gerekir. Ona göre, jüri, siyasi bir kurumdur ve onu halk egemenliği biçimi olarak düşünmemiz gerekir. Tıpkı meclislerin ulusal yasalarını yapmakla yükümlü olması gibi jüriler de ulusun yasalarının uygulanmasını sağlamakla yükümlü olarak değerlendirilmelidir.

⁷⁶ Mehmet Ali Zengin, "Katılımcı Demokrasinin Vasıtaları ve Bu Vasıtalardan Referandumun Çevre Hakkına Olan Etkileri", YBHD, (4, 2, 2019, 23-53) 25.

⁷⁷ Devamında, jüri üyelerinin bağımsız kalamayacakları; hükümet, basın ve örgütlü suçlarda örgütler tarafından sıklıkla baskı altında kalabilecekleri de ileri sürülmüştür. Erdem 6.

⁷⁸ Tocqueville 281.

⁷⁹ Renee Lettow Lerner, "The Surprising Views of Montesquieu and Tocqueville about Juries: Juries Empower Judges", Louisiana Law Review, (81, 1, 2020, 1-54) 38-40.

⁸⁰ Tocqueville 272.

⁸¹ İngiltere'de jüri halkın aristokratik kesiminden oluşmuştur. Amerika'da ise jüri, halktan oluşur. Her bir Amerikalı yurttaş, seçmendir ama aynı zamanda seçilebilir ve jüri üyesi olabilir.

Böyle olunca, toplumun kesin ve eşit biçimde yönetilebilmesi için jüri üyeleri listelerinin seçmen listeleriyle birlikte genişletilmesi veya sınırlandırılması zorunludur.

Jürinin halk üzerinde kalıcı bir etki doğurabilmesi ve iktidarını muktedir kılabilmesi için hem ceza hem de medeni yargılamalarda görevli olması gerekir. Yalnızca tek bir alanda görevli olması halinde halk üzerinde etkisi az olur ve kişiler adaleti sağlamada tek yol olarak değil de herhangi bir yol olarak düşünür⁸². Oysaki hem ceza hem de medeni yargılamalara dâhil edilirse daha etkili olur ve herkes onun etkisine katkıda bulunur. Böylece jüri yaşamın her alanına daha çok nüfuz eder ve bizzat adalet fikriyle özdeşleşir. Yargının, Amerika'da toplumun en alt tabakalarına kadar nüfuz edebilmesinin nedeni de, jürinin hem medeni hem de ceza yargılamalarına dâhil edilmesindedir. Böylece halkın egemenliğinin en güçlü yolu olan jüri, aynı zamanda halka egemen olmayı öğreten en etkili yoldur.

Düşünre göre, jüri, insanlara hakkaniyetli olmayı da öğretir. Birilerini yargılayan bir kimse, bir gün kendisinin de yargılanabileceğini düşünür. Bu durumsa, kişilere her zaman yerine getirmesi gereken ödevleri olduğunu hatırlatır. Jüri, aynı zamanda halkın eğitimi için toplumun faydalanabildiği en etkili araçlardan birisidir. Ücretsiz ve her zaman açık okul gibi düşünülmelidir. Bu okulda, her bir jüri üyesi kendi haklarıyla ilgili bilgi sahibi olur; yasalar pratik bir biçimde üyelere öğretilir; avukatlar, hâkimler ve tarafların görüşleriyle beraber üyeler zihinsel bir çalışma içine girer. Bu nedenle düşünür, Amerikalıların pratik kavrayışlarını ve siyasal sağduyularını ceza ve medeni yargılamalarda yer verilen jüri kurumunun varlığına bağlamıştır⁸³.

SONUÇ

Günümüzde demokrasi teorisi üzerine bir klasik haline gelen “Amerika’da Demokrasi” adlı eserinde Tocqueville, demokrasinin anlamını ve uygulanabilirliğini sorgular. Ona göre, demokrasi ile yönetim kaçınılmaz bir zorunluluktur ve bu zorunluluk, yaşamın olağan akışı içerisinde zamanla ortaya çıkar. Başka herhangi bir itici güç olmadan demokrasi ile yönetim kendiliğinden gerçekleşecektir. Tocqueville’in demokrasi anlayışının, normatif olmaktan çok ampirik olduğu görülür. Nitekim kendisi ünlü eserinde demokrasiyi tanımlama gayreti içine girmez ve belirli bir demokrasi tanımı vererek, Amerika’nın siyasi rejiminin demokrasi olup olamayacağını da belirlemez. Aksine Amerika’nın siyasi rejimi üzerinden demokrasiyi anlamlandırma yoluna gider. Dolayısıyla Tocqueville, demokrasiyi unsurları, temel ilkeleri belirli bir yönetim biçimi olarak ele almaz; bir toplumun siyasi ve sosyal yapısı olarak görür ve ona göre

⁸² Tocqueville 282.

⁸³ Ibid, 283.



demokrasi, her şeyden önce, yaşama koşullarında eşitlik anlamına gelen sosyal bir olgudur. Düşünüre göre, insanların özgürlük ile eşitlik arzusu birbirinden ayrılır ve demokratik toplumlarda bu iki arzu birbirine denk değildir. Özgürlük, farklı zamanlarda ortaya çıkmış ve tek bir duruma bağlı olmaksızın çeşitli şekillerde var olmuştur. Bu nedenle özgürlük yalnızca demokrasi içinde olmaz, onun dışında da varlık kazanabilir. Özgürlük, demokrasinin hâkim olduğu bu yüzyılı diğer yüzyıllardan ayırt edici özelliğe sahip değildir. Eşitlik ise yaşanan çağa hâkim olan en önemli olgudur ve bu çağı diğer çağlardan ayırır. Tocqueville, eşitlik ve özgürlük denkleminde insanların eşitlikten çok özgürlüğü tercih edeceğini belirtir. Demokratik toplumda koşullar eşitlendikçe, kişiler kendi kendilerine yetecek yeterli bilgi ve serveti elde ederler. Böylece, diğerlerinin kaderleri üzerinde etkide bulunmak için ne yeterli zenginliğe ne de böyle bir iktidara sahip olamazlar. Bu kişiler, kimseye bir şey borçlu değildir; kimseden de bir şey beklemezler. Sadece kendilerini düşünmeye alışır ve kaderlerinin tamamen kendi ellerinde olduğunu bilirler. Bu anlamda düşünüre göre, bireycilik anlayışının sonucu olarak demokrasi, insanı sadece kendisine yönlendirir ve onu tamamen kendi yalnızlığına bırakır. Düşünüre göre, çoğunluğun iktidarının ahlaken doğru olduğuna ilişkin bir inanç vardır. Bu inanç gereği, bilgelik ve ileri görüşlülük, tek bir insanın yerine bir araya toplanmış daha fazla sayıda kişide; tek bir kişinin seçiminin yerine çok sayıdaki kişiden oluşan yasa koyucuda bulunur. Bu durum, demokrasilerde geçerli olan eşitlik teorisinin bir sonucudur. Düşünüre göre, bu doktrinin doğrudan anlaşılamayan kötü sonuçları vardır. Çoğunluğun iktidarı, tüm diğer iktidarlar gibi kalıcı olmaya ihtiyaç duyar ve bu onun için bir gerekliliktir. İktidar bir kez kurulduktan sonra, zorla kendisine itaat ettirir. Azınlıkta kalanlar, bunu güçlülükle kabul etse de, başka çözüm yolları olmadığı için bu duruma alışır ve zamanla bu iktidara saygı duymaya başlar. En çok sayıda olanların menfaatlerinin az sayıda olanlara tercih edilmesi gereği, çoğunluğun iktidarını ahlaken geçerli kılan ilkedir. Bu ilke gereğince, en çok sayıda olanların bu hakkına diğerlerince saygı duyulması gerekir. Tocqueville'e göre, mutlak iktidar kendine içkin bir şekilde kötülük ve tehlike barındırır. Yasal istikrarsızlığa, kamu görevlilerinin keyfiliklerine ve ifade özgürlüğünün sınırlanmasına neden olur. Ancak basın ve örgütlenme özgürlüğü halk egemenliğini ve çoğulculuğu sağlayan aynı zamanda çoğunluğun tiranlığını önleyen önemli araçlardır. Ayrıca jüri içindeki yargı kurumu, hem ceza hem de medeni yargılamalara dâhil edilirse daha etkili olur ve herkes onun etkisine katkıda bulunur. Böylece jüri yaşamın her alanına daha çok nüfuz eder ve bizzat adalet fikriyle özdeşleşir. Yargının, Amerika'da toplumun en alt tabakalarına kadar nüfuz edebilmesinin nedeni de, jürinin hem medeni hem de ceza yargılamalarına dâhil edilmesindedir. Böylece halkın egemenliğinin en güçlü yolu olan jüri, aynı zamanda halka egemen olmayı öğreten en etkili yoldur.

KAYNAKÇA

AKAD, Mehmed/VURAL DİNÇKOL, Bihterin/BULUT, Nihat: Genel Kamu Hukuku, 11. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2015.

AKIN, İlhan: Devlet Doktrinleri, 2. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2013.

CONNOLLEY, Steven/HAUSSTATTER, Rune Sarromaa: "Tocqueville on Democracy and Inclusive Education: A More Ardent and Enduring Love of Equality than of Liberty", European Journal of Special Needs Education, 24:3, 231-243, 2009.

ÇAĞLA, Cengiz: Tocqueville ve Özgürlük, Belge Yayınları, İstanbul 2007.

DAHL, Robert A.: Demokrasi ve Eleştirileri, çev. Levent Köker, Yetkin Basımevi, Ankara 1993.

DİNÇKOL, Bihterin: "Çoğunluk Tiranisine Karşı Bir Çözüm Yolu: Tocqueville'in Siyasal Kuramı", İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, 3, 5, 2004, 149-163.

DOĞAN, İlyas: Sivil Toplum Anlayışı ve Siyasal Sistemler, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Astana Yayınları, Ankara 2013.

DUMAN, Fatih: "Alexis De Tocqueville, Demokratik Devrimin Paradoksu: Özgürlük ve Eşitlik Sarmalı", Siyasal Düşünceler Tarihi, ed. Beriş, Hamit Emrah/Duman, Fatih, 3. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara 2019.

ERDEM, Bedirhan, Ceza Yargılamasında Jüri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

ERGÜL, Ozan, "ABD Anayasasında Jürili Yargılama ve Tarihsel Kökenleri", ed. Ergül, Ozan, Av. Teoman Ergül'e Armağan, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2017, 529-542.

KALE ÖZÇELİK, Fatmagül: Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Demokrasi Teorisi Bağlamında Serbest Seçim Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

KALFA, Ceren/ATAAY, Faruk: "Tocqueville'in Demokrasi Teorisine Katkıları Üzerine", Sosyal Bilimler Dergisi, VII, 1, 2014.

KAHRAMAN, Hasan Bülent: "Tocquevilleci Demokrasi, Toplumsal İktidar ve Sivil Toplum Kaygıları", Doğu Batı Dergisi, 39, 2007, 229-258.

LERNER, Renee Lettow, "The Surprising Views of Montesquieu and Tocqueville about Juries: Juries Empower Judges", Louisiana Law Review, 81, 1, 2020, 1-54.

GÖZE, Ayferi: Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Genişletilmiş 12. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2011.



GÜRBÜZ ERSOY, Nagehan: Çoğunluğun Tiranlığı, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2019.

MANENT, Pierre: Tocqueville and the Nature of Democracy, Rowman & Littlefield Publishers, Maryland 1993.

MONTESQUIEU: Kanunların Ruhu Üzerine, çev. Günen, Berna, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 4. Basım, İstanbul 2019.

SELÇUK, Sami, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, 6. Baskı, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 2000.

STOKES, Curtis: "Tocqueville and the Problem of Racial Inequality", The Journal of Negro History , 75, 1/2, 1990, 1-15.

TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi: "Alexis De Tocqueville'de Amerikan Demokrasisi ve Bunun Getirdiği Problemler", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1992.

RICHTER, Melvin: 'The Uses of Theory: Tocqueville's Adaptation of Montesquieu', in M. Richter, Essays in Theory and History, Harvard University Press.

SKOCPOL, Theda, "The Tocqueville Problem: Civil Engagement in American Democracy", Social Science History, 21:4, 1997, 455-479.

SUNAR, Lütfi: Alexis De Tocqueville-Modern Çağın Çelişkileri Karşısında Bir Düşünür, Ketebe Yayınları, İstanbul 2019.

TOCQUEVILLE, Alexis De: Amerika'da Demokrasi, çev. Sertdemir Özdemir, Seçkin, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2019.

TOURAINÉ, Alain: Demokrasi Nedir?, çev. Kunal, Olcay, 2. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000.

TÜMAY, Murat/OKATAN, Firdevs: "Alexis De Tocqueville'e Göre Sivil Toplum", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIX, 3, 2015, 321- 339.

ÜSKÜL, Zeynep Özlem: Bireyciliğe Tarihsel Bakış, Büke Yayıncılık, İstanbul 2003.

ZENGİN, Mehmet Ali, "Katılımcı Demokrasinin Vasıtaları ve Bu Vasıtalardan Referandumun Çevre Hakkına Olan Etkileri", YBHD, 4, 2, 2019, 23-53.

6356 SAYILI KANUN KAPSAMINDAKİ KURULUŞLARDA DİSİPLİN UYGULAMALARI

Discipline Practices in Organizations within the Scope of Code No 6356

Ümit ORHAN*

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (359-378)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 06.04.2021

Kabul Tarihi : 14.09.2021

Makale Türü: *Araştırma*

Article Info

Received Date: 06.04.2021

Accepted Date: 14.09.2021

Article Type : *Research*

ÖZET

Disiplin, bir topluluğun, yasalarına ve düzenle ilgili yazılı veya yazısız kurallarına titizlik ve özenle uyması durumudur. Disiplin, herhangi bir organizasyonda olduğu gibi sendikal kuruluşların da amaçlarına ulaşabilmesi için gereklidir. Kuruluş, sendika ve konfederasyonları ifade eder. Disiplin kurulu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda kuruluşların zorunlu organları arasında sayılmıştır. Kanunda genel kurul dışındaki organlar hakkında detaylı maddeler bulunmamakla beraber bu organlara dair ortak hükümlere ayrı bir madde başlığı altında yer verilmiştir. Dolayısıyla sendikalarda disiplin kurulunun görev ve yetkilerinin daha ziyade uygulama ve içtihatlarla geliştiği söylenebilir. Çalışmada öncelikle 6356 sayılı Kanuna göre sendikalardaki disiplin kurulları hakkında genel bilgi verilmiştir. Bu kısımda, disiplin kurullarının oluşumu, kurul üyeliği, kurulun görevleri, işleyişi ve kurul kararlarına karşı itiraz mekanizması değerlendirilmiştir. İkinci kısımdaysa sendika disiplin uygulamalarına yönelik bazı Yargıtay kararları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: toplu iş hukuku, sendika, konfederasyon, sendika organları, disiplin.

SUMMARY

Discipline is the condition of a community that meticulously and diligently abides by its laws and its written or unwritten rules regarding the order. Discipline is necessary for trade union organizations to achieve their goals, as in any organization. Organization means trade unions and confederations. The Disciplinary Board is listed among the mandatory bodies of the organizations in the Trade Unions and Collective Bargaining Code. Although there are no detailed articles about organs except the general assembly, common provisions regarding these organs are included under a separate article title. Therefore, it can be said that the duties and powers of the disciplinary board in trade unions are rather developed with practice and case law. In the study, firstly, general information about the disciplinary boards in

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi, umit.orhan@marmara.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-7981-782X>.



trade unions in terms of Code No.6356 was given. In this section, the formation of disciplinary boards, membership, their duties, process and the mechanism of objection against their decisions are evaluated. In the second part, some Supreme Court decisions regarding trade union discipline practices are examined.

Key words: collective labor law, trade union, confederation, organs of trade union, discipline

GİRİŞ

Kişilerin, içinde yaşadıkları topluluğun genel düşünce ve davranışlarına uymalarını sağlamak amacıyla alınan önlemlerin bütününe disiplin denir¹. Sendikaların da diğer tüm teşekküllerde olduğu gibi, amaçlarına ulaşabilmeleri için bir disiplin organizasyonlarının olması gerekmektedir

Sendikal disiplinin temelinde, “sendika düzenine uyma borcu” yatmaktadır ki öğretiyeye göre, bu borç, sendika üyesinin sendikaya karşı yükümlülükleri arasındadır². Sendika üyeleri sendika tüzüğüne ve disiplinine riayet etmelerinin yanında, sendikanın düzenini bozacak, sendikanın faaliyetlerini olumsuz etkileyecek tüm davranışlardan kaçınmakla yükümlüdürler.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na (STİSK)³ göre kuruluş, sendika ve konfederasyonları ifade eder. Kuruluşların ve şubelerinin organları; genel kurul, yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kuruludur (m.9/1,1)⁴. 274 sayılı Kanun⁵ döneminde zorunlu organlar arasında sayılmayan disiplin kuruluna 2821 sayılı Kanunda⁶ zorunlu organlar arasında yer verilmiştir⁷. Hatta 2821 sayılı Kanun’da disiplin kurulu ayrı bir madde ile düzenlenmiştir⁸. Ancak 6356 sayılı Kanun’da genel kurul dışındaki organlar ayrı maddeler hâlinde düzenlenmemiş, bu organlara dair ortak hükümlere ayrı bir maddede yer verilmiştir. Dolayısıyla sendikalarda disiplin kurulunun görev ve yetkilerinin daha ziyade uygulama ve içtihatlarla geliştiği söylenebilir.

¹ Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 26.10.2020.

² Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri* (31.Bası, Beta 2018) 830; Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Hukuku* (1.Bası, On İki Levha 2020) 191; A. Can Tuncay ve F. Burcu Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku* (5. Bası, Beta 2016) 100; Ercan Akyiğit, *Toplu İş Hukuku* (2.Bası, Seçkin 2020) 246; Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler* (6.Bası, Turhan 2017) 145; Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri* (2.Bası, On İki Levha 2019) 102.

³ Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kanun Numarası: 6356, Kabul Tarihi: 18.10.2012, RG 07.11.2012/28460.

⁴ Disiplin Kurulları hakkında genel bilgi için bkz. Şahlanan (n 3) 166-171; Tuncay ve Savaş Kutsal (n 3) 86-88; Sur (n 3) 134 – 136; Ekmekçi (n 3) 92-93; Çelik vd. (n 1) 850.

⁵ Sendikalar Kanunu, Kanun Numarası: 274, Kabul Tarihi: 15.07.1963, RG 24.07.1963/11462.

⁶ Sendikalar Kanunu, Kanun Numarası: 2821, Kabul Tarihi: 05.05.1983, RG 07.05.1983/18040.

⁷ Tuncay ve Savaş Kutsal (n 3) 86.

⁸ Disiplin kurulu: Madde 18 – (1) *Disiplin kurulu en az üç en çok beş üyeden oluşur. (2) Disiplin kurulu, sendika veya konfederasyonun tüzüğüne, amaç ve ilkelerine aykırı hareket ettiği ileri sürülen üyeleri hakkında soruşturma yapar; üyelikten çıkarma dışındaki tüzüğünde gösterilen disiplin cezalarını verir ve sonucunu genel kurula ve diğer ilgililere bildirir. (3) Disiplin kurulu toplantıları hakkında yönetim kuruluna ilişkin 17’nci madde hükmü uygulanır.*

Çalışmamızda, öncelikle STİSK'e göre sendika disiplin kurullarının oluşumu, kurul üyeliği, kurulun görevleri, işleyişi ile kurul kararlarına karşı itiraz mekanizması hakkında genel bilgi verilecek, ardından sendikalarda disiplin uygulamalarına yönelik bazı Yargıtay kararları incelenecektir.

1. Kuruluşlardaki Disiplin Kurulları

1.1. Disiplin Kurulunun Oluşumu ve Disiplin Kurulu Üyeliği

Disiplin kurulu, kuruluşlarda zorunlu organlardandır. Kuruluşlar, ihtiyaca göre başka organlar da kurabilir. Ancak genel kurul ile yönetim, denetim ve disiplin kurullarının görev ve yetkileri bu organlara devredilemez (m.9/2)⁹. Örneğin yönetim kurulu veya herhangi bir ihtiyari kurul, bir disiplin ihlalini hiçbir şekilde kendisi soruşturamaz ve bir disiplin yaptırımına hükmedemez¹⁰. Ancak kanaatimizce bizzat disiplin kurulu tarafından, kendi üyeleri arasından veya dışından bir ön soruşturmacı ya da rapor yazıcı görevlendirilmesi bu ilkeyle çelişmez. Nihayetinde ilgili işlemler disiplin kurulu adına ve bu kurulca seçilen kişi veya kişiler tarafından gerçekleştirilmektedir ve karar merci değişmemektedir.

Organlarla ilgili ortak hükümlere göre, genel kurul dışındaki zorunlu organların dolayısıyla disiplin kurulunun da üye sayısı üçten az dokuzdan fazla ve şubelerin disiplin kurullarının üye sayıları üçten az beşten fazla olamaz¹¹. Bu kurullara asıl üye sayısı kadar yedek üye seçilir (m.9/1, 2. ve 3. cümle). Kanunda geçen *“Bu organlardan genel kurul dışında kalanların üye sayıları üçten az dokuzdan fazla; konfederasyonların yönetim kurullarının üye sayıları beşten az yirmi ikiden fazla ve şubelerin genel kurul dışındaki kurullarının üye sayıları üçten az beşten fazla olamaz.”* cümlesinin

⁹ 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanununda (KGSTSK) bu konuda farklı bir esas benimsenmiştir. Sendika ve konfederasyonlar, zorunlu organların dışında da organlar kurabilir. Tüzüklerinde belirtilmesi kaydıyla genel kurul dışındaki organlar, görev, yetki ve sorumluluklarını kurulacak bu organlara devredebilir (m.8/2).

¹⁰ Yargıtay 9 HD, 985/3647, 08.02.2005: *“Merkez yönetim kurulunun davacıyı şube yönetim kurulu görevinden ve şube başkan yardımcılığı görevinden alınması için genel disiplin kuruluna sevk etme yerine disiplin kurulu yetkilerini kullanarak davacıyı şube başkan vekili görevinden alması yasa, tüzük hükümlerine aykırı bulunduğundan, davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde reddetmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”*

¹¹ Bkz. Banu Uçkan, “Türkiye’de Kamu Görevliliği Sendikacılığı” (1.Bası, Legal 2013) 56: *“4688 sayılı Kanun zorunlu organların oluşması için gerekli olan en az ve en fazla kişi sayısını belirlemekte, ancak bunların görev ve yetkileri ile toplantı ve karar alma usulleri için 6356 sayılı Kanuna göndermede bulunmaktadır (md.13/III)...Disiplin kurulu en az 3, en çok 5 üyeden... oluşmaktadır. Atıfta bulunulan 6356 sayılı Kanuna göre sendika ve konfederasyonların tüzüklerinde daha yüksek bir yeter sayı öngörülmemişse, yönetim, denetleme ve disiplin kurulları için toplantı yeter sayısı kurul üye sayısının salt çoğunluğu, karar yeter sayısı ise toplantıya katılanların salt çoğunluğudur (md.9/7).”*



Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuş, mahkeme talebi reddetmiştir¹².

Disiplin kuruluna üye seçimi genel kurulda, yargı gözetimi altında serbest, eşit, gizli oy, açık sayım ve döküm esasına ve tüzük hükümlerine göre yapılır (m.14/1). Yönetim, denetim ve disiplin kuruluna seçilebilmek için STİSK'nin 6'ncı maddesinde aranan şartlara sahip olmak gerekir. Bu şartlar; fiil ehliyetine sahip ve fiilen çalışan gerçek veya tüzel kişi olmak ve Kanunda sayılan bazı suçlardan mahkûmiyeti olmamaktadır¹³. Bu şartlara sahip olmayan birinin seçildiğini tespit eden valiliğin veya Bakanlığın başvurusu üzerine mahkeme, bu kişinin görevine son verir. Mahkemenin kararı kesindir (m.9/3). Kurul üyesinin kurul üyeliği sırasında sayılan suçlardan mahkûmiyetine karar verilmesi halinde de kurul üyeliği kendiliğinden sona erer (m.9/5).

Kuruluş ve şube yönetim, denetleme ve disiplin kurulu üyelerinin görevleri, milletvekili veya belediye başkanı seçilmeleri hâlinde kendiliğinden son bulur (m.9/6). Sendikaların kuruluş amacının, işçi veya memur olduğuna bakılmaksızın, bu kuruluşlara üye olanların menfaatlerini gözetmek olduğu dikkate alındığında, ilgili kurullarda görev alan kişilerin siyasetten bağımsızlıklarını sağlamamanın isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Öğretide bizim de katıldığımız üzere, söz konusu kural ile birlikte iki görevin birlikte yürütülmesinin yol açabileceği sakıncaların önlenebileceği, sendikanın siyasi otoriteye karşı bağımsızlığının sağlanabileceği ifade edilmektedir¹⁴.

Bu tür yasaklar kamu görevlileri için mevcuttur¹⁵. Milletvekili ve mahalli idare seçimlerine katılan kamu görevlilerinin seçimden belli bir süre önce görevlerinden çekilmeleri öngörülmekle, kamu görevlisi statüsünden yararlanmaları, diğer adaylar karşısında avantajlı konuma gelmeleri, seçmenler üzerinde kendi yararlarına bir durum sağlamaları, sahip oldukları yetkileri

¹² “Anayasa'nın 51. maddesinin üçüncü fıkrasında “Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.” denilmiştir. Buna göre kanun koyucu, Anayasa'da yer alan sendikal hakların sınırlandırılması kurallarına bağlı kalmak şartıyla, sendika kurma hakkının kullanılması ile ilgili olarak kuruluş organlarının üye sayısının alt ve üst sınırını düzenleme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucunun Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla takdir yetkisi kapsamında getirdiği düzenlemelerin yerinde olup olmadığı hususu ise anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır.” (Anayasa Mahkemesi, 1/161, 22.10.2014, RG, 11.11.2015/29529).

¹³ Ancak 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama ve kaçakçılık suçlarından birinden mahkûmiyeti bulunanlar sendika kurucusu olamaz.

¹⁴ Sur (n 3) 125.

¹⁵ Bkz. Milletvekili Seçimi Kanunu, Kanun Numarası: 2839, Kabul Tarihi: 10.06.1983, RG, 13.06.1983/18076 ve Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 2972, Kabul Tarihi: 18.01.1984, RG, 18.01.1984/18285.

kişisel çıkarları yönünde kullanmaları önlenmek istenmiştir¹⁶. Kamu görevi statüsünden kaynaklanan idari gücün oy temini için siyasi bir güç olarak kullanılması önlenmeye çalışılmıştır¹⁷. Sendikalar kamu tüzel kişisi olmadığı gibi, organlarda görev alan kişiler de kamu görevlisi değildirler. Ancak yine de genel kurulda kamu görevi statüsünden kaynaklanan idari gücün oy temini için siyasi bir güç olarak kullanılması söz konusu olabilir. Şunu da eklemek gerekir ki milletvekili veya belediye başkanı seçilme, siyasetin içinde yer almanın sadece bir boyutudur. Yoksa siyasi partinin yönetim organı üyesi olmak ya da faaliyetlerinde aktif olarak yer almak zorunlu organlara üyeliğe engel değildir¹⁸.

Disiplin kurulu üyeliği ücret karşılığında ya da ücret almadan yapılabilir. Disiplin kurulu üyelerine verilecek ücret, tazminat, ödenek ve yolluklar ile sosyal hakların belirlenmesi görevi ise sendika genel kuruluna aittir (m.11/1-f). Sendika yönetim kurulu ya da disiplin kurulu kendilerine resen bir ücret miktarı takdir edip uygulayamaz.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa göre yönetici, kuruluşun ve şubesinin yönetim kurulu üyelerini ifade etmektedir (m.2/1-i). Dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri dışında kalan disiplin kurulu üyeleri STİSK açısından profesyonel sendika yöneticisi sayılmaz ve Kanunda yer alan sendika yöneticilerine tanınan haklardan ve korumalardan yararlanamazlar.

Disiplin kurulu üyeleri, yönetim ve denetim kurulu üyeleriyle bu sıfatla kendi genel kurullarına delege olarak katılır (m.10/1)¹⁹. 2821 sayılı Sendikalar Kanununda benzer hüküm, “*Konfederasyon, sendika ve sendika şubesi yönetim ve denetleme kurulu üyeleri bu sıfatla kendi genel kurullarına delege olarak katılırlar*” şeklindeydi (2821, m.10/5). Görüldüğü üzere 2821 sayılı Kanunda doğal delege olarak sayılmayan disiplin kurulu üyeleri de 6356 sayılı Kanun ile bu sıfatın sahibi olmuşlardır. 2128 sayılı Kanunda var olan hükmün gerekçesinde, yönetim ve denetim kurulu üyelerinin genel kurulda

¹⁶ Cemil Kaya, ‘Milletvekili ve Mahalli İdare Seçimlerine Katılan Kamu Görevlilerinin Görevden Çekilmesi ve Göreve Dönmesi’ (2004) C. 13 (Sa. 1) Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789851> Erişim Tarihi 10.03.2021; Erdal Abdulhakimoğulları ve Burcu Erdiñç, ‘Kamu Görevlilerinin Milletvekilliği Seçimlerine Katılmak Üzere Görevden Çekilmeleri ve Göreve Dönmeleri’ (2015) C. XIX, Sa. 4, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 227, 236.

¹⁷ Kaya (n 17) 274.

¹⁸ Tuncay ve Savaş Kutsal (n 3) 73.

¹⁹ KGSTSK’ e göre, “*Sendika şubeleri ile sendika ve konfederasyonların yönetim ve denetleme kurulu üyeleri bu sıfatla kendi genel kurullarına delege olarak katılırlar (m.9/5).*” KGSTSK. m. 9/5’ de, doğal delegelik esasına yer verilmiş ancak yönetim ve denetleme kurulu üyeleri sayılmasına karşın, 6356 sayılı Kanundan farklı olarak disiplin kurulu üyeleri tıpkı 2821 sayılı Kanunda olduğu gibi doğal delege olarak sayılmamıştır (Bkz. Hatice Duygu Özer, ‘İşçi Sendikalarında Delegelik’ (2020) Temmuz, C:11, S:2, Çalışma İlişkileri Dergisi, 22, 29).



bu surette sorumlu buldukları dönemin hesabını verebilmeleri sağlandığı belirtilmiştir²⁰. Öğretide doğal delegelerin sayısı sendika içi demokrasi açısından eleştirilmektedir²¹. Biz de bu görüşlere katılıyoruz.

Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan (SGK) yaşlılık veya malullük aylığı ya da toptan ödeme olarak işten ayrılan işçilerin sendika üyeliği sona erer. Ancak Kanunda bazı gruplar için bir istisna oluşturulmuştur. Buna göre SGK'den yaşlılık veya malullük aylığı ya da toptan ödeme olarak işten ayrılan işçilerden çalışmaya devam edenler ile kuruluş ve şubelerinin yönetim, denetleme ve disiplin kurullarındaki görevleri sırasında yaşlılık veya malullük aylığı ya da toptan ödeme alanların üyeliği, görevleri süresince ve yeniden seçildikleri sürece devam eder (m.19/6).

1.2. Disiplin Kurulunun Görevleri ve İşleyişi

Disiplin kurulu, sendika içi disiplini sağlayan ve denetleyen, üyeleri üzerinde sendikal otoriteyi temsil eden organdır²². Kuruluşlarda otoritenin asıl sahibi genel kurullardır. Disiplin kurulu bu otoriteyi sağlama görevini genel kurul adına yürütür²³.

Disiplin kurulunun görev, yetki ve sorumlulukları kuruluşların tüzüklerinde belirlenir. Bu görevler, sendika tüzüğüne, sendika veya konfederasyon amaç ve ilkelerine aykırı hareket ettiği ileri sürülen üyeler hakkında soruşturma yapıp, üyelikten ihraç dışında, disiplin cezaları vermek ve sonucunu genel kurula ve ilgililere bildirmektedir²⁴. Üyelikten çıkarma kararını ancak genel kurul karar verebilir (m.19/4). Burada soruşturma yapma ve ihracı teklif yine disiplin kurulunun icra edeceği bir görevdir.

Disiplin kurulu genellikle yönetim kurulunun disipline sevk kararı ile soruşturmaya başlamaktadır. Ancak kuruluşların tüzüklerinde disiplin kurullarının resen soruşturmaya başlayabileceğine yönelik hüküm varsa, kurul resen de soruşturma yapabilecektir. Tüzükte bu yönde bir hüküm bulunmadığı durumlarda, disiplin kurulu haberdar olduğu disiplin ihlallerini

²⁰ https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c009/mgk_01009144ss0573.pdf Erişim Tarihi: 12.03.2021.

²¹ Şahlanan,(n 1) 92-93; Fevzi Şahlanan, '6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi' (2013) *Çalışma ve Toplum*, (39), 110, 115; Tuncay ve Kutsal Savaş, (n 1) 61; Ufuk Aydın ve Özlem Keskin, '2821 Sayılı Kanundan 6356 Sayılı Kanuna: Türkiye'de Sendikalar Hukukunun Dönüşümü' (2015) C.1, S.2, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1, 27, Mesut Aydın, 'Sendika İçi Demokrasinin Sağlanmasında 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Yeri' (2016), 4. Sayı, İş ve Hayat Dergisi, 9, 48; Kuvvet Lordoğlu ve Derya Demirdizen, 'Türkiye'de Sendika İçi Demokrasi ya da Bir İmkânsızın Arayışı mı?' (2013) V. Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu, İstanbul, Petrol İş Yayımları, 223, 229.

²² Tuncay ve Kutsal Savaş (n 3) 86.

²³ ibid 86; Sur (n 3) 134-135; Akyiğit (n 3) 197.

²⁴ Sur (n 3)134; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 3) 850.

ihbar mahiyetinde yönetim kuruluna bildirmeli, yönetim kurulunca sevke karar verilirse soruşturmayı başlatmalıdır.

Genel kurul dışında kalan organlar, bu organların oluşumu, görev, yetki ve sorumlulukları, çalışma usul ve esasları ile toplantı ve karar yeter sayılarının kuruluşun tüzüğünde yer alması, Kanunda zorunlu hususlar arasında sayılmıştır (m.8/1,f). Buna göre de tüzükte daha yüksek bir yeter sayı öngörülmemişse, disiplin kurulu için; toplantı yeter sayısı kurul üye sayısının salt çoğunluğu, karar yeter sayısı toplantıya katılanların salt çoğunluğudur (m.9/7). Oyların eşitliği durumunda kurul başkanının ya da başkan vekilinin oyunun üstün sayılmasına tüzükte yer verilebilir ki zaten çoğu sendika tüzüklerinde bu yönde hükümlere rastlanmaktadır. Örneğin üç veya beş kişiden oluşan bir disiplin kurulunda bir üyenin yokluğu durumunda kalan üyelerin farklı karar vermesi durumunda bu tüzük hükmü uygulanabilir.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda disiplin ihlallerinin ve yaptırımlarının neler olduğuna ve bu yaptırımların nasıl uygulanacağına dair bir hüküm yoktur. Bu sebeple söz konusu ihlaller ve yaptırımlar farklı türde olabilir. Ancak bu yaptırımların uygulanabilmeleri için ihlallerin ve yaptırımların kuruluşun tüzüğünde yer alması gerekir. Uygulamada kuruluşlar, disipline dair hükümlerini ayrı bir düzenleme (iç yönetmelik) ile tertip etmektedirler. Çoğu sendika bunu “disiplin yönetmeliği” şeklinde adlandırmaktadır. Ancak bunların Anayasa m.124'te yer alan ve normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin altında yer alan yönetmelikle aynı hukuki nitelikte olmadığını belirtmek gerekir²⁵. İhlal ve yaptırımların tüzükte yer alması gerekir. Anılan yaptırımlar, “uyarı”, “kınama”, “tavsiye” ya da “işsizlik ödeneğinden yoksun bırakma”, “üyelığı geçici olarak askıya alma”, “sendika üyelığınden çıkarma”, “verilen cezanın sendikal basında yer alması” şeklinde olabilir²⁶.

Anayasa'nın sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz hükmü gereği (m.51/6), sendikaların işleyişlerinin demokratik esaslara uygun olması esası benimsenmiştir. Disiplin yargılaması demokratik esaslara uygun olmalı, keyfi uygulamalara izin vermemelidir. Disiplin ihlalleri ve bunlara verilecek cezalar tüzükte düzenlenmeli, ihlali gerçekleştiren kişinin kendini savunması imkânı mutlaka verilmelidir. Disiplin hükümlerinin bu hususlara uygunluğu esasen herhangi bir kurum tarafından önceden denetlenmemektedir. Sendika ve konfederasyonların kuruluşu sırasında yetkili makamlarca yapılan denetim esasen tüzüğün veya ilgili maddede sayılan belgelerin içerdikleri bilgilerin

²⁵ Anayasa m.124: (1) Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. (2) Hangi yönetmeliklerin Resmî Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtilir.

²⁶ Aydın M (n 22) 48.



kanuna aykırılığının tespit edilmesi ya da Kanunda öngörülen kuruluş şartlarının sağlanıp sağlanmadığına ilişkindir. Mesela kuruluşların tüzüğünde “*genel kurul dışında kalan organlar; bu organların oluşumu, görev, yetki ve sorumlulukları, çalışma usul ve esasları ile toplantı ve karar yeter sayıları*”nın varlığı aranır yoksa içerik denetimi yapılarak muğlak veya demokratik esaslara aykırı disiplin hükümlerinin ayıklanması amaçlanmaz. Ayrıca disipline yönelik iç yönetmelik, kuruluş aşamasından sonraki bir aşamada da gerçekleştirilebilir.

Bazen de sendika yönetimine egemen olanlar, ellerinde tuttıkları disiplin yetkisiyle, kendi yönetimleri hakkında eleştiride bulunan ya da kendilerine rakip olarak gördükleri üyeleri cezalandırmak isteyebilmektedir²⁷. Çoğu kuruluşun tüzüğü ve disiplin talimatı incelendiğinde, ihlal türü olarak “*ortak menfaate aykırı hareket etme*” gibi muğlak kalıplara sıkça rastlanılmaktadır. Disiplin uygulamalarının yerindeliğini denetlemede ölçüt, “ortak sendikal çıkarları korumak ve geliştirmek” olmalı, özellikle tüzüğün yetersiz olduğu durumlarda yapılacak yorumlarda bu ilke göz önünde tutulmalıdır²⁸.

Öğretide, hakkaniyet kurallarına göre bir üyenin artık sendikada kalmasının istenemeyeceği derecede haklı nedenlerin ortaya çıkması halinde, bu nedenler tüzükte çıkarılma nedeni olarak sayılmasa da, genel kurulun Türk Medeni Kanunu m.67/3’e göre üyeyi sendikadan çıkarabileceği kabul edilmektedir²⁹.

Kanunda sendikaların tutacakları defter ve kayıtları ayrı bir madde ile düzenlenmiştir (m.30). Buna göre genel kurul, yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kurulu “*karar defterleri*” tutulmak zorundadır. Sendika ve Konfederasyonların Denetim Esasları ve Tutacakları Defterler ile Toplu İş Sözleşmesi Sicili Hakkında Yönetmelik³⁰ hükümlerine göre genel kurul, yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kurulu kararları defterlere en geç bir hafta içinde yazılır. Genel kurul kararları divan üyelerince iki gün içinde, diğer kurul kararları ise gelecek ilk toplantı zamanı aşılmamak üzere en geç bir ay içinde katılan üyelerce imzalanır (Yön.m.12/1 ve 2). Tutulan bu defter ve kayıtlar, 04.01.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununa göre demirbaş sınıfına giren her türlü eşya veya malzeme demirbaş defterine kaydedilir (Yön.m.11/1,son).

1.3. Disiplin Kurulu Kararlarına İtiraz

Kuruluşlarda organ seçimlerinde yönetime talip olan adaylar genelde tüm kurullar için aday göstermektedir. Yani seçimi kazanan yönetimin belirlediği kurullar görev başı yapmaktadır. Dolayısıyla yönetimde egemen olan grubun,

²⁷ Şahlanan (n 3) 168.

²⁸ Ibid 169.

²⁹ Turhan Esener ve Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Sendika Hukuku* (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2017) 199; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları* (7. Bası, Seçkin 2019) 503.

³⁰ RG, 26.11.2013/28833.

kurullara da hâkim olduğu söylenebilir. Bu durumdaysa kurul kararlarına karşı itiraz yolu önem kazanmaktadır.

Disiplin kurulu kararlarına karşı itiraza ilişkin STİSK’de herhangi bir hüküm yer almamaktadır. STİSK m.80’e göre, kuruluşlar hakkında, 6356 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde Türk Medeni Kanunu ile Dernekler Kanununun 6356 sayılı Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır. Dernekler Kanunda da bu konuya ilişkin bir hüküm yoktur. Dernekler Kanunu m.36³¹’nın göndermesiyle Türk Medeni Kanununa bakıldığında, dernek kurullarıyla ilgili olarak yalnızca genel kurulun kararının iptali düzenlenmiş, genel kurul dışındaki diğer organların kararlarına karşı, dernek içi denetim yolları tüketilmedikçe iptal davası açılmayacağı belirtilmiştir³². Bu durumda kuruluşlarda disiplin kurulu kararına karşı itirazın, uygulamaya ve içtihatlara bırakıldığı söylenebilir.

Yukarıda ifade edildiği üzere kuruluşlarda disiplin hükümleri tüzükle veya tüzükten ayrı bir iç yönetmelikle düzenlenebilmektedir. Bazen disiplin kurulu kararlarına karşı, örgüt içi itiraz yollarına da bu düzenlemelerde yer verilmektedir. Örneğin bazı kuruluş tüzüklerine göre, şube disiplin kurulu kararına karşı genel disiplin kurulunda veya disiplin kurulu kararına karşı yönetim kuruluna itiraz edilebilmektedir³³. Bu açıdan kuruluş tüzüğünün ve disiplin düzenlemelerinin içerikleri önemlidir. Çünkü olası bir uyuşmazlıkta hâkim de evvela kuruluşun iç düzenlemelerine bakacaktır.

Disiplin kurulu kararlarına karşı itiraz konusunda esasen ikili bir ayırım yapmak yerinde olacaktır. Birincisi üyelikten çıkarmaya yönelik disiplin kurulu kararına itiraz³⁴ ve ikincisi de üyelikten çıkarma dışındaki disiplin kurulu kararlarına itirazdır. Her durumda TMK m.83/2’nin, “*diğer organların kararlarına karşı, dernek içi denetim yolları tüketilmedikçe iptal davası açılmaz*” hükmünün gözetilmesi gerekir.

Üyelikten çıkarma cezasını ancak genel kurul verebilir (m.19/4). Kanunun

³¹ Dernekler Kanunu m.36/son cümle: “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun hükümleri uygulanır.*”

³² Türk Medeni Kanunu, m.83, “*Kararın iptali*”: (1) *Toplantıda hazır bulunan ve kanuna veya tüzüğe aykırı olarak alınan genel kurul kararlarına katılmayan her üye, karar tarihinden başlayarak bir ay içinde; toplantıda hazır bulunmayan her üye kararı öğrenmesinden başlayarak bir ay içinde ve her hâlde karar tarihinden başlayarak üç ay içinde mahkemeye başvurmak suretiyle kararın iptalini isteyebilir.* (2) *Diğer organların kararlarına karşı, dernek içi denetim yolları tüketilmedikçe iptal davası açılmaz.* (3) *Genel kurul kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlar saklıdır.*

³³ Örneğin bkz. Eğitim-Sen Disiplin Kurulları Yönetmeliği <https://egitimsen.org.tr/diisiplin-kurullari-yonetmeliqi/>; Türkiye Genel Hizmetler İşçileri Sendikası tüzüğü <https://www.genel-is.org.tr/tuzuk,2,10980#.YGrdmegzZPY>; Büro Memurları Sendikası <http://buromemursen.org.tr/icerik/diisiplin-kurulu-yonetmeliqi/> (Erişim tarihi: 05.04.2021)

³⁴ Üyelikten çıkarma kararı genel kurul tarafından verilse de, disiplin kurulunun bu yönde kararı gereklidir. Burada kastedilen bu karardır.



açık hükmü dolayısıyla soruşturmayı gerçekleştiren disiplin kurulu çıkarma kararı verdiğinde, esas itiraz makamı genel kuruldur. Örgüt içi yollar tüketildiği zaman genel kurul kararına karşı mahkemeye başvurulabilecektir³⁵.

Üyelikten çıkarma dışındaki herhangi bir ceza durumunda ise kuruluş tüzüğündeki hükümlere bakılması gerekir. Kanaatimizce tüzükte disiplin kurulunun çıkarma cezası dışında vereceği kararlara karşı bir itiraz mekanizması gösterilmişse (mesela yönetim kuruluna itiraz) evvela bu yollar tüketilmelidir³⁶. Ondan sonra mahkemeye başvurulabilir³⁷. Hatta Yargıtay, disiplin kurullarının üyeler hakkında verdiği geçici (tedbiren) uzaklaştırma kararlarının iptaline yönelik kararlar vermiştir³⁸. Acaba bu konuda kuruluş tüzüğünde herhangi bir hüküm yoksa bu durumu nasıl yorumlamak gerekir? Kanunda, Dernekler Kanununa atıf olduğu için dernek disiplinine yönelik Yargıtay kararları bu hususta yol gösterici olabilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, dernek disiplin kurulunun kararına karşı mahkemeye yapılan itirazla ilgili bir uyuşmazlıkta “Tüzükte hüküm bulunmayan hallerde en son başvurulacak organ genel kuruldur” prensibini benimsemiştir ve yerel mahkemenin aksi yöndeki kararını bozmuştur³⁹. Öğretide kararı eleştiren Engin’e göre, dava konusu olayda, geçici

³⁵ Sur (n 3) 135.

³⁶ Yargıtay 18. HD, 26.06.2012, E. 2012/7041, K. 2012/8107: “Somut olayda; davacı, davalı derneğin 22.09.2006 gün ve 2006/317 sayılı yönetim kurulu kararının iptalini istemiştir. Davalı derneğe ait tüzüğe göre, yönetim kurulu kararlarının kesin mahiyette olmadığı bu kararlara karşı genel kurul nezdinde itiraz imkânı bulunmaktadır. Genel kurulun onayı olmayan yönetim veya disiplin kurulu kararları, derneğin iç denetim yolları tüketilmiş kararları olarak kabul edilemez. Özellikle dernek üyeliğine kabul ve üyelikten ihraç hallerinde, son karar 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 80. maddesine göre de genel kurula aittir. Dernek genel kurulunun dernek üyeliğinden ihraca ilişkin bir kararı bulunmadıkça, dernek üyeliğinin devam edeceği de açıktır. Şu halde, davacının üyelikten ihracına dair genel kurulda alınmış bir karar bulunmadığı, davacının dernek iç denetim yollarını tüketmediği anlaşıldığından, mahkemece dava şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle kabulü doğru görülmemiştir”; Benzer yönde bkz. Yargıtay 2. HD, 01.11.2007, E. 2007/5059, K. 2007/14643: Dernek tüzüğüne 66. maddesinde “Disiplin Kurulunca verilen bir yıla kadar geçici çıkarma cezalarına ilişkin kararın kesin olduğu, hiçbir itiraz merciinin bulunmadığı” belirtilmektedir. Tüzükte yer alan bu hüküm, disiplin kurulunca verilen bir yıla kadar geçici çıkarma kararlarına karşı, dernek içi denetim yollarını kapatmıştır. Davacının, tüzük hükümlerine göre, kendisi hakkındaki geçici çıkarma kararını, derneğin en yetkili karar organı olan genel kurula (TMK m. 73) taşıma olanağı bulunmamaktadır. Bu durumda davacıya, yargı organına başvurma olanağı tanımamak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyetinin ihlali sonucunu doğurur. O halde, işin esasının incelenmesi gerekirken yazılı gerekçe ile isteğin reddi doğru bulunmamıştır. (Kazancı, 22.10.2020).

³⁷ Tuncay ve Kutsal Savaş (n 3) 87.

³⁸ Bkz. “1.4.2.1. Ölçülülük İlkesine Uygunluk Açısından Değerlendirilen Karar:” başlığı.

³⁹ Yargıtay HGK, 2-300/385, 8.5.2002, Aynı yönde Yargıtay 2 HD, 11337/12421, 25.10.2004, Yargıtay 2 HD, 642/2753, 6.2.2007.

ihraç kararına karşı (üyelikten ihraç dışında bir karar olduğu için) dernek içi itiraz yolu öngörülmemiş olmadığına göre kesin nitelikteki bu karar karşı iptal davası açılması mümkündür. Biz de Ergin'in görüşüne katılmaktayız⁴⁰. Bu görüşle birlikte konuyu sendikalar açısından değerlendirince de şu sonuca varmaktayız: Disiplin kurulunca üyelikten çıkarılma dışında verilen cezalann kesin olacağına ilişkin (açık) bir tüzük hükmünün bulunmayışından, disiplin kurulu kararının genel kurulun denetimine tâbi olduğu, her konuda mutlaka önce genel kurula başvurup genel kurul kararının alınması ve ancak bu karara karşı iptal davası açılabileceği anlamı çıkartılamaz. TMK m.83 ile de ifade edilen prensibin anlamı, kararı veren organın bu karara karşı tüzükte kuruluş içi denetim yolu öngörülmüşse bu yolun tüketilmesinden önce uyuşmazlığın yargıya intikal ettirilerek kuruluş dışına çıkartılamamasıdır. Sonuç olarak üyelikten çıkarma dışındaki herhangi bir ceza durumunda şayet tüzükte başkaca bir itiraz yolundan bahsedilmemişse bu karar nihai sayılmalı ve iptali için mahkemeye başvurulabilmelidir.

Yönetim kurulunun, disiplin kuruluna sevk kararına itiraz mümkün müdür? Bunun mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü sevk kararı, disiplin kurulunun soruşturma yapıp karar vermesiyle hukuki değere kavuşur. Sadece disiplin kuruluna sevk kararı, sendika üyesinin hak veya menfaatlerini zedelemiş, hukuki sonuçlarını doğurmuş, tamamlanmış bir işlem değildir.

Yönetim kurulu, disiplin kurulunun ceza verilmesine yer olmadığına dair kararına karşı yargı yoluna başvurabilir mi? Gerçekten de bu kurulların birlikte seçilmiş olması, disiplin kurulunun her sevkte mutlaka yönetim kurulunun sevk ettiği kişilere ceza vereceği anlamına gelmez. Böyle bir ihtimalde de şayet disiplin kurulu üyeyi çıkarma sevkiyle yargılamışsa ve yaptırım uygulamamaya karar vermişse, yönetim kurulu konunun görüşüleceği genel kurulda itirazlarını yapabilir ve genel kurul kararını yargıya taşıyabilir. Üyelikten çıkarma dışındaki sevklerle ilgili, yargılama yapılmış ve disiplin kurulu herhangi bir yaptırım uygulanmaması yönünde karar vermişse bu defa yönetim kurulu, genel kurul beklenmeden karara karşı mahkemeye başvurabilir.

2. İşçi Kuruluşundaki Disiplin Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi

2.1 Genel Olarak

İşçi kuruluşlarında disiplin uygulamalarıyla ilgili uyuşmazlıklarda 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen dava şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen m.3 uygulanamaz. Arabuluculuk; kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade

⁴⁰ Bkz. Baki İlkay Engin, 'Dernek Disiplin Kurulu Tarafından Verilen Geçici İhraç Kararına Karşı İptal Davası Açılmayacağına Dair Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararının Düşündürdükleri' (2003) C. LXI, S. 1-2, İÜHFİM, 277-312.



talebiyle açılan davalarda dava şartıdır. Ancak taraflar, aralarında anlaşabilirse bu hususta ihtiyari arabuluculuğa başvurabilir.

Açılacak davaya İMK m.5'e göre, açıldığı tarihte kuruluşun TMK gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir.

Peki mahkeme incelemeyi nasıl yapmalıdır? Şahlanan'a göre mahkeme önce disiplin uygulamasına neden olan olguların maddi durumunu inceleyecek, tüzükte yazan suçlandırmanın denetimi yapacak ve suça göre cezanın oransallığını inceleyecektir⁴¹. Örneğin sendika yöneticisine “mana ile bakan” üyenin çıkarılması vb. bir olasılıkta, hakim bunu hafif bir yaptırıma çeviremez ancak kararı iptal edebilir⁴².

2.2. Sendika Disiplinine Yönelik Yargıtay Kararları

2.2.1. Ölçülülük İlkesine Uygunluk Açısından Değerlendirilen Karar:

Ölçülülük, bir amaca ulaşmak için başvuru aracın, amacın gerçekleşmesi için elverişli ve gerekli olmasını, ayrıca araç ile amacın ölçüsüz bir ilişki içinde olmamasını ifade eder⁴³.

Kuruluşların belirledikleri bazı cezalar istenen amacın ötesinde bir durum yaratabilmektedir. Özellikle *geçici uzaklaştırma* adı altında bazı disiplin uygulamaları uzun bir süre ilgili üyenin uzaklaştırılmasına sebep olabilmektedir. Genel kurula çok uzun bir zaman olması durumunda geçici uzaklaştırmaların süresi yılları bulabilmektedir. Bir uyuşmazlıkta Yargıtay, 27.03.2009 tarihli Genel Merkez Disiplin Kurulu kararı ile 2008 yılında yapılan sendika genel kurulu sonrasında sendika tüzüğüne göre yeniden genel kurul toplanacağı 2012 tarihine kadar üyeliğin uzun süreli askıya alınması kararının “üyelikten çıkarma” niteliğinde olduğuna hükmetmiş ve bu nedenle sendika disiplin kurulunun davacı hakkında verdiği, sendika üyeliğinin ilk genel kurul tarihine kadar askıya alınmasına ilişkin kararının hukuki geçerliliği bulunmadığından yerel mahkeme kararını bozmuştur⁴⁴.

Yargıtay, benzer bir kararda, sendika tüzüğüne göre yöneticilere geçici olarak işten el çektirme cezası verilebileceğini ancak tüzükte belirli bir süre gösterilmemiş olsa dahi “geçici” sözcüğünün anlamına uygun düşecek bir biçimde disiplin kurulu kararında bu sürenin belirtilmiş olması gerektiğini vurgulamıştır. Böyle bir süre gösterilmemişse bu durumda disiplin kurulu

⁴¹ Şahlanan, (n 3) 173.

⁴² Ibid.

⁴³ Erhan Birben, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi, (2006) yayınlanmamış doktora tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 5-6; Michel Fromont, Le principe de proportionnalité, (AJDA 1995) 156 vd.'dan nakleden Deniz Ugan Çatalkaya, (2017) İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Doktora Tezi). <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> Erişim Tarihi: 20.11.2020

⁴⁴ Yargıtay 9 HD, 30925/34411, 23.11.2010.

kararının Yasaya ve ana tüzüğe uygun olduğundan söz edilemez ve anılan disiplin kurulu kararının iptaline karar verilmelidir⁴⁵. Yine başka bir karara göre de olağan genel kurul toplantısının uzak bir tarihte olması halinde de olağanüstü genel kurulunun toplantıya çağırılması ve konunun orada görüşülüp bir karara bağlanması gerekir⁴⁶.

Yargıtay 9. HD, 2013 tarihli bir kararında “*üyelikten geçici çıkarma cezasını gerektiren fiillerin kurul üyeleri tarafından işlenmesi durumunda verilebilen bu cezayı, uzun süreli görevden uzaklaştırma olarak (kurul üyesi) şube genel sekreterine verilmesi üyelikten çıkarma niteliğindedir*” şeklinde karar vermiştir. Ancak 2018 tarihli daha yeni bir kararda 22. HD ise; “*öncelikle belirtmek gerekir ki, her ne kadar ilk derece mahkemesince, sendika disiplin kurulu tarafından verilen kararın üyelikten çıkarma niteliğinde olduğu, bu kararın da genel kurul tarafından verilmesi gerektiği gerekçesiyle dava kabul edilmişse de, sendika tüzüğününün 25. maddesinde ayrıca düzenlenen görevden uzaklaştırma cezası, üyelikten çıkarma cezasından farklı nitelikte olduğundan, mahkemenin gerekçesi bu yönü itibariyle isabetli değildir*” şeklinde karar vermiştir⁴⁷.

Bir kararda Yargıtay, görevden uzaklaştırma cezasını, altı aylık süre ile sınırlandırılmış olduğundan disiplin kurulu kararını Sendika Tüzüğüne dolayısıyla Kanuna uygun bulmuştur. “*Dosyadaki bilgi ve belgeler birlikte değerlendirilip disiplin cezasına neden olan olayları incelendiğinde; davacının şube başkanı olarak görev yaptığı sırada sendika üyesi ve yöneticilerden borç para aldığı, istenildiğinde ise; davacının borç veren kişilerin yakınlarının işe alındığı, verilen paraların bunlara sayılması gerektiğini söyleyerek ödemediğini saptanmıştır. Bu durumda davacının kendisine yükletilen disiplin suçunu, şube başkanlığı nüfuzunu kullanarak işlediği sabit olduğundan genel disiplin kurulunun geçici olarak yöneticilik görevinden ihraç etmesi de ölçülülük ilkesine uygundur.*”⁴⁸

2.2.2. Disiplin İç Yönetmeliklerinin İptaline İlişkin Karar: Her ne kadar çalışmamız 4688 sayılı Kanunla ilgili olmasa da karardaki incelenen esaslar 6356 sayılı Kanun açısından da aynıdır. Söz konusu uyuşmazlıkta davacılar, sendika yönetim kurulunun, Disiplin Kurulları Yönetmeliğine konulan hükümlerin Anayasanın 51. maddesi hükmüne ve 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu ile ilgili sendikanın tüzüğüne aykırı olduğunu ileri sürerek davalı sendikanın disiplin kurulları yönetmeliğinin ilgili maddelerinin iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

⁴⁵ Yargıtay 9 HD, 12865/13829, 14.12.1990

⁴⁶ Yargıtay 9 HD, 39207/32474, 20.09.2011

⁴⁷ Yargıtay 22 HD, 14757/24473, 15.11.2018.

⁴⁸ Yargıtay 9 HD, 2700/3801, 06.03.2008.



Yerel mahkeme davayı kabul etmiş ve düzenlemenin iptaline karar vermiştir. Karar davalı sendika tarafından istinafa taşınmıştır. Bölge Adliye Mahkemesi, disiplin yönetmeliğinde yapılan değişikliğin, üyelerin sendikal haklarını kullanma imkânını disiplin kurulu kararı ile ortadan kaldıracak nitelikte olduğunu, Anayasa, Uluslararası Çalışma Örgütü normları ve 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine de aykırı olduğunu belirterek istinaf başvurusunun esaslanmasına karar verilmiştir.

İstinaf kararı davalı tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay, sendika tarafından ihdas edilen yönetmelik hükümlerinin iptaline karar verilebileceğini öngören bir hükmün hukukumuzda mevcut olmadığından itibarla, somut uyuşmazlıkta dava konusu düzenlemeler hukuka ve demokratik esaslara aykırı olduğundan, mahkemece geçersizliğinin tespitine karar verilmesi ile yetinilmesi gerektiğine karar vermiş fazlaya dair istemin reddetmiştir⁴⁹. Yargıtay'a göre sendikal özgürlüklerin başında, sendikaların, kurulduktan sonra faaliyetlerinde ve yönetiminde serbest olabilmeleri hususu gelmektedir. Ülkemiz tarafından 1993 yılında onaylanan, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün, Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 Sayılı Sözleşmesi'nin 3'ncü maddesinin ilk fıkrasına göre çalışanların ve işverenlerin örgütleri, tüzük ve iç yönetmeliklerini düzenlemek, temsilcilerini serbestçe seçmek, yönetim ve etkinliklerini düzenlemek ve iş programlarını belirlemek hakkına sahiptirler. Bununla birlikte yine Yargıtay, bir özel hukuk tüzel kişisi olan sendika tarafından alınan kararların ve yapılan işlemlerin iptal edilebilmesi için, mevzuatta bu yönde bir düzenlemenin yer alması gerektiğinin altını çizmiştir.

Sendikalarla ilgili birçok husus Kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Ancak kanaatimizce Yargıtay'ın kararı da isabetlidir. Sonuçta verilen bu karar zaten bir iptal hükmü gibi sonraki uygulanacak disiplin hükümlerine emsal teşkil edecektir. Burada kamu hukuku anlamında düzenleyici işlem söz konusu değildir. Zaten bu yönde verilecek bir iptal kararı da kuruluşların özerkliği prensibine de aykırı olacaktır⁵⁰.

2.2.3. Üyelikten İhraca İlişkin Disiplin Kurulu Kararına Karşı Dava Açma Süresine İlişkin Karar: Sendika hukukunda disiplin veya diğer kurulların kararlarına (genel kurul seçimleri hariç) karşı açılacak davanın süresine ilişkin bir hüküm yoktur. STİSK m.15/2'de, "*Bakanlık veya kuruluş ya da şubesinin üye ve delegeleri; kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak genel kurul ve seçim yapılması veya seçim sonuçlarını etkileyecek ölçüde bir usulsüzlük ya da kanuna aykırı uygulama iddiasıyla, bu işlemlerin veya*

⁴⁹ Yargıtay 22 HD, 6923/19042, 15.10.2019.

⁵⁰ Bkz. Burak Sabuncu, 'Dernek Organlarının İç İlişkide Birbirlerine Karşı Hukuki Durumları' (2020) S:1, Ankara Barosu Dergisi, 157-190.

genel kurulun iptali için genel kurul tarihinden itibaren bir ay içerisinde dava açabilir” hükmü yer almaktadır. Ancak bu hüküm, dikkat edilecek olursa sendika seçimlerine yöneliktir.

Konuyla ilgili bir Yargıtay kararına göre ise “Sendika Şube Disiplin Kurulunun geçici uzaklaştırma kararına karşı itiraz mercii sendika tüzüğünde belirtmemiş olmasının bu hakkın keyfi kullanılmasına yol açmaması gerekir. Ancak, bu hakkın amacına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını denetlemek sendika tüzüğünde hüküm olmadığından Sendikalar Kanununun 63. maddesi⁵¹ “işçi ve işveren sendikaları ve konfederasyonları hakkında, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Medeni Kanun ve Dernekler Kanununun bu kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır” kuralı uyarınca Medeni Kanunun 68. maddesinde yer alan cemiyet üyelerinin cemiyet organlarının kararlarına karşı kararın öğrenilmesinden başlayarak bir ay içerisinde mahkemeye itiraz edebilmeleri hakkının bulunduğu kabul edilmelidir.”⁵²

Yürürlükteki 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun⁵³ derneklerle ilgili “kararın iptali” başlıklı 83’üncü maddesine göre de “(1) Toplantıda hazır bulunan ve kanuna veya tüzüğe aykırı olarak alınan genel kurul kararlarına katılmayan her üye, karar tarihinden başlayarak bir ay içinde; toplantıda hazır bulunmayan her üye kararı öğrenmesinden başlayarak bir ay içinde ve her hâlde karar tarihinden başlayarak üç ay içinde mahkemeye başvurmak suretiyle kararın iptalini isteyebilir”. Dolayısıyla burada Yargıtay’ın vermiş olduğu karar isabetlidir. Ancak bu hükümden çıkan diğer bir sonuç da, kuruluşun tüzüğünde iç denetim mekanizması düzenlenmişse bu yollara başvurulmuş olma zorunluluğudur. Kanaatimizce, tüzükte bir iç denetim mekanizması varsa buna uyulmalıdır. Tüzükteki itiraz mercilerine başvuru süresi ayrıca belirtilmemişse yine tebliğden itibaren bir ay içinde karara itiraz edilebilir. Örneğin tüzükte şube disiplin kurulunun kararına karşı bir hafta içinde genel disiplin kuruluna başvuru süresi verilmişse, bu süreye uyulmalıdır.

2.2.4. Hakların Kullanılmasının Disiplin Soruşturmasının Başlamasıyla Kötü Niyete Dönüşmesine İlişkin Karar: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 2’nci maddesine göre “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır (f.1). Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz (f.2)”. Dürüstlük kuralını, herkesin, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken, ortalama zekâ seviyesine sahip, makul, dürüst ve güvenilir bir kişiden aynı hal ve şartlar

⁵¹ 6356 sy Kanundaki karşılığı 80’inci maddedir: “Kuruluşlar hakkında, bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde 4721 sayılı Kanun ile 4/11/2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanununun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır.”

⁵² Yargıtay 9 HD, 17143/18948, 13.11.1997.

⁵³ RG, 08.12.2001, 24607.



altında beklenebilecek davranış tarzına uygun şekilde davranma zorunluluğu olarak tanımlanabilir⁵⁴.

Bir uyuşmazlıkta, hakkında disiplin soruşturması açılması kararı verilen sendika yöneticisi, soruşturma açılması kararı verilir verilmez görevinden istifa etmiş ve görevlerinden istifa eden yöneticilere verilen bir ödenekten yararlanmak istemiştir. Yargıtay ise verilen ve genel kurulca onaylanan disiplin kurulu kararını sonuçsuz kılacak şekilde, hizmet ödeneği isteğinin kabulünü hatalı bulmuştur⁵⁵. Karara göre davacının kendi eylemlerinden dolayı sendika yöneticiliği görevinden uzaklaştırılması ve sendika üyeliğinden ihraç edilmesi bir cezalandırma olup sendika yöneticiliği görevinden istifa ederek hukuka aykırı şekilde hizmet ödeneği hakkından yararlanmak istemesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmaktadır.

Kararda henüz ortada verilmiş bir disiplin kararı yokken gerçekleşen istifa sonucunda, istifaya bağlı olarak ortaya çıkan bir hakkı talep etmenin, bir hakkın talebinin “hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi” eleştirilebilir. Somut olayda, sendika yöneticisi tedbiren görevden uzaklaştırıldıktan sonra, disiplin kurulunun ihraç kararının hemen öncesinde alması muhtemel bir disiplin cezasının verilecek ödeneye engel olmasını gözeterek böyle bir müracaat yapmıştır⁵⁶. Bir hakkın görünen şekliyle kullanılması ile doğru

⁵⁴ O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk (Giriş – Kavramlar – Başlangıç Hükümleri)* (3. Bası, C.1, Seçkin 2019) 494.

⁵⁵ Yargıtay 9 HD, 1316/6572, 27.03.2008: *Dosya içerisinde bulunan bilgi ve belgelerden davacının ... dolayı yürütmekte olduğu sendika yöneticiliği görevlerinden tedbirli olarak el çektirilmesine ve bu görevlerinden sürekli olarak alınmasına ve sendika üyeliğinden kesin ihraç edilmesine karar verildiği ve bu kararın Sendika Merkez Genel Kurulu'nun 6-7 Aralık 2002 tarihli toplantısında onaylandığı anlaşılmaktadır.*

Sendika Tüzüğü'nün 53/b maddesinde “Yönetim organlarında ücretli olarak çalışanlardan, seçime girmeme, seçilmeme veya çekilme nedeniyle görevleri sona erenlere Sendikada çalışarak geçen her hizmet yılı için 45 günlük ücret tutarında hizmet ödeneği verilir...” hükmü yer almaktadır. Anılan maddeye göre sendika yöneticiliği görevinden çekilme yani istifa halinde sendika yöneticisine hizmet ödeneği ödenmesi gerekmektedir. Davacı, bu düzenlemeden yararlanmak için hakkında Disiplin Kurulunca soruşturma başlatılır başlatılmaz, hatta tedbirli olarak sendika görevinden el çektirilmez, sendika yöneticiliği görevinden istifa etmiş ve hizmet ödeneği isteğinde bulunmuştur. Davacının kendi eylemlerinden dolayı sendika yöneticiliği görevinden uzaklaştırılması ve sendika üyeliğinden ihraç edilmesi bir cezalandırma olup sendika yöneticiliği görevinden istifa ederek hukuka aykırı şekilde hizmet ödeneği hakkından yararlanmak istemesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur. Hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Bu nedenle mahkemece davacı hakkında verilen ve genel kurulca onaylanan disiplin kurulu kararını sonuçsuz kılacak şekilde diğer bir deyişle disiplin kurulu kararı iptali niteliğinde olan hizmet ödeneği isteğinin kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

⁵⁶ *Davalı sendika, şube yöneticisi olarak görev yaptığı sırada şubeye bağlı Teksa işyerinde çalışan üye işçileri sendika üyeliğinden istifa ettirerek başka bir sendikaya üye olmaya zorladığı, şube yönetici ve temsilcilerine hakaret ettiği, bu nedenle Genel Disiplin Kurulu*

şekilde kullanılması ve uygulanması farklı olgulardır⁵⁷. Hakkın kullanılmasıyla bir çelişki ve tutarsızlık ortaya çıkıyorsa, bu durum hakkın kötüye kullanılması yasağı ile giderilmelidir⁵⁸. Dolayısıyla verilen kararın isabetli olduğu açıktır.

2.2.5. Disiplin Kurulunca Verilen Cezanın, Genel Kurulun Gündemine Alınarak Görüşülmemesine İlişkin Karar: 2821 sayılı Kanun döneminden bir uyuşmazlıkta⁵⁹, üyeye (genel yönetim kurulu genel teşkilatlanma sekreteri) “geçici olarak işten el çektirme” cezası verilmiş daha sonra sendikanın olağan genel kurulu yapılmış, 37 delege davacı hakkındaki genel disiplin kurulu kararının bütün sonuçları ile birlikte ortadan kaldırılmasının görüşülmesini istemişlerdir. Bu önerge reddedilmiştir. Bunun üzerine üye, dava açarak disiplin kurulunca verilen geçici işten el çektirme cezasının iptalini istemiştir.

Yargıtay, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m.18’e göre üye hakkında disiplin kurulunca üyelikten çıkarma dışında verilen disiplin cezalarının genel kurula bildirilmesi gerektiği, yöneticiler hakkında verilecek disiplin cezalarının genel kurula bildirileceğinin sendika ana tüzüğünde de öngörüldüğü, 2908 sayılı Dernekler Kanununa göre toplantıda hazır bulunan üyelerin en az onda biri tarafından görüşülmesi istenen konuların gündeme alınmasının zorunlu olduğu ve bu durum karşısında isteğin gündeme alınmasının gerektiği gerekçesiyle, konunun olağan genel kurulunda gündeme alınıp görüşülmemiş olmasının davacı aleyhine hukuki sonuç doğurmaması gerektiğine karar vermiştir.

2821 sayılı Kanundaki “Disiplin kurulu, sendika veya konfederasyonun tüzüğüne, amaç ve ilkelerine aykırı hareket ettiği ileri sürülen üyeleri hakkında soruşturma yapar, üyelikten çıkarma dışındaki tüzüğünde gösterilen disiplin cezalarını verir ve sonucunu genel kurula ve diğer ilgililere bildirir” hükmü 6356 sayılı Kanunda muhafaza edilmemiştir. Ancak yürürlükten kalkan 2908 sayılı Dernekler Kanunu 25’inci maddesindeki hüküm, yürürlükteki 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 79/2’nci maddesinde tekrarlanmıştır: “Genel kurul toplantısında yalnız gündemde yer alan maddeler görüşülür. Ancak, toplantıda hazır bulunan üyelerin en az onda biri tarafından görüşülmesi yazılı olarak istenen konuların gündeme alınması zorunludur.” Burada şu soru akla gelebilir. Üyelikten çıkarma dışındaki bir karar, genel kurulda gündeme

tarafından *tedbiren* yürütmekte olduğu görevlerden 9.6.2001 tarihinde uzaklaştırıldığı, 24.6.2001 tarihinde de Tüzüğün 25/1 maddesi gereğince sürekli olarak yöneticilik görevinden uzaklaştırılmasına ve üyelikten ihracına karar verildiği, kararın 6-7.12.2003 tarihlerinde yapılan Sendika Genel Kurulunda onaylandığı, davalı sırf hizmet ödeneği almak için geçici uzaklaştırma kararından sonra 11.6. 2001 tarihinden sendika yöneticiliği görevinden istifa ettiğini, oysa Sendika Tüzüğünün 53. maddesinde görevden uzaklaştırma halinde hizmet ödeneğinin ödeneceğine ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

⁵⁷ Antalya ve Topuz (n 55) 494.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Yargıtay 9 HD, 7799/9941, 8.10.1990.



alınırsa, bu durumda genel kurul bu konuda karar verebilir mi? Bu halde öncelikle tüzüğe bakmak gerekir. Tüzükte bu konuda hüküm varsa ona göre hareket edilmelidir. Tüzükte bu konuya dair bir hüküm yoksa kanaatimizce, üyelikten çıkarma dışındaki disiplin kurulu kararlarının genel kurulda tartışılması sonucu değiştirmemelidir.

SONUÇ

Çalışmamızda sendikalarda zorunlu organlar arasında olan disiplin kurulları, mevzuat ve yargı kararlarıyla değerlendirilmiştir. Disiplin kurulunun görev ve yetkilerinin daha ziyade uygulama ve içtihatlarla geliştiği söylenebilir. Çalışmamızda özetle şu kanaatlere varılmıştır:

Bizzat disiplin kurulu tarafından, kendi üyeleri arasından veya dışından bir ön soruşturmacı ya da rapor yazıcı görevlendirilmesi, genel kurul ile yönetim, denetim ve disiplin kurullarının görev ve yetkilerinin ihtiyari organlara devredilemeyeceği ilkeyle çelişmez.

Kuruluşların tüzüklerinde disiplin kurullarının resen soruşturmaya başlayabileceğine yönelik hüküm varsa kurul resen de soruşturma yapabilecektir.

Kuruluş ve şube yönetim, denetleme ve disiplin kurulu üyelerinin görevleri, milletvekili veya belediye başkanı seçilmeleri hâlinde kendiliğinden son bulur. Sendikalar kamu tüzel kişisi olmadığı gibi, organlarda görev alan kişiler de kamu görevlisi değildirler. Ancak yine de genel kurulda kamu görevi statüsünden kaynaklanan idari gücün oy temini için siyasi bir güç olarak kullanılması söz konusu olabilir.

Tüzükte disiplin kurulunun çıkarma cezası dışında vereceği kararlara karşı bir itiraz mekanizması göstertilmişse (mesela yönetim kuruluna itiraz) evvela bu yollar tüketilmelidir. Ondan sonra mahkemeye başvurulabilir. Kuruluş tüzüğünde herhangi bir hüküm yoksa kesin nitelikteki bu karara karşı iptal davası açılması mümkündür.

Yönetim kurulunun disiplin kuruluna sevk kararının iptali mümkün değildir. Ancak yönetim kurulu, disiplin kurulunun ceza verilmesine yer olmadığına dair kararına karşı yargı yoluna başvurulabilir.

Yönetim kurulu, disiplin kurulunun ceza verilmesine yer olmadığına dair kararına karşı şayet disiplin kurulu üyeyi çıkarma sevkiyle yargılamışsa ve yaptırım uygulamamaya karar vermişse, yönetim kurulu konunun görüşüleceği genel kurulda itirazlarını yapabilir ve genel kurul kararını yargıya taşıyabilir. Üyelikten çıkarma dışındaki sevklerle ilgili, yargılama yapılmış ve disiplin kurulu herhangi bir yaptırım uygulanmaması yönünde karar vermişse bu defa yönetim kurulu, genel kurulun toplanmasını beklemeden karara karşı mahkemeye başvurulabilir.

Disiplin iç yönetmeliğine konulan hükümlerin Anayasaya Kanuna ve ilgili sendikanın tüzüğüne aykırı olduğunu ileri sürerek ilgili maddelerinin iptaline karar verilmesinin mahkemeden talep edilmesi durumunda, , yönetmelik hükümlerinin iptaline karar verilebileceğini öngören bir hüküm mevzuatımızda yer almadığında, mahkeme tarafından ilgili maddenin iptaline karar verilemeyecek, yalnızca söz konusu maddenin geçersizliğinin tespitine karar verilmekle yetinilecektir.

Sendika hukukunda disiplin veya diğer kurulların kararlarına (genel kurul seçimleri hariç) karşı açılacak davanın süresine ilişkin bir hüküm yoktur. Disiplin kurulu kararlarına itirazda süreyle ilgili olarak, tüzükte bir iç denetim mekanizması varsa buna uyulmalıdır. Tüzükteki itiraz mercilerine başvuru süresi ayrıca belirtilmemişse yine tebliğden itibaren bir ay içinde karara itiraz edilebilecektir.

Üyelikten çıkarma konusunda son kararı genel kurul verir. Üyelikten çıkarma dışındaki bir karar, genel kurulda gündeme alınırsa, bu halde öncelikle tüzüğe bakmak gerekir. Tüzükte böyle bir ihtimal hakkında hüküm varsa ona göre hareket edilmelidir. Tüzükte bu konuya dair bir hüküm yoksa üyelikten çıkarma dışındaki disiplin kurulu kararlarının genel kurulda tartışılması sonucu değiştirmemelidir.

KAYNAKLAR

Abdulahakimoğulları E ve Erdinç B, ‘Kamu Görevlilerinin Milletvekilliği Seçimlerine Katılmak Üzere Görevden Çekilmeleri ve Göreve Dönmeleri’ (2015) C. XIX, Sa. 4, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 227-258.

Akyiğit E, *Toplu İş Hukuku* (2.Bası, Seçkin 2020) 246.

Antalya OG ve Topuz M, *Medeni Hukuk (Giriş – Kavramlar – Başlangıç Hükümleri)* (3. Bası, C.1, Seçkin 2019) 494.

Aydın M, ‘Sendika İçi Demokrasinin Sağlanmasında 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Yeri’ (2016), 4. Sayı, İş ve Hayat Dergisi, 9-58.

Aydın U ve Keskin Ö, ‘2821 Sayılı Kanundan 6356 Sayılı Kanuna: Türkiye’de Sendikalar Hukukunun Dönüşümü’ (2015) C.1, S.2, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-41.

Çatalkaya DU, (2017) İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Doktora Tezi). <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> Erişim Tarihi: 20.11.2020

Çelik N, Caniklioğlu N ve Canbolat T, İş Hukuku Dersleri (31.Bası, Beta 2018) 830.

Ekmekçi Ö, *Toplu İş Hukuku Dersleri* (2.Bası, On İki Levha 2019) 102.



Engin Bİ, ‘Dernek Disiplin Kurulu Tarafından Verilen Geçici İhraç Kararına Karşı İptal Davası Açılmayacağına Dair Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararının Düşündürdükleri’ (2003) C. LXI, S. 1-2, İÜHFİM, 277-312.

Esener T ve Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, *Sendika Hukuku* (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2017) 199.

Kaya C, ‘Milletvekili ve Mahalli İdare Seçimlerine Katılan Kamu Görevlilerinin Görevden Çekilmesi ve Göreve Dönmesi’ (2004) C. 13 (Sa. 1) Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789851> Erişim Tarihi 10.03.2021;

Lordoğlu K ve Demirdizen D, ‘Türkiye’de Sendika İçi Demokrasi ya da Bir İmkânsızın Arayışı mı?’ (2013) V. Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu, İstanbul, Petrol İş Yayını, 223-241.

Özer HD, ‘İşçi Sendikalarında Delegation’ (2020) Temmuz, C:11, S:2, Çalışma İlişkileri Dergisi, 22-58.

Sabuncu B, ‘Dernek Organlarının İç İlişkide Birbirlerine Karşı Hukuki Durumları’ (2020) S:1, Ankara Barosu Dergisi, 157-190.

Sur M, İş Hukuku Toplu İlişkiler (6.Bası, Turhan 2017) 145.

Sümer HH, İş Hukuku Uygulamaları (7. Bası, Seçkin 2019) 503.

Şahlanan F, *Toplu İş Hukuku* (1.Bası, On İki Levha 2020) 191.

Şahlanan F, ‘6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi’ (2013) *Çalışma ve Toplum*, (39), 110-142.

Tuncay AC ve Savaş Kutsal FB, *Toplu İş Hukuku* (5. Bası, Beta 2016) 100.

Uçkan B, ‘Türkiye’de Kamu Görevliliği Sendikacılığı’ (1.Bası, Legal 2013) 56.

TÜTÜN MAMULLERİ VE ALKOLLÜ İÇKİLERDEN ALINAN ÖZEL TÜKETİM VERGİSİNDE MÜTESELSİL SORUMLULUK UYGULAMASI

The Application of Joint Liability in the Excise Tax on Tobacco Products and Alcoholic Beverages and the Issue of Taxation Power

Fatih TORUN*

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (379-414)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 28.04.2021

Kabul Tarihi : 14.09.2021

Makale Türü: *Araştırma*

Article Info

Received Date: 28.04.2021

Accepted Date: 14.09.2021

Article Type : *Research*

ÖZET

Tütün ürünleri ve alkollü içkiler sektörü Türkiye ekonomisine değişik kanallardan katkı sağlayan bir sektördür. Tütün ürünleri ve alkollü içkiler üzerinden sağlanan vergi gelirleri ise bu sektörün en temel ekonomik katkısıdır.

Ülkemizde, tütün ve alkol ürünlerinde ortaya çıkan vergisiz yani kaçak kullanımın önlenmesi amacıyla bir takım tedbirler alınmıştır. Bu çerçevede tütün mamulleri ve alkollü içkiler için bandrol ve kod (biralara için) uygulaması zorunluluğu getirilmiştir. Bu zorunluluğa uyulmasını sağlamak amacıyla 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 13. maddesinin (5) numaralı fıkrası ihdas edilmiştir.

4760 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (5) numaralı fıkrası kapsamındaki eşyanın ele geçirilmesi durumunda özel tüketim vergisine ilişkin işlemlerin Gelir İdaresi Başkanlığı'na tesis edileceği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca ithalattan kaynaklanan özel tüketim vergisini tarh ve takip etme yetkisinin Gümrük İdaresi'ne ait olması nedeniyle yasa dışı yollardan ithal edilen gümrük kaçağı tütün mamulleri ve alkollü içkilere ilişkin 4760 sayılı Kanun'un 13. maddesinin 5. fıkrası uyarınca özel tüketim vergisi tarhiyatı yapmaya yetkili idarenin hangisi olduğu hususunda tereddüt oluşmuştur. Bu tereddüt, Danıştay ve idari yargı kararlarına da yansımıştır. Ayrıca ilgili Kanun maddesi, hukuki belirlilik ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal davasına konu edilmiştir.

Bu çalışmada, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde tütün mamulleri ve alkollü içkilerin kaçak olarak yurda sokulması durumunda 4760 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (5) numaralı fıkrasında öngörülen müteselsil sorumluluk uygulaması ve müteselsil sorumluluk kapsamında özel tüketim vergisi ile ilgili işlemleri tesis edecek yetkili idare sorunu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Özel tüketim vergisi, müteselsil sorumluluk, vergilendirme yetkisi, dolaylı vergi, tütün mamulleri, alkollü içecekler, sigara kaçakçılığı, alkol kaçakçılığı.

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Dr., Hâkim, Anayasa Mahkemesi Raportörü, fatih.torun@anayasa.gov.tr, <https://orcid.org/0000-0002-4616-3345>.

ABSTRACT

Tobacco products and alcoholic beverages industry is a sector that contribute to Turkey's economy through various channels. Tax revenues from tobacco products and alcoholic beverages are the main economic contribution of this sector.

In our country, a number of measures have been taken in order to prevent illegal use of tobacco and alcohol products. In this context, the application of banderole and code (for beers) has been imposed for tobacco products and alcoholic beverages. Paragraph (5) of Article 13 of the Excise Tax Law No. 4760 has been legislate in order to ensure compliance with this obligation.

In case of seizure of the goods within the covered by paragraph (5) of article 13 of the Law No. 4760, the transactions regarding the excise tax will be established by the Revenue Administration. The authority to assess and gather the ezcise tax arising from imports belongs to the Customs Administration. As such, there has been doubts as to which administration is authorized to levy excise tax assessments on illegally imported tobacco products and alcoholic beverages in accordance with paragraph (5) of Article 13 of Law No. 4760. This doubt was also reflected in the decisions of the Council of State and administrative courts. In addition, the article of the relevant Law has been subjected to a lawsuit in the Constitutional Court on the grounds that it violates the legal certainty principle, alleging its unconstitutionality.

In case of smuggling of tobacco products and alcoholic beverages into the country, the issue of the joint responsibility application stipulated in the paragraph (5) Article 13 of the Law No. 4760 and the authorized administration that will establish the transactions related to the excise tax have been examined within the scope of the above.

Keywords: Excise tax, joint liability, taxation power, indirect tax, tobacco products, alcoholic beverages, cigarette smuggling, bootlegging.

GİRİŞ

Tütün ürünleri ve alkollü içkiler sektörü Türkiye ekonomisine farklı yollardan katkı sağlayan bir sektördür. Tütün ürünleri ve alkollü içkilerin imal edilmesi, ticareti ve tüketilmesi üzerinden sağlanan vergi gelirleri ise bu sektörün en temel ekonomik katkısı olarak öne çıkmaktadır.

Türkiye'de toplam vergi gelirleri ağırlıklı olarak dolaylı vergilerden oluşmaktadır. Tütün ürünleri ve alkollü içkilerin vergilendirilmesinde de temel olarak dolaylı vergiler kullanılmaktadır. Dolaylı vergiler, vergilendirilen ürünün satın alınma anında ödendiğinden hızlı ve kolay tahsil edilmektedir. Dolaylı vergiler, bu özellikleri ile birlikte tütün ve alkol kullanımının yaygınlığı ve bağımlılık yapan özelliği nedeniyle bu ürünlerin tüketiminin kamuya kaynak yaratma bakımından hızla ve kolay elde edilen, aynı zamanda da sürdürülebilirliği olan bir kamu kaynağı olarak görülmektedir. Son yıllardaki tütün ve alkol ürünleri üzerinden alınan dolaylı vergilerdeki artışlar toplam vergi hasılatını artırmakta ve kamu bütçe harcamalarını karşılamaya yardım etmektedir. Yükselen dolaylı vergiler, tütün ve alkol ürünlerine erişimi ve bağımlılığı yeterli düzeyde azaltmamasına rağmen, gelir ve kurumlar vergisi gelirlerinin arttırılmasına yönelik tedbirlere göre daha kolay artırılabilirdikleri için tercih edilmektedir.¹

¹ Ferimah Yılmaz, Mustafa Seydioğulları, Derya Gültekin Karakaş ve Dilek Aslan, 'Tütün Kontrolü Politika Aracı Olarak Vergilendirme: Türkiye Deneyimi Işığında Bir Değerlendirme' (2015) 408 Vergi Dünyası 4, 9.

Tütün ve alkol ürünleri üzerinden alınan dolaylı vergiler kamusal politikalar için üç açıdan önem taşımaktadır. Öncelikle uygulanan ağır vergiler kamuya önemli gelir sağlamaktadır. Zira vergilemenin klasik amacı, kamu giderlerinin finansmanının karşılanması için gelir elde etmektir. İkinci olarak tütün ve alkol ürünleri üzerindeki vergilerin artırılmasıyla bu ürünlerin tüketiminin azaltılması ya da tamamen tüketiminin durdurulması amaçlanmaktadır.^{2 3} Üçüncü olarak da, bir pigovyen vergi⁴ olarak dışsal maliyetler içselleştirilmeye çalışılmaktadır. Tütün ve alkol ürünleri üzerine getirilen yüksek oranlı dolaylı vergilerin en önemli özelliği bu ürünlerin kullanıcıları için bir maliyet oluşturması ve kullanıcılardan bütün topluma bir transfer sağlanmasıdır.⁵

² “Devletin elde etmeyi planladığı gelirin yanında ya da sadece belirli bir amacı gerçekleştirmek için dolaylı veya doğrudan vergiler eliyle vergi mükelleflerinin belirli davranışlarının özendirilmesi veya ödüllendirilmesi, bunun yanında bazı davranışların yapılmaması için caydırılması yahut cezalandırılması yöntemlerinin uygulanmasına yönlendirici vergilendirme denilmektedir. Söz konusu vergiler sosyal, kültürel, çevrenin korunması, sağlık, bağımlılık yaratan alkol ve sigara gibi maddelerin tüketiminin önlenmesi veya azaltılması gibi alanlarda yönlendirici etkileri için kullanılabilirlerdir.” (Cenker Göker, ‘Yönlendirici Vergilendirme’ (2011) 17 (3-4) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 11, 19.)

³ Sosyal zararları olabilen tütün mamulleri ve alkollü içkiler gibi maddelerin tüketimini kısma konusunda, özel tüketim vergisi gibi vergilerle yapılan müdahalelerin ne derece etkili olduğu ise tartışmalı bir konudur. Bu konuda Taylar; “*Bunun en önemli nedeni, toplumun bu tür maddelere olan talebinin esnek olmayışıdır. Tüketim, sadece talep esnek olduğu süreçte azaltılabilir. Oysa sigara ve alkollü içkiler ile benzer nitelikteki alışkanlık verici maddelere olan talep, bütün gelir düzeylerinde fiyat değişmelerine karşı pek esnek değildir. Bu nedenle, bu mallara konulan vergilerin gelir dağılımını düzeltici etkisi olumsuz olduğu gibi tüketimi kısma konusunda da çok fazla bir etkisi olduğu söylenemez. Bu maddelerin fiyatlarındaki vergi artışına rağmen düşük gelirli de yüksek gelirli de alıştığı bu maddeleri almaya devam eder. Bu malların pahalılarından ucuzuna geçiş olsa bile bunlar için harcanan para miktarı azalmayıp aksine artabilir. Böylece bu vergi tarifesi, içki ve sigara tüketimleri fazla olan düşük gelirli kişiler için artan oranlı bir tarife özelliği taşıyacağından bu kişilerin vergi yükü artmış olacaktır.*” demektedir. (Yıldırım Taylar, ‘Vergi Teorisi Açısından Özel Tüketim Vergileri ve Türk Özel Tüketim Vergisi Uygulaması’ (2010) 12 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 435, 448-449)

⁴ Pigovyen vergi (pigou vergisi), İngiliz iktisatçı Arthur Cecil Pigou tarafından ortaya konan bir kavram olup, kaynak dağılımında etkinliği sağlamak amacıyla negatif dışsallıkların vergilendirilmesidir. Emisyon veya kirlilik vergisi de denilen bu vergi, dışsal zarar yayan firmalara, topluma verdikleri zararların maliyetini yüklemektir. Böylece firmaların marjinal özel maliyeti, vergi eklemek suretiyle marjinal sosyal maliyete yaklaşır. Pigovyen vergilemede amaç, firmaların üretim faaliyetini sifra indirmek değil, negatif dışsallıklarda oluşan fazla üretimi sosyal optimum düzeyine indirmektir. (Pigovyen vergi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Baki Yegen ve Mehmet Emin Turan, ‘Pigouvian Bir Vergi Önerisi: Sar Vergisi’ (2021) 14 (1) Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi 397-418.)

⁵ Alparslan Uğur ve Emin Kömürçüler, ‘Türkiye’de Sigaranın Vergilendirilmesinin Etkinliği’ (2015) 20 (4) Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 327, 327.



Bunun yanı sıra tütün ve alkol ürünleri üzerinden alınan yüksek oranlı dolaylı vergiler, tüketicilerin vergilerden kaçınmak ve/veya vergi kaçırarak amacıyla uyguladıkları yasal veya yasal olmayan tüketim davranışlarına yol açmaktadır. Bu tüketim davranışları, tütün ve alkol ürünleri üzerindeki dolaylı vergiler artsa bile toplam vergi gelirlerinin artmasını engellemektedir. Vergilerin artışıyla tütün ve alkol ürünleri satışlarına ödenen tutarlar azalmakta, vergiden kaçınma veya vergi kaçırma eylemleri artış göstermektedir. Artan vergilerle birlikte tüketiciler; tüketim alışkanlıklarını değiştirmekte, uluslararası satıştan (sınır ticareti) faydalanma, daha ucuz bir markayı satın alma, vergisiz ürünler kullanma davranışı içine girmekte olup artan vergilerin en önemli sonucu ise vergisiz yani kaçak içki ve sigaraları tüketme eğiliminin artmasına yol açmasıdır.⁶

Ülkemizde, tütün ve alkol ürünlerinde ortaya çıkan vergisiz yani kaçak kullanımın önlenmesi amacıyla bir takım tedbirler alınmıştır. Bu çerçevede 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak, 1 Seri No.lu Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerde Bandrollü Ürün İzleme Sistemi Genel Tebliği' ile vergi güvenliğini sağlamak amacıyla tütün mamulleri ve alkollü içkiler için bandrollü ürün izleme sistemi kurulmuş ve bu kapsamda söz konusu mallar için bandrol ve kod (biralar için) uygulaması zorunluluğu getirilmiştir.

Bu zorunluluğa uyulmasını sağlanmak amacıyla 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 13. maddesinin (5) numaralı fıkrası ihdas edilmiştir. Bu fıkra hükmüne göre; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesinin verdiği yetki uyarınca kullanılma zorunluluğu getirilen özel etiketi veya işareti olmayan özel tüketim vergisine tabi malların bulundurulduğunun tespit edilmesi halinde, bu malları bulunduranlar adına; ayrıca her bir tespit için bu Kanuna ekli (III) sayılı listenin (A) Cetvelinde yer alan malların 50 litreyi, (B) Cetvelinde yer alan 2402.20 ve 2402.90.00.00.00 (yalnız tütün yerine geçen maddelerden yapılmış sigaralar) G.T.İ.P. numaralı malların 5.000 adedi aşması halinde ise müteselsilen sorumlu olmak üzere, bu malları bulunduranlar ile ithal veya imal edenlerden herhangi biri adına; malların tespit tarihindeki emsal bedeli veya miktarı üzerinden Kanun'un 11. maddesindeki esaslara göre özel tüketim vergisi re'sen tarh edilecek ve bu tarihyata ayrıca vergi ziyat cezası uygulanacaktır.

Bununla birlikte 4760 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (5) numaralı fıkrası kapsamındaki eşyanın ele geçirilmesi durumunda özel tüketim vergisine ilişkin işlemlerin hangi idare tarafından tesis edileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumun işlem tesis edecek idarenin tespiti açısından

⁶ ibid 340-341.

⁷ 17/3/2007 tarih ve 26465 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

ciddi belirsizlik oluşturduğu, bu malların yurt içinde yakalanması durumunda bulunduranlar ile ithal veya imal edenler arasında herhangi bir ayrıma gidilmeden ve malın menşei araştırılmadan her halükarda vergi dairelerince işlem tesis edilmesine ve yaptırım uygulanmasına yol açtığı eleştirilerine sebep olmaktadır. Anılan madde kapsamındaki eşyanın ele geçirilmesi durumunda özel tüketim vergisine ilişkin işlemlerin hangi idare tarafından tesis edileceği hususunda ortaya çıkan tereddüt Danıştay ve idari yargı kararlarına da yansımış, ayrıca maddenin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal davasına konu edilmiştir.

Bu çalışmada, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde özel etiketi veya işareti olmayan tütün mamulleri ve alkollü içkilerin kaçak olarak yurda sokulması durumunda 4760 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (5) numaralı fıkrasında öngörülen müteselsil sorumluluk uygulaması ve müteselsil sorumluluk kapsamında özel tüketim vergisi ile ilgili işlemleri tesis edecek yetkili idare sorunu incelenecektir.

I. ÖZEL TÜKETİM VERGİSİNDE MÜTESELSİL SORUMLULUK

A. Özel Tüketim Vergisinin Tanımı ve Özellikleri

Çoğu ülkede olduğu gibi ülkemizde de kamu gelirleri içinde en büyük ve önemli payı vergiler oluşturmaktadır. Devletin egemenlik gücünün en belirgin yansımalarından birisi olan vergi, devlet ve vergilendirme yetkisine sahip kurumların kamu harcamalarını finanse etmek ve toplumun içinde bulunduğu koşulların gerektirdiği tedbirleri almak için, ödeme gücü olanlardan, bu güçleri ile orantılı olarak aldıkları zorunlu, karşılıksız ve nihai parasal ödemelerdir.⁸ Verginin asıl amacı mali olmakla beraber ekonomik, sosyal ve ahlaki amaçları da mevcuttur. Bir başka deyişle vergi politikası, devlete gelir sağlamanın yanı sıra sosyal, politik ve ekonomik amaçların gerçekleştirilmesi noktasında kullanılan en önemli araçlardan birisidir.⁹

Belli bir ülkede belli bir dönemde uygulanan vergilerin ve vergi benzeri kamu gelirlerinin bütünü “*vergi sistemi*” olarak adlandırılmaktadır. Bugünkü vergi sistemleri ilke olarak “*çok vergili sistem*” modeli üzerine kurulmuş bulunmaktadır. Çok vergili sistemlerde, uygulanan vergiler değişik şekillerde kategorize edilmekle birlikte günümüzde genellikle bir vergi sisteminde yer alan vergiler, bunların vergilendirildiği ekonomik kaynağa göre, yani vergilendirilen konu unsuruna göre kategorileştirilmekte olup bu ayırım göz önünde tutulduğunda, *gelir üzerinden alınan vergiler, servet üzerinden alınan*

⁸ Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)* (9. Basım, Ekin Basım Yayın 2018) 84, Salim Ateş Oktar, *Vergi Hukuku* (11. Baskı, Türkmen Kitabevi 2016) 4.

⁹ Göker (n 2) 15-16.



vergiler ve harcamalar üzerinden alınan vergiler olmak üzere üç ekonomik unsurdan birinin üzerine vergi konulduğu görülmektedir.¹⁰

Tüketim vergileri olarak adlandırılan harcamalar üzerinden alınan vergiler, gelir ve servetin harcanması dolayısıyla alınan vergiler olup üretilen, satılan veya tüketilen mal ve hizmetler üzerine konulan dolaylı ve yapıları gereği objektif (gayrişahsi) nitelik taşıyan vergilerdir. Genel tüketim vergileri, istisna ve muafiyetler dışında tüm malların üretiminden tüketimine kadar olan tüm aşamalarda ve el değiştirme esnasında alınan vergiler olup bu tür vergilerin en bilineni *katma değer vergisidir*. Özel tüketim vergileri ise sadece belirli mal gruplarının vergilendirildiği, tek aşamalı, az sayıda mükellefi olan, yönetimi kolay bir vergi türüdür.¹¹

Türk vergi sistemi içerisinde *harcama (tüketim) vergisi* niteliğinde dolaylı vergi türlerinden birisini teşkil eden özel tüketim vergisi, yeni bir vergi türüdür. Özel tüketim vergisinden önce dağınık şekilde uygulanan tüketim vergileri bulunmaktaydı. Özel tüketim vergisine geçişin nedenlerinden biri, işte bu dolaylı vergiler sisteminin sadeleştirilmesidir. Özel tüketim vergisinin Türk vergi sistemine dâhil edilmesinin nedenlerinden bir diğeri ise, Avrupa Birliği mevzuatı ile uyum sağlama yükümlülüğünün ortaya çıkmasıdır.¹² 4760 sayılı Kanun'un kabulü ile 16 adet vergi, resim, harç, fon ve pay¹³, özel tüketim vergisi adı altında toplanmıştır.¹⁴

Harcamalar üzerinden alınan dolaylı bir vergi türü olan özel tüketim vergisi, bazı yönleri ile harcamalar üzerinden alınan diğer vergi türlerinden ayrılmaktadır. Örneğin, gümrük vergilerinden farklı olarak, hem yerel hem

¹⁰ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, *Vergi Hukuku* (26. Baskı, Turhan Kitabevi 2017) 224, Nurettin Bilici, *Türk Vergi Sistemi* (41. Baskı, Savaş Yayınevi 2018) 5, Erdoğan Öner, *Türk Vergi Sistemi* (8. Baskı, Seçkin Yayınları 2017) 29, Abdurrahman Akdoğan, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi* (12. Baskı, Gazi Kitabevi 2014) 198.

¹¹ Kemal Oktar, *Özel Tüketim Vergisi Yorum ve Açıklamaları* (2. Baskı, PWC Business School 2013) 13.

¹² Oktar (n 9) 13, Öncel, Kumrulu ve Çağan (n 8) 430, Bilici (n 8) 161, Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, *Türk Vergi Sistemi* (15. Baskı, Ekin Yayınları 2018) 315, Akdoğan (n 8) 551.

¹³ 2002 yılında 4760 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte yürürlükten kaldırılan vergiler; akaryakıt tüketim vergisi, akaryakıt fiyat istikrar fonu, taşıt alım vergisi, ek taşıt alım vergisi, çevre kirliliğini önleme fonu, trafik tescil harcı, eğitime katkı payı, eğitim gençlik spor ve sağlık hizmetleri vergisi, savunma sanayii destekleme fonu, mamuller ile şehit dul ve yetimleri payı, federasyonlar payı, toplu konut fonu, tütün mamulleri ve alkollü içkiler piyasası düzenleme kurumu payı, mera fonu ve bazı ürünlere ilişkin yükseltilmiş katma değer vergisi oranıdır. (Anılan vergi ve diğer mali yükümlülükler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Oktar (n 9) 23-45).

¹⁴ Taylar (n 3) 460, Müslüm Turan ve Müge Turan, *En Son Değişikliklerle Özel Tüketim Vergisi* (Seçkin Yayınları 2016) 32., Salim Ateş Oktar, *Türk Vergi Sistemi* (Türkmen Kitabevi 2016) 204.

de ithal edilmiş belirli ürünler üzerinde uygulanan bir vergi türüdür. Özel tüketim vergisi, diğer bir harcama vergisi olan katma değer vergisinden de birçok yönden ayrılmakta olup öncelikle katma değer vergisinden farklı olarak sadece belirli mallar üzerinde uygulanmaktadır. Özel tüketim vergisine “özel” sıfatının verilmesini sağlayan, kapsamına almış olduğu malların genel tüketim vergisine nazaran daha sınırlı oluşudur.¹⁵ Ayrıca, katma değer vergisinin aksine üretim zincirinin her aşamasında değil sadece üretim, ithalat ya da toptan satış aşamasında uygulanmakta olduğundan az sayıda mükellefi kapsamaktadır.

Öğretide, özel tüketim vergisi hakkında çeşitli tanımlar ortaya konulmuştur. Buna göre özel tüketim vergisi, dolaylı, üretimden tüketime kadar olan ekonomik sürecin bir aşamasında alındığından toplu ve sadece kanunda tek tek sayılarak belirtilen malları konu alması nedeniyle de özel nitelikli bir harcama (tüketim) vergisidir.¹⁶ 4760 sayılı Kanun hükümlerinden hareketle ise, *özel tüketim vergisi, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'na ekli I, II, III ve IV sayılı listelerdeki malların teslimi, ilk iktisabı, ithalâtı veya müzayede yoluyla satışından bir defaya mahsus olarak alınan, harcamalar üzerinden alınan vergiler kategorisinde yer alan dolaylı bir vergi* olarak tanımlanabilir.¹⁷

Tanımdan anlaşılacağı üzere özel tüketim vergisi, kapsamına giren malların, imalat, ithalat veya ilk iktisap aşamasında bir defaya mahsus olmak üzere alınmaktadır.¹⁸ Buna göre özel tüketim vergisinde vergiyi doğuran olay esas itibarıyla malın *teslimi, ithalatı, müzayede yolu ile satışı ve ilk iktisabıdır (4760 sayılı Kanun'un 3. maddesi)*. Bundan sonra malın el değiştirmesi sırasında bir kez daha vergilendirme söz konusu değildir. Katma değer vergisinde geçerli olan üretim zincirinin tüm aşamalarının vergilendirilmesi ve buna paralel olarak vergiden vergi indirimini uygulaması bu vergi açısından söz konusu değildir. Özel tüketim vergisinde vergi, malın teslimi, ithalatı, müzayede yolu ile satışı veya ilk iktisabı aşamasında alınmakta, bundan sonra malların nihai tüketiciye ulaşmasına kadar olan diğer aşamalar vergi dışında kalmaktadır.¹⁹ Ayrıca, belirli malların imalat veya ithalatı safhasında alındığından mükellef sayısı oldukça düşüktür.

Genel tüketim vergilerinden farklı olarak özel tüketim vergileri, ekonomik süreç içinde özel olarak belirlenen mallar üzerinden alınmaktadır ve bu mallar kanunda listeler halinde sıralanmıştır.²⁰ Özel tüketim vergisinin konusunu

¹⁵ Taylar (n 3) 440., Oktar, Türk Vergi Sistemi (n 12) 203.

¹⁶ Oktar, Türk Vergi Sistemi (n 12) 203.

¹⁷ Taylar (n 3) 440.

¹⁸ Ayşe Elif Yıldırım, ‘Avrupa Birliği ve Türk Vergi Sistemlerinde Özel Tüketim Vergisi’ (2015) XIX (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 219, 228.

¹⁹ Bilici (n 8) 163.

²⁰ Türkiye’de özel tüketim vergisinin konusu 4760 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile belirlenmiştir. 4760 sayılı Kanun’un 1. maddesinde, (I), (II), (III) ve (IV) sayılı listelerin oluşturulması



oluşturan mallar ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, daha çok sigara, kahve, alkollü içkiler gibi alışkanlık verici mallar; sürümü yüksek olan benzin, çimento, cam, demir gibi bazı ilk mallar ile kürk, mücevher, motorlu araçlar, elektrikli aletler gibi lüks mallar verginin konusu olarak seçilmektedir.^{21 22}

ve bu listelerin altında yer alan (A) ve (B) cetvelleri ile vergiye tabi mal guruplarının sınıflandırılması yoluna gidilmiştir.

Bu çerçevede (I) sayılı liste, petrol ve petrol ürünlerinden oluşmaktadır. (I) sayılı listenin (A) cetvelinde sınıflandırılmış petrol gazı (LPG) dâhil akaryakıt ürünleri ve türevleri yer almaktadır. (B) cetvelinde ise akaryakıt harici petrol ürünleri yer almaktadır. (I) sayılı listenin (A) ve (B) cetvelinde yer alan vergilendirmeye tabi tutulan petrol ve petrol türevlerinden, üretimleri yurt dışında yapılanların ithalatı verginin doğmasına neden olmakta iken, üretimleri yurt içinde yapılanların ise teslimi vergiyi doğuran olay olarak belirlenmiştir.

(II) sayılı liste, motorlu taşıtlara ilişkindir. (II) sayılı listede, yarı römorklar için çekiciler, binek otomobilleri ve esas itibarıyla insan taşımak üzere imal edilmiş motorlu taşıtlar, eşya taşımaya mahsus motorlu taşıtlar, özel amaçlı motorlu taşıtlar, motosiklet, helikopter, uçak, gemi, yat, eğlence ve spor tekneleri gibi taşıtlar yer almaktadır. (II) sayılı listede yer alan motorlu taşıtlarda ikili sınıflandırma mevcuttur. (II) sayılı listede 25 cetvelde yer alan araçlardan kayıt ve tescil uygulamasına tabi olanların ilk iktisabı, kayıt ve tescil dışı bırakılanların ithalatı veya imalatı, inşası sonrası teslimatı ile vergi uygulaması öncesinde müzayede yolu ile satışı verginin konusunu oluşturmaktadır. Listedeki yer alan taşıtların aksamları ve parçaları özel tüketim vergisinin kapsamı dışında bırakılmıştır.

(III) sayılı listede, tütün mamulleri ile alkollü ve alkolsüz içecekler yer almaktadır. (III) sayılı listenin (A) Cetvelinde; alkollü içkiler, kolalı, meyvalı ve sade gazozlar, alkolsüz biralar ile 20.09 ve 22.02 G.T.İ.P. numaralarında sınıflandırılan ambalajlanmış ve/veya toptan teslimatı konu edilen; meyve nektarları, meyveli içecekler, limonatalar, enerji içecekleri, sporcu içecekleri, soğuk çay, soğuk kahve, tonik ve tatlandırılmış veya aromalandırılmış benzeri içecekler yer almaktadır. (B) Cetvelinde ise, puro, sigarillo, sigara, nargile tütünü, enfiye veya çiğnemeye mahsus tütün gibi tütün mamulleri ve makaron yer alır. (A) ve (B) cetvelinde yer alan ürünlerin ithalatı, imal veya ithal edenler tarafından teslimi veya müzayede yolu ile satışı verginin konusunu oluşturmaktadır.

(IV) sayılı listede ise, beyaz eşya ve elektronik ürünler gibi lüks tüketim kapsamında kabul edilen ürünler bulunmaktadır. 4760 sayılı Kanun'a ekli (IV) sayılı listede giyim eşyası, muzır neşriyat, klimalar, ısıtıcılar, beyaz eşyalar, küçük ev aletleri, cep telefonu, telsiz-telefon cihazları, televizyon, projektör, kamera, ses ve görüntü cihazları, inci ve kıymetli taşlar, tabancalar ve diğer ateşli silahlar ile sürgülü silahlar, kristal avizeler, süs eşyaları ve benzeri birçok ürün yer almaktadır. (IV) sayılı liste kapsamında vergilendirmeye tabi tutulan lüks tüketim mallarından üretimi yurt dışında yapılanlarda ithalat, yurt içinde yapılanlarda teslimat veya müzayede yolu ile satışı vergiyi doğuran olaydır.

²¹ Betül Hayrullahoğlu, 'Türkiye'de Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerde Özel Tüketim Vergisinin Başarısı' (2015) 2 (2) Journal of Life Economics 89, 95, Oktar, Türk Vergi Sistemi (n 12) 203.

²² Ülkemizde Kanun'a ekli listeler incelendiğinde özel tüketim vergisinin; akaryakıt ürünlerinden motorlu taşıtlara, alkollü içeceklerden tütün ürünlerine ve lüks tüketim ürünleri kapsamına alınan birçok mal gurubuna kadar uzanan bir içeriğe sahip olduğu görülmektedir. Kapsamına aldığı mal ve ürünlerin fazlalığı nedeniyle özel tüketim vergisinin, adeta katma değer vergisi gibi bir genel tüketim vergisi görünümü kazandığı ifade edilmektedir. (Taylar (n 3) 444, Şükrü Kızılot ve Metin Taş, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi (5. Baskı, Gazi Kitabevi 2013) 319)

Bunun yanı sıra özel tüketim vergisi kapsamına giren malların tanımlamasında herhangi bir belirsizlik ve yorum farkı bulunmamakta olup bu malların tanımlamaları uluslararası standartlara göre belirlenmiştir.²³ Zira 4760 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, Kanun'a ekli listelerde yer alan malların Türk Gümrük Tarife Cetvelinde tanımlanan eşyalar olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla özel tüketim vergisine tabi mallar, esas itibarıyla, Kanun'a ekli listelerde, Türk Gümrük Tarife Cetvelindeki tarife, tarife alt pozisyon açılımları, G.T.İ.P. numaralarına yer verilmek suretiyle ve Türk Gümrük Tarife Cetvelinde tanımlandığı şekilde yer almaktadır.

B. Müteselsil Sorumluluk Kavramı

Müteselsil sorumluluk kavramı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 61. ve 62. maddelerinde; müteselsil borcun meydana gelişi ve müteselsil borçluların sorumlulukları ise aynı Kanun'un 162. ve 163. maddelerinde düzenlenmiştir.

6098 sayılı Kanun'un 61. maddesinde müteselsil sorumluluk kavramı; *"Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır."* hükmü ile açıklanmıştır. Aynı Kanun'un 162. maddesinde ise, birden çok borçludan her birinin, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse müteselsil borçluluğun doğacağı, böyle bir bildirim bulunmadığı durumlarda ise, müteselsil borçluluğun ancak kanunda öngörülen hâllerde doğacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Müteselsil sorumluluk durumunda borçluların hepsi borcun tamamından sorumlu olup bu durum 6098 sayılı Kanun'un 163. maddesinde; *"Alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir. Borçluların sorumluluğu, borcun tamamı ödeninceye kadar devam eder."* şeklinde açıklanmıştır.

Bu açıklamalar çerçevesinde müteselsil sorumluluk, bir irade beyanı veya kanun hükmü nedeniyle birden çok borçludan her birinin edimin tamamını ifa ile yükümlü olduğu, alacaklının ise edimin tamamını ancak bir defa elde etmek için borçlulardan dilediğinden talep etmeye yetkili olduğu ve borçlulardan birinin ifası veya ifa yerini tutan edim ile diğerlerinin ifa edilen oranda alacaklıya karşı borçlarının sona erdiği bir birlikte sorumluluk hali olarak tanımlanabilir.²⁴

Vergi hukuku açısından bakıldığında vergi ödevlerinin yerine getirilmesinden esas olarak vergi mükellefleri sorumludur. Ancak bazı hallerde

²³ Yıldırım (n 16) 228.

²⁴ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Yetkin Yayınları 2015) 1200, Turan ve Turan (n 12) 305.



bu ödevlerin yerine getirilmesi görevi, kanun koyucu tarafından üçüncü kişilere yüklenilmektedir. Kendilerine vergi ödevi yüklenen kişiler vergi sorumlusu olarak adlandırılmakta olup vergi sorumlusu kendisi gerçek yükümlü olmamasına rağmen vergi kanunlarının emredici hükümleri dolayısıyla verginin vergi dairesine ödenmesi ve diğer bazı işlemleri yapması zorunluluğu olan kişilerdir.²⁵ Bu bağlamda asıl borçlu dışında başka kimselere de verginin ödenmesi görevi verilmiş olup bu kimselerin görevlerini gerektiği gibi yerine getirmemeleri durumunda verginin bunlardan tahsili yoluna gidilmektedir. Vergi hukukunda iki farklı türde sorumluluk düzenlenmiştir. Bunlar, müşterek (ortaklaşa)²⁶ ve mütessesil (zincirleme) sorumluluktur.²⁷

Özel hukuk kökenli bir kurum olan *mütessesil (zincirleme) sorumluluk* müessesesinin vergi hukukunda getiriliş amacı, kamu alacağını güvence altına almaktır. Vergi hukukunda, vergilendirmeye ilişkin özel sözleşmeler vergi dairelerini bağlamadığından vergi hukukunda mütessesil sorumluluk sadece kanundan doğmaktadır.²⁸

Özel hukukta olduğu gibi vergi hukuku açısından bakıldığında da, mütessesil sorumluluk esas itibariyle bir vergi borcuna ilişkin olup aynı anda birden fazla kişinin bu vergi borcundan sorumlu tutulabilmesi anlamına gelmektedir. Mütessesil sorumluluk halinde, vergi idaresinin muhatap olacağı sorumlu

²⁵ Özel tüketim vergisinde vergi sorumluluğuna ilişkin 4760 sayılı Kanun'un 4. maddesinde bazı düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre 4760 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, mükellefin Türkiye içinde ikametgâhının, işyerinin, kanuni ve iş merkezlerinin bulunmaması halleri ile gerekli görülen diğer hallerde Maliye Bakanlığı'nın, vergi alacağının emniyet altına alınması amacıyla vergiye tâbi işlemlere taraf olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin (3) numaralı fıkrasında ise, fiilî veya kaydı envanter sırasında bu Kanun'a ekli listelerdeki malların belgesiz olarak bulundurulduğunun tespiti halinde, belgesiz mal bulunduran mükelleflere, bu malların alış belgelerinin ibrazı için tespit tarihinden itibaren 10 günlük bir süre verileceği, bu süre içinde alış belgelerinin ibraz edilememesi halinde, belgesi ibraz edilemeyen malın tespit tarihindeki emsal bedeli üzerinden hesaplanan özel tüketim vergisinin, alışını belgeleyemeyen mükellef adına re'sen tarh edileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda işlem tesis edilebilmesi için, mükellefiyetin veya mükellefiyeti gerektirecek faaliyetin bulunması ve söz konusu malların belgesiz olarak bulundurulduğunun fiilî ve kaydı envanter neticesinde tespit edilmesi gerekmekte olup bu yönde herhangi bir tespit bulunmadığı sürece mezkur düzenleme kapsamında özel tüketim vergisi tarhiyatı yapılamayacaktır.

²⁶ Müşterek sorumlulukta, vergiyi ödeyen asıl mükellef ile vergiyi vergi dairesine yatırmak zorunda olan iki kişi bulunmaktadır. Vergi sorumlusu ile verginin asıl borçlusu farklı kişilerdir. Vergi sorumlusu, ödediği bu borç için asıl mükellefe rücu edebilir. Dolayısıyla vergi sorumlusunun kendi borcu söz konusu olmadığından bu sorumluluk tali niteliktedir (Kızılot ve Taş (n 20) 40).

²⁷ ibid 40.

²⁸ Sadık Kırbaş, *Vergi Hukuku (Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar)* (20. Baskı, Siyasal Kitabevi 2015) 82., Öncel, Kumrulu ve Çağan (n 8) 88., Yusuf Karakoç, *Genel Vergi Hukuku* (Yetkin Yayınları 2017) 183.

sayısı birden fazla olduğundan alacağın tamamı için borçlulardan birine yönelik takip yapılabilir. Müteselsil borçluluk durumunda, vergi borcu kişinin asli borcu niteliğine bürünmektedir. Borç, müteselsil borçlu bulunanlardan herhangi birisinden tahsil edildiğinde ortadan kalkmaktadır.²⁹

Türk vergi hukukunda müteselsil sorumluluk ile ilgili genel bir hüküm bulunmayıp ancak değişik kanunlarda teselsüle ilişkin hükümler yer almaktadır.³⁰ Ancak müteselsil sorumluluk ile ilgili genel bir hüküm niteliğinde kabul edilebilecek 213 sayılı Kanun'un 11. maddesinin üçüncü fıkrasında, vergi kesenlerin, yani bir anlamda vergilendirme işlemine taraf olanların sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Öncelikle maddenin ilk fıkrasında, yaptıkları veya yapacakları ödemelerden vergi kesmeye mecbur olanların, verginin tam olarak kesilip ödenmesinden ve bununla ilgili diğer ödevleri yerine getirmekten sorumlu oldukları hükme bağlanmıştır. Üçüncü fıkrada ise, mal alım ve satımı ve hizmet ifası dolayısıyla vergi kesintisi yapmak ve vergi dairesine yatırmak zorunda olanların, bu yükümlülükleri yerine getirmemeleri halinde verginin ödenmesinden, alım satım taraf olanlar, hizmetten yararlananlar ve aralarında doğrudan veya hısımlık nedeniyle ya da sermaye, organizasyon veya yönetime katılmak veya menfaat sağlamak suretiyle dolaylı olarak ilişkide bulunduğu tespit olunanların müteselsilen sorumlu oldukları düzenlemesine yer verilmiştir.

C. Özel Tüketim Vergisinde Müteselsil Sorumluluk

1. 213 sayılı Kanun'un 11. Maddesinden Kaynaklanan Müteselsil Sorumluluk

İşleme taraf olanların müteselsil sorumluluğuna ilişkin 213 sayılı Kanun'un 11. maddesinde yer alan düzenlemeler, özel tüketim vergisi açısından da uygulanma imkânına sahiptir.

Özel tüketim vergisine tabi bir malı satın alan gerçek ya da tüzel kişinin Hazine'ye intikal etmeyen özel tüketim vergisinden sorumlu tutulması için satıcının, tahsil ettiği özel tüketim vergisini ödemediğinin veya beyan etmediğinin, yani yükümlülüğünü yerine getirmediğinin tespit edilmiş olması gerekmektedir. Buna göre, 4760 sayılı Kanun'a ekli listeler kapsamında malları özel tüketim vergisi mükelleflerinden teslim alanlar, söz konusu malların teslimine ait özel tüketim vergisinin Hazine'ye intikal ettirilmediğinin tespiti halinde, intikal ettirilmeyen özel tüketim vergisinden özel tüketim vergisi mükellefi ile birlikte müteselsilen sorumludur. Müteselsil sorumluluk için alıcının özel tüketim vergisi mükellefi olması gerekmemekte, işleme taraf olması yeterli bulunmaktadır.³¹

²⁹ Fatih Torun, *Açıklamalı İçtihatlı Emlak Vergisi Kanunu* (Adalet Yayınevi 2016) 635, Karakoç (n 26) 184-185, Kızılot ve Taş (n 20) 40.

³⁰ Karakoç (n 26) 183.

³¹ Turan ve Turan (n 12) 306.



Danıştay ise, 213 sayılı Kanun'un 11. maddesi kapsamında özel tüketim vergisi uygulaması bakımından mütessesil sorumluluk doğabilmesi için kendisine mal teslim eden kişinin 4760 sayılı Kanunun 4. maddesinde tanımlanan özel tüketim vergisi sorumlusu sayılması ve sorumlu tarafından vergi hukukundan doğan yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması gerektiğini belirtmektedir. Başka bir ifadeyle Danıştay, 213 sayılı Kanun'un 11. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılanların mütessesil sorumluluğu sadece vergi sorumlusunun kestiği vergilerle sınırlı olup, söz konusu fıkranın 4760 sayılı Kanun'un 4. maddesi dışında özel tüketim vergisi açısından uygulanma olanağı bulunmadığını belirtmektedir.³²

2. 4760 sayılı Kanun'un 13. Maddesinden Kaynaklanan Mütessesil Sorumluluk

Özel tüketim vergisi uygulaması açısından mütessesil sorumluluk, sadece 213 sayılı Kanun'un 11. maddesi kapsamında işleme taraf olanların mütessesil sorumluluğu ile sınırlı olmayıp 4760 sayılı Kanun'da mütessesil sorumluluk doğuran hallere yer verilmiş, bu Kanun uyarınca çıkarılan Özel Tüketim Vergisi Uygulama Genel Tebliğlerinde de mütessesil sorumluluğun uygulanmasına ilişkin usul ve esasa ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Özel tüketim vergisinin tahsilini sağlamak amacıyla getirilen bu önlemler 4760 sayılı Kanun'un *Mütessesil Sorumluluk ve Ceza Uygulaması* başlıklı 13. maddesinde yer almaktadır.

4760 sayılı Kanun'un 13. maddesinde ilk olarak *petrol rafinerilerinin mütessesil sorumluluğuna* ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, gerçek veya tüzel kişiler tarafından ithal edilen ham petrolün Türkiye'deki rafinerilere fason olarak rafine ettirilmesi sonucu elde edilen (I) sayılı listedeki malların tesliminde doğacak özel tüketim vergisinin ödenmesinden, ham petrol ithalini gerçekleştirenler ile birlikte ilgili rafineri şirketi mütessesilen sorumlu tutulmuştur (*4760 sayılı Kanun'un 13/1. maddesi*). Görüldüğü üzere bu düzenlemenin muhatabı, petrol olarak işleyen rafinerilerdir. Burada kendilerine fason olarak petrol rafine ettirilen petrol rafinerileri ham petrolden elde edilen petrol ürünlerinin tesliminde doğacak olan özel tüketim vergisinin ödenmesinden, ham petrolü ithal edenlerle birlikte mütessesilen sorumlu kılınmıştır.³³

Ayrıca, (I) sayılı listedeki petrol ürünlerini teslim alanların *aynı malları daha yüksek tutarda vergilenen mallar yerine kullanmak veya satmak* suretiyle vergi kaybına neden olmaları halinde, kayba uğratılan verginin, vergi ziyası cezası uygulanarak alınacağı öngörülmüştür (*4760 sayılı Kanun'un 13/2. maddesi*).³⁴

³² Danıştay Üçüncü Dairesi'nin 17/3/2014 tarih ve 2013/7641, K:2014/1145 sayılı kararı.

³³ Oktar (n 9) 103., Turan ve Turan (n 12) 311.

³⁴ Danıştay Yedinci Dairesi'nin 19/11/2019 tarih ve E:2019/3394, K:2019/6108 sayılı kararında;

Bu durumda ziyaa uğratılan vergi, bahse konu malı daha yüksek vergili mal olarak kullanandan veya satandan, 213 sayılı Kanun'un 344. maddesi uyarınca vergi ziyayı cezası kesilmek suretiyle tahsil edilecektir. 4760 sayılı Kanun'un 13/2. maddesine göre tarhiyat yapılabilmesi için, düşük vergili malı satan veya kullananın ticari, sınai, zirai veya serbest meslek faaliyeti dolayısıyla gelir veya kurumlar vergisi mükellefi olması şart değildir. Örneğin bu düzenleme uyarınca taşıt araçlarında motorin yerine piyasada *10 numara yağ* olarak bilinen hidrolik amaçlara mahsus sıvı yağın kullanılması durumunda bu yağ motorin olarak kullanan araç sahibi adına vergi ziyayı cezalı özel tüketim vergisi tarhiyatı yapılabilecektir.³⁵

Ayrıca belirtmek gerekir ki, söz konusu müteselsil sorumluluk uygulaması, (I) sayılı listedeki malların vergisi daha yüksek bir mal olarak kullanılması veya satışında cezalı tarhiyat yapılmasını öngörmektedir. Dolayısıyla (I) sayılı liste kapsamına girmeyen malların (I) sayılı listedeki bir mal yerine kullanılması veya satılması halinde bu maddeye göre cezalı tarhiyat yapılmayacaktır. Örneğin kamyonunda motorin yerine atık yağ kullanan bir mükellef için, atık yağ (I) sayılı listede yer almadığından bu madde uyarınca işlem yapılamayacaktır.³⁶

4760 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile getirilen diğer bir müteselsil sorumluluk durumu, *ilk iktisap, teslim veya ithalata ilişkin işlemleri gerçekleştirenlerin müteselsil sorumluluğudur*. 4760 sayılı Kanun'un ekli (II) sayılı listedeki motorlu araçların ilk iktisabına, teslimine veya ithaline

" (...) Dosyanın incelenmesinden, davacının kapasite raporunda yer verilen 5 farklı üretim reçetesinde ortalama %90 baz yağı ve %10 katkılı şekilde üretim yaptığı, reçetelerin sabit olmadığı, farklı ticari isimlere sahip katkı maddelerinin aslında baz yağ olduğu, üretimde kullanılan gaz yağını aldığı firmaların alt firmalarının EPDK dağıtım lisansına sahip olmadığı, "isopropilen alkol" alımı yapılan firma hakkında tüm faaliyetlerinin sahte olduğuna dair vergi tekniği raporu bulunduğu; diğer yandan, satışlarının %50'sini kapsayan firmalardan ulaşılabilenlerin temsilcilerinin bazılarının ifadelerinde alınan mamülün motorine ikame akaryakıt olarak kullandıklarını beyan ettiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, davacının, 2013 yılında gaz yağı, dietil eter ve isopropilen alkol (İPA) alımlarının gerçek olmadığı, dolayısıyla söz konusu hammaddelerin üretim sürecine girmediğinin anlaşılması karşısında, 4760 sayılı Kanun'a ekli (I) sayılı listenin (B) cetvelindeki vergi tutarları uygulanarak teslim edilen malların, (I) sayılı listeye dahil olmayan malların imalinde kullanılmadığı ve üretilen mamülün özel tüketim vergisine tabi olduğunun sabit olduğu; diğer yandan, davacının satış yaptığı firmalar nezdinde yapılan karıştırmalarda ürünleri satın alanların madeni yağ ticareti yapan firmalar olduğu, bazı firma yetkililerince davacıdan alınan mamülün motorine ikame akaryakıt olarak kullanıldığı ifade edildiği, bu itibarla, söz konusu malın, daha yüksek özel tüketim vergisine tabi motorine ikame olarak satıldığına kabulünün gerektiği, davacının akaryakıt katığı satışları sebebiyle doğan vergi ziyaiden 4760 sayılı Kanun'un 13. maddesinin 2. fıkrası uyarınca müteselsil sorumlu olduğu sonucuna ulaşıldığından, davacı adına yapılan cezalı tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmamaktadır." denilmektedir.

³⁵ Oktar (n 9) 103.

³⁶ ibid 104.



ilişkin işlemleri gerçekleştirenler bu işlemlerden önce özel tüketim vergisinin ödendiğini gösteren belgeleri aramak zorundadırlar. Bu sorumluluğu yerine getirmemek suretiyle gerekli verginin ödenmesinden önce işlem yapan gümrük memurları, kayıt ve tescile yetkili memurlar, motorlu araç ticareti yapanlar, bu malların müzayede yoluyla satışını gerçekleştirenler ile icra memurları, ziyaa uğratılan vergi, vergi cezası ve gecikme faizinden mükellefle birlikte müteselsilen sorumludurlar (4760 sayılı Kanun'un 13/3. maddesi).³⁷ Ancak bunlar, ödemek zorunda kaldıkları vergi, ceza ve faizler için mükellefe rücu hakkına sahiptirler.

4760 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile getirilen bir diğer müteselsil sorumluluk durumu; 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 18. maddesinin verdiği yetki uyarınca kullanılma zorunluluğu getirilen *ulusal markeri bulunmayan ya da standartlara uygun olmayan özel tüketim vergisine tabi malları bulundurduğu tespit edilenler* hakkındadır. Ulusal marker³⁸, esas itibarıyla kaçak petrolün önlenmesi amacıyla özel olarak geliştirilmiş,

³⁷ Danıştay Yedinci Dairesi'nin 24/2/2020 tarih ve E:2016/3295, K:2020/1723 sayılı kararında; "(...) Davacı adına tescilli serbest dolaşıma giriş beyannameleri kapsamında ithali gerçekleştirilen 3 adet kullanılmamış binek aracı, bayilik sözleşmesine istinaden satın alan ... hakkında düzenlenen vergi inceleme raporuna istinaden, ... tarafından nihai tüketiciye yapılan teslimatı konu satış bedelinin, 2 araç için ithalatta hesaplanan katma değer vergisi matrahından; 1 araç için ise bayinin alış bedelinden düşük olduğundan bahisle tespit edilen matrah farkı üzerinden 2011 yılının Ekim dönemi için tarh edilen özel tüketim vergisi, gecikme faizi ve kesilen vergi ziyayı cezasının 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 13. maddesinin 3. fıkrası uyarınca müşterek ve müteselsil sorumlu sıfatıyla davacıdan tahsili amacıyla ödeme emri düzenlenmiştir.

(...)

Dava konusu ödeme emrinin dayanağının, 4760 sayılı Kanun'un 13. maddesinin 3. fıkrası olması nedeniyle uyumsuzluğun çözümü davacının anılan madde kapsamında sorumlu tutulup tutulamayacağına tespitine bağlı bulunmaktadır. Maddede (II) sayılı listedeki malların ilk iktisabı, teslimi veya ithaline ilişkin işlemleri gerçekleştirenlerin, bu işlemlerden önce özel tüketim vergisinin ödendiğini gösteren belgeleri aramak zorunda oldukları açıkça belirtilmiş olup; sorumluluk, bu mecburiyete uymayan yani verginin ödendiğine dair belgeleri aramayan gümrük memuru, kayıt ve tescile yetkili memur, motorlu araç ticareti yapanlar; bu malların müzayede yoluyla satışını gerçekleştirenler ve icra memurlarına aittir. İthalatçılar tarafından ithal edilen araçların bayiilere satışı, özel tüketim vergisi açısından bir teslim sayılmadığı için vergiyi doğuran olay meydana gelmediğinden, davacının anılan Kanun'un 13. maddesinin 3. fıkrası kapsamında verginin ödendiğine dair belgeleri aramakla sorumlu olduğundan söz etmek hukuken mümkün değildir." denilmektedir.

³⁸ 5015 sayılı Kanun'un 2/44. maddesinde ulusal marker, kısaca akaryakıtta rafineri çıkışında veya gümrük girişinde eklenecek katkı olarak tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 3/g maddesinde ulusal marker; akaryakıtta; rafineri çıkışında, gümrük girişinde, sanayide yan ürün olarak veya diğer şekillerde üretilen veya tasfiye edilmiş kaçak akaryakıttan teknik düzenlemelere uygun olan akaryakıtta veya benzin türlerine harmanlanacak etanole ticari faaliyete konu edilmeden önce eklenecek ve akaryakıtın özelliklerini bozmayacak niteliği haiz kimyasal ürün olarak tanımlanmaktadır.

akaryakıtta eklenen ve işaretlendiği ürünün yasal yollarla dolaşıma girdiğini gösteren ulusal önlemlerden birisi olup analiz raporlarında analizi yapılan akaryakıtın ulusal marker seviyesine ilişkin ölçümlere de yer verilmektedir.³⁹

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 18. maddesine istinaden *Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Yönetmelik* kabul edilmiş olup bu Yönetmelik hükümleri çerçevesinde ulusal marker ekleme zorunluluğu getirilen mallarda, ulusal marker bulunmadığı veya standartlara uygun markeri olmadığı tespit edildiğinde, bu malları aracında, işyerinde veya herhangi bir yerde bulunduranlar adına malların tespit tarihindeki miktarı üzerinden re'sen özel tüketim vergisi tarh edilecek ve bu tarihiyata ayrıca vergi ziyai cezası uygulanacaktır.

Özel tüketim vergisinin ödenmesini güvence altına almaya yönelik önlemlerden bir diğeri ise, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan alkollü içkiler ve tütün ürünlerinde ortaya çıkan vergisiz yani kaçak kullanımın önlenmesi amacıyla ihdas edilen *4760 sayılı Kanun'un 13. maddesinin 5. fıkrasıdır*.

II. TÜTÜN MAMULLERİ VE ALKOLLÜ İÇKİLER ÜZERİNDEN ALINAN ÖZEL TÜKETİM VERGİSİNDE MÜTESELSİL SORUMLULUK

A. Genel Açıklama

Ülkemizde, tütün ve alkol ürünlerinde ortaya çıkan vergisiz yani kaçak kullanımın önlenmesi amacıyla bir takım tedbirler alınmıştır. Bu çerçevede 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, 1 Seri No.lu Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerde Bandrollü Ürün İzleme Sistemi Genel Tebliği⁴⁰ ile vergi güvenliğini sağlamak amacıyla tütün mamulleri ve alkollü içkiler için bandrollü ürün izleme sistemi kurulmuş ve bu kapsamda söz konusu mallar için bandrol ve kod (biralar için) uygulaması zorunluluğu getirilmiştir.

Bu zorunluluğa uyulması sağlanmak amacıyla *4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 13. maddesinin (5) numaralı fıkrası ihdas edilmiştir*.

Buna göre;

- *213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 257 nci maddesinin verdiği yetki uyarınca kullanılma zorunluluğu getirilen özel etiketi veya işareti olmayan özel tüketim vergisine tabi malların bulundurulduğunun tespit edilmesi halinde, bu malları bulunduranlar adına; (Malların, Kanunda Belirtilen Hadleri Aşmaması Durumunda Sorumluluk)*

³⁹ Turan ve Turan (n 12) 314.

⁴⁰ 17/3/2007 tarih ve 26465 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

- *her bir tespit için bu Kanuna ekli (III) sayılı listenin (A) cetvelinde yer alan malların 50 litreyi, (B) cetvelinde yer alan 2402.20 ve 2402.90.00.00.00 (yalnız tütün yerine geçen maddelerden yapılmış sigaralar) G.T.İ.P. numaralı malların 5.000 adedi aşması hâlinde ise müteselsilen sorumlu olmak üzere, bu malları bulunduranlar ile ithal veya imal edenlerden herhangi biri adına; (Malların, Kanunda Belirtilen Hadleri Aşması Durumunda Müteselsil Sorumluluk)*
- *malların tespit tarihindeki emsal bedeli veya miktarı üzerinden II inci maddedeki esaslara göre vergi ziyayı cezalı özel tüketim vergisi resen tarh edilecektir.*

4760 sayılı Kanun'a ekli (III) sayılı listede yer alan mallara ilişkin müteselsil sorumluluk uygulaması, Özel Tüketim Vergisi (III) sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'nde⁴¹ belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yürütülmektedir.

Görüldüğü üzere 4760 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, özel etiketi veya işareti olmayan özel tüketim vergisine tabi malların ele geçirilmesine ilişkin olarak ele geçirilen malların Kanun'da belirtilen hadleri aşp aşmamaları durumuna göre iki farklı sorumluluk türü kabul edilmiştir.

B. Kanunda Belirtilen Hadleri Aşmayan (III) Sayılı Listedeki Malların Tespitinde Sorumluluk

4760 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (5) numaralı fıkrasında düzenlenen sorumluluğun ilk hali, Kanunda belirtilen hadleri aşmayan (III) sayılı listedeki malların tespitinde söz konusu olan sorumluluktur.

Kuralın ilk kısmında; *"213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 257 nci maddesinin verdiği yetki uyarınca kullanılma zorunluluğu getirilen özel etiketi veya işareti olmayan özel tüketim vergisine tabi malların bulundurulduğunun tespit edilmesi halinde, bu malları bulunduranlar adına"* ibaresi ile bu husus düzenlenmiş olup söz konusu tespit durumunda bu malları bulunduranlar adına vergi ziyayı cezalı özel tüketim vergisi resen tarh edilecektir.⁴² Bu

⁴¹ 8/8/2015 tarih ve 29439 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴² Danıştay Yedinci Dairesi'nin 18/3/2019 tarih ve E:2016/8008, K:2019/1845 sayılı kararında; *"Yukarıda değinilen hükümler birlikte değerlendirildiğinde, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 13. maddesinin 5. fıkrasında; (III) sayılı listenin (A) ve (B) cetvelinde yer alan mallar bakımından, Kanun'un genel hükümleriyle düzenlenen vergiyi doğuran olay ve vergi mükellefinden farklı olarak ve "müteselsil sorumluluk ve ceza uygulaması" başlığıyla "bulundurma" fiili vergiyi doğuran olay, "bulunduranlar" da vergi mükellefi olarak kabul edilerek bulunduranlar adına vergi tahakkuk ettirileceği ve vergi ziyayı cezası kesileceği kuralı getirilmiştir.*

Anılan fıkrada, özel tüketim vergisi tahakkuku için "bulundurma" fiili ile birlikte bulundurulan ürünlerin, kullanılma zorunluluğu getirilen bandrol veya kod olmayan

sorumluluk türünde, özel tüketim vergisi tahakkuku için “bulundurma” fiili ile birlikte bulundurulan ürünlerin, kullanılma zorunluluğu getirilen bandrol veya kod olmayan ürünlerden olması yeterlidir. Mahkemece, ele geçirilen ürünlerin kanunda öngörülen miktarı aşması gerekmemektedir. Zira miktar sınırı bulduranlar bakımından değil müteselsil sorumluluk öngörülen kişiler bakımından getirilmiştir.

4760 sayılı Kanun’un 13. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, mezkûr fıkra da belirlenen hadleri aşmayan özel etiketi veya işareti olmayan sigara ve alkollü içki tespitlerinde imalatçı/ithalatçı bakımından müteselsil sorumluluk öngörülmediğinden, bu mallar için sadece malı evinde⁴³,

ürünlerden olması yeterlidir. Mahkemece, ele geçirilen ürünlerin kanunda öngörülen miktarı aşmadığı ve içmek amacıyla bulundurulduğu gerekçesiyle iptal kararı verilmişse de miktar sınırı bulduranlar bakımından değil müteselsil sorumluluk öngörülen kişiler bakımından getirilmiş olup ayrıca söz konusu ürünlerin kullanma, kâr amacı veya herhangi başka bir nedenle bulundurulmasının da vergilendirme yönünden bir önemi bulunmamaktadır. Maddede belirtilen iki koşulun birlikte gerçekleştiğinin tespit edilmesi durumunda vergi dairesi müdürlüğü tarafından miktara ve bulundurma nedenine bakılmaksızın re’sen vergi tarh edilerek vergi ziyai cezası kesilebilecektir. Re’sen tarh edilen özel tüketim vergisinin muhatabı ise yasal düzenlemenin doğal bir sonucu olarak bu malları bulduranlardır. Belirtilen nedenle, davacı adına re’sen tarh edilen özel tüketim vergisi ile kesilen vergi ziyai cezasının iptali istemiyle açılan işbu davada, 4760 sayılı Kanunun 13. maddesinin 5. fıkrasında belirlenen şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun iki ayrı araçta ele geçirilen yurtdışı menşeli sigaralar bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi suretiyle karar verilmesi gerekirken yukarıda yazılı gerekçeyle verilen iptal kararında yasal isabet görülmemiştir.” denilmektedir.

⁴³ Danıştay Yedinci Dairesi’nin 26/3/2019 tarih ve E:2018/4570, K:2019/2070 sayılı kararında; “(...) 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu’nun 13. maddesinin 5. fıkrasında; (III) sayılı listenin (A) ve (B) cetvelinde yer alan mallar bakımından, Kanunun genel hükümleriyle düzenlenen vergiyi doğuran olay ve vergi mükellefinden farklı olarak ve “müteselsil sorumluluk ve ceza uygulaması” başlığıyla “bulundurma” fiili vergiyi doğuran olay, “bulduranlar” da vergi mükellefi olarak kabul edilerek bulduranlar adına vergi tahakkuk ettirileceği ve vergi ziyai cezası kesileceği kuralı öngörülmüştür.

Anılan fıkra da, özel tüketim vergisi tahakkuku için “bulundurma” fiili ile birlikte bulundurulan ürünlerin de, kullanılma zorunluluğu getirilen bandrol veya kod olmayan ürünlerden olması gerekmektedir. Belirtilen bu iki koşulun birlikte gerçekleştiğinin tespit edilmesi durumunda vergi dairesi müdürlüğü tarafından re’sen vergi tarhı yapılarak vergi ziyai cezası kesilebilecektir. Re’sen tarh edilen özel tüketim vergisinin muhatabı ise yasal düzenlemenin doğal bir sonucu olarak bu malları bulduranlardır.

Dosyanın incelenmesinden; bandrolsüz ve kaçak sigaralar, davacının ikametgahı olduğu hususunda ihtilaf bulunmayan evin içerisinde ele geçirildiğinden ve davacının söz konusu evi kendisi kullanmayı başkasına kiraya verdiği ilişkin somut tespit de bulunmadığından bulundurma fiilinin davacının şahsında gerçekleştiği anlaşılmıştır.

Bu nedenle, 4760 sayılı Kanun’un 13. maddesinin 5. fıkrası uyarınca bulduran sıfatıyla davacı adına tarh edilen vergi ziyai cezalı özel tüketim vergisinde hukuka aykırılık bulunmadığından yukarıda yazılı gerekçesiyle verilen iptal kararında yasal isabet görülmemiştir.” denilmektedir.



aracında⁴⁴, işyerinde⁴⁵ veya benzeri bir yerde bulundurdıkları tespit edilenler adına işlem yapılabilir.

Özel etiketi veya işareti olmayan söz konusu mallar tespit edildiğinde, yakalama/el koyma işlemini gerçekleştiren ilgili kolluk birimleri tarafından yakalama/el koyma işlemine ilişkin düzenlenen tutanağın bir örneği numune olmaksızın doğrudan yakalamanın/el koymanın gerçekleştiği yerdeki Vergi Dairesi Başkanlığı'na (bulunmayan yerlerde Defterdarlığa) gönderilmektedir. Bu tutanakta asgari olarak, bulunduranların kimlik/pasaport bilgileri, yakalanan/el konulan malın miktar bilgileri ile bulunması halinde ayırt edici

⁴⁴ Danıştay Yedinci Dairesi'nin 19/3/2019 tarih ve E:2018/800, K:2019/1882 sayılı kararında; "(...) Dosyanın incelenmesinden; bandrolsüz sigaraların ele geçirildiği aracın şoförü kaçtığından ve kimliği de tespit edilemediğinden trafik sicilinde araç sahibi olarak görünen davacı hakkında işlem tesis edildiği anlaşılmıştır. Araç sahibi olan davacı tarafından aracın olay tarihinden önce galeri aracılığıyla haricen Sait Bingöl isimli şahsa satıldığı ileri sürülmüş ve bu satışa ilişkin satış sözleşmesi de dosyaya sunulmuşsa da, emniyet görevlileri tarafından yapılan yol kontrolü sırasında söz konusu aracın durmayarak kaçması üzerine yapılan takip sonucunda terkedilmiş halde bulunduğu ve motorlu taşıtların satışının geçerli olabilmesi için noter aracılığıyla resmi şekilde yapılması gerektiği hususları birlikte değerlendirildiğinde; araç sahibinin bulunduran sıfatını haiz olduğu anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, 4760 sayılı Kanunun 13. maddesinin 5. fıkrası uyarınca bulunduran sıfatıyla davacı adına tarh edilen vergi ziyai cezalı özel tüketim vergisinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle verilen temyize konu kararda yasal isabet görülmemiştir." denilmektedir.

Danıştay Yedinci Dairesi'nin 25/3/2019 tarih ve E:2017/1808, K:2019/1982 sayılı kararında da; "(...) Dosyanın incelenmesinden; emniyet ekiplerince yapılan aramada, davacının sürücüsü olduğu kapalı kasa aracın arka tarafının koltuk seviyesinde ve karton kutular içerisinde açık vaziyette TAPDK bandrolü bulunmayan sigaraların ele geçirildiğinin anlaşıldığı, davacının söz konusu sigaralardan haberinin olmadığı, aracın ücret mukabili şoförlüğünü yaptığı, söz konusu sigaraların arkadaşına ait olduğu iddialarına gelince ise; basiretli bir kişinin şoförlüğünü yapacağı araçla ne taşıyacağını sormaması ve taşıdığı eşyayı kontrol etmemesi hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceğinden ayrıca kaçak sigaraların araç içerisinde gizlenerek taşınmadığı hususu da dikkate alındığında kanunun aradığı bulundurma fiilinin davacının şahsında gerçekleştiği açıktır.

Bu nedenle, 4760 sayılı Kanunun 13. maddesinin 5. fıkrası uyarınca bulunduran sıfatıyla davacı adına tarh edilen vergi ziyai cezalı özel tüketim vergisinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle verilen temyize konu kararda yasal isabet görülmemiştir." denilmektedir.

⁴⁵ Danıştay Yedinci Dairesi'nin 11/4/2019 tarih ve E:2016/3779, K:2019/2736 sayılı kararı ile; "(...) Dosyanın incelenmesinden; emniyet ekiplerince yapılan aramada, davacının sahibi olduğu markette yapılan kontrolde masa üzerinde ve rahatlıkla görülebilecek şekilde duran sigaraların ele geçirildiği, davacının ele geçirilen sigaraların kaçak olduğunu kabul ettiği, daha sonra ise markete yaklaşık 200 metre mesafede bulunan kendisine ait ahırda da sigara bulunduğunu beyan etmesi üzerine burada yapılan aramada kaçak sigaralar ele geçirildiği anlaşılmıştır. Bu itibarla kaçak sigaraların davacının bilgisi dahilinde kendisine ait olan yerlerde bulundurulduğu konusunda ihtilaf olmadığından kanunun aradığı bulundurma fiilinin davacının şahsında gerçekleştiği açıktır.

Bu nedenle, 4760 sayılı Kanunun 13. maddesinin 5. fıkrası uyarınca bulunduran sıfatıyla davacı adına tarh edilen vergi ziyai cezalı özel tüketim vergisinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle verilen iptal kararında yasal isabet görülmemiştir." gerekçesiyle kararın bozulmasına karar vermiştir.

ibarelere ve alkollü içkilerde varsa ürün üzerindeki, içerdiği alkol derecesine/ miktarına ilişkin bilgilere yer verilmesi gerekmektedir.

İlgili kolluk birimleri tarafından gönderilen tutanak, Vergi Dairesi Başkanlığı (bulunmayan yerlerde Defterdarlık) tarafından, bulunduranlar adına tarhiyat yapılabilmesi için bulunduranların;

- faal mükellef olması durumunda bunların bağlı bulunduğu,
- faal mükellef olmaması durumunda ikametgâhlarının, işyerlerinin, kanuni veya iş merkezlerinin bulunduğu yer,
- Türkiye’de ikametgâhı, işyeri, kanuni ve iş merkezlerinin bulunmaması durumunda ise yakalamanın/el koymanın gerçekleştiği yer vergi dairesine gönderilmektedir.

Söz konusu mallara ait özel tüketim vergisi, tespit tarihindeki emsal bedeli veya miktarı üzerinden 4760 sayılı Kanun’un 11. maddesindeki esaslara göre re’sen tarh edilecek ve ayrıca bu tarhiyata vergi ziyayı cezası uygulanacaktır.

Kolluk kuvvetleri tarafından düzenlenen yakalama/el koyma tutanakları ile birden fazla kişinin söz konusu malları aracında, işyerinde veya herhangi bir yerde bulundurduğunun tespit edilmesi halinde, tarha yetkili vergi daireleri tarafından her biri adına ayrı ayrı tarhiyat yapılması mümkündür. Bu durumda, yapılacak tahsilata bağlı olarak diğer bulunduranlar adına yapılan tarhiyatların veya tarhiyatlara ilişkin tahakkukların terkin edileceği açıktır.

Öte yandan, 4760 sayılı Kanun’un 13. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, özel etiketi veya işareti olmayan, (III) sayılı listenin (B) cetvelinde yer alan sigara dışındaki tütün mamullerinin tespitinde de imalatçı ve ithalatçı bakımından müteselsil sorumluluk öngörülmemiştir. Buna göre, miktarına bakılmaksızın sigara dışındaki tütün mamullerine ilişkin olarak yapılan tespitlerde de müteselsil sorumluluk hükümleri uygulanmayacağından bu bölümdeki açıklamalar çerçevesinde işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

C. Kanunda Belirtilen Hadleri Aşan (III) Sayılı Listedeki Malların Tespitinde Müteselsil Sorumluluk

4760 sayılı Kanun’un 13. maddesinin (5) numaralı fıkrasında düzenlenen sorumluluğun ikinci hali, Kanunda belirtilen hadleri aşan (III) sayılı listedeki malların tespiti durumunda söz konusu olan müteselsil sorumluluktur.

Kuralın bu kısmında, “*her bir tespit için bu Kanuna ekli (III) sayılı listenin (A) cetvelinde yer alan malların 50 litre, (B) cetvelinde yer alan 2402.20 ve 2402.90.00.00.00 (yalnız tütün yerine geçen maddelerden yapılmış sigaralar) G.T.İ.P. numaralı malların 5.000 adedi aşması hâlinde ise müteselsilen sorumlu olmak üzere, bu malları bulunduranlar ile ithal veya imal edenlerden herhangi biri adına;*” ibaresi ile bu husus düzenlenmiş olup söz konusu tespit



durumunda bu malları bulunduranlar ile ithal veya imal edenlerden birisi adına vergi ziyai cezalı özel tüketim vergisi resen tarh edilebilecektir.

4760 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (5) numaralı fıkrasında belirtilen hadleri aşan miktarlarda özel etiketi veya işareti olmayan sigara veya alkollü içki tespiti üzerine, yakalama/el koyma işlemini gerçekleştiren ilgili kolluk birimleri tarafından yakalama/el koyma işlemine ilişkin düzenlenen tutanağın bir örneği ile yakalanan/el konulan tüm mallardan alınan yeterli sayıda ve miktarda numune, söz konusu malların hangi ithalatçı ya da imalatçıya ait olduğunun tespiti için Tütün Alkol Piyasası Denetleme Kurulu'na (Tarım ve Orman Bakanlığı Tütün ve Alkol Dairesi Başkanlığı)⁴⁶ gönderilmektedir. Söz konusu tutanakta asgari olarak, bulunduranların kimlik/pasaport bilgileri, yakalanan/el konulan malın miktar bilgileri ile bulunması halinde ayırt edici ibarelere ilişkin bilgiler yer alacaktır.

Tarım ve Orman Bakanlığı, numuneler üzerinde yapacağı analiz sonucunda malların miktarı, alkol derecesi, emsal bedeli gibi tespiti konu mal türleri itibarıyla verginin hesabına esas bilgileri de içeren bir değerlendirme raporu düzenleyecektir. Sigaralar için düzenlenen değerlendirme raporunda, emsal bedel olarak perakende satış fiyatlarına yer verilecektir. Raporda ayrıca yakalanan/el konulan malların ithalatçı veya imalatçı bazında ayrımı ile aynı ithalatçı ya da imalatçıya ait malların miktar ve marka bilgileriyle, bulunması halinde ayırt edici ibare bilgileri itibarıyla tasnifinin yapılması ve Kanunda belirtilen miktarların aşılp aşılmadığının belirtilmesi gerekmektedir. Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından 30 gün içerisinde düzenlenecek bu rapor yakalama/el koyma işlemine ilişkin olarak düzenlenen tutanak ile birlikte aynı süre içerisinde yakalamanın/el koymanın gerçekleştiği yerdeki Vergi Dairesi Başkanlığı'na (bulunmayan yerlerde Defterdarlığa) gönderilecektir.

Yakalamanın/el koymanın gerçekleştiği yer Vergi Dairesi Başkanlığı (bulunmayan yerlerde Defterdarlık), Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından

⁴⁶ Söz konusu tespiti yapacak kurum olarak Özel Tüketim Vergisi (III) sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'nde halen Tütün Alkol Piyasası Denetleme Kurulu (TAPDK) olarak belirtilmekte ise de TAPDK; 696 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (OHAL KHK) 76. maddesi ile kapatılarak faaliyetine son verilmiştir. Aynı OHAL KHK'sının 77. maddesi ile 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkol Piyasasının Düzenlenmesine Dair Kanun'a 4/B maddesi eklenmiştir. 4733 sayılı Kanun'un 4/B maddesinin (c) bendinde yer alan; *tütün, tütün mamulleri ve alkollü içkilerin üretim, satış ve sunum faaliyetlerine ilişkin izin ve yetki belgelerini vermek, bu faaliyetlere ilişkin piyasa takip ve kontrolünün sağlanmak görevi* ile (d) bendinde yer alan, *tütün, tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü ürünler konusunda analizlerin yapılması veya yaptırılmasına yönelik çalışmaları yürütmek görevi* Tarım ve Orman Bakanlığı'na verilmiş olup bu görev, Tarım ve Orman Bakanlığı Tütün ve Alkol Dairesi Başkanlığı tarafından yürütülmektedir.

gönderilen rapor ile yakalama/el koyma işlemine ilişkin tutanağı, bulunduranlar adına tarhiyat yapılabilmesi için bulunduranların;

- Faal mükellef olması durumunda bunların bağlı bulunduğu,
- Faal mükellef olmaması durumunda ikametgâhlarının, işyerlerinin, kanuni veya iş merkezlerinin bulunduğu yer,
- Türkiye’de ikametgâhı, işyeri, kanuni veya iş merkezleri bulunmayanlarda ise yakalamanın/el koymanın gerçekleştiği yer,

vergi dairesine gönderir. Yukarıda belirtilen durumlarda, tarhiyatı yapması öngörülen vergi dairesinin bulunduğu ilgili ilde, Kanun’a ekli (III) sayılı liste bakımından görevlendirilmiş/belirlenmiş vergi dairesi varsa, söz konusu belgeler bu vergi dairesine gönderilir. Başka bir ildeki vergi dairesine gönderilmesi gereken belgeler, ilgili il Vergi Dairesi Başkanlığı’na (bulunmayan yerlerde Defterdarlığa) gönderilir.

Söz konusu mallara ait özel tüketim vergisi, tespit tarihindeki emsal bedeli veya miktarı üzerinden 4760 sayılı Kanun’un 11. maddesindeki esaslara göre vergi ziyayı cezalı olarak re’sen tarh edilir. Bahse konu tespitlerde, takdir komisyonlarınca, Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından gönderilen değerlendirme raporlarında yer verilen tutarlar ve vergilendirmeye esas diğer verilerin dikkate alınacağı açıktır.⁴⁷

Kolluk kuvvetleri tarafından yapılan tespitlerde özel etiketi veya işareti bulunmayan özel tüketim vergisine tabi söz konusu malları bulunduranların birden fazla kişi olması halinde, tarha yetkili vergi daireleri tarafından her biri adına ayrı ayrı tarhiyat yapılması mümkündür. Bu durumda, yapılacak tahsilata bağlı olarak diğer bulunduranlar adına yapılan tarhiyatların veya tarhiyatlara ilişkin tahakkukların terkin edileceği açıktır.

4760 sayılı Kanun’un 13. maddesinin (5) numaralı fıkrası uygulamasında özel tüketim vergisinin mükellefi, Tebliğ’in (III/C/1.2) bölümünde doğrudan ithalatçı/imalatçı adına tarhiyat yapılması öngörülen durumlar hariç, özel etiketi veya işareti olmayan özel tüketim vergisine tabi malları aracında, işyerinde veya herhangi bir yerde bulundurdukları tespit edilenler olduğundan,

⁴⁷ Davacı adına kaçak ve bandrolsüz sigara bulundurduğu tespit edildiğinden bahisle re’sen tarh edilen özel tüketim vergisi ve kesilen vergi ziyası cezasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; Şanlıurfa Vergi Mahkemesinin 03/05/2016 tarih ve E:2015/630, K:2016/447 sayılı kararı ile “...buna göre ithalat sırasında alınması gereken vergilerin tahsili amacıyla davacının yukarıda açıklanan kanun maddelerinin amir hükümleri uyarınca takdire sevk edilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı, takdir komisyonunca takdir olunan matrahın hukuka uygunluğuna gelince ise; takdir komisyonunca, bu hususta gerekli teknik bilgi ve donanımına sahip Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından belirlenen miktarın matrah olarak alınması ve üzerinden dava konusu cezalı tarhiyatın yapılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı ...” gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, anılan karar Danıştay Yedinci Dairesi’nin 25/3/2019 tarih ve E:2016/10861, K:2019/1967 sayılı kararı ile onanmıştır.



hakkında bu kapsamda tespit yapılanların özel tüketim vergisi mükellefiyeti tesis edilir. Söz konusu malları bulunduranların yabancı uyruklu olması veya Türkiye’de ikametgâhı, işyeri, kanuni ve iş merkezlerinin bulunmaması bu uygulama kapsamında işlem tesisine engel teşkil etmez.

Özel etiketi veya işareti olmayan malların kargo şirketleri nezdinde yakalanması durumunda, gönderici hakkında işlem tesis edilmektedir.⁴⁸ Ancak, Tebliğ’de gönderen kişiye ilişkin bilgilerin (kimlik bilgileri, adres) bulunmaması nedeniyle gönderene ulaşılamadığı durumlarda taşıma yapan kargo şirketi hakkında işlem tesis edileceği belirtilmektedir. Bununla birlikte, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamında haklarında soruşturma gerektirmesine bağlı olarak, yakalama/el koyma tutanağında kargo şirketine ve/veya çalışanlarına yönelik tespitlere de yer verilmiş olması halinde, gönderen kişi ile birlikte kargo şirketi de sorumlu tutularak buna göre işlem tesis edilecektir.

İthalatçı/imalatçı hakkında bu kapsamda işlem yapılabilmesi, esas itibarıyla söz konusu malların Tarım ve Orman Bakanlığı’na kayıtlı firmalarca piyasaya arz edilen ürünler arasında yer alması, diğer bir ifade ile ithalatçının veya imalatçının Türkiye’de faaliyette bulunan firmalar arasında olması halinde mümkündür. Ayrıca, ithalatçı veya imalatçı firmanın sorumluluğu, yakalanan/el konulan mallardan sadece kendisine ait olduğu Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından belirlenen miktarla sınırlıdır. Dolayısıyla, yakalamalarda/el koymalarda birden fazla ithalatçı veya imalatçıya ait malların ele geçirilmesi

⁴⁸ Danıştay Yedinci Dairesi’nin 19/3/2019 tarih ve E:2018/4679, K:2019/1881 sayılı kararında; “08/08/2015 tarih ve 29439 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Özel Tüketim Vergisi (III) sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği’nin “C - Müteselsil Sorumluluk” bölümününün “1.3. Diğer Hususlar” başlıklı maddesinde, özel etiketi veya işareti olmayan malların kargo şirketleri nezdinde yakalanması durumunda, gönderici hakkında işlem tesis edileceği, ancak, gönderen kişiye ilişkin bilgilerin (kimlik bilgileri, adres) bulunmaması nedeniyle gönderene ulaşılamadığı durumlarda taşıma yapan kargo şirketi hakkında işlem tesis edileceği, bununla birlikte, 21/03/2007 tarih ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamında haklarında soruşturma gerektirmesine bağlı olarak, yakalama/el koyma tutanağında kargo şirketine ve/veya çalışanlarına yönelik tespitlere de yer verilmiş olması halinde, gönderen kişi ile birlikte kargo şirketi de sorumlu tutularak buna göre işlem tesis edileceği belirtilmiştir.

(...)

Sözü edilen hükümler birlikte değerlendirildiğinde, özel etiketi veya işareti olmayan malların kargo şirketleri nezdinde yakalanması durumunda, 4760 sayılı Kanununun 13. maddesinin 5. fıkrası gereğince gönderici hakkında işlem tesis edileceği açıktır.

Olayda, kargo şirketine ait araçta yapılan aramada ele geçirilen sigaraların bulunduğu kargonun gönderici bölümünde ismi yazan kişi olarak davacı adına işlem tesis edilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığından dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.” denilmektedir.

durumunda müteselsil sorumluluk, her bir ithalatçı veya imalatçıya ait mallar bazında Kanun'da belirtilen miktarların aşılması halinde uygulanır.⁴⁹

Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından düzenlenen değerlendirme raporlarında, ithalatçının veya imalatçının belirlenemediği durumlarda, ithalatçı veya imalatçı hakkında yapılacak bir işlem bulunmadığından, aksi yönde bir tespit bulunmadıkça, bu mallar için sadece malı aracında, işyerinde veya herhangi bir yerde bulundurdıkları tespit edilenler adına işlem yapılacağı tabidir.

III. TÜTÜN MAMULLERİ VE ALKOLLÜ İÇKİLER ÜZERİNDEN ALINAN ÖZEL TÜKETİM VERGİSİNE İLİŞKİN MÜTESELSİL SORUMLULUK UYGULAMASINDA YETKİLİ İDARE

A. Vergilendirme Yetkisi Kavramı

Devlet, ülkesinde yaşayan kişiler ile nerede yaşamış olurlarsa olsunlar vatandaşları üzerinde egemenlik hakkına sahiptir. Devletlerin sahip olduğu egemenlik yetkisini kullandığı en önemli alanlardan birisi de vergilendirmedir. Bir başka deyişle vergi ilişkisinin aktif tarafında bulunan, yani vergi alacaklısı konumunda olan devlet, anayasal olarak egemenlik gücüne dayanılarak çıkarılan kanunlarla vergiyi koyma ve uygulama yetkisine sahiptir.⁵⁰

Vergilendirme yetkisi, devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukuki ve fiili gücü olup bu yetki devletin kendi kanunlarında yapacağı değişikliklerle veya uluslararası anlaşmalarla sınırlanabilmektedir. Vergilendirme yetkisi; dar anlamda, vergi koyma, değiştirme ve kaldırma yetkisi ile sınırlı kalmaktadır. Geniş anlamda ele

⁴⁹ Tebliğ'de ithalatçı/imalatçı açısından uygulanacak sorumluluğun esasları aşağıdaki şekilde belirlenmiştir:

İthalatçı veya imalatçıya yönelik müteselsil sorumluluk uygulaması aşağıdaki açıklamalar çerçevesinde yerine getirilir:

Vergi, bulunduranlar adına tarh ve tahakkuk ettirilerek öncelikle bunlardan aranır.

Yapılacak tarhiyat üzerine tahsil edilebilir hale gelen vergi ve fer'ileri ile cezanın;

• Bulunduranlara, bilinen adreslerinde bulunamadığından ödeme emri tebliğ edilememiş olması veya,

• Ödeme emri tebliğ edilmekle birlikte mal beyanında bulunulmamış, vergi dairesince de malı tespit olunamamış ya da beyan edilen veya vergi dairesince tespit olunan malların amme alacağını karşılamayacağını anlaşılmış olması hallerinde ithalatçı veya imalatçı nezdinde ödeme emri ile takibine başlanır.

Ancak, bu malları bulunduranların, Türkiye'de ikametgâhı, işyeri, kanuni veya iş merkezlerinin olmaması, kimlik veya yurt içi adres bilgilerinin tespit edilememesi, yurt dışına kaçması ya da kaçma ihtimalinin olması gibi durumlarda, bulunduranlar adına tarha yetkili vergi dairesinin talebi üzerine ithalatçının veya imalatçının özel tüketim vergisi yönünden bağlı olduğu vergi dairesi tarafından doğrudan ithalatçı veya imalatçı adına bu uygulama kapsamında tarhiyat yapılabilir.

⁵⁰ Recep Narter ve Ercan Sarıcaoğlu, 'Vergilendirme Yetkisi İle Cezalandırma Yetkisi Etkileşimi: Vergi Ceza Normları' (2016) (1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 119, 122, Şenyüz, Yüce ve Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler) (n 6) 84, Akdoğan (n 8) 47-48.



alındığında ise verginin yanı sıra resim, harç, fon, katılma payı, aidat gibi çeşitli mali yükümlülükleri de kapsamaktadır.⁵¹

Vergi koyma, değiştirme ve kaldırma yetkisi olarak tanımlanan vergilendirme yetkisi başka bir açıdan vergilendirme sürecinin aşamaları üzerinden ifade edilmektedir. Bir başka deyişle vergilendirme yetkisi kavramı, bizatihi vergi koyma anlamı taşıyan yasama yetkisine ilişkin olarak açıklandığı gibi, sübjektif ve bireysel vergilendirme işlemlerine ilişkin tarh, tahakkuk ve tahsil yetkilerini açıklamak için de kullanılmaktadır. Vergilendirme yetkisinin bu tasnifi, bu yetkinin kime ait olduğu ve kimin tarafından kullanılması gerektiği hususuna ilişkindir. Nitekim, vergi koyma, vergiyi doğuran olayı, mükellefi ve diğer unsurlarını belirleme yetkisi açısından ele alındığında anayasal zorunluluk olarak yasama organının bu yetkiyi bizatihi kullanması gerekir. Ancak vergilendirme sürecinde tarh, tahakkuk ve tahsil yetkilerinin vergilendirme yetkisi olarak düşünülmesi halinde, bunları kullanma hakkının yürütmeye, yani idareye devredildiği görülmektedir.⁵²

Diğer bir deyişle, vergi koymanın yanında tarh, tahakkuk, tahsil gibi idari aşamalarda kanunları uygulayan ve böylece icra rolünü gerçekleştiren idarenin yetkisi de vergilendirme yetkisi olarak tanımlanmaktadır.⁵³ Vergilendirme yetkisini kullanan yasama organının vergi normu ile belirlediği vergiyi doğuran olayın üzerinde gerçekleşen kişiye, bu çerçevede işlem tesis edilir. Böylece vergilendirme işlemleri, vergilendirme yetkisinin hem gereği hem de sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.⁵⁴

Ülkemizde, devletin vergi tahsil yetkisine dayalı olarak gerçekleştirdiği işlemler genel yönetim kapsamındaki vergiler bakımından Gelir İdaresi Başkanlığı; gümrük vergileri bakımından Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ve yerel nitelikteki vergiler bakımından ise belediyeler ve il özel idareleri tarafından yürütülmektedir.

Buna göre Türk vergi sistemi, verginin tarh ve tahsiline yetkili idareler ile tabi olduğu usul hükümleri açısından; ilki, dâhilde alınan vergiler başlığı altında gelir, harcama ve servet unsurları üzerinden – tarh ve tahsili konusunda mahalli idarelerin yetkilendirildiği vergiler dışında - Gelir İdaresince kovuşturulan ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda öngörülen usule tabi olan vergi, resim ve harçlar; ikincisi ise, dış ticarete konu eşyanın ithalinde veya ihracında Gümrük İdaresince kovuşturulan ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda öngörülen usul hükümlerine tabi olan vergi ve resimler olmak üzere iki gruba ayrılabilir.

⁵¹ Kırbaş (n 26) 61, Şenyüz, Yüce ve Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler) (n 6) 85, Öncel, Kumrulu ve Çağan (n 8) 35, Narter, R./Sarıcaoğlu, E. (2016) 122.

⁵² Narter ve Sarıcaoğlu (n 48) 123.

⁵³ Kırbaş (n 26) 61, Şenyüz, Yüce ve Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler) (n 6) 85, Öncel, Kumrulu ve Çağan (n 8) 36.

⁵⁴ Narter ve Sarıcaoğlu (n 48) 124.

B. Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Üzerinden Alınan Özel Tüketim Vergisinde Müteselsil Sorumluluk Uygulamasında Yetkili İdare Sorunu

1. Kaçak Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Nedeniyle Tarh Edilecek Vergi ve Uygulanacak Yaptırım

4760 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (5) numaralı fıkrasının son kısmında özel etiketi veya işareti olmayan özel tüketim vergisine tabi malların ele geçirilmesi durumunda tarh edilecek vergi ve uygulanacak yaptırım düzenlenmiş olup bu kısım, *"malların tespit tarihindeki emsal bedeli veya miktarı üzerinden 11 inci maddedeki esaslara göre özel tüketim vergisi resen tarh edilir. Bu tarihyata ayrıca vergi ziyayı cezası uygulanır."* şeklindedir.

Belirtildiği üzere, Kanunda belirtilen hadleri aşan (III) sayılı listedeki malların tespiti durumunda malları bulunduranlar ile ithal veya imal edenler arasında herhangi bir ayırım yapılmadan müteselsil sorumlu oldukları düzenlemesine yer verilmiş, müteselsil sorumluluk ilkesi gereğince bu malları bulunduranlar ile ithal veya imal edenlerden herhangi birisi adına cezalı tarhiyat yapılması imkânı getirilmiştir.

Ayrıca Özel Tüketim Vergisi (III) sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'ne bakıldığında, özel etiketi veya işareti olmayan özel tüketim vergisine tabi malların ele geçirilmesi durumunda 213 sayılı Kanun uyarınca işlem yapılması usulünün benimsenmiş olduğu ve vergi ziyayı cezalı özel tüketim vergisinin tarh ve tahakkuku ile tahsil ve takibi konusunda vergi dairelerinin yetkili kılındığı açıkça görülmektedir.

2. İthalat Sırasında Alınan Özel Tüketim Vergisinde Yetkili İdare

4458 sayılı Gümrük Kanunu'na göre, gümrük vergileri *"ilgili mevzuat uyarınca eşyaya uygulanan ithalat vergilerinin ya da ihracat vergilerinin tümünü"* ifade eder (4458 sayılı Kanun'un 2/8-a maddesi).

İthalat vergileri deyimi ile eşyanın ithalinde ödenecek gümrük vergisi ile diğer eş etkili vergiler ve mali yükler ifade edilmektedir (4458 sayılı Kanun'un 3/9. maddesi).⁵⁵ İthalattan alınan vergiler ve vergi etkisi gösteren benzeri uygulamalar (fon kesintileri), dış ticaret politikasının temel araçlarından biridir. Ticareti kısıtlamada kullanılan en eski ve en geleneksel yöntemlerden biri olan gümrük vergisi, ithalat üzerinden alınan en önemli vergidir. Gümrük vergisinin yanı sıra ithalatta alınan diğer vergiler; katma değer vergisi⁵⁶ ile özel tüketim vergisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁵⁵ Turan ve Turan (n 12) 445.

⁵⁶ Ülkemizdeki 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'na göre, istisna edilen bazı mallar dışında, her türlü mal ve hizmet ithali katma değer vergisine tabi olmaktadır. Bu verginin matrahı şu üç unsurdan oluşmaktadır: Birincisi, ithal edilen malın gümrük vergisine esas olan bedeli, katma değer vergisi matrahının unsurudur. Gümrük vergisinin değer esasına göre alınmaması ya da malın gümrük vergisinden muaf olması halinde katma değer vergisinin matrahı malın sigorta ve navlun bedeli dâhil CİF değeridir. Bu değer belli olmadığı hallerde matrah, malın Gümrük İdaresi'nce saptanacak değeridir. İthalde alınacak



4760 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre Kanun'a ekli (II), (III) ve (IV) sayılı listedeki malların ve Cumhurbaşkanı'nın 4760 sayılı Kanun'un 14/4. maddesi hükmüne istinaden vergilendirmeyi ithal aşamasında gümrük idaresine yaptırma yetkisini kullandığı hallerde (I) sayılı listede yer alan malların *ithali* özel tüketim vergisine tabidir.

4760 sayılı Kanun'un 2/1. maddesinde, *ithalat*; verginin konusuna giren malların Türkiye Cumhuriyeti Gümrük Bölgesine girişi olarak tanımlanmıştır.⁵⁷ *Özel Tüketim Vergisi (I) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'nde de ithalat, verginin konusuna giren malların Türkiye Cumhuriyeti Gümrük Bölgesine girişi olarak tanımlanmış, Gümrük Kanunu'nun geçici ithalat ve hariçte işleme rejimleri ile geri gelen eşyaya ilişkin hükümleri uyarınca Türkiye Cumhuriyeti Gümrük Bölgesine giren malların da genel olarak ithal edilmiş sayılacağı belirtilmiştir.*

Ayrıca, 4760 sayılı Kanun'un 3/e maddesinde; ithalatta vergiyi doğuran olay, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'na göre gümrük yükümlülüğünün doğması⁵⁸, ithalat vergilerine tâbi olmayan işlemlerde ise gümrük beyannamesinin tescili olarak belirtilmek suretiyle 4458 sayılı Gümrük Kanunu'na atıf yapılmış ve bu Kanun ile paralel bir uygulamanın sağlanması amaçlanmıştır.

katma değer vergisi matrahının ikinci unsuru, ithalat sırasında ödenen her türlü vergi, resim, harç ve paylardır. İthalat sırasında alınan katma değer vergisi matrahının üçüncü unsuru, fiili ithalata kadar yapılan diğer giderler ve ödemeler ile mal bedeli üzerinden hesaplanan fiyat farkı, kur farkı gibi ödemelerdir. İthalde alınan katma değer vergisi, gümrük vergilerine eş etkili bir vergi uygulamasıdır. Gümrük vergisine eş etkili vergi olan ve dolayısıyla yerli üretimi korumak açısından büyük önem taşıyan ithalde alınan katma değer vergisi, bazı maliyeciler tarafından "*gümrük vergisinin bir devamı ve onun tamamlayıcısı*" olarak nitelendirilmektedir.

⁵⁷ 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 1. maddesinde; bu Kanun'un amacının, Türkiye Cumhuriyeti Gümrük Bölgesine giren ve çıkan eşyaya ve taşıt araçlarına uygulanacak gümrük kurallarını belirlemek olduğu belirtilmiştir. Anılan Kanun'un 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyeti Gümrük Bölgesi'nin, Türkiye Cumhuriyeti topraklarını kapsadığı, ayrıca Türkiye kara suları, iç suları ve hava sahasının gümrük bölgesine dâhil olduğu hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, bir eşyanın veya taşıtın gümrük kurallarına tabi olabilmesi için uluslararası bir taşımaya konu oluşturması gerekmektedir. Türkiye Cumhuriyeti gümrük bölgesine giren ve çıkan eşya ve taşıtların gümrük kurallarına tabi tutulması işlemine gümrük işlemi denilmektedir. Gümrük işlemi; özet beyanın verilmesiyle başlayan ve eşyanın bir gümrük rejimine tabi tutulmasını (*serbest dolaşıma giriş rejimi, transit rejimi, gümrük antrepo rejimi, dâhilde işleme rejimi, gümrük kontrolü altında işleme rejimi, geçici ithalat rejimi, hariçte işleme rejimi, ihracat rejimi*), bir serbest bölgeye girmesini, Türkiye gümrük bölgesi dışına yeniden ihracını, imhasını, gümrüğe terk edilmesini ifade etmektedir.

⁵⁸ 4458 sayılı Kanun'un *Gümrük Yükümlülüğünün Doğması* başlıklı 181/1. maddesinde, ithalatta gümrük yükümlülüğünün;

- İthalat vergilerine tabi eşyanın serbest dolaşıma girişi,
- İthalat vergilerine tabi eşyanın ithalat vergilerinden kısmi muafiyet suretiyle geçici ithalinde doğacağı ve gümrük yükümlülüğünün gümrük beyannamesinin tescili tarihinde başlayacağı düzenlenmiştir.

4760 sayılı Kanun'un 14/3. maddesinde ise, ithali gümrük vergisine tabi malların ithalinde alınan özel tüketim vergisinin, *ilgili gümrük idaresince hesaplanacağı* ve gümrük mevzuatına göre kabul edilen beyanname veya diğer belgeler üzerine imza alınmak suretiyle mükellefe, kanunî temsilcisine veya gümrük müşavirine tebliğ edileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca maddede, *bu tebliğ üzerine ortaya çıkacak ihtilaflar için ithalat vergilerinin tâbi olduğu usul ve esasların uygulanacağı* belirtilmiştir.⁵⁹

Diğer yandan Gümrük İdaresince takibi yapılacak ve tahsilatı gerçekleştirilecek özel tüketim vergisine ilişkin esaslar 4760 sayılı Kanun'un 16. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, ithalatta uygulanan özel tüketim vergisinin gümrük makbuzunda ayrıca gösterileceği belirtilmiş ve ithalat vergilerinin maktu tutarlarda veya sabit oranlı alındığı hallerde buna ilişkin tarifinin özel tüketim vergisini de kapsayacak şekilde tespit olunacağı hükme bağlanmıştır.

4760 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 3. fıkrasında ise, *Bu Kanuna göre gümrükte vergisi ödenmeden veya eksik ödenerek ithal edilen malların hiç alınmamış veya eksik alınmış özel tüketim vergisi ile vergiden müstesna olduğu halde yanlışlıkla alınan veya fazla alındığı anlaşılan özel tüketim vergisi hakkında 4458 sayılı Gümrük Kanunu'ndaki esaslara göre işlem yapılacağı* düzenlemesine yer verilmiştir.⁶⁰ Ayrıca ithal edilecek mala ilişkin beyan üzerinden hesaplanan vergiler ile muayene ve denetleme sonucu hesaplanan vergiler arasındaki farklarda, 4458 sayılı Gümrük Kanunu uyarınca ithalat vergileri noksanlıklarında uygulanacak esaslara göre para cezası kesilecektir.

Görüldüğü üzere, 4760 sayılı Kanun uyarınca, ithali gümrük vergisine tabi malların ithalinde alınan özel tüketim vergisinin, ilgili gümrük idaresince

⁵⁹ Turan ve Turan (n 12) 449-450.

⁶⁰ Bir eşyanın gümrük rejimlerinden birine tabi tutularak yurda sokulması gerekirken hiçbir gümrük rejimine tabi tutulmadan kanuna aykırı olarak ithal edilmesi, başka bir ifadeyle kaçakçılık yoluyla ithalat yapılması halinde gümrük vergilerinin ne şekilde doğacağı 4458 sayılı Kanun'un 182. maddesinin birinci bendinde düzenlenmiştir:

"İthalat vergilerine tabi eşyanın, bu Kanuna aykırı şekilde Türkiye Gümrük Bölgesine girmesi ya da bir serbest bölgede bulunan ithalat vergilerine tabi eşyanın, bu Kanuna aykırı olarak Gümrük Bölgesinin başka bir yerine gitmesi hallerinde, gümrük yükümlülüğü doğar."

Burada eşya, gizlice yani devletin bilgisi haricinde yurda sokulmaktadır. Dolayısıyla gümrük rejimlerine ilişkin yükümlülüklerden ve ithalat vergilerinden kaçılmaktadır. 4458 sayılı Kanun'un 182. maddesinin ikinci bendi, eşyanın Türkiye Gümrük Bölgesine Gümrük Kanununa aykırı olarak girdiği tarihte gümrük yükümlülüğünün de başlayacağını düzenlemiştir.

4458 sayılı Kanun'un 182. maddesinin 3.bendinde ise eşya kanuna aykırı bir biçimde Türkiye Gümrük Bölgesine girmesi durumunda gümrük vergilerinden sorumlu tutulacak kişiler sayılmıştır. Buna göre; eşyanın kanuna aykırı olarak *girişini gerçekleştiren kişiler*, eşyanın kanuna aykırı girişine *iştirak eden ve girişin kanuna aykırı olduğunu bilen ya da bilmesi gereken kişiler* ile söz konusu eşyayı *elde eden veya elinde bulunduran ve bu eşyayı elde ettiği veya aldığı sırada eşyanın kanuna aykırı olarak girdiğini bilen veya normal olarak bilmesi gereken kişiler* gümrük vergisinden sorumludur.



hesaplanacağı ve ortaya çıkacak ihtilaflar için ithalat vergilerinin tâbi olduğu usul ve esasların uygulanacağı anlaşılmaktadır. Ayrıca, gümrükte vergisi ödenmeden veya eksik ödenerek ithal edilen malların hiç alınmamış veya eksik alınmış özel tüketim vergisi hakkında da 4458 sayılı *Gümrük Kanunu*'ndaki esaslara göre işlem yapılacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Bir başka deyişle, bir eşyanın gümrük rejimlerinden birine tabi tutularak yurda sokulması gerekirken hiçbir gümrük rejimine tabi tutulmadan Kanun'a aykırı olarak ithal edilmesi, yani kaçakçılık yoluyla yurda sokulması halinde bu eşyanın yurtiçinde ele geçirilmesi durumunda bu eşya için özel tüketim vergisine ilişkin işlemlerin 4458 sayılı Kanun'daki esaslara göre Gümrük İdaresi'nce yapılması gerekmektedir.

3. Kaçak Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Nedeniyle Tarh Edilecek Özel Tüketim Vergisine İlişkin Müteselsil Sorumluluk Uygulamasında Yetkili İdare

4760 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (5) numaralı bendi ile özel etiketi veya işareti olmayan özel tüketim vergisine tabi alkollü içkiler ile tütün mamullerinin yurt içinde ele geçirilmesi durumuna ilişkin olarak yukarıda anılan düzenlemelerden farklı bir usulün benimsendiği ve *müteselsil sorumluluk* uygulaması getirildiği görülmekte olup kural uyarınca bu malları bulunduranlar ile ithal veya imal edenlerden herhangi biri adına vergi ziyayı cezalı özel tüketim vergisi tarh edilebileceği öngörülmektedir.

Buna göre kural ile özel etiketi veya işareti olmayan özel tüketim vergisine tabi malların ele geçirilmesi durumunda bu malın yurtdışı menşeli olup olmadığı, yani ithalata konu edilip edilmediği araştırılmadan – yurt dışı menşeli olsalar dahi - 213 sayılı *Kanun uyarınca işlem yapılması usulü benimsenmiş ve vergi ziyayı cezalı özel tüketim vergisinin tarh ve tahakkuku ile tahsil ve takibi konusunda vergi daireleri (bulunmayan yerlerde ise Defterdarlık) yetkili kılınmıştır*. Bir başka deyişle müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenlemeler vaz' edilirken eşyanın yurt içinde imal edilmiş olup olmadığı hususunda herhangi bir belirleme yapılmamış olup olmadığı hususunda herhangi bir malın yurtdışı menşeli olması, yani ithalata konu edilip edilmemesi noktasında bir ayrıma gidilmemiştir.

Ülkemizde dış ticaretten alınan vergilerin tamamı için gümrük vergileri ifadesi kullanılmakta olup gümrük vergileri, yürürlükteki hükümler uyarınca eşyaya uygulanan ithalat vergileri ile ihracat vergilerinin tümünü ifade etmektedir. Bu durumda gümrük vergisinin yanında ithalde alınan özel tüketim vergisi de dış ticaretten alınan vergilerin kapsamına girmektedir. Bu nedenle 4760 sayılı Kanun'a ekli listelerde yer alan eşyanın ithalata konu olması durumunda da vergilendirmeye ilgili olarak gümrük mevzuatı hükümlerine göre işlem tesis edilmektedir.

Hal böyle olunca ithalattan kaynaklanan ve asıl mükellefi ithalatçı olan özel tüketim vergisini tarh ve takip etme yetkisinin Gümrük İdaresi'ne

ait olması nedeniyle yasa dışı yollardan ithal edilen gümrük kaçağı tütün mamulleri ve alkollü içkilere ilişkin 4760 sayılı Kanunun 13. maddesinin 5. fıkrası uyarınca özel tüketim vergisi tarhiyatı yapmaya yetkili idarenin hangisi olduğu hususunda tereddüt oluşmuştur. Zira idari yargı mercileri tarafından 4760 sayılı Kanunun 13. maddesinin 5. fıkrasında belirtilen verginin konusunu oluşturan yasa dışı yollardan ithal edilen gümrük kaçağı tütün mamulleri ve alkollü içkilerden kaynaklanan verginin, teslim bağli olarak dahilde doğan ve vergi dairesince tarh ve tahsili mümkün bulunan bir vergi olmadığı, aksine, söz konusu vergi yükümlülüğü ile ilgili olarak, 4760 sayılı Kanun'un 16. maddesi hükmü uyarınca, doğan bu vergiyi tarh etme, vergiye bağli ceza kesme ve bu amme alacaklarını takip etme yetkisinin gümrük idaresinde olduğu görüşü ileri sürülmüş ve bu yönde kararlar verilmiştir.

Ayrıca kural kapsamındaki eşyanın kaçak olarak yurda sokulmak istenirken yakalanması durumunda özel tüketim vergisiyle ilgili işlemlerin 4458 sayılı Gümrük Kanunu hükümlerine göre ve Gümrük İdaresince tesis edilirken aynı eşyanın yurt içinde ele geçirilmesi durumunda anılan işlemlerin Gelir İdaresince ve 213 sayılı Kanun'a göre tesis edildiği, yurt dışı menşeli malların 4458 sayılı Kanun'a tabi olması ve bunlara ilişkin işlemlerin Gümrük İdaresince tesis edilmesi gerekirken kuralla bu malların yurt içinde yakalanması durumunda bulunduranlar ile ithal veya imal edenler arasında herhangi bir ayrıma gidilmeden ve malın menşei araştırılmadan her hâlükârda Gelir İdaresince işlem yapılmasına ve yaptırım uygulanmasına imkân tanındığı, bu itibarla kuralın hukuki belirlilik ve eşitlik ilkelerine aykırı aykırı olduğu ileri sürülerek Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal davasına konu edilmiştir.⁶¹

Bu bağlamda, 4760 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (5) numaralı bendi ile getirilen *müteselsil sorumluluk* uygulaması uyarınca özel etiketi veya işareti olmayan özel tüketim vergisine tabi alkollü içkiler ile tütün mamullerini bulunduranlar ile ithal veya imal edenlerden herhangi biri adına vergilendirme yetkisine sahip idarenin hangisi olduğu konusunda belirsizlik bulunup bulunmadığının tespiti için öncelikle kuralın getiriliş amacına bakılması gerekmektedir.

Buna göre maddenin ilk hali, 01/07/2008 tarihinde yürürlüğe giren 5766 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 19. maddesi ile 4760 sayılı Kanun'un 13. maddesine eklenen 4. fıkradır. Bu düzenleme ile, *213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesinin verdiği yetki uyarınca kullanılma zorunluluğu getirilen özel etiketi veya işareti olmayan özel tüketim vergisine tabi malları bulundurduğu tespit edilen işyeri sahibi adına, tespit tarihindeki malların emsal bedeli veya miktarı üzerinden re'sen özel tüketim vergisi tarh edileceği, tarh edilen bu verginin, asgari maktu vergi tutarına*

⁶¹ AYM., E.2019/53, K.2019/75, 19/9/2019.



göre hesaplanacak vergiden az olamayacağı, bu tarhiyata ayrıca vergi ziyai cezası uygulanacağı hükmü getirilmiştir. Daha sonra ise bu hüküm 4760 sayılı Kanun'un 13. maddesine 6455 sayılı Kanun'un 33. maddesi ile eklenen 5. fıkra ile yeniden düzenlenmiş ve şimdiki halini almıştır.

6455 sayılı Kanun'un 33. maddesinin gerekçesinde; madde ile mevcut fıkroda yer alan akaryakıt, alkollü içecekler ve tütün mamulleri ve benzeri mallarla ilgili kaçakçılıkla mücadelede etkinliği arttırmak amacıyla "işyeri sahibi adına" kavramının "bulundurduğu tespit edilen" olarak değiştirildiği, ayrıca, ithal edilen ve yurt içinde üretilen ürünlerle ilgili olarak bandrolsüz ürün tespitlerinde, söz konusu ürünleri bulunduran, üreten veya ithal edenlerin de cezalı tarhiyattan müteselsilen sorumlu tutulmalarının öngörüldüğü belirtilmektedir.⁶²

Düzenlemenin getiriliş amacına bakıldığında kural uyarınca yapılacak olan re'sen tarhiyatın, eşyanın ithal edilmesi veya imal edenler tarafından teslimi nedeniyle değil 213 sayılı Kanun'un mükerrer 257. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak kullanılma zorunluluğu getirilen özel etiketi veya işareti olmayan ürünlerin bulundurulması nedeniyle gerçekleştirildiği görülmektedir. Madde uyarınca özel tüketim vergisi tarhiyatı yapılabilmesi için *bulundurma* fiilinin yanı sıra bulundurulan mallarda *kullanılma zorunluluğu getirilen özel etiket ve işaretin olmaması* gerekmektedir. Re'sen tarh edilen özel tüketim vergisinin muhatabı ise yasal düzenlemenin doğal bir sonucu olarak bu malları bulunduranlardır.⁶³

⁶² <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0746.pdf> (Erişim Tarihi: 1/2/2021)

⁶³ Danıştay Yedinci Dairesi'nin 5/4/2019 tarih ve 2016/10067, K:2019/2448 sayılı kararında; "(...) 4760 sayılı Kanun'un 13. maddesinin 5. fıkrasında; (III) sayılı listenin (A) ve (B) cetvelinde yer alan mallar bakımından, Kanunun genel hükümleriyle düzenlenen "vergiyi doğuran olay" ve "vergi mükellefi"nden farklı olarak "müteselsil sorumluluk ve ceza uygulaması" başlığıyla "bulundurma" fiili vergiyi doğuran olay, "bulunduranlar" da vergi mükellefi olarak kabul edilerek bulunduranlar adına re'sen özel tüketim vergisi tarhedileceği ve bu tarhiyata ayrıca vergi ziyai cezası uygulanacağı kuralı öngörülmüştür.

Anılan fıkra uyarınca, özel tüketim vergisi tarhiyatı yapılabilmesi için "bulundurma" fiili ile birlikte bulundurulan mallarda, kullanılma zorunluluğu getirilen özel etiket ve işaretin olmaması gerekmektedir.

Bu iki koşulun birlikte gerçekleştiğinin tespit edilmesi durumunda vergi dairesi tarafından re'sen vergi tarhi ile vergi ziyai cezası uygulanabilecektir.

Re'sen tarh edilen özel tüketim vergisinin muhatabı ise yasal düzenlemenin doğal bir sonucu olarak bu malları bulunduranlardır.

4760 sayılı Kanun'un 13. maddesine 6455 sayılı Kanun ile eklenen 5. fıkranın gerekçesinde de belirtildiği üzere, kaçakçılıkla mücadelede etkinliği arttırmak amacıyla ithal edilen ve yurt içinde üretilen ürünlerle ilgili olarak bandrolsüz ürün tespitlerinde, söz konusu malları bulunduran, üreten veya ithal edenlerin de cezalı tarhiyattan müteselsilen sorumlu tutulması öngörülmüştür. Müteselsil sorumluluğun getiriliş amacı vergi alacağının güvence altına alınmasıdır.

Kanundan kaynaklanan müteselsil sorumluluk çerçevesinde, bandrolsüz mal bulunduranlar ile birlikte ithal veya imal edenler adına da re'sen tarhiyat yapılabilir.

Re'sen tarhiyat eşyanın ithal edilmesi veya imal edenler tarafından teslimi nedeniyle değil,

Esasen müteselsil sorumluluk esası öngören kural, özel tüketim vergisine ilişkin vergilendirme işleminin temel unsurları bakımından Kanun metninin sistematiğinden ayrılan bir düzenleme içermemektedir.⁶⁴

Kanun koyucunun kuralı öngörmesinin amacı özel tüketim vergisi açısından yeni bir mükellefiyet türü ya da vergiyi doğuran olay belirlemek değil, özel etiketi veya işareti olmayan özel tüketim vergisine tabi malların yurt içinde ele geçirilmesi durumuna ilişkin olarak kabul edilen müteselsil sorumluluk uygulaması gereğince bu mallara ilişkin özel tüketim vergisini bu malları bulunduranlar ile ithal veya imal edenlerden herhangi birisi adına tarh ve tahsilini gerçekleştirmektir.

213 sayılı Kanun'un "*Vergi Uygulanmasında Yetki*" başlıklı bölümünde yer alan 4. maddesinde mükellefi tespit etme, vergiyi tarh ve tahakkuk ettirerek tahsil etme konusunda yetkili birim vergi dairesi olarak belirlenmiş, "*Ceza Kesme Yetkisi*" başlıklı 365. maddesinde de vergi cezalarının olayların ilgili bulunduğu vergi bakımından mükellefin bağlı olduğu vergi dairesi tarafından kesileceği belirtilmiştir. Anılan hükümler uyarınca verginin tarh ettirilmesi ve ceza kesilmesi konusunda yetki vergi dairesine aittir. Bu bağlamda, dava konusu işlemin dayanağı olan 4760 sayılı Kanun'un 13. maddesinin 5. fıkrasında öngörülen verginin re'sen tarh edilmesi ve vergi ziyai cezası kesilmesi hususlarında değinilen yetki kuralları çerçevesinde yetkili idarenin vergi dairesi olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.⁶⁵

Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak kullanıma zorunluluğu getirilen özel etiketi veya işareti olmayan ürünlerin bulundurulması nedeniyle yapılmaktadır." denilmektedir.

⁶⁴ AYM., E.2019/53, K.2019/75, 19/9/2019, § 21.

⁶⁵ Danıştay Yedinci Dairesi'nin 11/3/2019 tarih ve 2016/7190, K:2019/1276 sayılı kararında da; "(...) Olayda, vergi mahkemesince, bandrolsüz ve kaçak olduğu tespit edilen mallardan alınan numuneler üzerinde yapılan inceleme sonucunda TAPDK tarafından düzenlenen değerlendirme raporunda belirtilen "yurtdışı" olarak gösterilen ve miktarı Kanunda belirlenen sınırları aşan bandrolsüz sigaralar ve içkiler bakımından da, tarhiyat konusunda gümrük idaresinin yetkili olduğunun kabulü suretiyle hüküm tesis edilmiş ise de, yukarıda metni verilen 4760 sayılı Kanunun 13. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, özel etiketi ve işareti olmayan özel tüketim vergisine tabi malları bulundurduğu tespit edilenler için, yurt içinde imal edilip edilmediği veya yurt dışından kaçak olarak yurda getirilip getirilmediğinin tespitine dair ayrıca bir koşul öngörülmediği gibi, bu malları bulunduranlar ile ithal ve imal edenlerden herhangi biri adına, Kanunun 11. maddesindeki esaslara göre re'sen tarh edilecek özel tüketim vergisine ayrıca vergi ziyai cezasının kesileceğinin belirtilmesi suretiyle söz konusu maddenin uygulamasında vergi dairesi yetkili kılınmıştır.

(...)

213 sayılı Kanunun "*Vergi Uygulanmasında Yetki*" başlıklı bölümünde yer alan 4. maddesinde mükellefi tespit etme, vergiyi tarh ve tahakkuk ettirerek tahsil etme konusunda yetkili birim vergi dairesi olarak belirlenmiş, "*Ceza Kesme Yetkisi*" başlıklı 365. maddesinde de vergi cezalarının olayların ilgili bulunduğu vergi bakımından mükellefin bağlı olduğu vergi dairesi tarafından kesileceği belirtilmiştir. Anılan hükümler uyarınca verginin tarh ettirilmesi ve ceza kesilmesi konusunda yetki vergi dairesine aittir. Bu bağlamda, dava konusu işlemin dayanağı olan 4760 sayılı Kanunun 13. maddesinin 5. fıkrasında öngörülen



Özel tüketim vergisinde tarha yetkili vergi dairesi, katma değer vergisi yönünden bağlı bulunulan vergi dairesidir (4760 sayılı Kanun'un 14/1. maddesi). Katma değer vergisi yönünden yetkili vergi dairesinin genel olarak mükellefin gelir veya kurumlar vergisi yönünden bağlı bulunduğu vergi dairesi olarak belirlendiği dikkate alındığında aynı esaslar özel tüketim vergisi için de geçerli olacaktır (3065 sayılı Kanun'un 43. maddesi).⁶⁶

Buna göre ilgili düzenlemenin getiriliş amacından ve ayrıca lafzından anlaşılacağı üzere özel etiketi veya işareti olmayan özel tüketim vergisine tabi malların yurt içinde ele geçirilmesi durumunda bu malın yurtdışı menşeli olup olmadığı, yani ithalata konu edilip edilmediği araştırılmadan, ve hatta yurt dışı menşeli olduğu anlaşılrsa dahi, 213 sayılı Kanun uyarınca işlem yapılması usulü benimsenmiş ve vergi ziyai cezalı özel tüketim vergisinin tarh ve tahakkuku ile tahsil ve takibi konusunda Gelir İdaresi Başkanlığı'na bağlı vergi daireleri yetkili kılınmıştır.

Ayrıca kuralda, bandrolsüz ve kaçak olduğu tespit edilen mallar üzerinde yapılan inceleme sonucunda bu malların "yurtdışı" menşeli olmaları durumunda yapılacak tarhiyat konusunda Gümrük idaresinin yetkili olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmadığı gibi böyle bir yoruma yol açacak bir ifade veya anlatıma da yer verilmediği görülmektedir.⁶⁷

Bununla birlikte eşyanın kaçak olarak yurda sokulmak istenirken gümrük bölgesinde yakalanması durumunda ise özel tüketim vergisiyle ilgili işlemlerin 4458 sayılı Gümrük Kanunu hükümlerine göre ve Gümrük İdaresince tesis edileceği açıktır. Zira bu durumda, özel etiketi veya işareti olmayan özel tüketim vergisine tabi malların yurt içinde ele geçirilmesi durumu söz konusu olmadığından ithalde alınan özel tüketim vergisine ilişkin düzenlemeleri içeren 4760 sayılı Kanun'un 14/3. ve 16. maddelerinin uygulanması suretiyle bu verginin takip ve tahsili Gümrük İdaresi'nce yerine getirilecektir.

Bu durumda, kuralda, özel etiketi veya işareti olmayan özel tüketim vergisine tabi malların yurt içinde ele geçirilmesi durumunda 213 sayılı Kanun uyarınca işlem tesis edileceği, ayrıca verginin re'sen tarh edilmesi ve vergi ziyai cezası kesilmesi hususlarında yukarıda değinilen yetki kuralları çerçevesinde yetkili idarenin vergi daireleri olduğu anlaşılmakta olup Danıştay ilgili dairesinin kararları da bu yöndedir.⁶⁸

verginin re'sen tarh edilmesi ve vergi ziyai cezası kesilmesi hususlarında değinilen yetki kuralları çerçevesinde yetkili idarenin vergi dairesi olduğu sonucuna ulaşıldığından mahkeme kararının, gümrük idaresinin yetkili olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline ilişkin kararında hukuka uygunluk görülmemiştir." denilmektedir.

⁶⁶ Şenyüz, Yüce ve Gerçek, Türk Vergi Sistemi (n 10) 329, Öner (n 8) 263.

⁶⁷ AYM., E.2019/53, K.2019/75, 19/9/2019, § 24.

⁶⁸ Bknz: Danıştay Yedinci Dairesi'nin 11/3/2019 tarih ve 2016/3764, K:2019/1273 ve 11/3/2019 tarih ve 2016/350, K:2019/1261 sayılı kararları.

SONUÇ

Ülkemizde, tütün ve alkol ürünlerinde ortaya çıkan vergisiz yani kaçak kullanımın önlenmesi amacıyla bir takım tedbirler alınmıştır. Bu çerçevede tütün mamulleri ve alkollü içkiler için bandrol ve kod (biralar için) uygulaması zorunluluğu getirilmiştir. Bu zorunluluğa uyulması sağlanmak amacıyla 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 13. maddesinin (5) numaralı fıkrası ihdas edilmiştir. Bu fıkra hükmüne göre; etiketi veya işareti olmayan özel tüketim vergisine tabi malları bulunduranlar ile ithal veya imal edenler müteselsilen sorumlu tutularak herhangi biri adına özel tüketim vergisi re'sen tarh edilebilecek ve bu tarhiyata ayrıca vergi ziyayı cezası uygulanacaktır.

Bu bağlamda 4760 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (5) numaralı bendi ile özel etiketi veya işareti olmayan özel tüketim vergisine tabi alkollü içkiler ile tütün mamullerinin yurt içinde ele geçirilmesi durumuna ilişkin olarak *müteselsil sorumluluk* uygulaması getirildiği görülmekte olup kural uyarınca bu malları bulunduranlar ile ithal veya imal edenlerden herhangi biri adına vergi ziyayı cezalı özel tüketim vergisi tarh edilebileceği öngörülmektedir. Buna göre kural ile özel etiketi veya işareti olmayan özel tüketim vergisine tabi malların ele geçirilmesi durumunda bu malın yurtdışı menşeli olup olmadığı, yani ithalata konu edilip edilmediği araştırılmadan – yurt dışı menşeli olsalar dahi - vergi ziyayı cezalı özel tüketim vergisinin tarh ve tahakkuku ile tahsil ve takibi konusunda Gelir İdaresi Başkanlığına bağlı vergi daireleri yetkili kılınmıştır.

Diğer yandan, 4760 sayılı Kanun uyarınca, bir eşyanın gümrük rejimlerinden birine tabi tutularak yurda sokulması gerekirken hiçbir gümrük rejimine tabi tutulmadan Kanun'a aykırı olarak ithal edilmesi, başka bir ifadeyle kaçakçılık yoluyla ithalat yapılması halinde bu eşyanın yurtiçinde ele geçirilmesi durumunda bu eşya için özel tüketim vergisine ilişkin işlemlerin 4458 sayılı Kanun'daki esaslara göre Gümrük İdaresi'nce yapılması gerekmektedir.

Hal böyle olunca yasa dışı yollardan ithal edilen gümrük kaçağı tütün mamulleri ve alkollü içkilere ilişkin 4760 sayılı Kanun'un 13. maddesinin 5. fıkrası uyarınca özel tüketim vergisi tarhiyatı yapmaya yetkili idarenin hangisi olduğu hususunda tereddüt oluşmuştur. Bu tereddüt, Danıştay ve idari yargı kararlarına da yansımıştır. Ayrıca ilgili Kanun maddesi, hukuki belirlilik ve eşitlik ilkelerini ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal davasına konu edilmiştir.

Bununla birlikte 4760 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (5) numaralı bendinin getiriliş amacına bakıldığında kural uyarınca yapılacak olan re'sen tarhiyatın, eşyanın ithal edilmesi veya imal edenler tarafından teslimi nedeniyle değil kullanılma zorunluluğu getirilen özel etiketi veya işareti olmayan ürünlerin bulundurulması nedeniyle gerçekleştirildiği görülmektedir. Ayrıca müteselsil sorumluluk esası öngören kural, özel tüketim vergisine ilişkin vergilendirme



işleminin temel unsurları bakımından Kanun metninin sistematüğinden ayrılan bir düzenleme içermemektedir.

Bu bağlamda ilgili düzenlemenin getiriliş amacından ve lafzından anlaşılacağı üzere özel etiketi veya işareti olmayan özel tüketim vergisine tabi malların yurt içinde ele geçirilmesi durumunda bu malın yurtdışı menşeli olup olmadığı araştırılmadan ve hatta yurt dışı menşeli olduğu anlaşılrsa dahi 213 sayılı Kanun uyarınca işlem yapılması usulünün benimsendiğı ve vergi ziyarı cezalı özel tüketim vergisinin tarh ve tahakkuku ile tahsil ve takibi konusunda vergi dairelerinin yetkili kılındığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte eşyanın kaçak olarak yurda sokulmak istenirken gümrük bölgesinde yakalanması durumunda ise özel tüketim vergisiyle ilgili işlemler 4458 sayılı Kanun hükümlerine göre ve Gümrük İdaresi'nce tesis edilecektir.

KAYNAKÇA

Akdoğan A, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi* (12. Baskı, Gazi Kitabevi 2014).

Bilici N, *Türk Vergi Sistemi* (41. Baskı, Savaş Yayınevi 2018).

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Yetkin Yayınları 2015).

Göker C, 'Yönlendirici Vergilendirme' (2011) 17 (3-4) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 11..

Hayrulloğlu B, 'Türkiye'de Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerde Özel Tüketim Vergisinin Başarısı' (2015) 2 (2) Journal of Life Economics 89.

Karakoç Y, *Genel Vergi Hukuku* (Yetkin Yayınları 2017).

Kırbaş S, *Vergi Hukuku (Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar)* (20. Baskı, Siyasal Kitabevi 2015).

Kızılot Ş ve Taş M, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi* (5. Baskı, Gazi Kitabevi 2013).

Narter R ve Sarıcaoğlu E, 'Vergilendirme Yetkisi İle Cezalandırma Yetkisi Etkileşimi: Vergi Ceza Normları' (2016) (1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 119.

Oktar K, *Özel Tüketim Vergisi Yorum ve Açıklamaları* (2. Baskı, PWC Business School 2013).

Oktar S. A, *Türk Vergi Sistemi* (Türkmen Kitabevi 2016).

Oktar S. A, *Vergi Hukuku* (11. Baskı, Türkmen Kitabevi 2016).

Öncel M, Kumrulu A ve Çağan N, *Vergi Hukuku* (26. Baskı, Turhan Kitabevi 2017).

Öner E, *Türk Vergi Sistemi* (8. Baskı, Seçkin Yayınları 2017).

Şenyüz D, Yüce M ve Gerçek A, *Türk Vergi Sistemi* (15. Baskı, Ekin Yayınları 2018).

Şenyüz D, Yüce M ve Gerçek A, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)* (9. Basım, Ekin Basım Yayın 2018).

Taylar Y, 'Vergi Teorisi Açısından Özel Tüketim Vergileri ve Türk Özel Tüketim Vergisi Uygulaması' (2010) 12 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 435.

Torun F, *Açıklamalı İçtihatlı Emlak Vergisi Kanunu* (Adalet Yayınevi 2016).

Turan M ve Turan M, *En Son Değişikliklerle Özel Tüketim Vergisi* (Seçkin Yayınları 2016).

Uğur A ve Kömürcüler E, 'Türkiye'de Sigaranın Vergilendirilmesinin Etkinliği' (2015) 20 (4) Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 327.

Yegen B, Turan M E, 'Pigouvian Bir Vergi Önerisi: Sar Vergisi' (2021) 14 (1) Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi 397.

Yıldırım A. E, 'Avrupa Birliği ve Türk Vergi Sistemlerinde Özel Tüketim Vergisi' (2015) XIX (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 219.

Yılmaz F, Seydioğulları M, Gültekin Karakaş D ve Aslan D, 'Tütün Kontrolü Politika Aracı Olarak Vergilendirme: Türkiye Deneyimi Işığında Bir Değerlendirme' (2015) 408 Vergi Dünyası 4.



DEVLETLERİN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ İLKESİ BAĞLAMINDA DENİZLERDE GÖÇMENLERİ KORUMA GÖREVİ

The Duty of Protecting Migrants at Sea in the Context of the Principle of Due Diligence

Ayşe GÜNEŞ*

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (415-438)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 03.05.2021

Kabul Tarihi : 14.09.2021

Makale Türü: *Araştırma*

Article Info

Received Date: 03.05.2021

Accepted Date: 14.09.2021

Article Type : *Research*

ÖZET

Göç, bir göçmenin yolculuğunu kapsadığı kadar birçok devleti ve uluslararası aktörü de içine alan ulus ötesi bir olgudur. Son dönemde artmakta olan kitlesel göç hareketi ile birlikte kadınlar ve çocuklar dahil olmak üzere birçok insanın uygun olmayan araçlar ile (tekne, şişme bot) seyahat etmesi sonucu binlerce mülteci ve göçmen denizlerde hayatını kaybetmektedir. Bu makalede, uluslararası insan hakları hukukunun pozitif özen yükümlülüğü ilkesi bağlamında denizlerde göçmenlere (düzensiz göçmen ya da sığınmacılar) karşı koruma görevlerinin yerine getirilmemesi sebebiyle birden fazla devletin sorumluluğunun olabileceği analiz edilmektedir. Bu analiz, Uluslararası Mülteci Hukuku, Deniz Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku arasındaki ilişki ile özen yükümlülüğünün sınırları bağlamında devletlerin göçmenleri koruma sorumluluğu ve denizlerde geri gönderilmemenin ülke dışı etkisi kapsamında değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Göçmen, Uluslararası Mülteci Hukuku, Uluslararası Deniz Hukuku, İnsan Hakları Hukuku, denizler, Geri gönderilmeme ilkesi, Özen yükümlülüğü.

ABSTRACT

Migration is a transnational phenomenon that includes many states and international actors as well as encompassing an immigrant's journey. With the recent increasing mass migration movement, many people, including women and children, travel by unsuitable vehicles (boats, inflatable boats) and thousands of refugees and migrants die in the seas. This article analyses that plurality of states have the responsibility of duty to protect migrants (irregular migrants or asylum seekers) at sea within the context of the positive due diligence principle of international human rights law. This analysis is evaluated the extraterritorial effect of the duty to protect migrants and non-refoulement at sea in the context of the relationship between International Refugee Law, Law of the Sea and Human Rights Law and the limits of the due diligence.

Key words: Migrant, International Refugee Law, Law of the Sea, Human Rights Law, sea, non-refoulement principle, due diligence

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Dr., Bartın Üniversitesi, aysegunes@bartin.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-7429-1531>.

GİRİŞ

Son dönemde artmakta olan kitlesel göç hareketi sonucu uygun olmayan deniz araçları (tekne ve bot) vasıtasıyla seyahat ederken kadınlar ve çocuklar da dahil olmak üzere binlerce mülteci ve göçmenin trajik şekilde boğulma ve kaybolma vakalarıyla hem Akdeniz hem de diğer denizlerde karşı karşıya kalmaktayız.¹ Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) verilerine göre en yoğun kitlesel göçün yaşandığı 2015 yılından bu yana Akdeniz’de toplam 18.000 insan hayatını kaybetmiştir.² Uluslararası Göç Örgütü (OIM) 2020 yılında savaştan veya zulümden kaçmak veya daha iyi bir yaşam sürdürmek amacıyla Avrupa’ya ulaşmak için Akdeniz’i geçmek isteyen yaklaşık 1.054 göçmenin öldüğünü veya kaybolduğunu tahmin etmektedir.³ Aynı zamanda, Myanmar’dan kaçan binlerce zulüm gören Arakanlı (Rohingya) Müslümanlar da dahil olmak üzere göçmenler (düzensiz göçmen, mülteci ya da sığınmacılar) Bangladeş, Tayland, Malezya ve Endonezya gibi ülkelerin kıyılarında denizlerde mahsur kalmaya devam etmektedirler.⁴ Buna karşın devletler ise hem arama ve kurtarma operasyonlarına katılma konusunda isteksiz davranmakta hem de genellikle göçmenleri taşıyan tekneleri geri itme (*push-back*) politikalarıyla ülkesel yetki alanlarından uzaklaştırmaya çalışmaktadırlar.⁵ Uluslararası Göç Örgütü Genel Sekreteri Özel Temsilcisi

- ¹ Guy S. Goodwin-Gill, “Setting the Scene: Refugees, Asylum Seekers, and Migrants at Sea—the Need for a Long-term, Protection-Centred Vision.” in Violeta Moreno-Lax, and Efthymios Papastavridis (eds.), *Boat Refugees’ and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach* (Brill Nijhoff, 2017) 17-31; Guy S. Goodwin-Gill, ‘International refugee law: Where it comes from, and where it’s going’ (2017) 45 *Int’l J. Legal Info.* 24; James C. Michelle Hathaway, *The rights of refugees under international law* (Cambridge University Press, 2005); James C. Hathaway, and Michelle Foster, *The Law of Refugee Status* (Cambridge University Press, 2014); Mariagiulia Giuffrè, “Access to Asylum at Sea? Non-refoulement and a Comprehensive Approach to Extraterritorial Human Rights Obligations”, in Violeta Moreno-Lax and Efthymios Papastavridis (eds.), *Boat Refugees’ and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach* (Brill Nijhoff, 2017) 248-275; Seline Trevisanut, ‘The Principle of Non-Refoulement And the De-Territorialization of Border Control at Sea’(2014) 27(3) *Leiden Journal of International Law*, 661-675.
- ² Mediterranean: Dead and Missing at Sea, United Nations High Commissioner for Refugees, <<http://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean>> Erişim tarihi: 12.02.2021; International Organization for Migration, *Missing Migrants Project* (Web Page) <<http://missingmigrants.iom.int>> Erişim tarihi: 12.02.2021.
- ³ International Organization for Migration, ‘December 2020 update - NGO ships involved in search and rescue in the Mediterranean and legal proceedings against them’ <<https://fra.europa.eu/en/publication/2020/december-2020-update-ngo-ships-involved-search-and-rescue-mediterranean-and-legal>> Erişim Tarihi: 12.02.2021.
- ⁴ <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-41070125>>. Erişim Tarihi: 12.02.2021.
- ⁵ Özellikle son dönemde Yunanistan’ın göçmenlere karşı illegal geri itme politikaları için bakınız: Bethan McKernan, “Greece accused of ‘shocking’ illegal pushback against refugees at sea” (26 April 2021) *The Guardian*, available at: < <https://www.theguardian.com/world/2021/apr/26/greece-accused-of-shocking-pushback-against-refugees-at>

Peter Sutherland, bu durumu 2015 yılında ‘ahlaki bir başarısızlık’ olarak değerlendirmiştir.⁶ Göçmenlerin insan olmaları ve dolayısıyla insan olmadan kaynaklı temel hak ve hürriyetlere sahip olmalarına rağmen bu insanların hayatlarını kurtarmak için açık denizlerde harekete geçme noktasında devletlerin isteksiz davranmaları, uluslararası hukukun pozitif normlarıyla çelişmektedir. Diğer bir ifadeyle, devletler uluslararası insan hakları hukukuna göre göçmenleri aramak, kurtarmak ve korumak için sorumluluk altındadırlar. Devletler bu görevi, uluslararası insan hakları hukuku, mülteci hukuku ve deniz hukukundaki çeşitli hukuki dayanaklardan yararlanarak, özen gösterme ilkesi çerçevesinde yerine getirmelidirler.

Uluslararası insan hakları hukukunun pozitif özen yükümlülüğü ilkesine dayanarak, devletlerin göçün açık denizlerde ülke dışı etkisini de göz önünde bulundurarak göçmenlere (düzensiz göçmen ya da sığınmacılara) karşı koruma görevi sorumluluğu bu makalenin tartışma konusunu oluşturmaktadır. Bu tartışma, Uluslararası Mülteci Hukuku, Uluslararası Deniz Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku arasındaki ilişkinin özen gösterme yükümlülüğü ilkesi ile birlikte denizlerde geri gönderilmemenin ülke-dışı etkisi kapsamında yapılacaktır.

Makalenin ilk kısmında, uluslararası hukukunun özen yükümlülüğü ilkesinin kavramsal analizi yapılacaktır. Göçmenleri açık denizlerde koruma görevi, insan hakları hukuku ile deniz hukuku arasındaki ilişki özen gösterme ilkesi çerçevesinde değerlendirilerek makalenin sınırları ikinci kısımda çizilecektir. Üçüncü kısımda, devletlerin göçmenleri koruma yükümlülüğünde kendi karasuları dışında (ülkedışılık) özen yükümlülüğü ilkesinin uygulanabilirliği tartışılacaktır. Devletlerin denizlerden gelen göçmenleri koruma görevinde geri gönderilmemenin ülke-dışı etkisi özen yükümlülüğü kapsamında olup olmadığı ise makalenin son kısmında değerlendirilecektir.

1. Kavramsal Analiz: Özen Yükümlülüğü İlkesi

Çok genel bir ifadeyle, özen yükümlülüğü ilkesi, olası veya öngörülebilir istenmeyen sonuçlardan kaçınmak için gereken bir davranış standardı anlamına gelmektedir. Özen yükümlülüğü ilkesi yasal sorumlulukları yerine

sea?CMP=Share_iOSApp_Other> Erişim Tarihi: 28.04.2021; Kathy Fallon, “‘We were left in the sea’: asylum seekers forced off in Lesbos”, (19 March 2021) *The Guardian*, available at: < <https://www.theguardian.com/global-development/2021/mar/19/asylum-seekers-forced-off-lesbos-pushback-crisis-europe-borders>> Erişim Tarihi: 18.04.2021; Helena Smith, “Cyprus rebuked for ‘violent’ pushbacks of boats carrying asylum seekers”, (18 March 2021) *The Guardian*, available at: < <https://www.theguardian.com/world/2021/mar/18/watchdog-criticises-cyprus-treatment-asylum-seekers>> Erişim Tarihi: 18.04.2021.

⁶ Remarks by Peter D. Sutherland, UN Special Representative for International Migration Before the United Nations Security Council, May 11, 2015, <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/partners/docs/Remarks_by_SRSG_PeterSutherland_on_SecurityCouncil.pdf> Erişim Tarihi: 12.02.2021.



getirmek için gerekli olan bir davranışı tasvir etmek için bir dizi uluslararası antlaşmaya konu edilmiştir.⁷ Aynı zamanda üçüncü şahıslar tarafından yapılan hukuka aykırı müdahalelere karşı bu müdahalelere maruz kalan kişileri koruma ve herhangi bir zarar meydana gelmişse sorumlu kişileri cezalandırma hususunu da kapsamına alarak görev sahibine harekete geçme yükümlülüğü getirmektedir.⁸ Nitekim bu ilke görev sahibi tarafından kendi davranışıyla ilgili olarak üstlenilebilecek ve ayrıca bir sonuç yükümlülüğü içerebilecek herhangi bir görevden farklı olarak değerlendirilmektedir.⁹

Genel olarak uluslararası hukukta, özen yükümlülüğü standardının uzun bir geçmişi vardır. Kamminga'ya göre bu ilke, geleneksel olarak, yabancılara muamele edilmesi hususunda uluslararası kurallar çerçevesinde belirlenen asgari standardın bir parçası olarak algılanmaktadır.¹⁰ Ancak bu standart hem uluslararası mahkemelerin hem de bölgesel mahkemelerin davalarında gelişen bir ilke olarak kendine yer bulmuştur. Örneğin, Uluslararası Adalet Divanı insan hakları davasında özen gösterme ilkesine ilişkin olarak Bosna Soykırımı davasında¹¹, Soykırımı Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi (Soykırım Sözleşmesi)¹² kapsamında soykırımı önleme yükümlülüğüne ilişkin olarak şöyle bir karar vermiştir:

[...] bir devletin koşullar ne olursa olsun, soykırımın işlenmesini önleme konusunda özen yükümlülüğü altında olmaması durumunda söz konusu yükümlülüğün bir sonuç değil, davranış olduğu açıktır. Devletlerin yükümlülüğü soykırımı olabildiğince önlemek için makul olarak ellerinde bulunan tüm araçları kullanmaktır. [...] Devlet, soykırımı önlemeye katkıda bulunabilecek soykırımı önlemek için yetkisi dahilindeki tüm önlemleri açıkça almadıysa sorumluluk doğar. Bu alanda, somut bir değerlendirme gerektiren “gerekli özen gösterme” kavramı kritik öneme sahiptir.¹³

⁷ Jan Arno Hessbruegge, ‘The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law’, (2004) 36 *N.Y.U. J. INT’L L. & POL.* 265.

⁸ Jonathan Bonnitcha & Robert McCorquodale, ‘The Concept of “Due Diligence” in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights’, (2017) 28(3) *EUR. J. INT’L L.* 899.

⁹ ibid.

¹⁰ Menno T. Kamminga, ““Due diligence” Mania: The Misguided Introduction of an Extraneous Concept into Human Rights Discourse”, in Ingrid Westendorp (ed.), *The Women’s Convention Turned 30* (Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2011/07, 2012) 407-417.

¹¹ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, (judgement of 26 February 2007).

¹² Soykırımı Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, opened for signature Dec. 9, 1948), 78 U.N.T.S. 277 (yürürlük tarihi: 12 Ocak 1951).

¹³ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, (judgement of 26 February 2007), para. 430.

Soykırım Sözleşmesi, soykırımı önleme ve cezalandırma görevini ortaya koymaktadır.¹⁴ Bosna Soykırımı davasında Uluslararası Adalet Divanı, Sırbistan'ın uluslararası sorumluluğu hususunda zararın meydana gelmesini önlemek için makul olan tüm araçları kullanmakta gerekli özeni göstermemekle ilişkilendirilmiştir.¹⁵ Bir devletin veya başka bir görev sahibinin, kötü sonucun ortaya çıkmasının risklerini önlemek için makul önlemleri alarak gerekli özeni gösterme yükümlülüğü vardır. Bu hususta gerekli makul adımlar olarak kabul edilecek olanlar, özeni gösterme yükümlülüğünün nasıl çerçeveselendirildiğine, riskleri destekleyen özel şartlara ve görev sahiplerinin eylem kapasitelerine ve fırsatlarına bağlı olacaktır. Bir yükümlülüğün yerine getirilmesini gerektiren bir davranış standardı olarak özen yükümlülüğü ilkesi bu bağlamda yardımcı olmaktadır. Özen yükümlülüğü ilkesi, uluslararası hukukun pek çok farklı alanının temel bir özelliği olmuştur; ki bununla birlikte, uluslararası hukuk 'özen gösterme' terimini nadiren kullanmaktadır.¹⁶

BM insan hakları hukuku sisteminde özen yükümlülüğü daha çok saygı gösterme, koruma ve yerine getirme yükümlülükleri çerçevesinde kullanılmaktadır. Örneğin, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinde (ICCPR), "Bu sözleşmenin her bir Tarafı, bu sözleşmede tanınan haklara saygı göstermeyi ve [...] sağlamayı taahhüt eder"¹⁷ şeklinde bir ifade ile bu durumu arzetmektedir. Aynı zamanda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 1. maddesinde "Yüksek Sözleşmeciler Tarafı, kendi yetki alanları dahilindeki herkese bu Sözleşmenin 1. bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri temin edeceklerdir" ifadesi yer almaktadır. Hakkı güvence altına alma yükümlülüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından zamanla taraf devletlere pozitif tedbirler alma yönünde pozitif yükümlülükler yüklediği şeklinde yorumlanmaktadır.¹⁸

İnsan hakları hukuku kapsamında özen yükümlülüğü ilkesine en çok devletler ve devlet dışı aktörler tarafından (özel şahıslar, silahlı muhalefet grupları veya tüzel kişiler) şiddeti önleme, durdurma ve bunlara yanıt verme çabaları kapsamında başvurulmuştur.¹⁹ Sadece önleme yükümlülüğünü değil, aynı zamanda cezalandırma, soruşturma veya verilen zararı telafi etme

¹⁴ Madde 1, Soykırımı Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi.

¹⁵ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (B.H. v. S.M.), Judgment, 2007 I.C.J. 43, para. 471 (5).

¹⁶ Duncan French and Tim Stephens (Rapporteurs), *International Law Association Study Group on Due Diligence in International Law*, ILA Study Group, First Report, 7 March 2014, 6.

¹⁷ Madde 2(1) Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (ICCPR).

¹⁸ *Opuz v Turkey* (App no 33401/02, Judgement of 9 June 200) para. 159.

¹⁹ Yakın Ertürk, (Special Rapporteur on Violence Against Women, its Causes and Consequences), 'The Due Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence Against Women', U.N. Doc. E/CN.4/2006/61 (Jan. 20, 2006), para. 35.



yükümlülüğünü de içermektedir.²⁰ Örneğin, AİHS'nin 3. maddesi, devletlerin suç işlemekten kaçınma yükümlülüğüne ek olarak, işkence ve diğer zalimane insanlık dışı muamele biçimlerini teşkil edecek bir zarar söz konusu olduğunda, bir devletin veya özel aktörlerin neden olduğu bu tür zararları önlemek ve önlenemediği durumlarda ise etkili bir şekilde soruşturma ve cezalandırma hususunda pozitif özen yükümlülüklerini de saymaktadır.²¹ Benzer pozitif yükümlülükler yaşam hakkı için tespit edilmiştir. Örneğin, Opuz/ Türkiye davasında, AİHM, Türkiye'nin başvuranın annesinin öldürülmesini önlemek için gerekli özeni gösterme zorunluluğunu yerine getirmediğini ifade etmiştir.²² İlgili dava kapsamında AİHM, Türkiye'yi başvuranın eşine yönelik cezai yargılamayı sonlandırdığı ve sanığı tutuklamadığı, şiddet içeren tehditler ile ilgili olarak koruyucu önlemler veya diğer uygun önlemleri almadığı yani gerekli özen yükümlülüğünü yerine getirmediği için başarısız bulmuştur.²³

Makalenin ikinci kısmında, açık denizlerde göçmenlerin insan haklarını koruma görevinde devletlerin özen gösterme yükümlülüğünü, insan hakları hukuku ve deniz hukuku arasındaki ilişkinin sınırları hem uluslararası kuruluşların aldıkları kararlar (BM Güvenlik Konseyi) hem de uluslararası sözleşmeler (BMDHS, SOLAS, SAR) çerçevesinde değerlendirecektir.

2. İnsan Hakları Hukuku ile Deniz Hukuku Arasındaki İlişki Bağlamında Özen Gösterme Yükümlülüğü İlkesinin Analizi

Devletlerin göçmenleri koruma görevinin ülke dışı etkisi ile eşzamanlı olarak sınırlarını koruyucu bir şekilde hareket etmesi noktasında koruma kavramı anahtar bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. O nedenledir ki, uluslararası hukukta koruma yükümlülüğü, insan haklarının geliştiği alanlardan birine karşılık gelir ki, daha geniş kapsamlı olarak özen yükümlülüğü kavramıyla ilişkilendirilmektedir.²⁴ Özen yükümlülüğü ilkesi devletlerin, ilgili kişinin statüsü (uyruğu veya vatansızlık gibi) ne olursa olsun, insan hakları ihlalini önleyici ve daha çok genel olarak koruyucu amaçlar çerçevesinde, proaktif olmasını gerektirir.²⁵ Ayrıca özen yükümlülüğü davranış yada araç

²⁰ UN Human Rights Committee, 'General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant', U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13 (May 26, 2004), para. 8.

²¹ Vladislava Stoyanova, 'Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights' (2018) 18 *Human Rights Law Review* 309-346.

²² Opuz / Türkiye (Başvuru no. 33401/02, Karar Tarihi: 8 Haziran 2009) (*Opuz v Turkey*, App no 33401/02, Judgement of 9 June 200) paras. 137-49.

²³ Opuz / Türkiye (Başvuru no. 33401/02, Karar Tarihi: 8 Haziran 2009) (*Opuz v Turkey*, App no 33401/02, Judgement of 9 June 200) paras. 137-49.

²⁴ Robert P. Barnidge, 'The Due Diligence Principle under International Law', 8 *International Community Law Review* (2006) 81-122

²⁵ Osman / UK (Başvuru no. 23452/94, Karar tarihi: 28 Ekim 1998) (*Osman v. UK*, (Application

yükümlülüklerini de belirlemektedir. Devletlerin, koruma yükümlülüğü hedefleri doğrultusunda ellerinden gelenin en iyisini gerçekleştirmek için kendilerine sunulan araçları kullanmaları beklenmektedir.

İnsan hakları hukukunun pozitif yükümlülüğü olarak koruma görevi ya da gerekli özen yükümlülüğü özellikle insan hayatını korumada, insan hakları hukuku hükümlerinin ötesinde belirli anlaşmalardan veya uluslararası kuruluşların uygulamalarından kaynaklanabilmektedir. Örneğin, Güvenlik Konseyi, BM Şartı 7. Bölümü uyarınca, denizde “göçmenlerin veya insan kaçakçılığı kurbanlarının, tehdit altındaki hayatlarını kurtarmayı” amaçlayan 2015 tarihli Libya’dan botlarla hareket ederek Akdeniz’de trajik göçmen kayıpları konusunda 2240 sayılı kararı kabul etmiştir.²⁶ Güvenlik Konseyi, aldığı bu kararla, devletlere “açık denizlerde, Libya açıklarında şüphelenmek için makul gerekçeleri bulunan göçmen kaçakçılığı veya insan kaçakçılığı için kullanıldığı gemileri inceleme” yetkisi vermektedir.²⁷ Benzer şekilde, Güvenlik Konseyi ilgili yargılama yetkisine sahip devletleri denizde göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti eylemlerinden sorumlu kişileri soruşturmaya ve kovuşturmaya davet etmektedir.²⁸

Dahası, insan hakları hukuku dışında devletlere göçmenleri koruma yükümlülüğü getiren birçok uluslararası anlaşma mevcuttur. Örneğin, Birleşmiş Milletler Sınır aşan Örgütlü Suçlarla Mücadele Sözleşmesini Tamamlayan Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol’ün 16. Maddesi, kaçakçılığa maruz kalmış kişilerin haklarını ve özellikle yaşam haklarını koruma görevini düzenlemektedir.²⁹ Ayrıca uluslararası deniz hukuku, denizde göçmenlerin yaşam haklarını korunması için uygun hukuki dayanaklar sunan uluslararası hukukun özel geleneksel veya antlaşmadan kaynaklanan kurallarını içermektedir.³⁰ Örneğin, bir taraf devletin

No. 23452/94, Judgment of 28 October 1998); Velásquez- Rodriguez / Honduras, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi, Karar tarihi: 29 Temmuz 1988) (*Velásquez-Rodriguez v. Honduras*, Judgment, Inter-American Court of Human Rights Series C No. 4, 29 July 1988), para. 172.

²⁶ BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyon 2240 (UN Security Council Resolution 2240) (9 October 2015) UN Doc. S/RES/2240. <<http://unscr.com/files/2015/02240.pdf>> Erişim Tarihi: 22.02.2021.

²⁷ BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyon 2240 (UN Security Council Resolution 2240) 9 October 2015) UN Doc. S/RES/2240, para. 7.

²⁸ BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyon 2240 (UN Security Council Resolution 2240) (9 October 2015) UN Doc. S/RES/2240, para. 15.

²⁹ Article 16(3), Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığı Karşı Protokol, 5 Kasım 2000, UNTS 2241 (Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 15 November 2000, UNTS 2241).

³⁰ Richard Barnes, ‘Refugee Law at Sea’, (2004) 53 *International and Comparative Law Quarterly* 48–61.



bayrağını taşıyan gemilerin açık denizlerde tehlikede olan kişilere ve gemilere yardım etme görevini belirleyen ve uluslararası teamül hukukuna da dahil olarak görev sayılan 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS)³¹ 98. Maddesinde düzenlenen “Yardım etme yükümlülüğü” şu şekilde açıklanmaktadır:

1. Her devlet kendi bayrağını taşıyan bir geminin, kaptanından, gemi mürettebat ve yolcular için ciddi bir tehlike oluşturmadan ifa edilebilecek ise, aşağıdaki hususları gerçekleştirmesini talep edecektir.
 - Denizde tehlike içerisinde bulunan her kişiye yardım etmek;
 - Yardım ihtiyaçlarından haberdar edildiği takdirde, tehlikede bulunan kişileri, kendisinden makul olarak beklenebilen ölçüde ve mümkün olduğu kadar çabuk kurtarmaya gitmek;
 - Bir çarpışmada sonra, diğer gemiye, mürettebatına ve yolcularına yardımda bulunmak ve mümkün olduğu ölçüde kendi gemisinin adını, tescil limanını ve uğrayacağı en yakın limanı diğer gemiye bildirmek.³²

BMDHS aynı zamanda kıyı devletlerine denizde ve üzerinde etkili arama ve kurtarma mekanizmalarını teşvik etme yükümlülüğü getirmektedir.³³ BMDHS'nin ötesinde, 1989 Uluslararası Kurtarma Sözleşmesi³⁴, 1974 tarihli Denizde Can Güvenliği Uluslararası Sözleşmesi (SOLAS)³⁵ ve daha fazla sayıda imzacı çekmek için 1998'de değiştirilen 1979 tarihli Denizde Arama ve Kurtarma Uluslararası Sözleşmesi (SAR)³⁶ gibi sözleşmeler bu kapsamda sayılabilir.³⁷ SAR Sözleşmesi'nin temel amacı, denizdeki kurtarma operasyonlarının koordinasyonunu kolaylaştırmaktır. SAR ve daha genel olarak deniz hukuku, “denizde kurtarılma hakkı” için hukuki dayanaklar olarak

³¹ BM Deniz Hukuku Sözleşmesi (United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), 10 December 1982, unts 1833). Türkçe metni için bakınız: <<http://www.turkishgreek.org/kuetuephane/item/153-unclos-turkish>> Erişim Tarihi: 02.03.2021.

³² Madde 98, BM Deniz Hukuku Sözleşmesi (UNCLOS).

³³ Madde 98 (2) :“Sahili bulunan bütün devletle, deniz ve hava güvenliğini sağlamak üzere uygun ve etkili bir sürekli arama ve kurtarma servisinin kurulmasını ve işleyişini kolaylaştıracaklar ve gerektiği takdirde bu amaçla komşu devletlerle bölgesel düzenlemeler çerçevesinde işbirliğinde bulunacaklardır.”, BM Deniz Hukuku Sözleşmesi (UNCLOS).

³⁴ 1989 Uluslararası Kurtarma Sözleşmesi (International Convention for the Safety of Life at Sea, 1 November 1974, UNTS. 1184).

³⁵ 1974 tarihli Denizde Can Güvenliği Uluslararası Sözleşmesi (International Convention on Salvage, 28 April 1989, UNTS. 1953).

³⁶ 1979 Denizde Arama ve Kurtarma Uluslararası Sözleşmesi (International Convention on Maritime Search and Rescue, 27 April 1979, UNTS. 1403).

³⁷ Sözleşmeler için bakınız:<<https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/ListOfConventions.aspx>> Erişim Tarihi: 02.03.2021.

sayılabilmektedir.³⁸ Öyle ki, uluslararası deniz hukuku kapsamında bulunan bu sözleşmeler farklı hedefler ve amaçlar doğrultusunda sınıflandırılmışlardır. Ancak bu sınıflandırma aynı zamanda, uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası mülteci hukuku gibi diğer hukuk alanlarının yansıtılarak ayrımcılık yapmamanın önemi gibi insani değerler ile bağlantılı bazı önemli özelliklerinin altını çizmeye yardımcı olmaktadır. Denizlerde yardım etme görevi, denizde tehlikede olan düzensiz göçmenleri, sığınmacıları da kapsayarak herkes için geçerlidir. BMDHS'nin 98 (1) maddesi “denizde kaybolma tehlikesiyle karşı karşıya bulunan herhangi bir kişiye” atıfta bulunurken, SOLAS Sözleşmesi³⁹ ve SAR Sözleşmesi⁴⁰ aynı ve benzer bir şekilde ayrımcılık yasaklarını içermektedir. Bu yönleriyle deniz hukuku kapsamındaki bu sözleşmeler, devletlerin denizlerde yaşam hakkı tehlikede bulunan kişilere karşı pozitif koruma yükümlülüğünde gerekli özeni göstermelerini gerektirmektedir. Diğer bir ifadeyle, deniz hukukunun sözleşmelerindeki bu maddeler ve devletler için belirtilen bu yükümlülükler özen yükümlülüğü olarak yorumlanmaktadır.⁴¹

İnsan hakları sadece insanın temel hakkı olan yaşam hakkıyla ilgili değildir. Bir örnek ile açıklamak gerekirse, geri göndermeme (*non-refoulement*), mülteci hukukunda bir ‘temel koruma ilkesi’⁴² olarak göçün merkezi bir prensibi olarak kabul edilmektedir.⁴³ Geri göndermeme ilkesi (*non-refoulement principle*), AİHM tarafından hem yaşam hakkı hem de işkence, aşağılama ve insanlık dışı muamele yasağı ile ilişkili bir insan hakları standardı olarak kabul

³⁸ Seline Trevisanut, ‘Is There a Right to Be Rescued At Sea? A Constructive View’, (June 2014) 4 *Questions of International Law* 3, 5–8.

³⁹ SOLAS Convention, annex ch V reg 33(1).

⁴⁰ SAR Convention annex para 2.1.10.

⁴¹ Lisa-Marie Komp, “The Duty to Assist Persons in Distress: An Alternative Source of Protection against the Return of Migrants and Asylum Seekers to the High Seas?”, in Violeta Moreno-Lax and Efthymios Papastavridis (eds.), *Boat Refugees’ and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach*, (Brill Nijhoff, 2017) 237; Douglas Guilfoyle, “Transnational crime and the rule of law at sea: responses to maritime migration and piracy compared”, in Violeta Moreno-Lax and Efthymios Papastavridis (eds.), *Boat Refugees’ and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach*, Brill Nijhoff, 2017) 179.

⁴² UNHCR, ‘Note on international protection’ (13 September 2001) a/ac.96/951, para. 16

⁴³ Madde 33, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme (Convention Relating to the Status of Refugees).

Madde 33 (1): “Hiç bir taraf devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade (“refouler”) etmeyecektir”.

Madde 33 (2): “Bununla beraber, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümlü mahkum olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, işbu hükümden yararlanmayı talep edemez.”



edilmiştir.⁴⁴ 1951 Mülteci Sözleşmesi'nin 33. Maddesinin de ötesine geçen mümkün olan en geniş şekilde “geri göndermeme” kavramı, devletlerin, bir kişiyi ciddi insan hakları ihlallerine maruz kalma riskinin bulunduğu bir yere geri göndermeme ya da nakletmeme görevi (yani iade etme, sınır dışı etme, vb.) olarak tanımlanmaktadır.⁴⁵ Yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı ile ilgili olarak, uluslararası insan hakları hukuku, özellikle bu kişilerin, bu tür insan hakları ihlallerinin meydana gelebileceği bir devlete geri gönderilmemelerini şart koşmaktadır.⁴⁶ Bu nedenle, (deniz yoluyla) göç, kurtarmanın ötesinde, insan haklarının korunmasına ilişkin bir dizi sorumluluğu yani pozitif yükümlülüğü gündeme getirmektedir. Bir sonraki başlıkta, devletlerin göçün ulus ötesi doğası sebebiyle ülkesel yargı yetkilerinin ötesinde (ülke-dışılık) açık denizlerde göçmenleri koruma görevinde birden çok devletin özen yükümlülüğü bağlamında sorumlu olabileceği analiz edilecektir.

3. Devletlerin Göçmenleri Koruma Görevi: Özen Yükümlülüğü ve Ülke-dışılık Etkisi

Göç insanlık kadar eski bir kavramdır.⁴⁷ İnsanlar bir yerden başka bir yere sosyal, ekonomik ya da siyasi sebeplerle evlerini/yurtlarını yeni bir yer/yurt haline getirme niyetiyle taşırlar.⁴⁸ Bununla birlikte, yeni bir yuva kurmadan önce, göçmenler uyruğu oldukları ülkeleri terk etmek zorundadırlar. Öyle ki, sınırları geçmeleri, diğer devletlerin topraklarından veya tüm uluslara açık olan ve hiçbir devletin egemenlik hakkı olmadığı açık denizlerden geçmeleri gerekebilir. Göç, bir göçmenin yolculuğunu kapsadığı kadar birçok devleti ve ayrıca ilgili tüm aktörlerin vatandaşlık durumlarını içeren ulus ötesi incelenmesi gerekli bir alandır. Ancak gittikleri topraklar, hedef devletin ya da ev sahibi devletin egemenlik yetkisinde olacaktır. Bir kişi bir devletin topraklarına - yasal veya yasadışı olarak - girdiğinde, mülkîlik prensibi gereği o devletin ülkesel yargı yetkisi altında olmaktadır.⁴⁹ Bir göçmenin bulunduğu topraklarda

⁴⁴ M.S.S / Belçika ve Yunanistan (Başvuru no. 30696/09, Karar tarihi 21 Ocak 2011) (M.S.S v Belgium and Greece, Application No. 30696/09, Judgment of 21 January 2011), para. 286 and 293.

⁴⁵ Madde 33, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme

⁴⁶ UNHCR, ‘Note on international protection’ (13 September 2001) a/ac.96/951, para. 16.

⁴⁷ William H. MCNEILL, ‘Human Migration in Historical Perspective’, (1984) 10 (1) *Population and Development Review* 1, 1-18.

⁴⁸ Aslı Ş. ÖNER, “Göç Çalışmalarında Temel Kavramlar”, in Aslı Ş. ÖNER ve Gülfer İhlamur Öner (edt.), *Küreselleşme Çağında Göç: Kavramlar, Tartışmalar* (İstanbul: İletişim Yayınları, 2012) 13-27, Sami ÖNGÖR, *Coğrafya Terimleri Sözlüğü*, (Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 1980) <<http://tdkterim.gov.tr/>>, Erişim Tarihi: 16.02.2017.

⁴⁹ Bankovic ve diğerleri / Belçika, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, İzlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, Polonya, Portekiz, İspanya, Türkiye ve Birleşik Krallık, (Başvuru no. 52207/99, Karar Tarihi: 12 Aralık 2001), (*Bankovic and others v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain,*

ev sahibi devlet, onun üzerinde münhasır yargı yetkisine sahip olacaktır. Ev sahibi devlet, ülkesel yargı yetkisi sebebiyle aynı zamanda göçmenlerin insan haklarını koruma hususunda da yükümlülük altında olacaktır. Devletler, göçmenlere karşı herhangi bir insan hakkı ihlalinin önlemek ve daha genel olarak göçmenlerin temel insan haklarını korumak için özen yükümlülüğü altındadır.

Göçün ulus ötesi doğası gereği, göçmenleri koruma yükümlülüğü söz konusu olduğunda, devletlerin sınır-ötesi yani ülke dışı yargılama yetkisi söz konusu olmaktadır. Koruma yükümlülüğü, özen yükümlülüğü ilkesiyle bağlantılıdır.⁵⁰ Bu husus uluslararası insan hakları hukukunda iyi tanınan bir ilkedir ve devletlerin kendi yargı yetki alanları dahilindeki hakları korumak için harekete geçme yükümlülüğü ile ilişkilidir.⁵¹ Öyle ki, devletlerin hem tarafsız olması ve haksız fiile neden olmaktan kaçınması hem de proaktif olarak ihlali önlemek ve cezalandırmak için kendilerine sunulan araçlardan yararlanmaları gerekmektedir. Uluslararası hukukun yanı sıra Uluslararası Haksız Fiillerden Ötürü Devletin Uluslararası Sorumluluğu Taslak Metin’de⁵² bu hüküm yer almaktadır. Diğer bir ifadeyle, devletlerin, örneğin başka kişiler tarafından işlenen ihlalleri önlemek veya sona erdirmek için gerekli önlemleri alma görevleri yani sorumlulukları vardır. İnsan hakları hukuku bağlamında değerlendirildiğinde, insan haklarının pozitif etkisi çerçevesinde koruma görevi ile özen yükümlülüğü ilkesinin bağlantılı olduğu ortaya çıkmaktadır.⁵³

Zorla yerinden ettirilen göçmenler yada başka ülkelere göç etmek isteyen bir göçmenin haklarına yönelik (iade, sınır dışı etme, vb.) tehdit, diğer ülkede yani hedef ülkede karşılaşacağı durumlardan da kaynaklanabilmektedir. Göçmenler, hedef yada ev sahibi ülkelerin yetkililerinin davranışları nedeniyle ciddi insan hakları ihlallerine maruz kalma riskiyle karşılaşabilmektedir.⁵⁴ Ayrıca göçmenlerin insan hakları ihlallerine, ev sahibi devletin topraklarındaki üçüncü şahıslar yani diğer şahıslar neden olabileceği gibi doğal olaylar ve sosyal olgular (savaş, yoksulluk) gibi genel durumlar da neden olabilmektedir. Her iki durumda da bir göçmeni hedef devlete aktaran transit (geçiş) devletin, koruma

Turkey and the United Kingdom, Application No. 52207/99, 12 December 2001), para. 59.

⁵⁰ Riccardo Pisillo Mazzeschi, ‘The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States’, (1992) 35 *German Yearbook of International Law* 9–51; Osman / UK, Velásquez- Rodríguez / Honduras, para. 172.

⁵¹ Louise Arbour, ‘The Responsibility to Protect as a Duty of Care in International Law and Practice’, (2008) 34 *Review of International Studies* 445, 452.

⁵² Uluslararası Haksız Fiillerden Ötürü Devletin Uluslararası Sorumluluğu Taslak Metin /Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries 2001, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi: 12.02.2021.

⁵³ ibid., İkinci Kısım, 39.

⁵⁴ Göz altına alma merkezleri ile ilgili AİHM kararı için bakınız: M.S.S / Belçika ve Yunanistan, paras. 205–234



ve taşınması / aktarılmasıyla ilişkili tehlikelere maruz kalmasına izin vermeme yükümlülüğüne sahiptir.⁵⁵ Bu durum, geçiş devletin veya hedef devletin ülkesel yargı yetki alanında bulunan bir göçmenin insan haklarının ihlalini önlemek için geri göndermeme ilkesinin⁵⁶ önemini göstermektedir. Geçiş (transit) devletin, kendi topraklarından çıkarmak istediği veya topraklarından başka bir yere transfer etmek istediği kişi için var olan riski değerlendirmek için özen gösterme yükümlülüğü vardır. Ayrıca hedef devlette göçmenin temel hakları için (yaşam hakkı gibi) bir tehlike varsa yani hedef ülke göçmen için güvenli bir varış noktası değilse geçiş devleti, göçmenin tehlikeye maruz kalmasını önlemekte özen göstermelidir.⁵⁷

Göçmenlerin insan haklarının korunmasında özen yükümlülüğü ilkesinin diğer bir önemli noktası ise devletlerin yargı yetkisinin kaynağı kendi bölgesi veya faaliyet alanının ötesinde olması yani ülke-dışı/sınır-ötesi yargı yetkisinin bulunmasıdır. Devletin bir ülkede veya insanlar üzerinde “gerçek otorite ve kontrol uygulaması”, uluslararası insan hakları belgelerinde yargı yetkisi olarak tanımlanmaktadır.⁵⁸ Ancak, ülkesellik uluslararası hukukta yargı yetkisi kullanımının kaynağı olarak kabul edilmemektedir.⁵⁹ Bilindiği üzere günümüzde modern göç, kaçakçılar tarafından yardım edilerek kolaylaştırılmaktadır. Örneğin, göçmen kaçakçılığı ve insan ticaretini önleme ile ilgili olarak uluslararası sorumluluk, kaçakçının uyuşu, bayrağını taşıdığı devletin teknesi, mağdurun uyuşu olan devlet(ler), göçmenin uyuşu, kaçakçının teknesinin seyrettiği sulardaki devlet, hedef ve menşe devletler, arasında paylaşılan bir devletler çemberi olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁰ BM Güvenlik Konseyi ortak sorumluluğu “tüm göçmenlerin insan haklarının geliştirilmesi ve korunmasında menşe, geçiş ve hedef ülkelerinin rolleri ve sorumlulukları” ifadesiyle tanımlamaktadır.⁶¹ Göçmenlerin insan hakları ve öncelikle yaşam haklarının ihlali tehlikesi söz konusu olduğunda bu tehlikeyi önleme görevi birçok devletin sorumluluğunda olabilmektedir.

⁵⁵ M.S.S / Belçika ve Yunanistan, para. 286 ve özellikle para. 293.

⁵⁶ Madde 33, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme.

⁵⁷ Othman (Abu Qatada) / United Kingdom, (Başvuru no. 8139/09, Karar tarihi: 17 Ocak 2012) (Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom, Application No. 8139/09, Judgment of 17 January 2012), para. 194. AİHM, “Birleşik Krallık ve Ürdün Hükümetlerinin, başvuranın Ürdün’e döndükten sonra kötü muameleye maruz kalmamasını sağlamak için şeffaf ve ayrıntılı güvenceler elde etmek ve sağlamak için gerçek çaba sarf ettiğini” değerlendirdiğini açıklamaktadır.

⁵⁸ Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy* (Oxford University Press, 2011) 8.

⁵⁹ Christopher Stalker, ‘Jurisdiction’, in M.D. Evans (ed.), *International Law* (4th edn, Oxford University Press, Oxford, 2014) 309–335.

⁶⁰ BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyon 2240.

⁶¹ BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyon 2240, Giriş.

Göçmen kaçakçılığı, 2000 tarihli Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığı Karşı Protokol'de “doğrudan veya dolaylı olarak, mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimi ikametgah sahibi olmadığı bir Taraf Devlete yasadışı girişinin temini” olarak tanımlanmıştır.⁶² Dahası, BM Güvenlik Konseyi 2240 Sayılı Kararı'nda, devletlerin “göçmen kaçakçılığını ve insan ticaretini önlemek ve bunlarla mücadele etmek, failleri soruşturmak ve cezalandırmak, insan ticareti mağdurlarını ve göçmenleri belirlemek ve onlara etkili yardım sağlamak ve insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı önlemek ve bastırmak için mümkün olan en geniş kapsamda işbirliği yapmak için gerekli özeni gösterme” görevi olduğunu vurgulamaktadır.⁶³ Ülkesinde göçmen veya insan kaçakçıları bulunan devletin, kaçakçılığı önleyecek ve buna son verecek pozitif tedbirler alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu tür tedbirler ülkesel yargı yetkisine girmektedir ki iç hukuk sisteminde mevcut olan yollarla soruşturma ve cezalandırmayı içermektedir.

Göçmenlere yönelik insan hakları ihlallerini önlemede sorumluluk sahibi her devletin özen gösterme yükümlülüğü vardır. Örneğin, BM GK 2240 Sayılı kararı, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti ile uğraşan organize suç örgütlerini ve can kaybını önlemeyi amaçlamakta olup, bireylerin insan haklarına zarar vermeyi veya uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası mülteci hukuku kapsamında koruma talep etmelerini engellemeyi amaçlamamaktadır.⁶⁴ Bu nedenle, göçün ulus ötesi etkisi, zorunlu olarak birden çok devletin ve ayrıca Avrupa Birliği gibi bölgesel örgütlerin ortak sorumluluklarını içermektedir. Birden çok devletin özen gösterme yükümlülüğündeki başarısızlığı, haksız fiil üzerinde müşterek bir sorumluluk durumu ile sonuçlanabilmektedir. Örneğin, AİHM'in *M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan* davasında, “başvurucu, Yunanistan'a geldiği andan itibaren içinde bulunduğu sefil durumun, 3. madde'nin manasıyla insanlık dışı ve onur kırıcı muameleye eşdeğer olduğunu ileri sürmüştür” ve mahkeme Yunanistan'ın 3. maddeyi “dolaylı olarak” ihlal ettiği hükmünü vermiştir.⁶⁵ Belçika'nın müşterek sorumluluğu ile ilgili olarak ise, başvurucuyu Yunanistan'a göndererek onu onur kırıcı muamele teşkil eden gözaltı ve yaşam koşullarına bilinçli olarak maruz bıraktığına karar vermiştir.⁶⁶ Geri göndermeme kuralını ihlal eden devlet, bir göçmeni, doğrudan devlet yetkililerinin neden olduğu ciddi insan hakları ihlallerine maruz kaldığı

⁶² Madde 3, Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığı Karşı Protokol, 5 Kasım 2000, UNTS 2241.

⁶³ BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyon 2240, Giriş.

⁶⁴ BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyon 2240, para. 12.

⁶⁵ M.S.S./Belçika ve Yunanistan, para. 286 ve özellikle para.235-264. Davanın Türkçe metni için bakınız: <<http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/M.S.S.-Belcika-ve-Yunanistan.pdf>> Erişim Tarihi: 03.03.2021.

⁶⁶ M.S.S / Belçika ve Yunanistan, para.323-368.



üçüncü bir devlete aktarırsa, hedef devlet ile birlikte ortak sorumlu olmaktadır. O halde açık denizlerde göçmenleri geri göndermemenin ülke dışı etkisi nedir?

4. Denizlerde Göçmenleri Geri Göndermemenin Ülke-Dışı Etkisi

Göçmenler, uluslararası hukuk kapsamında tanınan asgari insan hakları koruma standartlarının sağlamış olduklarından çok daha düşük insan hakları koruma standartlarına sahip olmaktadır.⁶⁷ Denizlerde, göçmenlerin temel insan haklarını korumada menşe devleti ya da uyuşu olduğu devlet isteksiz olabilmekte veya yeterli korumayı gerçekten sağlayamamaktadır. Diğer taraftan, genellikle hedef devlet söz konusu olduğunda, göçmenler kendi topraklarına girene kadar onları koruma sorumluluğuyla ilgilenmemekte hatta göçmenlerin kendi sınırlarına ulaşmalarını önlemekte ya da başka ülkelere geri itme yetkilerini kullanabilmektedirler. Öyle ki bu durum açık denizler söz konusu olduğunda, menşe, geçiş ve hedef ülkeleri arasında müdahale etme yetkisi sorunu daha belirgin hale gelmektedir.⁶⁸

Son yıllarda, devletler “geri itme/push back”⁶⁹ politikaları yoluyla göçün yükünden kurtulmaya çalışmaktadırlar.⁷⁰ Bu politikalar, denizde meydana gelen ölüm oranlarının artmasına veya bir kişinin geri gönderilmeden önce terk ettiği ülkeye geri dönmesi durumunda maruz kalabileceği insan hakları ihlalleri gibi olası risklere neden olmaktadır. Bununla birlikte, devletlerin koruma görevi,

⁶⁷ Maddeler 31 (1) ve 33 (1) (2) Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme, Maddeler 2(1), 6 (1) ve 7 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Madde 3 (1) İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme, Maddeler 1, 2(1) ve 3 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

⁶⁸ Bu duruma en iyi örnek, 2011 yılında yakıttı biten Libya’dan kaçan göçmenlerle ilgili “Ölmeye Terkedilen Tekne/Left-to-die Boat” verilebilir. Tekrar tekrar acil durum çağrıları göndermelerine rağmen, bölgede faaliyet gösteren devletlerin ve devlet-dışı aktörlerin hiçbiri göçmenlere yardım sağlamamıştır. Göçmenler, Libya kıyılarına tekrar ulaşana kadar geçen 14 gün boyunca denizde terkedilmiş ve 72 göçmendenden sadece 9’u hayatta kalmıştır. Charles Heller, Lorenzo Pezzani and Situ Studio, ‘Forensic Oceanography. Report on the “Left-To-Die Boat”’, <<https://www.fidh.org/IMG/pdf/fo-report.pdf>>, Erişim Tarihi: 03.03.2021.

⁶⁹ Human Rights Watch, ‘Pushed Back, Pushed Around – Italy’s Forced Return of Boat Migrants and Asylum Seekers, Libya’s Mistreatment of Migrants and Asylum Seekers’, Sept. 2009, <<http://www.hrw.org/en/node/85585>> Erişim Tarihi: 03.03.2021, UNHCR Press Releases, ‘Follow-up from UNHCR on Italy’s push-backs’, 12 May 2009, <<http://www.unhcr.org/4a0966936.html>> Erişim Tarihi: 03.03.2021; UNHCR Press Releases, ‘UNHCR deeply concerned over returns from Italy to Libya’, 7 May 2009, <<http://www.unhcr.org/4a02d4546.html>> Erişim Tarihi: 03.03.2021, BBC News, ‘Libya given migrant patrol boats’, 15 May 2009, <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8051557.stm>> Erişim Tarihi: 03.03.2021.

⁷⁰ Violeta, Moreno-Lax, ‘Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States’ Obligations Accruing at Sea’, (2011) 23 *International Journal of Refugee Law* 181, UNHCR, “Follow-up from UNHCR on Italy’s push-backs” (2009) *Briefing notes*, <<https://www.unhcr.org/4a0966936.html>> Erişim Tarihi: 02.03.2021.

göçmenlerin kendi topraklarının dışında veya ülke dışında gerçekleşebilecek insan hakları ihlalleri riskiyle karşı karşıya kalmaları durumunda dahi, ülke dışına uzanıyor olması gerekmektedir. Devletlerin, göçmenlerin kendi bölgelerine ulaşmalarını engellemeye yönelik bu politikaları tasarlarken, bu görevin açık denizlere kadar uzandığını (açık denizleri de içine aldığı) dikkate almaları gerekmektedir.

Devletlerin ülke dışı mücadeleleri arasında, denizlerde yakalanan veya kurtarılan göçmenlerin geri dönme süreci ve göçmenleri taşıyan botları kendi yetki alanlarının dışına çıkmaya zorlamaları ile çok sayıda devlet tarafından uygulanan “geri itme / push-back”⁷¹ operasyonları sayılmaktadır. Devletler denizde gerçekleştirilen geri itme ya da sınır denetimi operasyonları sırasında hem mülteci hukukuna ve insan haklarına saygılı davranılmalı hem de bu operasyonlar uluslararası deniz hukuku ile uyumlu olmalıdırlar.⁷² AİHM bir devlet tarafından açık denizde kontrol edilen kişilerin, o devletin yargı alanına girebileceğini birkaç dava kararında dile getirmektedir.⁷³

AİHM'nin Büyük Dairesi, örneğin İtalya'ya karşı açılan bir davada, Avrupa topraklarını hedef alan göçmenlerin haklarını ve devletlerin yükümlülüklerini ortaya koymaktadır. AİHM, Hirsi Jamaa ve diğerleri / İtalya⁷⁴ davasında başvuranlar, 11 Somali vatandaşı ve 13 Eritre vatandaşı, Libya'dan ayrılan ve Lampedusa'ya giden üç teknede yer alan göçmenlerdir. Olayda tekneler, Malta'nın yetki alanında bulunan, deniz arama kurtarma alanının içindeyken (SAR) İtalyan yetkililer tarafından durdurulmuştur. Tüm göçmenler, ikili anlaşmalar ışığında İtalyan askeri gemilerine nakledilmiş ve Libya'ya geri gönderilmişlerdir. AİHM, “uluslararası deniz hukukunun ilgili hükümleri gereğince, açık denizlerde yol alan bir deniz aracının, bandirasını taşıdığı Devlet'in yetki alanına tabi olduğunu” ve bu ilke gereğince, “bir Devletin bayrağını taşıyan gemilerde gerçekleştirilen işlemleri ilgilendiren hallerde, o Devlet'in yetki alanını ülke dışında kullandığına” hükmetmiştir.⁷⁵ Başkaları üzerinde kontrol uygulanması, hükmen (de jure), söz konusu Devlet tarafından ilgili bireyler üzerinde kontrol uygulanması anlamına gelmektedir.⁷⁶ Ayrıca AİHM'in değerlendirmesine göre, “başvuru sahipleri, İtalyan silahlı

⁷¹ Bakınız Dipnot 5.

⁷² Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, *Sığınma, Sınırlar ve Göç ile ilgili Avrupa Hukuku El Kitabı* (Avrupa Konseyi, 2014) 37-38.

⁷³ ibid. Dava örnekleri için bakınız: *Xhavara ve Diğerleri / İtalya ve Arnavutluk* (Application no. 39473/98, AİHM, Karar tarihi: 11 Ocak 2001); *Medvedyev ve diğerleri / Fransa*, (Başvuru no. 3394/03, AİHM, Karar tarihi: 29 Mart 2010).

⁷⁴ *Hirsi Jamaa ve diğerleri / İtalya* (Başvuru no. 27765/09, AİHM, Karar tarihi: 23 Şubat 2012), (*Hirsi Jamaa v. Italy*, Application No.27765/09, ECtHR, Judgement of 23 February 2012).

⁷⁵ *Hirsi Jamaa ve diğerleri / İtalya*, para. 77.

⁷⁶ *Hirsi Jamaa ve diğerleri / İtalya*, para. 77.



kuvvetlerine ait gemilere bindirilmeleriyle Libya makamlarına teslim edilmeleri arasında geçen sürede, İtalyan makamlarının devamlı ve münhasır hükmi (*de jure*) ve fiili (*de facto*) kontrolü altında bulunmuşlardır”.⁷⁷ Devletlerin, vatandaş olmayanların kendi topraklarındaki girişini, ikametini ve sınır dışı edilmesini kontrol etme hakkına sahip olduğunu kabul etmekle birlikte, bu hak genel uluslararası hukuka ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (AİHS) tabidir.⁷⁸ İtalya, göçmenleri Libya’ya geri göndererek, Sözleşmenin 3.maddesi uyarınca yasaklanan kötü muamelenin yanı sıra zorla geri gönderilme riskine maruz bırakmıştır.⁷⁹

Ayrıca, Mahkeme oldukça önemli bir noktada, mahkemeye başvuranların gemilerinin durdurulmasının ve transit devlet tarafından geri gönderilmelerinin, yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesini yasaklayan 4 No’lu Protokol’ün 4. Maddenin ihlali teşkil edip etmediğini değerlendirmiştir.⁸⁰ AİHM, “egemen otoritesini uygulayan bir Devletin makamları tarafından açık denizlerde yapılan bir durdurma bağlamında yabancıların geri gönderilmelerinin, göçmenlerin Devletin sınırlarına ulaşmalarına engel olma ve hatta onları başka bir Devlete geri itme etkisi olduğu ve söz konusu Devletin 4 No.lu Protokol’ün 4. maddesi kapsamında sorumluluğunu devreye sokan bir sınır ötesi yargı yetkisi kullanımı teşkil ettiği”⁸¹ sonucuna varmıştır. Bu nedenle, 4. No’lu Protokol’ün

⁷⁷ Hirsi Jamaa ve diğerleri / İtalya, para. 81.

⁷⁸ Hirsi Jamaa ve diğerleri / İtalya, para.113.

⁷⁹ Hirsi Jamaa ve diğerleri / İtalya, para. 138.

⁸⁰ Hirsi Jamaa ve diğerleri / İtalya, para.169-182:

“Mahkeme, Sözleşme’nin metninde veya hazırlık çalışmalarında (travaux préparatoires) söz konusu hükmün sınır ötesi uygulamasının engellenmediğini gözlemlemiştir. 4 No.lu Protokolü hazırlayanlara göre, “sınır dışı” teriminin “mevcut halde kullanıldığı genel anlamıyla (bir yerden uzaklaştırmak)” şeklinde yorumlanması gerekmektedir. Ayrıca, eğer 4 No.lu Protokol’ün 4. maddesi sadece yabancıların Sözleşme’ye Taraf Devletlerin ulusal topraklarından toplu olarak sınır dışı edilmelerine uygulanabilir olsaydı, güncel göç modellerinin önemli bir bileşeni söz konusu hükmün kapsamına girmezdi ve sıklıkla yaşamlarını tehlikeye atarak denize açılan ve bir Devletin sınırlarına ulaşmayı başaramayan göçmenlerin, kara yoluyla seyahat eden göçmenlerin aksine sınır dışı edilmeden önce kişisel koşullarının incelenmesini talep etme hakları bulunmazdı. Sınır dışı etme kavramının, tıpkı “yetki alanı” kavramı gibi öncelikli olarak ülkesel nitelikte olduğu açıktır. Fakat Mahkeme bir Devletin istisnai olarak yargı yetkisini ulusal topraklarının dışında kullandığını tespit ederse, Devletin sınır ötesi yargı yetkisi kullanımının topluca sınır dışı biçimini aldığı kabul edebilir. Mahkeme ayrıca, deniz ortamının sahip olduğu özel niteliğinin, denizleri hukukun dışında bir alan kıldığını vurgulamıştır.”

⁸¹ Hirsi Jamaa ve diğerleri / İtalya, para.169-182; AİHM, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 4 No.lu Protokol’ün 4. Maddesine İlişkin Rehber: Yabancıların Topluca Sınır Dışı Edilmeleri Yasağı*, Avrupa Konseyi, (2020) 5 <<https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/482020113746Guide%20Art-4-Protocol-4-%20TUR.pdf>> Erişim Tarihi: 12.03.2021.

4. maddesinden kaynaklanan yükümlülükler ülke dışı olarak geçerlidir.⁸² Mahkeme, kişilerin açık denizlerde korunmalarının AİHS'nin yetki alanı dışında olduğunu açıkça reddetmektedir. Mahkemeye göre, göç politikaları AİHS yükümlülüklerine aykırı olmamalı ve “anlaşmaların hükümleri, amaç ışığında iyi niyetle ve anlaşmanın amacı ve etkililik ilkesine uygun olarak yorumlanmalıdır”⁸³

AİHM, *Hirsi Jamaa ve diğerleri / İtalya* davasında ilk kez açık bir şekilde sınır ötesi göçmenlik kontrol tedbirini ele almış ve insan hakları kapsamına yerleştirmiştir.⁸⁴ AİHM böylece, geri göndermeme yükümlülüklerinin yalnızca ulusal topraklarda geçerli olduğu veya göçmenlerin resmi kanalların dışındaki bir bölgeye girmeye çalıştıklarında koruma haklarını kaybettikleri görüşlerini savunan iddiaları bu kararlarla birlikte reddetmiştir.⁸⁵ Devletler, temel egemenlik konuları ile ilgili olsalar bile tüm faaliyetlerinde insan hakları hukuku sorumluluğu altındadırlar.

Devletler bazen deniz ortamından kaynaklanan pratik zorluklara veya deniz hukuku kapsamındaki yükümlülüklerine atıfta bulunarak bu tür davranışları haklı çıkarmaya çalışmışlardır. *Hirsi Jamaa ve diğerleri / İtalya* davasında, İtalya denizde tehlikede olan kişilerin kurtarılmasını gerektiren Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 98 (1) (b) maddesi gereği yerine getirmektedir.⁸⁶ Mahkeme, “deniz çevresinin özel niteliğinin, bireylerin Devletleri'n yetki alanlarında bulunan herkes için temin etmeyi taahhüt ettiği Sözleşme tarafından verilen hak ve güvencelerden yararlanmalarını sağlayacak hiçbir hukuk sistemi tarafından korunmadıkları hukuk dışı bir alanın varlığını haklı kılamayacağını” belirtmiştir.⁸⁷ Aslında, ne Deniz Hukuku Sözleşmesi ne de diğer deniz hukuku kurallarındaki hiçbir şey (Denizcilik Arama ve Kurtarma Sözleşmesi gibi) devletlerin insan hakları gerekliliklerine uymasını engellememektedir.⁸⁸

⁸² AİHM, 2020 yılında vermiş olduğu N.D ve N.T / İspanya kararı ile polislerin sınırlarda geri itme yoluyla göçmenleri topluca sınır dışı edilmeleri yasağı kapsamında ihlal bulmamış, bu durum Hirsi kararı ile yasa dışı yollarla giriş yapan göçmenleri geri itmeyeceği kararının tam tersi bir karar vermiştir. Nitekim bu karar AİHM'e yöneltilen eleştirilere sebep olmuştur. N.D ve N.T / İspanya kararı (Başvuru no. 8675/15, AİHM Karar tarihi: 13 Şubat 2020) (N.D and N.T v. Spain, App. No. 8675/15, ECtHR Judgement given of 13 February 2020), Mart ayında tekrar benzer bir karar vermiştir. Bakınız: Asady ve diğerleri/Slovakya, (Başvuru no. 24917/15, AİHM, Karar tarihi: 24 Mart 2020).

⁸³ Hirsi Jamaa ve diğerleri / İtalya, para.180

⁸⁴ Lisa Heschl, “Extraterritorial Immigration Control Measures by EU Member States”, in Lisa Heschl (edt.), *Protecting the Rights of Refugees Beyond European Borders: Establishing Extraterritorial Legal Responsibilities* (Intersentia, 2018) 80-81.

⁸⁵ ibid.

⁸⁶ Hirsi Jamaa ve diğerleri / İtalya, para. 65.

⁸⁷ Hirsi Jamaa ve diğerleri / İtalya, para. 178.

⁸⁸ Irini Papanicolopulu, ‘Hirsi Jamaa v. Italy. Application No. 27765/09’ (2013) 107(2) *American Journal of International Law*, 417-423, 422-23.



Dolayısıyla, deniz hukuku sözleşmesinin dışında, insan hakları hukuku aynı zamanda devletlere açık denizlerde de insan hayatını koruma görevinde yükümlülük getirmektedir.

Özetlemek gerekirse, AIHM Hırsi kararı ile, geri göndermeme ilkesini uluslararası mülteci hukuku çerçevesinden yani kapsamından çıkartarak açık denizlerle ilgili insan hakları hukuku bağlamına yerleştirerek bu tür devlet uygulamalarına bir meydan okuma sunmaktadır.⁸⁹ İnsan hakları hukukunda, geri göndermeme yükümlülüğünün uygulama kapsamı devletlerin bölgeleri ile sınırlı değildir. Geri göndermeme ilkesi, “iltica ve uluslararası mülteci hukukunun temel taşı” olarak kabul edildiğinden, sınırlayıcı dış göç kontrollerinin yaşandığı bir çağda bu ilkenin ülke dışı uygulaması büyük önem taşımaktadır.⁹⁰ Diğer taraftan, pozitif özen yükümlülüklerinin normalde devletlerin ülkesel yetki kapsamında olarak düşünüldüğünü, başka bir deyişle, özen gösterme yükümlülüklerinin “bölgesel karakterini koruduğunu” belirtmek önemlidir.⁹¹ Buna göre, dış göç kontrolleri bağlamında pozitif yükümlülüklerin ihlali devlet sorumluluğunu doğurmamakta, ancak ülke dışı yargı yetkisi söz konusu olduğunda, devlet sorumluluğu konusunu tetikleyecek şekilde pozitif yükümlülüklere etki etmektedir.⁹² Sonuçta, devlet sorumluluğundan ziyade ülke-dışılık etkisini içermektedir.

SONUÇ

Göç, çok sayıda devletin ortak sorumluluğunu içeren ulus ötesi bir fenomen olmasına rağmen, devletler genellikle göçmenleri korumak konusunda isteksiz ve yetersiz kalmaktadırlar. Hedef ve geçiş devletleri, göçmenlerin kendi bölgelerine girinceye kadar göçmen sorunlarıyla uğraşmaktan kaçınmakta, açık denizlerde bu durum yeni bir yere sığınma riskini alan göçmenlerin ölümlerine neden olmaktadır. Bu makale, uluslararası insan hakları hukukunun pozitif yükümlülüğü olan özen yükümlülüğü ilkesi bağlamında, devletlerin kendi topraklarında olmasa bile göçün ülke dışı etkisini göz önünde bulundurarak göçmenlere karşı koruma görevinde sorumlu olduklarını analiz etmektedir. Bu analiz, Uluslararası Mülteci Hukuku, Uluslararası Deniz Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku arasındaki ilişki bağlamında göçün ülke dışı etkisini

⁸⁹ A. M. North, ‘Extraterritorial Effect of Non-Refoulement’, *The International Association of Refugee Law Judges World Conference*, 7–9 September 2011, <<https://www.refworld.org/pdfid/557030f64.pdf>> Erişim Tarihi: 22.03.2021.

⁹⁰ UN High Commissioner for Refugees, *UNHCR Note on the Principle of Non-Refoulement*, November 1997, <<https://www.refworld.org/docid/438c6d972.html>> Erişim Tarihi: 22.03.2021.

⁹¹ Seunghwan Kim, “Non-refoulement and extraterritorial jurisdiction: State sovereignty and migration controls at sea in the European context” (2017) 30(1) *Leiden journal of international law* 49-70, 66-67.

⁹² ibid.

denizlerde geri göndermeme ilkesi (*non-refoulement principle*) uyarınca tüm göçmenlere karşı ortak koruma görevinde özen gösterme sorumluluğu çerçevesinde yapılmıştır.

Ülke dışında meydana gelen insan hakları ihlalleri için devlet sorumluluğunun üstlenilebileceğini doğrulayan emsaller varken, bu tür sorumluluk özellikle Avrupa'da belirli bir devletin toprak veya kişiler üzerinde uyguladığı kontrolün ülke dışı etkililiği kriterine göre koşullandırılmıştır.⁹³ Bu durum, ihlalin devletin yargılama yetkisine girip girmediğini belirlemeye izin vermektedir. Denizlerdeki göçmenler söz konusu olduğunda, uluslararası hukukun, devletlere açık denizlerdeki göçmenleri kurtararak insan hayatını korumak için harekete geçme yükümlülüğü getirip getirmediği konusunda önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır. Koruma görevinin belirli koşullar altında sınırlamalara tabi olmasına rağmen, insan hakları hukuku birçok devlete açık denizlerde de koruma görevi yükümlülüğü vermektedir. Sonuç olarak, göçmenlere böylesi ülke dışı koruma sağlamadaki başarısızlıklarından dolayı devletleri sorumlu tutmak özen yükümlülüğü ilkesi gereği mümkün olabilmektedir.

KAYNAKÇA

AİHM, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 No.lu Protokol'ün 4. Maddesine İlişkin Rehber: Yabancıların Topluca Sınır Dışı Edilmeleri Yasağı*, Avrupa Konseyi, (2020) 5 <<https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/482020113746Guide%20Art-4-Protocol-4-%20TUR.pdf>> Erişim Tarihi: 12.03.2021.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (B.H. v. S.M.), Judgment, 2007 I.C.J. 43.

Arbour, L. 'The Responsibility to Protect as a Duty of Care in International Law and Practice', (2008) 34 *Review of International Studies* 445–458.

Asady ve diğerleri/Slovakya, (Başvuru no. 24917/15, AİHM, Karar tarihi: 24 Mart 2020).

Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, *Sığınma, Sınırlar ve Göç ile ilgili Avrupa Hukuku El Kitabı* (Avrupa Konseyi, 2014)

Bankovic and others v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom, (Application No. 52207/99, Judgement of 12 December 2001).

Barnes, R., 'Refugee Law at Sea', (2004) 53 *International and Comparative Law Quarterly* 48–61.

⁹³ Fons Coomans and Menno T. Kamminga, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Intersentia, Antwerp- Oxford, 2004).



Barnidge, R. P., ‘The Due Diligence Principle under International Law’, 8 *International Community Law Review* (2006) 81–122.

BBC News, ‘Libya given migrant patrol boats’, 15 May 2009, <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8051557.stm>> Erişim Tarihi: 03.03.2021.

BM Deniz Hukuku Sözleşmesi/United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), 10 December 1982, unts 1833. Türkçe metni için bakınız: <<http://www.turkishgreek.org/kuetuephane/item/153-unclos-turkish>> Erişim Tarihi: 02.03.2021.

Bonnitcha J. and McCorquodale, R., ‘The Concept of “Due Diligence” in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights’, (2017) 28(3) EUR. J. INT’L L. 899.

Coomans, F. and Kamminga, M. T., *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Intersentia, Antwerp- Oxford, 2004).

Uluslararası Haksız Fiillerden Ötürü Devletin Uluslararası Sorumluluğu Taslak Metin /Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries 2001, *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi: 12.02.2021.

Ertürk, Y., ‘The Due Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence Against Women’, U.N. Doc. E/CN.4/2006/61 (Jan. 20, 2006).

Fallon, F., “‘We were left in the sea’: asylum seekers forced off in Lesbos”, (19 March 2021) *The Guardian*, available at: < <https://www.theguardian.com/global-development/2021/mar/19/asylum-seekers-forced-off-lesbos-pushback-crisis-europe-borders>> Erişim Tarihi: 18.04.2021;

French, D. and Stephens T. (Rapporteurs), *International Law Association Study Group on Due Diligence in International Law*, ILA Study Group, First Report, 7 March 2014.

Giuffré, M., “Access to Asylum at Sea? Non-refoulement and a Comprehensive Approach to Extraterritorial Human Rights Obligations”, in Violeta Moreno-Lax and Efthymios Papastavridis (eds.), *Boat Refugees’ and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach* (Brill Nijhoff, 2017) 248-275.

Goodwin-Gill, G. S., “Setting the Scene: Refugees, Asylum Seekers, and Migrants at Sea—the Need for a Long-term, Protection-Centred Vision”, in Violeta Moreno-Lax, and Efthymios Papastavridis (eds.), *Boat Refugees’ and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach* (Brill Nijhoff, 2017) 17-31.

Goodwin-Gill, G. S., ‘International refugee law: Where it comes from, and where it’s going’ (2017) 45 *Int’l J. Legal Info.* 24.



Guilfoyle, D., “Transnational crime and the rule of law at sea: responses to maritime migration and piracy compared”, in Violeta Moreno-Lax and Efthymios Papastavridis (eds.), *‘Boat Refugees’ and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach*, (Brill Nijhoff, 2017) 169-196.

Hathaway, J. C. M., *The rights of refugees under international law* (Cambridge University Press, 2005).

Hathaway, J. C. and Foster, M., *The Law of Refugee Status* (Cambridge University Press, 2014).

Heller, C., Pezzani, L. and Studio, S., ‘Forensic Oceanography. Report on the “Left-To-Die Boat”’, <<https://www.fidh.org/IMG/pdf/fo-report.pdf>>, Erişim Tarihi: 03.03.2021.

Heschl, L., “Extraterritorial Immigration Control Measures by EU Member States”, in Lisa Heschl (edt.), *Protecting the Rights of Refugees Beyond European Borders: Establishing Extraterritorial Legal Responsibilities* (Intersentia, 2018) 47-140.

Hessbruegge, J. A., ‘The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law’, (2004) *36 N.Y.U. J. INT’L L. & POL.* 265.

Hirsi Jamaa ve diğerleri / İtalya (Başvuru no. 27765/09, AİHM, Karar tarihi: 23 Şubat 2012), (*Hirsi Jamaa v. Italy*, Application No.27765/09, ECtHR, Judgement of 23 February 2012).

Human Rights Watch, ‘Pushed Back, Pushed Around – Italy’s Forced Return of Boat Migrants and Asylum Seekers, Libya’s Mistreatment of Migrants and Asylum Seekers’, Sept. 2009, <<http://www.hrw.org/en/node/85585>> Erişim Tarihi: 03.03.2021.

International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, (judgement of 26 February 2007).

International Organization for Migration, ‘December 2020 update - NGO ships involved in search and rescue in the Mediterranean and legal proceedings against them’ <<https://fra.europa.eu/en/publication/2020/december-2020-update-ngo-ships-involved-search-and-rescue-mediterranean-and-legal>> Erişim Tarihi: 12.02.2021.

International Organization for Migration, *Missing Migrants Project* (Web Page) <<http://missingmigrants.iom.int>> Erişim tarihi: 12.02.2021.



Kamma, M. T., “‘Due diligence’ Mania: The Misguided Introduction of an Extraneous Concept into Human Rights Discourse”, in Ingrid Westendorp (ed.), *The Women’s Convention Turned 30* (Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2011/07, 2012) 407-417.

Kim, S., “Non-refoulement and extraterritorial jurisdiction: State sovereignty and migration controls at sea in the European context” (2017) 30(1) *Leiden journal of international law* 49-70.

Komp, L. M., “The Duty to Assist Persons in Distress: An Alternative Source of Protection against the Return of Migrants and Asylum Seekers to the High Seas?”, in Violeta Moreno-Lax and Efthymios Papastavridis (eds.), *Boat Refugees’ and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach*, (Brill Nijhoff, 2017), 222-247.

Mazzeschi, R. P. ‘The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States’, (1992) 35 *German Yearbook of International Law*, 9–51.

McKernan, B., “Greece accused of ‘shocking’ illegal pushback against refugees at sea” (26 April 2021) *The Guardian*, available at: < https://www.theguardian.com/world/2021/apr/26/greece-accused-of-shocking-pushback-against-refugees-at-sea?CMP=Share_iOSApp_Other> Erişim Tarihi: 28.04.2021.

MCNEILL, W. H., ‘Human Migration in Historical Perspective’, (1984) 10 (1) *Population and Development Review*, 1-18.

Mediterranean: Dead and Missing at Sea, United Nations High Commissioner for Refugees, <<http://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean>> Erişim tarihi: 12.02.2021.

Medvedyev ve diğerleri / Fransa, (Application no. 3394/03, Judgment of 29 Mart 2010).

Milanovic, M., *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, (Oxford University Press, 2011)

Moreno-Lax, V., ‘Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States’ Obligations Accruing at Sea’, (2011) 23 *International Journal of Refugee Law* 181.

M.S.S v Belgium and Greece, (Application No. 30696/09, Judgment of 21 January 2011).

N.D ve N.T / İspanya kararı (Başvuru no. 8675/15, AİHM Karar tarihi: 13 Şubat 2020) (N.D and N.T v. Spain, App. No. 8675/15, ECtHR Judgement given of 13 February 2020)

North, A. M., ‘Extraterritorial Effect of Non-Refoulement’, *The International Association of Refugee Law Judges World Conference*, 7–9 September 2011, <<https://www.refworld.org/pdfid/557030f64.pdf>> Erişim Tarihi: 22.03.2021.

Osman v. UK, (Application No. 23452/94, Judgment of 28 October 1998).

Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom, (Application No. 8139/09, Judgment of 17 January 2012).

ÖNER, A. Ş., “Göç Çalışmalarında Temel Kavramlar”, in Aslı Ş. ÖNER ve Gülfer İhlamur Öner (edt.), *Küreselleşme Çağında Göç: Kavramlar, Tartışmalar* (İstanbul: İletişim Yayınları, 2012) 13-27

ÖNGÖR, S., *Coğrafya Terimleri Sözlüğü*, (Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 1980) <<http://tdkterim.gov.tr/>>, Erişim Tarihi: 16.02.2017.

Papanicolopulu, I., ‘Hirsi Jamaa v. Italy. Application No. 27765/09’ (2013) 107(2) *American Journal of International Law*, 417-423.

Remarks by Peter D. Sutherland, UN Special Representative for International Migration Before the United Nations Security Council, May 11, 2015, <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/partners/docs/Remarks_by_SRSG_PeterSutherland_on_SecurityCouncil.pdf> Erişim Tarihi: 12.02.2021.

Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığı Karşı Protokol, 5 Kasım 2000, UNTS 2241.

Smith, H., “Cyprus rebuked for ‘violent’ pushbacks of boats carrying asylum seekers”, (18 March 2021) *The Guardian*, available at: <<https://www.theguardian.com/world/2021/mar/18/watchdog-criticises-cyprus-treatment-asylum-seekers>> Erişim Tarihi: 18.04.2021.

Soykırımı Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, opened for signature Dec. 9, 1948, 78 U.N.T.S. 277, yürürlük tarihi: 12 Ocak 1951).

Stalker, C., ‘Jurisdiction’, in M.D. Evans (ed.), *International Law* (4th edn, Oxford University Press, Oxford, 2014) 309–335.

Stoyanova, V., ‘Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights’ (2018) 18 *Human Rights Law Review* 309-346.

The Haitian Centre for Human Rights et al v. United States, Inter-American Commission of Human Rights, Decision as to the merits of case 10.675 13 March 1997, Report No. 51/96.



Trevisanut, S., ‘Is There a Right to Be Rescued At Sea? A Constructive View’, 4 *Questions of International Law* (June 2014) 3–15.

-----‘The Principle of Non-Refoulement And the De-Territorialization of Border Control at Sea’(2014) 27(3) *Leiden Journal of International Law*, 661-675.

UN Human Rights Committee, ‘General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant’, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13 (May 26, 2004).

UN High Commissioner for Refugees, *UNHCR Note on the Principle of Non-Refoulement*, November 1997, <<https://www.refworld.org/docid/438c6d972.html>> Erişim Tarihi: 22.03.2021.

UNHCR, “Follow-up from UNHCR on Italy’s push-backs” (2009) *Briefing notes*, <<https://www.unhcr.org/4a0966936.html>> Erişim Tarihi: 02.03.2021.

UNHCR Press Releases, ‘Follow-up from UNHCR on Italy’s push-backs’, 12 May 2009, <<http://www.unhcr.org/4a0966936.html>> Erişim Tarihi: 03.03.2021.

UNHCR Press Releases, ‘UNHCR deeply concerned over returns from Italy to Libya’, 7 May 2009, <<http://www.unhcr.org/4a02d4546.html>> Erişim Tarihi: 03.03.2021.

UNHCR, ‘Note on international protection’ (13 September 2001) a/ac.96/951.

UNSC Resolution 2240 (9 October 2015) un Doc. s/res/2240. Available at: <<http://unscr.com/files/2015/02240.pdf>> Erişim Tarihi: 22.02.2021.

Xhavara ve Diğerleri / İtalya ve Arnavutluk, Başvuru no. 39473/98, Karar Tarihi: 11 Ocak 2001.

Velásquez- Rodriguez v. Honduras, Judgment, Inter-American Court of Human Rights Series C No. 4 (29 July 1988).

1974 tarihli Denizde Can Güvenliği Uluslararası Sözleşmesi/International Convention on Salvage, 28 April 1989, UNTS. 1953.

1979 Denizde Arama ve Kurtarma Uluslararası Sözleşmesi/International Convention on Maritime Search and Rescue, 27 April 1979, UNTS. 1403.

1989 Uluslararası Kurtarma Sözleşmesi/International Convention for the Safety of Life at Sea, 1 November 1974, UNTS. 1184.

BEYAZ ENERJİ HAKKI

The Right to White Energy

Güven SÜSLÜ*

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (439-472)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 23.06.2021

Kabul Tarihi : 14.09.2021

Makale Türü: *Araştırma*

Article Info

Received Date: 23.06.2021

Accepted Date: 14.09.2021

Article Type : *Research*

ÖZET

Enerjinin çevre ile ilişkisi gün geçtikçe daha yakından anlaşılmaktadır. Çevrenin enerji faaliyetlerinden etkilenmesi karşısında çevreyi kirletmeyen enerjiye yönelmek kaçınılmaz hale gelmiştir. Keza çevresel etkilerin sınır ve zaman tanımazlığı durumun önemini daha da artırmaktadır. Ancak yenilenebilir enerji kavramı ile temiz enerji kavramı aynı anlamı ifade etmemektedir. Bu anlam farklılığı, temiz olmayı esas alan yeni bir kavramı gerektirmektedir. Bu doğrultuda çalışmamızda öncelikle yenilenebilir enerji ve temiz enerji kavram ayrımına değinilecektir. Yenilenebilir enerji, enerji kaynağının tükenmemesi ölçütünü temel almaktadır. Beyaz enerji ise enerjinin temizliğini, yani çevresel etkilerini esas almaktadır. Beyaz enerjinin bir hak olup olmadığı da belirlenmesi gerekmektedir. Beyaz enerji hakkı önce anayasal boyutta değerlendirilecektir. Bu konuda mahkeme kararları ile yargı organlarının yaklaşımı ele alınacaktır. Akabinde beyaz enerjinin yasal boyutu irdelenecek, bu hakkın içeriği ortaya konulacak ve son olarak da başka ülke uygulamalarından örnekler verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Beyaz, Enerji, Çevre, Yeşil, Yenilenebilir, Hak

ABSTRACT

The relationship between energy and the environment is understood more and more every day. In the face of the environment being affected by energy activities, it has become inevitable to turn to energy that does not pollute the environment. Likewise, the fact that environmental effects know no boundaries and time increases the importance of the situation even more. However, the concept of renewable energy and the concept of clean energy do not mean the same thing. This difference in meaning requires a new concept based on being clean. In this direction, in our study, first of all, the distinction between renewable energy and clean energy will be discussed. Renewable energy is based on the criterion of not running out of energy source. White energy, on the other hand, is based on the cleanliness of energy, that is, its environmental effects. It is also necessary to determine whether white energy is a right or not. The right to white energy will first be evaluated on a constitutional level. In this regard, the approach of court decisions and judicial bodies will be discussed. Then, the legal dimension of white energy will be examined, the content of this right will be revealed, and finally, examples from other countries will be given.

Keywords: White, Energy, Environment, Green, Renewable, Right

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Öğr. Gör., Yaşar Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, guven.suslu@yasar.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-3628-9032>.

GİRİŞ

Çevre üzerinde giderek artan şekilde ortaya çıkan olumsuz etkilerde enerji faaliyetleri büyük paya sahiptir. Bu durum, ülkeleri çevreye daha duyarlı enerji kaynakları kullanımına doğru itmektedir. Öte yandan çevre sorunları çoğu zaman zaman ve mekândan bağımsız nitelik taşımaktadır. Oluşan çevre sorunlarının uluslararası boyutlu oluşu, ülkelerin bu konuda ortak hareket etmesinin de zeminini oluşturmaktadır. Çevrenin serbest ve bedava bir mal olmadığı algılanışı, oluşan maliyetin karşılanmasına ilişkin çözüm arayışlarını gündeme getirmiştir.

Çevre üzerinde oluşan olumsuz etkilere karşı enerji alanında akla ilk gelen ve popüler olan kavram yenilenebilir enerji kavramıdır. Hatta bu ilişki yenilenebilir enerji kavramının yeşil enerji olarak da adlandırılmasına ve hatta bu iki kavramın eş anlamlı olarak kullanılmasına kadar varmıştır.

Geleneksel olarak yenilenebilir ya da yeşil enerji denilince akla, tükenmeyen enerji kaynakları gelse de kavram aynı zamanda çevresel kaygıları da giderme izleri taşımaktadır. Ancak yenilenebilirlik ve temiz olma özellikleri birbirinden farklıdır. Bir enerji kaynağının temiz olması ile yenilenebilir olması birbirinden farklı kavramlardır. Yenilenebilir olma enerji kaynağının temiz olmasının ön şartı değildir. Yenilenebilirlik enerji kaynağının tükenmezliğini esas alırken temiz olmak ise enerjinin çevresel etkilerini esas almaktadır. Öte yandan her yenilenebilir enerji kaynağının temiz olduğunu iddia etmek de mümkün değildir.

Çalışmamızda bu kavram kullanımlarının irdelemesi yapılarak çevre üzerindeki etkileri temel alan bir kavram olarak beyaz enerji tercih edilmiştir. Bu kavram temelinde ise beyaz enerjinin bir hak konusu olup olmadığı, bunun anayasal ve yasal temelleri değerlendirilecek, uluslararası alanda hukuki durum ele alınacak, konu ile ilgili özellikle Yüksek Mahkeme kararları temelinde yargı organlarının tutumu da incelenecektir. Beyaz enerji hakkının somutlaştırılması gereği nazara alınarak bu hakkın içeriğinin hangi yetkileri içerdiği de ortaya konulacaktır.

I. BEYAZ ENERJİ KAVRAMI

Dünya genelinde ve ülkemizde her ne kadar yeşil enerji, enerjinin temiz olması ölçütünü temel almış ise de yerleşmiş ve özensiz kavram kullanımı yeşil enerji ile yenilenebilir enerji arasında bir anlam kardeşliği doğurmuştur. Bu özensiz kullanım o derece yaygınlaşmıştır ki artık temiz enerji kavramı için yeşil enerji teriminin kullanılması, kullananın amacının tam olarak anlaşılmasına, bu terimle temiz enerjii mi yoksa yenilenebilir enerjii mi kastettiği konusunda tereddütler doğmasına yol açmaktadır. Yeşil enerji ile beyaz enerji kavramlarının aynı şeyi ifade etmediği, beyaz enerji kavramının,

enerji kaynağının yenilenebilirliğinden bağımsız olarak enerji kaynağının temiz olup olmadığını esas aldığı ifade edilmelidir. Yeşil enerji ve yenilenebilir enerji arasında yaratılan yanlış birliktelik, bir enerjinin çevreye zarar vermemesinin yani temiz olmasının ön koşulu olarak tükenmez olmasının gerektiği gibi bir anlamın çıkmasına yol açmaktadır. Oysa bir enerjinin yenilenebilirliği, o enerjinin temiz olmasına bir karine olmadığı gibi, bir enerjinin temiz olması için de o enerjinin yenilenebilirliği koşul değildir. Bu bağlamda çevreye zarar vermeme yani temiz olma ile yenilenebilirliği birbirinden ayırmak ve sadece temiz enerjiyi vurgulamak, onu anlatmak için, enerjinin yenilenebilirliğinden bağımsız, yeni bir kavram yaratmak gerekmektedir. İşte bu kavram beyaz enerji kavramıdır. Beyaz enerji kavramı böylece bir enerjinin yenilenebilir olma özelliğinden bağımsız olarak temiz olma niteliğini esas almaktadır. Kısacası beyaz enerji, temiz enerjiyi ifade etmektedir.

Beyaz enerji ile kastedilenin temiz enerji olduğu ifade edildiğine göre temiz enerjiden kastedilenin ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Temiz enerji kavramının doğrudan kullanıldığı bir mevzuat hükmünün olup olmadığına bakmak gerekir. İsminde “Temiz Enerji” kavramının yer aldığı bir kanun bulunmamaktadır. Yönetmeliklere bakılacak olursa “Temiz Enerji” kavramına adında yer veren yedi adet yönetmelik bulunmakta olup bu yönetmeliklerin tamamı, çeşitli üniversitelerin kendi bünyelerinde kurdukları temiz enerji uygulama ve araştırma merkezlerine ilişkindir.¹ Yönetmeliklerde temiz enerji tanımlanmamıştır. Bu yönetmeliklerin dört tanesi, temiz ve yenilenebilirlik kavramlarını bir arada kullanmış,² üç yönetmelik ise sadece temiz enerji kavramına yer vermiştir.³

Beyaz ya da temiz enerji kavramlarına ilişkin mevzuatta tanım bulunmamaktadır. Ancak “yenilenebilir enerji” kavramının mevzuatta yeri olduğu bilinmektedir. Gerçekten 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının

¹ Bu üniversitelerimiz; Düzce Üniversitesi, Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi, Selçuk Üniversitesi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Gazi Üniversitesi, Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi ve Hacettepe Üniversitesidir.

² Düzce Üniversitesi Temiz Enerji Kaynakları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği, 21.09.2014 tarih ve 29126 sayılı R.G., Niğde Üniversitesi Prof. Dr. Turhan Nejat Veziroğlu Temiz Enerji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği, 28.02.2014 tarih ve 28927 (Mük) sayılı R.G., Selçuk Üniversitesi Yenilenebilir ve Temiz Enerji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği, 24.06.2013 tarih ve 28687 sayılı R.G., Ondokuz Mayıs Üniversitesi Temiz Enerji Teknolojileri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği, 08.12.2009 tarih ve 27426 sayılı R.G.

³ Gazi Üniversitesi Temiz Enerji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği, 06.04.2005 tarih ve 25778 sayılı R.G., Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Temiz Enerji Kaynakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği, 12.04.1996 tarih ve 22609 sayılı R.G., Hacettepe Üniversitesi Yeni ve Temiz Enerji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği, 23.09.1993 tarih ve 21707 sayılı R.G.



Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'un⁴ 3. maddesinde yenilenebilir enerji kaynaklarının tanımına yer verilmiş ve hidrolik, rüzgâr, güneş, jeotermal, biokütle, biokütleden elde edilen gaz (çöp gazı dâhil), dalga, akıntı enerjisi ve gel-git gibi fosil olmayan enerji kaynakları olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere yenilenebilir enerji, temiz olmaktan ziyade sona ermeme, bitmeme ölçütünü esas almıştır.⁵ Ancak 5346 sayılı kanunun 1. maddesi, kanunun amaçları arasında çevrenin korunmasını da saydığından yenilenebilir enerjinin hiç değilse amaçları arasında çevrenin korunmasının da bulunduğu ifade edilmelidir.

Beyaz enerji kavramının anlamının ortaya koymada lafzi yorumdan hareket etmek gerekirse kirletmeyen, kirlilik yaratmayan enerji sonucuna varılmaktadır. Kirlilik kavramı ise OECD tarafından “insan sağlığını tehlikeye düşürme ile canlı varlıkları ve ekosistemleri hasara uğratabilme şeklinde zararlı sonuçlar doğuran ve çevrenin güzelliklerini ve diğer meşru kullanımlarını bozan veya bunlara mani olan maddelerin ya da enerjinin insanlar tarafından ya da dolaylı olarak çevreye intikali” şeklinde tanımlanmıştır.⁶ Tanımda da görüleceği üzere kirlilik çevre ile yakın ilişkili olarak ortaya konulmuş ve özünde madde ya da enerjinin çevreye intikalinin kirliliğe yol açacağı ifade edilmiştir. O halde beyaz enerji ile kastedilenin çevreyi kirletmeyen enerji olduğu söylenebilir.

II. BEYAZ ENERJİ HAKKI

2015 yılında yapılan Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Konferansında alınan 70/1 sayılı karar ile on yedi adet sürdürülebilir kalkınma amacı belirlemiştir. Bu amaçlardan yedincisi “herkes için uygun fiyatlı, güvenilir, sürdürülebilir ve modern enerjiye erişiminin sağlanmasıdır.”

Anılan yedi nolu amacı sağlamak için beş tane alt amaç belirlenmiş ve yedi nolu amacın gerçekleştirilmesi aşamalandırılmıştır. Bu alt amaçlar arasında çalışmamız için önemi haiz olanlar;

- 2030 yılı itibari ile uygun fiyatlı, modern ve güvenilir enerji hizmetlerine evrensel erişimi sağlamak

- 2030 yılı itibari ile küresel enerjide yenilenebilir enerjinin payını önemli ölçüde artırmak

- 2030 yılına kadar yenilenebilir enerji, enerji verimliliğini ve gelişmiş ve çevreye daha duyarlı fosil yakıt teknolojilerini içeren çevreye duyarlı enerji

⁴ Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun, Kanun Numarası: 5346, Kabul Tarihi:10.05.2005, RG 18.05.2005/25819

⁵ Yenilenebilir enerji üretirken de çevreye zarar verilmemesi gerektiği, yenilenebilirlik ise çevre dostu olmanın farklı anlamlara geldiği yolundaki düşünce için bkz. Münci Çakmak, İdare Hukuku Açısından Yenilenebilir Enerji, (Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018) 137-138

⁶ Nühket Turgut, Çevre Hukuku, (Birinci Baskı, Savaş Yayınevi, 1998) 348

araştırmaları ve teknolojilerine erişimi kolaylaştırmayı amaçlayan uluslararası iş birliğini geliştirmek ve enerji altyapısı ve temiz enerji teknolojilerine yapılan yatırımları desteklemektir.⁷

Akabinde Birleşmiş Milletlerin 71/313 sayılı kararı ile Sürdürülebilir Kalkınma Amaçlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemek üzere küresel göstergeler belirlenmiş ancak bu göstergelerin gelir seviyesi, coğrafi konum, yaş vb. sebeplerle ayrıştırılmasının mümkün olduğu da ifade edilmiştir. Yedi nolu sürdürülebilir kalkınma amacı olan herkes için uygun fiyatlı, güvenilir, sürdürülebilir ve modern enerjiye erişimin sağlanması amacının her bir alt amacı için kalkınma göstergelerinin tespiti de yapılmıştır.⁸ Bu kapsamda 70/1 sayılı BM kararı ile belirlenen yedi nolu amacın alt amaçları için belirlenen göstergeler şöyledir:

- 2030 yılı itibari ile uygun fiyatlı, modern ve güvenilir enerji hizmetlerine evrensel erişimin sağlanmasının göstergesi olarak elektriğe erişen nüfus oranı ile ısınma, aydınlatma ve yemek yapmada temiz yakıt ve temiz teknoloji kullanan nüfusun oranı belirlenmiştir.

- 2030 yılı itibari ile küresel enerjide yenilenebilir enerjinin payını önemli ölçüde artırmanın göstergesi olarak ise toplam enerji tüketiminde yenilenebilir enerjinin payı tespit edilmiştir.

- 2030 yılına kadar yenilenebilir enerji, enerji verimliliğini ve gelişmiş ve çevreye daha duyarlı fosil yakıt teknolojilerini içeren çevreye duyarlı enerji araştırmaları ve teknolojilerine erişimi kolaylaştırmayı amaçlayan uluslararası işbirliğini geliştirmek ve enerji altyapısı ve temiz enerji teknolojilerine yapılan yatırımları desteklemenin göstergesi olarak da yenilenebilir enerji araştırmaları ve bu alandaki gelişmeyi ve hibrit sistemlerini de içeren yenilenebilir enerji üretimini desteklemek için gelişmekte olan ülkelere uluslararası yatırım akışı belirlenmiştir.

Görüleceği üzere modern ve çevreye duyarlı enerjiye erişim uluslararası metinlerin konusu olmaktadır. Enerjiye erişim hakkı unsurları itibari ile enerjiye erişimi, temel enerji hizmetlerini, uygun fiyatlı olmayı, güvenilir ve modern enerji hizmeti sunulmasını içermektedir.⁹ Özellikle yukarıda bahsedilen alt amaçlar ve evrensel kalkınma göstergeleri dikkate alındığında yedi nolu amaç

⁷ Resolution Adopted By The General Assembly On 25 September 2015, Transforming Our World: The 2030 Agenda For Sustainable Development, (www.un.org) https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf Erişim Tarihi:22.03.2021

⁸ Resolution Adopted By The General Assembly On 6 July 2017, 71/313. Work Of The Statistical Commission Pertaining To The 2030 Agenda For Sustainable Development. (www.undocs.org), <https://undocs.org/A/RES/71/313> Erişim Tarihi: 28.06.2021

⁹ Pınar Aksakal Aydın, İnsan Hakları Açısından Enerjiye Erişim Kavramı, (Birinci Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, 2020) 109-114

olan enerjiye erişim hakkının alt amaçlarından birisi “uygun fiyatlı, modern ve güvenilir enerji hizmetlerine evrensel erişimin sağlanması” olarak belirlenmiş, bu alt amacın gerçekleşme göstergesi olarak ise “temiz enerji ve temiz teknoloji kullanan nüfusun oranı” ortaya konulmuştur. Keza enerjiye erişim hakkının unsurları arasında yer alan modern enerji kavramının çevreye duyarlı enerji ve enerji teknolojileri alt amacı ile bağlantısı da dikkate alındığında enerjiye erişim hakkının beyaz enerji hakkını da içerdiği kanaatindeyiz.

1982 Anayasasında beyaz enerji ya da benzer anlamda temiz enerji hakkı adı ile ya da benzer anlama gelecek bir hakkın bulunmadığı görülmektedir. Dahası 1982 Anayasasında enerji kelimesi bile sadece 46/2. maddede kamulaştırma ile ilgili olarak bir kere yer bulmuştur. Dolayısıyla Anayasada ismen kendisine yer bulamasa da bu hakkın özü itibari ile Anayasada bulunup bulunmadığının ortaya konulması gerekir. Öncelikle enerjiye erişimin¹⁰ bir hak olup olmadığına bakılacak olursa Türkiye'nin de taraf olduğu ve Anayasanın 90. maddesi gereği kanun hükmünde olan uluslararası belgelerde¹¹ bu hakkın varlığının genel olarak yorum yolu ile çıkarıldığı, iç hukukta yapılan düzenlemelerde ise mevzuatın enerjiye erişim hakkını sağlamaya çalıştığı ancak özellikle serbest olan ve olmayan tüketici ayrımı ile gelir durumu düşük olan tüketiciler açısından bu hakkın korunamadığı ifade edilmiştir.¹² BM tarafından yukarıda bahsedilen Genel Kurul kararları ise tavsiye niteliği taşımakta ve Devletler için hukuki bağlayıcılık taşımamaktadır.¹³

Bu noktada AB özelinde Topluluğun tamamında, istisnasız herkese makul fiyatlarla ve standart kalitede sunulan temel hizmet olarak tanımlanan “Evrensel Hizmet” kavramı da akla gelmektedir. Gerçi henüz iletişim ve posta hizmetlerinde uygulama aşamasında olsa da bu kavram yakın gelecekte enerjiyi de içine alan temel sektörlerde uygulanma imkanına kavuşacaktır. Evrensel hizmetin gelişiminde ise iki olasılık söz konusudur. İlk olasılıkta evrensel hizmet, hizmetin sunulmasında zorluk olan durumlarda hizmetin

¹⁰ Enerjiye erişim bir hanenin hem çevreye duyarlı yemek pişirme olanaklarına (ilkel ya da modern anlamda yakıt ve kullanım teknolojilerine ulaşma) hem de temel enerji ihtiyaçlarını (telefon şarjı, radyo, birkaç ampül kullanımı gibi) gidermeye yetecek kadar elektriğe güvenilir ve uygun bedelle erişimi ve bunun zaman içerisinde bölgesel anlamda belirli bir ortalama seviyesine ulaşması olarak tanımlanmıştır. Energy Access Outlook 2017 From Poverty to Prosperity, (www.iea.org) https://iea.blob.core.windows.net/assets/9a67c2fc-b605-4994-8eb5-29a0ac219499/WEO2017SpecialReport_EnergyAccessOutlook.pdf
Erişim Tarihi: 28.06.2021

¹¹ Bu belgeler arasında BM Şartı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme sayılabilir. Aydın, (n 7) 60-76

¹² ibid 94

¹³ Cem Sar, Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararlarının Hukuki Değeri, (1966) 21(4), AÜSBF Dergisi, 227, 241-242

sunulma koşullarındaki güçlükten dolayı ya daha kötü kalitede sunulması ya da bu güçlükleri aşmanın maliyetinin tüketiciye yansıtılması yolu ile diğer kullanıcılardan daha pahalı sunulmasıdır. İkinci olasılık ise hizmetin her koşulda herkese aynı kalitede sunulması ancak hizmetin daha maliyetli sunulduğu alanlardaki maliyetin herkese eşit olarak dağıtılmasıdır. Bu ikinci olasılık, başkasının hizmete erişmesindeki maliyeti bir başka tüketicinin üstlenmeye razı olup olmayacağı sorusunu akla getirmektedir.¹⁴ Örnek olarak dağlık bir alanda yaşayan bireye elektrik hizmetinin sunulması, şehir içinde yaşayan bireye nazaran daha maliyetlidir zira altyapının dağlık bölgede oluşturulması ve bu altyapıdan yararlanacak kişi sayısı dikkate alındığında maliyet artmaktadır. İşte bu maliyetin elektrik hizmetinden yararlanan herkese eşit olarak yansıtılması ikinci olasılığın temel sorunudur.

Evrinsel hizmetin ülkesel bir uygulama örneği olarak Fransa’da 18.03.1992 tarihinde kabul edilen “Kamu Hizmetleri Şartı’nda” kamu hizmetlerinin işleyiş ilkeleri arasında özellikle kırsal alanlar ve hassas bölgeler hedeflenerek coğrafi olarak yaygınlık ve ulaşılabilirlik de sayılmıştır.¹⁵

A. Temiz Enerjinin Ayrı Bir Hak Olarak Kabulünün Gerekliliği

Temiz Enerjinin bağımsız bir hak olarak kabulü, özellikle çevre hakkından bağımsız şekilde ele alınması, çevre hakkına yönelik bazı sınırlamalardan kurtulmasını sağlaması bakımından önem taşımaktadır. Herşeyden önce 2872 sayılı Çevre Kanunu 1. maddesinde Kanunun amacını, bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamak şeklinde ifade etmiş, 2. maddede ise Sürdürülebilir kalkınma, bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma ve gelişmeyi ifade etmektedir. Dolayısıyla çevre hakkı, sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda tanınmış, sürdürülebilir kalkınma ise çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında bir denge kurulmasını esas almıştır. Sürdürülebilir kalkınma kavramı bu bağlamda çok boyutlu bir kavram olup, çevresel boyutlarının yanı sıra iktisadi ve sosyal boyutları da haizdir ve bu kavram hakkında yapılan tanımlamalar, hangi boyutun esas alındığına göre farklılaşmaktadır.¹⁶ Ekonomik hedeflerin çevresel hedeflerin önüne geçmesi ve çevresel ekonomi açgözlülüğünün¹⁷ ortaya çıkması, çevre hakkını kâğıt üzerinde kalması sonucunu doğurabilecektir. Bu bağlamda temiz enerji hakkının bağımsızlığını

¹⁴ İl Han Özay, *Günişığında Yönetim*, (Üçüncü Baskı, Filiz Kitabevi, 2017) 274-275

¹⁵ Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, (Birinci Baskı, Turhan Kitabevi, 2015) 245-250

¹⁶ Onur Yeni, *Sürdürülebilirlik Ve Sürdürülebilir Kalkınma: Bir Yazın Taraması*, (2014) 16(3), Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 181, 185

¹⁷ Emin Memiş, *Çevre ve Çevre İdare Hukuku*, (İkinci Baskı, Filiz Kitabevi, 2015) 347.

kazanması, sürdürülebilir kalkınma ilkesinin yaratacağı bu tehlikenin hiç değilse temiz enerji hakkı özelinde etki yaratmamasını sağlayacaktır.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus çevrenin kirletilmesine sadece temiz olmayan enerji kullanımının yol açmadığıdır. Çevrenin kirletilmesi çok daha geniş bir kavramdır ve bu noktada çevre hakkı ile temiz enerji hakkı arasında ayırım yapılması gerekir. Ayrıca temiz olmayan enerji kullanımının yaratacağı tek sonuç çevrenin kirletilmesi değildir ve başka pek çok sonuç doğurmaktadır. Bu bağlamda temiz enerji hakkının bağımsız bir hak olarak kabulü ve düzenleme altına alınması önem taşımaktadır. Her ne kadar bir hürriyetin var olması için anayasa ya da kanunla tanınmasına gerek olmasa da özellikle anayasal düzenleme yapılması, yasalarla bu özgürlüğün ihlal edilememesi sonucunu yaratacağından hürriyet daha da güvenceli hale gelecektir.¹⁸ Temiz enerji hakkının da anayasal statüye kavuşturulması, bu hakkın normlar hiyerarşisindeki yeri itibari ile ölçü norm olmasını sağlayarak bu norma aykırı yasal düzenleme yapılamaması söz konusu olacaktır.

B. Türk Hukukunda Beyaz Enerji Hakkının Varlığı

Hukukumuzda “Beyaz Enerji Hakkı”nın bulunup bulunmadığının anayasal ve yasal bağlamda ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

1. Anayasal Bağlamda Beyaz Enerji

Beyaz enerjinin anlamının saptanmasından sonra beyaz enerjinin bir hak olup olmadığı ve başta anayasal ve ardından yasal dayanaklarının neler olduğu belirlenebilir. 1982 Anayasasında beyaz enerji ile ilgili hiçbir düzenleme yoktur. Enerjiye erişim hakkının yorum yolu ile çıkarıldığı uluslararası belgelere taraf olmamız sebebi ile bunların iç hukuka aktarılmış olmaları ve Anayasaya aykırılıklarının da ileri sürülemeyecek oluşu, enerjiye erişim hakkının beyaz enerji hakkını da içermesi sebebi ile dolaylı bir kanun üstü dayanak sayılabileceği düşünülmektedir. Ancak asıl dayanak yapılabilecek hüküm ise Anayasamızda yer alan çevre ile ilgili düzenlemedir. Gerçekten Anayasanın “Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlıklı 56. maddesinde “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.” hükmüne yer verilmiştir. Öncelikle düzenlemede hakkın sahibi olarak hiçbir ayırım yapılmaksızın herkes gösterilmişken, çevreyi koruma ödevini ise Devlete ve vatandaşlara ait olduğunun ifade edilmesi, bir çelişki arz etmektedir. Bu noktada çevreyi koruma ödevinin de tıpkı hakkın

¹⁸ Kemal Gözler, Yorum İlkeleri, Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Türkiye Barolar Birliği, 29-30 Eylül 2012, (Birinci Baskı, TBB Yayınları, 2013) 82

öznesinde olduğu gibi herkes olarak anlaşılması, amaçsal yorum yolu ile mümkündür ve elzemdir.¹⁹

1982 Anayasasının 56/1. madde hükmü temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal normların önemli bir kısmı gibi soyut ve genel nitelik taşımaktadır. Soyut ve genel nitelikli anayasal normlar ise, temel hak ve özgürlüğe ilişkin ana güvenceyi belirtmek üzere ifade edilmekte fakat çoğu zaman ilgili hak ve özgürlüğün kapsamına o hak ve özgürlüğün hangi kullanım biçimlerinin girdiğini ya da girmediğini belirtmemektedirler. Sonuç itibarıyla hak ve özgürlüğün somutlaştırılmasında, yasa koyucuya ve uyuşmazlık halinde yargısal karara alan yaratılmaktadır.²⁰ Bu bağlamda 56/1. maddede düzenlenen temel hak ve özgürlüğü somutlaştırma noktasında yargı kararlarına bakmak gerekmektedir.

a. Anayasa Mahkemesi Kararlarına Bakış

Anayasa Mahkemesi, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun ek 1. maddesinin 4. fıkrası ile ilgili olarak Anayasa'nın 56. maddesine aykırılık iddiası ile ilgili olarak önüne gelen itiraz başvurusunda verdiği kararda²¹, Anayasa'da yer alan "sağlıklı ve dengeli çevre" kavramına, doğal güzelliklerin korunduğu, kentleşme ve sanayileşmenin getirdiği hava ve su kirlenmesinin önlenmesi bir çevre kadar, işin niteliğine göre belirli esaslara uygun olarak madencilik faaliyetlerinin gerçekleştirildiği çevrenin de gireceği kuşkusuz olduğunu, sağlıklı ve dengeli bir çevre yaratılmasının, öncelikle yapılacak madencilik faaliyetinin denetlenmesini gerektirdiğini vurgulamıştır. Mahkemenin bu kararı, çevre kavramına madencilik, dolayısıyla enerji temin faaliyetlerini sokması açısından büyük önem taşımaktadır. Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, çevre hakkının konusunu, sağlıklı ve dengeli bir çevrenin öğelerini genişletmek suretiyle geliştirmektedir.²²

¹⁹ Ümit Güveyi, 1982 Anayasası Kapsamında Çevre Hakkının Karşılaştırmalı Kısa Bir Tahlili, (2018) 24(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 633, 648

²⁰ Bertil Emrah Oder, Anayasa Yargısında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama Ve Somutlaştırma Sorunları-2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler, Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum Ve Norm Somutlaşması, 29-30 Eylül 2012, (Birinci Baskı, TBB Yayınları, 2013) 127

²¹ Anayasa Mahkemesi, 2011/110, 24.05.2012

²² Yasemin Semiz, 2016, Çevre Hakkı Kavramı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevre Hakkına Yaklaşımı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 17. Mahkeme kararı ile bir hakkın varlığının saptanmasına güzel bir örnek olarak Hindistan Yüksek Mahkemesinin *Attakoya Thangal v. Union of India* kararı verilebilir. Mahkeme Anayasa'da açıkça su hakkının yer almadığı Hindistan'da Anayasa'da yer alan "yaşam hakkını" yorumlayarak su hakkının varlığını kabul etmiş ve idarenin kişilerin yaşadığı bölgenin yer altı sularından faydalanarak bir başka bölgenin su ihtiyacını karşılamasını "yaşam hakkının" ihlali olarak kabul etmiştir. Ayşenur Narin, Su Hakkı ve Bir Müdahale Aracı Olarak Suyun Özelleştirilmesi, (2016) 7(27), TAA Dergisi, 741 dn. 40



5491 sayılı “Çevre Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 7. maddesi ile 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 10/3. maddesinin de “Petrol, jeotermal kaynaklar ve maden arama faaliyetleri, Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamı dışındadır.” hükmüne yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi 5491 sayılı Kanunun çeşitli maddelerinin Anayasa’nın 2., 6., 7., 8., 11., 13., 17., 56., 63., 90. ve 168. maddelerine aykırılığı iddiası ile ilgili olarak açılan iptal davasında,²³ Anayasa’nın 56. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.” hükmünün yer aldığını, çevresel etki değerlendirmesi ile korunmaya çalışılan temel unsurun, çevre ve bu çevre içerisindeki varlıklar olduğunu, ÇED kapsamı dışında tutulan arama faaliyetlerinin, biyolojik çeşitlilik üzerinde ya da doğada değişiklikler meydana getirebileceğini, bu değişikliklerin uzun dönemli etkilerinin olabileceğini, bu nedenle çevre için riskler taşıdığını, iptali istenen kural kapsamındaki arama faaliyetinde, mevcut risklerin ortadan kaldırılabilmesi ve önlenmesi için ÇED’in öngörülmesinin, Anayasa’nın 56. maddesinde Devlete verilen çevrenin korunması yükümlülüğünün bir gereği olduğunu, anılan kuralla, petrol, jeotermal kaynaklar ve maden arama faaliyetlerinin çevresel etki değerlendirilmesi kapsamı dışında tutulmasının Anayasa’nın 56. maddesine aykırı olduğunu hüküm altına almıştır. Görüldüğü üzere Mahkeme bu kararında da enerji üretimine yönelik olan ve bu bağlamda çevre kapsamına dahil olan varlıklar üzerinde etkisi olabilecek faaliyetleri 56. madde kapsamında değerlendirerek genişletici yaklaşımını devam ettirmiştir.

Son olarak Mahkeme, 29.12.2010 günlü, 6094 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un bazı maddelerinin Anayasa’nın 2., 17., 56., 128. ve 166. maddelerine aykırılığı iddiası ile açılan iptal davasında verdiği kararda,²⁴ yenilenebilir enerjinin, çevrenin korunmasındaki rolüne değinerek kömür, doğalgaz ve fuel-oil gibi fosil yakıtlarının kullanımı sonucu dünya yüzeyinin ortalama sıcaklığında meydana gelen artışa bağlı olarak uzun vadede iklim değişiklikleri, buzulların erimesi, mevsimlerin kayması ve tarım alanlarının verimsizleşmesi gibi sorunlara yol açabilecek nitelikteki sera gazı salınımının düşürülmesi amacıyla yenilenebilir enerji kaynaklarına öncelik verilmesinin, doğanın korunması bakımından büyük önem taşıdığını vurgulamıştır. Mahkemenin bu kararı da enerji üretim faaliyetlerinin, çevresel varlıklar üzerindeki etkisini ortaya koyarak, çevrenin korunmasında enerji kaynaklarının rolünü saptamış, çevre kavramının enerji ile olan yakın ilişkisini ortaya koymuştur.

²³ Anayasa Mahkemesi 2006/99, 15.01.2009

²⁴ Anayasa Mahkemesi, 2011/27, 05.07.2012

b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Bakış

Konuya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi açısından bakılacak olursa, çevre hakkının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ya da Sözleşme'ye ek protokollerde bağımsız bir hak olarak düzenlenmediği ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, çevre hukukunun gelişimi ve çevresel sorunların artması sebebi ile vermiş olduğu kararlarla çevre hakkının gelişmesi ve çevrenin korunmasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin önemli bir hukuki işlev kazanmasını sağladığı söylenmelidir.²⁵ Bu noktada Mahkemenin, Sözleşmede yer alan bazı hakları çevre hakkı ile birlikte yorumlamak suretiyle çevrenin korunmasına katkıda bulunduğu görülmektedir.²⁶ Mahkemenin bu yorumlarda en sık başvurduğu hak Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen "Özel Hayat ve Aile Hayatının Korunması Hakkı" iken yine 2. maddede düzenlenen Yaşam Hakkı", 6. maddede düzenlenen "Adil Yargılanma Hakkı" da Mahkemenin çevre hakkının varlığını ile birlikte değerlendirdiği haklar arasında yer almaktadır.²⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılmış olan başvurular özellikle devlet ya da özel kişilerin tehlikeli faaliyetlerinden dolayı yaşam hakkının tehdit altında olması iddialarında yoğunlaşmaktadır.²⁸ Mahkeme, pozitif yükümlülük doktrini kapsamında Devletlere özellikle 8. madde kapsamında yükümlülükler yaratmakta ancak yeni hak kategorileri yaratmaya yanaşmamakta, Devletlerin pozitif yükümlülüğü konusunda ise özen ilkesi çerçevesinde hakkı koruyucu gerekli özenin gösterilip gösterilmediğini ölçüt yapmaktadır. Mahkeme yatay etki doktrini kapsamında 8. maddeyi bireyler arası yatay ilişkilerde de Devletin pozitif yükümlülüğü olduğu şeklinde yorumlamakta ve bireylerin başka bireylerden gelecek ihlallere karşı korunmasını da Devlete pozitif bir yükümlülük olarak yüklemektedir.²⁹

Mahkemenin vermiş olduğu Okyay/Türkiye kararı³⁰ çevre hakkının bağımsız bir hak olarak kabulünün önemini ortaya koyması³¹ ve Mahkemenin bu hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. maddesi ile bağlantılı olarak

²⁵ Erkan Duymaz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı, (2012) 47, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 123

²⁶ Alistar Mowbray, Cases and Materials on the European Convention on Human Rights, (2nd edn, Oxford University Press, 2007) 546-552

²⁷ Bahar Konuk Sommer, Türk Hukukunda Çevre Hakkının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması, (2019) 4(2), Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi, 169, 174-177

²⁸ Duymaz, (n 23) 135

²⁹ Dilara Yüzer Eltimur, AİHM ve Anayasa Mahkemesi İçtihatları Işığında Çevrenin Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri, (2018) 13(145), Terazi Hukuk Dergisi, 93, 98-100

³⁰ AİHM 36220/97, 12.07.2005

³¹ Ancak Mahkeme AİHS'nin hiçbir kuralında çevre hakkının yer almadığını kabul etmektedir. Bu konuda 22.05.2003 tarih ve 98/41666 başvuru nolu Kyrtatos v Yunanistan ve 09.06.2005 tarih ve 00/55723 başvuru nolu Fadeyeva v Rusya kararlarına bakılabilir.



ele alması açısından değerlidir. Gerçekten davaya konu olan olayda konuyu AİHM önüne getiren, Yatağan, Yeniköy ve Gökova termik santrallerinin faaliyetlerinin durdurulması için İzmir’de yaşayan avukatlardır. Nükleer santrale 4-5 km mesafede yaşamasına rağmen başvuruları kabul edilmeyenlere nazaran termik santrallere 250 km uzaklıkta oturanların başvurularının kabul edilmesi çevre hakkının iç hukukta tanınmasının önemini ortaya koymaktadır.³² Davada başvuruçular 1982 Anayasasının 56. maddesi uyarınca sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamının anayasal hakları olduğu tezine dayanmışlardır.³³ Başvuruçuların bu hakka değil de doğrudan yaşam hakkına dayanmaları halinde Mahkemenin daha önceki kararlarına da bakılınca başvurunun reddinin söz konusu olacağı ifade edilmiştir.³⁴

Anayasa Mahkemesinin, çevre hakkının bireysel başvuruya konu edilmesi noktasında yaklaşımının müspet olduğu belirtilmelidir. Ancak Mahkeme, çevre hakkının ihlaline ilişkin önüne gelen bireysel başvurularda değerlendirmelerini 56. madde kapsamında değil, Anayasanın 17. maddesinde düzenlenmiş olan “Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi” hakkı, 20. maddede yer alan “Özel hayatın gizliliği”, 21. maddede düzenlenen “Konut dokunulmazlığı” ve 22. maddede yer alan “Haberleşme hürriyeti” çerçevesinde yapmakta ve bu konuda değerlendirmeyi neden 17. madde çerçevesinde yaptığına da Mehmet Kurt başvurusunda³⁵ verdiği kararda açıklık getirmektedir. Mahkeme,

³² Duymaz, (n 23) 138

³³ Nilgün Tortop, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları, (2006), 62, TBB Dergisi, 449, 450

³⁴ Duymaz, (n 23) 138-139 Öte yandan Mahkemeye göre santrallerin faaliyetlerinin durdurulmasına yönelik verilen yürütmenin durdurulması kararlarının idare tarafından uygulanmaması ve faaliyetlere devam edilmesine karar verilmesi yasal temelden yoksun ve iç hukuka göre açıkça hukuka aykırı olup bu durum yargı kararlarına karşı hile yapmakla aynı şeydir. Mahkeme, böyle bir durumun hukuki güvenlik ve hukukun üstünlüğüne dayalı hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu ifade ederek ulusal makamların iç hukukta verilen mahkeme kararlarını makul süre içinde ve hukuka uygun şekilde yerine getirmede ihmalleri olduğunu ve bu sebeple Sözleşmenin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Tortop, (n 31) 466-467

³⁵ Anayasa Mahkemesinin 25.02.2016 tarih ve 2013/2552 başvuru numaralı kararı. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2552?Dil=tr> Erişim Tarihi:24.07.2021, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 20. Maddesi kapsamında özel hayatın gizliliği ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında yapılan bir bireysel başvuru kararında ise çevresel rahatsızlık iddialarının değerlendirilebilmesi için çevrenin genel olarak bozulması değil bireylerin özel veya aile hayatı ile konutları için zararlı bir etkinin söz konusu olması ve başvuruya konu işletmenin faaliyetlerinin başvuruçuları güncel ve kişisel olarak doğrudan etkilediğinin başvuruçular tarafından ortaya konulması gerektiğini vurgulayarak belirli bir bölgede yapılması planlanan maden işletmesi faaliyetlerinin başvuruçuları güncel ve kişisel olarak doğrudan etkilediğinin başvuruçular tarafından ortaya konulmadığının anlaşıldığını ve bu sebeple başvuruçuların mağdur statüsünün bulunmadığı sonucuna

Anayasa’da yer alan “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.” hükmünün, Anayasa’da yer alan ikinci ve üçüncü kuşak hakların ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunulamayacağı şeklinde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.³⁶

c. Danıştay Kararlarına Bakış

Danıştay’ın yaklaşımına bakılacak olursa, 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun 2. ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 27.maddelerine göre, ... Serbest Bölgesinin hudutlarının belirlenmesine, bu bölge dahilinde kalan özel mülkiyete ait taşınmazların acele kamulaştırılmasına, kamulaştırma işlemleriyle Maliye ve Gümrük Bakanlığı Milli Emlak Genel Müdürlüğünün görevlendirilmesine ve 89/14633 sayılı Kararnamenin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin 7.5.1990 günlü ve 20511 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 90/380 sayılı Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada Danıştay,³⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 56.maddesinde; herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip bulunduğu,

ulaşıldığına hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesinin 08.05.2019 tarih ve 2015/19256 başvuru numaralı Adnan Ayan vd. kararı <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/19256?KelimeAra%5B0%5D=2872+&page=2> Erişim Tarihi: 24.07.2021

³⁶ Sommer, (n 25) 180-181. Anayasa Mahkemesi Demirdöven Köyü Tüzel Kişiliği ve diğerleri bireysel başvurusu ile ilgili kararında ÇED olumlu kararı verildikten sonra yöre halkına yapılacak bilgilendirmenin halkın haberdar olmasını sağlayacak şekilde yapılması gerektiğini, başvuruya konu olayda ÇED olumlu kararının Valilik ilan panosuna asılması ile yetinildiğinin tespit edildiğini, panoya asma yöntemi dışında köyde yaşayan yöre halkının konudan haberdar olmasını sağlayacak başkaca herhangi bir yöntemle başvurulduğuna ya da başvuru sahiplerinin karardan bir şekilde haberdar olduklarının kabulünü haklı kılan bir neden bulunduğuna dair herhangi bir bilgi ya da belgenin bulunmadığını, köyde yaşayan başvuru sahiplerinin şehir merkezinde bulunan Valilik ilan panosunda yayımlanan kararı takip ederek ilan tarihinden itibaren dava açmalarını beklemenin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri bağlamında öngörülebilirlik sınırları içinde olmadığı kanaatine varıldığını, dava açma süresinin, başvuru sahiplerinin henüz dava hakkının doğduğundan haberdar olmadığı bir dönemde işletilmeye başlamasının, mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahaleyi ölçsüz kıldığını, bu çerçevede İdare Mahkemesinin ÇED kararının öğrenilmesine ve değerlendirilmesine imkân tanımayan nitelikteki Valilik ilan tarihini esas alarak dava açma sürelerini belirlemesine ilişkin yorumunun başvuru sahiplerinin mahkemeye erişim hakkına yönelik katı bir yorum olduğunu ve bu yorumun başvuru sahiplerinin mahkemeye erişim hakkını kullanmasını aşırı derecede güçleştirdiğinin tespit edildiğini, açıklanan gerekçelerle başvuru gerçek kişilerin Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin 25.12.2018 tarih ve 2014/14359 başvuru numaralı kararı. 25.12.2018. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/14359?KelimeAra%5B%5D=demird%3B%5D=2872+&page=2> Erişim Tarihi: 24.07.2021

³⁷ Danıştay 10 D, 2278/1672, 28.04.1992



çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemenin Devletin ve vatandaşların ödevi olduğu hükmüne yer verildiğini, toplumun bütün bireyleri yanında, kamu hizmetini yürüten idarelere de, çevre sağlığını koruma yükümlülüğü getirildiği tespit etmiştir. Danıştay, dava kapsamında, Yüksek Planlama Kurulu tarafından alınan karar ile İzmir-İzmirliya Serbest Bölgesinde yürütülecek faaliyetlerin belirtildiğini ve Bölgede, sadece bu kararda belirtilen konularda faaliyette bulunulmasına izin verileceğinin bildirildiğini, Yüksek Planlama Kurulunun söz konusu kararında, uyuşmazlık konusu serbest bölgedeki faaliyet konuları üretim faaliyetleri ile ticaret ve hizmet faaliyetleri şeklinde düzenlenerek üretim faaliyetlerinin de «imalat sanayi sektöründe yer alan faaliyetler, özellikle gıda ve yem gibi tarım ve gübre, boya, deterjan ve diğer kimya, petro kimya ve kömür ürünlerinin sağlanması, konserve, kazan, tank ve boru üretimi gibi çeşitli çelik işletmelerinin kurulmaları ve bunlar için gerekli enerji üretim faaliyetleri, klima ve deniz araçları imalatı, tekstil ve beton ürünleri, optik ve tıbbi elektronik alet, bilgisayar ve benzeri alet ve ekipmanların üretimi ile ihracata katkısı olan her türlü tarım ve sanayi maddelerinin üretim faaliyetleri» şeklinde belirlendiğini, Yüksek Planlama Kurulu kararıyla faaliyet konuları belirlenen sınıai yatırımların İzmir-İzmirliya Serbest Bölgesinde gerçekleşmesi halinde 2872 sayılı Çevre Kanunu hükümleri dikkate alınarak ekolojik dengenin bozulup bozulmayacağı konusunda bir araştırma yapıp yapılmadığının davalı idareden sorulduğunu, verilen cevaptan bu hususta herhangi bir inceleme yapılmadığının anlaşıldığını, serbest bölge olarak belirlenen yerde Yüksek Planlama Kurulunca kabul edilen üretim faaliyetleriyle ticaret ve hizmet faaliyetlerinin yürütülmeye başlanılmasında kamu yararının davalı idarece ortaya konulmaması karşısında belirtilen hususun saptanması zorunluluğunun ortaya çıktığını, kamu yararı kavramıyla belirlenmek istenilenin, kurulan serbest bölgede ekolojik dengenin bozulup bozulmayacağını, doğanın kirlenip kirlenmeyeceğinin, arazinin ve doğal kaynakların, su, toprak ve havanın, ülkenin bitki ve hayvan varlığının, doğal ve tarihsel zenginliklerinin zedelenip zedelenmeyeceğinin saptanması ve ileride yapılacak masrafların önlenmesi ve milli değerlerin kayba uğratılmamasının sağlanması olduğunu, Yüksek Planlama Kurulunca faaliyet konuları belirlenen sınıai tesislerin kurulması halinde ekolojik dengenin nasıl etkileneceğinin ortaya konulması amacıyla bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verildiğini, bilirkişilerce; halen mevcut sanayi tesislerinin bölgede kirliliğe sebebiyet verdiği ve ekolojik dengeyi olumsuz yönde etkilendiğini gösterir nitelikte olduklarının vurgulandığını, sonuç olarak, dava dosyası içeriği ve bilirkişi raporunun kesin sonuçlarından Bakanlar Kurulu kararıyla öngörülen serbest bölgedeki enerji üretim faaliyetleriyle sınıai tesislerin işletmeye açılması halinde ekolojik dengenin olumsuz etkileneceğinin anlaşıldığı gerekçesi ile Bakanlar Kurulu kararının iptaline karar verilmiştir.

Çevre Bakanlığının ısınmada petrol kok kullanımının yasaklanmasına ilişkin 13.1.1995 günlü, 0175-0098-353 sayılı genelgesinin iptalinin talep edildiği davada³⁸ Danıştay, petro kok kullanımının çevreye zarar vermeden yakılabılmesinin ancak özel şartlar sağlandığında mümkün olduğu, en az 800 derecedeki bir sıcaklıkta kullanılması gereken petrol kokunun konutlardaki sobalarda ısınmak amacıyla kullanılması halinde hava kirliliğine neden olacağı, bu sıcaklığın altında yakılması durumunda kanserojen etkili ve Polisiklik Aromatik Hidrokarbon olarak tanımlanan bir dizi organik maddenin atmosfere verileceği, bu maddelerin ise 2 Kasım 1986 tarihli Hava Kalitesinin Korunması Yönetmeliğinde belirtilen kanser yapıcı maddeler listesinde bulunduğu, az miktardaki avantajlarına karşı yüksek oranda zehirli maddeler içerdiği, bu nedenle kullanımının da toksikolojik nedenlerden dolayı sorumluluğu altına girilemeyecek kadar tehlikeli olması yanında Türkiye şartlarına da uymadığı sonucuna varmış ve dava konusu genelgede mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesi ile iptal talebini yerinde bulmayarak davanın reddine karar vermiştir.

Her iki karar çerçevesinde Danıştay'ın enerji üretimi ve kullanımını çevre ile bağlantılı olarak değerlendirildiği, bir kararında ekolojik denge, diğer kararında ise çevrenin bir unsuru olan havanın kirlenmesi kavramlarını kullandığı gerek enerjinin üretiminin gerekse kullanımının ekolojik dengeye ya da çevrenin bir unsuru olan havaya olan zararlarının hukuka aykırı olduğuna karar verdiği, böylece çevre hakkının enerji ile olan yakın ilişkisini ortaya koyduğu anlaşılmaktadır.

İdarenin bir kamu hizmeti görürken faaliyetleri esnasında çevreye zarar vermesi kaçınılmazsa, bu faaliyetleri çevreyi korumaya tercih edip etmeyeceği konusunda ise Danıştay'ın vermiş olduğu bir karardan hareketle bir idari faaliyet ile doğal çevrenin korunması arasındaki bir çatışma söz konusu olduğunda çevre korumaya öncelik tanıdığı savunulabileceği ifade edilmiştir. Bahsi geçen karara konu olayda kanalizasyonu olmayan bir mahallede oluşan foseptik sızıntılarının halk sağlığını tehdit etmesi üzerine geçici bir yolla foseptiğin denize verilmesi üzerine deniz kenarında plaj işleten işletme sahibinin Belediyenin işlemine karşı açtığı davada Danıştay belediyenin yükümlü olduğu kanalizasyon sistemi kurma ödevini yerine getirmesi gerekirken atık suları denize vermesinin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir.³⁹

1982 Anayasasının 56. maddenin ilk iki fıkrasının çevre hakkına özgü olduğu ifade edilmiş ise de⁴⁰ bu kabulün çok da isabetli olmadığı söylenmelidir.

³⁸ Danıştay 6 D, 5023/2558, 28.05.1996

³⁹ Ali D. Ulusoy, Çevre Kirlenmesinin Oluşmasından Sonraki Aşamada Medeni Hukuk, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Çözümlerine Genel Bir Bakış, (1993) 43(1), AÜHF Dergisi, 125, 125-142. Karar künyesi için dn. 34

⁴⁰ Semiz, (n 20) 10

Herşeyden önce maddenin kenar başlığı dahi “çevre” den bahsetmektedir. Maddenin sadece çevre hakkına özgülenmediği vurgulanmalıdır zira 56/1. madde sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkından söz etmektedir. Dolayısıyla bireyin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamasına imkan tanıyacak unsurların 56/1. madde içeriğine dahil olduğu söylenebilir.⁴¹ Ayrıca yaşama hakkının somutlaşabilmesi için sağlık ve çevre hakkının sıkı ilişki içinde olan haklar oldukları da ifade edilmiştir.⁴² Bu kapsamda çevreyi kirleten yani beyaz olmayan enerjinin sağlıklı ve dengeli bir çevreyi olumsuz etkileyeceği muhakkak olacağından beyaz enerjinin de sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına mündemiç olduğu ortadadır.⁴³ Kaldı ki 56. maddenin 2. fıkrası çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemenin Devletin ve vatandaşların ödevi olduğunu düzenleme altına almıştır. Bu çerçevede beyaz enerji hakkının anayasal dayanağının bulunduğu ve bunun da 56/1. ve 2. fıkraları olduğu söylenebilir.

2. Yasal Bağlamda Beyaz Enerji Hakkı

Beyaz enerji ile kastedilenin çevreyi kirletmeyen enerji olduğu belirlendikten sonra beyaz enerji hakkının yasal bağlamda ne şekilde düzenlendiğine de bakılması gerekmektedir. Bu konuda tıpkı Anayasada olduğu gibi yasal bir düzenleme mevzuatımızda yer almamaktadır. Ancak yukarıda anayasal dayanak olduğu kabul edilen 56. madde hükmü esas alınarak, yasal temeli de bu çerçevede aramak gerekmektedir.

Anayasanın 56. maddesi, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını herkese tanımış, çevre kirlenmesini önlemeyi Devlete ve vatandaşlara bir ödev olarak yüklemiş olup anayasal bu hak karşılığını 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun “İlkeler” başlıklı 3/1-e maddesinde bulmaktadır. Anılan düzenlemede Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve yerel yönetimlere; meslek odaları, birlikler, sivil toplum kuruluşları ve vatandaşların çevre hakkını kullanacakları bir katılım ortamını yaratmak yükümlülüğü yüklenerek, çevre hakkının varlığı açıkça zikredilmiştir. Ayrıca Kanun’da çevre hakkının kullanılmasına ilişkin bazı usuli hükümlerin de bulunduğu görülmektedir.⁴⁴ Gerçekten Kanunun 30/1.

⁴¹ Bu noktada 2872 sayılı Çevre Kanunu 2. maddesinde yer alan ekolojik denge kavramı için yapılan “İnsan ve diğer canlıların varlık ve gelişmelerini doğal yapılarına uygun bir şekilde sürdürebilmeleri için gerekli olan şartların bütünü” tanımı da vurgulanmalıdır.

⁴² Memiş, (n 15) 348

⁴³ Benzer şekilde güneşe ve rüzgâra erişim hakkının çevre hakkına dahil olduğu, güneş ve rüzgâra erişimin olmadığı bir çevrenin sağlıklı bir çevre sayılamayacağı dolayısıyla kişinin çevre hakkına aykırı bir durumun ortaya çıkacağı ifade edilmiştir. Ayşe Özcan, Sürdürülebilirlik Ekseninde “Yeni Çevresel Haklar Deneyimi” Ve Eko-Politik Bir Analiz: “Güneş Ve Rüzgâr Hakları, (2016) 8(1), Alternatif Politika, 34, 43-44

⁴⁴ Hakan Olgun and Volkan Işık. Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Türk Hukukundaki Yeri, (2017) 3(1), Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi, 33, 45

maddesinde çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olan herkesin ilgili mercilere başvurarak faaliyetle ilgili gerekli önlemlerin alınmasını veya faaliyetin durdurulmasını isteyebileceği belirtilerek “Başvuru Hakkı” na sahip olduğu düzenlenmişken, 30/2. maddesinde ise herkesin, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında çevreye ilişkin bilgilere ulaşma hakkına sahip olduğu düzenlenerek “Bilgi Edinme Hakkı” na sahip olduğu ifade edilmiştir.

Anayasanın 56. maddesinde çevre kirlenmesini önleme ödevi ise yasal karşılığını 2872 sayılı Çevre Kanunu’nda bulmaktadır. Anılan Kanunun 3/1-a maddesine göre başta idare, meslek odaları, birlikler ve sivil toplum kuruluşları olmak üzere herkes, çevrenin korunması ve kirliliğin önlenmesi ile görevli olup bu konuda alınacak tedbirlere ve belirlenen esaslara uymakla yükümlüdür. O halde çevrenin beyaz olmayan enerji kullanımı yolu ile kirlenmemesi bir ödev olarak en başta idareye ve sonra herkese ödev olarak yüklenmiştir. Bu ödevin bir gereği olarak idare-Devlet- gerekli mevzuat değişikliklerini de yapmakla yükümlü olup enerji ile çevre arasında var olması gereken uyumun sağlanması ve korunması bir ödev olarak idareye aittir. Bu doğrultuda 1 nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde⁴⁵ yer alan bir düzenleme bu ödevi somutlaştırmaktadır. Gerçekten Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının hizmet birimleri arasında yer alan Enerji Verimliliği ve Çevre Dairesi Başkanlığının görevleri arasında “...çevre-enerji ilişkisi kapsamında mevcut ve yeni mevzuatın uyum ve etki değerlendirmelerini yapmak, çevre mevzuatına uyuma yönelik takip ve izleme komisyonu sekretaryasını yürütmek” de sayılmıştır.

Çevre Kanunu’nun 1. maddesinden Kanunun çevreyi sürdürülebilir kalkınma ilkesini de esas alarak korumayı amaçladığı anlaşılmaktadır. BM Genel Kurulunun yukarıda bahsedilen Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları ve amaçlar için belirlenen göstergeler arasında çevreye duyarlı enerjiye ve enerji teknolojilerine erişimi Sürdürülebilir Kalkınmanın amaç ve göstergeleri arasında saymaktadır. Bu kapsamda Çevre Kanunu Sürdürülebilir Kalkınma ilkesi kapsamında çevreyi koruyacaksa bunu yapması için temiz enerjinin ve temiz enerji teknolojilerinin kullanımını gösterge olarak kullanması ve bu doğrultuda alt düzenlemeler yapması gerekmektedir. Özetle Çevre Kanunu Sürdürülebilir Kalkınma ilkesini benimsemekle bu ilkenin amaçlarını da benimsemiş dolayısıyla temiz enerjiyi bir hak olarak kabul etmiş olmaktadır.

Burada bahsedilmesi gereken bir diğer kanun 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun’dur. Kanun 1. maddesinde amaçları arasında sera gazı emisyonlarının azaltılmasını, atıkların değerlendirilmesini ve çevrenin korunmasını sayarak,

⁴⁵ Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG 10.07.2018/30474

çevre ve enerji arasındaki bağı göz önüne sermiştir. Yine 5627 sayılı Enerji Verimliliği Kanunu da 1. maddesinde enerji kaynaklarının ve enerjinin kullanılmasında verimliliğin artırılmasını hedefleyerek bu hedefin sebepleri arasına çevrenin korunmasını da dahil etmiştir.

Gerek çevre gerekse enerji ile ilgili anılan bu yasal düzenlemeler hep birlikte değerlendirildiğinde, çevre ile enerji üretim ya da kullanımı arasında sıkı bir bağ olduğu, özellikle çevrenin kirletilmemesini istemenin bir hak, çevreyi kirletmemenin ise bir ödev niteliği taşıması sebebi ile, çevreyi kirletmeyecek enerji üretimi ya da kullanımını talep etmenin de çevre hakkına mündemiç bir hak olduğu sonucuna varılabilir. Sonuçta hak ve ödev kavramları bir madalyonun iki yüzü gibidir.⁴⁶

C. Beyaz Enerji Hakkının İçeriği

Beyaz enerji hakkı, sahibine sağladığı yetkiler ve muhataplarına yüklediği yükümlülükler temelinde şu unsurları içermektedir:

- Herkes için temiz enerji kullanma yükümlülüğü
- Tedarikçiler için temiz enerji sağlama yükümlülüğü
- Bireyler için temiz enerji talep yetkisi

1. Herkes İçin Temiz Enerji Kullanma Yükümlülüğü

Beyaz enerji kullanma yükümlülüğü, bazı düzenlemelerde hâlihazırda somutlaştırılmıştır. Çevre Kanunu'nun 3/1-f maddesine göre her türlü faaliyet sırasında doğal kaynakların ve enerjinin verimli bir şekilde kullanılması amacıyla atık oluşumunu kaynağında azaltan ve atıkların geri kazanılmasını sağlayan çevre ile uyumlu teknolojilerin kullanılması esastır. Aynı maddenin h bendine göre de çevrenin korunması, çevre kirliliğinin önlenmesi ve giderilmesi için uyulması zorunlu standartlar ile vergi, harç, katılma payı, yenilenebilir enerji kaynaklarının ve temiz teknolojilerin teşviki, geri kazanım katılım payı, plastik poşet ve plastik ambalaj kullanımının azaltılması, depozito uygulaması, emisyon ücreti, kirletme bedeli ve kirliliğin önlenmesine yönelik teminat alınması ve karbon ticareti gibi piyasaya dayalı mekanizmalar ile ekonomik araçlar ve teşvikler kullanılır. Son olarak Kanunun Ek 6. maddesine göre hava kalitesinin korunması ve hava kirliliğinin önlenmesi için, ulusal enerji kaynakları öncelikli olmak üzere, Bakanlıkça belirlenen standartlara uygun temiz ve kaliteli yakıtların ve yakma sistemlerinin üretilmesi ve kullanılması zorunludur. Görüleceği üzere tüm bu düzenlemelerin ortak özelliği çevrenin kirletilmesine engel olacak yani beyaz enerjinin kullanılmasını öngörmesidir.

⁴⁶ Bunun yanı sıra 1982 Anayasa 56. maddede düzenlenen çevre hakkı aynı anda sahibine hem hak hem de ödev yüklemektedir. Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, (Birinci Baskı, Ekin Yayıncılık, 2017) 49-50

Öte yandan Elektrik Piyasası Kanunu 1. maddesinde elektriğin çevreye uyumlu bir şekilde tüketiciye sunulması amacından bahsedildiği ve çevreye uyumun modern kamu hizmeti ilkeleri arasında yer aldığı ifade edilmiştir.⁴⁷

2. Tedarikçiler İçin Temiz Enerji Sağlama Yükümlülüğü

Beyaz enerji tedarik etme yükümlülüğünde önce tedarik kavramına değinmek gerekmektedir. 6446 sayılı kanunun⁴⁸ 3. maddesinde yer alan tanımda tedarik, “Elektrik enerjisinin ve/veya kapasitenin toptan veya perakende satışı” şeklinde ifade edilmiştir. Bu bağlamda bu tedarik yükümlülüğünün beyaz enerji kullanarak yerine getirilmesi noktasına değinmek gerekmektedir. 5627 sayılı Enerji Verimliliği Kanunu⁴⁹ 1. maddesinde kanunun amaçları arasında çevrenin korunması için enerji kaynaklarının ve enerjinin kullanımında verimliliğin artırılmasını da saymıştır. Enerjinin tedarigi enerji kaynaklarının kullanımını gerektireceğinden enerji kaynaklarının kullanımında çevrenin korunması dikkate alınması gereken konular arasındadır. Yine 3213 sayılı Maden Kanunu⁵⁰ 3. maddesinde madencilik faaliyetlerinin tanımını yaparken maden işletmelerinin kapatılması ve çevre ile uyumlu hale getirilmesi ile ilgili tüm faaliyetlerin de maden faaliyetleri kapsamına girdiğini vurgulamıştır. Madencilik faaliyetlerinin temelinde enerji kaynaklarına ulaşma yatmakta olup bu faaliyetlerin çevre ile uyumlu hale getirilmesi ile kastedilen bu faaliyetlerin çevreyi kirletmemesi dolayısıyla beyaz enerji kullanımını sağlayacak şekilde yürütülmesidir. Özetle bu mevzuat düzenlemeleri beyaz enerji tedarik yükümlülüğünün varlığını ortaya koymaktadır.

3. Bireyler İçin Temiz Enerji Talep Yetkisi

Beyaz enerji talep yetkisi bireyin temiz bir enerji kaynağından elde edilmiş enerjiyi kullanmayı talep edebilmesini, bu bağlamda enerjinin kaynağını öğrenme ve buna göre seçim yapabilmesini gerektirir. İngiltere’de tüketicilerin tükettikleri enerjinin kaynağını seçme hakkını elde ettikleri ifade edilmektedir.⁵¹ Benzer şekilde Amerika Birleşik Devletlerinde de yenilenebilir nitelik taşıyan ve çevreye zarar vermeyen pek çok alternatif enerji kaynağı bulunduğu ve enerjinin kaynağını seçme hakkının olduğu belirtilmektedir.⁵²

⁴⁷ Çağdaş Evrim Ergün, Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, (Birinci Baskı, Çakmak Yayınevi, 2010) 209

⁴⁸ Elektrik Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6446, Kabul Tarihi:14.03.2013, RG 30.03.2013/28603

⁴⁹ Enerji Verimliliği Kanunu, Kanun Numarası, 5627, Kabul Tarihi:18.04.2007, RG 02.05.2007/26510

⁵⁰ Maden Kanunu, Kanun Numarası:3213, Kabul Tarihi: 04.06.1985, RG 15.06.1985/18785

⁵¹ Oktay Ögünç, Nükleer Çöplük mü? Temiz Enerji mi? (1999) 404, Türkiye Mühendislik Haberleri, 13

⁵² Allen Green, Consumer Options For Choosing Renewable Energy, (www.judithcurry.com), <https://judithcurry.com/2011/08/30/consumer-options-for-choosing-renewable-energy/> Erişim Tarihi:10.01.2021

Türkiye açısından duruma bakılacak olursa ülkemizde elektrik piyasasındaki reform faaliyetlerinin en önemli sebeplerinden birisi tüketicilere kendi tedarikçilerini seçme hakkının verilmesidir.⁵³ 6446 sayılı Kanun ile serbest tüketici statüsünde bulunan tüketiciler tedarikçisini seçme hakkına sahip kılınmıştır. O halde serbest olan ve olmayan şeklinde yapılan tüketici ayrımı, tüketicinin tedarikçisini seçme imkânı olup olmamasına göre yapılmaktadır. Tedarikçisini seçme imkânı ise şu üç yoldan birisiyle mümkün olmaktadır:

- Kurul tarafından belirlenen elektrik enerjisi miktarından daha fazla tüketimi bulunmak
- İletim sistemine doğrudan bağlı olmak
- Organize sanayi bölgesi tüzel kişiliğini haiz olmak

4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 5/6-b maddesinde Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunun görevleri arasında her yılın ocak ayının sonuna kadar, serbest tüketici tanımına ilişkin limitlerdeki indirimleri belirlemek ve yeni limitleri yayımlamak da sayılmıştır. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun 17.12.2020 tarih ve 9814 sayılı kararı ile 2021 yılı için serbest tüketici limiti 1200 kWh olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla yıllık elektrik tüketimi bu miktarı aşan tüketiciler tedarikçilerini seçebilecekler ve bu bağlamda temiz enerji kaynağı kullanarak elektrik üreten bir tedarikçiyi tercih edebileceklerdir. Fakat bu noktada iki sorun karşımıza çıkmaktadır. Birincisi tedarikçinin kullandığı enerji kaynağını bildirme yükümlülüğü var mıdır? İkincisi ise temiz enerji kaynağı kullanan hiçbir tedarikçi yok ise tüketicinin ne yapacağıdır?

Enerjinin kaynağını bildirme yükümlülüğü ile ilgili mevzuatımızda bildirim yükümlülüğünü içeren bir düzenleme bulunmamaktadır.⁵⁴ Ancak burada konu ile ilgisi açısından Ürünlerin Enerji Ve Diğer Kaynak Tüketimlerinin Etiketleme Ve Standart Ürün Bilgileri Yoluyla Gösterilmesi Hakkında Yönetmelik'ten⁵⁵ söz edilmelidir. Anılan Yönetmelik etiketleme ve standart ürün bilgileri yoluyla enerji ile ilgili ürünlerin kullanım sırasındaki enerji ve diğer temel kaynak tüketimleri konusunda nihai kullanıcıların bilgilendirilmesini ve bu

⁵³ Ercüment Camadan, Tedarikçi Seçme Özgürlüğü ve Hukuki Ayrıştırmanın Düzenlenen Elektrik Piyasası Fiyatları Üzerindeki Etkileri, (2014) 3(1), Enerji Hukuku Dergisi, 138

⁵⁴ Burada enerji kaynağını sertifikalama örneği olarak kurumların ve ürünlerin toplam enerji tüketimlerinin belli bir kısmının (en az %25) rüzgâr enerjisinden sağlandığını gösteren, tüketicilere yönelik küresel yenilenebilir bir sertifikasyon sistemi olarak windmade örneği söylenebilir. Windmade hakkında daha geniş bilgi için bkz. (www.wwf.org.tr), https://www.wwf.org.tr/ne_yapiyoruz/iklim_degisikligi_ve_enerji/iklim_degisikligiyle_mucadele_ve_is_dunyasi2/windmade/

⁵⁵ Ürünlerin Enerji ve Diğer Kaynak Tüketimlerinin Etiketleme ve Standart Ürün Bilgileri Yoluyla Gösterilmesi Hakkında Yönetmelik, Karar No:2011/2257, RG 02.12.2011/28130

şekilde daha verimli ürünleri tercih etmelerini sağlamak amacıyla taşımakta olup enerji ile ilgili ürünlerin kullanımı sırasındaki enerji tüketimleri konusunda tüketicilerin bilgilendirilmesinden bahsetmekte, bu bilgi sayesinde de tüketicinin daha verimli ürünlere yönelmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Görüldüğü üzere Yönetmelik enerji verimliliğini sağlamaya yönelmiştir ve enerji verimliliği ile kastedilenlerden birisi de çevrenin korunması için enerji kaynaklarının ve enerjinin kullanımında verimliliğin artırılmasıdır. Bu sebeple Yönetmeliğin enerji verimliliğini sağlayacak dolayısıyla çevre korumasına yönelik enerjinin üretilmesinde kullanılan kaynak hakkında bilgilendirmeyi de kapsadığı söylenebilir. Bu doğrultuda Yönetmelikte gerekli değişikliklerin yapılarak bir ürünün üretilmesinde kullanılan enerji kaynağını da gösterecek şekilde etiketlemenin genişletilmesi ve bu sayede çevreye duyarlı enerji kullanımının tüketicinin tercihleri doğrultusunda seçebileceği seçenekler arasına koyulması sağlanabilir.

Tüketicinin temiz enerji kaynağı kullanan hiçbir tedarikçi bulunmaması halinde seçim hakkının bir öneminin bulunmadığı söylenebilir. Burada ise kişinin kendi enerjisini kendisinin üretebilmesi akla gelmektedir. Belirtmek gerekir ki bireyin elektrik kullanımına ilişkin tedarikçi ile bir sözleşme yapması zorunlu olmayıp abonelik sözleşmelerinde de bir sözleşmenin yapılabilmesi için ilk önce tarafların kendi aralarında, objektif ve sübjektif bakımından esaslı noktalar üzerinde anlaşmış olmaları gerekmektedir.⁵⁶ Dolayısıyla temiz enerji kaynağı kullanan hiçbir tedarikçi yok ise tüketicinin abonelik sözleşmesi yapma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Bu durumda ise tüketici, 6446 sayılı Kanununun 14. maddesinde tanınan imkândan faydalanabilecek ve lisans alma zorunluluğu olmaksızın kurulu gücü azami bir megavat olmak koşulu ile yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisi kurabilecek ve kendi enerjisini üretebilecek ve ihtiyacı olan enerjiyi bu şekilde temin edebilecektir.

D. Dünya’da Beyaz Enerji Açısından Durum

Dünyada çevreyi kirletmeyen, beyaz enerji kullanımını yasal olarak düzenleme altına alan ülkeler olup olmadığına bakmak gerekmektedir. Burada ilgili yasanın adından hareket edilecek ise de yasanın içeriğinde beyaz enerji ile kastedilenin temiz enerji olup olmadığı incelenecek, yenilenebilirlikle yapmaya çalıştığımız ayrıma yasada yer verilip verilmediği anlaşılmaya çalışılacaktır. Değilse, “Temiz Enerji” ya da “Yeşil Enerji” gibi isimleri taşıyan yasaların içeriğine bakmadan temiz enerjiyi düzenlediklerini peşinen kabul etmek hatalı sonuçlara varılmasına yol açabilecektir.

Avrupa temelinde 17 Aralık 1994’de imzalanarak Nisan 1998’de yürürlüğe giren Enerji Şartı Anlaşması Avrupa’nın enerji politikasında kilometre

⁵⁶ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Yirminci Baskı, Yetkin Yayınları, 2016) 246

taşlarından birisidir. Ülkemiz tarafından da 4519 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan anlaşmanın amaçlarından birisi de çevreye olan olumsuz etkilerin en aza indirilmesidir.⁵⁷

1. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri'nde halen yürürlükte olan “American Clean Energy and Security Act of 2009”⁵⁸ her ne kadar Temiz Enerji başlığını taşısa da temiz enerjinin tanımına yer vermemiştir. Kanun, temiz enerji, enerji verimliliği, küresel ısınmanın azaltılması, temiz enerji ekonomisine geçiş gibi konularda hükümler içermektedir. Kanunun 1. Başlığı “Temiz Enerji” başlığı taşımakta, bu başlıkta tanımlar kısmında “Yenilenebilir Elektrik”, yenilenebilir enerji kaynaklarından ya da diğer nitelikli enerji kaynaklarından üretilen elektrik olarak tanımlanmaktadır. Görüldüğü üzere tanım yenilenebilir enerji kaynaklarının yanı sıra diğer nitelikli enerji kaynaklarından bahsetmektedir. Kanunda “Yenilenebilir Enerji Kaynakları”; rüzgâr, güneş ve jeotermal enerji, yenilenebilir biokütle, biyogaz ve münhasıran yenilenebilir biokütleden elde edilen biyoyakıtlar, nitelikli hidroelektrik ile deniz kaynaklı ve hidrokinetik yenilenebilir enerji olarak sayma yolu ile belirtilmiştir. Diğer nitelikli enerji kaynakları ise; çöp gazı, atık su arıtma gazı, maden ağzında ya da yakınında elektrik üretmek için kullanılan kömür madeni metan gazı ile enerji üretimine uygun nitelikli atık olarak sayılmıştır.

Kanunun B alt başlığı 1. kısmında “Yeşil İşler” başlığında, Eğitim Bakanının, temiz enerji, yenilenebilir enerji, enerji verimliliği, iklim değişikliğini azaltma ve iklim değişikliğine uyum alanlarında ortaya çıkan kariyer ve işlere odaklanan çalışma programları geliştirmek için uygun ortaklıklara hibe verme yetkisinin bulunduğu ifade edilerek temiz enerji ve yenilenebilir enerji kavramlarının ayrı ayrı zikredildiği görülmektedir. Kanun ayrıca yine bu Kanunla kurulan Temiz Enerji Dağıtım İdaresinin temiz enerji projelerini finansal açıdan destekleyebilmesi için Temiz Enerji Yatırım Fonunu kurmuştur. Kanun Temiz Enerji Dağıtım İdaresini temiz enerji teknolojileri kullanımı için doğrudan kredi verme, teminat mektubu verme ve kredi garantisi verme konularında yetkili kılmıştır.

Kanunun bu düzenlemeleri birlikte değerlendirildiğinde Kanunun adında yer alan bir kavramın tanımının yapılmayıp, yenilenebilir elektrik ve yenilenebilir enerji kaynaklarının tanımını yapması bir handicap olarak akla gelebilir. Ancak yenilenebilir elektrik kavramının tanımlanmasında sadece yenilenebilir enerji kaynaklarına değil, diğer nitelikli enerji kaynaklarına da atıf yapması, özellikle bu son kaynaklar arasında yenilenebilirlik özelliği olmayan “maden

⁵⁷ Çağdaş Evrim Ergün, Avrupa Birliği Enerji Hukuku, (Birinci Baskı, Çakmak Yayınevi, 2007) 78-81

⁵⁸ American Clean Energy and Security Act of 2009 (www.congress.gov) <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/2454> Erişim Tarihi: 28.06.2021

ağzında ya da yakınında elektrik üretmek için kullanılan kömür madeni metan gazına” yer vermesi, Kanunun yenilenebilirlik ile temiz olma kavramlarını farklı gördüğü şeklinde yorumlanabilir. Keza “Yeşil İşler” kısmında temiz enerji ve yenilenebilir enerji kavramlarının ayrı ayrı zikredilmesi ve son olarak temiz enerji projelerinden bahsederek bir “Temiz Enerji Dağıtım İdaresi”nin varlığı, “Beyaz Enerji”nin bu Kanunda yenilenebilir enerjiden ayrı, bağımsız bir kavram olarak tanımlandığına yönelik ciddi bir diğer emaredir.

2. Avusturya

Avusturya’da “Clean Energy Act 2011”⁵⁹ ismi ile yürürlükte olan bir kanun varken bunun yanı sıra “Renewable Energy (Electricity) Act 2000” adıyla bir kanun daha bulunmaktadır. “Clean Energy Act 2011” in amacı, temiz enerji kullanımını teşvik ederek iklim değişikliğiyle başa çıkmak için bir mekanizma kurmak olarak belirtilmiştir. Yine Kanunda Temiz Enerji Düzenleme Birimi tarafından karbon birimi ihraç edilebileceği, kömür kullanarak elektrik üreten birimler için ise ücretsiz karbon birimlerinin ihraç edileceği düzenleme altına alınmış, kömürle elektrik üreten birimlerin belirlenmiş uygunluk kriterlerini sağlamaları koşulu ile ücretsiz karbon birimi ihraç edebilecekleri hükme bağlanmıştır. Yine Kanun kömürle üretim tesislerine yardım için uygunluk sertifikasından bahsederek, bu sertifikanın alım koşulları detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.

“Renewable Energy (Electricity) Act 2000”⁶⁰ in amaçları ise yenilenebilir kaynaklardan ilave elektrik üretimini teşvik etmek, elektrik sektöründe sera gazı salınımını azaltmak ve yenilenebilir enerji kaynaklarının ekolojik olarak sürdürülebilir olmasını sağlamak olarak ifade edilmiştir. Kanunda yenilenebilir enerji kaynakları, “Uygun Yenilenebilir Enerji Kaynakları” başlığı altında sayma yolu ile uzun bir liste verilmiştir. Ancak yapılan sayım sınırlı değildir. Bu listeye göre şunlar “Uygun Yenilenebilir Enerji Kaynakları”dır: Hidro, Dalga, Gel-git, Okyanus, Rüzgâr, Güneş, Jeotermal, Sıcak Kuru Kayalar, Enerji Bitkileri, Odun Atığı, Zirai Atık, Zirai Ürün, İşleme Atığı, Gıda Atığı, Gıda İşleme Atığı, Küspe, Siyah Likör, Biyokütle, Çöp Gazı, Kanalizasyon Gazı, Biokütle Esaslı Kanalizasyon Bileşenleri ve düzenlemelerde belirlenen diğer enerji kaynakları.

Kanun, fosil yakıtlarla fosil yakıtlardan elde edilen madde ve atıkların ise “Uygun Yenilenebilir Enerji Kaynağı” olamayacağını düzenlemiştir.

Avusturya düzenlemeleri bir kere temiz enerji ve yenilenebilir enerjiyi farklı kanunlarda düzenleyerek bu iki konuyu ayırdığını açıkça ortaya koymuştur.

⁵⁹ Clean Energy Act 2011, (www.legislation.gov.au) <https://www.legislation.gov.au/Details/C2011A00131> Erişim Tarihi: 28.06.2021

⁶⁰ Renewable Energy (Electricity) Act 2000, (www.legislation.gov.au) <https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00061> Erişim Tarihi: 28.06.2021

Dahası “Clean Energy Act 2011” ile iklim değişikliği ile mücadele amacı doğrultusunda, fosil yakıt kullanıcıları olan kömürlü elektrik üreticileri dahil düzenleme altına alınmıştır. Dolayısıyla fosil yakıtla çalışan bu birimlerin dahi temiz enerji ile ilgili yükümlülükleri söz konusudur ve tamamen temiz enerji ile bağlarının koptuğu söylenemez. Kaldı ki kanunda yenilenebilir enerjiye dair hiçbir düzenleme de bulunmamaktadır. Avusturya’nın bu iki kavramı farklı kanunlarda düzenlemesi olumlu olup temiz enerjinin bir tanımını yapmaması eksiklik olarak göze çarpmakta ise de kanunun iklim değişikliği ile mücadele için bir mekanizma kurmayı amaçladığı da unutulmamalıdır.

Avusturya’da garantili tarife uygulaması, yenilenebilir enerji projelerinin gelişimini cesaretlendirmektedir. Ülkede en son yürürlüğe konulan Yeşil Enerji Kanunu çerçevesinde yasal bir yükümlülük olarak “Yeşil Elektrik Merkezi” yenilenebilir enerji kaynakları kullanarak enerji üreten kabul edilmiş üreticileri garantili tarife ile elektrik almak için imzalanan sözleşmeler çerçevesinde tercih etmektedir. Kanun yenilenebilir enerjiye yönelik önemli fonlar sağlamaktadır.⁶¹

3. Almanya

Avrupa’da yenilenebilir enerji alanında öncü ülke konumunda olan ve pek çok ülke için yenilenebilir enerji alanında rol model konumunda olan Almanya halihazırda dokuz adet nükleer santrali faal durumda olsa da sekiz adet nükleer santralini 2011 yılında önce Japonya’da akabinde ise Fransa’da yaşanan nükleer patlamalardan sonra kapatılarak yoğun bir biçimde yenilenebilir enerjiye yönelmiştir.⁶²

Alman Yenilenebilir Enerji Kanununda (EEG) yapılan iki büyük reformdan sonra son değişiklikler 1 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁶³ Almanya’nın yenilenebilir enerji alanında ilk düzenlemesi 2000 yılında Yenilenebilir Enerji Kanununun yürürlüğe konulması olup geniş kapsamlı değişikliklerden sonra Yenilenebilir Enerji Kanunu 2009 yürürlüğe girmiş ve son olarak da EEG-2012 yürürlüğe konulmuştur.⁶⁴

Almanya’nın yüzyılın ortasına kadar sera gazı salınımında nötr olma hedefi, Yenilenebilir Enerji Kanunu 2021’in resmen ana ilkesi olarak kabul edilmiştir. Hazırlanan son taslak, Kanunun amacının 2050 yılından önce

⁶¹ Stefan Lampert, The Renewable Energy Review, Chapter 2 Austria, (2018, Law Business Research Ltd.) 11-17. Lampert, s.11-12

⁶² Mustafa Erdem Can, Alman Yenilenebilir Enerji Düzenlemeleri ve Teşvik Sistemi, (2014) 3(1), Enerji Hukuku Dergisi, 5-6

⁶³ What’s New In Germany’s Renewable Energy Act 2021(www.cleanenergywire.org) <https://www.cleanenergywire.org/factsheets/whats-new-germanys-renewable-energy-act-2021> Erişim Tarihi: 28.06.2021

⁶⁴ Can, (n 51) 8

Federal Almanya topraklarında üretilen ya da tüketilen elektriğin, nötr sera gazı prensibi ile üretilmesini sağlamak olduğunu ifade etmektedir.

Avrupa Birliği üye devletlerinin 2030 yılı iklim hedeflerini yükseltme kararını alması Almanya açısından ulusal emisyon azaltma hedefini ayarlaması anlamı taşımaktadır. Bu konuda Almanya Çevre Bakanı, daha katı hedeflerin, yenilenebilir enerji kaynaklarında daha hızlı bir genişleme anlamına geleceğini ifade etmiştir.⁶⁵

2021 Yenilenebilir Enerji Kanununun ana ilkesinin Almanya'yı yüzyılım ortasına kadar sera gazı nötr ülke haline getirmek olduğu dikkate alındığında, kanunun beyaz enerji hedefini de içerdiği söylenebilir.

4. İngiltere

İngiltere'de 1970'lere gelindiğinde alternatif teknolojilerin gelişmesi ile yenilenebilir enerjinin teşvik edilmeye başlandığı söylenebilir. 1973 yılında yaşanan petrol krizi sonrası çevreci lobiler, alternatif enerji taleplerini yüksek sesle dile getirmeye başlamışlar. Peşi sıra 1974 yılında Enerji Teknolojileri Destekleme Birimi (ETSU) kurulmuştur. 1989 yılında çıkarılan ve İngiltere'de elektrik piyasasını özelleştiren Electricity Act'in içine 1990 yılında fosil olmayan yakıt kullanma yükümlülüğü (NFFO) konulmuştur.⁶⁶

1993 yılında duyurusu yapılan Teknoloji Tedbirleri programı kapsamında, farklı sektörlerle ilgili yapılan analizleri ortaya koyan toplam 15 rapor 1995 yılında yayınlanmıştır. Enerji sektör raporu, enerji teknolojilerinin gelişmesini şekillendirecek tek ve en önemli konunun, çevrenin korunması olduğunu belirterek dokuz adet spesifik gelişim alanı tespit etmiştir. Bu alanların çoğu, daha iyi petrol çıkarma ve gaz yakma teknikleri gibi geleneksel fosil yakıt teknolojileri ile ilgili olmuştur.⁶⁷

2002 yılında ise fosil olmayan yakıt kullanma yükümlülüğünün (NFFO) yerini yenilenebilir enerji yükümlülüğü (RO) almıştır. Yenilenebilir enerji yükümlülüğü (RO), 2000 yılında çıkarılan Kamu Hizmetleri Kanununda yer almış ve Kanun⁶⁸ Bakana, elektrik tedarikçileri için, ülkedeki yıllık elektrik satışlarının belirli bir oranını, yenilenebilir enerji kaynaklarından üretilen elektrikten sağlama zorunluluğu getirme yetkisi vermiştir.

NFFO gibi RO'da piyasa temelli bir sistem öngörmekte ve enerji tedarik şirketlerinin, enerji üreticilerinden aldıkları her bir uygun yenilenebilir kaynaklı elektrik Megawatt başına yenilenebilir yükümlülük sertifikası ile

⁶⁵ What's New In Germany's Renewable Energy Act 2021, Erişim Tarihi: 28.06.2021

⁶⁶ David Elliot, Renewable Energy in the UK, Past, Present and Future (Energy, Climate and the Environment), (First Edition, Palgrave Macmillan, 2019) xv

⁶⁷ Elliot, (n 55) 96

⁶⁸ United Kingdom, (<https://www.legislation.gov.uk/>) Erişim Tarihi: 28.06.2021

ödüllendirilmelerini öngörmektedir.⁶⁹ RO'ların 2037 yılına kadar uygulanması öngörülmüştür.⁷⁰

Günümüzde İngiltere, piyasa rekabetini, enerji hedeflerine ulaşmada en elverişli yol olarak kabul etmekte ve piyasaların güvenli, düşük maliyetli ve temiz bir enerji sistemi oluşturmak için en esnek çözümleri getirebileceği kabul edilmektedir.⁷¹

İngiltere'nin enerji politikasında yaşanan değişim sonucunda 2017 yılında ülkede kömür ve petrolden üretilenden daha fazla elektrik yenilenebilir kaynaklardan üretilmiştir.⁷²

5. Fransa

Fransa'nın geçmişte yenilenebilir enerjinin gelişimine önem vermediği söylenebilir. Durumun böyle olmasında ağırlıklı olarak ucuz nükleer enerji temini ve kömür üretiminin yavaşlaması; bu iki durumun da düşük karbon ve sülfür salınımına yol açmasının etkili olduğu söylenebilir. Bununla birlikte AB'nin çevre ve yenilenebilir enerji alanlarındaki Direktifleri Fransa'ya bir ivme kazandırmıştır.

Yenilenebilir enerji ile ilgili biokütle Fransa'da önem taşıyan bir enerji kaynağı olup biokütleden enerji üretimine dair araştırmalar 1982'den beri yapılmaktadır. Fransa AB'de uzak ara en büyük biokütle enerjisi tüketicisi konumundadır. Fransa'nın biokütle kullanımının %18'ini evsel katı atıklardan elde edilen enerji oluşturmaktadır. Evsel katı atıklar, bazıları çok zehirli bazıları ise tehlikesiz olan çeşitli maddelerin karışımını içermektedir. Evsel katı atık işleyen fabrikaların etkili çevre yönetimleri, evsel katı atıktan üretilen yakıttan zehirli maddeleri çıkarmayı ve atıktan enerji üreten fabrikaların hava kirliliği salınımlarını kontrol altına almayı amaçlamıştır. 1994 yılında kısa adı AGRICE olan Kimya ve Enerji için Zirai Araştırma Grubu kurulmuş olup Grubun amaçları arasında çevrenin korunması da yer almaktadır. Grup, kısa adı ADEME olan, endüstri ve sanayi alanlarında Çevre, Sanayi ve Araştırma Bakanlıklarının ortak sorumluluğunda faaliyette bulunan resmi bir organ konumundaki Fransa Çevre ve Enerji Yönetim Ajansı tarafından koordine edilmekte ve yönetilmektedir.

⁶⁹ Elliot, (n 55) 132

⁷⁰ National Renewable Energy Action Plan for the United Kingdom Article 4 of the Renewable Energy Directive 2009/28/EC (www.assets.publishing.service.gov.uk) https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/47871/25-nat-ren-energy-action-plan.pdf Erişim Tarihi: 28.06.2021, s.15

⁷¹ Elliot, (n 55) 305

⁷² John Dewar and Kilian de Cintre, The Renewable Energy Review, Chapter 15 United Kingdom, (2018, Law Business Research Ltd.) 154

Fransa’da 1994 yılından itibaren Fransız Elektrik İdaresine, satın alacağı elektriği, biokütle kullanan üreticilerden alma yükümlülüğü getirilmiştir.⁷³

1970’lerin başında yaşanan Petrol krizi, Fransa’yı dışa bağımlılığı azaltmak adına nükleer enerji endüstrisini geliştirmeye yöneltmiştir. Bununla birlikte Fransa’nın nükleer programı, 1971 yılında Çevre Bakanlığının kurulması ile başlayan çevre koruma çabalarının önemli bir ögesi haline gelmiştir. Fransa, nükleer enerji seçeneklerini geliştirip zenginleştirerek, Çevre Bakanlığının; çevreyi gözlemek, doğayı korumak, kirliliği ve diğer zararları önlemek, azaltmak ya da tamamen yok etmek ve yaşam kalitesini artırmak misyonlarına bağlı kalmayı da başarmıştır. Her ne kadar nükleer atıkların uzun dönemde imhasına ilişkin önemli sorular akıllara gelse de Fransa nükleer enerji kullanımı ile karbon salınımı ve sera gazlarından kaynaklanan kirliliği azaltmıştır.

Fransa günümüzde hava kirliliği sorunu yaşamaya devam etmektedir. Fransa Çevre ve Enerji Yönetim Ajansı (ADEME), hava kirliliği ile mücadele için, Hava Kirliliği Yasası çerçevesinde ülkeyi bir izleme sistemi ile donatmaktadır.

Karbon salınımı noktasında ise Fransa 2000 yılında karbon salınımını kontrol altına almaya yönelik 2000-2010 yıllarına ilişkin bir plan hazırlamıştır. Plan, salınan metrik ton karbon başına 23-30 USD arasında değişen ve 2010 yılına kadar 75 USD’ye kadar çıkması öngörülen bir vergi içermektedir. Anılan bu vergi, 1999 tarihli bir ekoloji vergisi olan ve aşama aşama enerji tüketen faaliyetlere ve enerji üreticilerini de kapsayacak olan Kirletici Faaliyetler Genel Vergisine uygulanmıştır. 2002 tarihli bir resmi raporda Fransız sanayisinin 1990-2001 döneminde salınımları %25, enerji üretim şirketlerinin ise %22 oranında azalttığı belirtilmiştir.

Fransa’nın kömür gibi fosil yakıtlardan nükleer enerjiye doğru kayması, karbon salınımı seviyesinin azalmasında açıkça kendini göstermektedir. Enerji ile çevre ilişkisinde özellikle yaşanan iki tanker sızıntısı vakasından sonra Fransa çevre koruma konusunda daha koruyucu bir yaklaşım benimsemiştir. 2003 yılında Hükümet, Fransa Anayasasını, çevre korumayı insan hakları ile eşit güce getirecek şekilde değiştirecek bir planı kabul etmiştir.

Fransa, Avrupa Birliğinin “Yeşil Belge” sine uyum çerçevesinde de öncü konumundadır. Bu doğrultuda Fransız şirketleri, su ve doğal kaynakları kullandıklarında ortaya çıkan sera gazı salınımlarını ve enerji tüketimlerini, çevresel riskleri azaltmak için aldıkları tedbirleri ve çevre yönetimi konusunda çalışanlara verdikleri eğitimleri raporlamak zorundadır.⁷⁴

⁷³ EEBR France: Energy & Environment Business Report, Renewables, (www.eds.a.ebscohost.com) <http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=0a454d76-c746-4fd4-b226-447d7c8f68cd%40sdc-v-sessmgr02> Erişim Tarihi: 28.06.2021

⁷⁴ EEBR France, Erişim Tarihi: 28.06.2021

6. Çin

Çin kendine has özellikleri ile kalabalık nüfusu, artan endüstrileşme ve kentleşme süreci olan bir ülkedir. Bu özellikleri Çin'i en çok enerji tüketen ülkelerden birisi haline getirmiş olup Çin'in birincil enerji tüketimi ve elektrik tüketiminin %70'nin kömürden elde edildiği görülmektedir. Buna bağlı olarak Çin dünyada Amerika Birleşik Devletlerinden sonra en fazla karbon kirliliğine yol açan ülke durumundadır.⁷⁵ Çin, dünya kömür tüketiminin yarısından fazlasını dünya topraklarının yaklaşık %2,2'sinde gerçekleştirmekte ve dolayısıyla hava, su ve toprak kirliliği yaşayan bir ülke olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷⁶

Çin'de bu ciddi tehlikelere yol açan hava kirliliğinin azaltılması, arz güvenliğinin sağlanabilmesi, yenilenebilir enerji kaynaklarının geliştirilmesi için çeşitli politikalar, hukuki düzenlemeler ve mali teşvikler uygulanmaktadır. Bunun yanı sıra Çin enerji politikalarını karbon salınımını azaltmak için de geliştirmeye çalışmaktadır. Çin'in bunu gerçekleştirebilmek için üç seneye bulunmaktadır. Bu seçenekler; düşük ekonomik büyüme, enerji yoğunluğunun azaltılması ve yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanılmasıdır. Çin'de ekonomik büyümenin artması, enerji tüketiminde de artışa yol açmış olup yukarıda bahsedilen seçeneklerden ekonomik büyüme oranlarının azalması etkin ve uygulanabilir bir çözüm yolu olarak nitelendirilmemektedir.⁷⁷

Çin 2015 yılında ABD ile birlikte yaptıkları ortak iklim bildirisinde 2030 yılına kadar enerji tüketiminde fosil olmayan, yenilenebilir ve nükleer enerjinin payını yaklaşık %20'ye artırmayı ve 2005 yılına nazaran karbon salınımını %65 civarında azaltmayı hedeflediğini bildirmiştir. Bu amaçla Çin, petrol ve kömür kaynaklı hava kirliliği ve diğer çevresel sorunları çözmeye yönelik temiz enerji kullanımını teşvik etmektedir.⁷⁸

Yenilenebilir enerji kaynaklarını etkileyen faktörler arasında ekonomik rekabet de karşımıza çıkmaktadır. Yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımına yönelik olarak özellikle teknolojik ürünlerde gelişmeler yaşandığı

⁷⁵ Çin 2013 yılında, Avrupa Birliğinin toplamından daha fazla 10 trilyon ton CO2 salınımı yapmıştır. Alvin Lin, Luan Dong and Yang Fuqiang, How China Can Help Lead A Global Transition to Clean Energy, Policy Brief, (2015) 6, Fixing Climate Governance Series, 2

⁷⁶ Çin'in kömür potansiyeli kapsamında, kömürün güç üretimine yönelik olmayan kullanımlarının çevre ve enerji verimliliğinde sağlayabileceği artışlara yönelik, temiz kömür teknolojileri ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Technology Assessment of Clean Coal Technologies for China: Environmental and Energy Efficiency Improvements for Non-Power Uses of Coal, Volume II, Esmap And Easg Technical Paper, Esmap Publications, May 2001

⁷⁷ Feng Wang, Haitao Yin and Shoude Li, China's Renewable Energy Policy: Commitments and Challenges, (2010) 38(4), Energy Policy, 1872

⁷⁸ Lin, Dong and Fuqiang, (n 64) 2

görülmektedir. Bu nedenle uluslararası ticaret içerisinde bu teknoloji önemli bir yer edinmiştir. Çin’de rüzgâr türbinleri, güneş panelleri ve güneş pilleri gibi ürünlerin üretimi resmi olarak desteklenmekle ülke bu ürünlerin üretildiği, yeşil teknolojilerin üssü ve önemli bir ihracatçı haline gelmiştir.

Çin’i yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımına teşvik eden diğer olay, hava kirliliği ile insanların yaşam kalitelerinin olumsuz etkilenmesi olmuştur. Fosil yakıtların enerji üretiminde kullanılması ile ortaya hava, su ve toprak kirliliği ortaya çıkmakta, gıda ve su güvenliği ile insan sağlığının bu kirlilikten olumsuz şekilde etkilenmektedir. Bireylerin yaşam kalitelerinde düşmeye sebep olan bu olaylardan ötürü Çin yenilenebilir enerji kaynaklarının etkin bir şekilde kullanılması için seferber olmuştur.⁷⁹ Onbirinci 5 yıllık plan (2006-2010) ile birlikte Çin artan enerji tüketimi kapsamında yenilenebilir enerji hukuku ile garantili tarife uygulamasını içeren bir programa geçiş yaparak kurulu rüzgâr gücünde birinci, kurulu güneş enerjisi gücünde ise Almanya’nın ardından ikinci duruma gelmiştir.⁸⁰

Yukarıda da bahsedildiği üzere Çin’deki hava kirliliği sorunu ülkeyi kömür tüketiminin azaltıldığı bir enerji politikasına yöneltmiştir. Bu kapsamda ülke 2014-2020 yıllarını kapsayan Enerji Gelişim Strateji Eylem Planına 2020 yılı için 4,2 trilyon ton kömür tüketim sınırı ile birincil enerji üretiminde kömürün payını %62’ye düşürme hedefi koymuştur. Plan, doğalgaz payını ikiye katlamanın yanı sıra daha uzak hedefler olarak düşük karbon salınımı sağlayacak hidroelektrik, rüzgâr, güneş ve nükleer enerji kaynakları kullanımını artırmayı öngörmektedir.⁸¹

SONUÇ

Çevreyi etkileyen en başta gelen faaliyetler enerji faaliyetleridir. Bu kapsamda enerjinin gerek üretimi gerekse tüketiminde çevresel zararları minimum seviyede olan ve temiz enerji anlamına gelen beyaz enerjinin tercih edilmesi çevrenin olumsuz etkilenmesini önlemeyi sağlayacaktır. Temiz enerji denilince akla yenilenebilir enerji kaynakları gelse de bu iki kavram aynı anlama gelmemektedir. Beyaz enerji tükenmeme özelliğine değil, temiz olma özelliğine vurgu yapmaktadır.

Beyaz enerjinin bir hak olarak uluslararası metinlerden yorum yolu ile çıkarılması mümkündür. Ancak 1982 Anayasasının 56. maddesi, sağlıklı bir çevre hakkını düzenlese de sağlıklı bir çevrenin varlığı, bu çevreyi olumsuz etkileyen durumların yokluğunu ya da sağlıklı bir çevre oluşumunu sağlayacak durumların varlığını talep etme hakkını da içermektedir. Bu açıdan

⁷⁹ Kevin Lo, A Critical Review of China’s Rapidly Developing Renewable Energy and Energy Efficiency Policies, (2014) 29, Renewable and Sustainable Energy Reviews, 510

⁸⁰ Lin, Dong and Fuqiang, (n 64) 2

⁸¹ İbid 3

Anayasanın 56. maddesi, sağlıklı bir çevrenin oluşumuna katkı sağlayacak temiz enerji kullanımını talebinin Anayasal dayanağını oluşturabilmektedir. Yasal temel olarak ise başta Çevre Kanunu olmak üzere, Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun ile Enerji Verimliliği Kanunu karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca Anayasal çerçevenin içeriği, başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere Yüksek Mahkeme kararları ve AİHM içtihatları ile doldurulmaktadır.

Beyaz enerji hakkı, diğer tüm haklar gibi birtakım yetkiler ve yükümlülükler getirmektedir. Bu bağlamda bu hak, herkes için temiz enerji kullanma, enerji tedarikçileri için temiz enerji sağlama ve bireyler için de temiz enerji talep etme yetkisi vermektedir. Bireyler açısından özellikle temiz enerji kaynağı kullanan tedarikçilerin tercih edilmesinde serbest tüketici statüsü büyük önem taşımaktadır. Ancak bu seçimin yapılabilmesi hem tedarikçinin üretim kaynağını açıklamasına hem de temiz enerji kaynağı kullanan tedarikçinin varlığına bağlıdır.

KAYNAKÇA

Alvin L, Dong L and Fuqiang Y, How China Can Help Lead A Global Transition to Clean Energy, Policy Brief, (2015) 6, Fixing Climate Governance Series, 1-8

Aydın Aksakal P, İnsan Hakları Açısından Enerjiye Erişim Kavramı, (Birinci Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, 2020)

Camadan E, Tedarikçi Seçme Özgürlüğü ve Hukuki Ayrıştırmanın Düzenlenen Elektrik Piyasası Fiyatları Üzerindeki Etkileri, (2014) 3(1), Enerji Hukuku Dergisi, 135-150

Can Mustafa E, Alman Yenilenebilir Enerji Düzenlemeleri ve Teşvik Sistemi, (2014) 3(1), Enerji Hukuku Dergisi, 3-21

Çakmak M, İdare Hukuku Açısından Yenilenebilir Enerji, (Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018)

Turgut N, Çevre Hukuku, (Birinci Baskı, Savaş Yayınevi, 1998)

Dewar J and de Cintre K, The Renewable Energy Review, Chapter 15 United Kingdom, (2018, Law Business Research Ltd.)

Duymaz E, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı, (2012) 47, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 121-160

EEBR France: Energy & Environment Business Report, Renewables,

(www.eds.a.ebscohost.com)

<http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=0a454d76-c746-4fd4-b226-447d7c8f68cd%40sdc-v-sessmgr02> Erişim Tarihi: 28.06.2021

Elliot D, Renewable Energy in the UK, Past, Present and Future (Energy, Climate and the Environment), (First Edition, Palgrave Macmillan, 2019)

Eltimur Yüzer D, AİHM ve Anayasa Mahkemesi İçtihatları Işığında Çevrenin Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri, (2018) 13(145), Terazi Hukuk Dergisi, 93-114

Energy Access Outlook 2017 From Poverty to Prosperity, (www.iea.org) https://iea.blob.core.windows.net/assets/9a67c2fc-b605-4994-8eb5-29a0ac219499/WEO2017SpecialReport_EnergyAccessOutlook.pdf Erişim Tarihi: 28.06.2021

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Yirminci Baskı, Yetkin Yayınları, 2016)

Ergün Çağdaş E, Avrupa Birliği Enerji Hukuku, (Birinci Baskı, Çakmak Yayınevi, 2007)

Ergün Çağdaş E, Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, (Birinci Baskı, Çakmak Yayınevi, 2010)

Feng W, Yin H and Li S, China's Renewable Energy Policy: Commitments and Challenges, (2010) 38(4), Energy Policy, 1872-1878

Gözler K, Yorum İlkeleri, Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Türkiye Barolar Birliği, 29-30 Eylül 2012, (Birinci Baskı, TBB Yayınları, 2013)

Gözler K, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, (Birinci Baskı, Ekin Yayıncılık, 2017)

Green A, Consumer Options For Choosing Renewable Energy, (www.judithcurry.com), <https://judithcurry.com/2011/08/30/consumer-options-for-choosing-renewable-energy/> Erişim Tarihi:28.06.2021

Güveyi Ü, 1982 Anayasası Kapsamında Çevre Hakkının Karşılaştırmalı Kısa Bir Tahlili, (2018) 24(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 633-659

Karahanoğulları O, Kamu Hizmeti, (Birinci Baskı, Turhan Kitabevi, 2015)

Lampert S, The Renewable Energy Review, Chapter 2 Austria, (2018, Law Business Research Ltd.)

Lo K, A Critical Review of China's Rapidly Developing Renewable Energy and Energy Efficiency Policies, (2014) 29, Renewable and Sustainable Energy Reviews, 508-516

Memiş E, Çevre ve Çevre İdare Hukuku, (İkinci Baskı, Filiz Kitabevi, 2015)

Mowbray A, Cases and Materials on the European Convention on Human Rights, (2nd edn, Oxford University Press, 2007)

Narin A, Su Hakkı ve Bir Müdahale Aracı Olarak Suyun Özelleştirilmesi, (2016) 7(27), TAA Dergisi, 729-755

National Renewable Energy Action Plan for the United Kingdom Article 4 of the Renewable Energy Directive 2009/28/EC (www.assets.publishing.service.gov.uk)

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/47871/25-nat-ren-energy-action-plan.pdf Erişim Tarihi: 28.06.2021

Oder Emrah B, Anayasa Yargısında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama Ve Somutlaştırma Sorunları-2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler, Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum Ve Norm Somutlaşması, 29-30 Eylül 2012, (Birinci Baskı, TBB Yayınları, 2013)

Olgun H and Işık V, Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Türk Hukukundaki Yeri, (2017) 3(1), Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi, 33-51

Öğünç O, Nükleer Çöplük mü? Temiz Enerji mi? (1999) 404, Türkiye Mühendislik Haberleri, 12-19

Özay Han İ, Günışığında Yönetim, (Üçüncü Baskı, Filiz Kitabevi, 2017)

Özcan A, Sürdürülebilirlik Ekseninde “Yeni Çevresel Haklar Deneyimi” Ve Eko-Politik Bir Analiz: “Güneş Ve Rüzgâr Hakları, (2016) 8(1), Alternatif Politika, 34-66

Resolution Adopted By The General Assembly On 25 September 2015, Transforming Our World: The 2030 Agenda For Sustainable Development, (www.un.org)https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf Erişim Tarihi:22.03.2021

Resolution Adopted By The General Assembly On 6 July 2017, 71/313. Work Of The Statistical Commission Pertaining To The 2030 Agenda For Sustainable Development. (www.undocs.org), <https://undocs.org/A/RES/71/313> Erişim Tarihi: 28.06.2021

Sar C, Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararlarının Hukuki Değeri, (1966) 21(4), AÜSBF Dergisi, 227-274

Semiz Y, 2016, Çevre Hakkı Kavramı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevre Hakkına Yaklaşımı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Sommer Konuk B, Türk Hukukunda Çevre Hakkının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması, (2019) 4(2), Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi, 169-188

Technology Assessment of Clean Coal Technologies for China: Environmental and Energy Efficiency Improvements for Non-Power Uses of Coal, Volume II, Esmap And Easg Technical Paper, Esmap Publications, May 2001

Tortop N, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları, (2006), 62, TBB Dergisi, 449-468

Ulusoy D. A, Çevre Kirlenmesinin Oluşmasından Sonraki Aşamada Medeni Hukuk, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Çözümlerine Genel Bir Bakış, (1993) 43(1), AÜHF Dergisi, 125-142

What's New In Germany's Renewable Energy Act 2021(www.cleanenergywire.org) <https://www.cleanenergywire.org/factsheets/whats-new-germanys-renewable-energy-act-2021> Erişim Tarihi: 28.06.2021

Yeni O, Sürdürülebilirlik Ve Sürdürülebilir Kalkınma: Bir Yazın Taraması, (2014) 16(3), Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 181, 185



YETKİSİZ TEMSİLCİNİN CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU

Unauthorized Agent's Liability Under Culpa in Contrahendo

Mehtap AYRANCI*

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (473-508)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 11.06.2021

Kabul Tarihi : 14.09.2021

Makale Türü: *Araştırma*

Article Info

Received Date: 11.06.2021

Accepted Date: 14.09.2021

Article Type : *Research*

ÖZET

Temsil işlemi, hukuki bir işlemin temsilci tarafından, temsil olunan adına ve hesabına yapılmasını ifade etmektedir. Bu hukuki işlemin taraflarca kullanılması üzerine, hüküm ve sonuçları temsil olunanına ait olmaktadır. Hukuki işlemlerin çeşitliliği, günlük hayatta yaşanan hukuki ve fiili zorluklar, ulusal ve uluslararası ticari ilişkilerin artması ve finansal işlemlerin bu yolla yapılabilmesi imkânı temsilin önemini arttırmaktadır.

Temsil yetkisi bulunmadığı hâlde temsil olunan adına işlem yapılması, yetkisiz temsil halini meydana getirmektedir. Yetkisiz temsilci, temsil yetkisi olmadığı hâlde, başka bir kişi adına hukuki işlem yapan kişiyi ifade etmektedir. Yetkisiz temsilci tarafından yapılan işlemin hüküm ve sonuçları kural olarak temsil olunanı bağlamamaktadır. Söz konusu işlemin temsil olunanın hukuku alanında sonuç doğurabilmesi için temsil olunanın onayına ihtiyaç duyulmaktadır. Yapılan işleme onay verilmemesi durumunda, işlemin karşı tarafının bu sebeple meydana gelen zararının karşılanması için yetkisiz temsilcinin kusursuz sorumluluğuna başvurulmaktadır.

Temsil olunanın onayı, yetkisiz temsilci ile muhatap üçüncü kişi arasında yapılan hukuki işleme geriye etkili geçerlilik kazandırmaktadır. Yapılan işleme hiç onay verilmemesinden farklı olarak, temsil olunanın gecikmeli onay vermesi nedeniyle üçüncü kişinin bir zararı doğmuşsa, bu zarardan kusurlu yetkisiz temsilci sorumludur.

Yetkisiz temsilcinin söz konusu sorumluluklarının esaslı culpa in contrahendoya dayanmaktadır. Culpa in contrahendo sorumluluğu, taraflar arasındaki sözleşme öncesi güven ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ihlâl edilmesi sebebiyle ortaya çıkan hukuki ihtilâfi düzenlemektedir. Bu nedenle, asıl sözleşme kurulmuş olsun veya olmasın yetkisiz temsilcinin sorumluluğu bu esasa dayalı olarak belirlenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Temsil, yetkisiz temsil, culpa in contrahendo sorumluluk, olumlu zarar, olumsuz zarar.

ABSTRACT

The act of representation signifies performance of a legal proceeding by an agent on behalf of the principal. Once performed by the parties, such legal proceeding gives rise to terms and

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Hâkim, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Gn. Mdr. Yrd. mehtapayranci06@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-5289-5825>.



consequences applicable upon the principal. Diversity of legal proceedings, legal and actual difficulties confronted in daily life, increasing national and international commercial affairs and the possibility to conduct financial transactions via representation are increasing the importance of the practice of representation.

Acting on behalf of the principal with no representative authority engenders unauthorized representation. Unauthorized agent means an individual who conducts a legal proceeding on behalf of another, although he or she is not vested with representative authority. In principle, the terms and consequences of a proceeding conducted by an unauthorized agent are not binding upon the principal. In order for the proceeding at stake to bear legal consequences on the principal, confirmation of the latter is required. In the absence of such confirmation for the proceeding performed, the unauthorized agent's strict liability is sought for the compensation of the damage sustained by the other party.

Confirmation of the principal gives retroactive applicability to a proceeding taking place between an unauthorized agent and a third party. Nevertheless, where some time has elapsed before the confirmation is given, then the damage incurred by the third party due to the delay brings the strict liability of the unauthorized agent into question.

The basis of the unauthorized agent's aforementioned liability lies in culpa in contrahendo. The culpa in contrahendo liability governs the legal disputes stemming from the breach of obligations arising from the pre-contractual relationship of trust between the parties. Therefore, the liability of the unauthorized agent is established on the basis of this principle regardless of whether or not it is contractual.

Keywords: Representation, unauthorized representation, culpa in contrahendo, liability, positive damage, negative damage.

GİRİŞ

Hukuki bir işlemi, taraf bizzat kendisi yapabileceği gibi temsilci aracılığı ile de yapabilir. Temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin yetkili olması hâlinde, yapılan işlemler hüküm ve sonuçlarını temsil olunanın hukuk alanında doğurmaktadır. Temsilci, temsil olunan adına ve hesabına işlem yapabilme yetkisine sahip değilse, yapılan işlem kural olarak temsil olunanı bağlamamakta ve askıda geçersiz¹ kabul edilmektedir. Temsil olunanın onay vermemesi durumunda ise söz konusu geçersizlik kesin geçersizliğe dönüşmektedir. Temsilcinin yetkisizliği sebebiyle geçersiz hâle gelen işlem nedeniyle üçüncü kişinin meydana gelen olumsuz zararı, kusur şartı aranmaksızın 6098

¹ Geçersizlik (hükümsüzlük) teorileri, klâsik teori ve modern teori olmak üzere başlıca iki grupta toplanmaktadır. Klâsik teoriye göre, geçersizlik hukuki işlemlerin kurulmasına ilişkin bir sakatlık olarak kabul edilmektedir. Klâsik teori kesin bir tutumla geçersizlik hâllerini "butlan" ve "iptal" şeklinde iki gruba ayırmaktadır. Modern teori ise geçersizliği hukuki bir yaptırım olarak kabul etmektedir. Modern teoride, geçersizlik veya hükümsüzlük, yapılan sözleşmenin tarafların istediği şekilde hüküm ve sonuç doğurmasını engelleyen bütün durumları kapsayan bir üst kavram olarak kullanılmaktadır. Modern teori, söz konusu iki geçersizlik (hükümsüzlük) hâli dışında, bunlardan herhangi birine yakın olan geçersizliğe ilişkin başka ara grupların da olduğunu savunmaktadır. Modern teori, günümüz ihtiyaçlarına daha uygun düşmektedir. Bu teoriye göre, "askıda geçersizlik", geçersizlik (hükümsüzlük) sebepleri arasında sayılmaktadır. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin 2019) 375; Aynı doğrultuda bkz. O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,1, Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri* (Seçkin 2019) 185 vd; Ayrıntılı bilgi için bkz. Jale Güral (Akipek), *Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi* (A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları 1953) 45 vd.

sayılı Türk Borçlar Kanununun (TBK) m. 47/I hükmü gereğince tazmin edilebilmektedir. Tazminat talebinin hukuki dayanağını culpa in contrahendo ilkesi oluşturmaktadır. Diğer taraftan, yetkisiz temsilcinin kusurlu olması ve hakkaniyetin gerektirmesi durumunda, üçüncü kişi olumlu zararını TBK m. 47/II uyarınca talep edebilmektedir.

Bazı durumlarda ise temsil olunan onay vermesine rağmen, yetkisiz temsilcinin sorumluluğu tümüyle ortadan kalkmamaktadır. Yetkisiz temsilcinin işlemine temsil olunanın gecikmeli şekilde onay vermesi nedeniyle muhatap üçüncü kişinin zararı ortaya çıkabilmektedir. Böyle bir zararın varlığı durumunda, bunun giderilmesi, yine culpa in contrahendo ilkesi kapsamında kusurlu yetkisiz temsilciden istenebilmektedir.

Bu çalışmada, genel olarak temsil, temsil yetkisi, yetkisiz temsil kavramı, unsurları ve ortaya çıkış şekilleri incelendikten sonra yetkisiz temsilcinin culpa in contrahendo sorumluluğu, bu sorumluluğun şartları ve sonuçları ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

I. TEMSİL, TEMSİL YETKİSİ, YETKİSİZ TEMSİL, UNSURLARI VE ORTAYA ÇIKTIĞI DURUMLAR

A. Genel Olarak Temsil

Bir kimsenin başka bir kişi adına ve hesabına hareket ederek, hüküm ve sonuçları o kişiye ait olmak üzere hukuki işlem yapmasına temsil denilmektedir². Hukuki işlemi, başka bir kişi adına ve hesabına yapan kimse temsilci; temsilci tarafından adına ve hesabına hukuki işlem yapılan kimse temsil olunan; temsilci ile hukuki işlem yapan karşı taraf ise üçüncü kişi olarak adlandırılmaktadır³.

Temsil, TBK'nın genel hükümler kısmında 40 ilâ 48 inci maddeleri arasında, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun OR. Art. 32-40 düzenlemesine uygun şekilde, "Yetkili temsil", "Yetkisiz temsil" ve "Saklı hükümler" alt başlıkları altında düzenlenmektedir.

² Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht* (2. Auflage, Zürich: 1988) 596; Max Keller ve Christian Schöbi, *Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht* (3. Auflage, Basel und Frankfurt am Main: 1988) 63; Ayfer Kutlu Sungurbey, *Yetkisiz Temsil* (Yasa 1988) 9; Eren, 477; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1* (18. Bası, Vedat 2020) 224; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Bası, Turhan 2018) 307; Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atillâ Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz 1993) 167; Nihat Yavuz, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.1* (2. Bası, Adalet 2015) 405; Özcan Günergök ve Şaban Kayıhan, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)* (Umuttepe 2020) 169.

³ Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri* (29. Bası, Beta 2020) 71; Antalya, 580.



Hukuki bir işlem, kural olarak o işlemin tarafları hakkında sonuç doğurmaktadır. Ancak, söz konusu işlemin bizzat taraflarca yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Fiil ehliyetine sahip olan bir kimse bu işlemi kendisi yapabileceği gibi başka bir kişi aracılığı ile de gerçekleştirebilir. Hukuki işlemlerin çeşitliliği, önemi, hastalık, yer ve zaman yönünden yaşanan fiili zorluklar, bilgisizlik veya başkaca nedenler aracı veya araçlar kullanılmasını gerektirebilmektedir. Özellikle, ekonomik hayatın sürekli gelişmesi ve farklı işlem türlerinin artması bu durumu etkilemektedir.

Temsilde iradi temsil ve kanuni temsil ayrımı yapılmaktadır⁴. Yaş küçüklüğü, kısıtlılık gibi sebeplerle medeni haklarını bizzat kullanmaya kanunen ehil olmayan kişiler bakımından hukuki işlemlerin temsil yoluyla yapılması hukuki zorunluluk arz etmektedir⁵. Bu tür durumlarda kanuni temsil söz konusu olmaktadır. Oysa, TBK m. 40 vd. iradi temsili düzenlemektedir⁶.

Temsil, kural olarak iki veya tek taraflı hukuki işlemlerde uygulanmaktadır. Hukuki işlemler dışında ihtar, ek süre tayini gibi hukuki işlem benzeri fiiller de temsil konusu olabilmektedir⁷. Ancak, bir irade beyanına ihtiyaç duyulmadığı için maddi fiillerde temsil yoluna başvurma imkânı bulunmamaktadır⁸. Bazı hukuki işlemlerin ise nitelikleri gereğince temsilci aracılığıyla yapılabilmesi

⁴ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (7. Bası, Filiz 2017) 629; Akyol, *Temsil*, 43; Oğuzman ve Öz, 231.

⁵ Turhan Esener, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil* (Ajans Türk Matbaası 1961) 1; Mustafa Reşit Belgesay, *Hukuki Muamelelerde Temsil* (Koşkun Matbaası 1941) 7; Şener Akyol, *Türk Medeni Hukukunda Temsil* (Vedat 2009) 3; Eren, 477; Antalya, 579; M. Murat İnceoğlu, *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil*, (On İki Levha 2009) 7; A. Hulki Cihan, 'Temsilci Bakımından İrade Sakatlıklarının Özellikleri' (2016) 6(2) Hacettepe HFD 169, 171 <www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr> Erişim Tarihi 29 Ocak 2020.

⁶ Kılıçoğlu, 306; Günergök/Kayıhan, 171; TBK m. 40 vd. kapsamında temsil yetkisi verebilmek için temsil olunanın fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Eren, 493.

⁷ Andreas Von Tuhr, Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Obligationenrechts, Erster Band*, (3. Auflage, Zürich: 1974) 351; Rolf Watter, Yves Schneler, *Basler Kommentar (Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand), Obligationenrecht*, (4. Auflage, Basel: 2007) Art. 32, N.4; Oğuzman ve Öz, 224, n 731; Eren, 478; Kocayusufpaşaoğlu, 624; Akyol, *Temsil*, 35; Antalya, 583-584; Abdülkerim Yıldırım, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (5. Baskı, Adalet 2016) 152.

⁸ Karl Christian Violand, *Missbrauch der Vertretungsmacht* (Tübingen 2007) 38; Hugo Oser ve Wilhelm Schönenberger, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, I. Halbband: Allgemeine Bestimmungen*, (2. Auflage, Zürich 1929) Art. 32-40, N.14; Eren, 478; Kılıçoğlu, 312; Şakir Berki, 'Türk Borçlar Kanununda Temsil' (1975) 8 (1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 15, 16 <www.jurix.com.tr/article/6467> Erişim Tarihi 29 Mart 2018; Altan Fahri Gülerci ve Ayşe Kılınç, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin 2011) 130; Tamamen maddi olan muamelelerde temsilin caiz olduğu yönündeki görüş için bkz. Belgesay, 30-31.

mümkün değildir. Bunların en önemli örneğini, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımına ilişkin işlemler oluşturmaktadır⁹.

Kanuna veya ahlâka aykırı bir fiilin gerçekleştirilmesi için temsil yetkisi verilmesi hükümsüz sayılmaktadır. Hiç kimse yapmakla yasaklı olduğu bir işi, temsil yetkisi vererek başkasına yaptırma yetkisine sahip değildir¹⁰. Haksız fiili gerçekleştiren kişi, bu fiili sebebiyle meydana gelen zarardan bizzat sorumlu tutulmaktadır. Bu kişiyi, haksız fiili işlemeye teşvik eden kişinin cezai sorumluluğu saklıdır (TBK m. 61)¹¹.

Temsilde, doğrudan temsil ve dolaylı temsil ayrımı önem taşımaktadır. Doğrudan temsil, temsilcinin kendisine verilen temsil yetkisine dayanarak temsil olunan adına ve hesabına üçüncü kişi ile hukuki işlem yapmasını ifade etmektedir¹². Söz konusu işlemde doğan hak ve borçlar, alacağın devrine ya da borcun nakline ilişkin ikinci bir işleme gerek olmadan doğrudan temsil olunana ait olmaktadır (TBK m. 40)¹³.

Dolaylı temsil ise temsilcinin kendi adına fakat temsil olunan hesabına bir hukuki işlem yapması ve bu işlemde doğan hak ve borçların temsilci üzerinde doğmasıdır¹⁴. Diğer bir deyişle, temsilci temsil olunan adına hareket ettiğini muhatap üçüncü kişiye açıklamadan kendi adına bir hukuki işlem yapmakta ve daha sonra bu işlemde doğan hakları ve borçları, iç ilişkiye göre temsil olunana devretmektedir (TBK m. 40/III)¹⁵.

⁹ Roger Zäch ve Hans Rainer Künzle, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung (Bern 1990) Art. 32-40, N. 76; Kocayusufpaşaoğlu, 624; Eren, 479; Akyol, *Temsil*, 35; Belgesay, 31; Yargıtay HGK, 2010/13-414, 2010/412, 22.09.2010 < www.corpus.com > Erişim Tarihi 08 Temmuz 2020.

¹⁰ Mustafa Reşit Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat*, C. I (Beta 2003) 366-367; Belgesay, 33; İnceoğlu, 11; İhsan Erdoğan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4. Baskı, Gazi 2019) 102; Yıldırım, 152.

¹¹ Günergök ve Kayıhan, 170; Yargıtay 4 HD, 1845/4946, 13.04.1978 (Karahasan, 367).

¹² Eren, 480; Kutlu Sungurbey, 9; Kılıçoğlu, 311; Yıldırım, 156; Bahadır Demir, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Doğrudan Temsil Müessesesi', (2015) 6 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 249, 251 <https://dergipark.org.tr> Erişim Tarihi 26 Mart 2018.

¹³ Zäch ve Künzle, Art. 32, N.1; Esener, *Temsil*, 127 vd.; Halük N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*; (17. Bası, Beta 2020) 142; Akyol, *Temsil*, 152; Karahasan, *Genel Hükümler*, 369; Kılıçoğlu, 307.

¹⁴ Von Tuhr ve Peter, 348; Watter ve Schneller, Art.32, N.29; Cevdet Yavuz, *Türk İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1983) 24; Esener, *Temsil*, 13; Kutlu Sungurbey, 9; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 167; Oğuzman ve Öz, 226; Eren, 483; Kılıçoğlu, 311.

¹⁵ Yavuz, *Dolaylı Temsil*, 23; Eren, 483; Nomer, 144; Antalya, 588; Günergök ve Kayıhan, 172; Yargıtay 13 HD, 9750/13343, 10.11.2009 (Nihat Yavuz, *Borçlar Hukuku El Kitabı*, (Adalet 2018) 206- 207, n 2).



Türk-İsviçre Hukuk sisteminde, dolaylı temsil pozitif bir hukuk metninde doğrudan düzenlenmemiştir. Dolaylı temsil, Türk Borçlar Kanununun ve Türk Ticaret Kanununun bazı maddelerinde dağınık bir hâlde yer almaktadır¹⁶.

B. Temsil Yetkisi

Temsilci tarafından yapılan bir hukuki işlemin temsil olunan hakkında sonuç doğurabilmesi için hukuki bir bağın varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Bir kimsenin başka bir kimseyi hukuki işlemlerde temsil edebilmesini mümkün kılan bu hukuki bağa temsil yetkisi denilmektedir¹⁷.

Temsil yetkisi, temsil olunanın iradesinden veya kanundan kaynaklanmaktadır¹⁸. Niteliği itibariyle bir düzenleme hakkı olan temsil yetkisi, temsil olunanın yetkilendirmeye ilişkin tek taraflı irade beyanının temsilciye ulaşması ile birlikte hukukî sonuç doğurmaktadır¹⁹. Diğer bir deyişle, temsil ilişkisinin doğabilmesi için temsilci ile temsil olunan arasında bir sözleşme ilişkisinin varlığı zorunlu değildir. Temsil yetkisi, bağımsız bir nitelik taşımaktadır ve temsil konusu işlemin herhangi bir parçasını oluşturmamaktadır. Temsil yetkisi verme işlemi, soyut bir niteliğe sahiptir. Buna göre, temsilci ile temsil olunan arasında iç ilişkide kurulan sözleşme geçersiz olsa bile temsil yetkisi geçerliliğini koruyabilmektedir²⁰.

¹⁶ Karahasan, *Genel Hükümler*, 370; TBK m. 532 vd. da yer alan komisyon sözleşmesi, tipik bir dolaylı temsil ilişkisidir.; TTK m. 917 vd. da düzenlenen “Taşıma komisyonculuğu sözleşmesi” de dolaylı temsile örnek teşkil etmektedir; TBK’nın 555 inci maddesinde düzenlenen havale ve poliçenin başkası hesabına düzenlenmesi (TTK m. 673/I) dolaylı temsilin uygulandığı diğer durumlardır. Bülent Karasu, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Doğrudan ve Dolaylı Temsil* (onikilevha 2018) 141-142.

¹⁷ Senai Olgaç, *Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt-1, Genel Hükümler (Madde 1-60)* (Olgaç Matbaası 1976) 434; Andreas B. Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, Çeviren: Davran, Bülent, I. Cilt, (Kardeşler Basımevi 1948) 387; Akyol, *Temsil*, 4; Eren, 477; Mehmet Bahtiyar, ‘*Bir Yetki Belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Son Bulması*’, *Makaleler I* (Beta 2008) 23, 24; Halit Ergün, ‘*Türk Borçlar Hukukunda Yetkisiz Temsil Halleri ve Sonuçları*’ (2016) XI (I) ERÜHFD 271, 271 <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi: 31 Mayıs 2021.

¹⁸ Oğuzman ve Öz, 231; Yıldırım, 153; Velayet hakkına sahip anne-babanın (TMK m. 342), vasinin (TMK m. 403/1, 448), kayyımın (TMK m. 403/II-III), miras ortaklığına mahkeme tarafından atanan temsilcinin (TMK m. 640/III) ya da iflas idaresinin (İİK m. 26) temsil yetkisi kanuna dayanmaktadır. Nomer, 147.

¹⁹ Von Tuhr ve Peter, 355; Zäch ve Künzle, Art.33, N. 28; Violand, 41; Tekinay, Akman, Burcoğlu ve Altop, 172; Akyol, *Temsil*, 165; Eren, 489; Esener, *Temsil*, 24-25; Ali Naim İnan, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (3. Bası, Sevinç 1979) 220 vd.

²⁰ Oğuzman ve Öz, 234; Serdar Nart, ‘*Temsil*’, iç Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla ve H. Murat Develioğlu (edr), *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu Cilt-1* (Madde 1-82) (Vedat 2019) 619.

Türk ve İsviçre Hukuk sistemlerindeki hakim görüşe²¹ göre, temsilcinin yapacağı hukuki işlem şekle bağlı olsa bile temsil yetkisi verilmesi herhangi bir şekle bağlı değildir. Nitekim, TBK m. 12/I hükmünden de temsil yetkisinin herhangi bir şekle bağlı olmadan verilebileceği anlaşılmaktadır²². Ancak, TBK m. 583'e göre kefalet sözleşmesi yapılması, kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve kefil olma vaadinde bulunulması yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli kabul edilmemektedir²³. Keza, Noterlik Kanunu m. 89 ve Tapu Sicil Tüzüğü m. 13 ve 17'de, tapuda yapılacak işlemler için verilen temsil yetkisinin (vekâletnamenin) noterde düzenleme suretiyle resmi şekilde verilmesi emredici şekilde hükme bağlanmıştır. Bunlar dışında kalan şekle bağlı işlemler için temsil yetkisi verilmesi şekil şartına tabi tutulmamaktadır²⁴.

C. Yetkisiz Temsil

1. Kavram

Yetkisiz temsil, bir kimsenin kanundan veya hukuki işlemde doğan temsil yetkisi olmamasına rağmen, başka bir kimse adına üçüncü bir kişi ile hukuki bir işlem yapmasını ifade etmektedir. Burada, temsil yetkisi olmadığı hâlde başka bir kişi adına hukuki işlem yapan kişiye, yetkisiz temsilci denilmektedir²⁵.

Yetkisiz temsil, sadece doğrudan temsil hâlinde gerçekleşebilmektedir. Dolaylı temsilin niteliği gereğince yetkisiz temsilden bahsetmek mümkün değildir²⁶.

2. Yetkisiz Temsilin Unsurları

a. Temsilcinin Temsil Yetkisinin Bulunmaması

Yetkisiz temsil kavramında en önemli unsur, temsil yetkisinin yokluğudur²⁷. Bir kimse başkası adına üçüncü kişi ile hukuki işlem yaptığı anda temsil

²¹ Von Tuhr ve Peter, 355; Violand, 43; Hermann Becker, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Obligationenrecht, II. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen* (2. Auflage, Bern 1941) Art. 32, N.5; Eren, 492; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 173-174; Esener, *Temsil*, 38; Akyol, *Temsil*, 177; İnceoğlu, 139; Erol Cansel ve Çağlar Özel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, (Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin 2017) 220.

²² Von Tuhr ve Peter, 355; Violand, 43; Esener, *Temsil*, 35; Oğuzman ve Öz, 235; Eren, 492.

²³ Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (13. Baskı, Yetkin 2020) 492; Aydın Zevkililer ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (20. Bası, Vedat 2020) 718.

²⁴ İnceoğlu, 142; Cansel ve Özel, 220; Yıldırım, 155.

²⁵ Schwarz, 394; Von Tuhr ve Peter, 398; Esener, *Temsil*, 115; İnan, 228; Kutlu Sungurbey, 10; Eren, 470; Adem, Yelmen, 'Yetkisiz Temsil' (2015) I (Özel Sayı), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 429, 430 <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi 13 Mart 2018; Ergün, *a.g.m.*, 3.

²⁶ Zäch ve Künzle, Art. 38; N.1; Eren, 470; Kutlu Sungurbey, 9; Karahasan, *Genel Hükümler*, 406.

²⁷ Ergün, *a.g.m.*, 3.



yetkisine sahip değilse, kural olarak yapılan işlem temsil olunan hakkında hüküm ve sonuç doğurmamaktadır²⁸.

Temsil yetkisi, temsil olunanın irade beyanını doğrudan temsilciye yönelterek iç temsil yetkisi yoluyla verilebilmektedir. Bundan farklı olarak, dış temsil yetkisi verilebilmektedir. Buna göre, temsil olunan temsilciyle hukuki işlem yapacak üçüncü kişilere temsil yetkisini bildirmektedir²⁹.

İç temsil yetkisi varması gerekli tek taraflı bir hukuki işlemdir³⁰. Diğer bir deyişle, iki taraflı bir işlem olmaması nedeniyle temsilcinin kabulü gerekli değildir³¹. Temsil olunan, temsil yetkisini temsilciye yazılı veya sözlü olarak ulaştırdığı anda iç temsil yetkisi doğmaktadır³².

Dış temsil yetkisi, Türk-İsviçre Hukukunda hukuki bir işlem değil, bir bilgi açıklaması olarak kabul edilmektedir³³. Bu tür temsil yetkisinde, temsil olunan, temsilciye vermiş olduğu yetkiyi üçüncü kişilere yazılı veya sözlü şekilde bildirebilmektedir. Temsil yetkisinin bildirilmesi, kamuya açık araçlarla, örneğin Ticaret Sicili Gazetesinde yayınlamak suretiyle yapılabileceği gibi ilân ya da mektup yolu ile de yapılabilmesi mümkündür. Keza, temsil olunanın düzenlediği yetki belgesinin temsilci tarafından üçüncü kişilere gösterilmesi de bildirim olarak kabul edilmektedir³⁴.

Dış temsilde, temsilcinin yetkisinin derecesi, temsil olunanın üçüncü kişilere yaptığı açıklamadan genel olarak çıkarılan anlam ve kapsama göre tayin edilmektedir (TBK m. 41/II)³⁵. Yapılan işlem hem iç temsil hem de dış temsil yetkisinin sınırlarının dışında kalıyorsa, yetkisiz temsil hükümleri uygulanmaktadır³⁶.

²⁸ Antalya, 641; Eren, 509.

²⁹ von Tuhr ve Peter, 358; Kocayusufpaşaoğlu, 640; Eren, 490; Kutlu Sungurbey, 39.

³⁰ Esener, *Temsil*, 15; Akbıyık, C., *a.g.m.*, 218.

³¹ von Tuhr/Peter, 341; Kılıçoğlu, 310.

³² Kocayusufpaşaoğlu, 637-638; Eren, 490.

³³ Esener, *Temsil*, 15; Kılıçoğlu, 314.

³⁴ von Tuhr/Peter, 358; Esener, *Temsil*, 46; Eren, 490; Kutlu Sungurbey, 39; Akyol, *Temsil*, 48; "... Somut olaya döndüğümüzde, davacı şirket Y...’a noterde düzenlenmiş ipotek koyme yetkisini de içeren vekaletname vererek onu vekil tayin etmiştir. Ancak, daha sonra yine noter aracılığı ile vekaletten azletmiş ve bunu Y...’a usulüne uygun olarak tebliğ ettirmiştir. Y... ise vekalet görevinin sona erdiğini bile bile davacıyı zararlandırmak kastı ile vekaletnameyi V...’a tevki etmiş bu kişi de davalı ile ipotek sözleşmesi yapmıştır. Burada davalı, vekalet kendisine bildirilmiş kişi konumundadır. Çünkü davacı, Y... noterde resmi şekilde düzenlenmiş bir vekaletname vermiştir, bu da yasanın aradığı anlamda (BK.m.33/2) üçüncü kişiye bildirimdir." Yargıtay 14 HD, 5926/9546, 25.10.2005 <<https://www.corpus.com.tr>> Erişim Tarihi: 07 Mayıs 2020.

³⁵ Akyol, *Temsil Yetkisinin Yorumu*, 109; Belgesay, 49-50; Oğuzman/Öz, 237; Temsil yetkisinin kapsamı, temsilcinin eylemleri bakımından zorunlu olan hususları da içermektedir. Örneğin, sözleşme yapılması için verilen yetkiye, pasif yetki de dahildir. Nart, *Temsil*, 642.

³⁶ Oğuzman/Öz, 237.

b. Yetkisiz Temsilcinin Temsil Olunan Adına Hareket Etmesi

Hukuki işlemi gerçekleştiren kişinin, kural olarak kendi adına hareket ettiği kabul edilmektedir. Bu bakımdan, gerçek anlamda temsil olarak kabul edilen doğrudan temsilde, temsilcinin temsil olunan adına hareket ettiğini açıklaması gerekmektedir³⁷.

Türk Borçlar Kanunu m. 40/II'de, "Temsilci, hukuki işlemi yaparken bu sıfatını bildirmezse, ..." ibaresiyle, temsilcinin başkası adına hareket ettiğine yönelik irade beyanını ortaya koyması gerektiği ifade edilmektedir. Bu irade beyanının açık veya zımnî (örtülü) şekilde yapılabilmesi mümkündür³⁸. Üçüncü kişi, mevcut durumdan işlemin temsil ilişkisi kapsamında gerçekleştirildiğini anlayabiliyorsa örtülü beyan meydana gelmektedir³⁹.

c. Yetkisiz Temsilcinin Üçüncü Kişi ile Hukuki İşlem Yapması

Yetkisiz temsil, temsilin mümkün olduğu hukuki işlemler bakımından söz konusu olabilmektedir. Bu husus TBK m. 46/I'de, "Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa..." şeklinde belirtilmektedir.

Türk-İsviçre Borçlar Kanununda, yetkisiz temsile ilişkin hükümler (TBK m. 46 ve 47), iki taraflı hukuki işlemler esas alınarak düzenlenmiştir. Tek taraflı ve çok taraflı hukuki işlemlerde de, bahsi geçen hükümler kıyasen uygulanmaktadır⁴⁰.

D. Yetkisiz Temsilin Ortaya Çıktığı Durumlar

Türk Borçlar Kanunu m. 46 ve 47'de, genel olarak yetkisiz temsilin hüküm ve sonuçları düzenlenmektedir. Ancak, hangi durumların yetkisiz temsile sebebiyet vereceği belirtilmemektedir. Bu nedenle, temsile ilişkin hükümlerden ve ilgili diğer düzenlemelerden faydalanılarak bir takım sonuçlara ulaşılmaktadır⁴¹. Buna göre, yetkisiz temsil ilişkisi karşımıza farklı şekillerde çıkabilmektedir. Temsil olunan tarafından hiç yetki verilmediği, yetki sınırının aşıldığı, yetkinin sona erdiği veya geri alındığı bir durumda, sözde temsilci temsil olunan adına hukuki işlem yaptığı takdirde yetkisiz temsil hâli meydana gelmektedir⁴². Bu sayılanlar dışında, temsil yetkisini geçersizliği⁴³, temsil olunanın talimatına aykırı davranılması⁴⁴, özel temsil yetkisi gerektiren bir işlemin genel temsil

³⁷ Eren, 480; Kılıçoğlu, 307; Oğuzman ve Öz, 228; İnceoğlu, 47.

³⁸ Kocayusufpaşaoğlu, 676 vd.; Esener, *Temsil*, 98; Yavuz, *Borçlar Kanunu Şerhi*, 406-407.

³⁹ Eren, 487.

⁴⁰ Kutlu Sungurbey, 96.

⁴¹ Yelmen, *a.g.m.*, 430.

⁴² Eren, 509; Kocayusufpaşaoğlu, 722; Akıntürk ve Ateş, 81; Kılıçoğlu, 331.

⁴³ Antalya, 642; Karahasan, *Genel Hükümler*, 406.

⁴⁴ Becker, Art. 32, N.2; Akyol, *Temsil*, 456; Antalya, 642; Oğuzman ve Öz, 242



yetkisi verilen temsilci tarafından yapılması⁴⁵, birlikte temsil yetkisi gerektiren bir işlemde temsilcilerin tamamının işleme katılmaması⁴⁶ ve temsil yetkisinin hileli anlaşma dışında kötüye kullanıldığı diğer durumlarda⁴⁷ yetkisiz temsil hâli ile karşılaşılmaktadır.

Uygulamada, yetkisiz temsil durumu çoğunlukla temsilcinin kendisini hatalı olarak yetkili zannettiği veya hukuki işlemi temsil olunan adına gerçekleştirmekte menfaat elde ettiği hâllerde meydana gelmektedir⁴⁸.

II. YETKİSİZ TEMSİLCİNİN CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak Culpa In Contrahendo Sorumluluğu

Türk Borçlar Kanununun genel hükümler kısmında (m. 1-82), borç ilişkisinin kaynakları sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme olarak düzenlenmektedir. Ancak, borç ilişkisinin kaynakları bu sayılanlarla sınırlı değildir. Gerçekten de, vekâletsiz iş görmeden doğan borçlar, nafaka ilişkisinden doğan borçlar ya da sözleşme öncesi borç ilişkisinden (culpa in contrahendodan) doğan borçlar gibi diğer borç kaynakları da bulunmaktadır⁴⁹.

Sözleşmelerin kurulması, bir anda mümkün olamamakta, tarafların icap ve kabulü değerlendirebilmeleri için genel olarak bir hazırlık aşamasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu aşamada ise tarafların birbirlerine zarar vermeleri mümkün olabilmektedir. Böyle bir zararın meydana gelmesi hâlinde, henüz sözleşme kurulmuş olmadığından, zararın giderilmesi için sözleşme hükümlerine dayanamama riski bulunmaktadır. Haksız fiil hükümlerine başvurmak ise hem zamanaşımı hem kusurun ispatı bakımından hakkaniyete uygun düşmeyen bir kısım sonuçlara yol açmaktadır. Bu sebeple, sözleşme öncesi kusurlu davranışa dayanan bir sorumluluk sistemi geliştirilmiş ve ünlü Pandekt hukukçusu Rudolf von Jhering tarafından culpa in contrahendo kavramı ileri

⁴⁵ Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, (*Prof. Dr. Cevdet Yavuz*), *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, (16. Baskı, Beta 2019) 632; Recep Akcan, 'İcra Hukukunda Temsil' (1999) 7 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 21, 34 <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi 29 Ocak 2020; Ergün, *a.g.m.*, 20

⁴⁶ Şener Akyol, 'Birlikte Temsil', *Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan* (Seçkin 2009) 95, 95 vd.; Vekâlet sözleşmesi bakımından, birlikte vekâlet hakkında ayrıntılı bilgileri için bkz. Yavuz, Acar ve Özen, 675 vd.

⁴⁷ Zäch ve Künzle, Art. 38, N. 14; Kutlu Sungurbey, 15; İnceoğlu, 352; Veysel Başpınar, *Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu* (Yetkin 2004) 204.

⁴⁸ Murtaza Köse, 'Mukayeseli Hukukta Yetkisiz Temsil' (2008) 8 (4) Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi 89, 93 <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi 13 Mart 2018.

⁴⁹ Eren, 119 vd.; Antalya, 129 vd.; Aral ve Ayrancı, 53 vd.

sürülmüştür⁵⁰. Jhering⁵¹, culpa in contrahendo'dan doğan zararın tazminini konu alan makalesinde bu hukuki müesseseyi geniş ve kapsamlı bir şekilde incelemiştir⁵².

Jhering tarafından, o dönemde irade teorisinin⁵³ etkisiyle culpa in contrahendo teorisi sadece geçersiz (veya kurulmamış) hukuki işlemler yönünden ele alınmış, sözleşme görüşmeleri esnasında öne çıkan davranış yükümlülüklerinin tamamı incelenmemiştir. Söz konusu teori, Alman öğretisi ve uygulaması tarafından zaman içerisinde geliştirilmiştir⁵⁴.

Alman Medeni Kanunu § 311'de hukuki işlem den ve hukuki işlem benzerlerinden doğan borç ilişkileri başlığı altında, culpa in contrahendo sorumluluğundan söz etmektedir⁵⁵. Ancak, culpa in contrahendo'dan doğan sorumluluk, Türk-İsviçre Hukukunda ayrı bir madde şeklinde hükme bağlanmamıştır. Bu hukuk düzenlerinde, culpa in contrahendo bazı kanun hükümlerinde bir sorumluluk normu olarak yer almaktadır. Bu anlamda, TBK m. 47 dışında, TBK m. 3, 5, 35, 217/II, 229/II, 562/II maddelerinde münferit olarak sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hâli öngörülmektedir⁵⁶.

⁵⁰ Burcu Kalkan Oğuztürk, *Güven Sorumluluğu* (Vedat 2008) 91 vd.; Jhering'ten önce culpa in contrahendo sorumluluğuna Savigny, Richelmann gibi yazarlarca da değinilmiş ise de, konu ayrıntılı olarak Jhering tarafından incelenmiştir. Bkz. Kutlu Sungurbey, 99 vd.; Özge Erbek Odabaşı, 'Borç İlişkilerinden Doğan Yan Yükümlerinin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması' (2020) İzmir Barosu Dergisi 61, 111, n. 178 <<https://www.izmirbarosu.org.tr>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

⁵¹ Bkz. Rudolf von JHERING, "Culpa in contrahendo bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen" (1861) Jherings Jahrbücher, Band 4, 1-112 (Huriye Reyhan Demircioğlu, *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*, (Yetkin 2009) 54, n 75'ten naklen).

⁵² Kutlu Sungurbey, 99; Demircioğlu, 54; Kalkan Oğuztürk, 89.

⁵³ İrade teorisi (Willenstheori), 19. Yüzyılda Ortak Hukukta Pandektistler, özellikle Savigny tarafından savunulmuştur. Bu teoriye göre, beyan sahibinin gerçek iradesi esas alınmaktadır. Bu nedenle, asıl önemli olan iradedir ve beyan gerçek irade ile örtüştüğü takdirde geçerli sayılmaktadır. Eren, 154; Antalya, 200; M. Emin Emimi, 'Hak Kavramı' (2004) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 203, 206 <<http://dergisosyalbil.selcuk.edu.tr>> Erişim Tarihi 18 Ağustos 2021.

⁵⁴ Mehmet Serkan Ergüne, 'Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini', Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I (On İki Levha 2010) 907, 911.

⁵⁵ Ergüne, a.g.m., 912; Mustafa Tiftik ve Elif Şen, 'Yetkisiz Temsilde Culpa In Contrahendo Sorumluluğu' (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2643, 2657 <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi: 02 Temmuz 2021.

⁵⁶ Kalkan Oğuztürk, 93-94; Ancak, TTK m. 209'da yer alan, "Hâkim şirket, topluluk itibarının topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hâllerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur." düzenlemesi ile belirli bir duruma ilişkin olsa bile, Türk Hukukunda da güven sorumluluğuna ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Fatma Zeynep Altınar, 'Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyi Karşı Güven Sorumluluğuna İlişkin BGE 130 III No.lu Federal Mahkeme Kararının İncelenmesi' (2011) 17 (1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 473, 492 <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi 05 Ocak 2021.



Yine, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (TMK) m. 452/II hükmünün temelini culpa in contrahendo oluşturmaktadır⁵⁷.

Sözleşme, yukarıda da ifade edildiği üzere kural olarak bir anda kurulabilen bir hukuki işlem değildir. Taraflar, sözleşmenin şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler ile ilgili olarak anlaşmaya varabilmek için genel olarak belirli bir zamana ihtiyaç duyarlar. Sözleşmenin niteliğine ve mevcut koşullara göre bahsi geçen zaman aralığının uzunluğunun ya da kısalığının değişebilmesi mümkündür. Sözleşmenin kurulabilmesine yönelik bu hazırlık sürecini yürüten taraflar arasında, dürüstlük kuralından kaynaklanan (TMK m. 2) bir güven ilişkisi meydana gelmektedir⁵⁸.

Culpa in contrahendo, sözleşme müzakereleri esnasında taraflardan birinin borç ilişkisinin temelinde yer alan yükümlülüklerle aykırı hareket etmesi, diğer bir ifadeyle müzakere aşamasında kusurlu davranması anlamına gelmektedir⁵⁹. Culpa in contrahendo, yani sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk, kural olarak sözleşme ilişkisi içerisinde olan taraflar hakkında söz konusu olabilmektedir. Ancak, üçüncü bir kişinin sözleşme görüşmelerine dâhil olması durumunda, onun işlemsel temasta bulunduğu kişiye karşı culpa in contrahendo sorumluluğu doğmaktadır⁶⁰.

Sözleşme kurmak amacıyla birbiri ile sosyal temasta bulunan tarafların, özellikle sözleşmenin kurulmasına yönelik veya belirli bir şekilde kurulmasını sağlamak için gereken hususlarda birbirlerini aydınlatma, karşı tarafın şahsını ve malvarlığını müzakere aşamasında meydana gelmesi olası zararlardan koruyucu önlemler almak gibi yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülükler, genel olarak özen gösterme yükümlülüğü şeklinde ifade edilmektedir. Özen gösterme yükümlülükleri, tümüyle kanuna dayanmaktadır. TMK m. 2' de düzenlenen dürüstlük ilkesi⁶¹ gereğince, sözleşme daha kurulmadan önce taraflar arasında güven temelli bir borç ilişkisi meydana gelmektedir⁶². Buna göre, herkesin borçlarını ifa ederken dürüstlük kuralına

⁵⁷ Demircioğlu, 53.

⁵⁸ Mustafa Arıkan, 'Culpa in Contrahendo Sorumluluğu' (2009) 17 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69, 69 <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi 05 Haziran 2021.

⁵⁹ Akyol, *Temsil*, 528; Ergüne, *a.g.m.*, 909; Aylin Görener, 'Culpa in Contrahendo Sorumluluğu' (2019) 18 (36) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 67, 68 <<http://acikerisim.ticaret.edu.tr>> Erişim Tarihi 03 Haziran 2021.

⁶⁰ Kalkan Oğuztürk, 251; Tiftik ve Şen, *a.g.m.*, 2656.

⁶¹ Dürüstlük ilkesi, "orta zekâlı, normal, makul kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının gereklerine cevap veren, bu nedenle de, herkesçe benimsenen kurallar bütünü", ifade etmektedir. Erbek Odabaşı, *a.g.m.*, 78.

⁶² Kalkan Oğuztürk, 94; Kutlu Sungurbey, 102; Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı* (2. Bası, Vedat 2006) 47 vd.; Yargıtay 11 HD, 4933/2006, 04.03.2021 <www.uyap.gov.tr> Erişim Tarihi 04 Haziran 2021.

uygun davranması gerekmektedir. Burada kullanılan “borç” ifadesi hem edim yükümlülüklerini hem de sözleşmeden kaynaklanan diğer davranış yükümlülüklerini içermektedir⁶³.

Koruma (özen gösterme) yükümlülükleri, esasen sözleşmeden doğan yan edim yükümlülüğü niteliği taşımaktadır. Bu yükümlülüklerin doğması edim yükümlülüğünün doğmasına bağlı değildir. Fonksiyonları itibariyle edim yükümlülüğünden önce, sonra veya aynı anda doğabilmeleri mümkündür. Edim yükümlülüğü doğmadan önce, sadece sosyal temasta bulunulması nedeniyle ortaya çıkan koruma yükümlülüklerinin ihlali hâlinde, edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi meydana gelmektedir⁶⁴. Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin temeli, culpa in contrahendoya dayanmaktadır⁶⁵. Bunun yanında, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ilişkilerinden de söz etmek yerinde olacaktır⁶⁶.

Culpa in contrahendo, hukuki niteliği itibariyle kendine özgü bir sorumluluk türüdür⁶⁷. Bu hukuki kurum, taraflar arasındaki sözleşme öncesi ilişkiden doğan yükümlülüklerin ihlâl edilmesi nedeniyle ortaya çıkan sorunları çözmeyi amaçlamaktadır. Sözleşme öncesi kusurlu davranıştan sorumluluk, ileride bir sözleşme kurulmasına ya da sözleşmenin geçerli olması koşuluna bağlı değildir. Taraflar arasında sosyal temasın varlığı ve zarara uğrayan karşı tarafta güven duygusunun yaratılması yeterli kabul edilmektedir⁶⁸.

Sözleşme müzakerelerinde koruma, bilgilendirme, açıklama ve tamamlayıcı yardım yükümlülüklerinden hangilerinin mevcut olduğu güven ilişkisinin derecesinin tayininde etkili olmaktadır. Güven söz konusu değilse, yapılan açıklama nedeniyle sorumluluk doğmasını gerektirecek hukuki bir sebep de bulunmamaktadır⁶⁹.

Sözleşmenin kurulmuş olması, culpa in contrahendo sorumluluğa başvurulmasına engel teşkil etmemektedir. Zira söz konusu yükümlülüklerin ihlâli sözleşmenin geçerliliğini etkileyecek ya da karşı tarafın sözleşme yapma

⁶³ Erbek Odabaşı, *a.g.m.*, 78.

⁶⁴ Eren, 41 vd.; Demircioğlu, 126; Erbek Odabaşı, *a.g.m.*, 114-115; Ergüne, *a.g.m.*, 912.

⁶⁵ Antalya, 65.

⁶⁶ Rona Serozan, ‘*Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi*’ (1968) 2 (3) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 108 vd. <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021; Derya Ateş, ‘*Sözleşme İlişkilerinin Kurulmasında ve Borç İlişkilerinde Üçüncü Kişi*’ (2020) (151) TBB Dergisi 329 vd. <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr>> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2021.

⁶⁷ Eren, 1269; Başpınar, 227.

⁶⁸ Başpınar, 228; Görener, *a.g.m.*, 70; Sözleşme görüşmelerine veya sözleşmeye ilişkin bilgi alışverişinde bulunulduğu süreç, sosyal temas şeklinde nitelendirilmektedir. Kalkan Oğuztürk, 108.

⁶⁹ Akyol, *Temsil*, 530.

iradesini ortadan kaldıracak ağırlıkta olmayabilir. Sözleşmenin kurulması, sözleşme öncesi sorumluluğu ortadan kaldırmamaktadır⁷⁰.

Müzakere neticesinde sözleşmenin kurulmuş olup olmamasından bağımsız olarak, özen gösterme yükümlülüklerine kusurlu bir şekilde aykırı hareket eden kişi diğer tarafın meydana gelen zararını tazmin etmekle sorumlu tutulmaktadır. Zarar gören kişi, haksız fiil hükümlerine göre değil, sözleşmeden doğan borçları düzenleyen hükümlerden faydalanmak suretiyle zararının tazmin edilmesini talep etme hakkına sahiptir⁷¹.

Culpa in contrahendo sorumluluğu için öngörülebilir bir tehlikenin olması, bu durumun sorumluluk sahibi tarafın tasarruf ve hâkimiyet alanında kalması, ayrıca zarar ile güven ilişkisinden kaynaklanan yükümlülükler aykırı davranılması arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir⁷². Bu kapsamda, bu güveni üçüncü kişide yaratan kişinin temsilci mi yoksa temsil olunan mı olduğunu belirlemek gerekmektedir⁷³. Müzakerenin temsilci vasıtasıyla yürütüldüğü hâllerde, temsil olunan üçüncü kişi ile doğrudan işlem temasında bulunmadığından güven ilişkisinin dışında kalmaktadır. Dolayısıyla, böyle bir durumda güven ilişkisi temsilci ile üçüncü kişi arasında meydana gelmektedir⁷⁴. Böylelikle, TBK m. 47⁷⁵ kapsamında temsilcinin sorumluluğuna gidilemediği durumlarda, genel olarak culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurabilme imkânı bulunmaktadır⁷⁶.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki neticesi, tazminat ödeme yükümlülüğü şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁷⁷. Tazmin edilmesi gereken zarar, İsviçre-Türk Hukuk sisteminde kabul edilen hakim görüşe göre, maddi

⁷⁰ Uğur Bulut, 'Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi' (2012) (2) Ankara Barosu Dergisi 323, 330 <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

⁷¹ Kalkan Oğuztürk, 94-9; Tiftik ve Şen, *a.g.m.*, 2656; Akyol, *Dürüstlük Kuralı*, 47 vd.; Ergüne, *a.g.m.*, 912; Alman Medeni Kanunu (BGB) 311/III'de, dürüstlük kuralı uyarınca doğan bir borcun, esasen sözleşmenin tarafı olmayacak bir kişi için de söz konusu olabileceği açıkça belirtilmektedir. Buna göre, üçüncü kişide özellikle bir güven oluşturulması ya da sözleşme müzakerelerini veya kuruluşunu önemli derecede etkileyen durumlarda, bu şekilde bir borç ilişkisi meydana geldiği kabul edilmektedir. İnceoğlu, 482, n 470.

⁷² Demircioğlu, 246 vd.; Yargıtay 11 HD, 718/4707, 03.11.2020 <www.uyap.gov.tr> Erişim Tarihi 04 Haziran 2021.

⁷³ Zäch ve Künzle, Art. 32, N. 154; Akyol, *Temsil*, 535; Demircioğlu, 210.

⁷⁴ Akyol, *Temsil*, 535.

⁷⁵ TBK m. 47'de yetkisiz temsilcinin culpa in contrahendo esasına dayanan kusursuz sorumluluğu öngörülmektedir. Bu anlamda, söz konusu hüküm istisnai bir düzenlemedir. Georg Crezelius, *Culpa in contrahendo des Vertreters ohne Vertretungsmacht* (Juristische Schulung: 1977, 17. Jahrgang) 797; Mehmet Serkan Ergüne, *Olumsuz Zarar* (Beta 2008) 134.

⁷⁶ İnceoğlu, 482-483.

⁷⁷ Tiftik ve Şen, *a.g.m.*, 2656; Görener, *a.g.m.*, 73; Bulut, *a.g.m.*, 329; Yargıtay 19 HD, 2005/4790, 28.04.2005 <www.uyap.gov.tr> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021.

zarardır. Zarar kavramı, doktrinde genel kabul gören Friedrich Mommsen'in⁷⁸ fark/menfaat teorisine göre, zarar veren olay sonrası malvarlığının fiili durumu ile söz konusu olay meydana gelmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı farazî durum arasındaki farkı ifade etmektedir. Bu nedenle, manevi zarar, sorumluluk hukukuna hakim olan genel zarar kavramının kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak, şüphesiz culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde, koşulların varlığı hâlinde TBK m. 56, 58 hükümleri uyarınca manevi zararın tazmini de mümkün olabilmektedir⁷⁹.

B. Yetkisiz Temsilcinin Culpa In Contrahendo Sorumluluğu

1. Temsil Olunanın İşleme Onay Vermesi Durumunda

Türk Borçlar Kanunu m. 47'de temsil olunanın onay vermeyi reddetmesi üzerine işlemin kesin geçersiz hâle gelmesi nedeniyle, üçüncü kişinin meydana gelen zararının yetkisiz temsilciden talep edilebileceği ifade edilmektedir. Buradaki tazminat sorumluluğunun ise TBK m. 47'de belirtilen zarar ile bir ilgisi bulunmamakta ve tam tersi bir durum söz konusu olmaktadır. Şöyle ki, temsil olunan sözleşmeye onay vermiş, ancak onay verilinceye kadar belli bir zaman geçmiştir. Bu zaman aralığındaki gecikmeden kaynaklı olarak ise üçüncü kişinin telâfisi mümkün olmayan bir zararı ortaya çıkmıştır⁸⁰. Örneğin, satış sözleşmesine henüz onay verilmemiş olması nedeniyle işleme konu malı teslim edemeyen ve bu sebeple depo kirası ödemek zorunda kalan üçüncü kişi, culpa in contrahendo esasına dayanarak kusurlu temsilciden gecikme tazminatı talep edebilmektedir⁸¹. Geciktirme zararı⁸² şeklinde de ifade edilebilen bu tazminat istemi Kanunda yer almamaktadır.

Üçüncü kişinin geciktirme tazminatı talebinde bulunabilmesi için iyiniyetli olması gerekmektedir. Bu kapsamda, somut olayın gerektirdiği şekilde kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyetli olduğunu ileri süremez (TMK m. 3). Üçüncü kişi temsilcinin yetkisiz olduğunu bildiği takdirde, tazminat talep hakkı bulunmamaktadır. Üçüncü kişi, temsilcinin yetkisiz olduğunu fark edememekte kusurlu ise onun bu ihmâli birlikte kusur kapsamında, TBK m. 52 uyarınca değerlendirilmektedir⁸³. Ayrıca, onayın gecikmeli olarak verilmesi ile üçüncü kişinin zararı arasında bir nedensellik

⁷⁸ Friedrich Mommsen, *Beitäge zum Obligationenrecht, Zweite Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig* (Schwetschke 1855) (Ergüne, *Olumsuz Zarar*; 11, n. 23'ten naklen).

⁷⁹ Ergüne, *a.g.m.*, 913; Tiftik ve Şen, *a.g.m.*, 2656.

⁸⁰ Kocayusufpaşaoğlu, 745-746; Akyol, *Temsil*, 543.

⁸¹ Kocayusufpaşaoğlu, 746; Antalya, 646; Buradaki zarar, temerrüt sebebiyle ortaya çıkan gecikme tazminatı olmayıp, onayın gecikmeli verilmesi nedeniyle meydana gelen zarardır. Nart, *Temsil*, 724, n. 57.

⁸² Akyol, *Temsil*, 545.

⁸³ Kutlu Sungurbey, 183; Kocayusufpaşaoğlu, 746; Tiftik ve Şen, *a.g.m.*, 2659.



bağının varlığı aranmaktadır. Burada, yetkisiz temsilcinin kusurundan kaynaklı bir zarar meydana gelmektedir⁸⁴. Üçüncü kişinin zararının kaynağını kendi davranışları oluşturuyorsa, bu şekilde bir tazminat hakkı doğmamaktadır. Örneğin, temsil olunana onay açıklamasında bulunması için uygun süre⁸⁵ vermeden önce uzun zaman beklemesi veya haklı bir nedeni olmamasına rağmen uzun bir süre belirlemesi ve bundan kaynaklı bir zarar meydana gelmesinde durum böyledir⁸⁶.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe⁸⁷ göre ise, onayın gecikmesinden ötürü yetkisiz temsilcinin sorumlu olmasının kabul edilemeyeceği, zira söz konusu gecikmenin temsil olunanın özensiz davranışından kaynaklandığı ifade edilmektedir. Ancak, kural olarak temsil olunanın yetkisiz temsilcinin işlemine onay verme yükümlülüğünün olmaması (TBK m. 46) nedeniyle, üçüncü kişinin zararını temsil olunanın davranışına bağlamak mümkün değildir. Kaldı ki, yetkisiz temsilci kusurlu olması durumunda sorumlu tutulmaktadır⁸⁸.

2. Temsil Olunanın İşleme Onay Vermeyi Reddetmesi Durumunda

a. Yetkisiz Temsilcinin Kusursuz Sorumluluğu (TBK m. 47/I)

Türk Borçlar Kanunu m. 47/I'e göre, üçüncü kişi temsil olunanın onay vermemesi nedeniyle geçersiz kalan sözleşme dolayısıyla ortaya çıkan olumsuz zararını, yetkisiz temsilciden talep edebilmektedir. Buna göre, hukuki işlemin geçerli olarak kurulacağı düşüncesiyle yapılan masraflar ve işlemin geçersizliği nedeniyle kaçırılan fırsatlar karşılanması gereken zarar kapsamında yer almaktadır⁸⁹.

Söz konusu düzenlemenin kanun koyucunun amacının anlaşılabilirliği bakımından yetersiz kaldığı yönünde doktrinde eleştirel düşünceler bulunmaktadır⁹⁰. Bu kapsamda, sözleşmenin ifa edilmemesinin de “sözleşmenin

⁸⁴ Zäch ve Künzle, Art.38, N. 77; Kocayusufpaşaoğlu, 746.

⁸⁵ TBK m. 46/II'de, bu durum “... diğer taraf, temsil olunanın, uygun bir süre içinde bu hukuki işlemi onayı onamayacağını bildirmesini isteyebilir...” şeklinde ifade edilmektedir.

⁸⁶ Watter ve Schneller, Art. 38, N.8; Kocayusufpaşaoğlu, 746.

⁸⁷ Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 203.

⁸⁸ İnceoğlu, 429.

⁸⁹ Von Tuhr ve Peter, 403; Violand, 183; Günergök ve Kayıhan, 189; Üçüncü kişinin buradaki zararı, öncelikle yargılamaya giderlerini içermektedir. Buradaki amaç, mevcut işlemin hiç yapılmamış olması durumunda üçüncü kişinin malvarlığına ne olacaksa malvarlığını o seviyeye tekrar ulaştırmaktır. Oser ve Schönerberger, Art.39, N.12; “... Sözleşmenin ifa edileceğine inanılarak başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması nedeniyle uğranılan zarar da menfi zarar kapsamında değerlendirilmektedir. Davacının menfi zararının saptanmasında, davalı açısından, davalının teklifinden sonraki en iyi teklif ile sonraki ihâlâ fiyatı arasındaki fark esas alınmalıdır. Değinen bu hususlar doğrultusunda belirlenen bedel davacının olumsuz zararını gösterir...” Yargıtay 3 HD, 6160/2789, 01.04.2019 (Günergök ve Kayıhan, 189, n 463).

⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kutlu Sungurbey, 139 vd.

geçersizliğinin” sonucu olduğu, bu sebeple söz konusu hükümde yer alan “bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi” şeklindeki ifadenin açık olmadığı belirtilmektedir. Aynı şekilde, TBK m. 47/I’de düzenlenen sorumluluğun dayanağının karşı tarafın hukuken korunmaya değer güveni olduğu hususunu açıklığa kavuşturmadığı ifade edilmektedir. Ancak, madde metninin tamamının birlikte değerlendirilmesi neticesinde kastedilen zararın niteliğinin olumsuz zarar olduğundan şüphe edilmemektedir⁹¹.

Yetkisiz temsilcinin bu sorumluluğu, culpa in contrahendo esasına dayanmaktadır. Culpa in contrahendo sorumluluğu, haklı güvenin ihlalinden kaynaklanmaktadır. Yetkisiz temsilde, sözleşmenin geçerli şekilde kurulacağına dair güven yaratan kişi, yetkisiz temsilcidir⁹². Temsilci, sözleşme yapılırken diğer tarafa yetkisiz olduğunu söyleyerek onu geçerli olmayan bir hukuki işlem yapmaya yöneltmektedir⁹³. Ancak, diğer culpa in contrahendo sorumluluk hâllerinden⁹⁴ farklı olarak, burada kural olarak kusursuz sorumluluk hâli kabul

⁹¹ Watter ve Schneller, Art.39, N.6; Violand, 181; Kutlu Sungurbey, 140 vd.; Oğuzman ve Öz, 259; Serap Helvacı ve Bülent Karasu, ‘Yetkisiz Temsilcinin Hukuki Sorumluluğu’ (2018) 24 (I) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 197, 202 <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi: 07 Haziran 2021; Olumsuz zarar, hem fiili zararı hem de kâr mahrumiyetini kapsamaktadır. Ancak, fiili zarar ile kâr mahrumiyetinin belirlenmesinde esas alınan ölçütler birbirinden farklılık göstermektedir. Fiili zarar tespit edilirken, zarar veren olay meydana gelmeden önceki malvarlığının durumu ile bu olaydan sonraki durumu karşılaştırılmaktadır. Kâr mahrumiyeti hesap edilirken ise, zarar veren olaydan önceki malvarlığı durumu ile bu olay yaşanmasaydı malvarlığının içinde bulunacağı farazi durum karşılaştırılmaktadır. Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 13-14.

⁹² Demircioğlu, 209; Culpa in contrahendo sorumluluğunun kapsamına, çok farklı olgular dahil olabilmektedir. Tarafların sözleşme görüşmelerine başladıktan, (hatta iş ilişkilerinde sosyal temasta bulunduktan) itibaren, TMK m. 2’ye aykırılık oluşturan bir davranıştan ötürü diğer tarafın şahıs veya malvarlığında meydana gelen tüm zararın karşılanması gerekmektedir. Ancak, culpa in contrahendo, neticesinde geçerli bir sözleşme kurulmamışsa ve kanunda açıkça (TBK m. 35/II ve 47/II gibi) istisnai bir hüküm yer almadığı veya kıyas yoluyla bu tarz düzenlemelerden faydalanma olanağı bulunmadığı zaman, sorumluluk sadece, karşı tarafın sözleşmenin geçerli şekilde kurulacağına ilişkin güveninin boşa çıkmasından dolayı uğranılan olumsuz zarara ilişkin olmaktadır. Kocayusufpaşaoğlu, 738.

⁹³ Arıkan, *a.g.m.*, 76.

⁹⁴ Culpa in contrahendo hâllerinin bir kısmı kanunun çeşitli hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre, TBK m. 35/I uyarınca kendi kusuru ile yanılan tarafın, sözleşmenin iptali nedeniyle diğer tarafın uğradığı zarardan sorumluluğu, TBK 39/II uyarınca, TBK m. 36 ve 37’ye göre aldatma ya da korkutma sonucu sözleşmenin iptali ya da iptalinden feragat durumunda aldatanın veya korkutanın sorumluluğu, TBK m. 44/II uyarınca temsil olunanın ya da haleflerinin yetki belgesinin iadesine yönelik gerekeni yapmaması nedeniyle iyiniyetli üçüncü kişinin uğradığı zarardan sorumluluğu, TBK m. 27/I uyarınca sözleşmenin kurulması aşamasında borçlandığı edimin imkânsız olduğunu bilen veya bilmesi gereken kişinin sözleşmenin butlanı nedeniyle doğan zarardan sorumluluğu (Eren, 1270-1271), TMK m. 452 uyarınca vesayet altındaki kişinin sorumluluğu culpa in contrahendo esasına dayanmaktadır. (Arıkan, *a.g.m.*, 75 vd); Diğer taraftan, kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte sözleşme görüşmeleri sırasında karşı tarafa kusurlu şekilde yanlış bilgi vermek,



edilmektedir. Yetkisiz temsilci kusursuz olsa da, üçüncü kişinin olumsuz zararından sorumlu tutulmaktadır⁹⁵. Söz konusu kusursuz sorumluluğunun temeli, başka bir kimse adına hareket eden temsilcinin, kendisine yetki verilmiş olup olmadığını araştırma hususunda üçüncü kişiye nazaran daha elverişli bir konumda olmasına dayanmaktadır. Zira temsilcinin yetki eksikliğini bilme ihtimali, üçüncü kişiye göre daha fazladır. Bu nedenle, bu riskin üçüncü kişi üzerinde değil, yetkisiz temsilci üzerinde bırakılması gerekmektedir⁹⁶. Temsilcinin yetkisizliği, kendi egemenlik alanından kaynaklanan bir tehlike olduğundan, bu riski taşıyacak kişi de temsilcidir. Bu bakımdan, temsilcinin sorumluluğunu belli olgularla sınırlandırmak, söz konusu düzenlemenin sistematik yapısına uygun düşmemektedir⁹⁷.

Yetkisiz temsilcinin culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurabilmek için temsilcinin yapılan sözleşmeden ekonomik menfaat elde etmesi gerekli değildir. TBK m. 47/I'de yetkisiz temsilcinin kusursuz sorumluluğunun öngörüldüğü göz önünde bulundurulduğunda, bu sorumluluğu başka bir şartın varlığına bağlamak hükmün amacı ile örtüşmemektedir⁹⁸.

Temsil yetkisi eksikliği nedeniyle sözleşmenin geçersiz olması durumunda ortaya çıkan olumsuz zararın miktarı, genel olarak sözleşmenin geçerli olması halinde elde edilecek ifa menfaatine oranla daha az olmaktadır⁹⁹. Ancak, istisnai hâllerde olumsuz zarar miktarı olumlu zarar miktarından daha fazla olabilmektedir. Bu durumda, olumlu zararı aşan olumsuz zararın talep edililemeyeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁰.

Alman Hukukunda BGB § 179/2'de, üçüncü kişinin talep edebileceği olumsuz zarar miktarının ifa menfaatini aşamayacağı açıkça ifade edilmektedir¹⁰¹. İsviçre ve Türk Hukukunda ise bu konuda bir sınırlandırma bulunmamaktadır (TBK m. 47). Ancak, doktrinde bu husus tartışılmış ve çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

sözleşme yapma niyeti olmamasına rağmen kötünietli ve aldatici davranışlarla başka bir kimsede sözleşme yapma ümidi yaratmak (Eren, 1272-1273), sözleşme görüşmelerini yarıda bırakmak, kendi kusuruyla ayırt etme gücünden geçici yoksun hâle gelmek ve nitelikli muvazaa hakkaniyetin gerektirmesi hâlinde culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulama alanı bulabileceği durumlara örnek oluşturmaktadır. (Ergüne, *a.g.m.*, 920).

⁹⁵ Schwarz, 396; Karahasan, *Genel Hükümler*, 415; Yıldırım, 165; Yavuz, *El Kitabı*, 218.

⁹⁶ İnceoğlu, 462-463; Akyol, *Temsil*, 526.

⁹⁷ Helvacı ve Karasu, *a.g.m.*, 203.

⁹⁸ Akyol, *Temsil*, 522.

⁹⁹ İnceoğlu, 472.

¹⁰⁰ Buradaki durum, TBK m. 47/II kapsamında, hakkaniyet gereğince kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların tazmininin istenebilmesinden bağımsızdır. İnceoğlu, 472, n 432.

¹⁰¹ Alman MK. m. 179/I uyarınca, yetkisiz olduğunu bilen temsilci ifadan veya olumlu zararın tazmininden sorumlu tutulmaktadır. Temsilci, yetki eksikliğini bilmediği takdirde hükmün birinci fıkrasında öngörülen sorumluluğu bulunmamaktadır. Helvacı ve Karasu, *a.g.m.*, 202.

Azınlık görüşüne¹⁰² göre, İsviçre ve Türk Hukukunda da Alman Hukukunda olduğu gibi olumsuz zarar miktarı olumlu zarar miktarı ile sınırlandırılmalıdır. Zira hakkaniyet de bu şekilde bir sonuca varmayı gerektirmektedir.

Diğer bir görüş¹⁰³ ise, bu konuda ikili bir ayırım yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre, sözleşme yapma imkânının kaçırılması nedeniyle ortaya çıkan olumsuz zarar miktarı olumlu zarar miktarı ile sınırlandırılmaktadır. Çünkü bu zarar hem olumsuz hem de olumlu zarar kapsamında kalmaktadır. Ancak, sözleşmenin geçerliliğine duyulan güvenden ötürü uğranılan zarar bakımından böyle bir sınırlandırmanın olmaması gerektiği ifade edilmektedir.

Bu konuda İsviçre ve Türk Hukukunda hakim görüş¹⁰⁴ tarafından ifade edildiği üzere, Alman Hukukundaki düzenlemenin aksine, üçüncü kişinin sözleşmenin geçerli olacağına dair güveninin boşa çıkmasından dolayı uğradığı olumsuz zarar miktarı, olumlu zarardan daha fazla ise olumsuz zararın esas alınması daha isabetli olacaktır. Zira TBK m. 47/II hükmü, olumlu zarar miktarının genel olarak olumsuz zarar miktarından daha fazla olması esasına dayanmaktadır¹⁰⁵. Bu nedenle, TBK m. 51 ve 52 hükümleri saklı kalmak üzere, hâkimin TBK m. 47/I'e göre daha yüksek miktardaki olumsuz zararı dikkate almasının daha uygun olduğu değerlendirilmektedir¹⁰⁶.

b. Yetkisiz Temsilcinin Kusurlu Sorumluluğu (TBK m. 47/II)

Türk Borçlar Kanunu m. 47/II uyarınca, iki şartın birlikte olması durumunda yetkisiz temsilcinin sorumluluğu olumsuz zarar miktarını (fiili zararlar ve kaçırılan fırsatlar) aşabilmektedir. Buna göre, yetkisiz temsilci kusurlu ise, diğer bir ifadeyle sözleşme kurulduğu anda temsil yetkisinin olmadığını biliyor (kast) veya bilmesi gerekiyorsa (ihmal) ve hakkaniyetin, somut olay adaletinin, bunu gerektirmesi halinde temsilcinin sorumluluğu daha ağır olabilmektedir¹⁰⁷.

¹⁰² Becker, Art. 26, N.5; Max Keller, *Das negative Interesse im Verhältniz zu positiven Interesse* (Aarau 1948) 254 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 205; Eren, 515; Nart, *Temsil*, 740.

¹⁰³ Kutlu Sungurbey, 153 vd; Jean Anex, *L'intérêt Négatif, Sa Nature Et Son Etendue*, (Imprimerie Vaudoise 1977) 91 vd. (Vedat Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme* (Yetkin 2014) 278, n 120'den naklen); Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage* (C.H. Beck 1987) § 9, I, 108, n 3.

¹⁰⁴ Violand, 187; Zäch ve Künzle, Art.39, N.60; Von Tuhr ve Peter, 316; Oser ve Schönenberger, Art. 39, N.9; Watter ve Schneller, Art. 39, N.6; M. Turgut Öz, *İş Sahinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi* (Aristo 1989) 298; Yalman, 131-132; Kocayusufpaşaoğlu, 740; Buz, *Sözleşmeden Dönme*, 278; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 357.

¹⁰⁵ Kocayusufpaşaoğlu, 740.

¹⁰⁶ Von Tuhr ve Peter, 316; Kocayusufpaşaoğlu, 740; Buz, *Sözleşmeden Dönme*, 279.

¹⁰⁷ Violand, 184 vd.; Karahasan, *Genel Hükümler*, 415-416; Eren, 515; Kılıçoğlu, 333; Akyol, *Temsil*, 519; Yıldırım, 166; Antalya, 648; Yavuz, *El Kitabı*, 218-219; "...Davalı, sözleşmeyi annesi adına düzenlemiş olduğuna, davalının annesinden aldığı bir vekaletnamenin de bulunmadığına göre bu sözleşmeyi mümessil sıfatını takınarak imzaladığının kabulü



Temsilcinin bu sorumluluğu, söz konusu hükümde “diğer zararlar” ifadesi ile belirtilmekte ve bununla olumlu zararın kastedildiği kabul edilmektedir¹⁰⁸. Yetkisiz temsilcinin kusurlu olması, TBK m. 47/II'nin uygulanabilmesi için tek başına yeterli sayılmamaktadır. Aynı zamanda, hakkaniyetin¹⁰⁹ böyle bir tazminata karar verilmesini haklı göstermesi şartı aranmaktadır.

Temsilcinin tazminat sorumluluğunun üst sınırı, olumlu zararın (ifa menfaatlerinin) tamamını içermektedir. Olumlu zarar miktarı üst sınır olduğundan, hâkimin olumsuz zararı aşan, ancak olumsuz zarar ile olumlu zarar arasında bir miktara hükmedebilmesi mümkündür¹¹⁰.

Zararın giderilmesi kapsamında, temsilcinin kusurunun derecesinin¹¹¹, meydana gelen zararın miktarının ve tarafların mali durumlarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi¹¹² tarafından da, söz konusu hakkaniyet hükmünü hâkimin istediği gibi veremeyeceği, önemli görülen bütün durumların dikkate alınması gerektiği ve buna ilişkin takdir hakkını gerekçelendirmenin, olağan hükümlere göre daha çok önem arz ettiği, varılan neticenin hakkaniyete uygun olup olmadığı hususunun olayların hukuki değerlendirmesi sorunu mahiyetinde olduğu ve Federal Mahkeme tarafından denetlenebileceği belirtilmektedir¹¹³.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe¹¹⁴ göre, TBK m. 47 uyarınca üçüncü kişi olumsuz zararı veya olumlu zararı talep etmek bakımından seçimlik bir hakka sahiptir. Seçim hakkının yenilik doğuran haklardan olması nedeniyle de beyan edilen talepten geri dönme imkânı bulunmamaktadır¹¹⁵. Bu görüşe, haklı olarak

gerekir. BK.39 maddesine göre mümessil olarak imza edene icazetten sonra sarahaten veya zımnın imtina olunursa akdın sahih olmamasından, tahaddas eden zararın tazmini zımnında, mümessil sıfatını takınan kimse aleyhinde dava ikame olunur. Fakat bu kimse diğer tarafın salahiyeti bulunmadığına vakıf olduğu veya vakıf olması lazım geldiğini ispat ettiği takdirde davaya mahal yoktur...” Yargıtay 13 HD, 13428/1988, 27.02.2003 <www.corpus.com.tr> Erişim Tarihi 07 Haziran 2021.

¹⁰⁸ Keller ve Schöbi, 74-90; Esener, *Temsil*, 133; Helvacı ve Karasu, *a.g.m.*, 203; Nart, *Temsil*, 742.

¹⁰⁹ TMK m. 4'e göre, hâkimin somut olayın içerdiği tüm hususları, özellikle tarafların hâl ve şartlarını, aralarındaki menfaat uyumsuzluğunu dikkate alarak, pozitif hukukun temel ilkelerine, sistemine ve kanun koyucunun amacına uygun şekilde kanunu uygulaması gerekmektedir. Jale Akipek ve Turgut Akıntürk, *Türk Medenî Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (6. Bası, Beta 2007) 146; Hüseyin Altaş, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7)* (2. Baskı, Yetkin 2020).

¹¹⁰ Von Tuhr ve Peter, 403; Becker, Art. 39, N.7; Kutlu Sungurbey, 177; Eren, 515; Bu görüş, TBK m. 47/II'de yer alan, “diğer zararların” ifadesi ile olumlu zararların tazmin edilmesi düşüncesine dayanmaktadır. Kocayusufpaşaoğlu, 740.

¹¹¹ Violand, 184, n 199; Kocayusufpaşaoğlu, 739; Akyol, *Temsil*, 539; Karasu, 351.

¹¹² BGE 106 II 133.

¹¹³ Kutlu Sungurbey, 178.

¹¹⁴ Zäch ve Künzle, Art.39, N.60.

¹¹⁵ Doktrinde, yenilik doğuran hakların bir kere kullanıldıktan sonra geri alınamayacağı kuralının istisnalarının olduğu savunulmaktadır. Bu görüşe göre, yenilik doğuran bir

Usul Hukuku kuralları doğrultusunda, taleple bağlılık ilkesi çerçevesinde hâkimin TBK m. 47'nin uygulanabilirlik şartlarını göz önünde bulundurması suretiyle tazminat miktarını belirlemede takdir hakkına sahip olduğu ve söz konusu hükümde böyle bir seçimlik hak tanındığını söyleyebilme imkânının olmadığı gerekçesiyle karşı çıkılmaktadır¹¹⁶. Bununla birlikte, TBK m. 114/II'ye göre sözleşmeye aykırılık hâllerinde kıyasen uygulanan TBK m. 51/I hükmü uyarınca, tazminatın bir şekli olarak hâkimin temsil olunan adına taahhüt edilen edimin aynen ifasına karar verebilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bu şekilde verilen bir karar ise, pratik açısından sözleşme temsilci ile üçüncü kişi arasında kurulmuş gibi bir netice doğurmaktadır¹¹⁷. Ancak, aynen tazmin kararı verilmesi durumunda, edimin temsil olunanın kişilik özelliklerine hitap etmemesine¹¹⁸ ve yetkisiz temsilciden bunu yerine getirmesinin “beklenebilir veya istenebilir” olup olmadığına dikkat etmek gerekmektedir. Bununla birlikte, mümkün olduğunca böyle bir karar vermekten kaçınmanın daha isabetli olduğu değerlendirilmektedir¹¹⁹.

c. Yetkisiz Temsilcinin Sorumluluğunun Şartları

aa. Yetkisiz Temsilcinin Sözleşme Yapmış Olması

Türk Borçlar Kanunu m. 47'de öngörülen tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin, bir başkası adına ve hesabına davrandığını açıklayarak üçüncü kişi ile sözleşme yapmış olması gerekmektedir¹²⁰.

hakkın geri alınamayacağı ilkesinin temeli, muhatabın ya da bazı istisnai hâllerde üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunmasıdır. Ancak, bazı hâllerde bu kuralın doğrudan doğruya uygulanması, geri alınamama kuralının temelinde yatan düşünceyi ortadan kaldırmaktadır. Söz konusu kural, zamanla kavramsal ve mantıksal bir zorunluluğa dönüşmüş ve neredeyse bir dogma durumuna getirilmiştir. Bu nedenle, muhatabın, hukuk düzeninin ya da üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunmasına ihtiyaç olmayan durumlarda, karşılıklı anlaşmaya varılması ya da muhatabın da yenilik doğuran hakkın kullanılmasına itiraz etmesi, diğer bir ifadeyle hakkın kullanılmasını gerektirecek şartların oluşmadığının ileri sürülmesi hâlinde kullanılmış yenilik doğuran bir hakkın geri alınabilmesi mümkündür. Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2005) 443 vd.

¹¹⁶ Kocayusufoğlu, 741; Nart, *Temsil*, 743.

¹¹⁷ Von Tuhr ve Peter, 403; Bucher, 644; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 205; Kutlu Sungurbey, 179; Eren, 515; Yavuz, *El Kitabı*, 218; Alman Hukukunda ise, BGB m. 179'da, temsilcinin yetkisiz olduğunu bilerek hareket ettiği durumlarda, üçüncü kişinin aynen ifa talebinde bulunabileceği açıkça ifade edilmektedir.

¹¹⁸ Helvacı ve Karasu, *a.g.m.*, 204.

¹¹⁹ Kocayusufoğlu, 741; Akyol ise, yetkisiz temsilcinin ifa tazminatına hükmedilmesi ile ifaya hükmedilmesinin farklı müesseseler olduğunu, kaldı ki aynen ifaya mahkum edilmenin TBK m. 47'de öngörülmediğini, aynen ifanın yetkisiz temsilciye hukuki yaptırım uygulamak amacını ve hedefini aşan bir yol olduğunu belirtmektedir. Akyol, *Temsil*, 540.

¹²⁰ Akyol, *Temsil*, 519; Hukuk sistemimize göre, TBK m. 47'de öngörülen tazminat, ancak temsilci sıfatını takınan kişiden alınabilmektedir. Şahıs, temsilci sıfatını takınmamışsa, TBK m. 49 vd. uyarınca tazminata hükmedilebilir. İnan, 230.

bb. Onayın Reddi Nedeniyle Sözleşmenin Geçersiz Olması

Yetkisiz temsilcinin bahsi geçen tazminat sorumluluğu için aranan diğer bir husus, temsil olunanın onay vermeyi reddetmesi ve sözleşmenin bu nedenle geçersiz hâle gelmesidir. TBK m. 47’de, bu durum, “Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde” şeklinde ifade edilmektedir. Üçüncü kişinin temsil olunanın onay vermeyi reddettiği yönündeki hatalı düşüncesinin hukuki bir etkisi bulunmamaktadır¹²¹. Yetkisiz temsilcinin işleminde, onay eksikliği dışında irade bozukluğu veya şekle aykırılık, ehliyetsizlik, imkânsızlık, kanuna veya ahlâka aykırılık gibi başkaca bir geçersizlik sebebi olmamalıdır. Yapılan işlemin, sadece temsilcinin yetkisizliği nedeniyle geçersiz hâle gelmesi zorunludur¹²².

Onay, tamamlayıcı bir unsur olarak temsil yetkisi eksikliği nedeniyle askıda geçersiz olan işlemi yapıldığı andan itibaren geçerli hale getirmektedir. Temsil olunan onay beyanında bulunmuş olmasına rağmen işlem geçersiz olmaya devam ediyorsa, yetkisiz temsilcinin TBK m. 47’ye göre sorumluluğu doğmamaktadır. Aksi takdirde, böyle bir durum üçüncü şahıs bakımından temsil yetkisine dayanarak sözleşme yapılmasından daha elverişli bir hâl olurdu¹²³. Zira sözleşmenin geçersiz kurulmasına yol açan başkaca sebeplerin varlığı durumunda, yetki eksikliği ile üçüncü kişinin zararı arasındaki nedensellik bağı bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra, temsilcinin sorumluluğunun, sözleşmenin geçerli kurulması halinde üçüncü kişinin temsil olunandan alabileceği değerler ölçüsünde sınırlandırılması gerekmektedir¹²⁴.

Yetkisiz temsilci tarafından yapılan sözleşmenin geçerlilik kazanabilmesi için resmi bir makamın onayına ihtiyaç duyulmakta, ancak henüz bu onay verilmemiş ise bu durum yetkisiz temsilcinin tazminat sorumluluğunu engellemektedir. Buna karşılık, temsil olunanın ehliyetsiz olması, yetkisiz temsilcinin TBK 47 uyarınca sorumluluktan kurtulmasına bir sebep teşkil etmemektedir¹²⁵.

c.c. Üçüncü Kişinin İyiniyetli Olması

Üçüncü kişinin yetkisiz temsilciden tazminat talebinde bulunabilmesi için TMK m. 3 anlamında iyiniyetli olması gerekmektedir. Üçüncü kişi, hukuki işlem yapıldığı sırada temsil yetkisi eksikliğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa temsilcinin sorumluluğuna başvurulamamaktadır¹²⁶. Hukuki işlemin başkası adına temsilci sıfatıyla yapıldığının üçüncü kişiye bildirilmesi, zımnî de olsa temsil olunan tarafından temsil yetkisi verildiğinin açıklanması olarak kabul edilmektedir.

¹²¹ Akyol, *Temsil*, 520.

¹²² Zäch ve Künzle, Art. 39, N. 25; Kocayusufpaşaoğlu, 736; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 201.

¹²³ Akyol, *Temsil*, 521; Helvacı ve Karasu, *a.g.m.*, 200.

¹²⁴ Helvacı ve Karasu, *a.g.m.*, 200.

¹²⁵ Akyol, *Temsil*, 521.

¹²⁶ Yıldırım, 166; İnceoğlu, 454; Nart, *Temsil*, 737.

Alman Hukukunda BGB m. 179'da yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun doğabilmesi için gerçeğe aykırı olarak açıkça veya zımnen temsil yetkisine sahip olunduğunun ortaya konulması ve böylelikle karşı tarafta sözleşmenin geçerli şekilde kurulacağına dair haklı güven oluşturulması şartı aranmaktadır¹²⁷. Yetkisiz temsilci, muhatap üçüncü kişiye temsil yetkisi olduğuna dair bir tür garanti vermekte ve temsil yetkisinin varlığına dair bir güven oluşturmaktadır. Üçüncü kişinin yetkisiz temsilcinin bu husustaki sözlerine ve teminatına güvenmesi ise olağan bir hâl olarak kabul edilmektedir. Yetkisiz temsilcinin bu sorumluluğu, bir güven sorumluluğudur. Üçüncü kişinin güveni, iyiniyetli olması hâlinde korunmaya değer görülmektedir¹²⁸. Üçüncü kişi, sözleşmenin geçerli olarak hüküm ve sonuç doğuracağına haklı olarak güvenmiş, fakat bu güveni ihlâl edilmiştir¹²⁹. Bu husus, TBK m. 47/I'de, "... Ancak yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez." şeklinde ifade edilmektedir. Buna göre, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gerekmesi, yani ihmali davranış nedeniyle bilmemesi, bu eksikliği bilme ile eşit sonuca bağlanmaktadır. Böyle bir durumda, üçüncü kişinin temsilciden tazminat talep etme hakkı bulunmamaktadır. Özellikle, temsilcinin yetkisinin bulunmadığını gösterir hâllere dikkat edilmemesi ihmal niteliğinde sayılmaktadır¹³⁰. Kural olarak üçüncü kişi, temsil yetkisinin varlığını ve kapsamını araştırmakla yükümlü değilse de, temsil yetkisi eksikliği somut olayın özelliğine göre anlaşılabilirliği takdirde üçüncü kişinin temsil yetkisinin olup olmadığını araştırması gerekmektedir¹³¹. Aksi hâlde, araştırma yükümlülüğünü yerine getirmeyen üçüncü kişi iyiniyet iddiasında bulunamayacaktır.

Üçüncü kişi, temsil yetkisi eksikliğini genel olarak temsilcinin bizzat kendisinin yapacağı açıklama ile öğrenmektedir. Ancak, yetkisiz temsilci dışında başka bir şekilde yetki eksikliğini öğrenmesi de mümkün olabilmektedir¹³². TBK m. 47'nin uygulanması açısından bu bakımdan bir farklılık bulunmamaktadır. İyiniyetin, işlemin yapıldığı anda var olması gerekmektedir. İşlem yapıldıktan sonra, temsilcinin yetkisiz olduğunun öğrenilmesinin tazminat sorumluluğuna etkisi bulunmamaktadır¹³³.

¹²⁷ Helvacı ve Karasu, *a.g.m.*, 200.

¹²⁸ Akyol, *Temsil*, 526-527.

¹²⁹ Demircioğlu, 209.

¹³⁰ Kutlu Sungurbey, 174

¹³¹ Oser ve Schöenberger, Art. 39, N.15; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 208; Söz konusu işlemin temsil olunan aleyhine olduğu üçüncü kişi tarafından anlaşılabilir ya da anlaşılabilir nitelikte olsa bile, bu durum iyiniyeti ortadan kaldırmamaktadır. Üçüncü kişi, bu hususu araştırmak zorunda değildir. Önemli olan şüpheli durumların göz önünde bulundurulmasıdır. Nart, *Temsil*, 665.

¹³² Kutlu Sungurbey, 174; Akyol, *Temsil*, 542; İnceoğlu, 455.

¹³³ Violand, 150; Zäch ve Künzle, Art. 39, N. 18; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 207.



Alman Medeni Kanunu § 179/3'te, hem kusurlu hem de kusursuz yetkisiz temsilciyi kapsayacak şekilde, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğinin bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda yetkisiz temsilcinin sorumlu olmayacağı açık bir düzenleme ile ifade edilmektedir. İsviçre-Türk Borçlar Kanununda ise bu şekilde açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Türk Borçlar Kanunu m. 47/I, c. 2'de, üçüncü kişinin iyiniyeti bakımından, yetkisiz temsilcinin kusurlu olup olmaması yönünden bir ayırım yapılmamaktadır. Tazminat hakkını mutlak şekilde kaldıran bu hükmün yetkisiz temsilcinin kusurlu olması durumunda uygulanabilirliği, doktrinde tartışmalara neden olmuştur.

Bir görüşe¹³⁴ göre, yetkisiz temsilcinin kusurlu olması hâlinde, bu kurala iki durumda istisna tanınması gerekmektedir. Buna göre, ilk istisna Eski Roma-Pandekt Hukukundan bu yana kökleşmiş olan, zarar verenin kastı karşısında zarar görenin ihmâli göz önünde tutulmaz ilkesi uyarınca¹³⁵, temsil yetkisi eksikliğini bilerek kasten hareket eden yetkisiz temsilcinin, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gerektiğini, yani ihmâlini ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. İkinci istisna kapsamında ise, üçüncü kişi temsil yetkisinin eksikliğini bildiği takdirde, Alman Medeni Kanunu § 179/3'e göre zararının karşılanmasını talep edememekle birlikte Alman Federal Mahkemesince uygulanan yetkisiz temsilci üçüncü kişide özel bir güven oluşturmuşsa, ona karşı culpa in contrahendo ilkesi kapsamında sorumlu olması gerekliliğinin İsviçre-Türk Hukukunda da uygulanmasının daha yerinde olacağı savunulmaktadır. Ayrıca, kusurlu yetkisiz temsilci, sözleşme kurulduktan sonra üçüncü kişinin zararın meydana gelmesine veya artmasına birlikte sebebiyet verdiğini ispat etmiş ise TBK m. 52'deki genel kural uyarınca tazminatın indirilmesinin ya da tamamen kaldırılmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir¹³⁶.

Diğer görüş¹³⁷ ise, TBK m. 47/I, c.2'ye dayanarak kusurlu yetkisiz temsilciden zararın giderilmesini talep edemeyen üçüncü kişinin, ahlâka aykırı davranış nedeniyle zarara uğradığı iddiasında bulunabileceğini ileri sürmektedir. Bu

¹³⁴ Kutlu Sungurbey, 182-183.

¹³⁵ Bu ilke, zimmetine para geçiren bir veznedarın, meydana gelen zararın, zararın görenin denetimi gereği gibi yapmamasından kaynaklandığını savunamaz, ya da bir hırsız, eşyası çalınan kişinin evinin kapısını kilitlemeyi ihmal ettiği gerekçesiyle sorumluluktan kurtulamaz şeklinde örneklerle açıklanmaktadır. Kutlu Sungurbey, 182; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 211.

¹³⁶ Kutlu Sungurbey, 183; İsviçre Federal Mahkemesi, üçüncü kişinin dikkatsizliğinin temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldırmasının, kanunun ifade şekli ile örtüştüğünü, ancak birlikte kusurun bir indirim sebebi teşkil eden ve sadece nedensellik bağı ortadan kaldıracak yoğunlukta olması durumunda sorumsuzluğa yol açan İBK. m. 44 ve İBK. m.99/III sistemi ile çeliştiğine karar vermiştir. BGE 116 II 689 (Helvacı ve Karasu, *a.g.m.*, 207).

¹³⁷ Zäch ve Künzle, Art. 39, N. 20.

görüŖü savunan yazarlar, hafif kusurlu üçüncü kiŖinin, kasıtlı hareket eden yetkisiz temsilci karŖısında korumasız olmadığını belirtmektedirler. Üçüncü kiŖinin, TBK m. 49¹³⁸ kapsamında, yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna başvurabilme hakkı bulunmaktadır¹³⁹.

İsviçre doktrinde son zamanlarda daha çok benimsenen ve Federal Mahkemece¹⁴⁰ de kabul gören görüşe¹⁴¹ göre ise, TBK m. 47/I, c.2'nin sadece kusursuz temsilcinin tazminat sorumluluğundan kurtulma imkânı sağlamaktadır. Temsil yetkisi eksikliğini bilmemekte ihmali olan üçüncü kiŖilerin tazminat talepleri yönünden, kusurlu temsilci hakkında uygulanması mümkün olmamakta ve zararı giderilmesi gerekmektedir. Özellikle, üçüncü kiŖinin hafif kusuru nedeniyle temsil yetkisi eksikliğini fark edemediği, temsilcinin ise kast ya da ağır ihmalinin bulunduğu hâllerde, üçüncü kiŖinin TBK m. 52'nin kıyas yoluyla uygulanması neticesinde indirilmiş bir tazminat kazanabileceği ileri sürülmektedir.

Türk Hukukunda İsviçre doktrininin söz konusu görüşüne yakın bir düşünce¹⁴² tarafından ise yetkisiz temsilcinin kasıtlı veya ağır ihmalinin olduğu durumlarda, hafif ihmali bulunan üçüncü kiŖiye karŖı sorumluluğunun olacağı ileri sürülmektedir¹⁴³. Buna göre, sadece yetki eksikliğini bilmesine rağmen temsilci ile sözleşme kuran üçüncü kiŖi, meydana gelebilecek zararları öngörmüş ve kabul etmiş sayılmaktadır. Bununla birlikte, yetki eksikliğini bilmemekte ihmali olan üçüncü kiŖinin doğabilecek tüm zararlara rıza gösterdiğinin kabulü mümkün değildir.

İsviçre-Türk doktrinine hakim¹⁴⁴ olan ve bizim de katıldığımız görüş, Alman Hukukunda olduğu gibi yetkisiz temsilcinin kusurlu veya kusursuz olması fark etmeksizin, üçüncü kiŖinin temsil yetkisi eksikliğini bildiğinin veya bilmesi gerektiğinin ispatlanması halinde sorumluluktan kurtulma imkânı tanımadır. Söz konusu hükmün yetkisiz temsilcinin kusursuz sorumluluğuna ilişkin TBK

¹³⁸ TBK m. 49, "Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür (1). Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür (2)" hükmünü içermektedir.

¹³⁹ Helvacı ve Karasu, *a.g.m.*, 208.

¹⁴⁰ BGE 116.II.689 (KocayusufpaŖaoğlu, 743, n 72'den naklen).

¹⁴¹ Peter Loser, *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht* (Bern 2006) 588.

¹⁴² KocayusufpaŖaoğlu, 744-745.

¹⁴³ Aynı doğrultuda bkz. Antalya, 649. Sadece karŖı tarafın ağır kusuru nedeniyle TBK m. 52/I hükmü uyarınca tazminattan indirim sebebi gerçekleşmektedir.

¹⁴⁴ Violand, 186; Von Tuhr ve Peter, 403-404; Bucher, 644; Kutlu Sungurbey, 181; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 205; Eren, 516; Günergök ve Kayıhan, 190; Üçüncü kiŖinin, temsil yetkisi eksikliğini bilmesine rağmen sözde temsilci ile sözleşme kurması, temeli TMK m. 2'deki dürüstlük kuralına dayanan çeliŖki yasağına aykırılık oluşturmaktadır. Ŗener Akyol, *Medeni Hukukta ÇeliŖki Yasağı* (Vedat 2007) 33-50.



m. 47/I'de düzenlenmesi, bu hükmün kıyas yoluyla yetkisiz temsilcinin kusurlu sorumluluğu hakkındaki TBK m. 47/II için uygulanmasına engel değildir. Her iki durumda da, üçüncü kişi temsil yetkisi eksikliğini biliyor ya da bilmesi gerekiyor ise temsil olunanın sözleşmeye onay vermeme ihtimalini göze almış demektir. Dolayısıyla, yetkisiz temsilciye karşı haklı güven duymasını gerektirecek bir hâl bulunmadığından, bundan doğacak zararları da kabul etmiş sayılmaktadır¹⁴⁵. Bahsi geçen hükmün bu şekilde uygulanması, amaca ve hakkaniyetin gereklerine daha uygun düşmektedir. Böylelikle, yetkisiz temsilci ister kusurlu ister kusursuz olsun, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederek kendisinden tazminat talebinde bulunulmasını engelleyebilme hakkına sahiptir.

Bununla birlikte, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi, tazminat sorumluluğunu tümüyle ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilmemektedir. Nitekim temsilcinin olumsuz zararı aşan zararlardan sorumlu olabilmesi için somut olay adaletinin bunu gerektirmesi ve temsilcinin kusurlu olması şartı aranmaktadır (TBK m. 47/II). Tazminat miktarının belirlenmesinde ise, her iki tarafın kusur derecesi önem arz etmektedir (TBK m. 52)¹⁴⁶. Diğer taraftan, yetkisiz temsilci üçüncü kişide özel bir güven yaratmışsa, culpa in contrahendo ilkesi kapsamında sorumlu olması gerekmektedir¹⁴⁷.

C. Yetkisiz Temsilcinin Culpa In Contrahendo Sorumluluğunun Sonuçları

İsviçre ve Türk Hukukunda, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun hukuki dayanağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Buna göre, söz konusu sorumluluğa, haksız fiil kurallarının uygulanması gerektiği¹⁴⁸ savunulmuş ise de, bu konudaki hakim görüş¹⁴⁹ sözleşmeden doğan borca aykırılığa ilişkin

¹⁴⁵ Kutlu Sungurbey, 181; Kocayusufpaşaoğlu, 742; İnceoğlu, 457; Aynı doğrultuda, Akyol, *Temsil*, 542.

¹⁴⁶ Zäch ve Künzle, Art. 39, N. 62; Kocayusufpaşaoğlu, 745; İnceoğlu, 481.

¹⁴⁷ Zäch ve Künzle, Art. 32, N. 154; İnceoğlu, 482.

¹⁴⁸ Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun hukuki dayanağının haksız fiilden kaynaklandığını ileri süren görüş için bkz. Oser ve Schönenberger, Art. 39, N. 7.

¹⁴⁹ Von Tuhr ve Peter, 404; Kutlu Sungurbey, 117; Turhan Esener, *Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği* (Ankara 1969) 283 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 205; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 108 vd.; Eren, 515; Oğuzman ve Öz, 259; İlhan Ulusan, 'Culpa in Contrahendo Üstüne', *Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, Cilt I* (İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları 1982) 275, 300 vd.; Federal Mahkeme tarafından da yetkisiz temsilcinin söz konusu sorumluluğu sözleşme benzeri bir sorumluluk olduğu kabul edilmektedir. Bkz. BGE 58 II 429; "Uyuşmazlığın sözleşme öncesi sorumluluğa (culpa in contrahendo) ilişkin bulunmasına ve dolayısıyla Borçlar Kanunundaki sözleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanacak olmasına göre..." Yargıtay 4 HD, 13920/9371, 05.06.2014 <www.corpus.com.tr> Erişim Tarihi 25 Mart 2020;

hükümlerin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.

Bu kapsamda olmak üzere, sorumluluğu haksız fiile ya da sözleşmeden doğan borca aykırılığa dayandıran görüşlerin pratik sonuçları birbirinden farklılık göstermektedir¹⁵⁰.

1. Sınırlı Ehliyetsizlerin Sorumluluğu Yönünden

Haksız fiil kurallarının uygulanması gerektiğinin kabulü durumunda, yasal temsilcinin rızası bulunmasa bile sınırlı ehliyetsizler, diğer bir deyişle ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, haksız fiillerinden sorumlu tutulmaktadır (TMK m. 16/II)¹⁵¹.

Sorumluluğun dayanağının sözleşmeden doğan borca aykırılık kuralları olduğunun kabulü hâlinde ise, sınırlı ehliyetsiz kişilerin, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça sorumluluk altına giremeyecekleri kabul edildiğinden (TMK m. 16/I), sözleşmeden dolayı haklarında herhangi bir borç doğmamaktadır¹⁵². Diğer bir deyişle, sınırlı ehliyetsiz kimselerin TBK m. 47/I anlamında sorumlulukları bulunmamaktadır. Zira TMK m. 16/I'in hem sözleşmelerde hem de sözleşme müzakereleri sırasında doğan ve aykırı davranılması halinde culpa in contrahendo sorumluluğunu doğuran kanundan kaynaklanan davranış yükümlülüklerinde uygulanmaktadır¹⁵³.

Borçlar Hukukunda, temsil kavramı ile kural olarak doğrudan temsil ifade edilmektedir¹⁵⁴. Doğrudan temsilde, temsilci kendisine verilen temsil

“... taraflar arasında bir hukuki ilişki söz konusu olduğunda, bunun ihlalinin haksız fiil olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü haksız fiilde, zarar verici davranışın işlendiği aşamada taraflar arasında daha önce kurulmuş bir hukuki ilişki yoktur. Bu sebeple sözleşme görüşmelerindeki bir yüküm ihlali haksız fiil olarak nitelendirilemez. Sözleşme görüşmeleri ile ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlaline kıyasen sözleşme hükümlerinin uygulanması daha uygun olacaktır...” Yargıtay 13 HD, 10155/19267, 11.06.2015 <www.uyap.gov.tr> Erişim Tarihi 16 Ağustos 2020; “...Doktrinde ‘culpa in contrahendo’ olarak adlandırılan sözleşme öncesi sorumluluğun tazminat talebine dayanak yapılabileceği ilmi ve kazai içtihatlarla kabul edilmiştir. O halde mahkemece bu yönler üzerinde durulup tartışılarak davacının, talep edebileceği tazminat yönünden birlikişi incelemesi de yaptırılmak suretiyle deliller hep birlikte değerlendirilerek uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...” Yargıtay 19 HD, 3343/7978, 20.09.2007 <www.corpus.com.tr> Erişim Tarihi 25 Mart 2020.

¹⁵⁰ Kutlu Sungurbey, 125; Arıkan, *a.g.m.*, 80.

¹⁵¹ Violand, 170-171; Kutlu Sungurbey, 125.

¹⁵² Ergüne, *Ohumsuz Zarar*, 140; Kutlu Sungurbey, 125; Mustafa Dural ve Tufan Ögüt, *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler*, (21. Baskı, Filiz 2020) 94; Kanuni temsilcinin rızasının olmadığı durumlarda bile sınırlı ehliyetsiz kişinin böyle bir sorumluluğunun doğmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Zäch ve Künzle, Art. 39, N.37.

¹⁵³ Süleyman Yalman, *Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk* (Seçkin 2006) 116; Serozan, *a.g.m.*, 122, n 35a.

¹⁵⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 167; Kocayusufpaşaoğlu, 634; Antalya, 590; Yıldırım, 156; Cihan, 8.



yetkisine dayanarak temsil olunan adına ve hesabına üçüncü kişi ile hukuki işlem yapmaktadır¹⁵⁵. Temsilci, yapılan bu işlem nedeniyle herhangi bir hak kazanmadığı gibi borçlardan da sorumluluğu bulunmamaktadır¹⁵⁶. Temsilcinin yaptığı işlemler, kendisini borç altına sokmadığı için kural olarak tam fiil ehliyetine sahip olması gerekmemekte, ayırtım gücünün bulunması yeterli kabul edilmektedir¹⁵⁷. Bu bakımdan, sınırlı ehliyetsiz bir kişinin yasal temsilcinin rızasına gerek olmaksızın temsilci sıfatıyla temsil olunan adına hukuki işlem yapabilmesi mümkündür¹⁵⁸.

Alman Medeni Kanunu § 179/3'te, sözleşme kurulurken yasal temsilcisinin onayı bulunmayan sınırlı ehliyetsiz temsilcinin sorumlu tutulamayacağı açıkça düzenlenmektedir. Ancak, sınırlı ehliyetsiz yetkisiz temsilcinin kasıtlı olarak temsil yetkisinin bulunduğu hususunda üçüncü kişiyi yanıltması haksız fiil sayıldığından, yasal temsilcisinin rızası olmasa bile sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Nitekim TMK m. 452/II uyarınca da, vesayet altındaki kişinin fiil ehliyetine sahip olduğu yönünde karşı tarafı aldatması hâlinde, onun bu nedenle uğradığı zararı gidermesi gerekmektedir¹⁵⁹.

Buna karşılık, bir görüşe göre¹⁶⁰ yetkisiz temsilcinin culpa in contrahendo ilkesine dayanan özen borcu hukuki işlemde değil, doğrudan kanundan doğması nedeniyle, bu kuralın kapsamına dâhil olmadığı ileri sürülmekte ve ortaya çıkan bu pratik sonuç eleştirilmektedir.

Sınırlı ehliyetsiz olan yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, sözleşmeden kaynaklanmamakla birlikte, burada sözleşme benzeri bir durum bulunmaktadır¹⁶¹. Bu sebeple, Alman Medeni Kanunu § 179/3'te ifade edildiği gibi yasal temsilcinin sözleşme görüşmelerine izin vermesi durumunda, sınırlı ehliyetsizin sorumlu tutulması gerekmektedir¹⁶².

¹⁵⁵ Akyol, *Temsil*, 151; Eren, 480; Kutlu Sungurbey, 9; Kılıçoğlu, 311.

¹⁵⁶ Turgut Uygur, *Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Birinci Cilt, Giriş ve Madde 1-40* (2. Bası, Seçkin 2003) 1204; Hasan Karakılıç, *Borçlar Hukuku Genel Hükmeler Ders Notları* (2. Baskıdan Tıpkı Baskı, Onikilevha 2019) 105.

¹⁵⁷ Bu husus, Alman Medeni Kanununda (BGB § 165) açıkça düzenlenmektedir. Türk Hukuku bakımından ise TMK m. 16'nın yorumuna dayandırılmaktadır. Oğuzman ve Öz, 254.

¹⁵⁸ Eren, 506; Oğuzman ve Öz, 254; Akipek ve Akıntürk, 325.

¹⁵⁹ Kutlu Sungurbey, 125.

¹⁶⁰ Anex, 34 vd. (Kutlu Sungurbey, 126, n 76'dan naklen).

¹⁶¹ Von Tuhr ve Peter, 404

¹⁶² Rainer Gonzenbach, *Culpa in Contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht* (Bern 1987) 181; Kutlu Sungurbey, 126; Bir başka görüşe göre ise, burada sözleşme benzeri bir sorumluluk bulunmamaktadır. Buna göre, yetkisiz temsilci temsil yetkisi olmamasına rağmen kendisini yetkili olarak göstermesi nedeniyle sorumlu tutulmaktadır. Burada, genel bir davranış yükümlülüğüne aykırılık hâli mevcuttur. Sınırlı ehliyetsiz yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun sözleşme benzeri bir sorumluluk olarak nitelendirilmesi de TMK m.16'nın uygulanmasını gerektirmemektedir. Söz konusu sorumluluk için tam fiil ehliyetinin aranması doğru değildir. Alfred Koller, *Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht* (2. Auflage, Freiburg 1985) 394 vd.

2. İspat Yükümlülüğü Yönünden

Haksız fiil kuramına göre, kusurlu davranışı ispat yükü zarar görene ait bulunmaktadır¹⁶³. Buna karşılık, sözleşmeden doğan borca aykırı davranıştan kaynaklanan sorumlulukta, TBK m. 112 uyarınca borçlu kendisinin kusursuz olduğunu ispat etmedikçe, bundan doğan zarardan sorumlu tutulmaktadır. Yetkisiz temsil bakımından da, temsilcinin kusursuz olduğunu, diğer bir deyişle üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmesi hâlinde, olumsuz veya olumlu zarar tazmininden kurtulabilmektedir (TBK m. 47/I). Aksi takdirde, kusurlu sayılmakta ve TBK m. 47/II'ye göre daha ağır sorumluluk kuralına tabi tutulmaktadır¹⁶⁴.

3. Zamanaşımı Yönünden

Culpa in contrahendo sorumluluğunun dayanağının haksız fiil olduğunun kabulü hâlinde, yetkisiz temsilciye karşı açılacak davada, zarar görenin zararı ve sorumlu kişiyi öğrendiği tarihten başlayarak iki yıllık kısa zamanaşımı süresi uygulama alanı bulmaktadır (TBK m. 72/I).

Buna karşılık, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun sözleşmeden doğan borca aykırılık hükümlerinden doğduğu kabul edildiğinde, Kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, 10 yıllık genel zamanaşımı süresine ilişkin düzenlemenin uygulanması gerekmektedir (TBK m. 146)¹⁶⁵.

SONUÇ

Temsil yetkisi, temsilcinin temsil olunan adına ve hesabına hukuki işlem yapabilmesini sağlamaktadır. Bu yetki, kanundan veya ilgili kişinin iradesinden doğmaktadır. Temsil olunan adına ve hesabına hareket eden kişi temsil yetkisine sahip değilse yetkisiz temsil hali meydana gelmektedir.

Yetkisiz temsil farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Yetkisiz temsil, temsil olunanın temsilciye hiçbir yetki vermemesinden, yetki sınırının aşılmasından veya temsil yetkisinin sona ermiş olmasından kaynaklanabilmektedir. Bu sayılanlar dışında, temsil yetkisinin geçersizliği de yetkisiz temsile neden olmaktadır. Yine, temsil olunanın talimatına aykırı davranılması da yetkisiz temsili meydana getirmektedir. Hangi nedenden kaynaklanmış olursa olsun, temsil olunanın iradesini yansıtmayan ve iyi niyetin korunmadığı her hâlde yetkisiz temsil söz konusu olmaktadır.

Yetkisiz temsilcinin işlemi, kural olarak temsil olunan hakkında hukuken bağlayıcı herhangi bir sonuç doğurmamaktadır (TBK m. 46/I). Temsil olunan onaya ilişkin beyanda bulununcaya kadar işlem askıda geçersiz kabul edilmektedir. Temsil olunan onay verdiği takdirde yapılan işlem geçerli hale gelmekte, onay vermeyi reddetmesi durumunda ise askıda geçersizlik kesin geçersizliğe dönüşmektedir.



Temsil olunan, onay verinceye kadar belirli bir zaman geçebilmektedir. Onay işlemi, her ne kadar yetkisiz temsilcinin işlemini geçerli hale getirmekte ise de, üçüncü kişi bu zaman aralığındaki gecikme nedeniyle bir zarara uğramış ise, culpa in contrahendo esasına dayalı olarak bunu yetkisiz temsilciden talep edebilmektedir. Onayın gecikmeli olarak verilmesi ile üçüncü kişinin zararı arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Ayrıca, burada yetkisiz temsilcinin kusurundan kaynaklı bir zarar doğmaktadır.

Üçüncü kişi, temsil olunanın onay vermemesi nedeniyle geçersiz kalan sözleşme dolayısıyla uğradığı olumsuz zararını, yetkisiz temsilciden talep edebilmektedir (TBK m. 47/I). Bu durum, culpa in contrahendo esasına dayanan bir sorumluluk hâlini oluşturmaktadır. Ancak, diğer culpa in contrahendo sorumluluk hâllerinden farklı olarak, burada kural olarak kusursuz sorumluluk hâli kabul edilmektedir. Yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi arasındaki güven ilişkisinden TMK m. 2’de hüküm altına alınan dürüstlük kuralı gereğince, karşı tarafın menfaatini belli bir ölçüde koruma, bu kapsamda bildirim, aydınlatma (boş yere güven duygusu yaratmama) gibi bazı özen yükümlülükleri doğmaktadır. Özellikle, temsil yetkisinin bulunmadığına ilişkin bilgi vererek üçüncü kişiyi bu konuda aydınlatmakla ve böylelikle üçüncü kişide boş yere güven sağlamaması gerekmektedir. Söz konusu davranış yükümlülüklerine aykırı davranmak, sözleşmeden doğan borca aykırılığa benzemektedir. Bu sebeple, sözleşmenin kurulması aşamasında bu davranış yükümlülüklerine aykırı hareket edilmesi hâlinde, sözleşmeden doğan borca aykırılık kuralları kıyasen uygulanmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu m. 47/I, c. 2 gereğince yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ettiği takdirde sorumluluk söz konusu olmamaktadır. Üçüncü kişinin yetkisiz temsilciden tazminat talebinde bulunabilmesi için TMK m. 3 anlamında iyiniyetli olması gerekmektedir.

Türk Borçlar Kanunu m. 47/II uyarınca, iki şartın birlikte olması durumunda, yetkisiz temsilcinin sorumluluğu olumsuz zarar miktarını aşabilmektedir. Buna göre, yetkisiz temsilci kusurlu ise, diğer bir ifadeyle sözleşme kurulduğu anda temsil yetkisinin olmadığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ve hakkaniyetin, somut olay adaletinin, bunu haklı kılması halinde temsilcinin sorumluluğu daha ağır olabilmektedir. Temsilcinin tazminat sorumluluğunun üst sınırı, olumlu zararın tamamını içermektedir.

Yetkisiz temsilciye sorumluluktan kurtulma imkânı tanıyan TBK m. 47/I, c. 2 hükmünün, yetkisiz temsilcinin kusursuz sorumluluğuna ilişkin kısımda (TBK m. 47/I) düzenlenmesi, bu hükmün kıyas yoluyla kusurlu sorumluluğu hakkındaki TBK m. 47/II durumunda uygulanmasına engel değildir. Her

iki durumda da, üçüncü kişi temsil yetkisi eksikliğini biliyor ya da bilmesi gerekiyor ise temsil olunanın sözleşmeye onay vermeme riskini göze almış demektir. Ancak, üçüncü kişinin kötü niyetinin ispatı tek başına kusurlu yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Hakkaniyet ilkesi gözetilerek her iki tarafın kusur derecesine göre tazminat miktarı belirlenmektedir (TBK m. 52).

Yetkisiz temsilcinin culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki dayanağının sözleşmeden doğan borca aykırılığa ilişkin hükümlere tabi tutulması, bazı sonuçları beraberinde getirmektedir. Buna göre, sınırlı ehliyetsiz kişilerin yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça (TMK m. 16/I) sorumluluk altına giremeyecekleri kabul edildiğinden, yetkisiz temsil nedeniyle haklarında herhangi bir borç doğması da mümkün olmamaktadır. Yine, TBK m. 112 uyarınca borçlunun, yetkisiz temsilcinin, tazminat sorumluluğundan kurtulabilmesi için karşı tarafın kötü niyetini ispat etmesi gerekmekte ve söz konusu sorumluluk TBK m. 146'ya göre 10 yıllık genel zamanaşımı süresine tabi tutulmaktadır.

KAYNAKÇA

Akcan R, '*İcra Hukukunda Temsil*', (1999) 7 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21-62 <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi 29 Ocak 2020.

Akıntürk T ve Ateş D, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri* (29. Bası, Beta 2020).

Akıpek J ve Akıntürk T, *Türk Medenî Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (6. Bası, Beta 2007).

Akyol Ş, *Türk Medeni Hukukunda Temsil* (Vedat 2009), (Kısaltılmışı: Akyol, *Temsil*).

Akyol Ş, '*Birlikte Temsil*', *Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan*, 95-104 (Seçkin 2009), (Kısaltılmışı: Akyol, *Birlikte Temsil*).

Akyol Ş, *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı* (Vedat 2007).

Akyol Ş, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı* (2. Bası, Vedat 2006), (Kısaltılmışı: Akyol, *Dürüstlük Kuralı*)

Altaş H, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7)* (2. Baskı, Yetkin 2020).

Altın FZ, '*Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Güven Sorumluluğuna İlişkin BGE 130 III No.lu Federal Mahkeme Kararının İncelenmesi*' (2011) 17 (1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 473-496 <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi 05 Ocak 2021.

Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,1, Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri* (Seçkin 2019).



Aral F ve Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (13. Baskı, Yetkin 2020).

Arıkan M, '*Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*' (2009) 17 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 69-89 <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi 05 Haziran 2021.

Ateş D, '*Sözleşme İlişkilerinin Kurulmasında ve Borç İlişkilerinde Üçüncü Kişi*' (2020) (151) TBB Dergisi, 329-359 <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr>> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2021.

Bahtiyar M, '*Bir Yetki Belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Son Bulması*', *Makaleler I*, 23-42 (Beta 2008).

Başpınar V, *Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu* (Yetkin 2004).

Becker H, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Obligationenrecht, II. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen* (2. Auflage, Bern 1941).

Belgesay MR, *Hukukî Muamelelerde Temsil* (Koşkun Matbaası 1941).

Berki Ş, '*Türk Borçlar Kanununda Temsil*' (1975) 8 (1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 15-32 <www.jurix.com.tr/article/6467> Erişim Tarihi 29 Mart 2018.

Bucher E, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht* (2. Auflage, Zürich 1988).

Bulut U, '*Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi*' (2012) (2) Ankara Barosu Dergisi, 323-345 <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

Buz V, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme* (Yetkin 2014), (Kısaltılmışı: Buz, *Sözleşmeden Dönme*)

Buz V, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2005).

Cansel E ve Özel Ç, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1* (Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin 2017).

Cihan, AH, '*Temsilci Bakımından İrade Sakatlıklarının Özellikleri*' (2016) 6 (2) Hacettepe HFD, 169-180 <www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr> Erişim Tarihi 29 Ocak 2020.

Cihan H, *Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi* (1. Baskı, Beta 2011).

Crezelius G, *Culpa in contrahendo des Vertreters ohne Vertretungsmacht* (Juristische Schulung 1977, 17. Jahrgang).

Demir B, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Doğrudan Temsil Müessesesi' (2015) 6 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 249-278 <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi 26 Mart 2018.

Demircioğlu, HR, *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*(Yetkin 2009).

Dural M ve Öğüz T, *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler* (21.Baskı, Filiz 2020).

Emini ME, 'Hak Kavramı' (2004) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 203, 206 <<http://dergisosyalbil.selcuk.edu.tr>> Erişim Tarihi 18 Ağustos 2021.

Erbek Odabaşı Ö, 'Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması' (2020) İzmir Barosu Dergisi, 61-155 <<https://www.izmirbarosu.org.tr>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin 2019).

Erdoğan İ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4. Baskı, Gazi 2019).

Ergün H, 'Türk Borçlar Hukukunda Yetkisiz Temsil Halleri ve Sonuçları' (2016) XI (I) ERÜHFD, 271-289 <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi 31 Mayıs 2021.

Esener T, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyile Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil* (Ajans Türk Matbaası 1961), (Kısaltılmışı: Esener, *Temsil*).

Esener T, *Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği* (Ankara 1969), (Kısaltılmışı: Esener, *Borçlar Hukuku*).

Ergüne MS, *Olumsuz Zarar* (Beta 2008), (Kısaltılmışı: Ergüne, *Olumsuz Zarar*).

Ergüne MS, 'Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini', *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I*, 907-926 (On İki Levha 2010).

Gülerci AF ve Kılınç A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin 2011).

Günergök Ö ve Kayıhan Ş, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)* (Umuttepe 2020).

Güral (Akipek) J, *Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi* (A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları 1953).

Gonzenbach R, *Culpa in Contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht* (Bern 1987).



Görener A, 'Culpa in Contrahendo Sorumluluğu', (2019) 18 (36) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 67-80 <<http://acikerisim.ticaret.edu.tr>> Erişim Tarihi 03 Haziran 2021.

Helvacı S ve Karasu B, 'Yetkisiz Temsilcinin Hukuki Sorumluluğu' (2018) 24 (I) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 197-214 <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi: 07 Haziran 2021.

İnan AN, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (3. Bası, Sevinç 1979).

İnceoğlu MM, *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil* (On İki Levha 2009).

Kalkan Oğuztürk B, *Güven Sorumluluğu* (Vedat 2008).

Karahasan MR, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat, C.I* (Beta 2003).

Karakılıç H, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları* (2. Baskıdan Tıpkı Baskı, Onikilevha 2019).

Karasu B, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Doğrudan ve Dolaylı Temsil* (onikilevha 2018)

Keller M ve Schöbi C, *Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht* (3. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988).

Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Bası, Turhan 2018).

Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme* (7. Bası, Filiz 2017).

Koller A, *Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht* (2. Auflage, Freiburg 1985).

Köse M, 'Mukayeseli Hukukta Yetkisiz Temsil' (2008) 8 (4) Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, 89-100 <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi 13 Mart 2018.

Kutlu Sungurbey A, *Yetkisiz Temsil* (İstanbul 1988).

Larenz K, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage* (C.H. Beck 1987).

Loser P, *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht* (Bern 2006).

Nart S, 'Temsil', iç Öz T, Acar F, Gökyayla E ve Develioğlu HM (edr), İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu Cilt-1 (Madde 1-82) (Vedat 2019).

Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Beta 2020).

Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1* (18. Bası, Vedat 2020).

Olgaç S, *Kazaî ve İlmî İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt-1, Genel Hükümler (Madde 1-60)* (Olgaç Matbaası 1976).

Oser H ve Schönenberger W, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V:*

Obligationenrecht, I. Halbband: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183) (2. Auflage, Zürich 1929).

Öz MT, *İş Sahinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi* (Aristo 1989).

Schwarz AB, *Borçlar Hukuku Dersleri*, Çeviren: Davran, Bülent, I. Cilt (Kardeşler Basımevi 1948).

Serozan R, 'Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi' (1968) 2 (3), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 108-129. <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz 1993).

Tiftik M ve Şen E, 'Yetkisiz Temsilde Culpa In Contrahendo Sorumluluğu' (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2643-2664 <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi: 02 Temmuz 2021.

Uluslan İ, 'Culpa in Contrahendo Üstüne', Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, Cilt I, 275-319 (İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları 1982).

Uygun T, *Açıklamalı-İctihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Birinci Cilt, Giriş ve Madde 1-40* (2. Bası, Seçkin 2003).

Watter R ve Schneller Y, *Basler Kommentar (Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand), Obligationenrecht* (4. Auflage, Basel 2007).

Violand KC, *Missbrauch der Vertretungsmacht* (Tübingen 2007).

VonTuhr A ve Peter H, *Allgemeiner Teil des Obligationenrechts, Erster Band* (3. Auflage, Zürich 1974).

Yalman S, *Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk* (Seçkin 2006).

Yavuz C, *Türk İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil* (İstanbul Üniversitesi

Yayınları 1983), (Kısaltılmışı: Yavuz, *Dolaylı Temsil*).

Yavuz C, Acar F ve Özen B, (Prof. Dr. Cevdet Yavuz), *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (16. Baskı, Beta 2019).

Yavuz N, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt I* (2. Baskı, Adalet 2015), (Kısaltılmışı: Yavuz, *Borçlar Kanunu Şerhi*).



Yavuz N, *Borçlar Hukuku El Kitabı* (Adalet 2018), (Kısaltılmışı: Yavuz, *El Kitabı*).

Yelmen A, ‘Yetkisiz Temsil’ (2015) 1 (Özel Sayı) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 429-448 <<https://dergipark.org.tr>> Erişim Tarihi 13 Mart 2018.

Yıldırım A, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (5. Baskı, Adalet 2016).

Zäch R ve Künzle HR, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen* (2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung, Bern 1990).

Zevkliler A ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (20. Bası, Vedat 2020).

Çevrimiçi Kaynaklar

www.corpus.com

www.uyap.gov.tr

TEİAŞ'IN TARAF OLDUĞU SİSTEM KULLANIM ANLAŞMALARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE BU ANLAŞMALARDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ YARGI YOLU SORUNU

Legal Character of Network Usage Agreements to which TEİAŞ is a Party and the Competent Court Issue of the Disputes Arising Therefrom

Serhat ÇELEN* - Fırat KARAALP**

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (509-546)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 24.11.2020

Kabul Tarihi : 15.02.2021

Makale Türü: Araştırma

Article Info

Received Date: 24.11.2020

Accepted Date: 15.02.2021

Article Type : Research

ÖZET

Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi, (“TEİAŞ”) Türkiye’de elektrik iletim faaliyetiyle iştigal eden yegâne kamu tüzel kişisi olarak, elektrik iletim sistemi kullanıcılarına, sistem kullanım anlaşmaları aracılığıyla, bu sistemin kullanımını için bazı kurallar koymakta, kullanıcıların bu kurallara uymamaları ya da bu sistemin öngörülen kullanımının dışına çıkmaları hâlinde onlara bazı yaptırımlar uygulamaktadır.

Sistem kullanım anlaşmasının, sözleşmesel sınıflandırmasıyla ilgili öğretici ve uygulamada farklı görüşlerin ve mahkeme kararlarının bulunması, “bu anlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde hangi mahkemelerin görevli olduğu” sorununu da beraberinde getirmiştir. Kimi uzmanlarca ve bazı mahkemelerce “özel hukuk sözleşmesi” olarak tanımlansa da bu anlaşmanın, tarafları dışında 3. bir kişi olarak bir idarenin, yani (Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu’nun (EPDK) müdahale ettiği sui generis bir idari sözleşme olduğu ve bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların da idari yargı yerlerinde çözümlenmesi gerektiği düşünülmektedir.

Çalışmada, söz konusu anlaşmanın neden sui generis bir idari sözleşme olarak sınıflandırılması gerektiği hususu, idari sözleşme ölçütleri, değişen kamu hizmeti anlayışı, konuyla ilgili mevzuat, öğretideki farklı görüşler ve mahkeme kararları ele alınarak açıklanmaktadır.

Anahtar Sözcükler: TEİAŞ, Elektrik İletim Sistemi, Kamu Hizmeti, Sistem Kullanım Anlaşması, İdari Sözleşme, İdarenin Sözleşmeye Müdahalesi, Görevli Yargı Yolu Sorunu.

* LL.M, Avukat, TEİAŞ Genel Müdürlüğü Hukuk Müşavirliği, celenserhat@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-4352-2071>. Yazar, bu çalışma için kendisine esin kaynağı olan doktora tez danışmanı Prof. Dr. Murat SEZGİNER’e, kendisine Bochum Ruhr Üniversitesi’nde misafir doktora öğrencisi olma fırsatı tanıyan ve oradaki çalışmaları sırasında her türlü imkânı sunan Prof. Dr. Johann – Christian PIELOW’a ve konuyla ilgili mahkeme kararlarını kendisiyle paylaşan Hukuk Müşaviri Fatma ELDEMİR’e içtenlikle teşekkür eder.

** Hâkim, Adalet Bakanlığı, firatkaraalp@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-3472-2493>.



ABSTRACT

As the sole public legal person which engages with electricity transmission activity, Turkey Electricity Transmission Corporation (“TEIAS”), through network usage agreements, sets out some rules for electricity transmission system users for the usage of that system and imposes some sanctions on users who do not comply with those rules or go beyond the foreseen usage thereof. The existence of different views and court decisions in doctrine and practice with regards to the classification of the network usage agreements entailed the legal issue as to “which courts are competent for resolving the disputes arising from those agreements”. Despite being classified as a “private law agreement” by some scholars and courts, it is thought that this agreement is a sui generis public law agreement in which as a non – contractual third – party administrative body, Energy Market Regulatory Authority (EMRA) intervenes, and that the disputes arising therefrom should be resolved in administrative courts.

In the study, the issue as to why those agreements must be classified as sui generis public law agreements is explained by tackling the criteria of public law agreements, shifting public service concept, the relevant regulation, different views in doctrine and court decisions regarding the matter.

Key Words: TEIAS, Electricity Transmission System, Public Service, Network Usage Agreement, Public Law Agreement, Administrative Intervention in Agreement, Competent Court Issue.

GİRİŞ

Türkiye’de, 1994’e kadar elektrik piyasası, kamu tekelinde olan dikey bütünlüklü bir yapı göstermekteydi. Dikey bütünlüklü tekel yapısının temel özelliği; tüm üretim, iletim ve dağıtım tesis ve sistemlerinin mülkiyetinin ve elektriğin tüketicilere satışının bir tekele ait olmasıdır. Sektördeki tüm planlama ve yönetim işlevleri bu tekelin merkezi örgüt yapısı tarafından yerine getirilir. Bu modelde söz konusu tekelin, tüketicilerin taleplerini karşılama yükümlülüğü bulunmaktadır.¹

Ancak sistemin büyümesiyle 1994’te üretim ve iletim ile dağıtım ayrıldı. Üretim ve iletimden sorumlu olarak TEAŞ ve dağıtımdan sorumlu olarak TEDAŞ bu yapıyı paylaştı. 2001 yılında 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu² (“EPK”) ile tamamı kamu tekelinde bulunan elektrik piyasasının üretim ve dağıtım kısımları serbestleştirilerek dikey ayrıştırılmış yapıya geçildi. Bu yolla endüstrinin bir kısmı rekabete açılmış, rekabete açılmayan ve doğal tekel niteliğini haiz iletim ve dağıtım hizmetleri ise sıkı regülasyona tabi tutulmuş oldu. Serbest piyasa modeline geçişle TEAŞ da kendi içinde ayrılarak her elektrik hizmeti bakımından her faaliyet farklı şirkete verildi. Bu şekilde üretim, iletim ve dağıtım birbirinden ayrılmış oldu.³

¹ Nejat Tamzok, “Kamu Politikası Analizi: Elektrik Enerjisi Sektörü”, Doktora Tezi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2007, s. 81. <acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/4190/4670.pdf> Erişim Tarihi: 23/09/2018.

² 03/03/2001 Tarihli, 24335 Sayılı 1. Mükerrer Resmî Gazete, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/03/20010303M1.htm#1>> Erişim Tarihi: 23/09/2018.

³ Çağlar Özel/Burcu Gülseren Özcan Büyüktanır/Fatma Özel, “Elektrik Piyasalarında Elektrik Sağlama Amaçlı Sözleşmeler”, *Journal of Yaşar University* Cilt: 8, Yıl: 2013, Özel Sayı; S. 2075 – 2125, s. 2076. <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179482>> Erişim Tarihi: 23/09/2018.

TEİAŞ, Türkiye’de elektrik iletim lisansına sahip olan tek kurum olarak, elektrik iletim faaliyetini münhasıran yürüten, 399 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre kurulmuş bir kamu iktisadi teşekkülüdür. Bunun bir sonucu olarak da TEİAŞ, Türkiye elektrik iletim sisteminin tek sahibi ve işletmecisi konumundadır. 6446 Sayılı EPK’de⁴ sayılan lisanslara sahip şirketler ve gene aynı kanun ve bu kanuna dayanarak çıkarılan Lisanssız Elektrik Üretimi Yönetmeliği⁵ uyarınca lisanssız elektrik üretimi yapabilen diğer şirketler, TEİAŞ’ın iletim sistemini kullanarak elektrik üretimi, satımı, dağıtımı ve diğer bazı faaliyetleri yürütmekte ya da kendi ihtiyaçları için iletim sistemini kullanmaktadır. TEİAŞ ise söz konusu şirketlere kendi iletim sistemini, onlarla “Bağlantı Anlaşması” ve “Sistem Kullanım Anlaşması” adı verilen sözleşmeleri⁶ imzalayarak kullanılmaktadır. Gerek elektrik hizmetiyle ilgili hükümler de içeren ve elektrik hizmetiyle ilgili bazı hükümleri ilga edilerek 6446 Sayılı Kanun’a aktarılan 4628 Sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun⁷, gerekse 6446 Sayılı EPK, tüketicilere güvenilir, kaliteli, kesintisiz ve düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini öngörmektedir. Bu sorumluluğun yerine getirilmesini teminen ve iletim sisteminin arz güvenliğini sağlamak adına, iletim sistemi kullanıcılarının sistemi kullanırken sisteme verdikleri/verebilecekleri zararları tazmin etmek ve bu zararlara yol açma ihtimali olan eylemlere karşı caydırıcılığı arttırabilmek için, sistem kullanım anlaşmalarında bazı yaptırımlar öngörülmüştür. TEİAŞ tarafından iletim sistemi kullanıcılarına uygulanan bu yaptırımların, iletim sistemini kullanan şirketler tarafından yargısal denetime tabi tutulması gündeme geldiğinde, söz konusu anlaşmaların hukuki nitelendirmesi ve dolayısıyla bu anlaşmaya hâkim olan yargısal rejim önem arz etmektedir.

I. SİSTEM KULLANIM ANLAŞMASININ TANIMI

4628 Sayılı Kanunun ilk versiyonunun 1. Maddesi’nin 40. fıkrasında bağlantı ve sistem kullanım anlaşmaları, “*ilgili bağlantı ve sistem kullanım tarifesinin fiyatları, hükümleri ve şartlarını içeren ve bir üretim şirketi, otoprodüktör, otoprodüktör grubu, dağıtım şirketi ya da tüketicilerin iletim sistemine ya da bir dağıtım sistemine erişmeleri ya da bağlantı yapmaları için ilgili kullanıcıya özgü şart ve hükümleri kapsayan anlaşmalar*” şeklinde

⁴ 30/03/2013 Tarihli, 28603 Sayılı Resmî Gazete, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/03/20130330-14.htm>> Erişim Tarihi: 12/10/2018.

⁵ 02/10/2013 Tarihli, 28783 Sayılı Resmî Gazete, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/10/20131002-3.htm>> Erişim Tarihi: 12/10/2018.

⁶ Çalışmanın tamamında “sözleşme” ve “anlaşma” terimleri aynı anlamda kullanılmıştır.

⁷ Söz konusu kanunun adı ilk versiyonunda “Elektrik Piyasası Kanunu” iken, 6446 sayılı Kanunun 30. Maddesiyle “Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun” olarak değiştirilmiştir.



tanımlanmıştır.⁸ 6446 Sayılı Kanunun 3. Maddesi'nin “dd” fıkrasında ise sistem kullanım anlaşması, “*Bir üretim şirketi, tedarik lisansı sahibi şirket veya tüketicinin iletim sistemini ya da dağıtım sistemini kullanımına ilişkin genel hükümleri ve ilgili kullanıcıya özgü koşul ve hükümleri içeren anlaşma*” olarak tanımlanmıştır.⁹ 4628 Sayılı Kanun döneminde sistem kullanım ve sistem bağlantı anlaşmaları tek bir sözleşme gibi tanımlanmışken, 6446 Sayılı Kanun'da sistem kullanım ve sistem bağlantı anlaşması bakımından, yerinde bir düzenlemeyle ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Zira özellikle üretici veya tüketicinin sisteme erişimini konu alan bağlantı anlaşması, bir kullanıcının şebekeye bağlantısının yapılmasını aslî edim yükümü olarak kapsamına alırken, sistem kullanım anlaşmasında ise, şebeke işletmecisi, sisteme erişimi sağlanan veya başka bir deyişle şebekeye bağlantısı yapılan bir kullanıcıya, gerekli teknik standartları içerir şekilde kesintisiz ve sürekli olarak, anlaşmada öngörülen miktarda elektriği taşıma edim yükümünü üstlenmektedir.¹⁰ Buna göre, her iki sözleşmenin konusu ve hukukî nitelikleri de birbirinden farklıdır. Ürettiği elektriği iletim sistemine veren şirketlerle TEİAŞ arasında yalnızca bağlantı anlaşması imzalanırken, iletim sisteminin kendisine ayrılan kadar kapasitesini kullanmak isteyen şirketlerle bağlantı anlaşmasının yanı sıra sistem kullanım anlaşması da yapılmaktadır.¹¹

II. İDARİ SÖZLEŞME ÖLÇÜTLERİ VE SİSTEM KULLANIM ANLAŞMASI

A. İdari Sözleşmenin Tanımı ve Niteliği

Bilindiği üzere idarenin taraf olduğu sözleşmeler, geleneksel olarak “özel hukuk sözleşmeleri” ve “*idari sözleşmeler*” şeklinde bir ayrıma ve nitelendirmeye tabi tutulmaktadır ve gerek öğreti gerekse uygulama, bu ayrımın ve nitelendirmenin yapılması bakımından çeşitli ölçütler ortaya koymuştur. İdari sözleşmenin Türk mevzuatında herhangi bir tanımı bulunmamaktadır. Buna karşılık Alman İdari Usul Kanununun 54. paragrafında idari sözleşmeler, “*kamu hukuku safhasında kurulan ve değiştirilen*” veya *sona erdirilen sözleşmeler*” olarak tanımlanmıştır.¹² Türk hukuku öğretisinde ise idari sözleşmenin çeşitli tanımları yapılmıştır. Örneğin Akyılmaz/Sezginer/Kaya'ya

⁸ <<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4628-20010220.pdf>> Erişim Tarihi: 12/10/2018.

⁹ <<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6446.pdf>> Erişim Tarihi: 15/10/2018.

¹⁰ Mustafa Yavuz, *Elektrik Piyasası Kanunu'nun Öngördüğü Hukuki Rejim ve Elektrik Enerjisi Tedarik Sözleşmeleri -Özellikle İkili Anlaşma-* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2011), s. 236.

¹¹ Yavuz, a.g.e.

¹² Yavuz, a.g.e., s. 108. Söz konusu kanunun İngilizce versiyonu için bkz. <<https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=289>> Erişim Tarihi: 07/11/2020.

göre idari sözleşmeler, idarenin idare hukuku kurallarına göre yapılan, genel olarak kamu kurum ve kuruluşlarının özel hukuk gerçek ve tüzel kişileriyle ya da diğer kamu tüzel kişileriyle yaptıkları sözleşmeler olarak tanımlanabilir.¹³ İdari sözleşmelerde idarenin, sözleşmenin hükümlerini tek taraflı olarak değiştirme ve sözleşmeyi feshetme gibi yetkileri bulunması ve genelde katımalı (iltihakî) sözleşme şeklinde olması, başka bir deyişle tarafların serbest ve gerçek bir müzakeresi bulunmaksızın tarafların biri tarafından hazırlanarak diğer tarafa sadece sözleşmeyi imzalayıp imzalamamak yönünde bir irade bırakılması nedenleriyle idari sözleşmeler, öğretide bazı hukukçular tarafından bir sözleşme olarak değil de tek yanlı bir işlem olarak tanımlanmaktadır.¹⁴

B. İdari Sözleşmenin Kanunla Nitelendirmesi (Teşriî Kriter) ve Sistem Kullanım Anlaşması

Bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirmesi, kanun koyucu tarafından açıkça yapılabileceği gibi, sözleşmenin içeriğinin değerlendirilmesi yoluyla yargı organı tarafından da yapılabilir. Teşriî (kanunla nitelendirme) kriterde, sözleşmenin nitelendirilmesi yasama organı tarafından, sözleşmenin tabi olacağı hukuki rejimin belirlenmesi suretiyle, ya da sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tabi olduğu yargı kolunun belirlenmesi suretiyle gerçekleşmektedir.¹⁵ Bu durumda, uyuşmazlık için adli yargı öngörülmüş ise özel hukuk sözleşmesi, idari yargı öngörülmüş ise idari sözleşme söz konusu olacaktır. Kanun koyucunun sözleşmenin içeriğine ilişkin olarak getirdiği düzenlemelerle de idari sözleşme nitelendirmesi yapabileceği kabul edilir. Bu durumda ise, sözleşmeyle ilgili getirilen özel hukuku aşan ve kamusal nitelikteki bir kısım hükümlerden hareketle, yargı organı tarafından idari sözleşme nitelendirmesi yapılmaktadır. Bahsedilen durumlar için öğretide, “*kanun tarafından belirleme*” veya “*kanun tarafından ön belirleme*” ya da “*kanun etkisiyle idari sözleşme*” tanımlamaları kullanılmaktadır. İdari sözleşmelerle ilgili önem arz eden başka bir husus da sözleşmenin taraflarının serbest iradeleri ile sözleşmenin niteliğini belirlemelerinin mümkün olmamasıdır.¹⁶

Bir sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde olup olmadığının kanun koyucu tarafından açıkça belirlenmediği durumlarda, bu nitelendirme sözleşmenin içeriği değerlendirilmek suretiyle yargı organı tarafından içtihadî olarak da yapılabilir.

¹³ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Yenilenmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2018), s. 453.

¹⁴ Saleilles, Duguit, Hauriou, Poyaud, Özay bu görüştedir. Bkz. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, a.g.e., s. 454.

¹⁵ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (18. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Ağustos 2016), s. 450 – 451.

¹⁶ Gözler ve Kaplan, a.g.e., s. 450 – 451.



Yukarıda yer verildiği üzere, sistem kullanım anlaşmasının 4628 Sayılı Kanun'da sistem kullanım anlaşması, bağlantı anlaşmasıyla bir arada tanımlanmıştır; fakat söz konusu kanunda, bu anlaşmanın bir idari sözleşme mi yoksa bir özel hukuk sözleşmesi mi olduğuna yönelik herhangi bir netlik bulunmamaktadır. Kanunun genel gerekçesinde ve madde gerekçelerinde de bu yönde bir açıklamaya rastlanmamaktadır.¹⁷ Bununla birlikte 4628 Sayılı Kanun'un 1. Maddesi'nin 2. fıkrasının 41 numaralı bendinde ikili anlaşmalar, “gerçek ve tüzel kişiler arasında özel hukuk hükümlerine tabi olarak, elektrik enerjisi ve/veya kapasitenin alınıp satılmasına dair yapılan ve Kurul (EPDK) onayına tabi olmayan ticari anlaşmalar” olarak tanımlanmıştır.¹⁸

6446 Sayılı Kanun'un 3/j Maddesi'nde de aynı tanımın korunduğu görülmektedir.¹⁹ 6446 Sayılı Kanun'un genel ve madde gerekçelerinde de sistem kullanım anlaşmasının teşriî kriterine yönelik bir açıklama yer almamaktadır.²⁰ Her iki kanunda da “doğrudan nitelendirme”, “hukukî rejimin belirlenmesi suretiyle nitelendirme” ya da “yargı kolunun belirlenmesi suretiyle nitelendirme” kanunla nitelendirme yöntemlerinden herhangi birisine doğrudan başvurulmamış olsa da, dolaylı olarak hukukî rejimin belirlenmesi suretiyle söz konusu kanunun bu hususta bir girişimde bulunduğu ileri sürülebilir. Görüldüğü üzere kanun koyucu, bir sözleşmenin ikili anlaşma sayılması için “elektrik enerjisi ve/veya kapasite satılmasına ilişkin olma” ve “EPDK onayına tabi olmama” şartlarını kümülatif olarak aramakta, bu şartları taşıyan ticari anlaşmaların da özel hukuk hükümlerine tabi olacağını öngörmektedir. Bu hükmün mefhum-u muhalifinden, sistem kullanım anlaşması gibi EPDK onayına tabi olan, başka bir deyişle sözleşme serbestisinin söz konusu olmadığı ve bu nedenle özel hukuk hükümlerine tabi olmayan anlaşmaların ticari anlaşma olmadığı, dolayısıyla “idari sözleşme” olduğu ve bu anlaşmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların da idari yargıda görülmesi gerektiği sonucuna varılabilir. Bir an için, sistem kullanım anlaşmasıyla TEİAŞ dışındaki tarafın, belirli bir bedel karşılığı iletim sisteminden yararlandığı için bu anlaşmanın bir ikili anlaşma yani özel hukuk sözleşmesi olarak yorumlanabileceği düşünülse bile, EPDK onayı olmadan anlaşmanın yürürlüğe girmesi söz konusu olmayacağı için, kanunun ikili anlaşma olarak tanımlanmak için kümülatif olarak aradığı şartlardan ikincisinin gerçekleşmemesi söz konusudur. Ayrıca kanun koyucu, elektrik piyasasındaki bütün sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olmasını isteseydi, bunu 4628 ya da 6446 Sayılı Kanun'da açıkça öngörerek ya da

¹⁷ 4628 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, 14.12.2000. <<https://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0791.pdf>> Erişim Tarihi: 12/11/2020.

¹⁸ <<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4628-20010220.pdf>> Erişim Tarihi: 17/03/2019.

¹⁹ <<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6446.pdf>> Erişim Tarihi: 17/03/2019.

²⁰ 6446 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, 14.12.2000. <<https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0724.pdf>> Erişim Tarihi: 12/11/2020.

anılan kanunlarda, EPDK onayına/ özel hukuk hükümlerine tabi olup – olmama tarzında bir ayrıma gitmeyerek yapacağı açıktır. Örneğin 6446 Sayılı Kanun’un 3. Maddesi’nin “çç” fıkrasında sistem kontrol anlaşmasının, özel hukuk hükümlerine göre yapılan bir anlaşma olduğu açıkça belirtilmiştir.

C. Sistem Kullanım Anlaşmasının İdari Sözleşme Ölçütleri Doğrultusunda Değerlendirilmesi

İdari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayırmak için kullanılan ölçütlerden birincisi ve en önce kullanılanı, kamu hizmeti amacıdır. Bu ölçüt, Fransız Danıştay’ı bir kararında, “*bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, özel hukuku aşan hükümler bulunması gerektiği*”ne hükmedene kadar, idari sözleşmeyi niteleyen tek ölçüt olarak kullanılmıştır.²¹

Türk yargı içtihatlarına bakıldığında, “*sözleşmenin yürütülmesinin kamu hizmetine ilişkin olması*” ve “*sözleşmede özel hukuku aşan hükümler bulunması*” şartlarının birbirinin alternatifi olarak değil, kümülatif olarak (birlikte) yer alması gerektiği görülmektedir. Zira Anayasa Mahkemesi bir kararında, bu hususa değinmiştir.²² Benzer şekilde Danıştay da idari sözleşmeleri, “*konusu doğrudan doğruya veya dolayısıyla bir kamu hizmetine ilişkin ve taraflardan biri idare olan ve idarenin diğer tarafa nazaran üstün hak ve yetkilerini içeren hükümler taşıyan*” sözleşmeler olarak tanımlamıştır.²³ İdari sözleşmelerin ölçütlerine değinen başka bir Anayasa Mahkemesi kararına göre de idari sözleşme şu ölçütleri barındırmalıdır:

1. Taraflardan birinin kamu idaresi olması;
2. Sözleşmenin bir kamu hizmetinin yürütümünü konu edinmesi; ve
3. İdareye özel hukuku aşan yetkiler tanınmış bulunması.²⁴

Öğretide bu ölçütlerden ilki organik ölçüt, ikincisi işlevsel ölçüt, üçüncüsü ise maddi ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. 3 ölçüt getiren Anayasa Mahkemesi içtihadının ve bu konudaki genel kanının aksine Gözler ve Kaplan, işlevsel ve maddi ölçütleri oluşturan şartların birbirinin alternatifi olduğunu, bunlardan birinin bir sözleşmede bulunmasının, o sözleşmenin idari sözleşme sayılması için yeterli olduğunu ileri sürmekte ve bu şartların ikisini de maddi ölçüt içerisinde değerlendirmektedir.²⁵

²¹ Société des Granits Porphyroides des Vosges Kararı, Akyılmaz/Sezginer/Kaya, a.g.e., s. 459.

²² Anayasa Mahkemesi, 09/12/1994 Tarihli, 1994/43 E., 1994/42-2 K. Sayılı Karar, <www.corpus.com.tr> Erişim Tarihi: 05/01/2019.

²³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 456.

²⁴ Anayasa Mahkemesi, 28 Haziran 1995 Tarih ve 1994/71 E., 1995/23 Sayılı Karar, Sedat Çal, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt:XIV, Yıl:2010, Sayı: 1; S. 223 – 274, s. 228. <http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/14_2_9.pdf> Erişim Tarihi: 05/01/2019.

²⁵ Gözler ve Kaplan, a.g.e., s. 454.



Organik ölçüte göre, bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için, sözleşmenin taraflarından en az birinin kamu tüzel kişisi olması gerekir.²⁶ İdarenin tarafı olmadığı sözleşmeler, idari sözleşme olmadıkları gibi, idarenin sözleşmeleri de sayılmazlar.²⁷ Kural bu olmakla, Fransız Danıştay'ı, Société Enterprise Peyrot kararında, özel hukuk tüzel kişisi statüsünde oluşturulmuş bir ortaklığın müteahhit ile yaptığı sözleşmeyi idari sözleşme olarak kabul etmiştir.²⁸

İşlevsel ölçüte göre bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, bu sözleşmenin konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi, amacı ise kamu yararı olmalıdır.²⁹ Kamu hizmeti amacından kast edilen, sözleşmenin konusunun, kamu hizmetinin görülmesi, yürütülmesi, yerine getirilmesidir.³⁰ Nitekim idarenin kamu hizmetleriyle ilgili bazı araç ve gereci sağlamak ya da bazı işleri yaptırmak için yaptığı sözleşmeler idari sözleşme değil; idarenin özel hukuk sözleşmesi sayılır.³¹ Şu 3 durumda bir sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olduğu kabul edilmektedir: Sözleşme bir kamu hizmetinin yürütülmesi görevini bir özel kişiye veriyorsa, sözleşme, sözleşmeci özel hukuk kişisinin bir kamu hizmetinin yürütülmesine katılmasını öngörüyorsa veya sözleşmenin kendisi bir kamu hizmetinin yürütülme usulünü oluşturuyorsa.³² Kamu hizmeti kavramı, halen daha üzerinde pek çok tartışmanın bulunduğu ve idari sözleşmelerle ilgili en sık başvurulan kavram olmakla birlikte, çok soyut ve geniş bir kavram olduğu için, idari sözleşmenin nitelendirilmesinde yeterli olmamıştır ve üçüncü bir ölçüte, maddi ölçüte ihtiyaç duyulmuştur.

Maddi ölçüte göre, sözleşmede idareye ayrıcalıklar ve üstün yetkiler tanınmış olmalıdır. Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar eşit koşullar altında ve hür iradeleri ile karşılıklı yarar sağlayacak biçimde sözleşme yaparlar. Bu nedenle de sözleşmenin tarafları eşit veya dengeli yükümlülükler ve borçlar yüklenirler.³³ Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar eşit olduklarından, taraflardan birinin tek yanlı iradesi ile sözleşmeden doğan ilişkiyi etkilemesi ve değiştirmesi düşünülemez.³⁴ İdari sözleşmede ise, kamu yararı ile kişisel yarar karşı karşıyadır. Kamu yararı kişisel yarardan daima üstündür. Asla eşit olamaz.³⁵ Bunun sonucu olarak da idari sözleşmeler, idareye özgü bir

²⁶ Gözler ve Kaplan, a.g.e., s. 452.

²⁷ Metin Günay, İdare Hukuku (Yenilenmiş 5. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2002), s. 167.

²⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 456.

²⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 457.

³⁰ Gözler ve Kaplan, a.g.e., s. 453 – 454.

³¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 457.

³² Gözler ve Kaplan, a.g.e., s. 453 – 454.

³³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 458.

³⁴ Günay, a.g.e., s. 169 – 170.

³⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 459.

düzenlenişe gereksinim gösteren bir konuyu düzenlediklerinden, idare kamu yararı ve kamu hizmetlerinin gerekleri dolayısıyla, tek yanlı irade ilişkisini etkileyebilir ve karşı taraf hakkında işlemler yapabilir. Bu çerçevede, bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi için yapılan idarî sözleşmeler, gerek hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yürütenlere kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönlerinden özel hukuk sözleşmelerinden ayrılmaktadır.³⁶ Bu bakımdan kamu yararının temsilcisi olan idare; kamu yararını gözetebilmek ve koruyabilmek için kişisel yararı temsil eden kişiye göre özel hukuk sözleşmelerinde herhangi bir tarafa tanınmayan bazı ayrıcalıklara ve üstün yetkilere sahip kılınmıştır. İdareye tanınan bu üstünlük ya kanunlarda yer alan bir hükme ya da kamu hukukunun ilkelerine dayanır.³⁷

Söz konusu ayrıcalıklar ve üstün yetkiler, “*özel hukuku aşan hükümler*” ya da “*özel hukuku aşan rejim*” olarak karşımıza çıkmaktadır. Özel hukuku aşan hükümler, Gözler ve Kaplan’a göre, bir özel hukuk sözleşmesinde tarafların serbest iradeleriyle kabul etmeyecekleri türden kayıt ve şartları³⁸, Bahtiyar, Sezginer ve Kaya’ya göre ise, sözleşmenin tarafı durumundaki idareye, ayrıcalıklı bir kısım yetkilerin verilmesini ifade etmektedir.³⁹ Özel hukuku aşan hükümler ile özel hukuku aşan rejim arasındaki farklılık, ikincisinde özel hukuku aşan kuralların sözleşme içinde değil, sözleşme için zorunlu bir çerçeve oluşturan önceden düzenlenmiş kurallar içinde bulunmasından kaynaklanmaktadır.⁴⁰

Fransız Danıştay’ı, “*özel hukuku aşan hükümler*” kavramını “*özel hukuku aşan rejim*” kavramı şeklinde geliştirdiği ilk kararda (Société d’Exploitation Électrique de la Riviere du Sant kararı) Fransız elektrik idaresinin özel bir elektrik üreticisinden elektrik almasını zorunlu kılan bir kararname dolayısıyla, idare ile şirket arasındaki sözleşmeyi idari sözleşme olarak değerlendirmiştir. Burada ne kamu hizmeti ne de sözleşme içinde özel hukuku aşan hükümler söz konusu olmasına rağmen, sözleşme dışındaki düzenleyici işlemlerden gelen özel hükümler, (elektrik satın alınması mecburiyeti, bazı uyumsuzlukları çözme yetkisinin bakana verilmesi) sebebiyle özel hukuku aşan rejim söz konusudur.⁴¹

“*Diğer sözleşmeciler taraf üzerinde tek taraflı olarak yaptırım uygulama*”, “*sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme*”, “*özel kişinin uygulayacağı fiyat tarifelerini tespit etme*”, “*sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirebilme*” yetkileri,

³⁶ Günday, a.g.e., s. 169 – 170.

³⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 459.

³⁸ Gözler ve Kaplan, a.g.e., s. 452 – 454.

³⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 459.

⁴⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 459.

⁴¹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, a.g.e., s. 459.



öğretideki özel hukuku aşan hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴² Makalenin ilerleyen bölümlerinde yer verilen mahkeme kararlarında ise, bu kararlara konu sözleşmelerin “*ilgili sözleşmenin kanun ve ilgili mevzuat ile niteliğinin belirlenmesi*”, “*sözleşmenin taraflarının özgür iradelerinin sözleşmeye yansıtıp yansımadağı*”, “*sözleşmeden kaynaklı ödemelere 6183 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanıp uygulanmadığı*”, “*sözleşmeye konu hizmetin tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olması*”, “*sözleşmenin mali hükümlerinin üst kurul tarafından belirlenmesi*” v.b. özellikleri, özel hukuku aşan hükümler olarak yorumlanmıştır.

Bahsedilen ölçütlerin nitelendirmedeki sorunu çözümedeki yetersizliği üzerine bazı hukukçular, farklı yaklaşımlar öne sürerek bu sorunun çözümüne katkıda bulunmaya çalışmışlardır. Örneğin Tekinsoy, ihale kanunlarında öngörülen rejime ilişkin düzenlemelerin, idari sözleşme rejimi bakımından örnek ölçüt olması gerektiğini ileri sürerken⁴³, Çal ise idari sözleşmeye konu işin/hizmetin tekelci yapıya sahip olup olmaması/rekabete dayalı bir biçimde sunulup sunulmaması ölçütünün belirleyici olması gerektiği fikrini savunmuştur.⁴⁴

1. İşlevsel Ölçüt ve Sistem Kullanım Anlaşması

a. Kamu Hizmetinin Tanımı ve Özellikleri

Genel anlamda idari faaliyetin konusunu, kamu hizmetlerinin yürütülmesi oluşturur.⁴⁵ Devlet, toplumun müşterek ve zaruri ihtiyaçlarının giderilmesi ve toplumsal uyumun sağlanması için birçok faaliyet yürütür ve bu faaliyetler, genelde öğretilerde “*milli güvenliğin korunması, kolluk faaliyetlerinin yürütülmesi, kamu hizmetlerinin yürütülmesi, özendirme ve destekleme faaliyetleri, iç düzen faaliyetleri (özyönetim faaliyetleri), planlama faaliyetleri*” v.b. başlıklar altında ele alınmaktadır.⁴⁶

Kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun en temel ve en tartışmalı kavramları arasında yer almaktadır. Jeze ve Duguit'nin kurucusu olduğu “*kamu hizmeti öğretisi*”nde, idare hukukunun kamu hizmeti kavramı üzerine kurgulandığı görülür.⁴⁷ Söz konusu kavram, idare hukuku için olduğu kadar, kamu maliyesi ve kamu ekonomisi disiplinleri için de en temel kavramlardan

⁴² Gözler ve Kaplan, a.g.e., s. 452 – 454.

⁴³ Mehmet Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 55, Yıl: 2006, Sayı: 2; S: 181 – 227, <<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/269/2424.pdf>> Erişim Tarihi: 17/03/2019.

⁴⁴ Çal, İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi.

⁴⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 525.

⁴⁶ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014), s. 27.

⁴⁷ Sedat Çal, “Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Yıl: 2007, Sayı: 1 – 2; S: 599 – 655, s. 601. <http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/11_25.pdf> Erişim Tarihi: 21/04/2019.

biridir.⁴⁸ Kolluk faaliyetiyle birlikte kamu hizmeti, idari işlev içerisinde yer alan en önemli 2 unsurdan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁹

Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, söz konusu kavramı, organik, maddi ve şekli yaklaşımlarla tanımlamıştır. Bu tanımlara göre “*belli bir hizmetin yürütülmesine tahsis edilen kamu emlakının, görevlendirilen kamu görevlilerinin ve ayrılan mali imkânların bütünü*” organik anlamda, “*kamu yararına, toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarının tatmini için yürütülen faaliyet*” maddi anlamda, “*kamusal yönetim usullerine göre yürütülen faaliyet*” ise şekli anlamda kamu hizmetini oluşturmaktadır.⁵⁰ Karahanoğulları ise kamu hizmetini, “*toplumsal yaşamın sürdürülebilmesi için gerekli olan toplumsal ihtiyaçların karşılanması faaliyetinin devlet tarafından, üretim ilişkileri alanının kurallarından belirli oranda bağışık kılınarak üstlenilmesi*” olarak tanımlamış ve bu tanımlı yaparken ‘iktisadi nesnellik olarak kamu hizmeti’, ‘devletin işlevleri, görevleri olarak kamu hizmeti’ ve ‘devletin yarattığı işlevler olarak kamu hizmeti’ olmak üzere 3 yaklaşımdan faydalanmıştır. Kamu hizmetleri temelde satılabilir/pazarlanabilir olup olmamasına göre saf ve yarı kamusal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır, bunların dışında da kamu kesiminde yer almayan, fakat kamunun mülkiyeti altında üretilen özel mal ve hizmetler bulunmaktadır.⁵¹

Ülkemizde idare hukukunun kurucusu olarak kabul edilen Sıddık Sami Onar da dâhil olmak üzere pek çok idare hukukçusu, kamu hizmetinin ne olduğu ve ne olmadığı üzerine farklı görüşler ileri sürmüştür. Bununla birlikte söz konusu kavram, günümüzde hâlen daha idare hukukunun kesinliğe kavuşturulamayan nadir kavramlarından biri olma özelliğini sürdürmektedir. Bu durumla ilgili ilginç bir yaklaşım sergileyen ünlü Fransız hukukçu Truchet’ye göre, kimse bu kavram için tartışmasız bir tanım verememekte, yasa koyucu bu kavramı tanımlamayı dert etmemekte, yargıç bu kavramı tanımlamak istememekte, öğretici ise bu kavramı tanımlamayı becerememektedir.⁵² Alman Hukuku’nda ise ‘kamu hizmeti’ kavramı yerine, bu kavrama yakın ve bu kavramı karşılayan ‘kamusal ihtiyaçların karşılanması’ (öffentliche Versorgung) ya da ‘yaşamsal ihtiyaçlara yönelik hizmetler’ (daseinsvorsorge) kavramları kullanılmaktadır.⁵³

⁴⁸ Onur Karahanoğulları, “Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)”, Doktora Tezi İnternet Paylaşımı, Ankara 2004, s. 19. <<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/kamuhizmeti.pdf>> Erişim Tarihi: 31/03/2021.

⁴⁹ Egemen Falcıoğlu, *Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların İdari İşlemlerinde Yargısal Denetiminin Kapsamı ve Etkinliği* (Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018).

⁵⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 525.

⁵¹ Karahanoğulları, a.g.e., s. 6 – 15.

⁵² Karahanoğulları, a.g.e., s. 8’den naklen.

⁵³ Johann – Christian Pielow, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung: Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts sowie des französischen und des deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Elektrizitätswirtschaft* (Mohr Siebeck, 2019).



Kamu hizmeti kavramı gerek küreselleşmenin ve küresel oyuncuların müdahalesiyle, gerekse teknolojik ve toplumsal yaşamın etkisiyle değişime uğrasa da idare hukuku bakımından öneminden bir şey kaybetmemiştir.⁵⁴

Cumhuriyetin ilk yıllarından itibaren 1980'lere kadar sadece devlet ve hatta devlet tüzel kişiliği tarafından ifa edilen kamu hizmeti, zamanla önce devletin tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliğe sahip kamu iktisadi teşebbüsleri (kamu iktisadi kuruluşları ve iktisadi devlet teşekkülleri) tarafından da yerine getirilmeye başlanmış, sonrasında 1980'lerden itibaren kamu iktisadi teşebbüslerinin birer birer özelleştirilmesiyle özel hukuk tüzel kişileri tarafından da ifa edilir hale gelmiştir. Günümüzde geline nokta ise, kamu mallarının özelleştirilmesi suretiyle sunulan kamu hizmetinin ötesinde, doğrudan hizmetin özelleştirilmesi mertebesine (!) varıldığı görülmektedir.⁵⁵

Kamu hizmetinin söz konusu dönüşümü, hâliyle kamu hizmetinin tanımında da revizyona gidilmesi gerekliliğini doğurmuştur. Eskiden kamu hizmetinin ifası münhasıran kamu tüzel kişileri tarafından yerine getirilmekteyken, bahsedilen gelişmeler sonrasında özel hukuk tüzel kişileri tarafından da kamu hizmeti ifa edilir hale gelmiştir. Zaten pek çok hukukçu, kamu hizmetini tanımlarken, hizmetin ifası bakımından kamu tüzel kişilerinin yanında özel hukuk kişilerine de yer vermekte, kamu hizmetinin ifa edilmesi açısından kamu tüzel kişisi – özel hukuk tüzel kişisi ayrımı yapmamaktadır.⁵⁶

b. Kamu Hizmetinin Temel İlkeleri ve Görülüş Usulleri Doğrultusunda Elektrik Hizmeti ve Elektrik İletim Hizmeti

Yerine getirildiği kişilerden ve niteliklerinden bağımsız olarak, tüm kamu hizmetlerinin işleyişi, belirli asgari ilkelere tabidir, bu ilkeler olmadan kamu hizmetinden bahsedilemez.⁵⁷ Genel geçer nitelikteki bu ilkeler, 'süreklilik', 'değişkenlik' (uyarlama/uyum), 'eşitlik' ve 'bedelsizlik' (meccanilik) ilkeleridir.⁵⁸ 'Süreklilik' ilkesi, hizmetin, karşıladığı toplumsal ihtiyacın sürekliliğine koşut olarak yerine getirilmesini ifade eder. Doğası gereği bazı hizmetler bakımından 'kesintisizlik', bazıları bakımındansa 'işleyiş bakımından

⁵⁴ Yakup Gönen, "Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliğine İlişkin Bir Değerlendirme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 14, Yıl: 2010, Sayı: 2; S. 359 – 386, s. 360. <http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/14_2_12.pdf> Erişim Tarihi: 21/04/2019.

⁵⁵ Sedat Çal, "Araç Muayene Hizmetinin Özelleştirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Yıl: 2008, Sayı: 2; S. 63 – 113, s. 64. <<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/262/2342.pdf>> Erişim Tarihi: 28/04/2019. Söz konusu makalede, dönemin Özelleştirme İdaresi Başkanı Metin Kilci'nin, basına yaptığı bir açıklamada, kamu mallarının özelleştirilmesinden sonra "artık sıranın hizmette özelleştirmeye geldiği" yönündeki beyanına yer verilmiştir.

⁵⁶ Çal, "Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi".

⁵⁷ Karahanoğulları, a.g.e., s. 228.

⁵⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 529 – 543.

düzenli olma' anlamına gelmektedir. 'Eşitlik' ilkesi, kendi içinde yansız ve lâik olma özelliklerini barındırırken, 'uyum' ilkesi, kamu hizmetlerinin tarihselliğini vurgulaması bakımından önem arz eder ve çağın teknik ve teknolojik bilimsel gerek ve olanaklarının olabildiğince göz önünde tutulması ve buna göre sunulan hizmetin içeriği, yöntemi, kullanılan araç ve gereçlerinde sürekli değişkenlik ve uyarlamaların yapılması zorunluluğunu anlatır. Öğretide parasız olma, karşılıksız olma, meccani olma ve bedelsiz olma olarak 4 farklı kavramda karşılığını bulan kamu hizmetinin son özelliğiye, belki de zaman içerisinde en çok değişikliğe uğrayan ve en çok tartışmaya konu olan özelliği olarak öne çıkmaktadır.⁵⁹ Aslında, hiçbir kamu hizmeti, bedelsiz değildir ve kamu hizmetlerini bedelsiz hale getirmek imkânsızdır. Bireyler sunulan kamu hizmetlerinin maliyetine doğrudan veya dolaylı katılırlar. Para ödenmeyen kamu hizmetlerinin finansmanı, alınan vergilerden karşılanmaktayken, kamu hizmetinden yararlanmanın bir para ödenmesi koşuluna bağlandığı durumlarda alınacak paranın miktarı, niteliği ve alınma biçimi önemli tartışma konularıdır. Fransız yazınında da parasızlık, kamu hizmetinin ortak ilkelerinden değil, sahte ilkelerinden sayılmaktadır.⁶⁰

Her kamu hizmeti, son tahlilde bir kamu otoritesinin sorumluluğu altında ifa edilir. Bu ifa, doğrudan kamu otoritesi tarafından yerine getirilebileceği gibi, onun dışında bir kamu ya da özel hukuk tüzel kişisi tarafından da yerine getirilebilir.⁶¹ Bu bağlamda, kamu hizmetlerinin görülme usulleri açısından öğretide, kamu tüzel kişileri tarafından ve özel hukuk kişileri tarafından olmak üzere ikili bir ayırım yapılmış olup, kamu hizmetinin kamu tüzel kişileri tarafından görülmesinde emanet usulü, özel hukuk kişileri tarafından görülmesinde ise müşterek emanet, iltizam, yap – işlet – devret, yap – işlet ve imtiyaz gibi usuller gündeme gelmektedir.⁶² Devlet veya diğer kamu tüzel kişilerin, mevcut bir özel hukuk gerçek veya tüzel kişisine, bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi için izin vermesi, öğretide ruhsat (lisans) olarak adlandırılmaktadır ve bu usulün düzenleyici denetleyici kurumlar tarafından kurumlar tarafından kullanılması gittikçe yaygın bir hâl almıştır.⁶³ Ulusoy, bu usul ile kamu hizmetinin kamu tüzel kişilerine de gördürülebileceğini ileri sürmüştür.⁶⁴ İmtiyazla ruhsat arasındaki temel fark, uygulanacak olan piyasada tekel olup olmamasıdır, şayet söz konusu piyasada tekel varsa imtiyaz, tekel yoksa ruhsat söz konusu olmaktadır.⁶⁵ Ruhsat usulü genellikle, son yıllarda

⁵⁹ Karahanoğulları, a.g.e., s. 230 – 276.

⁶⁰ Karahanoğulları, a.g.e., s. 276 – 279.

⁶¹ Ali Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri* (Ülke Kitapları, Ankara, Eylül 2004), s. 11.

⁶² Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 546 – 556.

⁶³ Atay, a.g.e., 249.

⁶⁴ Ulusoy, a.g.e., s. 37.

⁶⁵ Kır, a.g.e., s. 129.



virtüel kamu hizmeti olarak adlandırılan hizmetler için kullanılır. Fonksiyonel kamu hizmeti de denilen virtüel kamu hizmeti, organik anlamda kamu hizmeti olmayan, ancak ulaşım, haberleşme, eğitim gibi ortak, sürekli ve zorunlu bir kamusal ihtiyacı tatmin için yapılan ve kamu emlâkiyle ilişkili şekilde karşımıza çıkan özel kişilere verilen ruhsat ile yapılan kamu hizmetidir. Bu hizmet, herhangi bir kamuya yararlı hizmetten farklı olarak idarenin sadece kolluk yetkileri ile denetim yapmadığı, kolluk denetiminin ötesinde, yürütülen faaliyetinin muhtevasını düzenleyebildiği bir hizmettir. Ruhsat usulünde idare, kamu hizmetinin asıl sahibi olarak hizmetle ilgili gereken düzenlemeleri yapmak yetkisine sahiptir, ruhsat sahibi ise bu duruma katlanmakla yükümlüdür.⁶⁶ Toplumsal bir ihtiyacı karşılayan, faaliyetini kamu malları aracılığıyla gerçekleştiren ve bu nedenlerle idare tarafından düzenlenmiş bir özel girişim, yargı tarafından kamu hizmeti olarak nitelenme “olasılığı (virtualité; virtuality)” taşımaktadır. Bu nedenle olası kamu hizmetinden söz edilmektedir. Sadece idari yargının değil, Anayasa Mahkemesi'nin de kimi faaliyet alanlarını kamu hizmeti olarak kabul ettiği görülmektedir.⁶⁷

Gerek 4628 Sayılı Kanun'da, gerekse 6446 Sayılı Kanun'da elektrik piyasasında öngörülen faaliyetlerin, bu faaliyetler için öngörülen lisanslarla yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Ancak bu lisansın mahiyeti konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Günday,⁶⁸ Gözler,⁶⁹ Ulusoy⁷⁰ ve Kır⁷¹ elektrik hizmetleri için öngörülen lisansı kamu hizmetinin görülmesi usulü olan ruhsat niteliğinde değerlendirirken, Karahanoğulları ruhsatı kamu hukukunda özgürlüklerin düzenlenmesi yöntemlerinden biri olduğunu ve şayet bir kamu hizmeti alanı varsa, ruhsat usulünün geçerli olmaması gerektiğini, ruhsat usulünün kamu hizmetinin görülmesi usulleri arasında yer almaması gerektiğini öne sürmektedir.⁷² Özcan elektrik piyasası için getirilen lisansların, EPDK'nin yerine getirdiği kolluk faaliyeti çerçevesinde verdiği ruhsata, izne yaklaştığını düşünürken,⁷³ Ergün ise elektrik dağıtım lisansının kamu hizmeti ruhsatı olduğunu, buna karşın özel şirketlere verilen üretim ve ticaret lisanslarının kamu hizmeti ruhsatı olmadığını savunmaktadır.⁷⁴ Gönen de

⁶⁶ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 549 – 550.

⁶⁷ Karahanoğulları, a.g.e., 331 – 332.

⁶⁸ Günday, a.g.e., s. 315.

⁶⁹ Gözler ve Kaplan, a.g.e., s. 538.

⁷⁰ Ulusoy, a.g.e., s. 85.

⁷¹ Atıf Kır, *Kamu Hizmetinin Görülme Usullerinden Ruhsat Usulü ve Elektrik Piyasası Örneği* (Yetkin Yayınları, Ankara, 2013), s. 215

⁷² Karahanoğulları, a.g.e., s. 325.

⁷³ Evrim Evlin Özcan, *İdare Hukuku Açısından Türkiye'de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları* (Turhan Kitabevi, Ankara, 2010), s. 75.

⁷⁴ Çağdaş Evrim Ergün, *Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti* (Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010), s. 67.

benzer şekilde, elektrik piyasasındaki faaliyetlerin doğası gereği birbirinden farklı olduğuna vurgu yaparak, dağıtım ve iletim faaliyetlerine verilen ruhsatın kamu hizmetinin görülüş usullerindeki ruhsat, üretim faaliyeti için verilen ruhsatın ise kolluk ruhsatı niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür.⁷⁵

Gerek 4628 Sayılı Kanun'a gerekse 6446 Sayılı Kanun'a hâkim olan sistematikte, imtiyazla ruhsat arasındaki temel farkın, yani tekel niteliğinde olup olmama hususunun göz ardı edildiği görülmektedir. Zira 4628 Sayılı EPK'de tekel niteliğinde olan elektrik iletim ve dağıtım faaliyeti, 6446 Sayılı Kanun'da ise tekel niteliğinde olan elektrik iletim faaliyeti için lisans verilmesi öngörülmüştür. Ancak her iki kanunda da düzenleyici – denetleyici kurum olan EPDK'ye, elektrik piyasası faaliyetlerini denetlemenin ötesinde, bu faaliyetlerin içeriğini düzenleme, başka bir deyişle içsel bir yetki verildiği görülmektedir. Elektrik hizmetinin ortak, sürekli ve zorunlu bir kamusal ihtiyaç olduğu da göz önüne alındığında, özel kişilere verilme dışında, elektrik piyasası faaliyetlerinin, lisansla gördürülen virtüel kamu hizmeti kapsamında da değerlendirilebileceği düşünülmektedir.

Genel olarak elektrik hizmetinin ve özellikle elektrik iletim hizmetinin, kamu hizmetinin süreklilik, eşitlik, uyum ve parasızlık özellikleri ışığında değerlendirildiğinde, bu özelliklere uyduğu görülmektedir. Karahanoğulları elektrik hizmetini, kamu mülkiyetinde ve kamu işletmeleri tarafından üretilen, kişisel tüketime konu, kullanana ödetme imkânı bulunan, paralı fakat kâr amacı gütmeyen kamu hizmeti olarak tanımlamıştır.⁷⁶ Her ne kadar elektrik hizmeti yazarın bu tanımı yaptığı 2000'li yılların başından günümüze kadar, üretim ve dağıtım hizmeti bakımından, kâr amacı gütmeme noktasından gittikçe uzaklaşmış olsa da, elektrik iletim hizmeti bakımından yazarın söz konusu tanımının, aşağıda ayrıntılarıyla açıklandığı üzere güncelliğini koruduğu ileri sürülebilir.

Süreklilik bakımından ele alındığında elektriğin, yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanması, 4628 ve 6446 Sayılı EPK'lerin amacı olarak öngörülmüştür. AB mevzuatında konuyla ilgili çıkarılan direktiflerde de (birinci, ikinci ve üçüncü enerji paketleri) aynı anlayışın benimsendiği görülmektedir.⁷⁷ Zaten doğası gereği elektrik hizmeti sürekli bir hizmettir. Süreklilik konusunda EPK'lerde dikkat çeken başka bir husus, iletim faaliyetiyle ilgili olarak, arz güvenliği ve

⁷⁵ Gönen, a.g.e., s. 382.

⁷⁶ Karahanoğulları, a.g.e., 15 – 17.

⁷⁷ Jens–Peter Schneider/Christian Theobald, *Recht der Energiewirtschaft* (4., Neu Bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2013), s. 66 – 82.



sistem güvenilirliğinin sağlanması konusunda gerek ETKB gerekse TEİAŞ'a görevler verilmiş olmasıdır.

Elektrik iletim hizmetinin eşit olması bakımından gerek 4628 Sayılı EPK'de, "Elektrik Piyasası Faaliyetleri" başlıklı 2. Maddesi'nde TEİAŞ'ın, iletim sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan serbest tüketiciler dahil tüm sistem kullanıcılarına şebeke yönetmeliği ve iletim lisansı hükümleri doğrultusunda eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin iletim ve bağlantı hizmeti sunacağı öngörülmüştür. Aynı husus 6446 Sayılı EPK'de de muhafaza edilmiştir.

Uyum, başka bir deyişle değişkenlik, değişen şartlara uyum sağlama bakımından elektrik iletim hizmeti ele alındığında, elektrik piyasasının sahip olduğu dinamik yapı ve bu piyasada sürekli artan talep karşısında, ENTSO-E sistemine enterkonneksiyon bağlantısı yapılması, sistem güvenilirliğinin ve anlık üretim – tüketim dengesinin kalitesinin artırılması, Türkiye'nin kurulu gücünde yıllar içerisinde meydana gelen artış⁷⁸, elektrik iletim hizmetinin değişen şartlara uyum sağladığına birer örnek olarak gösterilebilir.

Bedel ve karşılık bakımından, 4628 Sayılı EPK'nin ilk versiyonunda, "Tarifeler ve tüketicilerin desteklenmesi" başlıklı 13. Maddesi'nde, EPDK tarafından düzenlenen ve EPDK tarafından onaylanan olmak üzere iki tür tarife öngörülmüş, bağlantı ve sistem kullanım, iletim, toptan ve perakende satış, dağıtım tarifeleri de EPDK tarafından düzenlemeye tabi olacak tarifeler arasında sayılmıştır. Aynı maddede TEİAŞ tarafından hazırlanacak olan iletim tarifesinin, üretilen, ithal veya ihraç edilen elektrik enerjisinin, iletim tesisleri üzerinden naklinden yararlanan tüm kullanıcılara eşit taraflar arasında fark gözetmeksizin uygulanacak fiyatları, hükümleri ve şartları içereceği, söz konusu tarifelerin TEİAŞ tarafından hazırlanacağı hüküm altına alınmış, anılan tarifede TEİAŞ'ın yapacağı şebeke yatırımları ve iletim ek ücretlerinin yer alacağı da ayrıca belirtilmiştir. 4628 Sayılı EPK'de sayılan bu tarifeler 6446 Sayılı Kanun'un 17. Maddesi'nde aynen korunmuş, söz konusu maddede, 4628 Sayılı EPK'de yer almayan 'piyasa işletim' ve 'son kaynak' tarifeleri de öngörülmüştür. Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği'nin "İletim Tarifesi" başlıklı 7. Maddesi'nin 2. Fıkrasında, iletim tarifesi içerisinde yer alan bedellerin, TEİAŞ'ın faaliyetlerini yürütebilmesi için gerekli olan sabit ve değişken maliyetlerinin karşılanması ve yatırımların sürdürülmesi için makul bir getiri elde edilmesine izin verecek şekilde hesaplanacağı öngörülmüştür.⁷⁹ Buradan hareketle, elektrik hizmeti faaliyetleri içinde, kamu hizmetinin bedelsizlik özelliğine en yakın olanının elektrik iletim hizmeti olduğu ileri sürülebilir.

⁷⁸ <<https://www.epdk.gov.tr/Detay/Icerik/3-0-24-3/elektrikiyillik-sektor-raporu>> Erişim Tarihi: 09/04/2021.

⁷⁹ <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/06/20200619-4.htm>> Erişim Tarihi: 09/04/2021.

c. Yakın Tarihte Elektrik Sektöründe Yaşanan Gelişmeler & Elektrik Hizmeti ve Elektrik İletim Hizmetiyle İlgili Öğretideki Farklı Görüşler

1980’li yıllardan itibaren, önce Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere’de, sonrasında da kıta Avrupası’nda yükselen bir ivmeyle popülarite ve taraftar kazanan özelleştirme dalgası, kaçınılmaz bir şekilde enerji sektörüne de yansımıştır. Bu sektördeki hizmetlerin bir kısmının özelleşmesi ve serbestleşmesi sonucu enerji piyasası oluşmuş, bu gelişmelerin zorunlu bir sonucu olarak değişen regülasyon anlayışı çerçevesinde idarenin, “*bu alandaki hizmetleri sağlayan*” taraftan, “*bu alandaki hizmetleri sağlayanları denetleyen*” tarafa dönüşmesiyle, bu alandaki kamu hizmeti anlayışı da değişiklik göstermiştir.

Bilindiği üzere enerji sektörü, dünya ekonomi politikğine yön veren sektörlerin başında gelmektedir. Örneğin AB’nin üç kurucu anlaşmasından ikisi, Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu’nun kurulmasını öngören 18/04/1951 tarihli Paris Anlaşması ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu’nun kurulmasını öngören 25/03/1957 Tarihli Roma Anlaşması, enerji üzerindedir. Enerji, ilk zamanlar, Avrupa Topluluğu’na üye devletler tarafından, topluluk düzeyinde düzenlenmek için fazla hassas, fazla siyasi ve fazla ulusal egemenliğe bağlı bir konu olarak görülmüş ve üye devletler, bu alandaki münhasır düzenleyici yetkilerini AB ile paylaşmak istememiştir. Fakat bu anlayış, 1980’lerin sonlarında değişmeye başlamış, ABD’li şirketlerin serbest rekabetin faydalarını savunması ve bu konuda AB’de yoğun lobi faaliyetleri yürütmesi sonucu, devlet kontrolünde olan bu sektör, piyasa odaklı bir sektöre dönüşmeye başlamıştır. 1990’lı yıllarda enerji sektöründe özelleştirme popüler bir hâl almış ve topluluk üyesi pek çok ülke, elektrik sektörünü rekabete açmıştır.⁸⁰

90’lı yıllara gelindiğinde, Avrupa’da olduğu gibi Türkiye’de de enerji kamu sektörünün özelleştirilmesi gündeme gelmiş ve bu yönde ilk olarak, dikey bütünleşik yapıda ve tekel olarak elektrik hizmetini veren TEK’in özelleştirilmesini öngören 3974 Sayılı Kanun yürürlüğe konulmuştur. Söz konusu kanuna karşı açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu 1944/43 Esas, 1994/42-2 Karar Sayılı, 10/12/1994 tarihli kararı ile söz konusu kanunun iptaline hükmetmiş, söz konusu karar, 24/01/1955 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.⁸¹ Gerekçeli kararda Mahkeme, TEK’in özelleştirilmesi sonucunda “*sektörün bir kısmının veya tamamının yabancıların eline geçmesini önleyici herhangi bir tedbir alınmamış*” olmasını “*elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı gibi stratejik öneme sahip kamu hizmetlerinin yabancıların eline geçmesi, ülke savunmasının güvenliği ve bağımsızlığı yönünden sakıncalıdır*” demek suretiyle değerlendirmiş, “*tekelleşmeyi önleyici*

⁸⁰ Kim Talus, *Introduction to EU Energy Law* (1. Edition, Oxford University Press, 2016), s. 2 – 3.

⁸¹ <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22181.pdf>> Erişim Tarihi: 16/04/2021.



ve kartelleşmeyi önleyecek tedbirlerin alınmaması olması”nı, “Anayasa’nın 167. ve 168. Maddelerine aykırı” bulmuş ve nihayet buradan hareketle “bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel sektöre gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir” hükmüne varmıştır. Burada dikkat çeken husus, tekelleşme ve kartelleşme risklerine dikkat çekilerek kamu hizmetinin özel sektöre devredilmesinde göz önüne alınması gereken temel kıstaslara işaret edilmesidir.⁸² Aynı kararda mahkeme, “Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür...” yorumuna yer verdikten sonra, “Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin 26.3.1974 günlü Esas 1973/32, Karar 1974/11 sayılı kararında, “...kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindedir.” denilerek, elektrik hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu açıkça vurgulanmıştır.” şeklinde hüküm vermiştir.⁸³

Bu karardan birkaç yıl sonra, 1999 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle Anayasa’nın 125. Maddesi’ne, imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceğine, Anayasa’nın 47. Maddesi’ne ise, kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmeleriyle de gördürülebileceğine yönelik fıkralar eklenmiştir. Bu durumda, içerikten hareket ederek, kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerin mutlaka idarî sözleşme niteliği taşıyacağını iddia etmek artık mümkün olmamaktadır. Bu itibarla kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerin mutlak idarî sözleşme niteliğini taşıyacağını ileri sürmek, günümüz için artık mümkün görülmemektedir.⁸⁴

“Kamu hizmeti” ve “piyasa” kavramları, bir bakıma birbirinin karşısında yer alan kavramlardır. Kamu hizmeti kavramı, eşitlik, mülkiyet ve irade özgürlüğünün kurucu unsurlarını oluşturduğu piyasa kurallarının (ekonomik alanın) karşısında yer alır. Başka bir ifadeyle kamu hizmeti, mülkiyet özgürlüğü, sözleşme özgürlüğü ve eşitlik ilkeleri üzerine kurulu piyasa kurallarının, tamamen ya da kısmen geçersiz kılındığı bir alana işaret eder.⁸⁵ Elektrik kamu hizmetini özelleştirerek, bu hizmeti özel sektöre gördürme konusunda ısrarlı

⁸² Sedat Çal, “Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:56, Yıl: 2002, Sayı:2; S. 163 – 197, s. 184. <<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/286/2610.pdf>> Erişim Tarihi: 09/05/2019.

⁸³ Vural Savaş, “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 15, Yıl: 1998; S. 79 – 98, s.92. <http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg15/vfsavas.pdf> Erişim Tarihi: 09/05/2019.

⁸⁴ Yavuz, a.g.e, s. 110.

⁸⁵ Yeliz Şanlı, “Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti”, *Mülkiye Dergisi*, Cilt 31, Yıl: 2007, Sayı 254; S. 51 – 71, s. 55. <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/959>> Erişim Tarihi: 12/06/2019.

olan siyasi irade, 2001 yılında 4628 Sayılı Kanun'u çıkartarak bu konuda esaslı bir girişimde bulunmuştur. Bu kanun çıkarılıncaya kadar, elektrik hizmetinin kamu hizmeti niteliğinde olduğu gerek olması gereken düzeyinde gerek kamu hukukunda gerekse yargı kararlarında tersinin kimse tarafından iddia edilmediği bir saptama iken, söz konusu kanunla, elektrik alanı, "elektrik piyasası" olarak nitelenmiş ve elektrik faaliyetleri, "üretim", "iletim", "dağıtım", "toptan satış", "perakende satış", "perakende satış hizmetleri", "ithalat" ve "ihracat" olmak üzere ayrıştırılmıştır.⁸⁶

Elektrik piyasasının dikey bütünleşik yapıdan dikey ayrışık yapıya geçmesi ve elektrik kamu hizmetinin bir kısmının rekabete açılmasıyla, bu hizmetin hangi kısımlarının (üretim- iletim-dağıtım) kamu hizmeti özelliğine sahip olduğu da hukukçular tarafından sorgulanmaya başlanmış ve bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Örneğin Ayanoğlu, elektrik hizmetinin anılan kanunla birlikte rekabete açıldığı, devlet tekelinden çıktığı ve bu kanunda elektrik piyasasının özel hukuk hükümlerine göre işlemesi öngörüldüğü için elektrik üretim, iletim ve dağıtım hizmetlerinin bir kamu hizmeti olmaktan çıktığını savlamış⁸⁷, Gönen ise "iletim" ve "dağıtım" faaliyetinin kamu hizmeti niteliğine ait özellikleri taşıdığı ancak "üretim" ve "elektrik ticareti"ne ilişkin faaliyetlerin kamu hizmeti olmadığını ileri sürmüştür.⁸⁸ Günday ve Gözler de benzer şekilde, elektrik dağıtım ve iletim faaliyetlerinin, kişilerin temel ihtiyaçlarından biri olan elektriğin tedarik edilebilmesi için zorunlu faaliyetler olduğu ve eşit şartlardaki kullanıcılara eşitler arasında ayırım gözetmeksizin sunulması gerektiğinden hareketle bu faaliyetleri iktisadi kamu hizmeti olarak nitelendirmektedir. Akçollu da yerinde bir tespitle, "iletimde rekabeti sağlamak amacı ile ikinci bir iletim hattının çekilmesinin hem fiziksel hem de finansal olarak imkânsız olduğu" düşüncesinden hareket ederek, iletimin doğal tekel özelliği taşıdığını savunmuştur.⁸⁹ Can da aynı şekilde ikinci bir iletim hattı çekilmesinin rasyonel olmadığını ileri sürmüş ve elektrik piyasası faaliyetlerinin rekabete açılmasıyla ilgili farklı düşünenlerin üzerinde mutabık oldukları tek noktanın, 'elektrik iletim ağının doğal tekel özelliği barındırması' olduğuna dikkat çekmiştir.⁹⁰

⁸⁶ Yeliz Şanlı, "Elektrik Hizmeti Kamu Hizmetidir" (TMMOB Türkiye VII. Enerji Sempozyumu, Ankara, 17 – 19 Aralık 2009), <https://www.emo.org.tr/ekler/a72f5d36d362c9d_ek.pdf> Erişim Tarihi: 12/06/2019.

⁸⁷ Taner Ayanoğlu, "Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt:13, Yıl: 2000, Sayı:1; S. 66 – 86. <<http://dergipark.gov.tr/iuihid/issue/1246/14622>> Erişim Tarihi: 12/06/2019.

⁸⁸ Gönen, a.g.e.

⁸⁹ Fatma Yeşim Akçollu, "Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon", *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi*, 2003. <<http://studylibtr.com/doc/1167996/elektrik-sekt%C3%B6r%C3%BCnde-rekabet-ve-reg%C3%BClasyon>> Erişim Tarihi: 19/09/2019.

⁹⁰ Mustafa Erdem Can, *Hukuki Açından Elektrik Piyasasında Rekabet* (Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2006), s. 335.



Elektrik tedarik sözleşmelerini ve sistem kullanım anlaşmasını ayrıntılı olarak inceleyen Yavuz ise, AB literatürüne, 1987 yılında AB Komisyonu tarafından iletişim sektöründe alt yapıya dair hazırlanan Yeşil Kitap ile giren ve “*topluluğun tamamında istisnasız herkese makul fiyatlarla ve standart kalitede sunulan hizmet*” olarak tanımlanan “*evrensel hizmet*” kavramının⁹¹, “*kamu hizmeti*” kavramının yerini almaya başladığını ileri sürerek, 4628 Sayılı Kanun’da öngörülen sübvansiyon ve fiyat eşitleme mekanizmasının bu kavramın yansımaları olduğunu belirtmiş ve dikey bütünleşmiş yapının ayrılması ve bazı faaliyetlerin rekabete açılması sonrası elektrik sektöründeki klasik kamu hizmeti anlayışının kapsamının daraldığını, bunun yerine daha rafine bir kavram olan evrensel hizmet kavramının sosyal devlet ve piyasa arasındaki dengeyi sağladığını vurgulamıştır.⁹²

Devletin elektrik üretim, iletim ve dağıtım ayağındaki denetim ve gözetim işlevinin devam ediyor olması ve son tüketiciye verilen elektriğin fiyatının dahi EPDK tarafından belirleniyor olması karşısında, bu faaliyet alanlarından üretim ve dağıtımın özelleştirme yoluyla rekabete açılmasının bunların kamu hizmeti olma özelliğini değiştirmeyeceği de ileri sürülebilecek diğer bir argüman olarak karşımıza çıkmaktadır.

Elektrik iletim hizmetiye, üretim ve dağıtımın aksine, rekabete açılmamış olması ve tekel olarak devlet tarafından sunuluyor olması nedeniyle, bu konudaki tartışmalardan biraz daha uzakta kalmaktadır. Sistem kullanım anlaşmasını özel hukuk sözleşmesi olarak tanımlayan ve TEİAŞ ile iletim sistemini kullananlar arasındaki ilişkiyi özel hukuk ilişkisi olarak nitelendiren Doğan dahi, elektrik iletim hizmetinin kamu hizmeti olduğunu ifade etmektedir.⁹³ Elektrik üretim şirketlerinin, ürettiği elektriği satmak için iletim sistemine aktarırken, ulusal elektrik şebekesine iletim noktasından bağlı endüstriyel firmalar elektrik ihtiyacını karşılarken, elektrik dağıtım şirketlerininse son tüketiciye elektrik tedarikinde bulunurken TEİAŞ’ın iletim sisteminin kullanılması, ayrıca elektrik iletim hizmetinin tekel olarak/münhasıran bir kamu kurumu olan TEİAŞ tarafından gerçekleştirilmesi, elektrik iletim hizmetinin bir kamu hizmeti olduğunu gösteren detaylardır. Ayrıca 6446 Sayılı Kanun’un “*Özelleştirme*” Başlıklı 18. Maddesi’nde, EÜAŞ ve TEDAŞ’ın aksine, TEİAŞ’ın özelleştirilmesine yönelik herhangi bir uygulamaya yer verilmemiş olması dikkate alındığında, özellikle elektrik iletim hizmetinin kanun koyucu

⁹¹ Yavuz, a.g.e., s. 77. İlk olarak 1907’de ABD’de AT&T firmasının reklam kampanyası vesilesiyle ve o dönem telefon şirketlerinin belirli bir tekelleşmeye gitmesini meşrulaştırmak için kullanılan kavram, günümüzde kamu hizmeti tekellerinin kırılması için kullanılmaktadır. Bkz: Ahmet İnel, “Kamu Hizmeti Özel Çıkara Teslim Edilebilir mi?”, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Sayı: 2, Nisan – Haziran 2004, s. 158.

⁹² Yavuz, a.g.e., s. 77 – 80.

⁹³ Doğan, a.g.e.

tarafından da bir kamu hizmeti olarak öngörüldüğü yorumu yapılabilir. Bütün bu hususlardan hareketle, birkaç istisnaî karşıt görüş dışında, “*elektrik iletim hizmetinin bir kamu hizmeti olduğu*” hususunun, öğretilerde baskın bir şekilde kabul edildiği ileri sürülebilir.

2. Organik Ölçüt ve Sistem Kullanım Anlaşması

Elektrik iletim hizmetinin kamu hizmeti olduğu noktası, hemen hemen herhangi bir duraksamaya yer verilmeksizin ortaya konduktan sonra karşımıza şu sorular çıkmaktadır: TEİAŞ, elektrik iletim hizmetini bir kamu tüzel kişisi olarak mı yoksa bir özel hukuk tüzel kişisi olarak mı sunmaktadır? Özel hukuk tüzel kişisi, eşitler arası bir sözleşme ilişkisinde kamu hizmeti sunmaya devam edebilir mi?

TEİAŞ, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (“KHK”) gereğince iktisadi devlet teşekkülü (KİT) olarak, 29/06/2001 tarih ve 24447 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren esas sözleşmesi ile kurulmuş bir şirkettir.⁹⁴ TEİAŞ’ın esas sözleşmesinin 3. maddesindeki “*Bu Anastatü ile teşkil olunan Türkiye Elektrik İletim A.Ş. (Teşekkül) tüzel kişiliğe sahip, faaliyetlerinde özerk ve sorumluluğu sermayesiyle sınırlı bir İktisadi Devlet Teşekkülüdür.*” hükmü, Esas Sözleşmenin 21. maddesindeki, “*Bu Anastatüde bulunmayan hususlarda K.H.K. hükümleri uygulanır*” hükmü ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 4. Maddesindeki “*Teşebbüsler, bu Kanun Hükmünde Kararname ile saklı tutulan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabidir.*” hükmünden hareketle, iktisadi devlet teşekküllerinin ve dolayısıyla TEİAŞ’ın, faaliyetlerinde özel hukuk hükümlerine tabi olduğu sonucuna varan Doğan, elektrik enerjisi iletim faaliyetleri bakımından da bu sonucun değişmeyeceğini ileri sürmüştür.⁹⁵

Bu genel geçer ibarenin, elektrik enerjisi iletim hizmeti ve TEİAŞ’ın üstün kamu gücü kullandığı sistem kullanım anlaşmasında geçerli olmadığı aşikârdır. Çünkü TEİAŞ, aynı zamanda kamulaştırma yapmak suretiyle kamu gücü kullanan bir kamu tüzel kişisidir. ETKB ve TEİAŞ lehine acele kamulaştırma kararları alınmaktadır. Aynı zamanda 6446 Sayılı Kanun’un “*Kamulaştırma*” Başlıklı 19. Maddesi’nin 5. fıkrasında, kamu tüzel kişiliğini haiz ön lisans veya lisans sahibi tüzel kişilerce yürütülen üretim, iletim veya dağıtım faaliyetleri için gerekli olan taşınmazlarla ilgili kamulaştırma işlemlerinin, bu tüzel kişiler tarafından yapılacağı ve kamulaştırılan taşınmazların üretim, iletim veya dağıtım tesislerinin mülkiyetine sahip olan ilgili kamu tüzel kişileri adına tescil edileceği öngörülmektedir. Aynı Kanununun 8. Maddesi’nde de elektrik enerjisi iletim faaliyetinin münhasıran TEİAŞ tarafından yürütüleceği hüküm altına alınmıştır. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu

⁹⁴ Doğan, a.g.e., 64.

⁹⁵ Doğan, a.g.e., 64.



kanun kapsamında yürüttüğü elektrik iletim hizmeti için başta “*kamulaştırma yapma*” olmak üzere kamu gücü kullanan TEİAŞ'ın, elektrik iletim hizmetinin sunulması bakımından sistem kullanım anlaşmasının karşı tarafıyla, özel hukuk sözleşmesi ilişkisi değil, idari sözleşme ilişkisi kurduğu sonucuna varılabilir. Ayrıca daha önce belirtildiği gibi, kamusal menfaat her daim bireysel menfaatten üstündür ve tekel olarak kamu hizmeti sunan TEİAŞ'ın, sistem kullanım anlaşması kapsamında eşitler arası bir sözleşme ilişkisine girerek bu hizmeti sunuyor olması düşünülemez.

3. Maddi Ölçüt ve Sistem Kullanım Anlaşması

a. Genel Olarak

Konuyla ilgili mevzuat hükümlerinden de görüldüğü üzere sistem kullanım anlaşması, sıradan bir özel hukuk sözleşmesi olmaktan bir hayli uzaktır. Anlaşmanın, TEİAŞ tarafından hazırlanması ve EPDK tarafından onaylanması söz konusudur. Konuyla ilgili mülga mevzuatta EPDK onayı olmadan anlaşmanın hükümlerinde herhangi bir değişiklik yapılamayacağı öngörülmüşken, konuyla ilgili yürürlükteki mevzuatta *anlaşmanın genel hükümlerinde* EPDK onayı olmaksızın değişiklik yapılamayacağı öngörülerek bu hususta daha esnek bir yaklaşım sergilenmiştir. Anlaşmanın⁹⁶ ilk hâlinde de mevcut hâlinde de taraflardan birini idare oluşturmakta, ayrıca anlaşma, taraflarının dışında 3. bir tüzel kişi, bir bağımsız idari otorite olan EPDK onayıyla, yani bir idari işleme yürürlüğe girmektedir. Bu 2 husus, söz konusu anlaşmanın “idari sözleşme” özellikleri taşıdığına işaret etmektedir. Anlaşmanın eski hâliyle ilgili olarak, anlaşmanın hükümleri üzerinde tarafların müzakere etmesi ve değişiklikler yapması mümkün değildir. Anlaşmanın yeni hâlinin hazırlanış sürecinde anlaşma taslağı, EPDK'nin resmi internet sitesinde elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin görüş ve önerilerine açılmaktadır. Anlaşmanın yeni hâlinin bu şekilde hazırlanıyor olması, ilk bakışta anlaşmanın müzakere edildiği, başka bir deyişle sözleşme serbestisi ilkesine uygun olarak oluşturulduğu izlenimini vermekte ve bu anlamda söz konusu anlaşmanın özel hukuk sözleşmesi olarak yorumlanabileceğini akla getirmektedir. Ancak anlaşmanın taraflarının görüşlerinin bir bağlayıcılık taşımaması ve anlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra hükümlerinin taraflarca serbestçe değiştirilememesi, anlaşmanın klasik anlamda bir özel hukuk sözleşmesi olarak yorumlanmasına olanak vermemektedir. 4628 ve 6446 Sayılı Kanunlar tarafından TEİAŞ'a kamu hizmeti ruhsatı tarzı elektrik iletim ruhsatı verilmesi, elektrik iletim hizmetinin yerine getirilmesinin asli sorumlusunun bir kamu tüzel kişisi TEİAŞ olması, elektrik iletim hizmetinin bir kamu hizmeti olması, bu hizmetin tüm yurttaki tekel olarak TEİAŞ tarafından

⁹⁶ <<http://www.epdk.gov.tr/Detay/DownloadDocument?id=17ayTgQDJk8>> Erişim Tarihi: 09/11/2019.

veriliyor olması, sistem kullanım anlaşmasının özel hukuk sözleşmesi olarak yorumlanmasının önünde bulunan diğer engellerdir.

b. Sistem Kullanım Anlaşması'nın Unsurlarının Maddi Ölçüte Göre Değerlendirilmesi

ba. İletim Sistemine Bağlantı Unsuru

Hem bağlantı hem de sistem kullanım anlaşmaları için geçerli olan bu unsur, bağlantı yapılan yerde iletim sistemi kullanıcıya belirli bir gücün tahsis edilmesi amacıyla bağlantı bedeli karşılığında kullanıcının bağlantı bedeli karşılığında şebekeye bağlantısını konu almaktadır.⁹⁷ Kullanıcı, elektrik üretim veya tüketimine uygun bir yerden, TEİAŞ tarafından bu konuda Yönetmeliğin 4. Maddesi'nde, ayrıca Elektrik Piyasası Şebeke Yönetmeliği'nde ve Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde öngörülen kıstaslar uyarınca vereceği uygun bağlantı görüşü neticesinde iletim sistemine bağlanabilmektedir. Aynı maddede TEİAŞ'ın hangi durumlarda olumsuz bağlantı görüşü verebileceği de belirtilmiş ve sistem kullanım taleplerinin, TEİAŞ tarafından eşit taraflar arasında ayırım gözetilmeksizin karşılanacağı hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere, anlaşmanın bu unsuru üzerinde de anlaşmanın tarafları, klasik bir özel hukuk sözleşmesinde olduğu gibi serbestçe tasarruf edememektedir.

bb. Sistem Kullanım Unsuru (Anlaşma Gücü veya Kapasitesi)

Kullanıcı, iletim sistemine bağlantısı yapıldıktan sonra, belirli bir bedel karşılığında kendisine tahsis edilen noktadan elektrik kullanmaya ve/veya iletim sistemine elektrik vermeye hazır hale gelmektedir. Bu sistem kullanımı, TEİAŞ'ın kullanıcıya tahsis ettiği kapasite dâhilinde gerçekleşmektedir. Anlaşmanın bu bağlamda bir kira sözleşmesine benzediğini ileri süren Yavuz, TEİAŞ'ın, planlı kesintiler ve mücbir sebep hâlleri dışında, kullanıcının ihtiyaç duyduğu her an gerekli miktar ve kalitede elektrik enerjisi sağlama yükümlülüğünün bulunması noktasında, anlaşmanın klasik bir kira sözleşmesinden uzaklaştığına dikkat çekerek, anlaşmayı sui generis bir sözleşme olarak tanımlamanın doğru olacağını belirtmiştir.⁹⁸ Yönetmeliğin 'Anlaşma gücü' başlıklı 7. Maddesi'nde kullanıcının, kendisine tahsis edilen kapasitenin değiştirilmesiyle ilgili kısıtlamalara yer verilmiştir. Kanımızca, bu kısıtlamalar, anlaşma nitelendirilirken, klasik bir özel hukuk sözleşmesinden uzaklaşılmasını gerektiren başka bir neden olarak karşımıza çıkmaktadır.

bc. Sistem Kullanım Bedeli

Sistem kullanım bedeli, kullanıcıya tahsis edilen kapasitenin, şebekeye ilişkin yatırım harcamaları ve işletme bakım giderleri de dikkate alınarak hesaplanan

⁹⁷ Yavuz, a.g.e., s. 240.

⁹⁸ Yavuz, a.g.e., s. 244 – 245.



fiyatı ifade etmektedir.⁹⁹ Yönetmeliğin 'Ödeme yükümlülüğü' başlıklı 22. Maddesi'nde kullanıcının, EPDK tarafından onaylanan tarife ve bedeller üzerinden TEİAŞ'a ödeme yapacağı belirtilmiştir. Söz konusu hesaplamaların nasıl yapılacağına yönelik ayrıntılara, Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde yer verilmiştir. Anlaşma uyarınca TEİAŞ'a yapılacak ödeme kalemlerinin ve bu kalemlerin hesaplanma yöntemlerinin mevzuatça öngörülmüş olması, bu hususların anlaşmanın taraflarınca serbestçe kararlaştırılmaması hususları, özel hukuku aşan rejime örnek olarak verilebilir.

bç. Anlaşmanın Sona Ermesi

Klasik bir özel hukuk sözleşmesinden farklı olarak, anlaşmanın sona ermesine cevaz verilmeyen bazı durumlar söz konusu olabilmektedir. Yönetmeliğin 'İletim sisteminden ayrılma' başlıklı 9. Maddesi'nde, üretim lisansı sahibi kullanıcıların, lisansları iptal edilmediği veya sona ermediği sürece anlaşmanın sonlandırılmasını talep edemeyecekleri hüküm altına alınmıştır.

bd. Diğer Unsurlar

Kullanıcının anlaşma tahtındaki yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde TEİAŞ'ın kullanıcının elektrik enerjisini kesebilmesi, TEİAŞ'ın, elektrik enerjisi iletimini olumsuz yönde etkileyecek şekilde maksimum kapasiteler üzerinde elektrik enerjisi alınmaması ve verilmemesi için otomatik enerji kesme sistemlerini devreye alabilmesi, kullanıcının, TEİAŞ tarafından kendisine tahakkuk ettirilen sistem kullanım bedeli faturasını ödemede temerrüde düşmesi hâlinde kendisine, 6183 Sayılı Kanun'un 51. Maddesinde öngörülen gecikme zammının uygulanması, kullanıcının, TEİAŞ'ın istediği bilgi ve belgeleri vermek zorunda olması ve bunları temin etmekten kaçınmaması, anlaşmadan doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü noktasında tarafların EPDK'ye başvurulabileceğinin öngörülmüş olması, TEİAŞ'ın iletim sistemini kullanan şirketlere, arz güvenliğinin sağlanması ve ulusal iletim sisteminin dengesinin korunması için, Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliği uyarınca yük alma/yük atma talimatı verebilmesi¹⁰⁰ yönündeki düzenlemeler, özel hukuku aşan hükümler ve yetkiler olarak karşımıza çıkmaktadır.

III. GENEL İŞLEM ŞARTLARI VE SİSTEM KULLANIM ANLAŞMASI

Nüfusun artması ve teknolojinin gelişmesi, topluma sunulan mal ve hizmetler bakımından aynı ya da benzer işlemlerin giderek daha hızlı bir şekilde gerçekleştiği ve daha fazla sayıda tekrarlandığı bir düzeni de

⁹⁹ Yavuz, a.g.e., s. 246.

¹⁰⁰ Can, a.g.e., s. 428.

beraberinde getirmiştir. Böyle bir düzende mal ve hizmetleri sunanlar ve bunlardan faydalananların, maliyetlerden ve emekten tasarruf etmek ve aralarındaki hukuki ilişkide daha hızlı sonuca ulaşmak istemeleri, yapacakları sözleşmelerin tek tipleşmesine yol açmıştır.

Bu tek tipleşmenin sonucu olarak ortaya çıkan genel işlem şartları (koşulları) (GİŞ), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20. Maddesi'nde tanımlanmıştır. Söz konusu tanıma göre GİŞ, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.¹⁰¹ GİŞ'in gündeme gelebilmesi için, bu unsurların kümülatif varlığı aranmaktadır.¹⁰² Zaruri bazı ihtiyaçların teminine yönelik enerji sağlama sözleşmelerinde de bu şartlara rastlanmaktadır.¹⁰³

Doğan, sistem kullanım anlaşması üzerinde, müzakere ve değişiklik yapma imkânının bulunmadığını, anlaşmanın düzenlemeye tabi bir piyasanın özelliklerini taşıyan tip sözleşme olduğunu, tip sözleşme olması nedeniyle de anlaşma hükümlerinin GİŞ niteliği taşıdığını ileri sürerken,¹⁰⁴ Yavuz da anlaşmanın iltihakî bir sözleşme niteliği taşıdığını ve Borçlar Kanunundaki GİŞ teorisinin bu anlaşma bakımından da söz konusu edilebileceğini düşünmektedir.¹⁰⁵

Bir kamusal makam tarafından onaylanmış veya hazırlanmış olan ve kullanılması mecbur kılınan sözleşme hükümlerinin varlığı hâlinde Kılıçoğlu¹⁰⁶, Atamer¹⁰⁷, Karadağ¹⁰⁸ ve Dağdelen¹⁰⁹, GİŞ'in söz konusu olmayacağını savunurken, bu durumda GİŞ'in tek tarafça koyulması şartının yerine gelmediği hususuna dikkat çekmektedir. GİŞ'in varlığı için aranan şartların bir arada bulunmasının gerekmesi ve yukarıda ayrıntılı olarak ele alındığı üzere, sistem kullanım anlaşmasının bir kamusal makam olan TEİAŞ tarafından hazırlanıp, başka bir kamusal makam olan EPDK tarafından onaylanması,

¹⁰¹ <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>> Erişim Tarihi: 09/02/2020.

¹⁰² Ahmet Hakan Dağdelen, "Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürürlük Denetiminin Esasları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Yıl: 2009, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı; S. 637 – 652, s. 639. <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/909979>> Erişim Tarihi: 10/06/2021.

¹⁰³ Yavuz, a.g.e., s. 200.

¹⁰⁴ Doğan, a.g.e., s. 63.

¹⁰⁵ Yavuz, a.g.e., s. 237 – 239.

¹⁰⁶ Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017), s. 165.

¹⁰⁷ Yeşim M. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, Şubat 2001), s. 62 – 63.

¹⁰⁸ Özgür Karadağ, *Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar* (2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015), s. 39.

¹⁰⁹ Dağdelen, a.g.e., s. 641.



söz konusu anlaşmanın da kullanımının mevzuatça zorunlu tutulmuş olması, başka bir deyişle, ‘anlaşma hükümlerinin tek tarafça konulması’ şartının yokluğu karşısında, sistem kullanım anlaşması bakımından GİŞ’in söz konusu olamayacağı düşünülmektedir. GİŞ’in gündeme geldiği sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarının sözleşmeyi müzakere etmesinin önünde mevzuattan kaynaklanan herhangi bir engel bulunmaması, fakat sözleşmenin taraflarından birinin diğerine olan bariz üstünlüğü nedeniyle sözleşmenin müzakere edilememesi söz konusudur. Sistem kullanım anlaşmasında hem anlaşmanın taraflarından bağımsız 3. bir kişi konumunda olan EPDK’nin onayıyla yürürlüğe girme, hem de tarafların istemesi hâlinde dahi anlaşmanın bazı maddeleri üzerinde değişiklik yapılamaması söz konusudur. *Başka bir anlatımla anlaşmanın müzakere edilememesi ve bazı hükümlerinde değişiklik yapılamaması, anlaşmanın taraflarından birinin diğerine olan üstünlüğünden değil, söz konusu hükümlerin EPDK onayı olmaksızın değiştirilememesinden kaynaklanmaktadır.* GİŞ’in gündeme geldiği sözleşmelerde, sözleşmenin güçlü olan tarafının kabul etmesi hâlinde, tip sözleşmeye eklemeler yapılabilmesine örnek olarak, vadesiz mevduat hesabı/kredi kartı üyelik sözleşmeleri gösterilebilir. Söz konusu matbu sözleşmelere banka müşterisinin el yazısıyla “hesap işletim ücreti/yıllık kart aidatı tahsil edilmeyeceğine” dair bir madde eklemesi durumunda, sözleşmenin bu hâliyle yürürlüğe girmesi önünde yasal bir engel bulunmamaktadır. Hâlbuki sistem kullanım anlaşmasına benzer bir mantıkla madde eklenebilmesi mümkün değildir. Ayrıca 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 21. Maddesi’nde genel işlem şartının yaptırımı, bu şartı taşıyan maddelerinin yazılmamış sayılması olarak öngörülmüştür. Sistem kullanım anlaşması doğrudan bir kamu hizmetinin ifasıyla ilgili olduğu için, maddelerinden herhangi birinin yazılmamış sayılması yaptırımına maruz kalması düşünülemez. Aksi takdirde, bir idari merci olan EPDK’nin, “sistem kullanım anlaşmasını onaylama ve yürürlüğe sokma” yönündeki idari işleminin, bir adli yargı yerinin kararıyla ve dolaylı olarak kısmen iptal edilmesi söz konusu olacaktır. Zira, bu onaylama ve yürürlüğe sokma idari işlemi, aynı zamanda sistem kullanım anlaşmasının bütün maddelerinin EPDK tarafından uygun bulunması anlamına da gelmektedir. Hâliyle böyle bir karar da 2577 Sayılı Kanun’a aykırılık teşkil edecektir.

IV. SİSTEM KULLANIM ANLAŞMASIYLA İLGİLİ ÖĞRETİDEKİ FARKLI GÖRÜŞLER

Söz konusu anlaşmanın bir özel hukuk sözleşmesi olduğunu ileri süren Doğan¹¹⁰, görüşünü savunurken detaylı bir hukuki nitelendirme yapmakla birlikte, ruhsat tipleri ve elektrik enerjisi sektöründe şirketlere verilen lisanslar üzerinden ve başka ülke hukuk sistemlerinde konunun nasıl ele

¹¹⁰ Doğan, a.g.e.

alındığına değinerek ve özellikle Fransız hukuk sisteminde sistem kullanım anlaşmalarından örnek vererek konuya ışık tutmayı seçmiş, bunu yaparken anlaşmanın yukarıda ayrıntılı olarak verilen özelliklerini göz ardı etmiştir. Sistem kullanım anlaşmasını detaylı bir şekilde inceleyen Doğan, TEİAŞ'ın özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterdiğini, TEİAŞ ile tamamen özel hukuk tüzel kişisi konumunda olan piyasa katılımcıları arasındaki tüm ilişkilerin özel hukuk hükümlerine tabi olması gerektiğini, dolayısıyla taraflar arasındaki tüm sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olduğunu ileri sürmüştür.¹¹¹ Yazarın bu çıkarımında bulunduğu tarihte 4628 Sayılı Kanun'da 'bağlantı ve sistem kullanım anlaşması' ve 'ikili anlaşma' tanımı yer almaktayken ve her iki kanun da elektrik piyasasındaki bütün sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirme yoluna gitmemişken, yazarın bu nitelendirmede bulunması kanımızca isabetli olmamıştır. Yazar, 4628 ve 6446 Sayılı Kanunların 1. Maddesi'nde geçen "*elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin yapılmasının sağlanmasıdır.*" düzenlemesinden hareketle, elektrik piyasasının özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren bir piyasa olduğuna, böyle bir piyasada faaliyet gösteren bir şirketin de kamu gücünü kullanarak idari işlem tesis etmesinin ve idari para cezası uygulamasının mümkün olmadığını savunmaktadır.¹¹² Söz konusu kanunun 8. Maddesinde elektrik enerjisi iletim hizmetinin münhasıran TEİAŞ tarafından yerine getirildiğinin öngörülmesi ve "*rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre yürütülme*" bakımından aynı kanun tarafından elektrik iletim hizmetinin ayrıktutulmuş olması nedenleriyle Doğan'a bu hususta katılamamaktayız.

Yavuz, elektrik piyasasındaki ikili anlaşmaların özel hukuk hükümlerine tabi olduğuna ilişkin kanundaki netliğin, bağlantı ve sistem kullanım anlaşmaları için söz konusu olmadığını, bu nedenle bu anlaşmaların hukuki niteliğinin tartışmalı olduğunu, Alman elektrik piyasası mevzuatında da bu konuda netlik bulunmadığını, fakat Alman içtihatlarınca sistem kullanım anlaşmasının özel hukuk sözleşmesi olarak tanımlanmış olduğunu belirterek, anlaşmanın Kurul onayı işleminin niteliğine, kanunun bu anlaşmanın hukuki niteliğini belirlememesine ve şebeke faaliyetlerinin sistem işleyişi bakımından önemi ve doğal tekel niteliğine dikkat çekerek, bu anlaşmanın kamu hukukuna tabi olduğunun ileri sürülebileceğini belirtmiştir. Ayrıca Yavuz, tip bir sözleşme olarak nitelendirilmesinin yanında sistem kullanım anlaşmasının, şebekeye erişim bakımından sözleşme yapma zorunluluğu ve sözleşme yapılan

¹¹¹ Beşir Fatih Doğan, a.g.e., s. 65.

¹¹² Doğan, a.g.e.



tüzel kişilere eşit davranma yükümlülüğü içermesi nedenleriyle, sözleşme yapma serbestisi barındırmama ve belirli bir sözleşmesel ilişki içerisinde yer alma bakımından klasik bir özel hukuk sözleşmesinden ayrıldığını da vurgulamaktadır.¹¹³

Sözleşmelerle ilgili geleneksel yaklaşımın “*özel hukuk sözleşmesi – idari sözleşme*” olmakla birlikte, söz konusu yaklaşımın dışına çıkan ve ne tam olarak özel hukuk sözleşmesi ne de tam olarak idari sözleşme tanımına uyan sözleşmeler de bulunduğunu belirten ve bu 3. tip sözleşmeleri “*idarenin müdahale ettiği özel hukuk sözleşmeleri (bileşik iradeli birleşme sözleşmeler)*” olarak tanımlayan Sezginer, konuyla ilgili üretim ve dağıtım şirketi arasındaki sistem kullanım anlaşmasına değinmiş, taraflarından birinin idare olduğu özel hukuk sözleşmelerinde de sözleşmenin tarafı olmayan bir idarenin sözleşmeye müdahale etmesinin söz konusu olabileceğine, taraflardan birince hazırlanıp diğerince bu içeriğin kabul edilmesi söz konusu olmadığı için bu anlaşma bakımından katılmalı sözleşmenin de söz konusu olmadığına, anlaşmada bedele ilişkin bir hüküm bulunmadığına, bu hususa yönelik olarak yayımlanan EPDK metodolojisinin, anlaşmanın tarafları dışında yer alan bir idari makamın, mevzuat gereği taraflar arasındaki alacak-borç ilişkisinde uygulanacak bir idari işlemi olduğuna ve idarenin bu irade açıklamasının idari işlemin tüm özelliklerini taşıdığı için bunun doğal sonucunun, idare hukuku rejimi içerisinde değerlendirilmek olduğuna dikkat çektikten sonra, idari sözleşmelerde dahi sözleşmenin mali hükümlerinin müzakere ile oluşturulduğunu, fakat sistem kullanım anlaşmasının mali hükümlerinin anlaşmanın taraflarının değil, onların dışındaki idarenin iradesini yansıttığını, bu nedenle dağıtım sistemi sistem kullanım anlaşmasının “*idarenin müdahale ettiği özel hukuk sözleşmesi*” olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.¹¹⁴

Ulusoy ise sistem kullanım anlaşmalarının klasik idari sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir.¹¹⁵

V. YARGIKARARLARINDA SİSTEM KULLANIM ANLAŞMASI

Öğretide sistem kullanım anlaşmasının nitelendirilmesindeki belirsizlik ve görüş ayrılıkları, uygulamaya da yansımış ve bunun sonucu olarak sistem kullanım anlaşmalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların hem adli hem de idari

¹¹³ Yavuz, a.g.e., s. 237 – 239.

¹¹⁴ Murat Sezginer, “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli Birleşme Sözleşmeler)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt:17, Yıl:2013, Sayı 1-2; S. 1589 – 1621, s. 1614. <http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_1-2_52.pdf> Erişim Tarihi: 08/12/2019.

¹¹⁵ Mehmet Suat Kayıkcı, “Elektrik Piyasasında Sistem Kullanım Anlaşmalarının Hukuki Niteliği”. <<http://docplayer.biz.tr/21187720-Elektrik-piyasasinda-sistem-kullanim-anlasmalarinin-hukuki-niteliği-av-mehmet-suat-kayikci.html>> Erişim Tarihi: 17/12/2019.

yargı yerlerinde görülmesi sonucuyla karşılaşılmıştır. Her iki yargı kolunda da davalar görülmüş ve mahkemelerce davanın esasına girilerek kararlar verilmiştir. Konuyla ilgili olarak verilen kararlarda Yargıtay, TEİAŞ'ı özel hukuk tüzel kişisi olarak, sistem kullanım anlaşmalarını da özel hukuk sözleşmesi olarak değerlendirmiş; Danıştay ise TEİAŞ'ı kamu tüzel kişisi olarak, sistem kullanım anlaşmalarını ise özel hukuku aşan hükümler içeren idari sözleşme olarak yorumlamıştır. Olumsuz görev uyuşmazlığı sonucu konu, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin önüne gelmiş, söz konusu yüksek mahkeme ilk kararında sistem kullanım anlaşmasını özel hukuk sözleşmesi ve tarafların bu sözleşme tahtındaki ilişkisini özel hukuk ilişkisi olarak yorumlamış, sonraki tarihli başka bir kararındaysa anılan anlaşmayı idari sözleşme olarak nitelendirmiştir.

A. Adli Yargı Kararlarında Sistem Kullanım Anlaşması

Adli yargıda görülen davalar, sistem kullanım anlaşmasındaki iletim sistemi kullanıcılarının, sistem kullanım anlaşmasında öngörülen yaptırımlardan biri nedeniyle düzenlenen faturanın bedelini ödemeksizin borçlu olmadıklarının tespiti talepli olarak açtıkları menfî tespit davaları ile dava konusu fatura bedelini ödedikten sonra açtıkları istirdat davalarından oluşmaktadır. Nadiren de olsa, faturanın hukuka aykırılığının yanında, “*genel işlem koşulları nedeniyle sistem kullanım anlaşmasının bazı maddelerinin yazılmaması*” istemli olarak da dava açılabilir. Bu davalarda adli yargı yerlerince, TEİAŞ'ın 233 sayılı KHK hükümlerine tabi bir İktisadi Devlet Teşekkülü olduğu vurgulanmakla birlikte, 4628 sayılı Kanun ve ikincil mevzuat kapsamında iletim faaliyeti yürütmekle görevlendirildiği, TEİAŞ tarafından yürütülen elektrik iletim hizmetinin bir kamu hizmeti olduğu, kamu hizmetinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerin, idareye sözleşmelerin yürütülmesi sırasında bir takım üstün yetkiler tanınması bakımından özel hukuk sözleşmelerinden ayrıldığı, dava konusu uyuşmazlıkta her ne kadar taraflar arasındaki anlaşma bir sözleşme metni gibi düzenlenmiş ise de, gerek TEİAŞ tarafından tek taraflı olarak hazırlanmış olması, gerekse EPDK tarafından onaylanarak yürürlüğe girmesi nedeniyle iki taraflı irade beyanına havi bir özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmediği, Yöntem Bildirimi'nin ise bir idari işlem olarak değerlendirildiği, buna göre davanın idari yargı yerlerinde görülmesi gerektiği gerekçesiyle davanın görevsizlik nedeniyle reddine karar verilmiştir. Bu yöndeki kararların temyizi üzerine Yargıtay, TEİAŞ'ın 233 sayılı KHK'ya tabi bir Kamu İktisadi Teşebbüsü olduğu, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 18/1. maddesinde “*Ticaret şirketleriyle gayesine varmak için ticari bir işletme işleten dernekler, kendi kuruluş kanunları gereğince hususi hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, Vilayet, Belediye gibi amme hükmi şahısları tarafından kurulan teşebbüs ve müesseseler dahi tacir sayılırlar.*” hükmünde



yer alan “teşebbüsler”in 233 sayılı KHK’da sözü edilen “kamu iktisadi kuruluşu” ve “kamu iktisadi teşebbüsü” olduğunun kabul edilmesi gerektiği, tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan bu teşebbüslerin 233 sayılı KHK ile saklı tutulan konular dışında özel hukuk hükümlerine tabi olduğu, kamu iktisadi teşebbüslerinin tacir sıfatını kazanabilmek için “kuruluş kanunları uyarınca özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek” ya da “ticari şekilde işletilmek üzere kurulmak” şartlarından birinin sağlanmasının yeterli olduğu; TEİAŞ’ın Anastatüsünde Teşekkülün, EPK, KHK ve Anastatü hükümleri saklı kalmak üzere özel hukuk hükümlerine tabi olacağına belirtildiği, buna göre davalının özel hukuk tüzelkişisi olarak kabul edilmesi gerektiği, uyuşmazlık konusunun idari bir işlem veya eylem niteliğinde olmadığı, bu nedenle uyuşmazlığın çözüm yerinin adli yargı olması gerektiği belirtilerek adli yargı ilk derece görevsizlik kararlarının bozulmasına karar vermiştir.¹¹⁶ Yargıtay, söz konusu bozma kararlarında sistem kullanım anlaşmasıyla ilgili hukuki değerlendirme yapmaktan kaçınmış, sadece anlaşmanın taraflarının özel hukuk tüzel kişisi olduğuna vurgu yapıp, 2 özel hukuk tüzel kişisinin yaptığı sözleşmenin adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Başka bir deyişle Yargıtay, anlaşmanın türünü yorumlarken anlaşmanın özelliklerinden ziyade anlaşmanın taraflarını göz önünde bulundurmuş, anlaşmanın özelliklerine değinmemiştir. Dahası Yargıtay, TEİAŞ’ı sıradan bir özel hukuk tüzel kişisi olarak görmüş, onun anlaşma tahtında hareket ederken özel hukuku aşan üstün kamusal yetkiler kullandığını, anlaşmayı diğer tarafın itiraz ettiği hususları göz önüne almadan hazırlayıp EPDK’nin onayına sunabildiğini, gerek 4628 Sayılı Kanun gerekse 6446 Sayılı Kanunda elektrik enerjisi iletim hizmetinin münhasıran TEİAŞ tarafından ifa edildiğini, TEİAŞ’ın bu hizmeti ifa etmek için kamulaştırma başta olmak üzere kamu gücü kullandığını göz ardı etmiştir. Anlaşmanın konusunu oluşturan elektrik iletim faaliyetinin kamu hizmeti olup olmadığı hususuna da bozma kararlarında değinilmediği göze çarpmaktadır. Özetle Yargıtay’ın anılan bozma kararlarındaki hukuki tahlilinin, pek çok yönden eksik ve yüzeysel olduğu ileri sürülebilir.

B. İdari Yargı Kararlarında Sistem Kullanım Anlaşması

İdari yargı yerlerinde ise, sistem Kullanım Anlaşması uyarınca TEİAŞ tarafından düzenlenen faturaların, 5326 Sayılı Kabahatler Kanununda dayanağı bulunmayan idari para cezası olduğu ileri sürülerek, bu yöndeki idari işlemin iptali ve varsa bu işleme dayalı olarak yapılan ödemelerin taraflarına iadesi istemli olarak iptal ve tam yargı davaları açılmıştır. Bu davalarda bazı

¹¹⁶ Yargıtay 3. H.D. 2014/5464 E. 2014/12803 K. Sayılı 01/10/2014 Tarihli, 23. H.D. 2014/7403 E., 2015/4452 K. Sayılı 10/06/2015 Tarihli, 2015/9133 E. 2017/1665 K. Sayılı 05/06/2017 Tarihli, 2015/5520 E. 2015/6036 K. Sayılı 28/09/2015 Tarihli Kararları. <<https://www.corpus.com.tr/>> Erişim Tarihi: 06/10/2018.

mahkemelerce, bir önceki bölümde Yargıtay'ın bozma kararlarında yer alan gerekçelerle görev yönünden reddine karar verilmiştir. Bu yöndeki kararlara karşı kanun yollarına başvurulması üzerine Danıştay 13. Dairesi tarafından verilen kararlarda ise özetle; *mülga 4628 ve 6446 sayılı Kanunlara göre elektrik enerjisi iletim faaliyetinin ancak tekel niteliğinde ve TEİAŞ tarafından yürütülebileceğinin belirtildiği, 233 sayılı KHK hükümlerine göre ise TEİAŞ'ın, ekonominin kurallarına uygun olarak faaliyette bulunmak üzere kurulan sermayesinin tamamı Devlete ait, tüzelkişiliğe sahip bir kamu kuruluşu olduğu, ilgili mevzuat uyarınca iletim faaliyetinin TEİAŞ'a ait olduğu; anılan şirketin iletim faaliyeti dışında herhangi bir faaliyetle iştigal edemeyeceği; kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi gereken bu hizmetin, özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılmasına yasal olanak bulunmadığı; iletim kamu hizmetinin elektrik dağıtım şirketleri açısından zorunlu unsur niteliğinde olduğu ve bu hizmetin davalı TEİAŞ ile dağıtım şirketleri arasında akdedilen sistem kullanım ve bağlantı anlaşmaları ile gerçekleştirildiği, özel faaliyetler için söz konusu olmayacak üstün ayrıcalıklara sahip olan, yükümlülükler rejimine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen kamu hizmeti niteliğindeki elektrik dağıtım faaliyetini yürüten davacı şirket ile elektrik iletim faaliyetiyle iştigal eden ve yasal tekel niteliğini haiz TEİAŞ arasındaki ilişkinin iletim faaliyeti özelinde özel hukuk ilişkisi olarak değerlendirilemeyeceği, söz konusu anlaşmaların hazırlanmasına ilişkin mevzuat hükümleri ve sözleşme metninin değerlendirilmesinden, sözleşme serbestisinden söz edilemeyeceği, sözleşmenin özel hukuku aşan bir rejime tabi olduğu ve sözleşmede özel hukuku aşan hükümler bulunduğundan, dava konusu ceza faturası idari işleminin idari sözleşme niteliğinde olduğu tespit edilen Sistem Kullanım Anlaşmasının ilgili hükümleri uyarınca tesis edildiği belirtilerek, bu nedenle uyuşmazlığın adli yargı yerlerince çözülmesi gerektiği gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine ilişkin mahkeme kararlarının bozulmasına karar verilmiştir.¹¹⁷ Danıştay 13. Dairesi'nin konuyla ilgili vermiş olduğu bir başka kararda ise, elektrik piyasası faaliyetlerinin yürütülmesinde kamu - özel ayrımı yapılmaksızın ruhsat alınması zorunluluğu getirildiğinin altı çizilerek, iletim hizmetinin bu hususta tek lisans sahibi tüzel kişi olan TEİAŞ tarafından münhasıran yerine getirildiğine, elektrik piyasası faaliyetlerinin, arz güvenliğini ve kamu hizmeti gerekliliklerini sağlayacak uyum içinde yürütülmesi adına düzenleme, denetleme ve kolluk faaliyetlerinde bulunma işlevlerinin kamu gücüyle yerine getirildiği bir kamu hizmeti faaliyeti olduğuna vurgu yapılmıştır. Elektrik enerjisi dağıtım hizmetini de, dağıtım şirketlerinin lisanslarında belirtilen bölgelerdeki tesislerde yenileme, ikame ve kapasite artırımı yatırımlarını yapma, dağıtım*

¹¹⁷ Danıştay 13. D. 2013/3259 E. 2013/3394 K. 04/12/2013 Tarihli, 2014/2005 E. 2014/2889 K. 11/09/2014 Tarihli Kararları. <<https://www.corpus.com.tr/>> Erişim Tarihi: 06/10/2018.



sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan tüm sistem kullanıcılarına, eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin elektrik enerjisi dağıtımını ve bağlantı hizmeti sunma yükümlülükleri getirildiği gözetildiğinde, bölgesel tekel niteliğindeki bir kamu hizmeti olarak yorumlayan yüksek mahkeme, belirtilen hususların birlikte değerlendirilmesinden, elektrik iletim hizmetinin tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olduğu, bu hizmetin bir yasal tekel olan TEİAŞ tarafından gerçekleştirildiği, elektrik dağıtım hizmetinin ise bölgesel tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olduğu, lisanslı dağıtım şirketleri tarafından yerine getirildiği, iletim kamu hizmetinin elektrik dağıtım şirketleri açısından bir zorunlu unsur niteliğinde olduğu ve bu hizmetin TEİAŞ dağıtım şirketleri arasında akdedilen sistem kullanım ve bağlantı anlaşmalarıyla gerçekleştirildiği, bu bağlamda bir kamu hizmetinin ifası amacıyla, kamu tüzel kişisi doğal tekel TEİAŞ ile dağıtım şirketleri arasında akdedildiğinden sistem kullanım anlaşmasının bir idari sözleşme olduğu, dava konusu edilen faturaların da idari sözleşmede öngörülen cezai şart uyarınca düzenlendiği sonucuna varılmıştır.¹¹⁸ Danıştay'ın söz konusu kararında sistem kullanım anlaşması ve bu anlaşmada öngörülen yaptırımlar uyarınca düzenlenen faturalar hakkında yaptığı ve konuyla ilgili diğer kararlarda rastlanmayan hukuki değerlendirme, başka bir konuyu gündeme getirmiştir: İdari sözleşmelere cezai şart konabilir mi?

Bu konuda Ankara Bölge İdare Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda oldukça ayrıntılı bir değerlendirmede bulunmuştur. Söz konusu kararda, *elektrik piyasası kanununda, Kurul onayına tabi olmayan ve imzalanması öngörülen diğer anlaşmaların özel hukuk hükümlerine tabi olduğunun ifade edilmiş olduğu, belirtilen tanımlamaların karşıt anlamından, sistem kullanım anlaşmalarının da kamu hukukuna tabi olduğu sonucuna varılabilirse de, Kanun'da açık bir nitelendirmeye gidilmediğinden konunun, sözleşmenin tarafları, sözleşmenin konusu ve sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içerip içermediği kıstasları yönünden irdelenmesi gerektiği, konu ile ilgili olarak belirtilen mevzuat ve sözleşme hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, elektrik iletim hizmetinin tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olduğu, bu hizmetin bir yasal tekel olan TEİAŞ tarafından gerçekleştirildiği, elektrik dağıtım hizmetinin ise bölgesel tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olduğu ve davacı şirket gibi lisanslı dağıtım şirketleri tarafından yerine getirildiği, iletim hizmetinin elektrik dağıtım şirketleri açısından zorunlu unsur niteliğinde olduğu ve bu hizmetin bir kamu tüzel kişisi ve doğal tekel olan TEİAŞ ile dağıtım şirketleri arasında akdedilen sistem kullanım ve bağlantı anlaşmaları ile gerçekleştirildiği, bu bağlamda bu sözleşmelerin bir kamu hizmetinin ifası amacıyla akdedildiği, anlaşmanın TEİAŞ tarafından hazırlandığı ve EPDK tarafından onaylandığı, sözleşme hükümlerinin aynı zamanda EPDK tarafından çıkarılan ikincil düzenlemelerde*

¹¹⁸ Danıştay 13. D. 2015/1474 E. 2015/1474 K. Sayılı, 11/11/2015 Tarihli Kararı. <<https://www.corpus.com.tr/>> Erişim Tarihi: 07/10/2018.

de yer aldığı, dağıtım şirketinin, lisansa konu faaliyeti yürütebilmesi açısından bu anlaşmaların imzalanmasının zorunlu olduğu, bu çerçevede sözleşme serbestisinden söz edilemeyeceği, EPDK'nin sözleşmenin genel hükümlerinde tek taraflı olarak değişiklik yapma yetkisine sahip olduğu, sözleşmede ödenmesi öngörülen bedellerin EPDK tarafından belirlendiği, söz konusu bedellerin ödenmesinde gecikmeye düşülmesi halinde 6183 sayılı Kanun uyarınca faiz uygulanacağı, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tarafların EPDK'ye başvurabilecekleri, bu durumda uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin EPDK kararlarının bağlayıcı olduğu hususları birlikte dikkate alındığında, sistem kullanım anlaşmalarının özel hukuku aşan bir rejime tabi olduğu ve tüm değerlendirme kıstasları açısından idari sözleşme özelliklerini taşıdığına kuşku bulunmamakla birlikte, idari sözleşmelere, özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi, tarafların sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini tam ve gereği gibi ifa etmeleri amacıyla cezai hükümler konulmasına engel olan bir yasal düzenleme bulunmadığı, bu itibarla, bağlantı ve sistem kullanım anlaşmalarında, bu anlaşmalar kapsamında iletim hizmeti alan kullanıcıların, bu hizmeti alırken uymaları gereken yükümlülüklerin belirlenmesinde ve bu yükümlülüklere uyulmaması halinde cezai şart uygulanacağına dair hüküm konulmasında hukuka aykırı yön bulunmadığına karar vermiştir.¹¹⁹ Bölge İdare Mahkemesi söz konusu kararında, diğer idari yargı kararlarının çoğunda yer verilmeyen, “idari sözleşmelerde cezai şartın yer alıp alamayacağı” hususuna yer vererek, “sistem kullanım anlaşmalarında cezai şart hükümlerinin yer alması nedeniyle bu anlaşmaların özel hukuk sözleşmesi sayılması gerektiği”ne yönelik hâkim anlayışa da karşı çıkmıştır. İdari sözleşmelerde idarenin, kamu yararı gerekçesiyle sözleşmeyi tek yanlı olarak sona erdirebileceği, aynen ifa; zorunlu hallerde işe el koyma, işi karşı taraf nam ve hesabına yaparak ve başkasına ihale etme; sadece yaptırım yeterli olacak hâllerde para cezası, cezai şart, teminatın irat kaydedilmesi gibi yaptırımlar uygulayabileceği öğretide de kabul edilmektedir.¹²⁰

C. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında Sistem Kullanım Anlaşması

Sistem kullanım anlaşmasından kaynaklanan davalarda adli ve idari yargı yerleri arasında çıkan görev uyuşmazlıkları üzerine konu Uyuşmazlık Mahkemesi'ne intikal etmiş, söz konusu yüksek mahkeme, konuyla ilgili olarak birbirinin tam zıttı 2 karara imza atmıştır. Sistem kullanım anlaşmasının bir özel hukuk sözleşmesi olduğuna hükmettiği kararında,¹²¹ davacı elektrik dağıtım

¹¹⁹ Ankara BİM, 7. İDD, 2016/53 E. 2016/54 K. Sayılı, 26/10/2016 Tarihli Karar. <www.corpus.com.tr> Erişim Tarihi: 08/10/2018.

¹²⁰ Hasan Nuri Yaşar, İdare Hukuku: Genel Esaslar (İkinci Baskı, Der Yayınevi, İstanbul, 2014), s. 333.

¹²¹ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2012/129 E., 2013/621 K. Sayılı, 13/05/2013 Tarihli Kararı <www.corpus.com.tr> Erişim Tarihi: 21/10/2018.



şirketinin, TEDAŞ'ın belirli bölgelere ayrılması sonrasında ortaya çıkan ve işletme hakkının devri yöntemiyle özelleştirilen bir şirket olmasına rağmen, kamu hizmeti ifa ettiğini vurgulamakla birlikte, davacıyla TEİAŞ arasında imzalanan sistem kullanım anlaşmasının tarafların özgür iradeleriyle imzalanmış bir anlaşma olduğundan bahisle bu anlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesinin bu kararının son derece yüzeysel olduğu ve sistem kullanım anlaşmasıyla ilgili mevzuat ve bu anlaşmanın özellikleri irdelenmeksizin bu kararın verildiği açıktır. Zaten yüksek mahkeme, anılan karardan yaklaşık bir sene sonra verdiği bir başka kararda, bu tip uyuşmazlıkların nitelendirilmesi konusunda ikili bir ayrıma gitmiş, anlaşmanın taraflarının TEİAŞ ve özelleştirilmemiş bir dağıtım şirketi olması hâlinde anlaşmanın her 2 tarafının da idare olması nedeniyle anlaşmanın bir idari sözleşme olacağı ve anlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargıda görülmesi gerektiği, anlaşmanın diğer tarafının özelleştirilmeye uğramış bir dağıtım şirketi ya da başka bir özel hukuk tüzel kişisi olması hâlinde anlaşmanın bir özel hukuk sözleşmesi olacağı ve anlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹²² Yüksek mahkeme bu kararında, konuyla ilgili vermiş olduğu önceki karara nazaran çok daha ayrıntılı ve yerinde bir hukuki irdelemede bulunmuş, TEİAŞ'ın elektrik piyasası mevzuatındaki görevlerine yer vererek, **TEİAŞ'ın özel hukuk hükümlerinden ayrık tutulduğunu ve idare hukuku alanına dâhil edildiğini**, TEİAŞ tarafından talep edilen ve sistem kullanım anlaşması uyarınca düzenlenen ceza faturasının kamu alacağı olduğunu vurgulamıştır.

Bununla birlikte yüksek mahkemenin, özelleştirme öncesi-özelleştirme sonrası ayrımı kanımızca isabetli olmamıştır. Zira sistem kullanım anlaşmasında asıl olan elektrik iletim sisteminin kullanılması olup, özelleştirme öncesi dönemde TEDAŞ'ın TEİAŞ ile imzaladığı sistem kullanım anlaşması kapsamında elektrik dağıtım hizmeti kamu hizmeti iken, özelleştirme sonrası dönemde bölgesel tekel hâline gelen elektrik dağıtım hizmeti, kamu hizmeti özelliğini kaybetmemektedir. Benzer şekilde bir elektrik üretim şirketi ya da otoprodüktör lisansına sahip olup da kendi ürettiği elektriği kendi ihtiyaçları için kullanan ve bunu da TEİAŞ'ın elektrik iletim hattına bağlanarak yaparak sınai faaliyet yürüten başka bir şirket için de elektrik iletim hizmeti, kamu hizmeti olmaya devam etmektedir. Gerek elektrik üretim gerekse elektrik dağıtım şirketleriyle aynı iletim sistemi sistem kullanım anlaşması imzalanmaktadır. Anlaşmanın karşı tarafının özelleştirilmemiş ya da özelleştirilmiş bir elektrik dağıtım şirketi olması, ya da elektrik üretim lisansı sahibi özel hukuk tüzel kişisi olması, TEİAŞ'ın ve EPDK'nin anlaşma tahtında kullandığı üstün kamusal yetkileri değiştirmemekte ya da anlaşmanın hazırlanma ve imzalanma

¹²² Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2013/1855 E. 2014/502 K. Sayılı 05/05/2014 Tarihli Kararı <www.corpus.com.tr/> Erişim Tarihi: 21/10/2018.

süreçlerinde herhangi bir değişikliğe yol açmamaktadır. İdari sözleşmenin maddi ölçütü taraflarından birinin idare, diğerinin ise özel hukuk sözleşmesi olduğu durumlarda gündeme geldiği halde yüksek mahkemenin, konuyla ilgili vermiş olduğu ikinci kararında idari sözleşme ölçütlerine hiç değinmeyerek, taraflarından birinin, özelleştirme sonrası özel hukuk tüzel kişisine dönüşerek elektrik dağıtım şirketi olduğu sistem kullanım anlaşmalarını özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirip, elektrik dağıtım şirketinin, özelleştirilmeden önce bir kamu tüzel kişisi olarak yer aldığı sistem kullanım anlaşmalarını ise idari sözleşme olarak nitelendirmesi, görev uyuşmazlığını çözme noktasında hukuki açıdan eksik ve yetersiz bir değerlendirme olarak karşımıza çıkmaktadır.

SONUÇ

TEİAŞ'ın taraf olduğu sistem kullanım anlaşmalarının sözleşmesel nitelendirilmesi ve bu anlaşmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların hangi yargı yolunda görülmesi gerektiği, çözüme kavuşturulmayı bekleyen hukuki meseleler olarak durmaktadır. Anlaşmanın taraflarının, birinin özel hukuk tüzel kişisi, diğerinin kamusal güç kullanabilen bir kamu iktisadi teşebbüsü olmak üzere, ikisinin de tacir olması, anlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıkların hem adli hem de idari yargı yerlerinde görülmesine sebebiyet vermiştir. Danıştay'ın konuyla ilgili kararları yeterince ayrıntılı ve yerinde hukuki değerlendirmede bulunduğu halde, hem adli yargı yerlerinin sistem kullanım anlaşmasının hukuki tahliliyle ilgili olarak Yargıtay'ın kararlarında çizilen dar çerçevenin dışına çıkmaması, hem de Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu anlaşmaları önce özel hukuk sözleşmesi, sonrasında özelleştirme öncesi dönem – özelleştirme sonrası dönem ayırımına giderek idari sözleşme olarak tanımlaması, konunun sürüncemede kalmasına neden olmuştur. Öğretide de elektrik üretim ve dağıtım hizmetlerinin özelleştirilmesi sonrasında bu hizmetlerin kamu hizmeti olup olmadığıyla ilgili farklı görüşler, konuyla ilgili uygulama birliğine varılmasını daha da güçleştirmiştir.

Elektrik üretim ve dağıtım hizmetleri de elektrik iletim hizmeti gibi birer kamu hizmetidir ve elektrik üretim hizmetinin kısmen, elektrik dağıtım hizmetininse tamamen *özel* hukuk tüzel kişileri eliyle veriliyor olması, bu hizmetleri birer kamu hizmeti olmaktan çıkarmamaktadır. Elektrik üretim ve dağıtım şirketleri arasında imzalanmış olan sistem kullanım anlaşmasının bile klasik bir özel hukuk sözleşmesi olmadığı ortadayken, iletim sisteminin kullanılmasıyla ilgili olarak imzalanan sistem kullanım anlaşmasının bir özel hukuk sözleşmesi olmadığına da evleviyetle kabulü gerekir. Bununla birlikte, kendisini oluşturan tarafların iradesinin dışında, bir düzenleyici denetleyici kurum olan EPDK'nin onayıyla yürürlüğe girmesi, bazı hükümlerinin EPDK'nin izni olmadan değiştirilemiyor olması, elektrik piyasasındaki tarifelerin sistem kullanım anlaşmasının mali hükümlerini oluşturması nedenleriyle, TEİAŞ'ın taraf olduğu sistem kullanım anlaşmalarının klasik idari sözleşme olmadıkları da ortadadır. Bu nedenle söz konusu anlaşmaları, Sezginer'inkine benzer bir



şekilde, anlaşmanın tarafı olmayan bir idarenin müdahale ettiği “*sui generis idari sözleşme*” olarak tanımlamak yerinde olacaktır.

Son tahlilde, TEİAŞ'ın taraf olduğu sistem kullanım anlaşması, idari sözleşme ölçütlerinin tamamını karşıladığı için bir idari sözleşmedir ve bu nedenle, görevli yargı yeri noktasında herhangi bir yasal düzenlemeye bile gerek olmaksızın, bu anlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargı yerlerince çözüme bağlanması gerekir. Ancak, adli ve idari yargı yerlerinin ve uyuşmazlık mahkemesinin konuyla ilgili farklı kararlar vermesi nedeniyle, öğretilerdeki ve uygulamadaki “*sistem kullanım anlaşmasının hukuki nitelendirmesi*” ve “*bu anlaşmalardan kaynaklanan uyuşmazlıklardaki görevli yargı yolu*” hususlarındaki belirsizliğin, bu konuda açık bir yasal düzenleme getirilmediği takdirde devam edeceği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

AKÇOLLU, Fatma Yeşim: “Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon”, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi*, 2003.

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku* (Yenilenmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2018).

ATAMER, Yeşim M.: *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, Şubat 2001).

ATAY, Ender Ethem: *İdare Hukuku* (4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014).

AYANOĞLU, Taner: “Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt:13, Yıl: 2000, Sayı:1; S. 66 – 86.

CAN, Mustafa Erdem: *Hukuki Açından Elektrik Piyasasında Rekabet* (Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2006).

ÇAL, Sedat: “Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:56, Yıl: 2002, Sayı:2, S. 163 – 197.

ÇAL, Sedat: “Araç Muayene Hizmetinin Özelleştirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Yıl: 2008, Sayı: 2, S. 63 – 113.

ÇAL, Sedat: “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: XIV, Yıl: 2010, Sayı: 1, S. 223 – 274.

ÇAL, Sedat: “Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Yıl: 2007, Sayı: 1 – 2, S. 599 – 655.

DAĞDELEN, Ahmet Hakan: “Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürürlük Denetiminin Esasları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Yıl: 2009, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı; S. 637 – 652.

DOĞAN, Beşir Fatih: “TEİAŞ’ın Uyguladığı Cezai Şartların Hukuka Uygunluğu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Yıl: 2013, Sayı: 1, S. 61 – 84.

ERGÜN, Çağdaş Evrim: *Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti* (Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010).

FALCIOĞLU, Egemen: *Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların İdari İşlemlerinde Yargısal Denetiminin Kapsamı ve Etkinliği* (Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018).

GÖNEN, Yakup: “Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliğine İlişkin Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 14, Yıl: 2010, Sayı: 2, S. 359 – 386.

GÖZLER, Kemal ve KAPLAN, Gürsel: *İdare Hukuku Dersleri* (18. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Ağustos 2016).

GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku* (Yenilenmiş 5. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2002).

KARADAĞ, Özgür: *Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar* (2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015).

KARAHANOGULLARI, Onur: “Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)”, Doktora Tezi İnternet Paylaşımı, Ankara 2004.

KAYIKÇI, Mehmet Suat: “Elektrik Piyasasında Sistem Kullanım Anlaşmalarının Hukuki Niteliği”.

KILIÇOĞLU, Ahmet: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017).

KIR, Atıf: *Kamu Hizmetinin Görülme Usullerinden Ruhsat Usulü ve Elektrik Piyasası Örneği* (Yetkin Yayınları, Ankara, 2013).

ÖZCAN, Evrim Elvin: *İdare Hukuku Açısından Türkiye’de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları* (Turhan Kitabevi, Ankara 2010).

ÖZEL, Çağlar/ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu Gülseren/ ÖZEL, Fatma: “Elektrik Piyasalarında Elektrik Sağlama Amaçlı Sözleşmeler”, *Journal of Yaşar University* Cilt:8, Yıl: 2013, Özel Sayı, S. 2075 – 2125.



PIELOW, Johann-Christian: *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung: Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts sowie des französischen und des deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Elektrizitätswirtschaft* (Mohr Siebeck, 2019).

SAVAŞ, Vural: “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)”, *Anayasa Yargısı Dergisi* Cilt: 15, Yıl: 1998.

SCHNEIDER, Jens–Peter/THEOBALD, Christian: *Recht der Energiewirtschaft* (4., Neu Bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2013).

SEZGİNER, Murat: “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli Birleşme Sözleşmeleri)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:17, Yıl:2013, Sayı 1-2; S. 1589 – 1621.

ŞANLI, Yeliz: “Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti”, *Mülkiye Dergisi*, Cilt 31, Yıl: 2007, Sayı 254, S. 51 – 71.

ŞANLI, Yeliz: “Elektrik Hizmeti Kamu Hizmetidir” (TMMOB Türkiye VII. Enerji Sempozyumu, Ankara, 17 – 19 Aralık 2009).

TALUS, Kim: *Introduction to EU Energy Law* (1. Edition, Oxford University Press, 2016).

TAMZOK, Nejat: “Kamu Politikası Analizi: Elektrik Enerjisi Sektörü”, Doktora Tezi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2007.

TEKİNSOY, Mehmet Ayhan: “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 55, Yıl: 2006, Sayı: 2, S: 181 – 227.

ULUSOY, Ali Dursun: *Kamu Hizmeti İncelemeleri* (Ülke Kitapları, Ankara, Eylül 2004).

YAŞAR, Hasan Nuri: *İdare Hukuku: Genel Esaslar* (İkinci Baskı, Der Yayınevi, İstanbul, 2014)

YAVUZ, Mustafa: *Elektrik Piyasası Kanunu'nun Öngördüğü Hukuki Rejim ve Elektrik Enerjisi Tedarik Sözleşmeleri -Özellikle İkili Anlaşma-* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2011).

İnternet Kaynakları:

Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı (www.corpus.com.tr)

Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (www.epdk.org.tr)

German Law Archive (<https://germanlawarchive.iuscomp.org/>)

Resmî Gazete (<https://www.resmigazete.gov.tr>)

T.C. Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi (<https://www.mevzuat.gov.tr/>)

Türkiye Büyük Millet Meclisi (www.tbmm.gov.tr)

BELGEDE SAHTECİLİK İLE VUK'DA DÜZENLENEN SAHTE BELGE DÜZENLEME SUÇLARININ ALDATMA KABİLİYETİ YÖNÜNDE KARŞILAŞTIRILMASI

Comparison of Crime of Forgery in the Document and Fake Document Regulating Offenses Regarded in the Tax Procedure Law in Terms of Deception Capability

Ferhat YILDIZ*

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (547-582)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 02.03.2021

Kabul Tarihi : 11.06.2021

Makale Türü : *Lisansüstü Tez*

Article Info

Received Date: 02.03.2021

Accepted Date: 11.06.2021

Article Type : *Graduate Thesis*

ÖZET

Belgede sahtecilik suçları ile vergi kaçakçılığı suçlarının arasındaki kavramsal bir benzerlikten öte ilişki bulunmakta mıdır? Özellikle vergi kaçakçılığı suçlarından en çok karşımıza çıkan sahte belge düzenleme suçu, TCK'da yer verilen belgede sahtecilik suçlarının özel bir görünümü müdür? Anılan suç tipleri arasındaki ilişkiye cevap arayan özgün bir çalışma bulunmamakla birlikte Yargıtay CGK son dönemde verdiği bir kararlar, bu suç tipleri arasındaki ilişkiyi kapsamlı bir şekilde ele alıp incelemiştir. Bu çalışmada CGK'nın kararı esas alınarak, anılan suç tipleri arasında aldatma kabiliyeti unsuru yönünden bir benzerlik bulunup bulunmadığı konusu incelenmeye çalışılacaktır. Bu anlamda öncelikle TCK'da düzenlenen resmi ve özel belgede sahtecilik suçları ile vergi kaçakçılığı suçunun bir türü olan sahte belge düzenleme ve kullanma suçları hakkında bilgi verilecektir. Ardından TCK'daki belgede sahtecilik suçlarının ortak bir unsuru olarak yer verilen aldatma kabiliyeti kavramı incelenecektir. Son olarak ise Yargıtay CGK'nın konuya ilişkin kararı ele alınıp değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Belgede Sahtecilik, Vergi Kaçakçılığı, Sahte Belge, Aldatma Kabiliyeti.

ABSTRACT

Is there more than a conceptual similarity between the crimes of forgery and tax evasion in the document? Is the crime of forging documents, which is the most common crime of tax evasion, a special view of forgery crimes in the document included in the Turkish Penal Code? Although there is no original study seeking an answer to the relationship between the aforementioned crime types, General Criminal Assembly of the Court of Cassation has comprehensively examined and examined the relationship between the aforementioned types of crimes with a recent decision. In this study, based on the decision of the Criminal General Assembly, it will be tried to examine whether there is a similarity between the mentioned crime types in terms of the element of deception ability. In this sense, first of all, information will be given about

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Hâkim, Anayasa Mahkemesi Raportörü, ferhat.yildiz@anayasa.gov.tr, <https://orcid.org/0000-0001-9699-1635>.



the crimes of forgery in official and private documents regulated in the Turkish Penal Code and crimes of forgery document editing and use, which is a type of tax evasion crime. Then, the concept of ability to deceive, which is included as a common element of forgery crimes in the document in the Turkish Penal Code, will be examined. Finally, the decision of the General Criminal Assembly of the Court of Cassation on the subject will be discussed and evaluated.

Keywords: Tax Evasion Crimes, Crime of Fraud in Document, Fake Document, Ability to Deceive.

GİRİŞ

TCK'da yer alan belgede sahtecilik suçları ile VUK'un 359. maddesinde düzenlenen sahte belge düzenleme ve kullanma suçları arasında, "sahtelik" unsurunun her iki suçta da lafzi olarak ortak olması nedeniyle bir benzerliğin, en azından ilişkinin bulunduğu düşünülebilir. Bu düşüncenin etkisiyle doktrinde bu iki suç tipi arasında benzerlik bulunduğu görüşlerine yer verilmiştir.¹ Aşağıda ele alınacağı gibi zaman zaman Yargıtay kararlarında da anılan suçlar arasındaki ilişkiye değinilmiştir.²

Bilindiği üzere TCK'da düzenlenen belgede sahtecilik suçlarında belgenin aldatma kabiliyeti olması şartı, suçun zorunlu bir unsuru olarak aranmaktadır.³ Yargıtay bunun yanında belgede kanunen bulunması zorunlu birtakım işaretlerin yer almaması durumunda, belgenin aldatma kabiliyeti olmayacağını, bu nedenle sahtecilik suçunun oluşmayacağını kabul etmektedir.⁴ Örneğin nüfus cüzdanlarında, araç plakalarında mevzuat gereğince yer alması zorunlu olan mühür izinin belge üzerinde yer almaması durumunda, belgenin aldatma kabiliyetine sahip olmayacağı kabul edilmektedir.

Yargıtay, TCK'da düzenlenen sahtecilik suçlarına özgü olarak Yargıtay'ın yukarıda alınan içtihadındaki bakış açısını, vergi kaçakçılığı suçlarında verdiği kararlara da yansıtmıştır. Nihayet Yüksek Mahkeme vergi kaçakçılığı suçlarının uygulamada en fazla gerçekleşen çeşidi olan sahte fatura düzenleme suçlarında faturanın kanunda yer alan zorunlu unsurlarının bulunup

¹ Nitekim Bayar vergi kaçakçılığı suçlarının özel belgede sahtecilik suçlarıyla benzerlik gösterdiğini savunmuştur. İbrahim Nihat Bayar, Vergi Kaçakçılığı (Suç Teorisi-Ceza Teorisi ve Muhakeme Hukuku Açısından Bir İnceleme), Mali Akademi Yayınları, Haziran, 2013, s. 84.

² Nitekim Yargıtay da son dönemde verdiği bir kararında açıkça sahte belge düzenleme ve kullanma suçları ile özel belgede sahtecilik suçları arasında özel norm genel norm ilişkisinin bulunduğunu ifade etmiştir. Yargıtay 11. CD'nin 03/06/2020 tarihli ve 6784-2652 sayılı kararı.

³ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Aruç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, 5. Cilt, s. 6200; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Ankara 2014, s. 501; Yargıtay CGK'nın 09/10/2012 tarihli ve 335-1804 sayılı kararı, Yargıtay CGK Kararları, s. 1182-1184; Yargıtay 11. CD'nin 06/07/2020 tarihli ve 1671-3986 sayılı kararı.

⁴ Yargıtay CGK'nın 28/11/2019 tarihli ve 403-681 sayılı kararı.

bulunmadığının belirlenmesi bakımından, suça konu faturaların dosyada yer alması ve unsurları yönünden incelenmesi gerektiği, unsurları bulunmayan faturanın vergi kaçakçılığı suçunu oluşturmayacağı görüşünü savunmuştur.⁵

Nihayet tartışma Yargıtay CGK'nın önüne taşınmış, Genel Kurul vergi kaçakçılığı suçları ile belgede sahtecilik suçlarını kapsamlı olarak karşılaştırmış ve bir sonuca ulaşmıştır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla CGK'nın anılan kararı, belirttiğimiz suç tiplerinin bugüne kadar en kapsamlı şekilde karşılaştırıldığı bir içtihat olarak karşımıza çıkmıştır.⁶

İşte çalışmamızın konusu, TCK'nın 204 ve 207. maddelerinde düzenlenen resmi ve özel belgede sahtecilik suçlarının zorunlu bir unsuru olan aldatma kabiliyeti unsurunun, VUK'un 359. maddesinde yer verilen sahte belge düzenleme ve kullanma suçları açısından aranması gerekip gerekmediğinin, CGK'nın anılan kararı kapsamında tartışılması olacaktır.

Bu anlamda çalışmamızda öncelikle ilgili suç tipleri ile ilgili kısaca bilgilendirme yapılacak, belgede sahtecilik suçları açısından geçerli olan aldatma kabiliyeti kavramına değinilecektir. Son olarak Yargıtay CGK'nın konuya ilişkin kararı incelenerek bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır.

A. Resmi Belgede Sahtecilik Suçu

TCK'nın 204. maddesinin ilk fıkrasında suçun temel şekli, ikinci fıkrasında kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği üçüncü fıkrasında ise suçun nitelikli hali düzenlenmiştir.

Suçun konusunu resmi belgeler oluşturmaktadır. Resmi belge, kamu görevlisinin görevi gereği mevzuat uyarınca sahip olduğu yetkiye dayalı olarak düzenlediği belgeyi ifade etmektedir. Buna göre belgenin TCK'nın 204. maddesi anlamında resmi belge olarak kabul edilebilmesi için; kamu görevlisi tarafından görevi gereği düzenlenmesi ve belgenin ilgili mevzuatta yer alması halinde, burada yer alan usul ve şekil kurallarına uyulması gerekmektedir.⁷

Resmi belgede sahtecilik suçuyla korunan hukuksal değer kamu güvenidir. Yargıtay'ın da yerleşmiş ve güncel içtihatlarında bu görüşte olduğunu söyleyebiliriz.⁸

TCK'nın 204. maddesinin 1. fıkrasındaki kamu görevlisi olmayan kişinin gerçekleştirdiği resmi belgede sahtecilik suçu, faili açısından özellik arzetmemekte olup herkes tarafından işlenebilir.

⁵ Yargıtay 11. CD'nin 11/12/2017 tarihli ve 15484-8788; Yargıtay 11. CD'nin 06/11/2018 tarihli ve 4142-8843 sayılı kararları.

⁶ Yargıtay CGK'nın 08/11/2018 tarihli ve 427-517 sayılı kararı

⁷ Yaşar, Gökcan Artuç, s. 6196.

⁸ Yargıtay 11. CD'nin 21/09/2020 tarihli ve 14174-4727; 15/09/2020 tarihli ve 1787-4473; 15/09/2020 tarihli ve 2521-4499 sayılı kararları.



TCK'nın 204. maddesinin 2. fıkrasında ise kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği suçu düzenlenmiştir. Resmi belgede sahteciliğin kamu görevlisi tarafından işlenen şeklinin oluşumu bakımından, somut olayda kamu görevlisinin görevi gereği veya görevi dolayısıyla düzenlemeye yetkili olduğu bir belgede sahtecilik yapması gerekir.⁹

Nitekim Yargıtay da kamu görevlisinin görevi dahilinde bulunmayan bir resmi belgeyi sahte olarak düzenlemesi durumunda anılan suçtan sorumlu olmayacağını ifade etmiştir.¹⁰ Bununla birlikte kamu görevlisinin düzenlemeyle yetkili ve görevli olmadığı resmi bir belgede gerçekleştireceği sahtecilik eylemi, diğer koşulların varlığı halinde TCK'nın 204/1. hükmü kapsamında değerlendirilebilecektir.

Bununla birlikte 2. fıkradaki suçun o işle yetkili kamu görevlisi olması şartı yalnızca resmi belgeyi sahte olarak düzenleme ve gerçek belgeyi değiştirme eylemi için değil, sahte belgeyi kullanma eylemi bakımından da geçerlidir.¹¹

Resmi belgede sahtecilik suçlarının tamamında korunan hukuksal değer kamu güveni olduğu ve bu nedenle anılan suçların mağdurunun toplumu oluşturan tüm bireyler olduğu genel kabul görmektedir.¹² Suçtan doğrudan doğruya zarar gören gerçek kişiler suçun mağduru değil suçtan zarar gören konumundadırlar. Nitekim Yargıtay da benzer kararlarında resmi belgede sahtecilik suçunun işlenmesi ile kamu güveninin sarsılması dışında, bir veya birden fazla kişinin de haksızlığa uğrayıp, suçtan zarar görmesi halinde dahi, suçun mağdurunun toplumu oluşturan bireylerin tamamının, diğer bir ifadeyle kamunun olduğuna dair kabulün etkilenmeyeceği, eylemin belirli bir kişinin zararına olarak işlenmesi halinde bu kişinin mağdur değil, suçtan zarar gören olacağının kabulü gerekeceği ifadelerine yer vermiştir.¹³

Gerçekten de suçla korunan birinci hukuksal değer kamu güveni olmakla birlikte, sahtecilik suçları çoğu defa özel kişilere de zarar vermektedir. Bu

⁹ Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 681.

¹⁰ Yargıtay 11. CD'nin 18/03/2013 tarihli ve 3486-2547 sayılı kararı.

¹¹ Hasan Tahsin Gökcan, Resmi Belgede Sahtecilik Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 3, 2009, s. 110.

¹² Koca, Üzülmez, s.681; Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 6194; Ahmet Gökcan, Belgede Sahtecilik Suçları, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2018, s. 182; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, 12. Baskı, Eylül, 2017, s.766. Yargıtay 11. CD'nin 21/09/2020 tarihli ve 14174-4727; 15/09/2020 tarihli ve 1787-4473; 14/09/2020 tarihli ve 2789-4408; 09/08/2020 tarihli ve 7009-4334 sayılı kararları.

¹³ Yargıtay 11. CD'nin 16/09/2020 tarihli ve 674-4533; 15/09/2020 tarihli ve 1787-4473; 15/09/2020 tarihli ve 2521-4499; 14/09/2020 tarihli ve 295-4397; 14/09/2020 tarihli ve 2789-4408; 09/07/2020 tarihli ve 7009-4334 sayılı kararları.

itibarla suçtan zarar gören kişilerin davaya katılma haklarının bulunduğu kabul edilmelidir.¹⁴

Resmi belgede sahtecilik suçu, bir resmi belgenin sahte olarak düzenlenmesiyle veya gerçek bir resmi belgenin başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesiyle ya da sahte resmi bir belgenin kullanılmasıyla işlenebilecek seçimlik hareketli bir suçtur.¹⁵

Resmi belgede yapılacak değişiklik, belgeye ekleme yapmak veya belgedeki bir yazının, tarihin, imzanın silinmesi, kazınması şeklinde gerçekleştirilebilir.¹⁶ Kullanma ise sahte resmi belgenin ilgili kişi veya kuruma sunularak sonuç doğurmasını sağlayarak gerçekleştirilmiş olabilir.

Suçun oluşması için resmi belgenin sahte olarak düzenlenmesi yeterli olup, belgenin ayrıca kullanılmasına gerek yoktur. Belgeyi düzenleyen ile kullanan aynı kişiler ise tek bir sahtecilik suçundan söz edilecektir. Nitekim Yargıtay da sanıkların sahte nüfus cüzdanı ile kredi kartı almak amacıyla başvuruda bulunmaları şeklinde gerçekleşen eylemlerinin tek bir sahtecilik suçunu oluşturacağını ifade etmiştir.¹⁷ Bununla birlikte resmi belgede sahtecilik yapan kişi ile kullanan kişilerin farklı kimseler olması durumunda, her biri fail olarak sorumlu tutulur.¹⁸

Belgede sahtecilik suçlarında faydasız sahteciliğin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı da önem taşımaktadır. Faydasız sahtecilik, gerçekleşmiş bir duruma ulaşmak için bu durumdan haberdar olmadan gerçekleştirilen sahtecilik olarak tanımlanabilir. Örneğin bir kamu görevlisinin aslında almayı hak ettiği bir ödemeyi, alamayacağını düşünerek, ödemeyi hak etmiş gibi sahte resmi belge düzenlemesi olayında faydasız sahtecilik vardır.

Doktrinde farklı görüşler dile getirilse de¹⁹ faydasız sahtecilik sonucunda hukuki değer taşıyan bir sonuç meydana gelmeyeceğinden belgede sahtecilik suçunun oluşmayacağı genel kabul görmektedir.²⁰ Yargıtay da bu şekilde bir sahteciliğin cezalandırılmayacağını savunmaktadır.²¹

¹⁴ Aynı görüş için bkz. Gökcan, *Resmi Belgede Sahtecilik*, s. 95; Sahir Erman, Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul, 1996, s. 11.

¹⁵ Koca, *Üzülmez*, s. 682.

¹⁶ Gökcan, *Resmi Belgede Sahtecilik*, s. 108.

¹⁷ Yargıtay 11. CD'nin 05/11/2008 tarihli ve 8365-11169 sayılı kararı.

¹⁸ Gökcan, *Resmi Belgede Sahtecilik*, s. 112.

¹⁹ Koca, *Üzülmez*, s. 682.

²⁰ Gökcan, s.196.

²¹ Yargıtay 11. CD'nin 15/09/2020 tarihli ve 13744-4479; 25/06/2020 tarihli ve 7593-3536; 12/03/2020 tarihli ve 1391-2468; 17/02/2020 tarihli ve 3023-1360; 06/02/2020 tarihli ve 10968-976; 03/02/2020 tarihli ve 640-723; 10/12/2019 tarihli ve 12608-9102; 01/10/2019 tarihli ve 11200-6848 sayılı kararları.



Sahtecilik suçlarında suçtan zarar görenin rızasının suça etkisi hususu tartışılmıştır. Doktrinde ceza hukuku alanında mağdurun rızasının, ancak mağdurun mutlak surette tasarruf edebileceği haklar bakımından bir etki yapabileceği, toplumun, devletin haklarını ihlal eden suçlarda, ferdin sübjektif hakkı söz konusu olamayacağı için, hak sahibi olmayan kişinin açıklayacağı rıza veya muvafakatin hukuka aykırılığı gideremeyeceği dile getirilmiştir.²²

Prensip olarak denilebilir ki, belgede sahtecilik suçları kamunun güveni aleyhine işlendikleri ve bir kimsenin ancak şahsen tasarruf edebileceği konularda açıklayacağı rıza bir hukuka uygunluk sebebi sayılabileceği ve hiç kimse kamunun güvenine karşı olan bir suçun işlenmesine rıza gösteremeyeceği cihetle, mağdurun rızası belgede sahtecilik suçlarında bir hukuka uygunluk sebebi sayılamaz.²³

Bunun yanında sahtecilik suçları her ne kadar kamu güvenine karşı suçlar başlığı altında yer alsın, bu suçun mağdurunun toplumu oluşturan bireylerin tamamı olsa ve rızanın geçerli olamayacağı görüşü görünüşte doğru kabul edilse de, bir takım pratik kaygılar ve suçun özünde çoğu defa gerçek kişilerin doğrudan etkilendikleri bir suç olması nedeniyle rızanın belirli koşullar altında geçerli olacağı kabul edilmelidir.

Bu anlamda sahte bir belge, önceden alınan rızaya dayanılarak düzenlenmişse, sahtecilik suçu oluşmayacaktır. Nitekim Yargıtay da yerleşmiş içtihatlarında; suçtan zarar görenin önceden verdiği rıza üzerine onun imzasını taklit ederek kullanan failde zarar vermek bilinci bulunmayacağından kastın varlığının ileri sürülemeyeceğini, ancak doğal olarak, rıza üzerine başkasının imzasını taklit eden failin, suçtan zarar görene herhangi bir zarar vermeyeceği kanısı ile hareket ettiğinin sabit olması gerektiğini vurgulamıştır.²⁴ Yüksek Mahkeme başka bir kararında da suçtan zarar görenin rızasının kastı ortadan kaldırılabileceği için fiilin işlenmesinden önce açıklanmasının zorunlu olduğu, bu rızanın açık olabileceği gibi zımni de olabileceği, öncelikle iki kişi arasındaki ilişkiler, böyle bir rızanın varlığını ciddi olarak kabule elverişli olduğu takdirde, bu rızaya dayanarak başkasının imzasını atan kimsede suç kastının varlığının kabul olunamayacağı ifadelerine yer vermiştir.²⁵

Yargıtay CGK 765 sayılı Kanun döneminde verdiği ve sonrasında yargı uygulamalarında esas alınıp uygulanan kararındaki²⁶ görüşlerini yinelediği yeni tarihli bir kararında; suçtan zarar görenin önceden verdiği rıza üzerine

²² Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II, Betaş Yayınları, 12. Baskı, İstanbul, 1999, s. 74.

²³ Erman, Özek, s. 286.

²⁴ Yargıtay 11. CD'nin 08/06/2020 tarihli 11498-2777 sayılı kararı.

²⁵ Yargıtay 11. CD'nin 26/02/2020 tarihli 2754-1814 sayılı kararı.

²⁶ Yargıtay CGK'nın 30/03/1992 tarihli ve 80-98 sayılı kararı.

onun imzasını taklit ederek kullanan failin mağdura zarar vermek bilinci bulunmayacağından kastın varlığının ileri sürülemeyeceğini, rızanın, suç işleme kastını ortadan kaldırabilmesi için failin gerçekleştirilmesinden önce açıklanmasının zorunlu olduğunu, özellikle iki kişi arasındaki ilişkiler, böyle bir rızanın varlığını ciddi olarak gösteriyorsa, bu rızaya dayanarak başkasının imzasını atan kimsenin, suç işleme kastıyla hareket ettiğinin kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır.²⁷

Yargıtay çeşitli kararlarında adli sicil kaydını, aile yardım bildirimini, araç muayene bandrolünü, araç plakasını, evlilik cüzdanını, kaza tespit tutanağını resmî belge olarak kabul etmiştir.²⁸

Doktrinde bu suçun işlenmesi için genel kastın yeterli olduğu kabul görmektedir.²⁹ Bununla birlikte bazı yazarlar tarafından belgede sahtecilik suçları açısından somut bir zararın meydana gelmesi aranmamakla birlikte suçun oluşabilmesi için zarar verme olasılığının bulunması gerektiği belirtilmiştir.³⁰ Bu itibarla belgede sahtecilik suçlarında, sahtecilik eyleminin tamamlanmasıyla zarar verme olasılığı gerçekleşmiş, belgenin sahte olmasıyla birlikte kamu güveni zarar görmüştür. Zira belgede sahtecilik suçlarında kast failin gerçeğin değiştirilmesinin bir zarar verecek nitelikte olduğu bilinciyle hareket etmiş olmasını ifade eder.³¹ Yargıtay da bu suçun oluşumu için genel kast ve zarar olasılığının yeterli olacağı görüşünü benimsemiştir.³²

Zarar olasılığının özel kast niteliğinde olup olmadığı tartışmasına gelince; kanaatimizce sahtecilik suçlarında doktrin ve yargı kararlarıyla aranan zarar olasılığı, failde yer alan zarar verme bilinç ve iradesi özel kast niteliğinde değildir. Kaldı ki zarar olasılığı şartının ayrıca belirtilmesine gerek dahi yoktur. Zira belge niteliğine sahip bir yazıda sahtekarlık yapılması halinde toplumsal veya kişisel bir zarar mutlaka doğacaktır. Bir zararın doğmadığı bir sahtekarlık suçunda suçun hukuki konusunu oluşturan belgeden söz edilemez ve dolayısıyla bir sahtecilik suçu da gündeme gelemez. Gerçek şudur ki, belgede sahtecilik suçlarında söz konusu olan kast, genel bir kasttır; ancak bu kastın varlığı için failin fiilinden bir zararın doğabileceğini öngörmüş olması lazımdır; diğer bir deyimle, fail bu zararın ihtimal dairesinde olduğunu öngörmüş ve bu keyfiyet kendisini sahtekarlıkta bulunmatan alıkoymamış

²⁷ Yargıtay CGK'nın 10/03/2020 tarihli ve 48-168 sayılı kararı.

²⁸ Yargıtay tarafından resmi belge olarak kabul edilen belge örnekleri için bkz. Gökçen, s.186-195.

²⁹ Yaşar, Gökcan, Artuç, s.6215; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, 10. Baskı, Eylül, 2013, s.744; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 832; Koca, Üzülmüş, s. 692; Gökcan, *Resmî Belgede Sahtecilik Suçu*, s.121.

³⁰ Toroslu, s. 211; Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 6197; Soyaslan, s. 500; Güler, s. 59.

³¹ Erman, Özek, s. 253.

³² Yargıtay 11. CD'nin 15/02/2016 tarihli ve 18229-1079 sayılı kararı.



olacaktır.³³ Nitekim 765 sayılı Kanun döneminde verilmiş bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında da belgede yapılan bir sahtekarlıktan bir zararın doğal olarak doğabileceği ifade edilmiş ve zararın doğup doğmadığı araştırmasının gereksiz bulunduğu vurgulanmıştır.³⁴

Yalnız belgede sahtecilik suçlarının bir özelliği vardır ki, o da toplumsal zararın her halde bulunmasına karşılık, bireysel zararın bulunmayabilmesinden ibarettir; yani bireysel zarar gerçekleşmemiş olsa bile, suç oluşmuş, hatta tamamlanmış sayılmaktadır.³⁵ Örneğin bir kişinin kaybettiği nüfus cüzdanını yolda bulup, fotoğraf değişikliği suretiyle sahtecilik yapan kişinin eylemi, nüfus cüzdanının yenisinin çıkartıldığı ve sahte nüfus cüzdanının kullanılmadığı durumlarda, nüfus cüzdanı sahibine herhangi bir zarar vermeyecektir. Ancak resmi belge niteliğindeki nüfus cüzdanında yapılan sahtecilik her halde toplumsal bir zarar meydana getirmiştir.

TCK'nın 204/3 hükmüne göre; resmi belgede sahtecilik suçunun konusunu oluşturan belge sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan bir belge niteliğinde ise faile verilecek ceza artırılabacaktır.

Sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli belgelerin resmi makamlar nezdindeki güvenilirlikleri tam olup, sahteliği kanıtlanmadıkça kesin delil niteliğindedirler.³⁶ Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için mutlaka belgenin bu niteliğini bir kanun hükmünden alıyorsa gerekir.³⁷

TCK'nın 211. maddesine göre; bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın ispatı veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde, verilecek ceza, yarısı oranında indirilir.

Anılan nitelikli halin faile uygulanabilmesi için taraflar arasında suç tarihinden önce bir hukuki ilişki bulunmalı ve sahtecilik fiili, gerçek olan bir ilişkiyi belgelemek için yapılmalıdır.³⁸ Bu maddeyle objektif olarak bir hukuki ilişkinin veya gerçek bir durumun varlığı değil, failin bunların var olduğuna ilişkin mevcut inançla ve bu amaçla suçu işlemesi halinde cezada indirim nedeni öngörülmüştür.³⁹ Ancak anılan maddenin uygulanabilmesi için, failin durumun gerçekliğine ve doğruluğuna inanması, bu inancın makul ve meşru olması, failin haklı olduğu sübjektif inancı ile hareket etmesi gerekmektedir.⁴⁰

³³ Erman, Özek, s. 275.

³⁴ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 05/11/1947 tarihli ve 6/21 sayılı kararı. 20/3/1948 tarihli ve 6862 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6862.pdf>

³⁵ Erman, Özek, s. 264.

³⁶ Yaşar, Gökcan, Artuç, s.6210.

³⁷ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 831; Koca, Üzülmöz, s. 696.

³⁸ Gökcan, s. 224.

³⁹ Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 6447.

⁴⁰ Yargıtay CGK'nın 14/06/2005 tarihli ve 38-63 sayılı kararı, Yargıtay CGK Kararları, s. 1194.

Yargıtay'ca somut olaylarda hukuki ilişkinin varlığı iddiaları değerlendirilerek, failin olayı kanıtlanmasını sağlamak amacıyla hareket etmiş olması gerektiği, kanıtlanmak istenen olayın doğruluğu veya gerçekliği koşul olmayıp, failin iyi niyetle bu olayın doğruluğuna inanmasının yeterli olduğu vurgulanmıştır.⁴¹

Resmi belgede sahtecilik suçu yukarıda değinilen üç seçimlik hareketin (sahte veya gerçeğe aykırı resmi belge düzenlemek, bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmek, bir resmi belgeyi kullanmak) gerçekleştirilmesiyle tamamlanır. Suçun oluşumu için bir zararın doğması gerekli değildir. Bu nedenle kural olarak resmi belgede sahtecilik suçuna teşebbüs mümkün değildir. Yargıtay da belgede sahtecilik suçunun neticesi harekete bitişik suçlardan olması nedeniyle bu suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı görüşündedir.⁴²

Bununla birlikte doktrinde gerçekleşme olasılığı az olmakla birlikte hareketlerden herhangi birisini doğrudan icraya başlayıp da, failin elinde olmayan nedenler yüzünden suçu tamamlayamaması durumunda teşebbüs nedeniyle sorumlu tutulacağı⁴³ hatta resmi belgenin aldatma kabiliyeti bulunmuyorsa suçun teşebbüs aşamasında kalacağı⁴⁴ savunulmuştur. Bu görüşleri iki nedenle eleştirdiğimizi ve katılmadığımızı belirtmek isteriz. Bunlardan ilki doktrinde suçun teşebbüs aşamasında kaldığına dair çoğunlukla somut bir örnek gösterilememektedir. İkinci olarak ise, gösterildiğini tespit edebildiğimiz tek farazi örnekte de sahte belge düzenlemek veya gerçek bir resmi belgeyi değiştirmek için icra hareketlerine başlayan, ancak yakalanması nedeniyle belgenin düzenlenmesini veya değiştirmesini tamamlamayan failin teşebbüsten sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir⁴⁵ ancak düzenlenmesi tamamlanmayan bir belgenin aldatma kabiliyeti yönünden nasıl bir durumda olduğu hususu açıklanamamıştır.

Resmi belgede sahtecilik suçunun oluşabilmesi için sahte resmi belgenin düzenlenmesinin tamamlanması ve bu belgenin aldatma kabiliyetinin bulunması gerekmektedir. Failin sahteciliğe teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi için, sahte olarak düzenlenmeye başlanan belgenin, teşebbüs aşamasına kadar olan halinin de aldatma niteliğinin bulunması zorunludur. Bize göre tamamlanmayan bir belgenin aldatma kabiliyeti bulunduğundan söz

⁴¹ Yargıtay 11. CD'nin 13/05/2013 tarihli ve 523-7751; 09/03/2020 tarihli ve 16027-2256; 21/02/2018 tarihli ve 9798-1585 sayılı kararları.

⁴² Yargıtay 11. CD'nin 04/04/2018 tarihli ve 14684-3031; 11/04/2013 tarihli ve 4618/6143 sayılı kararları.

⁴³ Tezcan, Erdem, Önok, s. 744; Yaşar, Gökcan, Artuç, s.6218;

⁴⁴ Mustafa Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 616.

⁴⁵ Handan Yokuş Sevik, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2020, s.682.

edilemeyecek, aldatma kabiliyeti olmayan bir belge de resmi belgede sahtecilik suçuna vücut vermeyecektir.⁴⁶

Bu suça teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilecek olsaydı; belgeyi düzenlediği esnada yakalanan fail teşebbüsten sorumlu olurken, aldatma kabiliyeti olmayan bir belge düzenlemiş ve bu belgeyi kullanırken yakalanmış kişinin sorumluluğu olmayacaktır. Somut bir örnek vermek gerekirse, sahte bir nüfus cüzdanı düzenlerken, fotoğraf yapıştırdığı esnada yakalanan failin eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilirken; üzerinde soğuk mühür izi bulunmadığından aldatma kabiliyeti olmayan nüfus cüzdanını düzenleyen ve kullanırken yakalanan failin eylemi cezasız kalacaktır. Böyle bir durumun kanun koyucu tarafından korunduğunun kabul edilemeyeceği görüşündeyiz.

TCK'nın 204. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçuna iştirak özellik arzetmemekle birlikte; kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği suçu özgü suç olarak kabul edildiğinden, bu suça iştirak farklılık gösterir.

Özgü suçlarda suçu yalnızca aynı nitelikleri taşıyan kişi işleyebileceğinden, kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği suçuna katılan sivil kişiler veya göreviyle bağlantılı olmaksızın iştirak eden kamu görevlileri, amzettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulur.⁴⁷ Yargıtayın da yerleşmiş içtihatlarında aynı görüşü savunduğunu söyleyebiliriz.⁴⁸

TCK'nın 212. maddesine göre; sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.

Koşullarını sağladığı takdirde resmi belgede sahtecilik suçları açısından zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği açıktır. Doktrinde de anılan görüş kabul edilmektedir.⁴⁹ Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında da resmi belgede sahtecilik suçunu, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla ya da aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının mümkün olduğu belirtilmiştir.⁵⁰

⁴⁶ Aynı görüş için bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 834; Muhammet Zafer Demir, Resmi Belgede Sahtecilik Suçu, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2019, s. 84. https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=jNRDC1RLfVd4_T7x7ZXmmZtPDXZ1tdfw7jz7vwubyyZtJGJrv4yRfRmBgwQ5yW6l E.T: 03/01/2021

⁴⁷ Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 6219.

⁴⁸ Yargıtay 11. CD'nin 11/03/2020 tarihli ve 5071-2367 sayılı kararı.

⁴⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 835; Koca, Üzülmöz, s. 704; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s. 618; Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 6220.

⁵⁰ Yargıtay 11. CD'nin 13/10/2020 tarihli ve 4211-5789; 14/09/2020 tarihli ve 295-4397 sayılı kararları.

Resmi belgede sahtecilik suçları resen soruşturulur. Failin, göreviyle ilgili sahtecilik eylemi gerçekleştiren kamu görevlisi olması durumunda, kovuşturma için 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni alınması gerekmektedir.

B. Özel Belgede Sahtecilik Suçu

TCK'nın 207. maddesinin 1. fıkrasında bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullanan kişinin; 2. fıkrasında ise bir sahte özel belgeyi bu özelliğini bilerek kullanan kişinin cezalandırılacağı hükmüne yer verilmiştir.

Suçun konusunu özel belgeler oluşturur. Özel belge, kamu görevlisinin görevi nedeniyle düzenledikleri belgeler dışında kalan, resmî belgeden sayılmayan, resmî bir işlem nedeniyle düzenlenmiş olmayan, ancak; doğrudan hukuken hüküm, sonuç meydana getiren, bir hakkın doğmasına veya kanıtlanmasına yarayan yazıdır.⁵¹

Özel belgeler resmi belgeler kadar olmasa da kanıt niteliği taşımaları ve hukuki sonuç doğurmaları nedeniyle hukuki işlemlerde güven duyulması gereken ve bu nedenle korumaya değer belgelerdir. Ancak daha ziyade bireyler arasındaki ilişkileri düzenlemesi ve etkilerinin sınırlı olması, bir kamu gücü kullanılarak düzenlenmemesi nedeniyle özel belgedeki sahteciliğin haksızlık içeriği resmi belgeye göre daha azdır.⁵²

Resmi belgede sahtecilik suçlarından farklı olarak özel belgede sahtecilik suçu sahte olarak düzenlenme veya değiştirme ile oluşmamakta aynı zamanda belgenin kullanılması da gerekmektedir.

Maddenin 2. fıkrasında ise sahte olarak düzenlenen bir özel belgenin, sahte olduğu bilinerek kullanılması suç olarak tanımlanmıştır.

Özel belgede sahtecilik suçuyla korunan hukuksal değer resmi belgede sahtecilik suçunda olduğu gibi kamu güvenidir. Yargıtay bir kararında özel belgelerde sahtecilik suçuyla korunan yararın resmi belgede sahtecilik suçunda olduğu gibi kamu güveni olduğu ifadelerine yer vermiştir.⁵³

Özel belgede sahtecilik suçu, faili açısından özellik arzetmemekte olup herkes tarafından işlenebilen suçlardandır.

Anılan suç ile korunan hukuksal değer kamu güveni olduğundan, bu suçun mağduru toplumu oluşturan tüm bireylerdir.⁵⁴ Yargıtay da özel belgede sahtecilik suçlarının mağdurunun toplumu oluşturan bireylerin tamamı olduğu görüşündedir.⁵⁵

⁵¹ Kubilay Taşdemir, Belgelerde Sahtecilik Suçları, Ankara, 2013, s. 441

⁵² Koca, Üzülmez, s. 717.

⁵³ Yargıtay 11. CD'nin 22/09/2020 tarihli ve 11974-4789 sayılı kararı.

⁵⁴ Koca, Üzülmez, s.717; Gökçen, s. 472.

⁵⁵ Yargıtay 11. CD'nin 21/09/2020 tarihli ve 14174-4727 sayılı kararı.



Buna karşılık doktrinde bir kısım yazarlar özel belgede sahteciliğin sonucu olarak doğrudan doğruya belli bir kişinin veya kişilerin mağduriyeti söz konusu olmuşsa, bu kişilerin de suçun mağduru olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmuşlardır.⁵⁶ Ancak kanaatimizce bu kişiler suçun mağduru değil suçtan zarar gören konumundadırlar. Anılan suçun tek mağduru toplumu oluşturan bireylerin tamamıdır.⁵⁷ Nitekim Yargıtay tarafından da suçun işlenmesi ile kamu güveninin sarsılması dışında, bir veya birden fazla kişinin de haksızlığa uğrayıp, suçtan zarar görmesi halinde dahi, suçun mağduru toplumu oluşturan bireylerin tamamının, diğer bir ifadeyle kamu olduğuna dair kabulün etkilenmeyeceği, eylemin belirli bir kişinin zararına olarak işlenmesi halinde bu kişinin mağdur değil, suçtan zarar gören olacağının kabulü gerekeceği vurgulanmıştır.⁵⁸ Bununla birlikte suçtan zarar gören kişilerin davaya katılma haklarının bulunduğu kabul edilmelidir.⁵⁹

Özel belgede sahtecilik suçu seçimlik hareketli bir suç olup, özel belgenin sahte olarak düzenlenip kullanılmasıyla veya sahte özel belgenin bu özelliğini bilerek kullanılmasıyla suç oluşacaktır.

TCK'nın 207. maddesinde yer alan özel belgede sahtecilik suçunda, gerçeğe aykırı belge düzenleme olarak tanımlanan fikri sahteciliğe yer verilmemiş, yalnızca, "belgeyi sahte düzenleme" hareketi belirtilmiştir. Bu anlamda özel belgede fikri sahteciliğin mümkün olmadığını, bu şekilde gerçekleştirilen eylemlerin cezalandırılabilir nitelikte bulunmadığını söyleyebiliriz. Yargıtay da bir kararında özel belgede sahtecilik suçları açısından fikri sahteciliğin mümkün olmadığını açıkça belirtmiştir.⁶⁰

Yargıtay'ımızın konuyla ilişkili verdiği kararlar dikkate alınarak sahte özel belge düzenlemek eylemlerine; sahte araç takası satış sözleşmesi,⁶¹ başkası adına sahte olarak düzenlenip imzalanan her türlü dilekçe,⁶² sahte işe giriş bildirgeleri,⁶³ kira sözleşmeleri⁶⁴ örnek olarak gösterilebilir.

⁵⁶ Koca, Üzülmez, s. 681; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 18. Baskı, Ankara, 2019, s. 755; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s. 602.

⁵⁷ Aynı görüş için Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 6333; Hasan Tahsin Gökcan, Özel Belgede Sahtecilik Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı:2010/1, s. 210.

⁵⁸ Yargıtay 11. CD'nin 23/09/2020 tarihli ve 6196-4833; 25/09/2012 tarihli ve 18532-15985 sayılı kararları.

⁵⁹ Aynı görüş için bkz. Erman, Özek, s. 11.

⁶⁰ Yargıtay 11. CD'nin 16/09/2020 tarihli ve 2437-4521 sayılı kararı.

⁶¹ Yargıtay 11. CD'nin 12/10/2020 tarihli ve 684-5719 sayılı kararı.

⁶² Yargıtay 11. CD'nin 06/07/2020 tarihli ve 10221-4033 sayılı kararı.

⁶³ Yargıtay 11. CD'nin 09/03/2020 tarihli ve 9273-2249 sayılı kararı.

⁶⁴ Yargıtay 11. CD'nin 10/02/2020 tarihli ve 15849-1096 sayılı kararı.

Özel belgede yapılacak değişiklikler, belgeye ekleme yapmak veya belgedeki bir yazının, tarihin, imzanın silinmesi, kazınması gibi hareketlerle gerçekleştirilebilir.

Özel belgenin sahte olarak düzenlenmesi veya değiştirilmesi eylemlerinin aldatma kabiliyetine sahip olması gerektiği açıktır. Yargıtay da özel belgede sahtecilik suçlarında, gerçekleştirilen sahtecilik eylemlerinin aldatıcı nitelikte olması gerektiğini birçok kararında vurgulamıştır.⁶⁵

Resmi belgede sahtecilik suçundan farklı olarak özel belgede sahtecilik suçunun oluşması için mutlaka sahte özel belgenin kullanılması gerekir. Yargıtay da birçok kararında özel belgede sahtecilik suçunun, belge kullanılmadan oluşmayacağını vurgulamıştır.⁶⁶

Yargıtay'a göre özel belgenin kullanılmasıyla kastedilen, bu sahte belgenin işlevine uygun ve varlık nedeni doğrultusunda herhangi bir hukuki ilişkide veya herhangi bir hukuki işlem tesisinde kanıt değerinden yararlanmak amacıyla dikkate alınmasını sağlamaktır.⁶⁷

Doktrinde de kullanılmadan anlaşılması gerekenin ne olduğu çeşitli şekillerde açıklanmaya çalışılmıştır. Nitekim bazı yazarlar kullanılmadan anlaşılması gerekenin belgenin herhangi bir hukuki ilişkide veya herhangi bir hukuki işlem tesisinde dikkate alınmasını sağlamak olduğunu vurgulamışlardır.⁶⁸ Bunun yanında TCK'nın 207. maddesi anlamında kullanmanın, belge sahte olmasaydı, hangi amaca hizmet edecek ise, o amacın elde edilmesine yönelik bir faaliyette bulunulması anlamına geleceği de ifade edilmiştir.⁶⁹

Kanaatimizce de belgenin bir hukuki ilişkide veya herhangi bir hukuki işlem tesisinde kullanılması ve kullanmanın sahteliğin yapılmasına neden olan konuya ilişkin olması gereklidir.⁷⁰ Fakat sahte özel belgenin kullanılmış sayılması için, kullanmanın yargı organları huzurunda olması şart değildir.⁷¹

Suç sahte özel belgenin kullanılması ile tamamlanmış olur. Suçun oluşması için sahte belgenin kullanılması yeterli olup, ayrıca kamusal veya bireysel bir zararın meydana gelmesi zorunlu tutulmamıştır.⁷²

⁶⁵ Yargıtay 11. CD'nin 22/10/2020 tarihli ve 3963-6194; 21/09/2020 tarihli ve 62-4712 sayılı kararları.

⁶⁶ Yargıtay 11. CD'nin 27/11/2012 tarihli ve 5330-20537; 04/10/2012 tarihli ve 8783-16504 sayılı kararları.

⁶⁷ Yargıtay 11. CD'nin 01/07/2020 tarihli ve 660-3869; 22/09/2020 tarihli ve 11974-4789 sayılı kararları.

⁶⁸ Koca, Üzülmöz, s. 720;

⁶⁹ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2007, s. 242-243;

⁷⁰ Aynı görüş için bkz. Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 6343.

⁷¹ Erman, Özek, s. 529.

⁷² Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 6339.



Gerçek bir özel belgenin değiştirilmesi ve kullanılmasında, kullanma eyleminin sahte olan kısımlar hakkında olması gerekir.⁷³ Belgenin gerçeğe uygun kısımlarının kullanılması durumunda doğal olarak sahtecilik suçu oluşmayacaktır.

TCK'nın 207. maddesinin 2. fıkrasında müstakil olarak sahte özel belgeyi kullanma suçu düzenlenmiş olup, özel belgeyi sahte olarak düzenlemeyen veya değiştirmeyen kişinin belgeyi, sahte olduğunu bilerek kullanması eylemi cezalandırılmıştır.

Özel belgede gerçekleştirilecek faydasız bir sahtecilik yönünden, resmi belgede sahtecilik suçunda yaptığımız açıklamalar geçerlidir. Özel belgede sahtecilik suçlarında da suçtan zarar görenin önceden vereceği usulüne uygun bir rıza suçun oluşmasını engelleyecektir ve bu konuda da resmi belgede sahtecilik suçlarında yaptığımız açıklamalar aynen geçerlidir.

Resmi belge hükmünde belgeler, esasında özel belge olmakla birlikte sahteciliğe konu olduklarında resmi belgede sahtecilik hükümlerine göre cezalandırılmaktadırlar. İşte bu tür belgelerin unsurlarında eksiklik olması durumunda artık özel belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı doktrin ve yargı kararlarıyla duraksamaksızın kabul edilmektedir.⁷⁴ Yargıtay da benzer kararlarında; kambiyo senedinin Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen bütün unsurlarını taşıması gerektiğini, aksi takdirde yasal unsurları taşımayan bir kambiyo senedinde sahtecilik yapılması halinde fiilin özel belgede sahtecilik suçunu oluşturacağını savunmuştur.⁷⁵

Özel belgede sahtecilik suçunun TCK'nın 207. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen temel hali manevi unsur yönünden özellik arzetmemekte olup, bu suçun oluşumu için genel kast yeterlidir. Doktrinde de bu suçun oluşması için genel kastın yeterli olduğu kabul görmektedir.⁷⁶ Buna karşılık zarar olasılığının gerçekleşmesi konusundaki resmi belgede sahtecilik suçu açısından belirttiğimiz görüşümüzün bu suç açısından da geçerli olduğunu belirtelim.

TCK'nın 207. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen suçun oluşumu bakımından failin özel belgenin sahte olduğunu bilerek kullanması gerekir. Özel bir belge üzerinde keşide edenin bilgisi ve onayıyla değişiklik yapıp kullanan kişi, sahtecilik ve aldatma maksadıyla hareket etmediği için suç oluşmaz.⁷⁷

⁷³ Gökcan, Özel Belgede Sahtecilik Suçu, s. 229.

⁷⁴ Gökcan, s. 476; Koca, Üzülmez, s.717.

⁷⁵ Yargıtay 11. CD'nin 06/10/2020 tarihli ve 1153-5437; 15/09/2020 tarihli ve 2521-4499 sayılı kararları.

⁷⁶ Aynı görüş için bkz. Yaşar, Gökcan, Artuç, s.6346; Tezcan, Erdem, Önok, s.749; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 845; Koca, Üzülmez, s. 721; Yargıtay 11. CD'nin 23/03/2015 tarihli ve 6785-24068 sayılı kararı.

⁷⁷ Koca, Üzülmez, s. 722.

Belgenin gerçeğe aykırılığının veya sahteliğinin fail tarafından bilinerek hareket edilmesi gerekir. Yargıtay da suçun oluşumu için failin sahtecilik bilinç ve kastıyla hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷⁸

TCK'nın 211. maddesi özel belgede sahtecilik suçları açısından da uygulama alanı bulabilecektir. Anılan duruma ilişkin resmi belgede sahtecilik suçları açısından yaptığımız açıklamalar geçerlidir.

Özel belgede sahtecilik suçu birden fazla hareketli suç olarak nitelendirilmektedir, bu itibarla suçun oluşabilmesi için belgenin sahte olarak düzenlenmesi veya değiştirilmesi yeterli olmayıp belgenin kullanılması da gerekir. Birden fazla hareketli suçlarda suç tipinde öngörülen son hareket gerçekleştirilmediği sürece fail teşebbüs alanına girmiş sayılamayacağı için, yalnızca belgenin sahte olarak düzenlenmiş olması, failin teşebbüsten dolayı cezalandırılması için yeterli değildir.⁷⁹ Belgenin sahte olarak düzenlenmesi veya değiştirilmesi fiilleri suçun hazırlık hareketi niteliğindedir ve sadece bunların gerçekleştirilmesi hallerinde suça teşebbüsten söz edilemez.

Bununla birlikte sahte özel belgeyi kullanma hareketinin bölünebilir olduğunda teşebbüsten söz edilebileceği, bu itibarla bu suça teşebbüsün ancak istisnai durumlarda gündeme gelebileceği görüşündeyiz.⁸⁰ Örneğin kullanmak amacıyla sahte özel belgeyi postaya verip de belgenin ulaşmadığı bir farazi somut olayda, diğer unsurların da varlığı halinde özel belgede sahtecilik suçuna teşebbüsün mümkün olabileceğini belirtmek isteriz.

Suçta iştirak yönünden suç özellik arz etmez, genel hükümlerin uygulanması gerekir.

TCK'nın 207. maddesinin 2. fıkrasındaki özel belgenin kullanılması suçunun faili, aynı zamanda belgenin sahte olarak düzenlenmesine veya değiştirilmesine de iştirak etmişse, 2. fıkradan değil, 1. fıkradaki suça müşterek faillikten dolayı cezalandırılacaktır.⁸¹

Sahte özel belgeyi üreten kişi, bunu sahte olarak kullanması amacıyla başkasına vermişse ve böylece kullanılmasını sağlamışsa, belgeyi üreten fail 2. fıkradaki suça azmettirmeden dolayı sorumludur.

TCK'nın 212. maddesi açısından resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin söylediklerimiz bu suç açısından da geçerli olup, buna göre sahte özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.

⁷⁸ Yargıtay CGK'nın 24/05/2005 tarihli ve 25-53 sayılı kararı.

⁷⁹ Tezcan, Erdem, Önok, s. 749.

⁸⁰ Aynı görüş için bkz. Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 6347; Özen, s. 630; Tezcan, Erdem, Önok, s. 749; Gökcan s. 491.

⁸¹ Aynı görüş için bkz. Koca, Üzülmez, s. 724; Tezcan, Erdem, Önok, s. 750; Toroslu, s. 242; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s. 631; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 845.

Resmi belgede sahtecilik suçunda olduğu gibi özel belgede sahtecilik suçunun da koşulları olduğu takdirde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.⁸² Yargıtay da özel belgede sahtecilik suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının mümkün olduğunu kabul etmiştir.⁸³

Özel belgede sahtecilik suçlarının takibi şikayete bağlı olmayıp, Cumhuriyet savcısı tarafından resen soruşturulur.

C. Sahtecilik Suçlarında Aldatma Kabiliyeti

Belgede sahtecilik suçlarının ortak unsurlarından belki de en önemlisi, “aldatma kabiliyeti” hususudur.

Anılan suçun tüm çeşitlerinin oluşabilmesi için suça konu belgenin, aldatma kabiliyetinin bulunması gerekmektedir. 765 sayılı TCK döneminde bu unsur kanunda yer almamasına rağmen, doktrin ve yargı tarafından suçun oluşumu için belgenin aldatma kabiliyetinin bulunması gerektiği kabul edilmekteydi.⁸⁴

5237 sayılı TCK'nın 204. ve 207. maddelerinde “*belgelerin başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesi*” hareketinden bahsedilmekle, aldatma kabiliyeti sahtecilik suçlarının kanuni bir unsuru haline getirilmiştir.

Aldatmak sözcüğü “*beklenmedik bir davranışla yanıltmak, karşısındakinin dikkatsizliğinden, ilgisizliğinden yararlanarak onun üzerinden kazanç sağlamak, birine verilen sözü tutmamak, yalan söylemek, bir şeyin görünürdeki durumu, o şeyin niteliği bakımından yanlış bir kanı vermek*” anlamlarına gelmektedir.⁸⁵

Belgede sahtecilik suçları açısından aldatma kabiliyeti ise, belgenin; normal algılayışta bir insanın sahte olduğuna kanaat getireceği seviyede kandırabilir nitelikte olmasını ifade etmektedir.

Bir belgenin aldatma kabiliyetine sahip olup olmadığı somut olaya konu kişisel özelliklere göre değil, objektif kriterlere göre belirlenmelidir. Nitekim Yargıtay CGK, uygulamada da benimsenen kararlarında belgenin nesnel olarak aldaticılık yeteneğinin bulunması, aldatma keyfiyetinin belgeden objektif olarak anlaşılması gerektiği, muhatabın hatasından, dikkatsizlik veya özensizliğinden kaynaklanan fiili işfalın aldatma yeteneğinin varlığını göstermeyeceği ifadelerine yer vermiştir.⁸⁶ Yargıtay 11. CD de anılan içtihadı devam ettirmiştir.⁸⁷

⁸² Aynı görüş için bkz. Tezcan, Erdem, Önok, s. 750; Koca, Üzülmüş, s. 724; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s. 632.

⁸³ Yargıtay 11. CD'nin 23/09/2020 tarihli ve 6196-4833 sayılı kararı.

⁸⁴ Yargıtay 6. CD'nin 20/3/2000 tarihli ve 1399-1569 sayılı kararı. Haydar Erol, *Türk Ceza Kanunu, PYS Matbaacılık*, Ankara, 2003, s. 812.

⁸⁵ Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (E.T: 30/8/2020).

⁸⁶ Yargıtay CGK'nın 14/10/2003 tarihli ve 232-250; 09/10/2012 tarihli ve 335-1804; 22/05/2018 tarihli ve 38-241 sayılı kararları.

⁸⁷ Yargıtay 11. CD'nin 13/02/2020 tarihli ve 2523-1306 sayılı kararı.

Doktrinde de belgenin objektif olarak aldatma kabiliyetine sahip olması, yani yapılan sahteciliğin ilk görüşte normal üçüncü kişi tarafından anlaşılabilmesi gerektiği kabul edilmiştir.⁸⁸

Aldatma kabiliyetinin bulunup bulunmadığının tespiti, yargılamayı gerçekleştiren hâkim tarafından yapılacaktır. Hâkim, konuya ilişkin bilirkişi raporuna başvurabilir ancak sahteciliğe konu belge aslını bizzat getirip inceleyerek aldatma kabiliyetinin varlığını veya yokluğunu kendisi belirlemelidir. Yargıtay da çeşitli kararlarında sahteciliğe konu olan belgenin aldatma kabiliyeti olup olmadığının tartışılması ve belirlenmesi öncelikle yargılamayı yürüten mahkemeye ait olup hâkim, olayın çıkış, oluş ve akışını, düzenlenen belgelerle yapılan işlemleri göz önüne alarak, sahteciliğin kolaylıkla anlaşılıp anlaşılamayacağını bizzat saptaması ve sonucuna göre belgelerde aldatma yeteneği olup olmadığını takdir ve tespit etmesi, mahkemece, suçun konusunu oluşturan belge aslı getirilerek resmî belgede bulunması gereken başlık, sayı, tarih, imza, mühür gibi zorunlu öğelerin incelenmesi, nesnel olarak aldatma gücü olup olmadığının saptanması, duraksama hâlinde ise; mahkemeye yardımcı olma ve aydınlatma bakımından konusunda uzman bilirkişinin görüşüne başvurulması gerektiği ifadelerine yer vermiştir.⁸⁹

Yine Yargıtay'ın, birçok kararında suça konu belge aslı üzerinde aldatma kabiliyetinin bulunup bulunmadığı yönünde bizzat gözlem yaptığı ve bu gözlemi kararına yansıttığı görülmektedir.⁹⁰ Bunun yanında Yüksek Mahkeme, özellikle yerel mahkeme tarafından belgenin incelenmediği veya incelendiğine dair ibarenin tutanağa yansıtılmadığı durumlarda, suça konu belge aslını bizzat incelemekte, belgenin dosya içerisinde bulunmadığı durumlarda getirilmesine karar vermektedir.⁹¹

Bununla birlikte suça konu belgede yapılan sahteliğin incelenmesi için teknik bilgi gerektiği takdirde bilirkişi raporu alınması zorunludur. Ancak hâkim belgenin aldatma kabiliyeti bulunup bulunmadığı hususunda bilirkişi raporu ile bağlı değildir. Nitekim Yargıtay da birçok kararında aldatma kabiliyetinin bulunup bulunmadığının takdirinin hakime ait olduğunu belirtmekle birlikte, çözümü teknik bilgiyi gerektiren durumlarda (örneğin imza yazı incelemesi, senet üzerinde yapılan değişikliklerin tespit edilmesi) bilirkişi raporu alınması gerektiğini vurgulamıştır.⁹² Yüksek mahkeme bu yönde alınacak

⁸⁸ Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 6200; Soyaslan, s. 501-502; Gökcan s. 116; Artuk, Gökcan, s. 736.

⁸⁹ Yargıtay CGK'nın 22/05/2018 tarihli ve 38-241 sayılı kararı. Yargıtay 11. CD'nin 09/07/2020 tarihli ve 2250-4316; 05/03/2020 tarihli ve 17421-2178; 21/01/2019 tarihli ve 715-695 sayılı kararları.

⁹⁰ Yargıtay 11. CD'nin 25/05/2015 tarihli ve 12903-26511; 13/02/2013 tarihli ve 449-2283 sayılı kararları.

⁹¹ Yargıtay 11. CD'nin 02/11/2020 tarihli ve 2588-6235 sayılı kararı.

⁹² Yargıtay 11. CD'nin 15/09/2020 tarihli ve 2636-4458 sayılı kararı.



bilirkişi raporlarında aldatma kabiliyetinin bulunup bulunmadığına yönelik ibarelerin hakimi bağlamayacağı görüşündedir.⁹³ Kanaatimizce de hakim belge üzerinde sahtecilik yapıp yapılmadığının belirlenmesinin teknik bir bilgiyi gerektirdiği durumlarda, (örneğin fotoğraf değişikliği suretiyle sahte nüfus cüzdanı oluşturmak, sahte plaka oluşturmak gibi) bilirkişi raporuna başvurmak zorundadır. Bilirkişi raporuyla belgenin sahte olduğu belirtildikten sonra artık yapılan sahteciliğin aldatma kabiliyeti bulunup bulunmadığının tespiti yargılamayı yapan hâkime aittir.

Bilirkişi raporlarında bu yönde bildirilen görüşler hakimi bağlamamakla birlikte Yargıtay bazı kararlarında, belgelerde sahtecilik suçlarında aldatma yeteneği bulunup bulunmadığının takdirinin mahkemeye ait olduğunu belirtmekle beraber, oluşa uygun bilirkişi raporunda aldatma yeteneğinin bulunduğu belirlenmesini ve mahkeme tarafından bu raporun hükme esas alınmasını yeterli görmüş, yüksek mahkeme heyeti kendisi de suça konu belge fotokopilerini incelemiş, unsurlarının tam olduğunu tespit etmiş ve mahkumiyet hükmünün onanmasına karar vermiştir.⁹⁴

Bununla birlikte suça konu belge aslının mutlaka hâkim tarafından incelenerek ve özellikleri tutanağa geçirilerek aldatma kabiliyeti hususunda bir karar verilmesi gerektiği, fotokopi belgenin aldatma kabiliyetine sahip olmayacağından hareketle böyle bir incelemenin yeterli olmayacağı görüşündeyiz. Bununla beraber Yüksek Mahkemenin anılan kararlarının, istisnai nitelikte olduklarını, dosya içeriğinden, bilirkişi raporundan ve dosyada yer alan fotokopi belgelerden, belgenin aldatma kabiliyetine sahip olduğunun açıkça anlaşıldığı durumlarda usul ekonomisi gereğince bu şekilde karar verildiğini vurgulamamız gerekir.

Yargıtay belgede kanunen bulunması zorunlu birtakım işaretlerin yer almaması durumunda, belgenin aldatma kabiliyeti olmayacağını, bu nedenle sahtecilik suçunun oluşmayacağını kabul etmektedir. Nitekim Yargıtay CGK son dönemde incelediği somut olayda, tescil plakalarında Türkiye Şoförler ve Otomobilciler Federasyonu mührünün, dosya içerisinde bulunan plaka asılları üzerinde yer almadığı, mevcut haliyle suça konu plakaların aldatma yeteneğinin bulunmadığı ve hukuki sonuç doğurmaya elverişli nitelikte olmadığı anlaşıldığından, sanığa atılı resmî belgede sahtecilik suçunun unsurları itibarıyla

⁹³ Nitekim Yargıtay bir kararında bilirkişi raporunda belgenin aldatma kabiliyetinin bulunduğu ibaresinin hükme esas alınarak mahkumiyet kararı verilmesini yeterli görmemiş, yüksek mahkeme heyeti bizzat kendisi suça konu belge üzerinde gözlem yaparak belgenin aldatma kabiliyeti bulunmadığını tespit etmiş ve sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesini bozma sebebi yapmıştır. Yargıtay 11. CD'nin 21/11/2019 tarihli ve 13374-8269 sayılı kararı.

⁹⁴ Yargıtay 11. CD'nin 26/09/2013 tarihli ve 9677-13840; 16/09/2013 tarihli ve 13506-12923 sayılı kararları.

oluşmadığını vurgulamıştır.⁹⁵ Yargıtay ilgili dairesi de tescil plakalarında yer alması mevzuat gereği zorunlu olan mührün bulunmaması durumunda, plakada gerçekleştirilen sahteciliğin aldatma kabiliyetine sahip olmadığı, bu nedenle resmi belgede sahtecilik suçunun oluşmadığı görüşündedir.⁹⁶

Yargıtay önüne çokça gelen nüfus cüzdanı üzerinde gerçekleştirilen sahtecilik suçlarında da, nüfus cüzdanlarında Nüfus Hizmetleri Kanununun uygulanmasına ilişkin Yönetmelik'in 130. maddesinin 2. fıkrasında yer alan soğuk damga fotoğrafın üzerine gelecek ve fotoğrafın görüntüsünü bozmayacak şekilde ve nüfus cüzdanının plastikle kaplanması işleminden sonra ay-yıldız doğru uygulanır hükmü gereğince soğuk mühür izinin bulunması gerektiğini, fotoğraf üzerinde soğuk mühür izinin olmaması veya silik olması durumlarında, belgenin aldatma kabiliyetinin bulunmadığını vurgulamıştır.⁹⁷

Yüksek mahkeme belgenin çeşidine bakmaksızın, belgede mevzuat gereğince mühür izinin bulunmasının gerekip gerekmediğinin araştırılmasının zorunlu olduğunu, belgenin orijinalinde mühür izinin bulunması zorunlu ise, sahte belgede mühür izinin mevcut olmadığı durumlarda belgenin aldatma kabiliyetinin olmadığı ve dolayısıyla resmi belgede sahtecilik suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı görüşündedir.⁹⁸

D. Bir Vergi Kaçakçılığı Türü Olarak Sahte Belge Düzenleme ve Kullanma Suçu

Vergi kaçakçılığı dar anlamıyla, vergi kanunlarını uygulamakla mükellef bulunan idarenin aldığı tedbirlerin ihlal edilerek vergi ödememek veya az vergi ödemek anlamına gelmektedir.⁹⁹ Geniş anlamda vergi kaçakçılığı ise, vergilendirilebilir gelir veya serveti vergi idaresinin bilgisi dışında bırakmak ya da hileli hareketlere başvurarak vergi matrahının saklanması amacıyla vergi kanunlarına aykırı davranmak olarak tanımlanabilir.¹⁰⁰ VUK'un 359.

⁹⁵ Yargıtay CGK'nın 18/02/2020 tarihli ve 143-108 sayılı kararı.

⁹⁶ Nitekim Yüksek Mahkeme yeni tarihli bir kararında; suça konu olup, aslı dosya içerisinde bulunan tescil plakası üzerinde heyet olarak yapılan incelemede, tescil plakalarının resmiyet kazanması için gerekli olan plaka basım işlemini gerçekleştiren kuruluşa ait basılı bulunması gereken soğuk mühür izlerinin bulunmadığı, mevcut haliyle yapılan sahteciliğin ilk bakışta fark edilebildiği ve belgenin aldatıcı niteliğinin bulunmadığı anlaşıldığından resmi belgede sahtecilik suçunun unsurlarının oluşmadığı ifadelerine yer vermiştir. Yargıtay 11. CD'nin 15/09/2020 tarihli ve 1120-4454 sayılı kararı.

⁹⁷ Yargıtay 11. CD'nin 21/10/2020 tarihli ve 3257-6138; 19/10/2020 tarihli ve 3970-5960 sayılı kararları.

⁹⁸ Yargıtay 11. CD'nin 30/09/2020 tarihli ve 2882-5246 sayılı kararı.

⁹⁹ F. Mete Öcal, Vergi Suç Ve Cezalarından Kaçakçılık Suçunun ve Cezasının İncelenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001, s.36-37.

¹⁰⁰ Billur Yaltı Soydan, Uluslararası Hukuksal Çifte Vergilendirmeyi Önleme Ve Ortadan Kaldırma Anlaşmaları Ve Türkiye'nin Taraf Olduğu Anlaşmalar, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1993, s.11.



maddesinde vergi kaçakçılığı suçları farklı bentlerde düzenlenmiştir. Bu suçların uygulamada en fazla karşılaşılan çeşidi de sahte belge düzenleme ve kullanma suçudur. Anılan suç, sadece lafzen dahi belgede sahtecilik suçlarıyla benzeştiği düşüncesini zihinlerde oluşturmakta ve bu suçların unsurları yönünden iki suç tipi arasında kafa karışıklıklarına neden olmaktadır. Bu nedenle, çalışmamızın sonuç bölümüne ulaşabilmek için sahte belge düzenleme ve kullanma suçunun da kısaca ele alınıp incelenmesi gerekmektedir.

VUK'un 359. maddesinde vergi kaçakçılığı suçunun hukukî konusu, vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen, saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeler ile bu defterler dışında hesap ve işlemlerin kaydedildiği özel defter ve belgeler ya da diğer kayıt ortamları olarak belirlenmiştir.¹⁰¹

VUK'un 227 ve 243. maddeleri arasında düzenlenen üçüncü kısmı “*Vesikalar*” başlığını taşımaktadır. Bu anlamda bu maddeler arasında düzenlenen vesikalar, VUK'un 359. maddesi anlamında belge olarak kabul edilmelidir. Uygulamada en çok karşılaşılan belge türü ise VUK'un 229 ve devamı maddelerinde düzenlenen faturalardır.

VUK'un 359. maddesine göre sahte belge “*gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge*” anlamına gelmektedir. Bu anlamda bu suçun konusunu VUK anlamında belge olarak nitelendirilen vesikalar oluşturmaktadır.

VUK'da yer alan belgelerden bazıları fatura, perakende satış vesikaları, gider pusulası, müstahsil makbuzu, serbest meslek makbuzu, ücret bordrosu, sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi, yolcu listesi, günlük müşteri listesi, muhabere evrakı ve diğer vesikalardır. Görüldüğü gibi VUK, belgeleri sınırlı olarak saymaktan kaçınmış ve bunları kapsamlı hale getiren “diğer vesikalar” ifadesini kullanmıştır.¹⁰²

Haksız kazanç sağlamak veya daha az vergi ödemek ya da hiç vergi ödememek için sahte belge düzenlemek veya kullanmak suçları çok yaygın olarak işlenmektedir. Sahte fatura düzenlemenin maliyeti düşük, bu faturalarla sağlanan faydanın, karşılığında üstlenilen riskten çok daha fazla olduğundan, özellikle sahte fatura düzenlenmesi halinde düzenleyen açısından ciddi bir gelirin oluşacağı muhakkaktır.¹⁰³ Yapılan sahteciliğin amacı; düzenleyen için komisyon almak suretiyle haksız kazanç sağlamak veya vergiyi doğuran olayı

¹⁰¹ Serkan Açar, Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçları, TBB Dergisi, Sayı: 57, Yıl: 2005, s. 273-301, s. 280.

¹⁰² Şükrü Kızılot, Zühal Kızılot, Vergi Ticaret ve Ceza Hukuku Yönünden Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları, Yaklaşım Yayıncılık, Ekim, 2009, s. 45.

¹⁰³ Ozan Muzaffer Köstü, Danıştay İçtihatları Işığında Sahte Fatura ve Tespiti, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 49.

vergi dairesinin bilgisi dışında tutarak vergi ödememek; kullanan için ise giderleri fazla gösterip matrahı düşürmek, dolayısıyla daha az vergi ödemek veya hakkı olmayan vergi iadesi ya da indiriminden yararlanmaktır. Bu nedenle bu suç açısından sahteciliğin amaç değil araç olduğunu söyleyebiliriz.

Uygulamada anılan suç büyük çoğunlukta sahte fatura düzenleme veya kullanma şeklinde karşımıza çıkmaktadır, bu nedenle VUK'a göre fatura kavramına da değinmemiz gerekmektedir.

Vergi mevzuatı bakımından faturanın hukuki niteliği, mükelleflerin vergi matrahlarının tespitinde gelir ve giderleriyle ilgili kayıtların belgelendirilmesine ve vergi kaçaklarının önlenmesi için piyasadaki para ve mal hareketlerinin kontrolüne yardımcı olacak delil niteliğine sahip ticari belgedir.¹⁰⁴ VUK'un 229. maddesinde fatura, satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari vesika olarak tanımlanmıştır. Fatura veya fatura yerine geçen belgeler; fatura, perakende satış vesikalaları, gider pusulası müstahsil makbuzu ve serbest meslek makbuzudur.¹⁰⁵

VUK'un 230. maddesinde faturada yer alması zorunlu unsurlara yer verilmiştir. Buna göre bir faturada, faturanın düzenlenme tarihi seri ve sıra numarası, faturayı düzenleyen adı, varsa ticaret unvanı, iş adresi, bağlı olduğu vergi dairesi ve hesap numarası, müşterinin adı, ticaret unvanı, adresi, varsa vergi dairesi ve hesap numarası, malın veya işin nevi, miktarı, fiyatı ve tutarı, satılan malların teslim tarihi ve irsaliye numarası bulunması zorunludur.

Yükümlü belgelerini VUK'da belirtilen esaslara uygun olarak hazırlamak ve düzenli bir şekilde tutmak ve muhafaza etmek zorundadır.¹⁰⁶ VUK'un 227. maddesinin 3. fıkrasına göre bu Kanuna göre kullanılan veya bu Kanunun Maliye ve Gümrük Bakanlığına verdiği yetkiye dayanılarak, kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin, öngörülen zorunlu bilgileri taşımaması halinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılır.

Bu anlamda VUK anlamında bu suça konu olabilecek bir belgedeki zorunlu unsurların bulunmaması durumunda hiç düzenlenmemiş sayılacağı düşünüldüğünde, sahte belge düzenleme veya kullanma suçu oluşacak mıdır?

Doktrinde belgelerin asıl veya suretlerini tamamen ya da kısmen sahte olarak düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak suçunda, 213 sayılı VUK m. 227/3 hükmüne göre kanunda öngörülen şekle uymayan ya da zorunlu unsurları taşımayan belgelerin suç konusu kapsamında olmadığı görüşü dile getirilmiştir.¹⁰⁷ Yine faturalarda zorunlu olarak yer alması gereken unsurların

¹⁰⁴ Kızılot, Kızılot, s. 64-65.

¹⁰⁵ Kızılot, Kızılot, s. 58.

¹⁰⁶ Yusuf Karakoç, Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. Bası, Ankara, 2014, s. 418.

¹⁰⁷ Ağar, s. 285.



bulunmaması durumunda düzenlenmemiş sayılmasına ilişkin hükmün amacının belgelerin defter kayıtlarına doğru bir biçimde işlenmesi olduğu, bu nedenle faturalardaki küçük şekil noksanlıkları nedeniyle bu belgelerin hiç düzenlenmemiş sayılmaması gerektiği de savunulmuştur.¹⁰⁸ Bunların yanında VUK'un 227. maddesinde yer alan düzenlemenin, yasa koyucunun vergiyi doğuran olayı kavramak adına, vergi mükellefinin düzenlemek zorunda bulunduğu birtakım belgeleri yasada saymış ve ispatın da bu belgelerle yapılacağını kurula bağlamış olduğu düşüncesi paylaşılmıştır.¹⁰⁹ Son olarak suça konu belgelerin kanunda öngörülen şekilde düzenlenmemesi halinde yok hükmünde kabul edileceği, suçun unsurlarının da oluşmayacağı görüşü ifade edilmiştir.¹¹⁰ Danıştay vergi kabahatleri açısından verdiği kararlarında bazen faturada kanundaki zorunlu unsurların bulunmaması halinde vergi kabahatinin oluşmadığına karar verirken;¹¹¹ bazen de Kanunda belirtilen bazı unsurların şekli nitelikte olduğunu, bunların bulunmaması durumunun, faturanın düzenlenmemiş sayılmasını gerektirmediğini savunmuştur.¹¹²

Faturanın zorunlu unsurları yönünden incelenip incelenmeyeceğini, bu unsurların bulunmaması durumunda fatura olarak sayılıp sayılmayacağını ve dolayısıyla sahte fatura düzenleme veya kullanma suçuna vücut verip vermeyeceğini Yargıtay da tartışmıştır.¹¹³

Bir faturanın sahteliğinin ortaya konulabilmesi için bir mükellef nezdinde yapılmakta olan vergi incelemesinde iktisadi faaliyetlere ilişkin elde edilen bilgi ve bulguların, işlemin tarafı olan mükellef bakımından da vergi incelemesine konu edilmesi anlamına gelen karşıt inceleme yapılmalıdır. Nitekim Yargıtay da birçok kararında faturaların sahte olduğunun anlaşılabilmesi için karşıt inceleme yapılması gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁴ Aynı şekilde Danıştay da bir kararında karşıt inceleme yapılmadan varsayıma dayalı tarhiyat yapılamayacağı ifadelerine yer vermiştir.¹¹⁵

Yargıtay yine faturaların sahteliğinin tespiti amacıyla bunları kullanan şirketler veya mükellefler hakkında karşıt inceleme raporları düzenlenip düzenlenmediği, ilgili vergi dairelerinden araştırılarak, söz konusu şirket

¹⁰⁸ Köstü, s. 21.

¹⁰⁹ Nihal Saban, Vergi Hukuku, Beta Yayınları, 5. Bası, İstanbul, 2009, s. 168.

¹¹⁰ Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku (Vergi kabahatleri ve Suçları), Ekin Yayınevi, 10. Baskı, 2017, s. 416.

¹¹¹ Danıştay 7. Dairesinin 15/12/2003 tarihli ve 8511-5064 sayılı kararı.

¹¹² Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 30/04/1999 tarihli ve 109-267 sayılı kararı.

¹¹³ Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları çalışmamızın konusunu oluşturmakta olup, ilgili bölümde ele alınıp incelenecektir.

¹¹⁴ Yargıtay 11. CD'nin 03/12/2020 tarihli ve 12988-7055; 01/12/2020 tarihli ve 4038-6907 sayılı kararları.

¹¹⁵ Danıştay 4. Dairesinin, 21/09/2006 tarihli ve 2008-1670 sayılı kararı.

yetkilileri veya mükellefler hakkında dava açılıp açılmadığı sorulup, açıldığının tespiti halinde dava dosyaları getirilip incelenerek bu davayı ilgilendiren delillerin onaylı örneklerinin dava dosyasına intikal ettirilmesi; faturaların gerçek alım-satım karşılığı olup olmadığının belirlenmesi yönünden mal ve para akışımı gösteren sevk ve taşıma irsaliyeleri, teslim tesellüm belgeleri, bedellerinin ödendiğine ilişkin ticari teamüle uygun kanıtlama yeteneği olan geçerli ödeme belgeleri ve satıcının kasasına ya da banka hesabına girip girmediğinin tespiti gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁶

Faturanın sahteliğinin tespit edilmesinde önemli bir yöntem de; düzenlenen faturaların gerçek bir alım satım karşılığında düzenlenmemişse sahte olarak kabul edilmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Suça konu faturaların gerçek alım-satım karşılığı olup olmadığının belirlenmesi yönünden, faturaları düzenleyen ile kullananın defter ve belgeleri üzerinde; mal akışımı gösteren sevk ve taşıma irsaliyeleri, teslim ve tesellüm belgeleri, bedelinin ödendiğine dair ticari teamüle uygun, kanıtlama yeterliliği olan banka hesapları ve kasa mevcuduyla uyumlu geçerli belgeler ve faturayı düzenleyene yeterli mal girişi veya üretimi olup olmadığı hususlarında karşılaştırmalı bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Nitekim Yargıtay bir kararında suça konu faturaların gerçek bir alım satımına yönelik olup olmadığına ilişkin bilirkişi raporu alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini vurgulamıştır.¹¹⁷

VUK'da yer alan sahte fatura düzenleme ve kullanma suçları ile TCK'da yer alan özel belgede sahtecilik suçları çoğu zaman karıştırılmaktadır. Zira VUK'daki özel düzenlemeler olmasaydı sahte faturanın kullanılması halinde, diğer koşulların da varlığı durumunda özel belgede sahtecilik hükümleri uygulanabilecektir. Bu konuya yargı organının yaklaşımı, belgenin niteliğinden çok; belgenin kullanıldığı alan itibariyledir.¹¹⁸ Nitekim Yargıtay bir kararında davaya konu edilen faturanın herhangi bir vergisel işlemde kullanılıp kullanılmadığının vergi dairesinden sorulması; faturanın herhangi bir vergisel işlemde kullanılmadığının anlaşılması halinde, eylemin sahte fatura düzenleme ve kullanma suçlarını oluşturmayacağı, ancak özel belgede sahtecilik suçunu oluşturup oluşturmadığı da tartışılıp sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulmasını bozma sebebi yapmıştır.¹¹⁹

Düzenlenen bir faturanın sahte olup olmadığının tespitinde; faturayı düzenleyen firmanın ticari faaliyetlerinin ve giderlerinin bulunmaması, faturaya konu işlemlerle orantılı işçi çalıştırılmaması, fatura içeriğindeki malları

¹¹⁶ Yargıtay 11. CD'nin 01/12/2020 tarihli ve 4038-6907; 19/03/2019 tarihli ve 12190-2836 sayılı kararları.

¹¹⁷ Yargıtay 11. CD'nin 15/10/2020 tarihli ve 14863-5856 sayılı kararı.

¹¹⁸ Kızılot, Kızılot, s. 484.

¹¹⁹ Yargıtay 11. CD'nin 11/02/2020 tarihli ve 12707-1179 sayılı kararı.



üretecek ekipmana sahip olunmaması, bildirilen adreslerde bulunmaması, bu adreslerde komşuları tarafından tanınıp bilinmemeleri, beyannamelerinde sürekli sembolik tutarda vergi ödemesi beyan etmeleri, vergilerini ödememeleri gibi hususlar önemlidir. Nitekim Yargıtay da bir kararında, sahte faturaları düzenlediği iddia olunan şirketin alış yapmış görüldüğü firmalar hakkında sahte fatura düzenledikleri yönünde olumsuz tespitler bulunduğu, yapılan yoklamalarda bildirilen adreslerde şirkete ulaşılamadığı, şirkete ait aracın bulunmadığının belirlendiği, kiralanmış yerlerin mesken mahiyetinde olup 1-2 ay içinde boşaltıldığı ve ticari faaliyetin bulunmadığına dair komşu beyanları bulunduğundan yüksek ciroları sağlayabilecek sermaye ve iş organizasyonuna sahip olmadığı, mal sattığı görünen mükelleflerden örnekleme yoluyla seçilenler arasında yapılan karşıt incelemelerde şirketin fatura cildinin basım tarihinden önceki tarihli fatura düzenlediği hususlarını, sahte faturanın tespitinde önemli birer delil olarak kabul etmiştir.¹²⁰

Sahte belge düzenlemek ve kullanmak suçları birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar olup¹²¹, bu suçlar birbirine dönüşmeyeceği gibi, biri açısından verilen mütalaa diğer suç açısından da geçerli olmayacaktır. Nitekim Yargıtay da bir kararında “sahte fatura kullanma” ve “sahte fatura düzenleme” suçları birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar olup biri diğerinin unsuru olmadığı gibi her iki suçun birbirine dönüşmeyeceği görüşünü vurgulamıştır.¹²² Yüksek Mahkeme başka bir kararında da “sahte fatura kullanma” ve “sahte fatura düzenleme” suçları birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar olup biri diğerinin unsuru olmadığı gibi her iki suçun birbirine dönüşemeyeceğini belirttiikten sonra, sanıklar hakkında verilen mütalaanın yalnızca sahte fatura kullanmak suçuna ilişkin olduğu, sahte fatura düzenlemek suçundan verilmiş herhangi bir mütalaanın bulunmadığı gözetilmeden sahte fatura düzenlemek ve kullanmak eylemi denilerek karar verilmesini bozma sebebi yapmıştır.¹²³ Buna rağmen doktrinde belgeyi sahte olarak düzenleme ile kullanma eylemlerinin seçimlik hareketli oldukları, belgeyi düzenleyen kişi ile kullanan aynı kişi ise tek suçun oluşacağı görüşü dile getirilmiştir.¹²⁴

Muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge ile sahte belgeyi ayıran en önemli unsur; sahte belgede herhangi bir mal teslimi ya da hizmet ifası olmamakla birlikte, muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belgede, bir mal teslimi ya da hizmet ifasının bulunmasıdır.¹²⁵

Sahtecilik; mükellefin yönetmelik gereğince bastıracağı belgeler vasıta kılınarak işlenebileceği gibi sahte olarak basılmış belgelerle de işlenebilir. Birinci halde fikri, ikinci halde maddi sahtecilik söz konusudur. Düzenleyen

¹²⁰ Yargıtay 11. CD'nin 27/03/2019 tarihli ve 12321-3225 sayılı kararı.

¹²¹ Aynı görüş için bkz. Bayar, s. 112 .

¹²² Yargıtay 11. CD'nin 10/11/2020 tarihli ve 1874-6687 sayılı kararı.

¹²³ Yargıtay 11. CD'nin 01/10/2019 tarihli ve 12124-6831 sayılı kararı.

¹²⁴ Özen, *Vergi Suçları ve Kabahatleri*, s. 39-40.

¹²⁵ Köstü, s. 46.

bakımından suçun maddi unsuru kanuni şekilde uygun belgeyi vücuda getirip ona maddi varlık kazandırmasıdır.

Kullanma, yapılan sahtecilikten beklenen yararın sağlanması için gerekli faaliyetin bütünüdür ifade eder. Sahte belgenin mükellef tarafından deftere kaydedilmesi, beklenen yararı sağlamayacağından kullanma gerçekleşmiş sayılamaz. Kaldı ki, deftere kaydedilmeyen sahte belgenin vergi beyannamesinde gösterilmesi mümkündür. Bu nedenle sahte belgenin kullanılmış sayılabilmesi için vergi beyannamesinde gösterilmesi ve beyannamenin de vergi dairesine verilmesi gerekir.¹²⁶ Yargıtay CGK da bir kararında¹²⁷; *“konu ile ilgili Yargıtay Özel Daire kararlarında sahte belgenin kullanılmış sayılabilmesi için beynamede gösterilmesi ve beyannamenin de vergi dairesine verilmesi gerektiği kabul edilmektedir ki, doğrusu da budur. Kullanılan sahte belge, önceden temin edilebileceği gibi sonradan da temin edilebilir veya kullanan mükellef tarafından da düzenlenebilir. Olmayan bir faturanın vergi dairesine verilen beynamede kullanılması olasılığı vardır. Beynameye belgenin kendisi ya da bir örneğinin eklenmesi zorunluluğu bulunmadığından, vergi dairesi bu yönüyle ön denetim yapma imkânına sahip değildir.”* ifadelerine yer vermiştir.¹²⁸

Sahte belge kullanımı vergi kaçırmak amacıyla vergi matrahını azaltmak, KDV ödememek veya vergi iadesi almak gibi amaçlarla yapılmaktadır.¹²⁹

Suçun oluşumu için genel kast yeterlidir. Failin amacının bir önemi yoktur. Sahte belge kullanmak suçunda failin, belgenin sahteliğini bilmemesi kastı kaldırmaz. Sahte belge düzenleme suçunun faili herkes olabilir. Sahte belge kullanma suçunun faili ise; mükellef, vergi sorumlusu, tüzel kişilerin kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin idarecileri olabilir.

Vergi kaçakçılığı, özellikle sahte fatura düzenleme ve kullanma suçları uzun süreler boyunca, hiç kesintiye uğramadan işlenebilen suçlardır. Örneğin uygulamada komisyon karşılığı sahte fatura ticareti anlamına geldiğini söyleyebileceğimiz naylon fatura düzenleme ve kullanma suçlarının, bir vergi elemanının dikkatini çekip de tespit edilemedikçe devam ettiği gözlenmektedir. Bu anlamda hiç ara vermeden kısa sürelerde binlerce sahte fatura düzenlenip kullanılabilir. Bu durumda içtima hükümlerinin, özellikle TCK'nın 43. maddesinde yer alan zincirleme suç hükümlerinin, vergi kaçakçılığı suçlarında ne şekilde uygulanacağı tartışma konusu olmuştur.

¹²⁶ Nuri Ok, Ahmet Gündel, Açıklamalı-İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 225.

¹²⁷ Yargıtay CGK'nın 08/11/2018 tarihli ve 427-517 sayılı kararı.

¹²⁸ Yargıtay ilgili dairesi de aynı görüştedir. Bkz. Yargıtay 11. CD'nin 10/11/2020 tarihli ve 12141-6685 sayılı kararı.

¹²⁹ Nurettin Bilici, Vergi Hukuku, Savaş Yayınevi, 33. Baskı, s. 109; Kızılot, Kızılot, s. 53.



Doktrinde vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması hususunun takvim yılı kavramı ile açıklanması eleştirilmiş¹³⁰, VUK'da düzenlenen suçlar bakımından aynı takvim yılı içinde işlenen birden çok suçun tek suç olarak kabul edilip tek ceza uygulanacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı, bu nedenle aynı veya farklı takvim yılı ayırımına bakmaksızın TCK'nın 43. maddesinin koşullarının gerçekleştiği durumlarda, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşü dile getirilmiştir.¹³¹

Yargıtay ise çok uzun yıllar boyunca vergi kaçakçılığı suçlarında suç tarihlerinin belirlenmesi açısından hesap dönemi ve takvim yılı kavramlarını esas almış,¹³² bir hesap dönemi içerisinde gerçekleştirilen kaçakçılık eylemlerinin zincirleme şekilde tek suçu oluşturacağını vurgulamıştır.¹³³ Yargıtay CGK da yerleşmiş içtihatlarında aynı görüşü sürdürmektedir.¹³⁴ Yargıtay ilgili ceza dairesi güncel kararlarında da bu suç açısından suç tarihinin belirlenmesinde ve içtima hükümlerinin uygulanmasında takvim yılı kavramını esas almaktadır.¹³⁵

E. Belgede Sahtecilik Suçlarında Yer Alan Aldatma Kabiliyeti, Sahte Belge Düzenleme ve Kullanma Suçlarının Bir Unsuru mudur?

1. Genel Olarak

TCK'nın 204 ile 207. maddelerinde düzenlenen resmi ve özel belgenin başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesinden bahsedilmekte olup, anılan husus sahtecilik suçlarında aldatma kabiliyeti olarak değerlendirilmiş ve bu suçların bir unsuru olarak karşımıza çıkmıştır.

Sahtecilik suçlarında, belgenin zorunlu unsurlarının bulunmaması durumunda, belgenin aldatma kabiliyetinin bulunmayacağı, bu nedenle anılan suçların oluşmayacağı kabul edilmektedir. Örneğin ilgili kısımda bahsettiğimiz gibi kambiyo senetlerinde kanunen zorunlu unsurların yer almaması halinde belgenin aldatma kabiliyetinin bulunmadığı, bu nedenle sahtecilik suçunun oluşmadığı ifade edilmektedir. Yine çokça gerçekleştirilen nüfus cüzdanı ve

¹³⁰ Anılan eleştiriler için bkz. Bayar, s. 127-129 .

¹³¹ Özen, *Vergi Suçları ve Kabahatleri*, s. 65; Ersan Şen, *Vergi Suçlarında Çifte Cezalandırma ve Zincirleme Suç Sorunu*, <https://www.hukukihaber.net/vergi-suclarinda-cifte-cezalandirma-ve-zincirleme-suc-sorunu-makale,7828.html> E.T:10/05/2020.

¹³² Yargıtay 9. CD'nin 05/10/1990 tarihli ve 2172-3131; 20/09/1990 tarihli ve 1970-2868 sayılı kararları. Gündel, s. 27-28'den alınmıştır.

¹³³ Yargıtay 9. CD'nin 13/12/1990 tarihli ve 3677-4416 sayılı kararı. Ahmet Gündel, *Ceza Mahkemelerince Yargılanacak Vergi Suçları ve Cezaları*, 2. Baskı, Ankara-1992, s. 29'dan alınmıştır.

¹³⁴ Yargıtay CGK'nın 5.3.2002 tarihli ve 28-179 sayılı kararı.

¹³⁵ Nitekim yüksek mahkeme bir kararında anılan suç açısından suç tarihlerini takvim yıllarına göre belirlemiş ve zamanaşımını bu tarihlere göre hesaplamıştır. Yargıtay 11. CD'nin 11/11/2020 tarihli ve 51-6764 sayılı kararı.

plaka sahteciliklerinde, mevzuat gereği bulunması zorunlu mühür izlerinin yer almaması durumunda da belgenin aldatma kabiliyetinin bulunmadığı ve sahtecilik suçunun oluşmayacağı savunulmuştur.

VUK'un 359. maddesinde yer alan sahte belge düzenlenmesi ve kullanılması suçlarında suça konu belgelerin aldatma kabiliyetinin bulunması gerekir gerekmediği konusu düşünülmüş ve doktrinde vergi kaçakçılığı suçlarında defter, belge veya kayıtlarda gerçekleştirilen tahrifatın, sahtecilik suçlarında olduğu gibi aldatıcı özellikte olması gerektiği savunulmuştur.¹³⁶

Yine VUK'un 359. maddesinde yer alan uygulamada en çok karşılaşılan sahte fatura düzenleme suçunda, faturanın zorunlu unsurlarının bulunup bulunmayacağı, bu anlamda faturaların, tıpkı TCK'daki sahtecilik suçlarına konu belgeler gibi dosya içerisinde bulunmasının zorunlu olup olmadığı ve sonuç olarak vergi kaçakçılığına konu faturanın aldatma kabiliyetinin bulunup bulunmadığı tartışılmıştır. Bayar'a göre ceza hukuku bakımından belgenin varlığı için aranan tüm koşullar vergi kaçakçılığı suçu için de geçerli olup, buna ek olarak, belgenin vergi kanunları düzenlenmesi gerekliliği koşulu bulunmaktadır.¹³⁷ Yazar, soyut tehlike suçu olan vergi kaçakçılığı suçlarının, belgede sahtecilik suçları ile bu anlamda benzeştiğini, özellikle resmi belgede sahtecilik suçlarında, belgenin düzenlendiği an suçun tamamlandığı göz önünde bulundurulacak olursa bu benzerliğin bir kez daha ortaya çıktığını, bu noktada iki suçun sonucu açısından arasında bir farkın belgenin aldatma kabiliyetine yönelik olduğunu, vergi kaçakçılığı suçlarında belgenin aldatma kabiliyetine sahip olması gerekmediğini, VUK'un 359. maddesinde belge tanımlarına yer verilerek, belgenin hangi durumda aldatma kabiliyetine sahip olacağı ve kamu güvenini tehlikeye sokacağı belirlenmiş bulunduğunu savunmuştur.¹³⁸

Bu tartışmalar VUK'un 230. maddesinde yer alan hükümlerle birlikte daha da önem kazanmıştır. Anılan düzenlemeye göre faturada, faturanın düzenlenme tarihi seri ve sıra numarası, faturayı düzenleyen ad, varsa ticaret unvanı, iş adresi, bağlı olduğu vergi dairesi ve hesap numarası, müşterinin adı, ticaret unvanı, adresi, varsa vergi dairesi ve hesap numarası, malın veya işin nevi, miktarı, fiyatı ve tutarı, satılan malların teslim tarihi ve irsaliye numarası bulunması zorunludur.

VUK'un 227. maddesinin 3. fıkrasına göre bu Kanuna göre kullanılan veya bu Kanunun Maliye ve Gümrük Bakanlığına verdiği yetkiye dayanarak, kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin, öngörülen zorunlu bilgileri taşıması halinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılır.

¹³⁶ Özen, *Vergi Suçları ve Kabahatleri*, s. 24; Kızılot, Kızılot, s. 503.

¹³⁷ Bayar, s. 85.

¹³⁸ Bayar, s. 119-120.



Doktrinde belgelerin asıl veya suretlerini tamamen ya da kısmen sahte olarak düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak suçunda, 213 sayılı VUK m. 227/3 hükmüne göre kanunda öngörülen şekle uymayan ya da zorunlu unsurları taşımayan belgelerin suç konusu kapsamında olmadığı görüşü dile getirilmiştir.¹³⁹ Bu tartışmalar Yargıtay 11. CD'nin içtihatlarına da yansımış ve dairenin bir dönem bu konudaki görüşünü değiştirmesine yol açmıştır. Bu görüş değişikliği nihayet Yargıtay CGK'nın önüne taşınmış ve çalışmamızın konusunu oluşturan suçlar arasındaki ilişkiye çok kapsamlı bir şekilde yer verilen bir kararın ortaya çıkmasını sağlamıştır.

2. Yargıtay CGK'nın 08/11/2018 tarihli ve 427-517 Sayılı Kararı

Faturanın zorunlu unsurları yönünden incelenip incelenmeyeceği, bu unsurların bulunmaması durumunda geçerli bir belge sayılıp sayılmayacağı ve dolayısıyla sahte fatura düzenleme veya kullanma suçuna vücut verip vermeyeceğini Yargıtay da tartışmıştır.

Yargıtay vergi kaçakçılığı suçlarını incelemekle görevli 11. CD, tespit edebildiğimiz kadarıyla 2017 yılından sonra VUK'un 230. ve 227. maddesinin 3. fıkrası uyarınca faturaların zorunlu unsurlarının bulunup bulunmadığını tespit etmek amacıyla faturaların dosyada yer alması gerektiği, faturalarda zorunlu unsurların bulunmaması durumunda kaçakçılık suçunun da oluşmayacağı yönünde görüş değişikliğine gitmiş¹⁴⁰ ve bu içtihadını Yargıtay CGK kararına kadar sürdürmüştür.

Nihayet tartışma Yargıtay CGK'nın önüne taşınmış ve karara bağlanmıştır.¹⁴¹ Genel Kurul bu kararında vergi kaçakçılığı suçlarıyla belgede sahtecilik suçları arasında kapsamlı bir karşılaştırma yaparak nihai sonuca ulaşmıştır.

Genel Kurulun kararına konu somut olayda uyumsuzluklar; sanığa atılı sahte fatura kullanma suçlarının yasal unsurlarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi bakımından, sahte olduğu ileri sürülen belgelerin, elde olmasının zorunlu olup olmadığının, bu belgelere ulaşılamadığı durumlarda başka delillerle mahkûmiyet hükmü kurulup kurulamayacağının ve sahte olduğu ileri sürülen belgeler elde bulundurulmadan sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulamayacağının kabulü hâlinde; sahte fatura kullanma suçu yönünden, suçun yasal unsurlarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi için sanık adına fatura düzenledikleri tespit edilen, ancak düzenledikleri faturaların var olup olmadığı yönünde bir araştırma yapılmayan yedi mükellef hakkında yapılan vergi incelemelerine ilişkin dosyalarda, sanık adına düzenlenen faturaların bulunup bulunmadığı hususunda araştırma yapılmasının gerekip gerekmediğinin belirlenmesine ilişkindir.

¹³⁹ Açar, s. 285; Köstü, s. 21

¹⁴⁰ Yargıtay 11. CD'nin 11/12/2017 tarihli ve 15484-8788; 06/11/2018 tarihli ve 4142-8843 sayılı kararları.

¹⁴¹ Yargıtay CGK'nın 08/11/2018 tarihli ve 427-517 sayılı kararı.

Kararda “vergi belgelerindeki sahteciliğin amacı; düzenleyen için komisyon almak suretiyle haksız kazanç sağlamak veya vergi doğuran faaliyetini vergi dairesi bilgisi dışında tutarak vergi ödememek; kullanan için ise gideri fazla gösterip matrahı düşürmek, dolayısıyla vergiyi az ödemek veya hiç ödememek ya da hakkı olmayan vergi iadesi veya indiriminden yararlanmaktır. Bu bağlamda, gerçeğe aykırılık olgusu olarak sahtecilik amaç değil, araçtır” ifadelerine yer verilerek, TCK’daki sahtecilik suçları ile VUK’da yer alan sahte belge düzenleme suçları arasındaki farka vurgu yapılmıştır.

CGK, kavram benzerliğinden kaynaklanabilecek yanlış değerlendirmeleri bertaraf edebilmek için TCK’da düzenlenen sahte belge düzenlemek, kullanmak suçları ile VUK’da düzenlenen sahte belge düzenlemek ve kullanmak suçlarını; kanunda düzenlendikleri yer, düzenleniş biçimleri, unsurları ve amaçları yönünden karşılaştırmış ve çalışmamız bakımından çok önemli olarak nitelendirdiğimiz için aynen aldığımız şu ifadelere yer vermiştir: “Belgede sahtecilik suçları Türk Ceza Kanunu’nun 204 ile 212. maddeleri arasında ‘topluma karşı suçlar’ başlığını taşıyan 3. kısmının ‘kamu güvenine’ karşı suçlar adlı 4. bölümde düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen belgede sahtecilik suçları ile korunan hukuki değer madde başlığı ve çeşitli Yargıtay kararlarında “kamu güveni” olarak belirtilmiştir. (CGK 06.03.2007 tarih 276/55 E-K) Kamu güveni; topluma ilişkin hukuksal varlık ya da yararadır. Toplumsal yaşamın barış içinde olağan akışını devam ettirmesi için bu güvenin devamı ve korunması zorunludur. Bunun içinde toplumsal yaşamda kullanılan resmî ve özel belgelerin doğruluğu devletin güvencesi altına alınmıştır. TCK’da da, kamuda kullanılan belgelerin sahteleştirilmesi eylemlerinin kamu güvenini sarstığı kabul edilerek suç sayılıp yaptırma bağlanmıştır. TCK’da düzenlenen sahtecilik suçlarında belgedeki şekli aldatma yeteneği suçun unsuru kabul edilmiştir. Ancak aldatıcılık yeteneği belgeden objektif olarak anlaşılmalıdır. Örneğin, belgenin kaba bir şekilde yapılması sahte olduğunun açıkça belli olması ve çoğu kişi tarafından ilk bakışta açıkça anlaşılması gibi hâllerde aldatma yeteneği bulunmadığından belgede sahtecilik suçu oluşmayacaktır. Öğreti ve Yargıtay uygulamalarında TCK’da düzenlenen sahtecilik suçlarında aldatma yeteneği suçun unsuru olarak kabul edilmektedir. VUK’daki sahte belge düzenleme ve kullanma suçları ile korunan yarar devletin vergilendirme hak ve yetkisidir. Vergi belgelerindeki sahteciliğin amacı, düzenleyen için komisyon almak sureti ile haksız kazanç sağlamak veya vergi doğuran faaliyetini vergi dairesi bilgisi dışında tutarak vergi ödememek; kullanan için ise gideri fazla gösterip matrahı düşürmek, dolayısı ile vergiyi az ödemek veya hiç ödememek olduğu için gerçeğe aykırılık olgusu bir araçtır. VUK’un 359. maddesinin b fıkrasındaki Vergi Kaçakçılığı düzenlemesindeki amaç vergi kaybının önüne geçmek olduğu için belgenin şeklinin anılan fıkra kapsamında önemi bulunmamaktadır. Bu durum VUK’un 359. maddesinin b fıkrasının son



cümlesindeki ifade ile aynı Kanun'un 3. maddesinin (A) ve (B) bendindeki düzenlemelerden anlaşılmaktadır. Şöyle ki; VUK 359/b-son cümlede “gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge sahte belgedir” denilmektedir. VUK'un 3. maddesinde ise ‘vergiyi doğuran olayın ve buna ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin ispatının yemin hariç her türlü delille yapılabileceği’ belirtilmektedir. VUK'un 3. maddesinin (B) bendindeki bu düzenleme nedeni ile vergiyi doğuran olayın her türlü delille ispatı mümkün olduğuna göre vergi kaçacağını önlemeyi amaçlayan VUK'un 359. maddesinin b fıkrasındaki sahte belge düzenlemek veya kullanmak sureti ile kaçakçılık suçunda şekli unsurları eksik fatura ve diğer belgeler de dahil her türlü delilin suçun sübutunda ispat aracı olarak kullanılabilmesi açıktır. Bu durumda diğer delillerle suç sübuta ermiş ise, şekil denetimi yönünden belgenin getirilerek incelenmesinin önemi kalmamaktadır. Çünkü bu maddedeki suçun konusu vergiye konu faaliyetlerdir. Yani vergiye konu olayın gerçeği yansıtıp yansıtmadığıdır. Dolayısı ile delil olarak sunulan belgedeki bir takım şekil noksanlıklarının suçun oluşumuna etkisi bulunmamaktadır. TCK'nın ve VUK'un sahtecilikle ilgili düzenlemeleri başlık ve içerik olarak karşılaştırıldığında da düzenlemelerin nedeni ve amaçlarındaki farklılık açıkça görülmektedir. TCK'daki sahtecilikle ilgili madde başlıklarında resmî ve özel belgede sahtecilik ifadeleri kullanıldığı hâlde, VUK'da “kaçakçılık suçları ve cezaları” başlığı kullanılmıştır. Yine TCK'da sahte belgenin ne olduğu konusunda bir düzenleme yapılmayarak her olayın ve belgenin özelliğine göre yetkili mercinin değerlendirmesine bırakıldığı hâlde VUK'un 359. maddesinin b fıkrasında “gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge sahte belgedir.” denilerek sahte belgenin tanımı yapılmış olup aldatıcılık özelliği buna göre kıymetlendirilmelidir. Bu farklılıklardan da anlaşıldığı üzere Vergi Usul Kanunu öngördüğü suçlar bakımından birçok hâlde ceza hukukunun genel ilkelerinden ayrılarak cezai sorumluluğa, takip şartlarına ve cezaların belirlenmesine ilişkin farklı düzenlemeler getirmiştir. Bu bağlamda vergi kaçakçılığı suçları genellikle vergi mükellef veya sorumluları tarafından işlenen objektif sorumluluğa dayalı bir anlamda mahsus suçlar olduğu için VUK'un 359. maddesinin b fıkrasında düzenlenen sahte belge düzenlemek veya kullanmak sureti ile kaçakçılık suçlarında VUK'un 230 ve devamı maddelerine yollama yapan aynı Kanun'un 227. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme gerekçe gösterilerek belgede bulunması gereken zorunlu bilgilerin (şekli unsurlarının) suçun unsuru olarak kabul edilmesi ve buna bağlı olarak da VUK'daki aldatma kabiliyetinin TCK'da düzenlenen sahtecilik suçları gibi şekli yönden de değerlendirilmesi gerektiğinin kabul edilmesi Vergi Usul Kanunu'ndaki düzenlemeler açısından kanun koyucunun amaçlamadığı yanlış uygulamalara ve sonuçlara yol

açabileceği gözetilmelidir. Bu nedenlerle VUK'un 359. maddesindeki vergi kaçakçılığı suçuna cezai müeyyide getiren sahte belge düzenleme ve kullanma suçları ve kavramları ile TCK'daki sahtecilik suçları ve kavramlarının birebir eşleştirilmesinin, aynı anlamların yüklenmesinin şekil şartları ve aldatma yeteneği yönünden aynı denetime tabi tutulmasının doğru olmayacağı kabul edilmelidir.”

Genel Kurul bu önemli tespitlerden sonra VUK'da düzenlenen belgelerden birisi olan faturaların özelliklerine temas etmiştir ve düzenlenen faturaların şekil şartına bağlanmasındaki amacın, vergi uygulamaları gereği olmasının yanı sıra, ticari hayatta oluşacak karışıklıkların önüne geçmek, düzen ve karşılıklı ticari faaliyetlerin devamlılığını sağlamak olduğunu vurgulamıştır. Kararda, VUK'un 227. maddesinin gerekçesine ve anılan maddenin kabul edildiği TBMM görüşmelerine yer verilmiş ve bu hükümlerle hedeflenenin, Kanun'a göre kullanılan veya Bakanlık tarafından kullanma zorunluluğu getirilen belgelerin, öngörülen bilgileri taşıması durumunda Aynı Kanun'un 353. maddesinde düzenlenen özel usulsüzlük cezası ile cezalandırılacağına işaret etmek olduğu belirtilmiştir. Bu tespitlerin ardından CGK, VUK ve CMK anlamında ispat konusunda açıklamalarda bulunmuş ve ardından da “VUK'un 227. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen belgenin şekil eksikliği nedeni ile ‘hiç düzenlenmemiş sayılır’ düzenlemesi sonucu itibari ile idari nitelikte cezayı gerektirmekte olup adli cezayı gerektiren aynı Kanun'un 359. maddesinin b fıkrasında düzenlenen kaçakçılık suçu yönünden belgeyi delil olmaktan çıkarmamaktadır. Nitekim VUK'un 3. maddesinin (B) bendinde, ‘vergiyi doğuran olay ve muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir’ denilmek sureti ile fatura ya da benzeri belgelerde bulunması gerekli bazı şekli bilgiler eksik olsa bile bu belgelerin idari ve adli soruşturma yönünden delil olarak kullanılmasına engel oluşturmadığı anlatılmak istenmiştir. VUK'un 3. maddesinde VUK'un 227. maddesinin 3. fıkrası yollaması ile aynı Kanun'un 230 vd. maddelerinde belirtilen şekil şartları eksik olsa bile VUK'un 3. maddesinin (B) bendi gereğince idari, mali ve adli soruşturma yönünden vergiyi doğuran olay veya buna ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin her türlü delil ile ispat edilebileceği vurgulanmıştır. Dolayısı ile şekil eksikliği olan bu tür belgelerin delil serbestisi ilkesinin hâkim olduğu adli ceza davasında kullanılmasına engel bir durumun bulunmadığı, şekil eksikliği nedeni ile VUK'un 227. maddesinin 3. fıkrası gereğince fatura ve benzeri belgelerin idari denetimler açısından düzenlenmemiş sayılmasının bu belgelerin adli dava yönünden de yok sayılmasını gerektirmeyeceği kabul edilmelidir.” İfadelerini kullanmıştır. Yüksek Mahkeme bu durumun aksinin kabulü halinde daha az ceza almak isteyen failin istenen faturaları ibraz etmeyerek defter, kayıt ve belgeleri gizlemek suçundan ceza almayı göze alacağını ancak sahte fatura



düzenleme suçundan ceza almaktan kurtulacağını vurgulamıştır. Kanun koyucunun böyle bir amaç içerisinde olduğu düşünülemeyeceğinden söz konusu Kanun'un 227. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenlemenin idari, mali ve vergisel denetimlerin kolaylığını ve ticari hayatın işlerliğini sağlamayı hedeflediği sonucuna varılması gerektiği savunulmuştur.

Kararda, kanun koyucunun VUK'un 359. maddesinde sahte belgeyi tanımlayarak içerik sahteciliğine yönelik iradesinin açıkça ortaya konulduğu, dolayısı ile VUK'un 359. maddesinin b fıkrasında düzenlenen sahtecilik kavramının TCK'daki sahtecilik düzenlemesinden ayrıldığı açıkça belirtilmiştir. VUK'un 359. maddesi ile korunan değerın devletin asli gelir kaynaklarından olan vergi gelirini korumak, vergi kaybını önlemek olduğu, bu nedenle diğer delillerle suçun subuta ermesi hâlinde faturanın (belgenin) dosyaya getirilmesinde zorunluluk bulunmadığının kabul edilmesi gerektiği, zira şekil şartları ve aldatma kabiliyetinin bu suçta unsur olarak düzenlenmediği vurgulanmıştır.

Sonuç olarak CGK, VUK'un 227. maddesi ile 359. maddelerinin getiriliş amaçlarını ortaya koymuş, yorumlamış ve TCK'da düzenlenen sahtecilik suçlarıyla vergi kaçakçılığı suçlarının birbirinden tamamen farklı suçlar olduğunu vurgulamıştır. Genel Kurul, kararında açıkça VUK'un 359. maddesindeki suçlarda aldatma kabiliyetinin bir unsur olarak düzenlenmediği ifadesine de yer vermiştir. Bu önemli kararın ardından en azından yargısal anlamda tartışma ortadan kalkmış, Yargıtay 11. CD de CGK'nın bu kararındaki ilkeleri benimsemiş ve sahte fatura düzenleme suçlarında suç konusu faturaların, 213 sayılı VUK'un 230. maddesine göre yalnızca unsurlarının tespiti amacıyla incelenmesinde zorunluluk bulunmadığını kabul etmiştir.¹⁴²

3. Yargıtay CGK kararı Işığında Konuya İlişkin Kanaatimiz

TCK'da düzenlenen belgede sahtecilik suçları ile VUK'un 359. maddesinde yer verilen vergi kaçakçılığı suçlarının, ilk görüşte her ikisinde de yer alan ortak kavramlar nazara alındığında birbirleriyle benzeştikleri düşüncesi ortaya çıkmaktadır. Doktrinde bu suçlar arasındaki ilişkiye değinen özgün bir eser tespit edilememekle birlikte; ilgili eserlerde bu suçların bazı unsurları yönünden ilişkilendirildiği, örneğin VUK'a göre düzenlenmesi zorunlu olan belgelerin ceza hukuku anlamında özel belge niteliğinde olduğu görüşü dile getirilmiştir.¹⁴³ . Oysa anılan suçlar arasındaki fark ve benzerlikler ayrı ve kapsamlı bir çalışmanın konusu olabilecek önem ve genişlikte olmakla birlikte bu çalışmanın konusu dışındadır.

¹⁴² Yargıtay 11. CD'nin 11/11/2020 tarihli ve 10592-6769; 18/01/2019 tarihli ve 7022-623 sayılı kararları.

¹⁴³ Saban, s. 168.

Nihayet anılan suçların hukuki konuları ve kavramları arasındaki benzerlikler dikkate alınarak, VUK'ta yer alan faturanın zorunlu unsurlarına yönelik düzenleme de dayanak yapılarak, sahte belge düzenleme ve kullanma suçlarında aldatma kabiliyetinin suçun bir unsurunu oluşturabileceği sonucunu doğuracak bir noktaya gelinmiştir. Kanaatimizce gelinen bu yanlış noktadan Yargıtay CGK'nın incelediğimiz içtihadi nitelikteki kararıyla dönülebilmektedir.

Belgede sahtecilik suçlarında suçun zorunlu bir unsuru olarak aranan aldatma kabiliyetinin, bir vergi kaçakçılığı çeşidi olan sahte belge düzenleme ve kullanma suçları açısından geçerli olmadığına, faturanın zorunlu unsurlarının bulunmasının veya bulunmamasının suçun oluşumunu etkilemeyeceğine dair Yargıtay CGK'nın incelediğimiz kararındaki görüşlerini aynen paylaştığımızı belirtelim.

Bunun yanında anılan CGK kararı dikkate alındığında ve kanaatimizce aşağıda belirteceğimiz nedenlerle vergi kaçakçılığı suçlarında aldatma kabiliyeti, suçun bir unsuru olarak yer almamaktadır:

a-Sahtecilik suçlarında belgenin sahte olması engellenmeye çalışılmakta, belgelere olan güven korunmakta olup vergi kaçakçılığı suçlarında adında da anlaşılacağı gibi vergi kaçakçılığını engelleme amacıyla düzenlemeler getirilmektedir. Anılan suçların korudukları hukuksal değerler ve konulu amaçları birbirinden farklıdır.

b-VUK'un 359. maddesinde açıkça aldatma kabiliyetini öngören veya bunu ima eden bir yasal düzenleme yoktur, oysa TCK'da düzenlenen belgede sahtecilik suçları açısından aldatma kabiliyeti unsuruna açıkça yer verilmiştir.

c-Vergi kaçakçılığı suçlarında belgelerin aldatma kabiliyeti yönünden incelenmesinin zorunlu tutulması halinde, ilgili suçların oluşamayacağı, maddenin ölü doğmuş olacağı açıktır. Nitekim Yargıtay CGK kararında da örnekleme niteliğinde bu duruma vurgu yapılmıştır. Bu suçlarda aldatma kabiliyetinin bir unsur olarak yer alması durumunda, suça konu sahte belgelerin ortaya çıkmaması amacıyla gizleyen fail daha fazla ceza almaktan kurtulabilecektir.

d-VUK'un 359. maddesindeki belgeler, VUK'da düzenlenmiş belgeler olup, bu belgelerin ilgili şekil şartlarına göre oluşturulması bir yükümlülük olarak hüküm altına alınmıştır. Anılan madde ile cezalandırılan husus esasında vergi kaçırmaya, vergilendirmeyi engellemeye, vergiye esas kazançların tespit edilmesini önlemeye yönelik hareketlerdir. TCK'da yer alan sahtecilik suçlarının konusu olan belgeler ise sınırlı sayıda değildirlir ve bu belgelerin düzenlenmesi bir yükümlülük olmayıp, bu belgeler fail tarafından sahte olarak düzenlenerek bir menfaat sağlanmak istenmektedir.

SONUÇ

TCK'da düzenlenen belgede sahtecilik suçları ile VUK'un 359. maddesinde yer verilen bazı vergi kaçakçılığı suçları arasında başta kavramsal olarak benzerlikler dikkat çekmektedir. Gerçekten de her iki kanuni düzenlemelere bakıldığında “sahtecilik”, “tahrifat”, “gizlemek”, “yok etmek” gibi ortak kavramlara yer verilmiştir.

Aynı şekilde belgede sahtecilik suçlarının konusunu “belge” kavramı oluştururken, vergi kaçakçılığı suçlarının konusunu da benzer şekilde defter, belge ve kayıtlar oluşturmaktadır. Bu açıdan da ilk bakışta her iki suçun hukuki konularının aynı olduğu, vergi kaçakçılığı suçlarından bazılarının, belgede sahtecilik suçlarının özel kanunda yer verilen bir çeşidiymiş izlenimini uyandırdığı görülmektedir.

Bununla birlikte, iki suç tipi kavramsal benzerlik dışında birçok farklılığı içerisinde barındırmakta olup, birinin diğerinin özel bir görünüş biçimi olduğundan söz edemeyiz. Yine her iki suç tipinin unsurlarının genel olarak benzeştiği düşüncesinin de yanlış olacağı kanaatindeyiz.

Her iki suç tipinin birbirinden tamamen farklı ve bağımsız suçlar olduğuna dair görüşümüzü destekleyen ve bu çalışmanın esas konusunu oluşturan çok önemli bir karar nihayet Yargıtay CGK tarafından verilmiş olup, belgede sahtecilik suçlarının en önemli unsuru olan aldatma kabiliyetinin, vergi kaçakçılığı suçları bakımından uygulama alanı bulamayacağı görüşü Yüksek Yargı tarafından kabul edilmiştir.

Genel Kurul, konuya sadece aldatma kabiliyeti yönünden bakmamış; iki suç arasındaki tespit edebildiği tüm farklılıklara değinmiş, VUK'un görüldüğü TBMM tutanaklarını dahi kanunun amacının ortaya konulabilmesi bakımından kararına yansıtmıştır.

Sonuç olarak incelediğimi kararı esas alarak söyleyebiliriz ki; belgede sahtecilik suçları ile vergi kaçakçılığı suçları başta aldatma kabiliyeti olmak üzere unsurları, korudukları hukuksal değer, konuluş amaçları ile özel görünüş biçimleri bakımından birbirlerinden farklı ve bağımsız birer suç tipleridir.

KAYNAKÇA

Ağar, Serkan, Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçları, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 58, Yıl: 2005, s. 273-301.

Bayar, İbrahim Nihat, *Vergi Kaçakçılığı (Suç Teorisi-Ceza Teorisi ve Muhakeme Hukuku Açısından Bir İnceleme)*, Mali Akademi Yayınları, Haziran, 2013.

Bilici, Nurettin, *Vergi Hukuku*, Savaş Yayınevi, 33. Baskı, Ağustos, 2014.

Demir, Muhammet Zafer, *Resmi Belgede Sahtecilik Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.

Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II*, Betaş Yayınları, 12. Baskı, İstanbul, 1999.

Erman, Sahir; Özek, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul, 1996.

Erol, Haydar, *Türk Ceza Kanunu*, PYS Matbaacılık, Ankara, 2003.

Gökcan, Hasan Tahsin, *Özel Belgede Sahtecilik Suçu*, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:68, Sayı:2010/1, s. 209-236.

Gökcan, Hasan Tahsin, *Resmi Belgede Sahtecilik Suçu*, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 67, Sayı: 3, 2009, s. 93-126.

Gökçen, Ahmet, *Belgede Sahtecilik Suçları*, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2018.

Gündel, Ahmet, *Ceza Mahkemelerince Yargılanacak Vergi Suçları ve Cezaları*, 2. Baskı, Ankara-1992.

Karakoç, Yusuf, *Genel Vergi Hukuku*, Yetkin Yayınları, 7. Bası, Ankara, 2014. Kızılot, Şükrü; Kızılot, Zuhale, *Vergi Ticaret ve Ceza Hukuku Yönünden Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları*, Yaklaşım Yayıncılık, Ekim, 2009.

Koca, Mahmut; Üzülmüş, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Köstü, Ozan Muzaffer, *Danıştay İçtihatları Işığında Sahte Fatura ve Tespiti*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

Ok, Nuri, Gündel, Ahmet, *Açıklamalı-İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

Öcal, F. Mete, *Vergi Suç Ve Cezalarından Kaçakçılık Suçunun ve Cezasının İncelenmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.

Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınları, 12. Baskı, Eylül, 2017.

Özen, Mustafa, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2017.

Özen, Musafa, *Vergi Suçları ve Kabahatleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Saban, Nihal, *Vergi Hukuku*, Beta Yayınları, 5. Bası, İstanbul, 2009.



Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Ankara 2014.

Şen, Ersan, *Vergi Suçlarında Çifte Cezalandırma ve Zincirleme Suç Sorunu*, <https://www.hukukihaber.net/vergi-suclarinda-cifte-cezalandirma-ve-zincirleme-suc-sorunu-makale,7828.html>

Şenyüz, Doğan, *Vergi Ceza Hukuku (Vergi kabahatleri ve Suçları)*, Ekin Yayınevi, 10. Baskı, 2017.

Taşdemir, Kubilay, *Belgelerde Sahtecilik Suçları*, Ankara, 2013.

Tezcan Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Önok, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları*, 10. Baskı, Eylül, 2013.

Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2007.

Yaltı Soydan, Billur, *Uluslararası Hukuksal Çifte Vergilendirmeyi Önleme Ve Ortadan Kaldırma Anlaşmaları Ve Türkiye'nin Taraf Olduğu Anlaşmalar*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1993.

Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, 5. Cilt.

Yokuş Sevik, Handan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2020.

KISALTMALAR

Bkz. : Bakınız

CD : Ceza Dairesi

CGK : Ceza Genel Kurulu

CMK : Ceza Muhakemesi Kanunu

s. : Sayfa

TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi

TCK : Türk Ceza Kanunu

VUK : Vergi Usul Kanunu

GÜNCEL KARARLAR VE SON GELİŞMELER İŞİĞİNDA ICSID TAHKİMİNDE HAKEMİN REDDİ

*Disqualification of Arbitrators in ICSID Arbitration in Light of Recent
Decisions and Developments*

Ahmet Sefa DİNLEYİCİ*

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (583-614)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 31.05.2021

Kabul Tarihi : 14.09.2021

Makale Türü : *Araştırma*

Article Info

Received Date: 31.05.2021

Accepted Date: 14.09.2021

Article Type : *Research*

ÖZET

Tahkimde hakemlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını temin edecek düzenlemelerin başında hakemlerin ifşa yükümlülükleri ve hakemin reddi düzenlemesi gelmektedir. Bu kapsamda ise Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID) Tahkim Kurallarının diğer tahkim kurallarından birçok açıdan farklı olduğu göze çarpmaktadır. ICSID sistemindeki bu farklılıklar temelde hakemlerin ifşa yükümlerinin çok geniş olduğu ama buna karşı hakemin reddi standardının çok yüksek olduğu; bunlara bağlı olarak ret talep oranının yüksek, ret talebi kabul oranının ise çok düşük olduğu bir sonuç meydana getirmiştir. Ortaya çıkan bu durum ICSID tahkimindeki hakemin reddi mekanizmasının işlevselliğinin sorgulanmasına yol açmıştır. Buradan hareketle yapılan bu çalışmada ICSID tahkiminde hakemin reddi konusu diğer tahkim kurallarıyla karşılaştırılmalı olarak ele alınmış, ICSID sistemindeki eksiklikler ortaya konulmaya ve çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır. Varılan en önemli sonuçlardan birisi ret standartlarının 2013 yılından günümüzde değin istikrarlı bir şekilde kolaylaştırıldığı ve diğer tahkim normlarıyla uyumlulaştırıldığıdır. Ancak bu iyileşme ICSID sisteminde hakemin reddi mekanizmasını tek başına işlevsel hale getirmeye yeterli olmayıp; ret talebini değerlendirme usulünün de değiştirilmesi gerekmektedir. Ayrıca ret sebebi olarak sıklıkla ileri sürülen 'hakemin bir tarafça birden fazla kez atanması' veya 'hakemin uyuşmazlık konusunda akademik yayın yapması' gibi konularda ICSID yatırım tahkimi sisteminin ticari tahkimden farklı dinamikleri olduğu gözetilerek hakemin reddi konusunda buna göre karar verilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yatırım Tahkimi, Hakemin Reddi, ICSID, Ret Prosedürleri, IBA Kılavuzu, UNCITRAL Tahkim Kuralları

ABSTRACT

Disclose obligations of arbitrators and disqualification of arbitrators are key issues in international arbitration. It is easily noticed that ICSID Arbitration Rules are different from other arbitration rules in very aspects regarding these issues. These differences basically brought low standards for disclose obligation

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* LL.M, Hukuk Müşaviri, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Uluslararası Tahkim ve Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, asafadinleyici@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-6538-4258>.



but high threshold for disqualification; high challenge rates of arbitrator but low success rates at those challenges. This situation caused ICSID arbitrator challenge mechanism's functionality to be questioned. Bearing in mind this situation, challenge of arbitrators issue in ICSID comparatively studied in this article and shortcomings and suggestions provided discussed. Of the important results is that disqualification standards are being lowered from the 2013 consistently but this improvement is not sufficient to make ICSID challenge mechanism functional because there is also need to revise deciding authority where two unchallenged arbitrator decide on challenge issue. Besides, issues of "multiple appointments of arbitrator" or "issuing a publication regarding legal issue", which are frequently used by parties as disqualification reason, should be assessed considering the different dynamics of ICSID investment arbitration from commercial arbitration and decisions should regard those differences.

Keywords: Investment Arbitration, Disqualification of Arbitrator, ICSID, Challenge Procedures, IBA Guidelines, UNCITRAL Arbitration Rules

GİRİŞ

Tahkimin en önemli kurucu unsurlarından biri tarafların kendi hakemlerini seçebilmesidir.¹ Söz konusu hakem seçiminde ise taraflar kendi tezlerini en iyi şekilde anlatabileceklerini düşündükleri hakemleri tercih ederler.² Bu bakımdan tahkim söz konusu olduğunda bir taraf için tezlerinin güçlü olup olmaması kadar hakem seçimi de önem arz etmektedir. Ancak tahkimin kurucu unsuru olarak kabul edilen hakemlerin taraflarca seçilmesi hususu kaçınılmaz olarak hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmalarını engelleyecek çıkar çatışması risklerini ortaya çıkarır. Bu bakımdan hakemini, kendisini seçen taraftan başka tahkim yargılamalarında da görev alabilme düşüncesiyle bağlılık hissetmesi mümkün olup, bu durum çoğu zaman hakemlerin kendilerini seçen taraf lehine karar verebilmesi şeklinde de tezahür edebilmektedir.³ Ancak tüm bunlar hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmalarını tamamen ortadan kaldıracak nitelikte hususlar değildir. Bu bağlamda tahkim yargılamalarında bağımsızlık ile en genel anlamda hakemin tarafla yahut taraf avukatıyla ekonomik, profesyonel yahut kişisel ilişkisinin olmaması; tarafsızlık ile de hakemin tahkimde dava konusuna veya tarafa karşı davanın esasıyla ilişkili olmayan harici bir sebepten dayalı ön yargılı olmayışı ifade edilir.⁴ Hakemlerin taraflar gözünde meşruiyetini ve cazibesini devam ettirebilmesi içinse hakemlerin söz konusu çıkar çatışmalarından uzak, tarafsız ve bağımsız olmalarının

¹ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (5.Baskı, Vedat Kitapçılık 2020) 585.

² Alexis Mourre, 'Are unilateral appointments defensible? On Jan Paulsson's Moral Hazard in International Arbitration', Kluwer Arbitration Blog, October 5, 2010, 5 <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/10/05/are-unilateral-appointments-defensible-on-jan-paulssons-moral-hazard-in-international-arbitration/>> erişim 30.05.2021.

³ Mustafa Serdar Özbek, 'Tahkim Yargılamasında Hakemin Reddi' (2021) 8(1) Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi 35, 40.

⁴ Hüseyin Akif Karaca, 'Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller' (2015) 21(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 205, 207.

sağlanması gerekmektedir.⁵ Tahkimin meşruiyetini korumak bakımından tarafsız ve bağımsızlığın önemli oluşu yanında, tahkim sonucu verilen hakem kararlarının kural olarak nihai oluşu, bir diğer deyişle temyiz incelemesine tabii olmayışı hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmalarının önemini daha da arttırmaktadır.⁶

Tüm bu sebeplerle tahkimde hakemlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını temin edecek düzenlemeler gerekli olup, bu düzenlemelerin başında çalışmanın da konusunu oluşturan hakemlerin ifşa yükümlülükleri ve buna bağlı olarak gündeme gelen hakemin reddi düzenlemesi gelmektedir. Tarafsızlık, bağımsızlık, ifşa yükümü ve ret usullerine ilişkin düzenlemeler ise temel olarak tahkim kurumlarının ortaya koydukları tahkim kurallarında yahut Uluslararası Barolar Birliği gibi meslek örgütlerinin etik davranış kuralları olarak ortaya koydukları kılavuzlarda yer almaktadır.

Tahkim kurumlarının yahut genelde ad hoc tahkimde uygulama alanı bulan Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tahkim kuralları incelendiğinde hakemlerin bağımsızlığı, tarafsızlığı yahut ifşa yükümlerine ilişkin düzenlemelerde sadece çok temel standartların ortaya konulduğu, ancak ayrıntılı hükümlere yer verilmediği görülmektedir.⁷ Hakemlerin bağımsızlığı, tarafsızlığı ve ifşa yükümlerinin ne olduğu, hangi standartların uygulanması gerektiği ve somut olarak hangi durumlarda hakemlerin bağımsızlıklarının ve tarafsızlıklarının şüpheli hale geldiği gibi ayrıntılı düzenlemelerin ise bağlayıcı olmayan davranış kılavuzlarında yer aldığı görülmektedir.⁸ Tüm düzenlemeler genel olarak ele alındığında ise bunların esasında benzer standartlar üzerine kurulduğu, benzer ret usullerinin yer aldığı göze çarpmaktadır. Ancak hakemlerin bağımsızlığı, tarafsızlığı, ret usullerinin işletilmesi gibi düzenlemeler içinde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID) Tahkim Kuralları⁹ diğer tahkim kurallarından birçok açıdan farklı özellikler içermekte ve bu özellikler ICSID tahkimindeki hakemin reddi sisteminin farklı yönde gelişmesine ve birçok konuda eleştirilmesine yol açmaktadır.

Bu eleştirilerin başında ICSID tahkiminde hakemlerin bağımsız ve tarafsızlıklarına ilişkin standartların nasıl uygulanacağını net bir şekilde

⁵ Michael Hwang ve Kevin Lim, 'Issue Conflict in ICSID Arbitrations' (2011) 8(5) Transnational Dispute Management, 3.

⁶ Maria Nicole Cleis, *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions* (Brill 2017) 5.

⁷ Didem Kayalı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı* (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı 2015) 5.

⁸ ibid

⁹ ICSID Convention Arbitration Rules [2006]



düzenlenmediği ve hakemlerin reddedilebilmelerinin pratikte neredeyse mümkün olmadığı eleştirileri gelmektedir.¹⁰ ICSID tahkim kurallarının hakemin reddinde ret talebinde bulunan tarafa çok ciddi bir yük getirmesi ve bağımsızlık ve tarafsızlık standartlarının net olmaması, tarafları taleplerinin kabulü ihtimalinin düşük olmasına rağmen daha fazla oranda ret talebinde bulunmaya; ret talepleri kabul edilmediğinde de tahkime karşı daha az güven duymalarına yol açmaktadır.¹¹

ICSID tahkimine başvuruların son yıllarda artmasına bağlı olarak tahkimde hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmalarının garanti edilmesinin önemi ve bu bağlamda ICSID tahkiminde hakemin reddi sistemine karşı getirilen eleştiriler dikkate alınarak bu çalışmada ICSID Sözleşmesi ve Tahkim Kurallarına göre hakemin reddi konusu incelenmiştir. Bu inceleme sırasında esas olarak son yıllarda verilen en güncel ICSID hakem kararları, ICSID ve UNCITRAL Sekreteryaları tarafından hazırlanan ‘Yatırım Tahkiminde Görev Alacak Hakemler İçin Taslak Davranış Kuralları’ (Taslak Davranış Kuralları)¹² ve ‘ICSID Tahkim Kuralları Revizyon Çalışmaları’ (Tahkim Revizyon Çalışmaları)¹³ dikkate alınmıştır. Çalışmanın ilk bölümünde ICSID tahkiminde hakemin reddi usullerinin tam olarak diğer tahkim usullerinden hangi noktalarda ayrıştığının daha net ortaya çıkarılabilmesi adına diğer tahkim kurallarında hakemin bağımsızlığı, tarafsızlığı, ifşa yükümü ve hakemin reddi düzenlemeleri genel hatlarıyla ortaya konulmuştur. İkinci bölümde ise ilk olarak ICSID tahkiminde hakemin reddi konusuna ilişkin kavramlar ele alınmış, hakemlerin bağımsızlığı, tarafsızlığı ve ifşa yükümlerine ilişkin standartların gelişimi ortaya konulmuş ve değerlendirilmiştir. Akabinde hakemin reddi süreci incelenmiş, bu bağlamda reddin hangi zaman aralığında yapılabileceği, ret talebinin hangi hakemlere karşı yapılabileceği, ret talebini kimin karara bağlayacağı ve bu kararlara karşı herhangi bir itiraz yolu olup olmadığı gibi hususlar detaylıca ortaya konulmuş, ret süreci bakımından görülen eksiklikler tespit edilmekle birlikte yapılması gerekli somut iyileştirme önerileri sunulmuştur. Bölümün sonunda ise ICSID hakemin reddi kararlarında en fazla gündeme gelen ret sebepleri ele alınmış ve bu ret sebepleri konusunda nasıl karar verildiği gözlemlenmeye ve değerlendirilmeye çalışılmıştır.

¹⁰ Cleis (n 6) 254.

¹¹ ibid 188

¹² Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement (version two) <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/draft_code_of_conduct_v2_en_final.pdf>, erişim 30.05.2021.

¹³ ICSID, ‘Proposals for Amendment of the ICSID Rules Working Paper 4’ (2020), 1 <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_4_Vol_1_En.pdf> erişim 30.05.2021

I. ICSID HARİCİNDE ÖNDE GELEN DİĞER TAHKİM KURALLARINA GÖRE HAKEMİN REDDİ

ICSID tahkim kurallarından sonra yatırım tahkiminde en çok kullanılan tahkim kuralları UNCITRAL Tahkim Kurallarıdır.¹⁴ Genellikle taraflar arasında *ad hoc* tahkim öngörüldüğü durumlarda söz konusu UNCITRAL kuralları uygulama alanı bulur.¹⁵ UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 11’de hakeme kendisine hakemlik teklif edildiğinde tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda haklı şüphe oluşturabilecek durumları ifşa etme yükümlülüğü getirilmiştir. İfşa yükümlülüğünü gerektiren haklı şüphenin tahkimin taraflarının gözünde mi yoksa makul ve objektif üçüncü kişide mi oluşması gerektiği konusunda ise netlik bulunmamaktadır. Ancak Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Kuralları (ICC) madde 11(2),¹⁶ Stockholm Ticaret Odası (SCC) Tahkim Kuralları madde 18(2)¹⁷ veya Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) Tahkim Kuralları madde 5(4)’te¹⁸ benzer şekilde tarafların gözünde oluşacak haklı şüphenin aranması, UNCITRAL için de bu standardın kabul edilebileceğini göstermektedir. UNCITRAL ve diğer tahkim kurallarında bu ifşa yükümlülüğünün tahkim süresince devam edeceği de kayıt altına alınmıştır.¹⁹ Söz konusu ifşa yükümlülüğü ise taraflarca atanmış olsun veya olmasın tüm hakemler için geçerlidir.²⁰

UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 12’ye göre taraflar, hakemin ifşa ettiği bilgilere yahut bunların dışındaki bir sebebe dayanarak hakemin tarafsız veya bağımsız olmadığını ileri sürerek hakemin reddini talep edebilir. Hakemin tarafsız veya bağımsız olmadığından hareketle reddi için söz konusu durumların haklı şüphe oluşturması gerekmektedir. ICC, SCC ve LCIA Tahkim Kurallarında da benzer şekilde hakemin reddi için hakemin bağımsızlığı veya tarafsızlığına ilişkin durumların haklı şüphe oluşturması gerekmektedir.²¹ Söz konusu düzenlemelerde haklı şüphenin ne anlama geldiğine yahut haklı şüphenin ret sebebi olabilmesi için kimde oluşması gerektiğine dair ayrıntılı düzenlemeler bulunmamaktadır.

¹⁴ Cleis (n 6) 112.

¹⁵ Karaca (n 4) 212.

¹⁶ ICC Arbitration Rules [2021]

¹⁷ Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce [2017]

¹⁸ LCIA Arbitration Rules [2014]

¹⁹ UNCITRAL Arbitration Rules [2013] Madde 11; ICC Arbitration Rules Madde 11(3); Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Madde 18(4); LCIA Arbitration Rules Madde 5(5).

²⁰ Clyde Croft, Christopher Kee ve Jeff Waincymer, *A Guide to UNCITRAL Arbitration Rules* (Cambridge University Press 2013) 136.

²¹ LCIA Arbitration Rules Madde 10(1); Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Madde 19(1).



Hakemin reddi talebinin ne sürede yapılacağı konusunda söz konusu tahkim kurallarında çeşitli süreler öngörülmüş olup ret talebinin ret sebebinin öğrenilmesinden sonra belli süreler dahilinde yapılmış olması gerekmektedir. Buna bağlı olarak da süresinde yapılmayan ret talepleri kabul edilmemektedir. UNCITRAL madde 13(1)'e göre ret talebinin hakemin seçildiği tarafa bildirildiği tarihten veya ret sebebinin daha sonra öğrenilmesi halinde o tarihten itibaren 15 gün içinde yapılması gerekmektedir. SCC Tahkim Kurallarına göre bu süre 15 gün,²² LCIA Tahkim Kurallarına göre bu süre 14 gün,²³ ICC Tahkim Kurallarına göre ise de 30 gündür.²⁴ Bununla beraber tarafların kendi atadıkları hakemleri de reddedebilmeleri mümkün olmakla beraber bazı şartlara tabii tutulmuştur. Bu bakımdan UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 12(2)'ye göre taraf, kendi atadığı hakemin reddini ancak gerçekleşen atamadan sonra öğrendiği sebeplere dayalı olarak yapabilecektir. SCC ve LCIA Tahkim Kurallarında da benzer şekilde düzenlemeler yer almakla beraber ICC Tahkim Kurallarında buna ilişkin bir sınırlama öngörülmemektedir.²⁵

Hakemin öngörülen süreler içinde reddi sonrası kendiliğinden çekilmesi yahut tarafların anlaşması durumunda görevi sona erecektir. Ancak hakemin ret talebini kabul etmemesi de mümkün olup bu durumda kararı tahkim kurallarında belirlenen organlar verecektir. LCIA Tahkim Kurallarına göre hakemin reddi talebinde kararı LCIA Mahkemesi,²⁶ SCC Tahkim Kurallara göre SCC Kurulu,²⁷ ICC Tahkim Kurallarına göre ise de ICC Mahkemesi vermektedir.²⁸ UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre yürütülen tahkimlerde ise hakemin reddi talebine tahkim anlaşmasında belirlenen veya tarafların üzerinde anlaştığı kuruluş, eğer böyle bir anlaşma yoksa Daimî Hakemlik Mahkemesi Genel Sekreteri'nin belirlediği kuruluş karar vermektedir.²⁹

ICSID haricindeki söz konusu tahkim kurallarına göre yapılan bazı kurumsal tahkim yargılamaları sırasında hakemin reddi talebi değerlendirilirken tahkimin yapıldığı ülkenin ilgili düzenlemeleri de esas alınmaktadır.³⁰ Bu bağlamda LCIA tahkiminde hakemin reddi talebini değerlendirecek LCIA

²² Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Madde 19(3).

²³ LCIA Arbitration Rules Madde 10(3).

²⁴ ICC Arbitration Rules Madde 14(2).

²⁵ LCIA Arbitration Rules Madde 10(3); Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Madde 19(2).

²⁶ LCIA Arbitration Rules Madde 10(5).

²⁷ Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Madde 19(5).

²⁸ ICC Arbitration Rules Madde 14(3).

²⁹ UNCITRAL Arbitration Rules Madde 13(4) ve Madde 6(4).

³⁰ Audley Sheppard, 'Arbitrator Independence in ICSID Arbitration' in Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch ve Stephan Wittich, *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Oxford University Press 2009) 136.

Mahkemesi İngiliz Tahkim Yasası'nı,³¹ SCC tahkiminde hakemin reddini değerlendirecek SCC Kurulu İşveç Tahkim Yasası'nı da dikkate almaktadır.³² Yine ICSID sisteminden farklı olarak diğer tahkim yargılamalarında hakemin reddi taleplerine karşı hakem heyetlerince verilen kararlara karşı tahkimin yürütüldüğü ülke mahkemelerine başvuru hakkı bulunmaktadır.³³

Son olarak üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da hakemin reddi taleplerine ilişkin kararların gerekçeli olup olmaması ve yayımlanması hususudur. Bu kapsamda farklı tahkim yargılamalarında farklı uygulamalar olduğu göze çarpmakla beraber tüm tahkim yargılamalarında kararların gerekçeli olması ve yayımlanması yönünde bir eğilim olduğu da ayrıca tespit edilmektedir.³⁴ Bu bağlamda ICC tahkiminde hakemin reddine ilişkin kararlar 2015 yılından itibaren tarafların talebi üzerine gerekçeli olarak verilmeye³⁵, kararlar ise zaman zaman özetler şeklinde yayımlanmaya başlamıştır.³⁶ SCC tahkiminde hakemin reddine ilişkin bazı kararlar 2005 yılından itibaren yayımlanmaya, 2018 yılından itibaren de gerekçeli olmaya başlamıştır.³⁷ LCIA tahkiminde ise kararların yayımlanması kararı 2006 yılında alınmış, 2011 yılında ilk defa 1996-2010 arasına ait 28 karar yayımlanmış olup, belli aralıklarla kararlar yayımlanmaya devam etmektedir.³⁸

II. ULUSLARARASI BAROLAR BİRLİĞİ (IBA) ULUSLARARASI TAHKİMDE ÇIKAR ÇATIŞMALARINA İLİŞKİN KILAVUZU

IBA Uluslararası Tahkimde Çıkar Çatışmalarına İlişkin Kılavuz (IBA Kılavuzu) ilk olarak 2004 yılında tahkim kurumlarının ve diğer tahkim kurallarının hakemlerin bağımsızlığı, tarafsızlığı ve ifşa yükümlülüklerine ilişkin standartları ayrıntılı düzenlememiş olmasının getirdiği ihtiyacı karşılamak ve bu konudaki en yaygın uluslararası pratiği yansıtabilme

³¹ Thomas W. Walsh ve Ruth Teitelbauma, 'The LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators: An Introduction' (2011) 27(3) *Arbitration International* 283, 287.

³² Anja Ipp, Rodrigo Carè ve Valeryia Dubeshka, 'SCC Board Decisions on Challenges to Arbitrators 2016-2018' (2019) 4 <https://sccinstitute.com/media/795278/scc-practice-note_scc-decisions-on-challenges-to-arbitrators-2016-2018.pdf> erişim 30.05.2021.

³³ James D. Fry ve Juan Ignacio Stampalija, 'Forged Independence and Impartiality: Conflicts of Interest of International Arbitrators in Investment Disputes' (2014) 30(2) *Arbitration International* 189, 209.

³⁴ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (3. Baskı, Wolters Kluwer 2020) 2062.

³⁵ Loretta Malintoppi ve Alvin Yap, 'Challenges of Arbitrators in Investment Arbitration: Still Work in Progress?' in Katia Yannaca Small (ed), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues* (2. Baskı Oxford University Press 2018) 162.

³⁶ Born (n 34) 1963.

³⁷ Anina Liebkind, 'SCC Board Will Provide Reasoned Decisions on Arbitrator Challenges' (2017) <<https://globalarbitrationnews.com/scc-board-will-provide-reasoned-decisions-arbitrator-challenges/>> erişim 30.05.2021

³⁸ Malintoppi ve Yap (n 35) 166.



amacıyla ortaya konulmuştur.³⁹ Esasında başta ticari tahkimde görev alacak hakemlere ilişkin düzenlemeler getirmek için geliştirilmesi planlanırken daha sonra yatırım tahkiminde görev alacak hakemlere de uygulanacak şekilde geliştirilmiş olup, son hali 2014 yılında yayımlanmıştır.⁴⁰

IBA Kılavuzu bağlayıcılığı olmayan bir düzenleme olmakla beraber tarafların tahkim anlaşmalarına dahil etmeleri⁴¹ yahut tahkim kurumlarının tahkim kuralları arasına dahil edilmesi suretiyle bağlayıcı nitelik kazanabilecek bir düzenlemedir.⁴² Ancak kılavuz en yaygın olarak tahkimde tarafların hakemleri reddederken atıfta bulunmaları yoluyla ve hakem heyetlerinin söz konusu kılavuzu faydalı kaynak olarak görmesi yoluyla kullanılmaktadır.

IBA Kılavuzu iki ana bölümden oluşmakta olup ilk bölümde hakemlerin bağımsız ve tarafsız olma yükümleri, çıkar çatışmaları, ifşa yükümü ve buna ilişkin şüphe halinde ifşa yükümü yahut ifşa etmenin zorunlu olarak hakemin reddi sebebi olmayacağı gibi konular düzenlenmektedir.⁴³ Hakemlerin çıkar çatışması oluşturabilecek durumlara ilişkin ifşa yükümüne ilişkin IBA Kılavuzunda bu bakımdan diğer tahkim kurallarında aranan objektif ve makul üçüncü kişi gözünde oluşacak haklı şüpheden daha düşük bir standart getirilmiş ve taraflar gözünde şüphe oluşturabilecek herhangi bir durumun hakemce ifşa edilmesi gerekliliği düzenlenmiştir.⁴⁴

Kılavuzun ikinci bölümde ise söz konusu standartların pratikte uygulamasına ilişkin somut örnekler sınırlı sayıda olmayacak bir biçimde düzenlenmektedir.⁴⁵ İlk olarak feragat edilemez kırmızı liste altında taraflar hakemin reddini istemeseler ve bu yönde anlaşsalar dahi hakemin çekilmesinin zorunlu olduğu haller sayılmıştır.⁴⁶ Bu bakımdan hakemin taraflardan biri veya davanın neticesiyle ekonomik bir çıkarının olması bu duruma örnek teşkil etmekte olup bu durum hakemin zorunlu olarak çekilmesini gerektirmektedir. Bunun yanında feragat edilebilir kırmızı liste, feragat edilemez kırmızı listedeki durumlar kadar ciddi olmasa da yine de çıkar çatışması oluşturabilecek ve bu yüzden hakemin göreve devamı için bu durumu ifşa etmesi ve tarafların buna rıza göstermesini gerektiren durumları kapsamakta olup, hakemin halihazırda

³⁹ Cleis (n 6) 158.

⁴⁰ Gabriel Bottini, 'Should Arbitrator Live on Mars - Challenge of Arbitrators in Investment Arbitration' (2009) 32 Suffolk Transnat'l L Rev 341, 346.

⁴¹ Katia Finkel, 'Arbitrator challenges: a practical guide' (2020), 5<<https://globalarbitrationnews.com/arbitrator-challenges-a-practical-guide/>> erişim 30.05.2021

⁴² Malintoppi ve Yap (n 35) 167.

⁴³ Phillip Landolt, 'The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: An Overview' (2005) 22(5) 409, 411-413.

⁴⁴ Born (n 34) 1977.

⁴⁵ Landolt (n 43) 412-413.

⁴⁶ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (Guidelines) [2014] part 2 par 2.

tarafardan birini temsil etmesi bu kapsamda değerlendirilmektedir.⁴⁷ Turuncu liste ise tarafların gözünde haklı şüphe oluşturabilecek ve bu yüzden hakemin ifşa etmesi gereken durumları kapsamakla birlikte söz konusu ifşa zorunlu olarak hakemin reddini gerektirmemektedir.⁴⁸ Son olarak düzenlenen yeşil liste ile objektif olarak çıkar çatışması oluşturmayacak ve bu bakımdan hakem için ifşa yükümü gerektirmeyen durumlar listelenmiş olup, hakemin daha önce uyuşmazlık konusu ile ilgili hukuki konularda görüşünü yayınlamış olması örnek olarak bu kapsama girmektedir.⁴⁹

IBA Kılavuzunun en avantajlı yönü tahkim kuralları içerisinde somut ve pratikte uygulanabilir düzenlemeler getirmesidir.⁵⁰ Özellikle kılavuzun ikinci bölümünde somut örnekler üzerinden sınırlı sayıda olmayacak biçimde çıkar çatışması oluşturacak ve çıkar çatışması oluşturabilecek durumların, bunun yanında çıkar çatışması oluşturmayacak ve hakemler bakımından ‘güvenli bölge’ olarak değerlendirilebilecek durumların belirtilmesi hakemin reddi konusunda çok önemli kolaylıklar sağlamaktadır. Kılavuz bu özellikleri nedeniyle tahkim alanında en fazla kullanılan ikinci kılavuz durumunda bulunmaktadır.⁵¹ Özellikle yayınlanan bir çalışmada ICC tahkim davalarında 2004-2009 yılları arasında incelenen 187 hakemin reddi talebinin 109’unda IBA Kılavuzuna atıf yapıldığı tespit edilmiştir.⁵² IBA Kılavuzu ICSID, SCC ve LCIA tahkimlerinde de benzer biçimde taraflarca sıklıkla kullanılmaktadır.⁵³

Kılavuzun avantajlı yönlerinin dışında bazı eksik yönleri de bulunmaktadır. Bu eksikliklerin başında hakemlerin ifşa yükümü eşiğinin çok düşük seviyede belirlenmesi ve bu sebeple hakemlerin neredeyse bütün şüpheli olabilecek durumları ifşa ile yükümlü tutulmaları gösterilebilir. Hakemlerin neredeyse her şüpheli durumu ifşa etmeleri doğal olarak avukatları, ifşa edilen sebeplere dayanarak hakemin reddi talebinde bulunmaya itmekte ve bu durum hakemin reddi taleplerini arttırarak tahkim sürelerini uzatmaktadır.⁵⁴ Bunun yanında kılavuzun eksiklik olarak değerlendirilebilecek bir diğer yönü de çalışmanın son bölümünde ICSID tahkim davalarında hakemin reddi konusu incelenirken

⁴⁷ ibid

⁴⁸ ibid para 3.

⁴⁹ ibid para 7.

⁵⁰ Cleis (n 6) 161.

⁵¹ Margaret Moses, ‘The Role of the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in Arbitrator Challenges’ (2017), 1 <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/23/role-iba-guidelines-conflicts-interest-arbitrator-challenges/>> erişim 30.05.2021

⁵² ibid 2.

⁵³ Walsh ve Teitelbauma (n 30) 288; Ipp, Carè ve Dubeshka (n 31) 7; ICSID Case No. ARB/12/20 *BLUE BANK INTERNATIONAL & TRUST (BARBADOS) LTD. and BOLIVARIAN REPUBLIC OF VENEZUELA* [2013] DECISION ON THE PARTIES’ PROPOSALS TO DISQUALIFY A MAJORITY OF THE TRIBUNAL para 62.

⁵⁴ Born (n 34) 1994.



de ortaya çıkan kılavuzun ortaya koyduğu hakemin tarafsızlığı, bağımsızlığı ve ifşa yükümüne ilişkin standartların her zaman doğrudan yatırım tahkimi hakemlerine uygulanmasının yarattığı olumsuzluklardır. Bilhassa, ‘hakemlerin tekrar atanması’ yahut ‘hakemlerin hukuki uyumsuzluk konusunda görüş bildirmesi’ gibi konularda Kılavuzda düzenlenen standartlar yatırım tahkiminde hakemin reddi taleplerine uygulandığında etkili sonuçlar ortaya çıkmamaktadır.⁵⁵

III. ICSID TAHKİMİNDE HAKEMİN REDDİ

A. Genel Kavramlar

ICSID tahkiminde hakemin reddi ICSID Sözleşmesi madde 57’de düzenlenmektedir. Buna göre temelde hakemin reddi için iki farklı sebep bulunmakta olup, bunlardan ilki; hakemin sözleşmenin 14(1) maddesinde aranan yüksek ahlak sahibi oluş, hukuki ve belirtilen diğer konularda yetkinlik ve bağımsız yargılama yapabileceğine güvenilme gibi niteliklerden açık bir biçimde yoksun olması, ikinci sebep de Sözleşmenin 4. kısmının 2. bölümünde hakemin uyuşuğu ile ilgili düzenlemelere aykırılıktır. ICSID Sekreteryası hakem seçimi sırasında hakemlerin uyuşuğu konusunda taraflara yardımcı olduğu ve gerekli şartları kontrol ettiği için bu sebebe dayalı olarak hakemin reddi talebi uygulamada nadir olarak karşılaşılmaktadır.⁵⁶ Uygulamada hakemin reddi taleplerinin daha çok madde 14(1)’e göre, daha da spesifik olarak ilgili şartlardan, ‘hakemin bağımsız yargılama yapabileceğine olan güven’ niteliğine ilişkin yapıldığı görülmektedir.⁵⁷ Her ne kadar ICSID Sözleşmesi’nin İngilizce metninde, aranan nitelikler bakımından hakemin bağımsızlığı kavramı tek başına yer alsa da sözleşmenin aynı şekilde geçerli kabul edilen İspanyolca ve Fransızca versiyonlarında bağımsızlık ve tarafsızlık kavramları birlikte yer aldığı ve bu metinler aynı şekilde geçerliliğe sahip oldukları için hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlık niteliklerine aynı anda sahip olmaları gerektiği doktrinde kabul görmektedir.⁵⁸

ICSID tahkim kurallarını diğer tahkim kurallarından hakemin reddi konusunda ayıran en belirgin noktalardan biri, hakemin reddi için bağımsızlığına ve tarafsızlığına ilişkin eksikliklerin ‘açık veya çok belirgin’ (*manifest*) şekilde olmasının aranmasıdır.⁵⁹ Söz konusu ifade bazı hakem heyetlerince

⁵⁵ Cleis (n 6) 168-169.

⁵⁶ Christoph H. Scheurer ve diğerleri, *The ICSID Convention: A Commentary* (2. Baskı, Cambridge University Press 2009) 1208.

⁵⁷ Meg Kinnear, ‘Challenge of Arbitrators at ICSID—An Overview’ (2014) 108 *The Effectiveness of International Law* 412, 414.

⁵⁸ Malintoppi ve Yap (n 35) 155.

⁵⁹ Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (ICSID Convention) [1966] Madde 57.

hakemin reddi için gerekli eşğin yükseltilmesi gerektiği şeklinde anlaşılmış ve bunun yansması olarak ICSID tahkiminde hakemin reddi talebinin kabulü diğer tahkimlere göre çok ciddi oranda zorlaştırılmıştır.⁶⁰ Bununla birlikte söz konusu şart ICSID tahkiminde görülen hakemin reddi taleplerinin diğer tahkim sistemlerinden ayrışmasını beraberinde getirmiş ve bu sebeple yoğun bir biçimde eleştirilmiş ve değiştirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁶¹ Bu bakımdan önemle belirtilmesi gereken husus ICSID Sözleşmesi'nin hazırlığı sürecinde 'açık bir biçimde' ibaresine bazı hakem heyetlerince yapıldığı gibi ilgili niteliklerin eksikliğinin ciddi oluşu şeklinde mana verilmesini gerektirecek bir düşünce olmadığıdır.⁶²

ICSID tahkiminde hakemin reddi taleplerine ilişkin verilen kararlara bakıldığında da 'açık bir biçimde' ibaresine birbirine tamamen zıt manalar verildiği görülmekte ve durumun kararları ciddi bir biçimde etkilediği tespit edilmektedir.⁶³ Hakemin reddi konusunda ICSID bakımından verilen ilk karar olan *Amco v Indonesia* kararında hakemin reddi için bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin eksikliklerin 'açık bir biçimde' ifadesinden hareketle 'ciddi ve ağır olması' gerektiği kabul edilmiştir.⁶⁴ Daha sonra gelen *Vivendi v Argentina I* kararında 'açık biçimde' ibaresinin daha yüksek bir eşik oluşturmadığı, diğer tahkimlerde olduğu gibi hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığına ilişkin haklı veya makul şüphenin sadece ortaya çıkmasının hakemin reddi için yeterli olduğu kabul edilmiştir.⁶⁵ Ancak *Vivendi* kararında benimsenen yaklaşım daha sonra verilen kararlarda terk edilmiş ve tekrar *Amco* kararında kabul edilen ve bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin eksikliğin çok ciddi olması gerekliliğini arayan yaklaşıma geri dönmüştür.⁶⁶ 2013 yılına gelindiğinde ise *Bluebank v Venezuela* tahkim davasında hakemin reddi talebinde *Vivendi*'de benimsenen haklı veya makul şüphenin ortaya çıkmasının yeterliliği yaklaşımı tekrar benimsenmiş ve ICSID tarihinde ilk defa hakemin reddi talebi kabul edilmiştir.⁶⁷

⁶⁰ Fry ve Stampalija (n 33) 210.

⁶¹ ibid 191.

⁶² Karel Daele, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration* (Kluwer Law International 2012) 233.

⁶³ Malintoppi ve Yap (n 35) 156.

⁶⁴ Fry ve Stampalija (n 33) 210.

⁶⁵ CSID Case No. ARB/97/3 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v Argentine Republic* DECISION ON THE CHALLENGE TO THE PRESIDENT OF THE COMMITTEE [2001] para 25

⁶⁶ Fry ve Stampalija (n 33) 211-242.

⁶⁷ CSID Case No. ARB/12/20 *BLUE BANK INTERNATIONAL & TRUST (BARBADOS) LTD. and BOLIVARIAN REPUBLIC OF VENEZUELA* [2013] DECISION ON THE PARTIES' PROPOSALS TO DISQUALIFY A MAJORITY OF THE TRIBUNAL para 59.



2013 yılında *Bluebank* kararıyla başlayan önemli değişim, nadiren aksi yönde çıkan kararlar olsa da,⁶⁸ istikrarlı bir biçimde günümüze değin uygulanmaya devam etmekte olup,⁶⁹ bu bakımdan ICSID tahkiminde hakemin reddi standardı ile diğer tahkimlerde aranan hakemin reddi standardı arasındaki fark ortadan kalkmış, ICSID tahkimindeki hakemin reddi standardı uluslararası standartlarla uyum sağlamış ve hakemin reddi daha kolaylaşmış görünmektedir.⁷⁰ Söz konusu standardın istikrarlı olarak uygulanması zamanla hakemin reddi taleplerinin inceleme sürelerini kısaltacak, standartların net olmamasından kaynaklı açıkça dayanaktan yoksun hakemin reddi taleplerini azaltacak ve nihayetinde diğer tahkimlerde olduğu gibi daha az yapılan ama daha fazla kabul oranı olan hakemin reddi taleplerini beraberinde getirecektir.⁷¹ Bu bakımdan ICSID tahkiminde uluslararası normlara uygun olacak biçimde son yıllarda benimsenen görüş olumlu bir gelişme olmakla birlikte ICSID tahkimi uyuşmazlıklarının ekonomik değerinin ticari tahkime göre daha fazla oluşu ve ICSID tahkimi sonucu verilen kararların yeniden gözden geçirilebilme imkanlarının çok daha sınırlı oluşu karşısında hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığı çok daha fazla önemi haiz olduğu için hakemin reddi eşliğinin taraflar açısından daha da düşürülmesi daha tercih edilebilir gözükmektedir.⁷²

Hakemlerin tarafsızlığının ve bağımsızlığının sorgulanması ve dolayısıyla ret taleplerinin gerçekleştirilmesi büyük ölçüde hakemlerin ifşa yükümleriyle ilgilidir. Bu bakımdan ICSID Tahkim Kuralları madde 6(2)'ye göre hakemlerin seçildikten sonra başlayan ifşa yükümleri tahkim süreci boyunca devam etmektedir. Ifşa yükümlülüğünü düzenleyen ilgili hükme göre hakemler varsa taraflarla olan mevcut veya geçmiş ilişkilerini ve 2006 yılı değişiklikleri ile hakemin bağımsızlığının taraflarca sorgulanmasına yol açabilecek herhangi bir durumu ifşa etmek zorundadırlar. 2006 yılında hakemlerin ifşa yükümlülükleri

⁶⁸ ICSID Case No. ARB/19/4 *CANEPA GREEN ENERGY OPPORTUNITIES I, S.Á R.L. AND CANEPA GREEN ENERGY OPPORTUNITIES II, S.Á R.L. CLAIMANTS and KINGDOM OF SPAIN* [2019] DECISION ON THE PROPOSAL TO DISQUALIFY MR. PETER REES QC para 50.

⁶⁹ ICSID Case No. ARB/19/20 *AYAT NIZAR RAJA SUMRAIN and STATE OF KUWAIT* [2020] DECISION ON THE CLAIMANTS' PROPOSAL TO DISQUALIFY PROF. ZACHARY DOUGLAS AND MR. V. V. VEEDER para 106; ICSID Case No. ARB/17/5 *EUGENE KAZMIN and REPUBLIC OF LATVIA* [2020] DECISION ON THE PROPOSAL TO DISQUALIFY ALL MEMBERS OF THE TRIBUNAL para 72; ICSID Case No. ARB/15/45 *LANDESBANK BADEN- WÜRTTEMBERG ET AL. and KINGDOM OF SPAIN* [2020] DECISION ON THE SECOND PROPOSAL TO DISQUALIFY ALL MEMBERS OF THE TRIBUNAL para 130.

⁷⁰ Karel Daele, 'Saint Gobain v Venezuela and Blue Bank v Venezuela: The Standard for Disqualifying Arbitrators Finally Settled and Lowered' (2014) 29(2) ICSID Review 296, 305.

⁷¹ Born (n 34) 1994.

⁷² Daele (n 67) 266.

ile ilgili yapılan bu değişiklikler ifşa kapsamını genişletmiş⁷³ ve ICSID hakemlerinin ifşa standardını IBA Kılavuzundaki standarda yaklaştırmıştır. Hakemlerin ifşa yükümlülüklerinin genişlemesi ICSID tahkiminde hakemin reddi taleplerinin önemli ölçüde artmasını beraberinde getirmiş ve bu bakımdan tahkimde hakemin reddi talebinin yapılma oranının ICSID tahkiminde diğer tahkimlerden daha fazla olmasına yol açmıştır.⁷⁴

ICSID Tahkim Kuralları ile düzenlenen ifşa yükümlülükleri Taslak Davranış Kuralları ile IBA Kılavuzuna benzer şekilde detaylandırılmıştır. Bu bakımdan Taslak Davranış Kuralları hakemlerin ifşa yükümlülüklerini netleştirmek bakımından önemli bir çalışmadır.⁷⁵ Söz konusu çalışmanın henüz taslak aşamasında olmasına rağmen hakemin reddi taleplerinde atıf yapılmaya başlanması,⁷⁶ söz konusu çalışmanın ne derece önemli bir ihtiyaca tekabül ettiğini açıkça ortaya koymaktadır. Ancak söz konusu Taslak Davranış Kurallarında, ICSID tahkimde görev alacak hakemler bakımından IBA Kılavuzunun yeşil listede düzenlediği gibi hakemlere ifşa etmelerine gerek olmayan somut durumları gösteren örneklerin bulunmaması bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Bu bakımdan örneğin Taslak Davranış Kurallarında hakemin, ICSID tahkiminde birçok bilginin internet sitesinden de paylaşılması dikkate alınarak, herkesçe bilinen bilgileri paylaşma zorunluluğunun olmadığı şeklinde yapılabilecek bir düzenleme hakemleri gereksiz ifşa yükümünden kurtarabilirdi.

ICSID Tahkim Kuralları açısından hakemlerin ifşa yükümüne ilişkin belirtilmesi gereken son husus da ifşa etmemenin sonuçlarıdır. ICSID tahkimindeki hakemin reddi taleplerine ilişkin kararlar incelendiğinde ifşa edilmesi gereken bir hususun ifşa edilmemiş olmasının zorunlu olarak hakemin bağımsız ve tarafsız olmadığı sonucunu doğurmayacağı kabul edildiği göze çarpmaktadır.⁷⁷ Bu gibi durumlarda talebi inceleyen hakemler asıl olarak neyin ifşa edilmediği, ifşa edilmeyen bilginin kamunun erişimine açık olup olmadığı, ifşa etmemenin iyi niyetle yapılıp yapılmadığı gibi hususlara dikkat etmektedirler.⁷⁸ Örneğin *Tidewater v Venezuela* tahkim yargılamasında hakem

⁷³ CSID Secretariat, 'Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations' (2005), 12 <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Suggested%20Changes%20to%20the%20ICSID%20Rules%20and%20Regulations.pdf>> erişim 30.05.2021

⁷⁴ Finkel (n 41) 8.

⁷⁵ Açelya Şahin ve Güray Özsu, 'Yatırımcı Devlet Uyuşmazlık Çözüm Sistemi'nin (ISDS) Reformu Bakımından Önemli Bir Adım: Taslak Etik Kurallar' (2021) 12(46) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 477, 495.

⁷⁶ CSID Case No. ARB/15/45 *LANDESBANK BADEN-WÜRTTEMBERG ET AL. and KINGDOM OF SPAIN* [2020] DECISION ON THE SECOND PROPOSAL TO DISQUALIFY ALL MEMBERS OF THE TRIBUNAL para 70.

⁷⁷ Cleis (n 6) 20.

⁷⁸ Daele (n 67) 453.

Brigette Stern'in hangi tahkim davalarında yer aldığı bilindiği, bunun Tahkim Kuralları madde 6(2)'ye göre yine de ifşa edilmesi gerektiği halde ifşa edilmemiş olmasının, söz konusu bilginin herkesçe biliniyor olması nedeniyle hakemin bağımsızlığını ve tarafsızlığını şüpheye düşürecek nitelikte olmadığı belirtilmiştir.⁷⁹

Ifşa yükümü ile ilgili bir diğer husus da hakemin bir bilgiyi ifşa etmemesine bağlı olarak reddedilmesi halinde hakeme bir yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı veya uygulanması gerekip gerekmediği olup, bu konuda henüz yerleşik bir kanaat bulunmamaktadır.⁸⁰ Ancak hakemin kasti olarak bir bilgiyi ifşa etmemesinden kaynaklı reddi halinde taraflar bakımından tahkim masraflarının artması nedeniyle hakemin de belli ölçülerde sorumlu tutulması daha tercih edilebilir gözükmektedir.

B. ICSID Tahkiminde Hakemin Reddi Süreci

ICSID tahkiminde yapılacak hakemin reddi taleplerinin hangi zaman aralığında yapılacağı ICSID sisteminin diğer tahkim kurallarından ayrıştığı noktalardan biridir. Bu bakımdan ICSID Sözleşmesinde veya ICSID Tahkim Kurallarında hakemin reddi talebinin kaç gün içinde yapılması gerektiğine dair belirli bir gün sayısı ortaya konulmamıştır. Bunun yerine ICSID Tahkim Kuralları madde 9(1)'de hakemin reddi taleplerinin ret sebeplerinin öğrenilmesinden sonra 'derhal' yapılması gerektiği belirtilmiştir.⁸¹ ICSID Sözleşmesi madde 27(4)'e göre zamanında yapılmayan ret talebi, tarafın söz konusu hakkından vazgeçtiği anlamına gelmektedir. Ret talebinin yapılabileceği süre ile ilgili diğer tahkim kurallarında öngörüldüğü gibi 14-15 veya 30 gün gibi net bir gün sayısının belirlenmemiş olması tartışmalara beraberinde getirmiştir.⁸²

ICSID hakem kararları incelendiğinde tarafların hakemin reddi talebinin zamanında yapılmadığı üzerine sıklıkla itirazlarda buldukları göze çarpmaktadır. Bu noktada örneğin *Abaclat v Argentina* tahkiminde 21 gün sonra yapılan hakemin reddi talebi karşı tarafın zamanında yapılmadığı itirazına rağmen zamanında yapılmış olarak kabul edilmiştir.⁸³ Yahut bir başka tahkimde

⁷⁹ CSID Case No ARB/10/5 *Tidewater Inc v The Bolivarian Republic of Venezuela* [2010] DECISION ON CLAIMANTS' PROPOSAL TO DISQUALIFY PROFESSOR BRIGITTE STERN, para 54.

⁸⁰ Dina Prokic, 'The Annulment of Eiser v. Spain: A Call for Improvements to the System?' May 6, 2021, 4-5. <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/05/06/the-annulment-of-eiser-v-spain-a-call-for-improvements-to-the-system/>> erişim 30.05.2021

⁸¹ Scheurer ve diğerleri (n 56) 1200.

⁸² Sheppard (n 30) 156.

⁸³ CSID Case No. ARB/07/5 *ABACLAT AND OTHERS and ARGENTINE REPUBLIC* [2014] DECISION ON THE PROPOSAL TO DISQUALIFY A MAJORITY OF THE TRIBUNAL, para 69.

tam 7 ay sonra yapılan bir ret talebi zamanında yapılmış kabul edilmiştir.⁸⁴ Aksi yönde ise bir başka tahkimde 53 gün sonra yapılmış olan hakemin reddi talebi zamanında yapılmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.⁸⁵ Söz konusu belirsizlikleri gidermek adına Tahkim Revizyon Çalışmaları kapsamında yayınlanan son versiyonda 21 gün şeklinde somut bir gün sayısının ortaya konulduğu görülmektedir.⁸⁶ Ancak 21 gün yahut herhangi başka sabit bir gün belirlemenin ICSID sisteminin hakemin reddi talebinin yapılma süresi bakımından diğer tahkim kurallarından farklı olmasını sağlayan esnekliğini ortadan kaldıracacağı muhakkaktır. ICSID tahkiminde her zaman taraflardan birinin devlet olduğu düşünüldüğünde ve devletler bakımından bürokratik meselelerin karar alma konusunda belli bir yavaşlığı beraberinde getirdiği dikkate alındığında ICSID tahkimi bakımından hakemin reddi taleplerini belli sürelerde yapılmasının zorunlu hale getirilmesi ICSID sisteminin hususiyetleriyle bağdaşmayacaktır.

Bunun yanında ret talepleri her halükârda hakem heyetinin oluşması ile tahkimin sona erdiğinin açıklandığı zaman aralığında yapılabilmektedir.⁸⁷ Bu bakımdan hakem heyeti oluşmadan taraflardan birinin yapacağı hakemin reddi talebi ancak hakem heyeti oluşuktan sonra geçerlilik kazanabilecektir.⁸⁸ Hakemlerin atanması ve hakem heyetinin resmi olarak oluşması arasında ciddi bir sürenin olduğu hesaba katıldığında hakemin reddi için hakem heyetinin oluşmasını beklemek tahkimin hızlılığı ilkesiyle çelişmektedir.⁸⁹ Bu sebeple hakem seçimi sonrası hakemi reddetmek isteyen tarafın hakem heyetinin oluşmasını beklemeden de diğer tahkim kurallarında olduğu gibi ret talebinde bulunabilmesinin önünün açılması gerekmektedir. Ayrıca aynı tahkim yargılaması içinde farklı sebeplere dayanarak birden fazla kez hakemin reddi talebinde bulunmanın da önünde bir engel bulunmamaktadır.⁹⁰ Hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmadıklarının verdikleri karar sırasında veya sonrasında anlaşıldığı takdirde ise tarafların artık hakemi reddetme şansları kalmadığı için ancak ICSID Sözleşmesi 52(1) (a) veya (d) bentlerine dayanarak kararın iptalini veya öğretide önerilen bir diğer yol olan kararın düzeltilmesini talep edebilirler.⁹¹

ICSID tahkimi bakımından söz konusu ret talepleri tüm hakemlere karşı yapılabilir.⁹² Bu bakımdan diğer tahkim kurallarının aksine ICSID tahkiminde

⁸⁴ Daele (n 67) 124.

⁸⁵ Scheurer ve diğerleri (n 56) 1201.

⁸⁶ CSID (n 13) 40.

⁸⁷ CSID Convention Arbitration Rules Madde 9(1).

⁸⁸ CSID Case No. ARB/12/20 *BLUE BANK INTERNATIONAL & TRUST (BARBADOS) LTD. and BOLIVARIAN REPUBLIC OF VENEZUELA* [2013] DECISION ON THE PARTIES' PROPOSALS TO DISQUALIFY A MAJORITY OF THE TRIBUNAL para 64.

⁸⁹ Daele (n 67) 116.

⁹⁰ ibid 76.

⁹¹ ibid 132.

⁹² CSID Convention Madde 57.



hakemlerin reddi bakımından herhangi bir ayırım gözetilmemiştir.⁹³ Ayrıca yine diğer tahkim kurallarından farklı olarak ICSID sisteminde taraflar hakemin reddi konusunda anlaşmalar dahi bu durum hakemin görevini sona erdirmemekte, son söz hakkı hakemin reddi kararını verecek mercide bulunmaktadır.⁹⁴ ICSID tahkiminde tarafların hakemin reddi konusunda anlaşmalarına rağmen yine de hakemin reddine ilişkin kararın gerekmesi, tahkimde tarafların iradesinin ön planda olması mantığıyla uyuşmamaktadır. Hangi hakemlerin reddedilebileceği konusunda tartışmalı olan bir husus da hakem kararlarının iptali aşamasında görev alan ad hoc komite üyelerinin de reddedilebilmesi hususudur. ICSID Sözleşmesi madde 52(4)'te iptal aşamasında hangi maddelerin uygulama alanı bulabileceği ayrıntılı olarak düzenlenmiş, ancak hakemin reddine ilişkin madde bu kapsama dahil edilmemiştir. Buna dayanılarak iptal aşamasında görev alan ad hoc komite üyelerinin reddinin söz konusu olamayacağı ileri sürülmüştür.⁹⁵ Ancak uygulamada birçok kez iptal aşamasında da tarafların hakemin reddi talebinde buldukları görülmekte ve bunu ICSID Tahkim Kuralları madde 53 kapsamında tahkim kurallarının iptal aşamasında da uygulanacağı hükmüne dayandırdıkları görülmektedir.⁹⁶ Reddedilebilecek hakemler hususunda belirtilmesi gereken son husus da hakemin reddi talebine karar verecek diğer iki hakemin anlaşamaması durumunda hakemin reddine karar verecek olan ICSID İdari Konseyi Başkanı'nın da reddedilebileceğidir. Bu durumda bu ret talebini Daimî Hakemlik Mahkemesi Genel Sekreteri değerlendirecektir.⁹⁷

Tahkimde görev alan bir hakemin reddi talep edildiğinde hakemin kendisi söz konusu ret talebi üzerine istifa edebilir.⁹⁸ Özellikle ICSID tahkiminde birçok ret talebinin, karara bağlanmadan evvel hakemin kendi rızası ile istifası sonucu devam ettirilmediği görülmektedir.⁹⁹ Ancak hakemin söz konusu ret talebine karşı çıkması halinde tahkim yargılaması otomatik olarak durdurularak ret talebi karar verecek mercie tevdi edilir.¹⁰⁰ Bu noktada hakemin reddi talebi üzerine tahkimin otomatik olarak durması ve ortalama olarak ret taleplerinin 3-4 ay sürmesi, özellikle tahkimde cevap veren pozisyonunda yer alan devletleri zaman zaman ret prosedürünü davayı uzatmak veya cevap dilekçeleri için zaman kazanmak için kullanmaya sevk etmektedir.¹⁰¹ Bu bakımdan ICSID tahkim sisteminde yer alan tahkimin otomatik durması yerine

⁹³ Cleis (n 6) 13.

⁹⁴ Daele (n 67) 177.

⁹⁵ Scheurer ve diğerleri (n 56) 1201.

⁹⁶ ibid

⁹⁷ CSID CASE No. ARB/00/9 GENERATION UKRAINE, INC., and UKRAINE [2003] Award para 4.16.

⁹⁸ CSID Convention Arbitration Rules Madde 8(2).

⁹⁹ Malintoppi ve Yap (n 35) 174.

¹⁰⁰ CSID Convention Arbitration Rules Madde 9(6).

¹⁰¹ Finkel (n 41) 8.

diğer tahkim sistemlerinde olduğu gibi hakem heyetinin takdirine bağlı durma kararının verilmesi,¹⁰² ICSID tahkiminde süreyi uzatma amaçlı yapılacak ret talebi başvurularını azaltmak bakımından etkili olabilecektir.

Reddi istenen hakemin ret talebine karşı çıkması halinde ret talepleri hakkında kimin karar vereceği konusu ICSID tahkim sistemini diğer tahkim sistemlerinden ayıran bir diğer özelliktir. Bu bakımdan ICSID Tahkim Kuralları madde 9(4)'e göre hakemin reddi talebini, reddedilmeyen diğer hakimler; eğer birden fazla hakem birlikte reddedilmişse veya hakemler ret konusunda anlaşamazlarsa bu durumda ICSID İdari Konseyi Başkanı inceleyecektir. Hakemin reddi talebini değerlendirmeyi diğer hakemlere bırakan bu sistemde karar verici pozisyondaki hakemler bir başka tahkimde kendilerinin de reddedilme ihtimalini düşünerek genelde ret taleplerini kabul etmeye sıcak bakmamaktadırlar.¹⁰³

ICSID tahkiminde hakemin reddi standartlarında son yıllarda benimsenen yumuşamaya rağmen hala ICSID hakemin reddi oranlarının diğer tahkim sistemlerine nazaran çok daha düşük seviyelerde kalması,¹⁰⁴ sorunun hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin standartlarda değil, tamamen ICSID'e özgü söz konusu ret karar verme prosedürü ile ilgili olduğunu göstermektedir. Bu bakımdan ICSID tahkiminde hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını garanti edecek hakemin reddi mekanizmasının daha işlevsel hale getirilebilmesi için, hakemin reddi taleplerine reddedilmemiş hakemlerin bakması uygulamasından vazgeçilmelidir.¹⁰⁵ Hakemin reddi konusunda karar verecek hakemlerin üzerindeki baskıyı kaldıracak, daha objektif kararlar çıkmasını temin edecek şekilde diğer tahkim sistemlerinde de olduğu gibi ICSID İdari Konseyi gibi bir organın ret talepleri konusunda karar vermesi daha sağlıklı bir çözüm olarak gözükmektedir. Ancak bu değişiklik ICSID Sözleşmesi'nin değiştirilmesini gerektirdiği ve bu durumun pratikte pek de mümkün olmadığı düşünüldüğünde¹⁰⁶ yapılabilecek en gerçekçi çözümün ICSID tahkiminde görev alan hakemlerin kendi aralarında profesyonel nezaket çerçevesinde anlaşarak hakemin reddi taleplerine bakmayacaklarını ve bunu doğrudan ICSID İdari Konsey Başkanı'na bırakacaklarını kararlaştırmalarıdır.¹⁰⁷ Bu anlaşma sistemin eksikliğini tamamen giderecek nitelikte olmasa da reddedilmeyen hakemlerin karar vermesi yerine Konsey Başkanı'nın karar vermesi daha objektif ve istikrarlı kararları beraberinde getirecektir.

¹⁰² Daele (n 67) 110-111.

¹⁰³ Chiara Giorgetti, 'Challenges of International Investment Arbitrators: How Does It Work, and Does It Work?' (2013) 7(2) World Arbitration & Mediation Review 303, 317.

¹⁰⁴ Finkel (n 41) 8.

¹⁰⁵ Bottini (n 40) 365.

¹⁰⁶ Giorgetti (n 103) 317.

¹⁰⁷ Marc Lalonde, 'Chapter 46: Quo Vadis Disqualification?', in Meg Kinnear ve diğerleri. (eds), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, (Kluwer Law International 2015), 652.

Ret süreci bakımından belirtilmesi gereken son husus ICSID tahkiminin kapalı bir sistem oluşunun bir yansıması olarak iptal sürecinde olduğu gibi ret talepleri sürecinde de tahkimin görüldüğü yer mahkemelerinde veya ulusal mahkemelerde hakem heyetinin veya Konsey Başkanı'nın hakemin reddi talebine ilişkin aldığı karara karşı itiraz edilebilmesinin diğer tahkim kurallarında olduğunun aksine mümkün olmamasıdır.¹⁰⁸

C. ICSID Tahkiminde Ret Sebebi Olarak En Çok İleri Sürülen Durumlar

1. Hakemin veya Hakemin Avukatlık Bürosunun Taraf, Taraf Avukatıyla veya Diğer Kişilerle Olan İlişkisi

ICSID tahkiminde ret sebebi olarak en sık ileri sürülen sebeplerden biri hakemin, hakemin yakın akrabalarının veya hakemin avukatlık bürosunun tarafa, taraf avukatıyla yahut uzman tanıkla olan ilişkileridir. Ret taleplerinin kabul edilip edilmemesinde, ret talebini değerlendiren heyetin veya Başkanın ilgili madde metnindeki 'açık bir şekilde' ibaresini nasıl yorumladığının önemli olmasının yanında hakemin söz konusu kişilerle olan ilişkisinin yoğunluğu da ret talebinin kabul edilip edilmemesinde önemli rol oynamıştır. Bu bakımdan *Getme v Guinea* tahkiminde hakemin kardeşinin taraflardan birinin başka bir tahkim davasında hakem olarak atanması ret sebebi olarak ileri sürülmüş ancak kabul edilmemiştir.¹⁰⁹ Yine benzer şekilde *ConocoPhillips v Venezuela* tahkiminde hakemin çalıştığı avukatlık bürosunun taraflardan biri ile olan ilişkisi ret talebine konu olmuş ama yine kabul görmemiştir.¹¹⁰ Hakem-avukat ilişkisi bakımından ise *Alpha v Ukraine* tahkiminde hakemin taraflardan birinin avukatıyla 20 yıl önce aynı okula gitmesi,¹¹¹ *Nations Energy v Panama* davasında hakemin taraf avukatıyla geçmişte 7 yıl beraber çalışmaları ret sebebi olarak ileri sürülmüş, ama kabul görmemiştir.¹¹² Hakem-uzman tanık ilişkisi bakımından ise *Eiser v Spain* tahkiminde hakemin uzman tanıklardan biri ile olan ilişkisi iptal sebebi olarak ileri sürülmüş ve bu sefer kararın iptaline sebep olmuştur.¹¹³

¹⁰⁸ Fry ve Stampalija (n 33) 209.

¹⁰⁹ ICSID Case No. ARB 11/29 *GETMA INTERNATIONAL and others v Republic of Guinea* [2012] Decision on the Proposal for Disqualification of Arbitrator Bernardo M. Cremades, para 24.

¹¹⁰ ICSID Case No. ARB 07/30 *ConocoPhillips and others v Bolivarian Republic of Venezuela* [2012] Decision on the Proposal for Disqualify L.Yves Forther , para 6.

¹¹¹ ICSID Case No. ARB/07/16 *ALPHA PROJEKTHOLDING GMBH and UKRAINE* [2010] Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz para 12.

¹¹² ICSID Case No. ARB/06/19 *Nations Energy Corporation v Republic of Panama* [2011] Decision on the Proposal to Disqualify Dr. Stanimir A. Alexandrov para 22.

¹¹³ ICSID Case No. ARB/13/36 *EISER INFRASTRUCTURE LIMITED AND ENERGÍA SOLAR LUXEMBOURG S.À R.L. Claimants and KINGDOM OF SPAIN* [2020] DECISION ON THE KINGDOM OF SPAIN'S APPLICATION FOR ANNULMENT para 52.

2. Hakemin Birden Fazla Kez Atanması

Tahkim taraflarınca en sık şekilde ileri sürülen ret sebeplerinden biri de aynı hakemin birden fazla kere atanması durumudur. Bu durum hakemin aynı tarafça, aynı avukatlık bürosunca veya aynı tarafa karşı atanması şeklinde tezahür edebilmektedir. Örnek olarak *OPIC v. Venezuela* tahkiminde hakemin Venezuella tarafından birden fazla kez atanması,¹¹⁴ *Burlington Resources v. Ecuador* 'da hakemin Freshfields avukatlık bürosu tarafından birden fazla kez atanması,¹¹⁵ *Raiffeisen Bank v. Croatia* tahkiminde hakemin toplam 38 hakemlik görevinin 35'inde talep eden taraf (claimants) tarafından hakem olarak atanması,¹¹⁶ *Ayat Nizar Raja Sumrain v. Kuwait* tahkiminde ise tam tersi olarak hakemin ağırlıklı olarak devletler tarafından atanıyor olması ret sebebi olarak ileri sürülmüştür.¹¹⁷ Görüleceği üzere ICSID tahkiminde hakemlerin birden fazla kez atanması sık karşılaşılan bir durum olup 2016-2020 arası atanan hakemlerin yaklaşık yarısının birden fazla kez atandığı tespit edilmiştir.¹¹⁸ Hakemin birden fazla kez atanması bu bakımdan dikkatle değerlendirilmesi gereken bir husustur. Bir tarafta birden fazla kez atanan hakemin kendisini atayan tarafa ekonomik veya duygusal bir bağımlılık geliştirme endişesi, ama bir taraftan da tarafların kendi tezlerini en iyi anlatabilecekleri hakemleri birden fazla kez seçebilme özgürlükleri aynı anda dikkate alınmalıdır.¹¹⁹

ICSID tahkimi kararlarına bakıldığında ticari tahkimin aksine hakemin birden fazla kez atanmasına dayalı ret taleplerinin genellikle kabul edilmediği görülmektedir.¹²⁰ Bu bakımdan 2010-2020 arasında 10 defa hakemin birden fazla kez atanmasına dayalı ret talebi yapılmış olması rağmen bu taleplerin hiçbiri kabul edilmemiştir.¹²¹ Verilen kararlar incelendiğinde birden fazla defa atanmanın hakemin bağımsızlığını ve tarafsızlığını tek başına ortadan

¹¹⁴ ICSID Case No. ARB/10/14 *OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela* [2011] *DECISION ON THE PROPOSAL TO DISQUALIFY PROFESSOR PHILIPPE SANDS* para 11.

¹¹⁵ CSID Case No. ARB/08/5 *BURLINGTON RESOURCES, INC. and REPUBLIC OF ECUADOR* [2013] *DECISION ON THE PROPOSAL FOR DISQUALIFICATION OF PROFESSOR FRANCISCO ORREGO VICUÑA*, para 20.

¹¹⁶ ICSID Case No. ARB/17/34 *RAIFFEISEN BANK INTERNATIONAL AG and REPUBLIC OF CROATIA* [2018] *DECISION ON THE PROPOSAL TO DISQUALIFY STANIMIR ALEXANDROV*, para 16.

¹¹⁷ ICSID Case No. ARB/19/20 *AYAT NIZAR RAJA SUMRAIN and STATE OF KUWAIT* [2020] *DECISION ON THE CLAIMANTS' PROPOSAL TO DISQUALIFY PROF. ZACHARY DOUGLAS AND MR. V. V. VEEDER* para 31

¹¹⁸ ICSID, 'CODE OF CONDUCT – BACKGROUND PAPERS: REPEAT APPOINTMENTS' (2021), 9 <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Background_Papers_Repeat_Appointments_final_25.2.2021.pdf> erişim 30.05.2021

¹¹⁹ ibid 1-2.

¹²⁰ Cleis (n 6) 154.

¹²¹ CSID (n 118) 2.



kaldırmayacağı, bunların ortadan kalkabilmesi için hakemin söz konusu tekrar eden atamalar neticesinde tarafa ekonomik olarak bağımlı hale gelmiş olmasının ortaya konulması gerektiği belirtilmektedir.¹²² Bu bağlamda yüzlerce hakemlik dosyası olan bir hakemin bir tarafça sadece iki veya üç sefer atanmış olması, o hakemi söz konusu tarafa ekonomik olarak bağımlı kılmayacak ve bu sebeple bağımsızlığı etkilemeyecektir.¹²³

IBA Kılavuzuna göre hakemin son üç yıl içerisinde aynı taraf tarafından 2 veya daha fazla kez, aynı avukatlık bürosu tarafından ise 3 veya daha fazla kez atanması ifşa edilmesi gereken bir durum olup turuncu liste altında sınıflandırılan bir durum olarak görülmektedir.¹²⁴ Ancak ICSID sisteminde hakeme böyle bir ifşa yükümlülüğü açıkça getirilmemektedir. Bunun arkasındaki sebepse ICSID tahkiminin halka açık oluşu sebebiyle hakemlerin hangi tarafça kaç kez atandıklarının bilinmesidir. Ticari tahkimde ise bir hakemin hangi davada hangi taraf adına kaç kere atandığının bilinmemesi ifşa yükümlülüğünü gerekli hale getirmektedir. Esasında hakemin birden fazla kez atanmasına ilişkin duyulan endişelerin ve hatta bu tarz durumların IBA Kılavuzuna dahi konu edilmelerinin altında yatan asıl sebep ticari tahkimde hakem havuzunun çok geniş olmasına rağmen aynı hakemin tekrar tekrar atanmasına karşı duyulan endişedir. Ancak yatırım tahkimindeki hakem havuzunun çok sınırlı oluşu karşısında aynı hakemlerin tekrar tekrar atanıyor oluşunun ICSID bağlamında ciddi bir ret sebebi olarak kabul edilmeyişi yatırım tahkimindeki bu özelliğin bir sonucudur. Bu durum aynı zamanda IBA Kılavuzunun yatırım tahkimine ve daha özelde ICSID sistemine her zaman doğrudan uygulanmasının çok sağlıklı bir yöntem olmayacağını da ortaya koymaktadır.

3. Hakemin Aynı Anda Başka Bir Tahkimde Görev Yapması

ICSID tahkiminde hakemin bağımsızlığını ve tarafsızlığını gündeme getiren bir başka önemli ret sebebi de hakemin aynı anda taraflardan birinin olduğu veya benzer konuları içeren başka bir tahkim yargılamasında görev almasıdır.¹²⁵ Bu bakımdan *KS Invest v Spain* tahkim davasında hakemin benzer konuları tartışan başka bir tahkim yargılamasında avukat olarak görev alması ret sebebi olarak ileri sürülmüş, ancak söz konusu iki tahkim yargılaması arasında yeterince bağlantı bulunmadığı için ret sebebi kabul edilmemiştir.¹²⁶ Yine benzer şekilde *Bluebank v Venezuela* tahkiminde hakemin çalıştığı avukatlık

¹²² ibid 6.

¹²³ Daele (n 67) 363.

¹²⁴ Guidelines (n 46) part 2 3.1.3 ve 3.1.4.

¹²⁵ ICSID, 'CODE OF CONDUCT – BACKGROUND PAPERS: Double Hatting' (2021), 1 <[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Background_Papers_Double-Hatting_\(final\)_2021.02.25.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Background_Papers_Double-Hatting_(final)_2021.02.25.pdf)> erişim 30.05.2021

¹²⁶ ICSID Case No. ARB/15/25 *KS INVEST GMBH and KINGDOM OF SPAIN* [2020] DECISION ON THE PROPOSAL TO DISQUALIFY PROF. KAJ HOBÉR para 25.

bürosunun taraflardan birine karşı yürütülen başka bir tahkim davasında avukatlık hizmeti vermesi, hakemin söz konusu davadan elde edilecek gelirden çıkarının olması gerekçe gösterilerek reddi istenmiş ve bu ret sebebi kabul edilmiştir.¹²⁷ Bununla birlikte *Caratube v Kazakhstan* tahkiminde hakemin başka bir tahkimde taraflardan biri tarafından atanmış hakem olması ret sebebi olarak ileri sürülmüş, söz konusu iki tahkim davasının benzer nitelikte olması nedeniyle ret talebi kabul edilmiştir.¹²⁸

Bu sebeple ilgili kararlar topluca incelendiğinde hakemin aynı anda başka bir tahkimde aldığı görev dolayısıyla bağımsızlığının ve tarafsızlığının şüpheye düştüğünden bahisle reddedilebilmesi için görev aldığı iki tahkimin çok ciddi ölçüde birbiriyle örtüşmesinin arandığı görülmektedir. Aksi halde bu sebebe bağlı ret talepleri kabul edilmemektedir.

Hakemin aynı anda başka bir tahkimdeki görevi sebebiyle reddine ilişkin yapılması gereken düzenlemeler konusu da tartışmalıdır. Bir tarafta hakemlerin aynı birden fazla görev almasının Spor Tahkim Mahkemesi'nde (CAS) olduğu gibi tamamen yasaklanması¹²⁹ gerektiğini savunanlar olduğu gibi, buna karşı çıkarak tamamen yasaklamak yerine sadece buna ilişkin ifşa yükümlülüklerin detaylandırılması gerektiğini savunan görüşler de vardır.¹³⁰ Bu görüşe göre hakemlerin bir tahkim davasında hakemlik yaptıkları esnada başka bir tahkimde görev yapmalarının engellenmesi, hakemin sadece o tahkim ile ekonomik olarak geçimini sürdürebilecek durumda olabilmesini gerektirmekte olup; bunu sağlayabilecek hakem sayısı çok kısıtlı olduğu için söz konusu yasaklama uzun vadede hakem havuzunu ciddi bir biçimde daraltacaktır.¹³¹ Her ne kadar birçok devlet de söz konusu yasaklamaya karşı çıksa da¹³² Taslak Davranış Kurallarında hakemlerin taraflardan en az birini içeren veya benzer konularda

¹²⁷ ICSID Case No. ARB/12/20 *BLUE BANK INTERNATIONAL & TRUST (BARBADOS) LTD. and BOLIVARIAN REPUBLIC OF VENEZUELA* [2013] DECISION ON THE PARTIES' PROPOSALS TO DISQUALIFY A MAJORITY OF THE TRIBUNAL para 22.

¹²⁸ ICSID Case No. ARB/13/13 *Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan* [2014] DECISION ON THE PROPOSAL FOR DISQUALIFICATION OF Mr. Bruno Boesch para 90.

¹²⁹ CSID (n 125) 9.

¹³⁰ Hwang ve Lim (n 5) 32.

¹³¹ Vanina Sucharitul, 'ICSID and UNCITRAL Draft Code of Conduct: Potential Ban on Multiple Roles Could Negatively Impact Gender and Regional Diversity, as well as Generational Renewal' (2020), 4- 5<<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/20/icsid-and-uncitral-draft-code-of-conduct-potential-ban-on-multiple-roles-could-negatively-impact-gender-andregional-diversity-as-well-as-generational-renewal/>> erişim 30.05.2021.

¹³² CSID ve UNCITRAL, 'DRAFT CODE OF CONDUCT Comments by State/Commenter' (2021), 63-64 <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Code%20of%20Conduct%20-%20Comments%20by%20State-Commenter%20-%20Updated%2001.14.21.pdf>> erişim 30.05.2021



olan tahkim davalarında ya da bunlar aranmaksızın tüm diğer tahkimlerde aynı birden fazla görev almalarını tamamen yasaklayacak nitelikte düzenlemeler olduğu görülmektedir.¹³³ Ancak bu düzenlemelerin devletlerin de dile getirdiği gibi zaten sınırlı olan hakem havuzunu daraltacağı açık olup, bunun yerine ifşa yükümlerinin artırılması daha uygun bir seçenek olarak görünmektedir.¹³⁴

4. Hakemin Tahkim Sürecindeki Tutumu

Hakemin tarafla olan ilişkileri bağlamında ortaya çıkan bağımsızlık sorunlarının yanında tahkim esnasında taraflara karşı olan muamelesi neticesinde de tarafsızlık ile ilgili konular gündeme gelebilmektedir. Bu durum *Quiborax v. Bolivia*¹³⁵ veya *Landesbank Baden v Spain* tahkiminde olduğu gibi hakem heyetinin tahkim sırasında vermiş olduğu ara karar neticesinde ortaya çıkabileceği gibi,¹³⁶ *Eugene Kazmin v Latvia*'da olduğu gibi hakem heyetinin vermiş olduğu ara kararda kullanıldığı iddia edilen alaycı ve üsttenci dil neticesinde de ortaya çıkabilmektedir.¹³⁷ Bununla birlikte *Burlington v Ecuador* tahkiminde olduğu gibi hakemin telekonferans sırasında taraflardan birine karşı daha ayrıcalıklı sorular sorması iddiasıyla da ortaya çıkabilir,¹³⁸ ki bu tahkimde ret talebini inceleyen Konsey Başkanı hakemin telekonferans sırasında sorduğu soruların reddini gerektirmediğini ama tarafın ret talebine karşı vermiş olduğu yazılı beyanat ile tarafsızlığının şüpheye düştüğünü belirterek ret talebini kabul etmiştir.¹³⁹

5. Hakemin Daha Önce Benzer Konuda veya Taraflardan Birinin Aleyhine Karar Vermesi

Hakemin daha önce taraflardan birinin aleyhine veya benzer konuda başka bir tahkim yargılamasında karar vermesi de çoğu zaman ret sebebi olarak ileri sürülmektedir. Bu bakımdan örneğin *VM Solar v Spain* tahkiminde İspanya, hakemin daha önce benzer nitelikte kendisine karşı başlatılan 3 tahkim yargılamasında yatırımcılar tarafından atanmış olmasını ret sebebi olarak ileri

¹³³ Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement (version two), Madde 4.

¹³⁴ Sucharitkul (n 131) 7.

¹³⁵ Daele (n 67) 411.

¹³⁶ CSID Case No. ARB/15/45 *LANDESBANK BADEN-WÜRTTEMBERG ET AL. and KINGDOM OF SPAIN* [2020] DECISION ON THE SECOND PROPOSAL TO DISQUALIFY ALL MEMBERS OF THE TRIBUNAL para 42.

¹³⁷ CSID Case No. ARB/17/5 *EUGENE KAZMIN and REPUBLIC OF LATVIA* [2020] DECISION ON THE PROPOSAL TO DISQUALIFY ALL MEMBERS OF THE TRIBUNAL para 32.

¹³⁸ CSID Case No. ARB/08/5 *BURLINGTON RESOURCES, INC. and REPUBLIC OF ECUADOR* [2013] DECISION ON THE PROPOSAL FOR DISQUALIFICATION OF PROFESSOR FRANCISCO ORREGO VICUÑA, para 30.

¹³⁹ ibid para 80.

sürmüştür.¹⁴⁰ Bir başka tahkim yargılamasında hakemin taraflardan biri aleyhine daha önce 3 başka tahkim yargılamasında karar vermesi ve hatta bu 3 kararın da daha sonra iptal edilmiş olması ret sebebi olarak ileri sürülmüş ancak bu söz konusu tahkim yargılamalarının farklı nitelikler taşıması nedeniyle ret talebi kabul edilmemiştir.¹⁴¹ *Bluebank v Venezuela* tahkiminde bu sefer hakemin sistematik olarak devletler lehine karar vermiş olması ret sebebi yapılmış, ancak bu konuda bir karar verilmeden hakem istifâ etmiştir.¹⁴²

Genel olarak ICSID tahkiminde hakemin daha önce taraf aleyhine karar vermesine veya benzer konuda karar vermiş olmasına dayalı ret sebepleri incelendiğinde tek başına taraf aleyhine karar vermiş olmanın veya benzer konuda karar vermiş olmanın her bir tahkim yargılamasının birbirinden farklı nitelikler taşıması sebebiyle, hakemin vermiş olduğu karar hatalı olmuş olsa dahi,¹⁴³ hakemin bağımsızlığını şüpheli hale getirmedeği kabul edilmekte ve bu sebeple buna bağlı ret talepleri genellikle kabul görmemektedir.¹⁴⁴ Kaldı ki benzer konuda karar vermiş olmasına dayalı olarak hakemlerin reddi kabul edilecek olsaydı, yatırım tahkiminde uyuşmazlık konusu olan konuların çok sınırlı olduğu dikkate alındığında tarafsızlığı şüpheye düşmeyecek hakem bulmak imkânsız hale gelirdi.

6. Hakemin Uyuşmazlık Konusu Hakkında Akademik Yayın Yapmış Olması

ICSID bakımından ret sebebi olarak en çok ileri sürülen ve bu konuda tartışmaların en yoğun yaşandığı konulardan biri de hakemlerin görevlendirildikleri uyuşmazlık hakkında daha önceden akademik olarak yayın yapmış olmalarıdır. Örneğin *Saipem v. Bangladesh* tahkiminde hakemin uyuşmazlığın esasını oluşturan konular hakkında daha önceden akademik yayınlarda bulunmuş olması ret sebebi olarak ileri sürülmüş ancak diğer hakemler, söz konusu talebi hakemin somut uyuşmazlığa herhangi bir atf yapmadan genel hukuki hatlarıyla akademik olarak incelemesi sebebiyle

¹⁴⁰ CSID Case No. ARB/19/30 *VM SOLAR JEREZ GMBH and KINGDOM OF SPAIN* [2020] DECISION ON THE PROPOSAL TO DISQUALIFY PROF. DR. GUIDO SANTIAGO TAWIL para 39.

¹⁴¹ CSID Case No. No. ARB/12/38 *Repsol SA v Republic of Argentina* [2013] Decision on the Proposal for Disqualification of Arbitrators Francisco Orrego Vicuna and Claus von Wobeser para 25

¹⁴² CSID Case No. ARB/12/20 *BLUE BANK INTERNATIONAL & TRUST (BARBADOS) LTD. and BOLIVARIAN REPUBLIC OF VENEZUELA* [2013] DECISION ON THE PARTIES' PROPOSALS TO DISQUALIFY A MAJORITY OF THE TRIBUNAL para 45.

¹⁴³ Cleis (n 6) 56.

¹⁴⁴ CSID, 'CODE OF CONDUCT – BACKGROUND PAPERS ISSUE CONFLICT' (2021), 7-11 <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Background_Papers_Issue_Conflict_Final_2.26.2021.pdf> erişim 30.05.2021



ret talebini kabul etmemişlerdir.¹⁴⁵ Yine *Urbaser v Argentina* tahkiminde taraflardan biri hakemin ‘en çok gözetilen ulus kaydı’ konusunda görüşlerini yazmış olduğu bir akademik yayında beyan etmiş olduğunu ve bu konunun somut uyuşmazlık bakımından da çok önemli olduğunu, hakemin söz konusu görüşünü geri dönemeyecek derecede şiddetli bir biçimde savunduğunu gerekçe göstererek reddini talep etmişse de söz konusu talep kabul edilmemiştir.¹⁴⁶

Genel olarak bu ret sebebine ilişkin diğer tahkim yargılamalarında kabul edilmiş ret kararları olsa da¹⁴⁷ ICSID tahkiminde, hakemin uyuşmazlık konusu hakkında daha önce akademik görüşünü ifade etmesine dayalı kabul edilen bir ret talebi bulunmamaktadır. Bu bakımdan ICSID tahkiminde verilen kararlarda her bir tahkimin kendine has nitelikler taşıdığı, hakemin somut uyuşmazlığa doğrudan referans vermemek kaydıyla beyan ettiği görüşün tek başına tarafsızlığını etkilemeyeceği;¹⁴⁸ kaldı ki bir hakemin akademik olarak beyan ettiği görüşünü daha sonra değiştirebilmesinin de pekâlâ mümkün olduğu kabul edilmektedir.¹⁴⁹ Ayrıca hakemlerin akademik görüşlerinden ötürü reddinin kabul edilmesinin hakemleri akademik yayın yapmaktan uzaklaştıracağı ve akademik gelişimi yavaşlatacağı kabul edilmektedir.¹⁵⁰

ICSID tahkiminde benimsenen bu görüş, maalesef, pratikle ve gerçeklikle pek uyumlu değildir. Zira belli bir pozisyona ve akademik olgunluğa gelmiş ve yıllarca bir görüşü savunmuş olan bir hakemin zaten sınırlı sayıda tartışma konusunun olduğu bir ICSID tahkiminde görüşünü değiştirebileceğini yahut somut uyuşmazlığa daha önce yayımladığı akademik görüşlerin dışında bakabileceğini beklemek gerçekçi gözükmemektedir.¹⁵¹ Bu bağlamda sevindirici bir gelişme olarak Taslak Davranış Kurallarının ilk versiyonunda hakemlere yayınlamış oldukları tüm akademik çalışmalarını ifşa yükümü getirilmekteyken,¹⁵² daha sonraki versiyonda bu ifşa yükümlülüğünden şaşırtıcı bir biçimde vazgeçilmiştir. İlk versiyondaki ifşa yükümlülüğünün

¹⁴⁵ ibid 15.

¹⁴⁶ CSID Case No. ARB/07/26 URB ASER S.A.and Argentine Republic [2010] Decision on Proposal to Disqualify Professor Campbell MacLachlan para 20-21 ve para 41.

¹⁴⁷ PCA CASE No 2013-09 CC/DEVAS (MAURITIUS) LTD and THE REPUBLIC OF INDIA [2013] Decision on the Respondent’s Challenge to the Hon. Marc Lalonde as Presiding Arbitrator and Prof. Francisco Orrego Vicuna as Co- Arbitrator para 64.

¹⁴⁸ CSID (n 144) 16.

¹⁴⁹ Doak Bishop ve Lucy Reed, ‘Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration (1998) 14(4) ARBITRATION INTERNATIONAL 395, 412.

¹⁵⁰ CSID (n 144) 16.

¹⁵¹ Lalonde (n 107) 659.

¹⁵² Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement (version one) Madde 5(2)c <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_IDS.pdf>erişim 30.05.2021

tekrar getirilmesi hakemlerin tarafsızlığını temin etme ve ICSID tahkiminin meşruiyetini geliştirmek bakımından daha gerçekçi bir yol olarak ortada durmaktadır.

SONUÇ

Tahkimde görev alan hakemlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını garanti etmek için hakemlere yönelik getirilen ifşa yükümü ve hakemin reddi prosedürlerinin son derece önemli olduğu muhakkaktır. Bu alanda ön plana çıkan tahkim kurumlarının tahkim kuralları, *ad hoc* tahkimde uygulama alanı bulan UNCITRAL Tahkim Kuralları ve diğer bağlayıcı olmayan kılavuzlar ile karşılaştırıldığında ICSID tahkiminin, hakemin bağımsızlığı, tarafsızlığı, ifşa yükümü veya ret prosedürü gibi konularda farklı düzenlemeler içerdiği görülmektedir. ICSID sistemindeki bu farklılıklar temelde hakemlerin ifşa yükümlerinin çok geniş olduğu ama buna zıt olarak hakemin reddi standardının çok yüksek olduğu ve bunlara bağlı olarak ret talep oranının çok fazla ancak ret talebi kabul oranının çok düşük olduğu bir sonuç meydana getirmiştir. Ortaya çıkan bu durum ICSID tahkimindeki hakemin reddi mekanizmasının işlevselliğinin sorgulanmasına yol açmıştır. Buradan hareketle yapılan bu çalışmada ICSID tahkiminde hakemin reddi konusu diğer tahkim kurallarıyla karşılaştırmalı olarak ele alınmış, ICSID sistemindeki eksiklikler ortaya konulmaya ve çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

ICSID tahkiminde hakemin reddi konusunda en mühim hususlardan birinin ICSID Sözleşme metninde hakemin bağımsızlığına ilişkin aranan eksikliğin 'açık bir şekilde' (*manifest*) olması gerektiği düzenlemesidir. Bu ibare nedeniyle ICSID tahkiminde hakem heyetleri ret talebini kabul etmek için daha ciddi durumlar aramışlar ve bu sebeple çoğu ret talebini geri çevirmişlerdir. İlk yıllardan beri zaman zaman başka yönde kararlar olsa da bu yaklaşım benimsenmiş ve diğer tahkim kurallarında benimsendiği şekilde sadece makul şüphenin yeterli olması kabul edilmemiştir. Ancak 2013 yılında ilk defa diğer tahkim kurallarında kabul edildiği şekilde makul şüphenin yeterli olduğu kabul edilmeye başlanmış ve bu yaklaşım istikrarlı bir biçimde günümüze değin devam ettirilmiştir. Böylece ICSID tahkiminde hakemin reddi mekanizmasını işlevsiz kılan bir engel ortadan kalkmış ve ICSID kuralları diğer tahkim normlarıyla uyumlu hale gelmiştir. Bu durum çok olumlu bir gelişme olmakla beraber, ICSID tahkimi kararlarının gözden geçirilme imkanlarının daha da az oluşu ve ICSID tahkimi uyuşmazlıklarında konu edilen ekonomik değerler çok daha yüksek oluşu gibi sebepler dikkate alındığında, ICSID bakımından hakemlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını temin etmenin önemi daha fazla ön plana çıkmakta ve bu sebeple zaman içerisinde ICSID bakımından hakemin reddi standartlarının daha da kolaylaştırılması beklenmektedir.

ICSID tahkiminde hakemin reddine ilişkin standartların kolaylaştırılması ve sadece haklı şüphenin yeterli görülmesi tüm sorunları ortadan kaldıracak



nitelikte çözüm değildir. Zira ICSID tahkiminde hakemin reddi mekanizmasını işlevsiz hale getiren asıl sebeplerden biri hakemin reddi talebine reddedilmeyen diğer hakemlerin karar verecek olmasıdır. Bu düzenleme hakemleri birbirlerini reddetmekten imtina etmeye ve sonuçta ICSID tahkiminde hakemin reddini pratikte imkânsız hale getirmektedir. Ret talebini karara bağlamak yetkisini diğer hakemlerden almanın bir sözleşme değişikliği gerektirmesi ve bunun da yakın süreçte pek olası gözükmemesi karşısında hakemlerin profesyonel nezaket çerçevesinde aralarında anlaşmayı teamül haline getirerek ret talepleri konusunda karar vermeyi ICSID İdari Konsey Başkanına bırakmaları daha gerçekçi bir çözüm olarak görünmektedir.

ICSID tahkiminde hakemin reddi konusunda diğer tahkim kurallarından farklı nitelikte olup da korunması gereken özellikler de bulunmaktadır. Bunların başında ICSID tahkiminde hakemin reddinin yapılabilmesi için diğer tahkimlerde olduğunun aksine sabit bir gün belirlenmeyişidir. Zira ICSID tahkiminde bir tarafın her zaman devlet olduğu ve devletler bakımından bürokratik işlemlerin belli ölçüde yavaşlamaya sebep olduğu dikkate alındığında belli bir gün sayısı belirlenmeyişisi esasında ICSID tahkiminde hakemin reddi talebinde bulunacak tarafa esneklik sağlamaktadır. Bu bakımdan ICSID Tahkim Kuralları Revizyon Çalışmaları kapsamında önerilen 21 gün düzenlemesi ICSID sistemindeki esnekliği ortadan kaldıracak nitelikte bir düzenlemedir.

ICSID tahkiminde hakemin reddine ilişkin verilen kararlar incelendiğinde ise göze çarpan ilk hususlardan biri IBA Kılavuzunun ICSID tahkimindeki hakemin reddi sürecine doğrudan uygulanmasının yarattığı problemdir. Zira IBA Kılavuzu birçok noktada ICSID tahkiminin hususiyetleriyle örtüşmemekte ve bu durum da hakemin reddi süreçlerinde açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan hakemin tekrar atanması konusunda IBA Kılavuzunda gösterilen şüphenin ve bu durum gerekçe gösterilerek tarafların tekrar atanma konusunu ICSID hakemin reddi süreçlerinde sık sık ileri sürmelerine rağmen bu taleplerin devamlı olarak reddediliyor olması bu konunun ICSID bakımından o derece ciddi bir konu olmadığını göstermektedir. Bu durumun tam aksine olacak şekilde IBA Kılavuzunda ciddi bir durum olarak görülmemen hakemin uyuşmazlık konusu hakkında akademik yayın yapması meselesi ICSID tahkimi bakımından ciddi şüpheler yaratabilecek bir konu olup, IBA Kılavuzunun bu konuda doğrudan ICSID tahkimine uygulanması gerçekçi olmayacaktır. Esasında IBA Kılavuzunun ICSID tahkimi bakımından görülen hakemin reddi kararlarına uygun olmayışı dikkate alınarak halihazırda çalışmaları devam eden bir Taslak Davranış Kuralları çalışması bulunmaktadır. Bu çalışma IBA Kılavuzunun yerini alma ve hakemlerin bağımsızlığı, tarafsızlığı, ifşa yükümü gibi konuları detaylandırıyor olma bakımından çok önemli hususiyetler arz etmektedir. Söz konusu çalışmada göze çarpan tek eksik husus, IBA Kılavuzunda

olduğu hakemlere ifşa etmelerini gerektirmeyecek durumları örnek olarak göstermemesi ve bir anlamda hakemler için ifşa yükümü bakımından ‘güvenli bölge’ tesis etmeyiştir.

Son olarak, çalışmanın son kısmında incelenen en sık karşılaşılan ret sebepleri bakımından ICSID kararlarında bazı konularda istikrarlı kararların verildiği görülmekle birlikte bazı konularda verilen kararların hatalı olduğu ve gerçeklikle örtüşmediği görülmektedir. Bu bakımdan hakemin daha önce bir taraf aleyhine başka bir tahkimde karar vermiş olmasının tek başına ret sebebi olmayacağı zira her bir tahkim yargılamasının birbirinden farklı hususiyetler taşıdığı veya hakemin bir tarafça birden fazla kez atanmış olmasının ret sebebi olmayacağı yönünde istikrarlı bir şekilde karar verilmektedir. Ancak yine istikrarlı bir şekilde hakemin daha önceden uyuşmazlık konusu hakkında akademik yayın yapmış olmasının eğer somut olarak uyuşmazlığa herhangi bir atıf yoksa ret sebebi olmayacağı yönünde istikrarlı bir şekilde verilen kararların tekrar gözden geçirilmesi gerekmektedir. Zira ICSID tahkiminde tartışılacak konu havuzu dardır ve bir konuda görüşünü belirtmiş bir hakemin savunduğu pozisyonunu değiştirmesi beklemek pek olası değildir. Bu sebeple bu konuya ilişkin ret taleplerinin daha farklı bir şekilde incelenmesi daha gerçekçi gözükmektedir.

Sonuç olarak ICSID tahkiminde hakemin reddi konusunun mevcut haliyle tartışılmaya devam edeceği açıktır. Söz konusu tartışmaların azalması ve hakemin reddi mekanizmasının daha işlevsel hale gelebilmesi için halihazırda olumlu kabul edilebilecek gelişmeler muhafaza edilmeli ve istikrarlı şekilde uygulanmalı; eksik yönler bakımından ise iyileştirme önerileri dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

Birincil Kaynaklar Kararlar

ICSID Case No. ARB/97/3 Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic DECISION ON THE CHALLENGE TO THE PRESIDENT OF THE COMMITTEE [2001]

ICSID CASE No. ARB/00/9 GENERATION UKRAINE, INC., and UKRAINE [2003] Award

ICSID Case No. ARB/07/16 ALPHA PROJEKTHOLDING GMBH and UKRAINE [2010] Decision on Respondent’s Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz

ICSID Case No ARB/10/5 Tidewater Inc v The Bolivarian Republic of Venezuela [2010] DECISION ON CLAIMANTS’ PROPOSAL TO DISQUALIFY PROFESSOR BRIGITTE STERN



ICSID Case No. ARB/07/26 URB ASER S.A.and Argentine Republic [2010]
Decision on Proposal to Disqualify Professor Campbell MacLachlan

ICSID Case No. ARB/06/19 Nations Energy Corporation v Republic of Panama
[2011] Decision on the Proposal to Disqualify Dr. Stanimir A. Alexandrov

ICSID Case No. ARB/10/14 OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian
Republic of Venezuela [2011] DECISION ON THE PROPOSAL TO
DISQUALIFY PROFESSOR PHILIPPE SANDS

ICSID Case No. ARB 11/29 GETMA INTERNATIONAL and others v
Republic of Guinea [2012] Decision on the Proposal for Disqualification of
Arbitrator Bernardo M. Cremades

ICSID Case No. ARB 07/30 ConocoPhilips and others v Bolivarian Republic
of Venezuela [2012] Decision on the Proposal for Disqualify L.Yves Forther

ICSID Case No. ARB/12/20 BLUE BANK INTERNATIONAL & TRUST
(BARBADOS) LTD. and BOLIVARIAN REPUBLIC OF VENEZUELA
[2013] DECISION ON THE PARTIES' PROPOSALS TO DISQUALIFY A
MAJORITY OF THE TRIBUNAL

ICSID Case No. No. ARB/12/38 Repsol SA v Republic of Argentina [2013]
Decision on the Proposal for Disqualification of Arbitrators Francisco Orrego
Vicuna and Claus von Wobeser

ICSID Case No. ARB/08/5 BURLINGTON RESOURCES, INC. and
REPUBLIC OF ECUADOR [2013] DECISION ON THE PROPOSAL FOR
DISQUALIFICATION OF PROFESSOR FRANCISCO ORREGO VICUÑA

ICSID Case No. ARB/13/13 Caratube International Oil Company LLP v.
Republic of Kazakhstan [2014] DECISION ON THE PROPOSAL FOR
DISQUALIFICATION OF Mr. Bruno Boesch

ICSID Case No. ARB/07/5 ABACLAT AND OTHERS and ARGENTINE
REPUBLIC [2014] DECISION ON THE PROPOSAL TO DISQUALIFY A
MAJORITY OF THE TRIBUNAL

ICSID Case No. ARB/17/34 RAIFFEISEN BANK INTERNATIONAL AG
and REPUBLIC OF CROATIA [2018] DECISION ON THE PROPOSAL TO
DISQUALIFY STANIMIR ALEXANDROV

ICSID Case No. ARB/19/4 CANEPA GREEN ENERGY OPPORTUNITIES
I, S.Á R.L. AND CANEPA GREEN ENERGY OPPORTUNITIES II, S.Á
R.L. CLAIMANTS and KINGDOM OF SPAIN [2019] DECISION ON THE
PROPOSAL T DISQUALIFY MR. PETER REES QC

ICSID Case No. ARB/19/20 AYAT NIZAR RAJA SUMRAIN and STATE
OF KUWAIT [2020] DECISION ON THE CLAIMANTS' PROPOSAL TO
DISQUALIFY PROF. ZACHARY DOUGLAS AND MR. V. V. VEEDER

ICSID Case No. ARB/17/5 EUGENE KAZMIN and REPUBLIC OF LATVIA [2020] DECISION ON THE PROPOSAL TO DISQUALIFY ALL MEMBERS OF THE TRIBUNAL

ICSID Case No. ARB/15/45 LANDESBANK BADEN-WÜRTTEMBERG ET AL. and KINGDOM OF SPAIN [2020] DECISION ON THE SECOND PROPOSAL TO DISQUALIFY ALL MEMBERS OF THE TRIBUNAL

ICSID Case No. ARB/13/36 EISER INFRASTRUCTURE LIMITED AND ENERGÍA SOLAR LUXEMBOURG S.À R.L. Claimants and KINGDOM OF SPAIN [2020] DECISION ON THE KINGDOM OF SPAIN'S APPLICATION FOR ANNULMENT

ICSID Case No. ARB/15/25 KS INVEST GMBH and KINGDOM OF SPAIN [2020] DECISION ON THE PROPOSAL TO DISQUALIFY PROF. KAJ HOBÉR

ICSID Case No. ARB/15/45 LANDESBANK BADEN-WÜRTTEMBERG ET AL. and KINGDOM OF SPAIN [2020] DECISION ON THE SECOND PROPOSAL TO DISQUALIFY ALL MEMBERS OF THE TRIBUNAL

ICSID Case No. ARB/19/30 VM SOLAR JEREZ GMBH and KINGDOM OF SPAIN [2020] DECISION ON THE PROPOSAL TO DISQUALIFY PROF. DR. GUIDO SANTIAGO TAWIL

PCA CASE No 2013-09 CC/DEVAS (MAURITIUS) LTD and THE REPUBLIC OF INDIA [2013] Decision on the Respondent's Challenge to the Hon. Marc Lalonde as Presiding Arbitrator and Prof. Francisco Orrego Vicuna as Co Arbitrator

Sözleşmeler ve Kurumsal Düzenlemeler

Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce [2017]

Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement (version two) [2021]

Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (ICSID Convention [1966]

ICSID Convention Arbitration Rules [2006]

ICC Arbitration Rules [2021]

LCIA Arbitration Rules [2014]

UNCITRAL Arbitration Rules [2013]

İkincil Kaynaklar Kitaplar

Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (5.Baskı, Vedat Kitapçılık 2020)

Born B G, *International Commercial Arbitration* (3. Baskı, Wolters Kluwer 2020)

Croft C, Kee C ve Waincymer J, *A Guide to UNCITRAL Arbitration Rules* (Cambridge University Press 2013)

Cleis N M, *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions* (Brill 2017)

Kayalı D, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı* (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı 2015)

Scheurer H C ve diğerleri, *The ICSID Convention: A Commentary* (2. Baskı, Cambridge University Press 2009)

Makaleler

Bishop D ve Reed L, 'Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration' (1998) 14(4) ARBITRATION INTERNATIONAL 395

Bottini G, 'Should Arbitrator Live on Mars- Challenge of Arbitrators in Investment Arbitration' (2009) 32 Suffolk Transnat'l L Rev 341

Daele K, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration* (Kluwer Law International 2012)

Daele K, 'Saint Gobain v Venezuela and Blue Bank v Venezuela: The Standard for Disqualifying Arbitrators Finally Settled and Lowered' (2014) 29(2) ICSID Review 296

Fry D J ve Stampalija I J, 'Forged Independence and Impartiality: Conflicts of Interest of International Arbitrators in Investment Disputes' (2014) 30(2) Arbitration International 189

Giorgetti C, 'Challenges of International Investment Arbitrators: How Does It Work, and Does It Work?' (2013) 7(2) World Arbitration & Mediation Review 303

Hwang M ve Lim K, 'Issue Conflict in ICSID Arbitrations' (2011) 8(5) Transnational Dispute Management

Karaca A H., 'Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller' (2015) 21(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 205

Kinnear M, ‘Challenge of Arbitrators at ICSID—An Overview’ (2014) 108
The Effectiveness of International Law 412

Lalonde M, ‘Chapter 46: Quo Vadis Disqualification?’, in Meg Kinnear ve diğerleri. (eds), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, (Kluwer Law International 2015)

Landolt P, ‘The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: An Overview’ (2005) 22(5) 409

Malintoppi L ve Yap A, ‘Challenges of Arbitrators in Investment Arbitration: Still Work in Progress?’ in Katia Yannaca Small (ed), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues* (2. Baskı Oxford University Press 2018)

Özbek S M, ‘Tahkim Yargılamasında Hakemin Reddi’ (2021) 8(1) Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi 35

Sheppard A, ‘Arbitrator Independence in ICSID Arbitration’ in Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch ve Stephan Wittich, *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Oxford University Press 2009)

Şahin A ve Özsu G, ‘Yatırımcı Devlet Uyuşmazlık Çözüm Sistemi’nin (ISDS) Reformu Bakımından Önemli Bir Adım: Taslak Etik Kurallar’ (2021) 12(46) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 477

Walsh W T ve Teitelbauma R, ‘The LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators: An Introduction’ (2011) 27(3) *Arbitration International* 283

Diğer İnternet Kaynakları

Finkel K, ‘Arbitrator challenges: a practical guide’ (2020) <<https://globalarbitrationnews.com/arbitrator-challenges-a-practical-guide/>> erişim 30.05.2021

ICSID, ‘Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations’ (2005), <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Suggested%20Changes%20to%20the%20ICSID%20Rules%20and%20Regulations.pdf/>> erişim 30.05.2021

‘Proposals for Amendment of the ICSID Rules Working Paper 4’ (2020) <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_4_Vol_1_En.pdf> erişim 30.05.2021

‘CODE OF CONDUCT – BACKGROUND PAPERS: REPEAT APPOINTMENTS’ (2021), <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Background_Papers_Repeat_Appointments_final_25.2.2021.pdf> erişim 30.05.2021



‘CODE OF CONDUCT – BACKGROUND PAPERS: Double Hatting’ (2021) <[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Background_Papers_Double-Hatting_\(final\)_2021.02.25.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Background_Papers_Double-Hatting_(final)_2021.02.25.pdf)> erişim 30.05.2021

‘CODE OF CONDUCT – BACKGROUND PAPERS ISSUE CONFLICT’ (2021) <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Background_Papers_Issue_Conflict_Final_2.26.2021.pdf> erişim 30.05.2021

ICSID ve UNCITRAL, ‘DRAFT CODE OF CONDUCT Comments by State/ Commenter’ (2021) <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Code%20of%20Conduct%20-%20Comments%20by%20State-Commenter%20-%20Updated%2001.14.21.pdf>> erişim 30.05.2021

Ipp A, Carè R ve Dubeshka V, ‘SCC Board Decisions on Challenges to Arbitrators 2016–2018’ (2019) <https://sccinstitute.com/media/795278/scc-practice-note_scc-decisions-on-challenges-to-arbitrators-2016-2018.pdf> erişim 30.05.2021.

Liebkind A, ‘SCC Board Will Provide Reasoned Decisions on Arbitrator Challenges’ (2017) <<https://globalarbitrationnews.com/scc-board-will-provide-reasoned-decisions-arbitrator-challenges/>> erişim 30.05.2021

Moses M, ‘The Role of the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in Arbitrator Challenges’ (2017) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/23/role-iba-guidelines-conflicts-interest-arbitrator-challenges/>> erişim 30.05.2021

Mourre A, ‘Are unilateral appointments defensible? On Jan Paulsson’s Moral Hazard in International Arbitration’, Kluwer Arbitration Blog, October 5, 2010, <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/10/05/are-unilateral-appointments-defensible-on-jan-paulssons-moral-hazard-in-international-arbitration/>> erişim 30.05.2021.

Sucharitkul V, ‘ICSID and UNCITRAL Draft Code of Conduct: Potential Ban on Multiple Roles Could Negatively Impact Gender and Regional Diversity, as well as Generational Renewal’ (2020) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/20/icsid-and-uncitral-draft-code-of-conduct-potential-ban-on-multiple-roles-could-negatively-impact-gender-and-regional-diversity-as-well-as-generational-renewal/>> erişim 30.05.2021.

Prokic D, ‘The Annulment of Eiser v. Spain: A Call for Improvements to the System?’ May 6 2021, <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/05/06/the-annulment-of-eiser-v-spain-a-call-for-improvements-to-the-system/>> erişim 30.05.2021