

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

ISSN 1304-2408



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

Yayından Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Başar Yaltı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Başar Yaltı, TBB Başkan Yardımcısı
Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu
Ali Acar
Gizem Özkan
Musa Toprak

Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Rona Aybay

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz

Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdal Onar

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdener Yurtcan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. /
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is a refereed review.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,
March, May, July, September, November).
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these
series express solely the views of the authors.
Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in
these series can not be republished without citation.

**Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM
Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye
Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is being permanently indexed
in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.**

İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06650 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www. barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 75 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara
www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 27. 06. 2016

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
2. Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. a) Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti ve anahtar sözcükleri; **Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.
c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
4. **Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken **yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı İtalik** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.
Örneğin: Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
5. Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**
Örneğin: Erem Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
6. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
7. Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
8. Yazarların; ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
9. Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hake-me gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda bilgi verilmez. Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporu düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
11. Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
12. Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde “Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtım Yönetmeliği” çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKAN'DAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

9 Mehmet ALKAN

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin İnsan Hakları ve Terörle Mücadele Hakkındaki İlkeleri ve Türkiye'nin Terörle Mücadele Mevzuatı / Turkish Legislation Regarding Fight Against Terrorism in the Context of Principles on Human Rights and Fight Against Terrorism Determined by the Committee of Ministers of the Council of Europe

39 Emek BAYRAK

Siyasi İktidarın Geçirdiği Dönüşümler Bağlamında Cezalandırmanın Seyri / Metamorphosis of Punishment Within the Context of the Transformation of Political

59 Ali Tanju SARIGÜL

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Denetiminde Kanun Yolu Sorunu / Remedy Problem on the Supervision of the Suspension of the Pronouncement of the Judgment

85 Hasan DURSUN

Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır / There is an Absolute Necessity for the New Delegation (Concession) Contracts Law

147 Hasan AYKIN

Mükellefin Özelge Yoluyla İzahat Talep Hakkı, Hukuki Sonuçları ve Bazı Tartışmalı Konular / Taxpayer's Right to Request of Clarification Via Private Ruling, Its Legal Consequences And Some Controversial Issues

187 Nesibe KURT KONCA / Ceren DAMAR

İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu / Appeal in Labor Jurisdiction

231 M. Serhat SARISÖZEN

Tasarrufun İptali Davasının İpotek Alacaklısı ve Dördüncü Kişiye Etkisi (Özellikle Tasarruf Tarihinden Sonra Yeni Malik Tarafından Tesis Edilen İpoteğin Öncelik Hakkının Bulunmayışı) / Effects of Actio Pauliana on the Mortgage Creditor and on the Fourth Person

263 Berna ÖZTÜRK

Sözleşmenin Devri / Transfer of Contract

297 A. Füsun ARSAVA

AB'nin Yasama Tasarruflarına Karşı Bireyleri Korumaya Matuf Merkezi Koruma Mekanizması / Central Protection Mechanism for Individuals Directed Towards Safeguard Against Legislative Acts of EU

307 Ahmet M. GÜNEŞ

Avrupa Birliği'nin Temel Değerleri Üzerine / On the Fundamental Values of European Union

341 Halid ÖZKAN

İnsansız Hava Araçlarının/Drone'ların Türk Sivil Havacılık Hukukuna Göre Statüsü, Unsurları ve Ceza Hukuku Boyutuyla Güncel Sorunlar / The Status and Elements of Unmanned Aerial Vehicles / Drones According to the Turkish Civil Aviation Law and Current Problems with Criminal Law Dimension

387 Kutluhan BOZKURT

Geri Kabul ve Vize Serbestisi Anlaşması / The Readmission Agreement And Visa Liberation Agreement

MAKALELER / ARTICLES

409 Başar YALTI

Türbanlı Yargıç Olur mu?

başkan'dan

YARGITAY VE DANIŞTAY HAKİMLERİ KANUNLA AZLEDİLİYOR!

**BU YOL, YOL DEĞİL!
BUNUN YOLU, BU DEĞİL!**

Yargıda, **cemaatçi** yapılanma da, “**şucu bucu**” yapılanma da istemiyoruz.

Siyasi iktidardan veya başka bir merciden **emir-talimat alan yargı istemiyoruz.**

Hakim gibi hakim, savcı gibi savcı istiyoruz.

Layık olanın layık olduğu göreve gelebildiği “**liyakat sistemi**”ni istiyoruz.

Siyasetin yargıyı şekillendirmeyi bıraktığı, yargının da keyfi kararlarla siyasete müdahale etmeye kalkışmadığı bir düzen istiyoruz.

Kısacası, **kuvvetler ayrılığı** istiyoruz.

Tarafsız ve bağımsız, adil yargılama yapabilen, hesap vermeye açık bir yargı talep ediyoruz.

Vatandaşın, “**etkili çevrelerde tanındığı olan iş takipçisi**” aramadığı, haklı ise hakkını alacağına inandığı, **avukatın yargının kurucu unsuru olduğunu** herkesin içine sindirdiği, adalet dağıtan güvenilir bir sistem istiyoruz.

78 milyon vatandaşımızı kucaklaştırmamanın tek yolunun, **adalet paydasında buluşturmak** olduğunu biliyoruz.

Kimsenin tarafı değiliz. Sadece, **hukukun üstünlüğünden yana tarafız.**

Yargı içinde ayrı yapılanmaların oluşmamasının ve varsa temizlenmesinin yolu, Anayasa'ya aykırı olacağını herkesin bildiği bir kanuni düzenleme değildir.

**BUNUN YOLU, ÖNCELİKLE HAKİMLER VE SAVCILAR
YÜKSEK KURULU'NUN YAPISINI UZLAŞMA İLE
DEĞİŞTİRMEKTİR.**

Elbirliğiyle, **liyakat ilkesini** hayata geçirmeliyiz. Hakimlerin, **bağımsızlığını** ve **tarafsızlığını** güvence altına almalıyız. **Adil yargılama yapabilen** ve **hesap verebilen** bir yargıyı oluşturmalıyız.

“Ben yaptım oldu” diyerek olmaz. Deneme-yanılmayla, yap-boz kanunla olan,

sadece bu ülkeye olur, bize olur, hepimize olur.

Bugüne kadar yaptığımız her uyarı maalesef doğru çıkmıştır.

Sonradan **“kandırıldım, aldatıldım, yanıldım”** demek, yıkılmış olanı geri getirmemektedir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi’ni ve siyasi iktidarı, hukuka uygun davranmaya, sağduyulu olmaya ve görüşülmekte olan kanun tasarısını geri çekmeye davet ediyoruz.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANLIĞI

AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİNİN İNSAN HAKLARI VE TERÖRLE MÜCADELE HAKKINDAKİ İLKELERİ VE TÜRKİYE’NİN TERÖRLE MÜCADELE MEVZUATI

TURKISH LEGISLATION REGARDING FIGHT AGAINST TERRORISM
IN THE CONTEXT OF PRINCIPLES ON HUMAN RIGHTS
AND FIGHT AGAINST TERRORISM DETERMINED BY THE
COMMITTEE OF MINISTERS OF THE COUNCIL OF EUROPE

Mehmet ALKAN*

Özet: Cebir ve şiddet kullanarak toplumu yıldırmayı ve sindirmeyi, bunun sonunda da çeşitli taleplerini kabul ettirmeyi ve gerçekleştirmeyi amaçlayan terörizmin günümüzde ulusal ve uluslararası alanda en önemli sorunlardan biri olduğuna şüphe yoktur. ABD ve Avrupa ülkeleri, 11 Eylül 2001 tarihinde Dünya Ticaret Merkezine yapılan saldırılardan sonra terör tehdidi ile daha yakından ilgilenmeye başlamış, başta Birleşmiş Milletler olmak üzere terörle mücadele için uluslararası kurallar oluşturma çabaları yoğunlaşmıştır.

Terör ve terörizmle mücadele önemli olmakla birlikte, devletlerin faaliyetlerinde dikkate alması gereken diğer bir husus daha vardır ki, o da bireylerin sırf insan olmasından kaynaklanan haklarını ifade etmek için kullanılan insan hakları kavramıdır.

Bu nedenle, temel görevleri arasında vatandaşlarını terör eylemlerine karşı korumak görevi olan devletler, terörle mücadelenin farklı önlemler gerektirmesi nedeniyle, terör eylemlerine karşı sıkı önlemler almak ile insan haklarını koruma gereği arasında ikilem içinde kalmaktadırlar. Türkiye’nin de kurucuları arasında yer aldığı Avrupa Konseyi, 2002 yılında, insan hakları ve terörle mücadelede üye ülkelere yol gösterecek on yedi ilke tespit etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları doğrultusunda oluşturulan ve Türkiye’nin de kabul ettiği bu ilkelerden yedisi (terörle mücadele tedbirlerinin hukuka uygunluğu, insan haklarını askıya almanın mümkün olduğu haller, mutlak işkence yasağı, kişisel verilerin devlet tarafından toplanması ve işlenmesinin hukuka uygunluğu, terör suçu şüphelilerinin yakalanma, gözaltına alınma ve tutuklama şartları) dikkate alınarak yapılan inceleme sonucunda, Türkiye’nin terörle mücadele mevzuatının -uygulamada bazı aksaklıklar olmakla birlikte- yeterli olduğu sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Terör, İnsan Hakları, Tutuklama, Sınırlama, Orantı, Anayasa, Terörle Mücadele Kanunu (TMK), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)

* J.Okll.K.lığı Hukuk Dersleri Öğretmeni, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, yedincimehmett@hotmail.com

Abstract: There is no doubt that terrorism, which aims to intimidate and terrorize people and thereby make them to accept its demands by using coercion and violence, is the most important contemporary national and international problem. The USA and European countries began to pay close attention to terrorism after 9/11 Terrorist Attacks and international actors, particularly the United Nations have intensified efforts to set international standards for combating terrorism.

Another aspect to which states also have to pay attention in their acts on fighting against terrorism is respect for human rights of individuals which are inherent in merely being human.

For this reason, states, which have a basic function of protecting their people against acts of terrorism, face dilemma between taking rigorous counter-terrorism measures and upholding human rights.

In year 2002, Council of Europe, of which Turkey is a founding member, issued seventeen principles to guide member states in the area of human rights and fight against terrorism. As a result of the analysis of seven of these principles (namely, Lawfulness of anti-terrorist measures, Conditions for Suspension of Human Rights, Absolute prohibition of torture, Collection and processing of personal data by any competent authority in the field of State security, Conditions for arrest, custody and detention of terrorism suspects), which were determined in consideration of the judgments of the European Court of Human Rights and also accepted by Turkey, it is concluded that Turkish Law on Fight Against Terrorism is satisfactory, despite some shortcomings in practice.

Keywords: Terrorism, Human Rights, Arrest, Restriction, Proportion, Constitution, Law on Fight Against Terrorism, European Court of Human Rights

GİRİŞ

Günümüzde uluslararası toplumun en büyük meselesinin güvenlik olduğuna, bu endişesinin kaynağının ise terörizm olduğuna şüphe yoktur. 21'inci yüzyıla kadar genelde Ortadoğu, Orta Amerika ve Güneydoğu Asya'nın sorunu olarak görülen terörizm, 2001 yılında New York'taki Dünya Ticaret Merkezine yapılan saldırılardan sonra süper güç ABD ve dünya kamuoyunda etkili devletlerin çabalarıyla Birleşmiş Milletler (BM), NATO ve Avrupa Birliği (AB) gibi uluslararası kuruluşların gündeminde önemli yer almış olup, küresel bir güvenlik sorunu olarak gündemdeki yerini korumaktadır. Nitekim 11 Eylül 2001 saldırılarından sonra BM Güvenlik Konseyi'nin hemen ertesi gün ABD'nin Afganistan'a müdahalesine dayanak oluşturan 1368 sayılı; 28 Eylül 2001 tarihinde ise 1373 sayılı kararları alması, bu konudaki ulus-

lararası hassasiyeti ortaya koymaktadır.¹ Zaman zaman düşük yoğunluklu savaş olarak da nitelendirilen doğu ve güneydoğudaki terörizmin özellikle 1984'den bu yana bir numaralı gündem maddesi olduğu Türkiye için de terör ve terörle mücadele büyük önem taşımaktadır. Araştırmalara göre 1984-2012 yılları arasında terörle mücadele kapsamında 7.918 kamu görevlisi şehit olmuş, 5.557 sivil kayıp verilmiş, 22.101 terörist ölü ele geçirilmiş; mücadele için yaklaşık 75 milyar dolar harcanmıştır.²

Etimolojik açıdan, Latince korkutmak, dehşete düşürmek anlamına gelen "terrere" kelimesinden gelen terör kavramının, herkes tarafından kabul edilen ortak bir tanımı bulunmamakla birlikte, birçok tanımı mevcuttur. Bu kapsamda terör, örneğin, "ister devlet, ister birey ya da birey grupları tarafından gerçekleştirilsin, çeşitli siyasi hedeflere ulaşmak amacıyla, kural dışı şiddet kullanımı ya da şiddet kullanma tehdidi" olarak tanımlanabilir.³ Ortak bir tanımda buluşulamaması nedeniyle, kimine göre terörist olan, başkasına göre özgürlükçü/ayrılıkçı güç olarak kabul görebilmekte, "senin teröristin iyi, benim teröristim kötü" gibi bir sonucu doğuran bu anlayış, uluslararası arenada terörizmle mücadeleyi oldukça zorlaştırmaktadır. Bu eksikliği gidermek için çeşitli yöntemler geliştirilmiş olup, bunlardan biri de terör örgütleri listesi hazırlamaktır. PKK terör örgütünün ABD tarafından ancak 1997'de, AB tarafından ise 2002'de terör örgütleri listesine eklenbilmesi bile, mücadelenin ve çözümün zorluğunu ortaya koymaktadır. Türkiye'de terör kavramının tanımı, bölücü terör eylemlerinin başlamasından yedi yıl sonra, 1991 yılında yürürlüğe konulan ve günümüze kadar birçok değişikliğe uğrayan 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) 1'nci maddesinde yapılmıştır.

Buna göre terör: *"Cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek,*

¹ Ülkü Halatçı, "11 Eylül Terörist Saldırıları ve Afganistan Operasyonu'nun Bir Değerlendirmesi" *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi* Cilt 2, No:7, 2006, s.87.

² İnsan Hakları ve Terörle Mücadele, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Yayınları:1, 1. Basım Şubat 2011 (Müsteşarlık). Kitapçık için bakınız: <http://www.kdgm.gov.tr/snetix/solutions/kdgm/resources/uploads/turkce.pdf>

³ İnanç İşten, AİHM Kararları Işığında Terörle Mücadelede İnsan Haklarının Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010, s.62.

Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir" şeklinde tanımlanmıştır.

Belirtilen ve kabul gören diğer tanımlar dikkate alındığında, terör suçunun başlıca üç unsurunun olduğu görülmektedir. Bunlardan birincisi, cebir ve şiddetin araç olarak kullanılması, ikincisi, mevcut düzeni değiştirmek veya yok etmek amacının taşınması, üçüncüsü ise, bu eylemlerin bir örgütün faaliyetleri kapsamında gerçekleştirilmesidir.

Konuya geçmeden önce Avrupa Konseyi hakkında kısa bilgi sunulması faydalı olacaktır.

1. AVRUPA KONSEYİ

Avrupa Konseyi (AK), insan hakları, hukukun üstünlüğü ve çoğulcu demokrasi ilkelerini korumak ve güçlendirmek; azınlıklar, ırkçılık, hoşgörüsüzlük ve yabancı düşmanlığı, sosyal dışlanma, uyuşturucu madde ve çevre konularındaki sorunlara çözüm aramak; Avrupa kültürel benliğinin oluşmasına ve gelişmesine katkıda bulunmak amacıyla, Türkiye'nin de katılımıyla Ağustos 1947'de Londra'da kurulan, saygın, etkin ve önemli bir uluslararası örgüttür. AK, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve birey haklarının korunmasına ilişkin diğer ana metinler kapsamında, ortak demokratik ve hukukî ilkeler oluşturma ve denetleme amacını taşımaktadır. Kararları Türkiye'de kamuoyunca yakından takip edilen ve iç mevzuatımıza yön veren **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de bir AK kuruluşudur.**

AK'nın çift organlı bir yapısı vardır. Bunlar, hükümetleri temsilen dışişleri bakanlarından oluşan **AK Bakanlar Komitesi** ile Konseyin tartışma organı ve itici kuvveti olan **Parlamenteler Meclisidir**. Bakanlar Komitesi AK'nın takip edeceği politikalara karar verir, faaliyet programını ve bütçesini onaylar. Türkiye, AK'nın ırkçılık ve ayrımcılık, işkence, yolsuzluk, kara para aklama, kadına karşı şiddeti önleme ve daha birçok farklı alanı kapsayan, AİHM dışındaki denetim meka-

nizmalarıyla yakın işbirliği yapmaktadır. Türkiye, hâlihazırda, 203 AK sözleşmesinden, yaklaşık yarısına taraftır.⁴

AK Bakanlar Komitesi, 11 Eylül 2001 tarihindeki terör saldırılarından hareketle, 11 Temmuz 2002 tarihinde yapılan 804. Bakan Delegation toplantısında **terörle mücadelede insan haklarına saygıyı esas alan on yedi ilkeyi kabul etmiştir**. Devletlerin terörle mücadelelerinde hiçbir koşulda aşamayacakları sınırları ortaya koyan bu ilkeler uzun zamandır terörle mücadele eden, AK'nın önemli bir üyesi olan ve her alanda Avrupa standartlarını yakalamaya çalışan AB adayı Türkiye'yi çok yakından ilgilendirmektedir. Türkiye'nin, AK'nın bir kuruluşu olan AİHM'nin yargı yetkisini 1990 yılında kabul ettiği, 2004 yılında ise başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) olmak üzere temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeleri iç hukukunun üstünde saydığı göz önüne alındığında, terörle mücadele mevzuatının da söz konusu ilkelerle uyumlu olmasının gerekliliği ve önemi daha iyi anlaşılacaktır.

Bu ilkeler, Devletlerin herkesi terörizme karşı koruma yükümlülüğü; terörizmle mücadelede keyfi uygulamaların yasaklanması; terörle mücadele tedbirlerinin hukuka uygun olması; uluslararası hukukun emredici normlarına ve uluslararası insancıl hukukun normlarına saygılı olunması; insan haklarının askıya alınmasının mümkün olduğu haller; her hal ve şartta işkencenin yasak olması; devlet güvenliği alanında, yetkili makamlar tarafından kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi usulü; özel hayata müdahale tedbirleri; yakalama ve gözaltına alma kuralları; tutuklama işleminin uygulanması; soruşturma aşamasında tutuklamanın düzenli yargısal denetime tabi olması; kovuşturma aşamasında uyulacak kurallar; terör suçlarına bazı cezaların verilememesi; mülkiyet hakkına dokunma şartları; iltica, geri gönderme, sınır dışı etme kuralları; suçluların geri verilmesi usulü ve terör eylemi mağdurlarının zararlarının karşılanması konularını kapsamaktadır. Söz konusu ilkeler ve bu ilkelere ilişkin açıklamalar, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı tarafından bir kitapçık olarak yayımlanmıştır.

Bu çalışmada, Türkiye'nin terörle mücadele ile ilgili mevzuatının bu ilkeler karşısındaki durumu değerlendirilmiştir. Ancak çalışmanın

⁴ http://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi_tr.mfa. E.t.:29.05.2016

amacı ve kapsamı dikkate alındığında, tümü yerine, **bu ilkelerden özellikle önemli görülen yedi adedi beş başlık altında müsteşarlık yayınındaki orijinal isimleri ve tanımları verilerek incelenmiştir.**

2. AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ'NİN İNSAN HAKLARI VE TERÖRLE MÜCADELE HAKKINDAKİ İLKELERİ VE TÜRKİYE MEVZUATI

a. **Terörle Mücadele Tedbirlerinin Hukuka Uygunluğu:** *Devletlerin terörle mücadele amacıyla aldıkları tüm tedbirlerin hukuki bir dayanağı olmalıdır. Bir tedbir insan haklarını sınırladığı takdirde, sınırlamalar mümkün olduğunca kesin bir şekilde tanımlanmalı, gerekli ve güdülen amaçla orantılı olmalıdır.*

Türkiye mevzuatında terörle mücadeleyi amaçlayan tedbirlere asıl olarak 3713 sayılı TMK'da yer verilmekle birlikte 5237 sayılı TCK, 5271 sayılı CMK, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİK), 6415 sayılı Terörün Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun (TFÖHK) başta olmak üzere birçok kanunda terörle mücadeleyi amaçlayan düzenlemelere yer verilmiştir.

- TMK'nın 3'üncü maddesinde, TCK'nın 302, 307, 309, 310/1, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320'nci maddelerinde yazılı suçlar **terör suçları**;
- 4'üncü maddesinde ise TCK'nın 79, 80, 81, 82, 84, 86, 87, 96, 106, 107, 108, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 142, 148, 149, 151, 152, 170, 172, 173, 174, 185, 188, 199, 200, 202, 204, 210, 213, 214, 215, 223, 224, 243, 244, 265, 294, 300, 316, 317, 318 ve 319'uncu maddeleri ile 310'uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçların; 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan suçların; 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 110'uncu maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçlarının; 4926 (Yeni 5607) sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçların; Anayasa'nın 120'nci maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde, olağanüstü halin ilanına neden olan olaylara ilişkin suçların; 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68'inci maddesinde **tanımlanan suçların terör tanımı**nda belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere ku-

rulmuş bir terör örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda bu suçlar terör amaçlı suç olarak sayılmıştır. Görüldüğü gibi on suç doğrudan terör suçu sayılırken en az elli altı suç terör amacı ile işlenen dolaylı terör suçu olarak kabul edilmiştir. Başka bir deyişle terör eylemlerinin neler olduğu kanunlarla düzenlenmiştir.

TMK'da terör ve terör amaçlı suçlardaki ağırlaştırıcı hükümlere göre;

- Terör suçlarında hapis cezaları veya adli para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunacak, bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabilecek ancak müebbet hapis cezası yerine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır. Suçun, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla ilgili maddesinde cezasının artırılması öngörülmüşse; sadece bu madde hükmüne göre cezada artırım yapılacak ancak yapılacak artırım, cezanın üçte ikisinden az olamayacak (Madde 5),
- Terör suçlarının basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan yayın sorumluları hakkında da bin günden on bin güne kadar adli para cezasına hükmolunabilecek (Madde 6),
- Devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar ile devlet sırlarına karşı ve casusluk suçlarında olduğu gibi terör suçlarında da CMK'da öngörülen tutuklama sürelerinin iki kat olarak uygulanabileceğine ve terör suçları dolayısıyla açılan davaların Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayabilecek şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülmesine ilişkin hükümler 2014 yılında 6526 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılmıştır (Mülga Madde 10),
- Terör suçları nedeniyle kurulan mahkûmiyet hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararı verilme, seçenek yaptırımlara çevirme ve erteleme yasağı uygulanmaktayken kamuoyunda üçüncü yargı paketi olarak bilinen 02.07.2012 tarihli

ve 6352 sayılı “Yargı hizmetlerinin etkinleştirilmesi amacıyla bazı kanunlarda değişiklik yapılması ve basın yayın yoluyla işlenen suçlara ilişkin dava ve cezaların ertelenmesi hakkında kanun” ile bu sınırlamalar, terör suçlarından dolayı iki yılın altında hapis cezası alan kişilerin hürriyetlerinden mahrum olmaları ve terörist damgası yemeleri nedeniyle bu kişilerin terör örgütleriyle olan bağlantıların artmasından kaynaklanan olumsuzlukların giderilmesi gerekçesiyle 2012 yılında kaldırılmıştır (Mülga Madde 13).

Bu noktada TMK’ya 1996 yılında 4178 sayılı kanunla eklenen “*Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkilidirler.*” şeklindeki **Ek madde-2 ile ilgili gelişmeleri incelemekte fayda vardır.** Bu madde Anayasa Mahkemesi tarafından 06.01.1999 tarih ve 1999/1 K. sayılı kararı ile; teslim ol emrine itaat edilmemesi ve silah kullanmaya teşebbüs edilmesi durumunda, kademeli olarak etkisiz kılma yöntemleri belirtilmeden, kolluk kuvvetlerine son çare olarak başvurulması gereken ateşli silah kullanma yetkisinin verilmesini, devletin yaşama hakkını korumak için her türlü önlemi almak yükümlülüğünde olduğu, yasa ile ancak zorunlu durumlarda silah kullanma yetkisi verilebileceği, silah kullanmaya yetki verilebilmesi için yetkililerin silah kullanma dışında başka olanaklarının bulunmaması gerektiği, faillerin kullanmaya teşebbüs ettikleri silahın ateşli silah olup olmadığına bakılmaksızın ve başka türlü etkisiz hale getirilmeleri olanağı gözetilmeksizin küçük bir müdahale ile önlenebilecek olaylarda dahi görevlilere ateşli silahlar kullanma yetkisi verildiği, kimi olaylarda faillerin, can güvenliğini daha az tehlikeye sokan yöntemlerle de etkisiz hale getirilmelerinin olanaklı olabileceği, olayların özelliğine göre, bu yöntemlere başvurulmaksızın doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı “ateşli silâh” kullanılmasının yaşama hakkının zedelenmesi sonucunu doğuracağı gerekçeleriyle Anayasa’nın 17’nci maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Bu iptal kararından sonra söz konusu madde 2006 yılında 5532 sayılı kanunla “*Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılabilen ölçü*

ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler” şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi yeni düzenlemedeki farklı nokta hedefin değil tehlikenin etkisiz kılınmasının esas alınması ve silah kullanmanın tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda olmasının gerekliliğidir.

Ancak kaynağını Anayasa’nın 17/3 maddesinden alan 1402 sayılı Kanun’un 4/3 ve 2935 sayılı OHAL Kanunu’nun 23/2 maddelerinde, *“... silah kullanma yetkisine sahip bulunan güvenlik kuvvetlerinin teslim ol emrine itaat edilmemesi veya silahla mukabeleye yeltenilmesi veya güvenlik kuvvetlerinin meşru müdafaa durumuna düşmeleri halinde görevli güvenlik kuvvetleri mensupları doğrudan ve duraksamadan hedefe ateş edebilirler”* şeklindeki hükmün ölçüsüz ve sözleşmeye aykırı olduğuna şüphe yoktur. Bu hüküm, cümle sonundaki “edebilirler” fiili nedeniyle düzenlemenin kolluk görevlilerine emir niteliğinde olmayıp sadece seçenek sunduğu, yetkinin olağanüstü durumlarda kullanılacak olduğu, **hiçbir kural tanımayan kötü niyetli kişiler için konulan kuralların kolluk güçlerini engelleyecek şekilde uygulanmasının doğru olmayacağı** gerekçeleriyle savunulsa da⁵ Anayasa Mahkemesi’nin benzer hükümleri ihtiva eden TMK’nın Ek madde-2’si ile ilgili kararında belirttiği gerekçeler bu düzenleme için de geçerlidir.

Netice olarak; Kanun koyucunun toplum için daha tehlikeli görüldüğü bazı suçlar için önceden belirlenen şartlarda cezaların artırılmasını düzenlemesinin eşitlik ilkesine aykırı olmadığı gibi demokratik toplumların hukuk sistemlerinin tanıdığı ve demokratik toplum düzeni gereklerine uygun bir usul olduğuna şüphe yoktur.⁶ Kanuni dayanağa oturtulan bu tür düzenlemelerden Anayasa ve uluslararası sözleşmelere aykırı olanlar Anayasa Mahkemesi denetimine sunulmuş ve bazıları yukarıda belirtildiği üzere iptal edilmiştir. *Komitenin, devletlerin terörle mücadele amacıyla aldıkları tüm tedbirlerin hukuki bir dayanağının olması, sınırlamaların gerekli ve güdülen amaçla orantılı olmasına ilişkin ilke kararı ile ilgili olağan döneme ait ulusal düzenlemeler yeterlidir.* Ancak, AİHS olağan-olağanüstü dönem ayrımı yapmamasına rağmen 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal

⁵ İsmail Malkoç, Zabıta (Kolluk)’nın Silah Kullanma Biçim ve Koşulları ile TCK’nın İlgili Hükümleri, *Ankara Barosu Dergisi*, 1983 S.5-6, s.7.

⁶ Haluk Çolak, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Terörle Mücadele Kanunu Üzerine Bir İnceleme” *TBB Dergisi*, S.1999/3, s.755.

Kanun'larında yaşam hakkına doğrudan müdahale edilmesine ilişkin hükümlerin gerekliliği ve uygunluğu tartışmalıdır.

b. Askıya Almanın Mümkün Olduğu Haller ve Mutlak İşkence Yasağı: *Terörle mücadelenin bir ulusun yaşamını tehdit eden bir savaş halinde veya olağanüstü hallerde meydana gelmesi durumunda, bir devlet, tamamen bu durumun gerektirdiği ölçüde ve aynı zamanda uluslararası hukuka göre belirlenen sınırlar ve koşullar dâhilinde, insan haklarının korunmasına yönelik uluslararası belgelerden kaynaklanan belirli yükümlülüklerinin geçici olarak askıya alınması doğrultusunda tedbirler alabilir.*

Ancak devletler, hiçbir zaman ve terör eylemlerinden şüpheli veya hükümlü kişinin eylemi ne olursa olsun, uluslararası belgeler tarafından teminat altına alınmış olan yaşam hakkı, işkencenin ya da insanlık dışı ya da küçültücü muamele ya da cezanın yasaklanması, ceza ve tedbirlerin kanuniliği ilkesini ve ceza kanunun geçmişe yürütülmesi yasağını askıya alamazlar.

AIHS'nin "Olağanüstü durumda yükümlülük azaltma" başlıklı 15'inci maddesine göre; Devletlerin savaş zamanında veya ulusun yaşamını tehdit eden başka bir olağanüstü durumda, uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırı olmamak koşuluyla, durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde, Sözleşmeyle üstlendiği yükümlülüklerini, bazı istisnalar hariç, azaltan tedbirler alabilir. Komite, olağanüstü dönemlerde devletlerin alabileceği olağanüstü tedbirlerin sınırsız olmadığını, alınabilecek önlemlerin istisnaları sayarak ortaya koymuştur. Buna göre devletler, hiçbir zaman ve hiçbir şartta uluslararası belgeler tarafından teminat altına alınmış olan **yaşam hakkının korunması, işkencenin ya da insanlık dışı ya da küçültücü muamele ya da cezanın yasaklanması, ceza ve tedbirlerin kanuniliği ilkesini ve ceza kanunun geçmişe yürütülmesi** yasağını askıya alamayacaklardır. Yükümlülüklerini azaltma yetkisi kullanan devlet, aldığı önlemleri, bunların sebeplerini, bu önlemlerin ne zaman sona ereceğini ve Sözleşme hükümlerinin ne zaman yeniden tamamıyla uygulanacağı konusunda Avrupa Konseyini bilgilendirmekle yükümlüdür. AIHM'de birçok kararında terörle mücadele alınacak önlemlerin neler olacağı hususunda tek yetkili makamın ilgili devlet olduğunu ancak bu takdir yetkisinin sınırsız olmadığını, ulu-

sal düzenlememelerin Sözleşme çerçevesinde Mahkeme tarafından denetlenebileceğini belirtmiştir.⁷

Anayasa'nın 12'nci maddesinde; herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu belirtildikten sonra bu hakların nasıl sınırlanacağı veya durdurulacağı müteakip maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Kişileri bu koruyucu tedbirlerin akabinde bir denge aracı olarak, temel hak ve hürriyetlerden hiçbirinin devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamayacağı, Anayasa hükümlerinden hiçbirinin, devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamayacağını da hüküm altına almıştır.

Anayasa'nın 15'inci maddesinin birinci fıkrasında, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabileceği ve bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceği belirtilmişken maddenin ikinci fıkrasında olağanüstü durumlarda dahi kişinin **yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamayacağı, kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı, bunlardan dolayı suçlanamayacağı, suç ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceği ve suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağı** düzenlenmiştir.

⁷ 26.05.1993 tarihli Brannigan ve McBride Birleşik Krallık davası, Başvuru No.4553/89.

Sözleşmenin 15'inci maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme **işkence yasağının mutlaklığını ortaya koymaktadır**. Sözleşmenin en belirleyici uygulayıcısı ve yorumlayıcısı olan AİHM'de işkence yasağı ile ilgili verdiği kararda bu yasağın çiğnenmesine hiçbir koşulda hiç bir şeyin mazeret olmayacağını belirterek bu yasağın mutlaklığını uygulamalı olarak ortaya koymuştur. Mahkeme bir kararında "AİHM, devletlerin modern çağda, halkı terörün şiddetinden koruma konusunda karşılaştığı muazzam zorlukların bilincindedir. Ancak bu koşullar altında bile, AİHS, mağdurun davranışları ne olursa olsun, işkence ve insanlık dışı ya da küçültücü muamele ya da cezaları mutlak surette yasaklar" demiştir.⁸

İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1'inci maddesinde **işkence**; "bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla, bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetin herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevî ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızı olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez." şeklinde tanımlanmıştır.

İşkence ve kötü muamele konusunda iyi bir geçmişe sahip olmayan Türkiye, 21'inci yüzyıldan itibaren "**işkenceye sıfır tolerans**" parolasıyla hareket ederek işkenceye karşı sert ve ağır yaptırımlar içeren düzenlemeler yapmış, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi (AİÖK)'nin önemle üzerinde durduğu bu hususta uluslararası standartlara ulaşmak için bu güne kadar yoğun çaba göstermiş ve bu alanda önemli gelişmeler kaydetmiştir.⁹

⁸ 15.11.1996 tarihli Chahal-Birleşik Krallık davası, Başvuru No.22414/93.

⁹ 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı Kanun'un 15'inci maddesiyle Anayasa'nın 38'inci maddesine yapılan ekleme ile "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez." hükmü getirilmiştir; 2002 yılında Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi resmi olarak kurulmuştur; BM İşkenceye Karşı Sözleşme Ek İhtiyari Protokol Eylül 2005'te imzalanmış, 27 Eylül 2011 itibarıyla Protokol'e taraf olunmuştur; 4449 sayılı Kanunla mülga 765 sayılı TCK'nın 243'üncü maddesinde bir kimseye çeşitli sebeplerle işkence eden veya zalimane veya gayri insani veya haysiyet kırıcı muamelede bulunan kamu görevlilerine sekiz yıla kadar ağır hapis

Avrupa Konseyi çerçevesinde 1987 yılında kabul edilip 1989'da yürürlüğe giren “İşkencenin ve İnsanlıkdışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi İçin Avrupa Sözleşmesi” uyarınca oluşturulan, özgürlüklerinden yoksun bırakılmış insanların nasıl bir muameleyle tabi tutulduklarını değerlendirmek üzere gözetim yerlerine herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın ulaşma ve buralarda dolaşma hakkına sahip olan AiÖK bugüne kadar Türkiye’de sayısız denetleme ve incelemelerde bulunmuştur.¹⁰

İşkence konusu, bir ülkenin AB’ye adaylık statüsü kazanmasıyla aday ülkenin müktesebata uyum alanında kaydettiği ilerlemelerin veya bu alanda gözlemlediği eksikliklerin yıllık bazda değerlendirildiği AB İlerleme Raporlarının da sürekli ve önemli bir başlığını oluşturmaktadır. **2014 Türkiye ilerleme raporunda** “gözetim merkezlerinde işkence ve kötü muamele vakalarında azalma eğilimi görüldüğü, ancak, aşırı güç kullanma iddialarının endişe konusu olmaya devam ettiği, Askere alınan kişilere kötü muamele vakaları devam ettiği, kolluk kuvvetlerinin işkence ve kötü muamele iddiasında bulunan kişiler aleyhinde karşı dava açmaya devam ettiği, birçok durumda bu karşı davalara mahkemeler tarafından öncelik verildiği, kolluk görevlileri tarafından yapıldığı öne sürülen işkence iddialarının tamamına yönelik hızlı, kapsamlı, bağımsız ve etkin soruşturmaların yürütülmediği, işkence, kötü muamele veya ölümcül yaralamadan suçlu bulunan kolluk görevlilerine, kısa süreli hapis cezaları verilmeye ya da cezalarının tecil edilmesine devam edildiği, bağımsız bir Kolluk Gözetim Komisyonunun kurulması gerektiği belirtilmiştir.¹¹

İşkence yasağı ile ilgili iç düzenlemelere bakıldığında, **Anayasa’nın 17/3 maddesinde** kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleyle tâbi tutulamayacağı; **TCK’nın 77’nci maddesinde** işkence suçunun siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle bir topluluğa karşı işlenmesi durumunda zamanaşımı işlemeyen insanlığa karşı evrensel (uluslararası) suçlar

cezası öngörülmüşken 5237 sayılı TCK’nın 94 ve 95’inci maddelerinde düzenleme daha da geliştirilmiş ve cezalar ağırlaştırılmıştır.

¹⁰ AiÖK hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: <http://www.cpt.coe.int/turkish.htm> E.t.:10.05.2016

¹¹ 1998-2015 Yılları AB Türkiye İlerleme Raporları için bkz.:<http://www.ab.gov.tr/index.php?p=46224> E.t.:30.05.2016

arasında sayıldığı; **TCK'nın 94'üncü maddesinde** bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan, bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar olarak tanımlanan işkence suçunun 2013 yılında yapılan değişikliklerle tamamen zamanaşımı işlemeyen suçlar arasına alındığı görülmektedir. Bu değişikliğe ilişkin 6459 sayılı Kanun'un madde gerekçesinde; AİHM'nin işkence veya kötü muamele iddiası ile kamu görevlileri hakkında yargı mercileri tarafından yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda davanın zamanaşımı nedeniyle düşmesini ve ceza zamanaşımı ile eylemin cezasız kalmasını ihlal sebebi olarak kabul etmesinin etkili olduğu belirtilmiştir. Kanun koyucu bununla da yetinmeyerek konuya verdiği önemi göstermek için suçun işlendiği yere, failin ve mağdurun vatandaşlığına bakılmaksızın kovuşturulması anlamında gelen evrensellik ilkesinden hareketle TCK'nın 13'üncü maddesinde birçok suçla birlikte işkence suçunun vatandaş veya yabancı tarafından yabancı ülkede işlenmesi hâlinde dahi Türk kanunlarının uygulanacağını vazetmiştir.¹²

Netice olarak; AİHS terörle mücadelede amacıyla da olsa bazı temel hakların hiçbir zaman sınırlandırmayacağını ve durdurulmayacağını belirtmektedir. Komitenin, her koşulda, özellikle de bir kişinin terör eylemlerinden dolayı şüpheli veya hükümlü olduğu durumlarda, bu eylemin niteliğinden bağımsız olarak, yakalanması, sorgulanması ve tutuklanması esnasında işkence, insanlık dışı veya küçültücü muamele ya da cezalara başvurulmasını yasaklayan mutlak işkence yasağına ilişkin ilke kararı ile ilgili olarak Türkiye mevzuatında bir eksiklik bulunmamaktadır.

c. Devlet Güvenliği Alanında, Yetkili Makamlar Tarafından Kişisel Verilerin Toplanması ve İşlenmesi: *Terörle mücadele çerçevesinde, devlet güvenliği alanında yetkili makamlar tarafından kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi, ancak şu şartlarda özel hayata saygı ilkesine müdahale edilmesini gerektirebilir: İç hukukta uygun hükümler ile düzenlenmişse; Veri toplama ve işlemenin amacıyla orantılı ise; Bağımsız bir dış makamın denetimine tâbi ise.*

Komite ilke olarak, kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi ile il-

¹² Faruk Turhan, "Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (Md.13)" *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.4, Ağustos 2005, s.205.

gili olarak, veri toplama ve işlemenin kanunlarda düzenlenmiş olmasını, bu düzenlemelerde; verilerin alınma şartlarının neler olduğunun, hangi verilerin alınabileceğinin, verilerin saklanma şartlarının neler olduğunun, verilerin alınma ve saklanma usulünün ne olduğunun belirtilmiş olmasını, veri toplama ve işlemenin amaçla orantılı olmasını ve bu işlemlerin bir dış denetim mekanizmasının denetimine tabi olması gerektiğini kabul etmiştir.

2010 yılında yapılan referandumla Anayasa'nın 20'nci maddesine eklenen hükme göre "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

"Belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler" olarak tanımlanan kişisel veriler sadece bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgiler değil, aynı zamanda kişinin akli, psikolojik, fiziki, kültürel, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgileri de içermektedir.¹³ Anayasa değişikliği ile bu hususun bir kanunla düzenleneceği belirtilmesine ve değişikliğin üzerinden yaklaşık beş yıl geçmesine rağmen Türkiye'de bu konuda henüz özel bir kanun bulunmamakta olup, 2008 yılında meclise sevk edilen **"Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı"** ise kadük olmuş, kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasların belirlenmesi ve Kişisel Verileri Koruma Kurumunun oluşturulmasını amaçlayan tasarı 18.01.2016 tarihinde tekrar TBMM'ye sunulmuş, 24.03.2016 tarihinde 6698 sayılı Kanun olarak yasalaşmasını müteakip 07 Nisan 2016 tarih ve 29677 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.¹⁴

¹³ Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulma Sürecinde Bireylerin Korunmasına İlişkin 108 Sayılı Sözleşme madde 2/a; Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı madde 3/ç; Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik madde 3/h.

¹⁴ Kadük olma: Anayasa Hukukunda bir yasama döneminde sonuçlandırılmamış

Avrupa Konseyi 1981 yılında “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulma Sürecinde Bireylerin Korunmasına İlişkin 108 sayılı Sözleşme”yi kabul etmiştir. Türkiye, Sözleşme’yi aynı yıl imzalamış olup, sözleşmeye göre en geç sözleşmenin taraf devlet açısından yürürlüğe girdiği tarihte iç hukukta gerekli önlemlerin alınması gerekmektedir. Ancak Türkiye’de kişisel verilerin korunmasına ilişkin yasa henüz yürürlüğe girmediğinden Sözleşme’nin onaylanması mümkün olmamış, sürecin uzaması üzerine Sözleşme onayı ile iç hukuk gereklerinin eş zamanlı yürütülmesi kapsamına “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı” 03.12.2015 tarihinde TBMM’ye sevk edilmiş, 30.01.2016 tarihinde kabul edilen 6669 sayılı Kanun 18.02.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹⁵

2559 sayılı PVSK ile ve 5271 sayılı CMK’da kişisel verilerden bazılarının alınması, saklanması ve imha edilmesine ilişkin hükümler yer almaktadır. 2559 sayılı Kanuna göre kolluk; **gönüllülerin, her çeşit silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport veya pasaport yerine geçen belge almak için başvuruda bulunanların, genel veya özel kolluk görevlisi ya da özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilenlerin, Türk vatandaşlığı için başvuruda bulunanların, sığınma talebinde bulunan veya gerekli görülmesi halinde, ülkeye giriş yapan sair yabancıların, gözaltına alınanların parmak izini, gönüllüler hariç diğer kişilerin aynı zamanda fotoğraflarını alır.** Parmak izleri, ait olduğu kişinin kimlik bilgileri ile birlikte, ne zaman ve kim tarafından alındığı belirtilmek suretiyle, bu amaca özgü sisteme kaydedilerek saklanır. Ancak, parmak izinin hangi sebeple alındığı sisteme kaydedilmez. **Bu sistemde yer alan bilgiler, kimlik tespiti, suçun önlenmesi veya yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturma kapsamında maddî gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla mahkeme, hâkim, Cumhuriyet savcısı ve kolluk tarafından kullanılabilir.** Kolluk birimleri, kimlik tespiti yapmak ya da olay yerinden alınan parmak izini karşılaştırmak amacıyla doğrudan bu sistemle bağlantı kurabilir. Sistemde kayıtlı bilgilerin hangi kamu görevlisi tarafından

olan kanun tasarısı ve tekliflerinin hükümsüz sayılarak düşmesini ifade eder. (TBMM İçtüzük, m.77).

¹⁵ Sözleşme metni için bkz.: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss28.pdf> E.t.:29.05.2016

ve ne amaçla kullanıldığının denetlenebilmesine imkân tanıyan bir güvenlik sistemi kurulur. Sistemde yer alan kayıtlar gizlidir; altıncı ve yedinci fıkralarda belirlenen amaçlar dışında kullanılamaz. Sisteme kayıtlı olan parmak izi ve fotoğraflar, kişinin ölümünden itibaren on yıl ve her halde kayıt tarihinden itibaren seksen yıl geçtikten sonra sistemden silinir. Parmak izi ile fotoğrafların sistemde kaydedilmesi ve saklanması ile bu kayıtlardan yararlanmaya ilişkin diğer esas ve usuller, İçişleri Bakanlığı tarafından Adalet Bakanlığı'nın görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Ancak aradan geçen uzun zamana rağmen söz konusu **Yönetmelik** çıkarılamamıştır.

CMK'nın 75'inci maddesinde şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması, 76'ncı maddesinde şüpheli ve sanık dışındaki kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, 78'inci maddesinde soy bağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması durumunda moleküler genetik inceleme, 81'inci maddesinde üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda gerekli olması halinde, Cumhuriyet savcısının emriyle şüpheli veya sanığın fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur. Bu son durumda kovuşturmayla yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde söz konusu kayıtlar Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilir. Bu işlemler savcı veya hâkim kararı ile yapılabilirken; 78'inci maddede düzenlenen ve gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılmasını ifade eden moleküler genetik inceleme ancak hâkim kararı ile yapılabilir. Bu kapsamda, şüpheli, sanık, mağdur ve diğer kişilerin beden muayenelerinin yapılması, tıbbî incelemelerde bulunmak üzere vücuttan, kan veya benzeri biyolojik örneklerle, saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınması, moleküler genetik incelemeler ile şüpheli ve sanığın kimliğinin teşhisi için gerekli fizikî özelliklerin tespitine ilişkin usul ve esasları "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İnceleme-

ler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik (Beden Muayenesi)” hükümleri ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yönetmeliğin amacı bir suça ilişkin iz, eser, emare ve delillerin elde edilmesi; ayrıca, maddî gerçeğin ortaya çıkartılması olarak belirlenmiş, yönetmelik doğrultusunda alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçlarının, kişisel veri niteliğinde olduğu, başka bir amaçla kullanılamayacağı, soruşturma dosyasına nüfuz etme yetkisine sahip olan kişiler tarafından bir başkasına verilemeyeceği hükme bağlamıştır.¹⁶

Yönetmelik kapsamında elde edilen kişisel verilerin imha edilme şekilleri her veri için özel olarak düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 14’üncü maddesine göre **moleküler genetik incelemeye yönelik kişisel veriler**, Kovuşturmaya Yer Olmadığı (KYO) kararının kesinleşmesi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda ve uygun göreceği usullerle yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir. Bilirkişi tarafından yapılan analizler sonucu elde edilen bulgular ilgili makama gönderilir; bulgular üzerinden moleküler genetik analizler için izole edilen DNA örnekleri bilirkişi tarafından rapor hazırlandıktan sonra imha edilir ve bu husus raporda açıkça belirtilir. Moleküler genetik incelemelerin özel kalıtsal karakterler hakkındaki açıklamayı içermediği bilinen kromozom bölgesi ile sınırlı kalmasına özen gösterilir.

Kişinin fotoğrafı, iris görüntüsü, beden ölçüleri, diş izi, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak eşkâl bilgileri, kulak, dudak gibi organların bıraktığı kimlik tespitine yarayabilecek vücut izleri ile sesi ve görüntüleri, parmak ve avuç içi izleri, fotoğrafı ve eşkâl bilgilerinden oluşan **fiziki kimliğin tespitine yönelik kişisel veriler de** KYO kararının kesinleşmesi, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet Savcısının huzurunda ve uygun göreceği usullerle derhâl yok edilecek ve bu husus tutanağa geçirilecektir. Yönetmeliğin 17’nci maddesine göre kişi hakkında **mahkûmiyet** kararı verilmesi durumunda fiziki kimliğe ilişkin veriler kolluk tarafından, diş izleri ise bu işlemi yapan sağlık kuruluşu tarafından arşivlenecektir.

¹⁶ <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.8202&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=ceza%20muh.E.t.:29.05.2016>

Yönetmeliğin 24'üncü maddesine göre moleküler genetik inceleme ve fiziki kimliğin tespitine yönelik işlemler dışındaki hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz mümkün kılınmıştır.

Netice olarak; Komite, devletin güvenliğine ilişkin alanda **kişisel verilerin toplanması ve işlenmesine** ilişkin ilke kararında alınan tedbir ve kısıtlamaların makul karşılanması için üç şart ortaya koymuştur. Bunlar, bu yetkilerin kullanılması ile ilgili sınırlamaların mevzuatta düzenlenmiş olması, kişisel verilerin toplanması işleminin amaçla orantılı olması ve bu işlemlerin bağımsız bir dış makamın denetimine tâbi olması şeklinde belirlemiştir. Belirtilen şartlar altında mevzuata bakıldığında konunun 2559 ve 5271 sayılı Kanunlar ile Beden Muayenesi Yönetmeliğinde düzenlenerek **birinci şartın karşılandığı**; bu düzenlemelerin amacının bir suça ilişkin iz, eser, emare ve delillerin elde edilmesi ve ceza yargılamasının nihai amacı olan şüpheden ari maddî gerçeğin ortaya çıkartılması amacıyla yönelik olarak **orantı şartını da sağladığı** ancak tasarıda kurulması öngörülen Kişisel Verileri Koruma Kurulu üye ve başkanının Bakanlar Kurulunca seçilmesinin öngörülmüş olmasının **kurulun bağımsızlığına** olumsuz etki yapacağı yanında Anayasa'da yer alan hükme rağmen bu konunun özel bir kanunla düzenlenmemiş olması eksiklik olarak ortaya çıkmaktadır.

d. Yakalama ve Gözaltı: *Terör eylemi şüphelisi bir kişi yalnızca hakkında makul bir şüphe varsa yakalanabilir. Kişiye yakalanma sebepleri bildirilmelidir. Terör eylemleri sebebiyle yakalanan veya alıkonulan kişi derhal hâkim önüne çıkartılmalıdır. Gözaltı makul bir süre olmalıdır ve süresi kanunla tespit edilmelidir. Terör eylemi sebebiyle yakalanan veya alıkonulan kişi, yakalanması ya da gözaltında tutulmasının hukuka uygunluğuna mahkeme önünde itiraz edebilmelidir.*

CMK'ya göre arama için makul şüphe gerekli olup, **makul şüphe kavramı** Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 6'ncı maddesinde; **"Hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe"** şeklinde tanımlanarak makul şüphenin; aramanın yapılacağı yer, zaman, arama yapılacak kişi veya onunla birlikte olanların davranışları, kolluk memurunun bulmayı umduğu eşyanın niteliği gibi ölçütlere başvurularak tespit edileceği hüküm altına alınmıştır.¹⁷

¹⁷ Madde 116: "Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda

AIHM içtihadına göre ise, şüphenin “makul” sayılabilmesi için, kişinin suç işlemiş olabileceği konusunda **tarafsız bir gözlemciyi inandırabilecek fiili kanıt ya da herhangi bir belgenin bulunması zorunludur.**¹⁸ Duygu, içgüdü, varsayım ya da önyargılara dayandırılan bir gerekçeyle kişi özgürlüğünün sınırlandırılması mümkün değildir. Bir kimsenin suç işlediğinden şüphe duymak için maddi bulgular yoksa kişi özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Bu çerçevede genel kabule göre önleyici nitelikli yakalama yapılabilmesi mümkün değildir. Bir kimse ancak belirli bir suç işleyeceğine dair somut bir şüphe varsa ve daha sonra hakkında cezai işlem yapmak amacıyla özgürlüğünden mahrum bırakılabilir.¹⁹

Makul şüphe kriteri iç hukukumuzda gözüktüğü için CMK 91/2’de **“Kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığı”**; tutuklama için CMK 100/1’de **“Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular”** şeklinde ifade edilmiştir. Yargıtay da birçok kararında somut verilerle desteklenmeyen sırf soyut şüphenin arama için yeterli olmayacağını belirtmiştir.²⁰

CMK’nın 90/4 maddesine göre; “Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, **yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir.**”

makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.” 21.02.2014 tarihinde “somut delillere dayalı kuvvetli şüphe” ibaresinin 02.12.2014 tarihinde “makul şüphe” olarak değiştirilmesi üzerine yapılan iptal istemi Anayasa Mahkemesi tarafından 23.12.2015 tarihinde reddedilmiştir.

¹⁸ “.. Makul şüphe kavramı ilgili kişinin suçu işlemiş olmasının mümkün bulunduğu hususunda tarafsız bir gözlemciyi ikna etmeye yetecek ölçüde yeterli bulgu ve bilgilerin bulunduğunu varsayar. Bununla birlikte, neyin “makul” addedilebileceği olaya ait koşulların tamamı değerlendirilerek yapılır. 30.08.1990 tarihli Fox, Campbell ve Hartley-Birleşik Krallık Kararı için bkz.:

[http://hudoc.echr.coe.int/tur#{"fulltext":\["fox","documentcollectionid2":\["Grandchamber","Chamber"\],"itemid":\["001-57721"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{) E.t.:29.05.2016; 19 Ekim 2000 tarihli Wloch – Polonya Kararı için bkz.: http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/cezayargilamasi.pdf E.t.:29.05.2016

¹⁹ Behiye Eker Kazancı, “AIHS ve AIHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması” *TBB Dergisi* 2012, S.98, s.82.

²⁰ “...Bu, kolluğun bir iddiasıdır ve bu iddia ile ilgili dosyaya hiçbir bilgi ve belge eklenmemiştir. Yani sanık hakkında olayın başında mücerret ikrarı destekleyen makul şüphe yoktur...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 29.11.2005 tarihli, Esas 2005/7-144, Karar 2005/150 sayılı kararı.

Yine aynı kanunun 97'nci maddesine göre; "Yakalama işlemi bir tutanağa bağlanır, bu tutanağa yakalananın hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda yakalandığı, yakalamayı kimlerin yaptığı, hangi kolluk mensubunca tespit edildiği, **haklarının tam olarak anlatıldığı** açıkça yazılır." Bu hakların nelerden ibaret olduğu ise 147'nci maddede sayılmıştır.

CMK'nın 91 ve 94'üncü maddelerine göre; yakalanan kişinin gözetli süresi, yakalama yerine **en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi** için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren **yirmi dört saati geçemez**. En az üç kişinin birlikte işlediği suçlarda bu süre Cumhuriyet Savcısı tarafından her seferinde bir gün olmak üzere toplamda 4 güne kadar uzatılabilir. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre on iki saatten fazla olamaz. Kişinin, yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılamaması durumunda aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılması gerekmektedir. Hal böyleyken kamuoyunda iç güvenlik paketi olarak bilinen 6638 sayılı Kanun'la değişikliğe gidilmiştir. Yeni düzenlemeye göre "suçüstü hâllerıyla sınırlı olmak kaydıyla; kanunda belirtilen suçlarda kişi hakkında mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmi dört saate kadar; şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda ise kırk sekiz saate kadar gözetli altına alınma kararı verilebilir... Bu şekilde gözetli altına alınan kişiler hakkında da gözetli altına ilişkin hükümler uygulanır."

İtiraz konusuna gelince; yakalama işlemine, gözetli altına alma ve gözetli süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet Savcısının yazılı emrine karşı, yakalanan kişi, müdafii veya kanunî temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımları, hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hâkimine başvurabilir. Sulh ceza hâkimi incelemeyi evrak üzerinde yaparak derhâl ve nihayet yirmi dört saat dolmadan başvuruyu sonuçlandırır.

3713 sayılı Kanun'un terör suçlarında gözetli süresinin 24 saat yerine 48 saat olarak uygulanmasını düzenleyen 10/ç maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Aynı kanunun, terör suçlarının toplu suçlarda (en az üç kişi) 15 gün içinde mahkemeye çıkarılmasını içeren 11'inci maddesi

ile 2935 sayılı OHAL Kanunu'nun Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin yetki alanına giren toplu suçlarda faillerin gözaltı süresinin 30 güne kadar uzatılmasına ilişkin 26'ncı maddesi 1992 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

Netice olarak; Komitenin terör eylemi şüphelisinin hakkında makul bir şüphe varsa yakalanabilmesi, kişiye yakalanma sebeplerinin bildirilmesi, kişinin derhal hâkim önüne çıkartılması, gözaltı süresinin kanunla tespit edilmiş makul bir süre olması, yakalama ve gözaltına itiraz edebilmesi ilke kararına ilişkin Türkiye mevzuatı ve uygulaması bu ilkenin gereklerini karşılayacak durumda olmakla birlikte adli bir yetki olan gözaltı yetkisinin mülki makamlar aracılığıyla kolluk görevlilerine verilmesi hem soruşturmada çift başlılık oluşmasına hem de CMUK'a benzeyen haliyle geriye dönüş olduğundan eleştiriye açık bir husustur.

e. Tutuklama ve Soruşturma Aşamasında Tutuklamanın Düzenli Yargısal Denetimi: *Terör eylemi sebebiyle özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kişi, her koşulda insan onurunu gözetken bir muameleye tâbi tutulmalıdır. Terörle mücadelenin gereklilikleri, terör eylemi sebebiyle özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kişinin, izlenen amaç ile orantılı olmak şartıyla, diğer mahkûmlara uygulanan- dan daha fazla kısıtlamaya tâbi tutulmasını gerektirebilir, özellikle:*

Avukat ve müvekkili arasındaki görüşme de dahil olmak üzere, haberleşme ve iletişimin denetlenmesi ile ilgili özel düzenlemeler yapmak; Terör eylemi sebebiyle özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişileri özel güvenli bölümlere yerleştirmek; Bu tür kişilerin bir cezaevi içinde ayrı bir bölüme veya başka bir cezaevine yerleştirilmesi.

Terör eylemine karıştığından şüphelenilen ve yargılama öncesi tutuklanmış olan bir kişi, tutukluluk halinin hukuka uygunluğunun düzenli aralıklarla yargı denetimine tâbi olması hakkına sahiptir.

Anayasa'ya göre bazı zorunlu durumlarda başvurulması gereken geçici bir tedbir olan tutuklamanın mevzuatta bir tanımı yapılmamakla beraber bir tanıma göre; delillerin ve delil süjelerinin muhafaza altına alınması ve böylece maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olmak için alınan tutucu ve önleyici bir koruma tedbiri olup,

şüphelinin veya sanığın özgürlüğünün hâkim kararıyla geçici olarak kaldırılmasıdır.²¹

Mevzuatımızda tutuklama nedenleri CMK'nın 100'üncü maddesinde kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması, şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması, delilleri yok etmesi, gizleme veya değiştirmesi, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı girişiminde bulunması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması yanında bazı suçların varlığına bağlanmıştır. Bu suçlar arasında TCK m.302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315'inci maddelerinde yer alan bir kısım terör suçları da yer almaktadır.

Terör veya başka bir suç şüphesi nedeniyle yakalanan veya gözaltına alınan kişilerin hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın insan onuruna yakışır muameleye tabi tutulması gerektiği işkence yasağı ilkesi izah edilirken yukarıda ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Terör eylemi sebebiyle özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kişinin terörle mücadelenin gereklilikleri nedeniyle diğer mahkûmlara uygulanandan daha fazla kısıtlamaya tâbi tutulduğu durumlar 5275 sayılı CGTİK'de aşağıda olduğu gibidir:

17'nci maddeye göre, kasten işlenen suçlarda üç yıl, taksirle işlenen suçlarda ise beş yıl veya daha az süreli hapis cezalarının infazı hükümlünün istemi üzerine Cumhuriyet Başsavcılığınca her seferinde bir yıl olmak üzere iki yıla kadar ertelenebilmektedir. **Ancak terör suçlarından mahkûm olanlar için cezanın infazının ertelenmesi mümkün değildir.**

59'uncu maddeye göre, TCK'nın 220 ve 302-316'nci maddelerindeki suçlardan (316'nci maddedeki suç terör amaçlı suçlardandır) mahkûm olan hükümlülerin avukatları ile olan ilişki ve görüşmelerinin; infaz kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürdüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık yapıldığına ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde Cumhuriyet Başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin avukatlarına verdiği veya avukatlarınca bu kişilere verilen belgeler infaz hâkimince

²¹ Mehmet Reşat Koparan, Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama, *TBB Dergisi*, 2006, S.65, s.154.

incelenebilir. İnfaz hâkimi belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir.

63'üncü maddeye göre, örgüt veya çıkar amaçlı örgüt suçluları ile terör suçlularının kanunda sayılan hâller dışında bir araya gelmelerine ve bağlantı kurmalarına izin verilmez.

68'inci maddeye göre, **terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöeltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgraflar hükümlüye verilmez, hükümlü tarafından yazılmış ise gönderilmez.**

Geçici 2'nci maddeye göre, ölüm cezaları, müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları ile ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen veya ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan terör suçluları, **koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanamaz. Bunlar hakkında, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası, hayatı boyunca devam eder.**

3713 sayılı TMK'nın 16'ncı maddesine göre, terör suçlarından mahkûm olanların cezaları, tek kişilik veya üç kişilik oda sistemine göre inşa edilen özel kurumlarda infaz edilir hükmü yer almaktayken bu hüküm 2006 yılında çıkarılan 5532 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılmıştır.

CMK'nın, tutukluluğun incelenmesi başlıklı 108'inci maddesine göre; tutuklu kişinin durumu soruşturma aşamasında şüphelinin veya Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine, şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle, **en fazla otuzar günlük sürelerle sulh ceza hâkimi tarafından;** kovuşturma aşamasında ise her oturumda, oturumlar arasında veya **en fazla otuz günlük sürelerle hâkim veya mahkeme tarafından** tutukluluğun devamına gerek olup olmadığı yönünden gözden geçirilir.

Yine CMK'nın 271'inci maddesine göre, istisnalar hariç olmak üzere, tutuklamaya yapılan da dahil olmak üzere itiraz hakkındaki kararlar duruşma yapılmaksızın verilir. Gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafii veya vekil dinlenir.

AİHS'e göre tutuklamanın hukukilik denetimi bir mahkeme tarafından yapılmalı, denetim makul aralıklarla ve kısa süre içinde yapıl-

malıdır. AİHM, Türkiye'nin iç düzenlemesinde tutuklamaya yapılan itiraz davasının genelde duruşmasız yürütülmesi, talep olsa dahi duruşma yapılmasının mahkemenin takdirine bırakılması yani gözden geçirilmenin tutuklu ve müdafî olmaksızın yapılmasının sözleşmenin 5'inci maddesinin ihlali olduğuna karar vermiştir.²² Bu eksikliği gidermek için 270'nci maddeye 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun'la eklenen hükümle, tutuklamaya itiraz edildiğinde Cumhuriyet Savcısından görüş alınması durumunda bu görüşün şüpheli, sanık veya müdafîye bildirilmesi sonrasında şüpheli, sanık veya müdafinin üç gün içinde görüşünü bildirmesine olanak tanınarak silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilmesi amaçlanmış, 108'inci maddede yapılan değişikliklerle de tutukluluğun devamına yapılan itirazlarda şüpheli veya müdafîi dinlenilmek suretiyle karar verilmesi hüküm altına alınmıştır.²³

Netice olarak; insan hürriyetini kısıtlayan ağır bir yaptırım türü olan tutuklamanın yerine getirilmesi ve denetlenmesi bakımından Türkiye'nin mevzuatı ve uygulaması Komitenin bu konuda koymuş olduğu ilkenin gereklerini karşılayacak durumdadır. Tutuklamaya itirazda görülen eksikliğin ise dördüncü yargı paketi ile giderilerek bu konuda tam uyum sağlandığı söylenebilir. Ancak mevzuat kadar uygulama da önemlidir, uygulanmayan iyi bir kanunun kimseye faydası yoktur. En kötü kanun iyi uygulayıcıların elinde olumlu, en iyi kanunun ise kötü uygulayıcıların elinde olumsuz sonuçlar verebildiği göz önüne alındığında tutuklama konusunda ülkemizde sıkıntılı bir uygulama olduğu görülmektedir. Nitekim 108'inci maddeye göre yapılan periyodik incelemelerde sanıkların kefaletten serbest bırakılma yerine

²² 05.01.2010 tarih ve 012215 sayılı Sevinç vd.-Türkiye kararı, Eker Kazancı, s.97.; Serkan Cengiz/Fahrettin Demirağ/Teoman Ergül/Jeremy McBride/Durmuş Tezcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, TBB Yayınları, Ankara, Kasım 2008, s.59; 05 Temmuz 2005 tarih ve 2072/023 sayılı Osvath-Macaristan, 04 Temmuz 2000 tarih ve 27915/95 sayılı Niedbala-Polonya, kararları için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int> E.t.:29.05.2016

²³ Değişiklik gerekçesi için bkz. 6459 sayılı Kanun "Madde 12- Soruşturma evresinde şüphelinin tutukluluk halinin devam edip etmeyeceği hususunun dosya üzerinden incelenmesi AİHM tarafından AİHS'e aykırı olarak değerlendirilmektedir. AİHM'e göre, AİHS'in 5'inci maddesinin dördüncü fıkrasının gereklilikleri çerçevesinde ilgili şahsın bizzat kendisi veya gerektiğinde müdafisi aracılığıyla dinlenme imkânının olması gerekmektedir. Yapılan düzenlemeyle, soruşturma aşamasında şüpheli veya müdafinin dinlenilmesi suretiyle inceleme yapılarak, silahların eşitliği ilkesinin gereği yerine getirilmiş olacaktır." <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss445.pdf> E.t.:29.05.2016

tutukluluk hallerinin devamına karar verilirken kararlarda tutukluluk halinin gerekliliğine ilişkin hukuki ve fiili gerekçelerin belirtilmesi yerine “atılı suçun niteliği”, “suçun doğası” veya “suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphenin varlığı” gibi belirsiz ve aşırı genel açıklamalara yer verilmesi ile Yargıtay kararına göre 10 yıla kadar sürebilen uzun tutukluluk sürelerinin Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin ihlali olduğuna karar verilmiştir.²⁴

SONUÇ

Aslında bir savaşlar ve kavgalar tarihi olan insanlık tarihinin son döneminde meydana gelen iki dünya savaşı, insan hakları konusunda önemli bir dönüm noktası olmuştur. Özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra tüm insanların ırk, din, dil ve cinsiyet ayrımı gözetmeksizin sırf insan olmalarından dolayı sahip oldukları haklar olarak tanımlanan insan hakları-temel hak ve hürriyet kavramları dünya gündemine oturmuş ve gelişmiştir. BM tarafından 1948 yılında kabul ve ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile bu bildirinin açıkladığı hakların evrensel ve etkin olarak tanınmalarını ve uygulanmalarını sağlamayı, bu bildiride yer alan bazı hakların ortak güvenceye bağlanmasını hedef alan Avrupa Konseyinin 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi insan hakları konusunda ideale ulaşmak için temel referanslarıdır. Gerçekten, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi “*insanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan onurun ve devredilemez haklarının tanınmasını*” tesis etmiş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de yaşam hakkı ile işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da cezaya tabi tutulmama hakkını mutlak haklar olarak öngörmüştür.

Türkiye her iki sözleşmeyi de imzalamış olup, Anayasa’nın “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır” hükmü karşısında iç hukukunun bir parçası olması yanında ulusal kanunların üstünde bir geçerliliğe sahiptir. Yani bu uluslararası sözleşmeler muasır

²⁴ BM İnsan Hakları Konseyi Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu 6/2013 (Türkiye) sayılı kararı için bkz: <http://www.istanbulbarosu.org.tr/images/haberler/bmrapor.pdf> E.t.:29.05.2016

medeniyet ve milletler seviyesine ulaşmayı ve AB'ye üye olmayı amaçlayan, bu maksatla demokratik yönetim tarzını benimseyen Türkiye için ulaşılması gereken standartları işaret etmektedir.

Düzenli ordularla yapılan meydan savaşlarının olmadığı, savaşın ve çatışmaların şekil değiştirdiği günümüzde devlet dışındaki örgütler de devletlerle savaşmaktadır. Tehdidin nereden ve kimden geldiğinin belli olmadığı bu asimetrik savaş günümüzde süper güçleri dahi etkileyen, şiddet, baskı, cebir ve tehdit yöntemlerini kullanarak isteklerini elde etmeye çalışan terörist faaliyetlerdir.

İşte bu noktada devletler terörizme karşı mücadele için önlemler almak ile insan hakları ve özgürlükleri korumak ve geliştirmek arasında bir ikilemde kalmaktadır.

Avrupa Toplumunun sosyal sorunlarına, ırkçılığa, hoşgörüsüzlüğe, azınlıklara farklı muameleye, uyuşturucu bağımlılığına, biyo-etik sorunlara, sosyal dışlanmaya ve organize suçlara çözüm bulmak, üye ülkelerin yasal uygulamalarını birbiri ile ve Konsey'in standartları ile uyumlu kılmak için çalışan Avrupa Komisyonu terörle mücadele konusunda da tavsiye niteliğinde bir ilke kararı almıştır.

Konsey; terörün insan haklarını ciddi bir şekilde tehlikeye attığını, demokrasiyi tehdit ettiğini ve özellikle meşru bir şekilde kurulmuş hükümetleri istikrarsızlığa uğratmayı ve çoğulcu sivil toplumu yıkmayı amaçladığını, her nerede ve her kim tarafından gerçekleştirilmiş olursa olsun, teröre ait her tür eylem, yöntem ve faaliyeti suç ve haklı görülemeyeceğini, devletlerin asli görevinin halklarını olası terör eylemlerine karşı korumak olduğunu, bir terör eyleminin hiçbir zaman insan hakları gibi gerekçeler ileri sürülerek haklı ve mazur gösterilemeyeceği ve hakkın kötüye kullanımının asla korunamayacağını, bunların dışında terör eylemleri mağdurlarının tazmin edilmesi, terörle mücadelede teröre yol açan sebeplerin ortadan kaldırılmasına yönelik uzun vadeli tedbirler alınması, devletlerin insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası belgelere saygı göstermesi gerektiğini, terörle mücadelede insan haklarına, hukukun üstünlüğüne ve gerektiğinde uluslararası insani hukuka saygının yalnızca mümkün değil aynı zamanda mutlak surette gerekli olduğunu kabul etmektedir.

AIHM'nin Devletlerin modern çağda halkı terörün şiddetinden

koruma konusunda karşılaştığı muazzam zorluklara rağmen terörle mücadelede belirlediği ilkelere bazı somut örnekler şöyledir:

- Güvenlik güçlerinin silâh kullanması, kişilerin hukuka aykırı şiddetten korunması amacıyla veya hukuka uygun şekilde şüphelileri yakalama ihtiyacıyla orantılı olmalıdır.
- Kişinin eylemi ne olursa olsun uluslararası belgeler tarafından teminat altına alınmış olan yaşam hakkına dokunulamaz, işkence ya da insanlık dışı ya da küçültücü muamele ya da ceza verilemez.
- Ceza ve tedbirlerin kanuniliği ilkesi ve ceza kanunlarının geçmişe yürütülmesi yasağı mutlak olup, askıya alınamaz.
- Terörle etkili bir şekilde mücadele edilmesinde âdil yargılanmaya ilişkin bazı güvencelerin bir miktar esneklikle yorumlanabilmesi mümkündür.
- Devletler terörle mücadelede **bazı özel tedbirlere yer verebilir ancak bu mücadele adına uygun gördükleri her türlü tedbirleri almaları anlamına gelmeyecektir.**

Türkiye'nin gerek insan haklarına ilişkin gerek terörle mücadeleye ilişkin **mevzuatında**, toplumu savunmak ve temel hak ve özgürlükleri korumak yükümlülüklerini uzlaştıran 2002 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İnsan Hakları ve Terörizmle Mücadele İlkeleri bakımından, **bazı istisnalar dışında eksikliği bulunmamaktadır.**

Kanunların Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetleyen, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edilmesi durumunda yapılacak bireysel başvuruları inceleyen ve karara bağlayan Anayasa Mahkemesinin birçok kararı karşısında terörle mücadele konusunda **alınan tedbirlerin etkin bir denetime tabi olduğuna da kuşku yoktur.**

Uzun sayılabilecek bir süredir terörün en şiddetlisiyle mücadele eden Türkiye'nin bu duruma rağmen insan hakları ve terörle mücadelede atılım sayılabilecek düzenleme ve uygulamalar yapması, mücadelenin sadece güvenlik yoluyla değil bireysel hak ve özgürlüklere önem vererek, terörün finans kaynaklarıyla mücadele ederek ve uluslararası iş-

birliği ile çözülebileceğinin farkına varması, terörle mücadeleyle ilişkin politika ve stratejileri geliştirmek ve bu konuda ilgili kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyonu sağlamak maksadıyla Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığını kurması takdire şayandır.²⁵

Ancak Türkiye'nin Tanzimat Fermanından bu güne kadar olan tecrübesi göstermektedir ki sadece mevzuat değişiklikleriyle topluma yön vermek için çoğu zaman yeterli olmamış, beklenenin aksine hukuk topluma değil toplum hukuka yön vermiş veya kanunlar ölü doğmuştur. Bu nedenle insan haklarının korunması ve terörle mücadelede asıl önemli olan husus, korumanın devletin tüm kurum ve kuruluşları tarafından özüm senerek yerine getirilmesi, bu yöndeki hukuki düzenlemelere uyarak tüm kişilerin yaşam hakkı ve insan onuruna sahip olduklarının unutulmamasıdır.

Kaynakça

- Cengiz Serkan/Demirağ Fahrettin/Ergül Teoman/Mcbride Jeremy/Tezcan Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, TBB Yayınları, Kasım 2008, Ankara.
- Çolak Haluk, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Terörle Mücadele Kanunu Üzerine Bir İnceleme, *TBB Dergisi*, S.1999/3, s.737-766.
- Dilmaç Sabri, Uluslararası Terör, Türkiye ve PKK, Ankara, 2011.
- Eker Kazancı Behiye, AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması, *TBB Dergisi* 2012 S.98, s.75-104.
- Halatçı Ülkü, 11 Eylül Terörist Saldırıları ve Afganistan Operasyonu'nun Bir Değerlendirmesi, *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi* Cilt 2, No: 7, 2006, s.80-98.
- İşten İnanc, AİHM Kararları Işığında Terörle Mücadelede İnsan Haklarının Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010.
- Koparan Mehmet Reşat, Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama, *TBB Dergisi*, 2006, S.65, s.154-172.
- Malkoç İsmail, Zabıta (Kolluk)'nın Silah Kullanma Biçim ve Koşulları ile TCK'nın İlgili Hükümleri, *Ankara Barosu Dergisi*, 1983 S.5-6, s.1-32.
- Turhan Faruk, Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (Md. 13), *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.4, Ağustos 2005, s.197-211.

²⁵ 5952 sayılı Kanun'a göre Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığının görevi "Terörle mücadeleyle ilişkin politika ve stratejileri geliştirmek ve bu konuda ilgili kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyonu sağlamaktır."

İnsan Hakları ve Terörle Mücadele, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Yayınları:1, 1. Basım Şubat 2011 (Müsteşarlık).

(<http://www.kdgm.gov.tr/snetix/solutions/kdgm/resources/uploads/turkce.pdf>)

TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu 13 Şubat 2013 Tarihli Terör ve Şiddet Olayları Kapsamında Yaşam Hakkı İhlallerini İnceleme Raporu.

(<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/TER%C3%96R%20VE%20%C5%9E%C4%B0DDET%20OLAYLARI%20KAPSAMINDA%20YA%C5%9EAM%20HAKKI%20%C4%B0HLALLER%C4%B0N%C4%B0%20%C4%B0NCELEME%20RAPORU.pdf>)

Elektronik Kaynaklar

www.abgs.gov.tr

www.aihm.anadolu.edu.tr

www.cpt.coe.int/turkish.htm

www.istanbulbarosu.org.tr

www.mfa.gov.tr

www.tbmm.gov.tr

www.tez.yok.gov.tr

SIYASİ İKTİDARIN GEÇİRDİĞİ DÖNÜŞÜMLER BAĞLAMINDA CEZALANDIRMANIN SEYRİ

METAMORPHOSIS OF PUNISHMENT WITHIN THE CONTEXT OF THE TRANSFORMATION OF POLITICAL

Emek BAYRAK*

Özet: Makale, siyasal iktidarın dönüşümüyle cezalandırma siyaseti arasındaki ilişkiyi konu almaktadır. Bu ilişki tarihsel uğraklar üstünden ele alınarak, dönüşümlerle birlikte cezalandırmanın seyrinin nasıl farklılaştığı gösterilmeye çalışılmıştır. Siyasal iktidarın dönüşümüyle birlikte, cezaya yüklenen anlamlar ve teknikler de değişmiştir. Cezalandırma, feodal dönemin sonuna doğru kamusal bir görünüm almaya başlamıştır. Modern devletle birlikte ceza, sistem için tehlikeli görülenleri kontrol etme işleviyle yüklenmiş ve bu amacı gerçekleştirmeye en uygun araç da hapisane olarak şekillenmiştir. Küreselleşmenin de hapisane modelini devam ettirdiği ve özellikle küreselleşme politikalarının yoksullaştırdığı kitlenin denetiminde hapisaneye önemli roller yüklediği görülmektedir. Bu noktada cezaların sertleştirilmesi ve mahkum emeğinin sömürüsü de dönemin dikkat çeken özellikleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Her tarihsel uğrakta, farklılaşan cezalandırmanın bir noktada süreklilik taşıdığı söylenebilir. Cezalandırma her dönemde, güçlü olan sınıfların ve onun şekillendirdiği siyasal yapıların kendilerini korumak için kullandıkları bir araç olma noktasında süreklilik göstermiştir.

Anahtar Kelimeler: Siyasal İktidar, Cezalandırma Siyaseti, Tarihsel Uğraklar ve Küreselleşme

Abstract: The article discusses the relationship between the transformation of political power and its punishment policy. This relationship is discussed throughout its historical phases, and the metamorphosis of punishment in parallel to these transformations is analyzed.

The meaning and methods of punishment have changed in parallel to the transformation of political power. Towards the end of the feudalism, punishment started to become more public. With the advent of the modern state, it was started to be used to control people who were deemed dangerous for the system, and prisons were used as the most appropriate means to this end. Globalization seems to maintain this prison model, and attach great importance to them for controlling the masses impoverished by its policies. The increase in the severity of punishment and the exploitation of the prisoners' labor emerge as two interesting aspects of this modern

* Yrd. Doç. Dr. Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

period. One can say that punishment, which changed throughout time, maintained a certain characteristic at every historical stage: it was always used by the powerful classes and the political institutions shaped by them to protect themselves.

Keywords: Political Power, Punishment Policy, Historical Phases and Globalization

GİRİŞ

Suç ve ceza pratiklerinin tarihsel süreçteki seyrini anlamamanın en iyi yolu; bu seyri şekillendiren siyasi iktidarın dönüşümlerinin ana uğraklarını kavramaktan geçiyor. Çünkü; her iktidar dönüşümü, suç ve cezanın da dönüşmesi, dönüştürülmesi anlamına gelmektedir. Bu dönüşüm, yeni suç politikalarını ve cezalandırma tekniklerini şekillendirmiştir. Bu bağlamda; her siyasi iktidar kendi gereksinimlerine ve önceliklerine uygun suç ve ceza dönüşümlerini gerçekleştirmiştir.

Bu dönüşümler, ana başlıklar altında irdelenebilir. Başlıkları belirleyen de, adı geçen her dönemin yukarıda söylendiği gibi siyasi iktidarın dönüşümüne işaret etmesidir. Bu bağlamda; ilkel toplumlar ve geçiş dönemi, feodal dönem ve ortaçağ kent dönemi, modern devlet ve küreselleşme ana uğraklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Suç ve ceza pratikleri, bu başlıkları içeren dönemlere göre farklılıklar göstermektedir.

Her dönemin kendi içinde özgün deneyimler içerdiği söylenece de, benzerlikler tespit etmek de mümkündür. Buradaki temel itkinin, iktidarın kendini güvenceye alması olduğu söylenebilir. Bunun dışında, iktidarı güvenceleyen mekanizmalar da değişmektedir. Çünkü iktidar farklılaştıkça, iktidarın kendi koruma araçları da, olanakları da değişmektedir. İktidar geliştikçe, bu mekanizmaların daha incelikli teknikler geliştirdiğini söyleyebiliriz. Çalışmada bu ana uğraklar, suç ve ceza pratiklerinin biçimleniş bağlamında irdelenmeye çalışılacaktır.

I. İlkel Toplumlar ve Geçiş Dönemi

İlkel toplumlar farklılaşmaya uğramamış, eşitlikçi yapıya sahip birliklerdi. Devletin kurumsallaşmadığı klanlardan oluşan ilkel toplumlarda, klan üyelerince işlenen suç, öç yöntemine uygun bir tepkiyle

karşılanırdı. Yani; saldırıya uğrayan kişi, kişinin ailesi veya onun üyesi bulunduğu kabile veya klan üyelerinden biri; saldıran kişiye, onun ailesine veya onun üyesi bulunduğu kabile veya klan üyelerinden birine karşı intikam alma hakkına sahipti. Bu gelenekle saldırıya uğrayan ve akrabaları, saldırgana dönüşmekte ve bu döngü kuşaktan kuşağa aktarılmaktaydı. Böylelikle, aileler arasındaki uyuşmazlıklar kuşaklar boyu devam etmekte ve kendisi öç alma amacına dayanan her saldırı, yeni bir kanlı öç almanın nedeni olmaktaydı.¹

Bu dönemde, bir ceza hukukunun olup olmadığı tartışmaya açıktır. Çünkü kamusal dava yoktur, diğer bir ifadeyle bireylere karşı suçlamaları yürüten, iktidarı temsil eden veya elinde tutan kimse yoktur. Hukuk, bireyler arasındaki mücadeleyi, öç alma geleneğini yönlendirmek ve savaşımı kurala bağlamak şeklinde bir görünüm sergilemektedir.²

Ancak sonradan kanlı öç yöntemine bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalardan birisi, kısas uygulamasıdır. Kısas; zarara neden olan kişiye, verdiği zararla denk miktarda zarar verilmesini gerektiren bir işlemdir. “Göze göz, dişe diş” ifadesiyle özlü anlatımını bulan bu uygulamaya; bütün ilkel dönem yasalarında yer verilmiştir. Gerçekleşen eylemle ortaya çıkan zararın, eşdeğer bir zararla karşılanması kaynağını meta biçiminde bulur. Bu durumda yaptırım da, mağdurun katlanmak zorunda kaldığı zararın bir karşılığı olarak ortaya çıkmaktadır. Böylece, cezalandırma bir ticari sözleşme niteliği almaktadır.³

Kanlı öç geleneğine getirilen diğer bir sınırlama da; uzlaşmaydı. Ancak zararın tazminin reddedilmesi ve uzlaşmanın olmaması durumunda, bu öç geleneği yeniden işlemekteydi.⁴

Geçiş dönemindeki devletlerde, klanlar üstü yargısal bir iktidar olarak kendini kuran bir egemenlik fenomeniyle karşılaşırız. Mısır, Yunan ve Roma’da yargısal adalet daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. İlk devletler, öç geleneğini önlemek için, diyeti kurumsal-

¹ Evgeny B. Paşukanis, Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm. Çev: Onur Karahanoğulları, İstanbul: Birikim Yayınları, 2002, s.175-176

² Michel Foucault, Büyük kapatılma, Çev: I. Ergüden-F. Keskin, 2.b., İstanbul: Ayrintı Yayınları, 2005, s.200

³ Paşukanis, s.178

laştırmaya çalışmışlardır. Diğer taraftan; kısasa doğru da⁴ bir evrilme de olmuştur. Örneğin, Babil yasaları kısasa açıkça yer vermiştir. Diğer bir gelişme de kolektif sorumluluktan bireysel sorumluluğa geçiştir. Bireysel sorumluluk, suçu işleyen kişinin bu davranışından sorumlu olması ve failin dışındaki üçüncü kişilerin suç olarak nitelendirilen davranıştan sorumlu tutulmamaları, cezalandırılmamalarıdır.⁵

II. Feodal Dönem ve Ortaçağ Kent Dönemi

Güçlü merkezi bir otoritenin bulunmayışı ve iktidarın parçalanmış olması, Batı Avrupa'daki feodal örgütlenişin en önemli özelliğidir. Böyle bir yapılanma, himaye ilişkisini beraberinde getirmiştir. Cermen akınlarıyla göç eden kitlelerin güvenlik ihtiyacı, himaye ilişkilerini şekillendirmiştir. Bu himaye ilişkisi, korunma karşılığında senyörün toprağında çalışma yükümlülüğünü içermektedir.⁶

Senyörün, egemenliğinde bulunan topraklardaki serfleri yargılama yetkisi bulunuyordu. İktidarın parçalı yapısının yargı alanındaki yansıması, herkesin kendi senyörünün mahkemesinde yargılanmasıdır. Bu nedenle feodal düzende adaletten değil, adaletlerden söz edilebilir.⁷

Ayrıca; kilisenin de yargı yetkisi bulunuyordu. Kilise, hem din yetkilerini kendi alanı içersine almak istiyor hem de dinsel sayılan bazı suçların laikler tarafından işlense bile kendi yargı alanına girdiğini savunuyordu. Feodal çağda adli yetkilerin parçalanmışlığı, birbiriyle karışmış olması ve çok düşük düzeyde etkileşim içersinde olmaları, adalet sisteminin en belirgin özelliği olarak görünmektedir. Bir sürü mahkeme, her türlü davada kendini yetkili görmektedir. Bazı kurallar aralarındaki yetki paylaşımını düzenlese de, bu düzenlemeler de çok zaman belirsizliklerin ortaya çıkmasına kapı aralamıştır. Örneğin bazı senyörlük kayıtları, rakip mahkemelerin yetki talepleriyle doludur. Davalarının hangi mahkemede görüleceği konusunda umutsuzluğa

⁴ Foucault, s.201

⁵ Nevzat Toroslu, "Cezai sorumluluğun gelişimi", *Yargıtay Dergisi*, Ankara, 1990, C.16, S.1-2, s.121

⁶ Alaeddin Şenel, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, 6.b., Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 1996, s.214

⁷ Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 7.b. , İstanbul: Beta Yayınevi, 1995, s.67

kapılan taraflar, çoğu zaman bir hakeme başvurma ya da aralarındaki sorunu kendi aralarında çözme yolunu seçmişlerdir. Adalet mekanizmasının içinde bulunduğu bu kaotik yapı, farklı geleneklerden kaynaklanan, birbiriyle çelişen ve toplumun ihtiyaçlarını da karşılamayan ilkelerin bir arada bulunmasının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.⁸

İlkel dönemde görülen şahsi öç, feodal dönemde de hakim bir uygulama olarak varlığını sürdürmüştür. Şahsi öç, soya dayalı bir güvenceyi beraberinde getirmekle birlikte, aynı zamanda iç kargaşalara da sebep olmuştur. Bu nedenle dönemin iktidarları bu uygulamanın alanını daraltarak kargaşaya karşı önlemler almaya çalışmışlardır. Ancak “faide” olarak isimlendirilen bu intikam türü, feodal dönemin başat bir uygulaması olmuştur. Bunda, mahkemeye başvurma istisnai bir durum olarak ortaya çıkmasının payı vardır. Çünkü dönemin geleneksel yapısında zarara uğrayanın hakkını doğrudan eylem yoluyla araması meşru sayılmıştır.⁹ Bireyler ya da gruplar arası bir karşıtlığa denk düşen bu çatışmaya, iktidarı temsil eden hiç kimsenin müdahalesi yoktur. Kamusal davanın olmayışı, suç sonrasını bireysel bir savaşa dönüştürmüştür. Zarara uğrayan taraf mahkemeye başvurursa faile uygulanacak yaptırım kamusal bir nitelik taşımamakta; bir zararın karşılığı ortaya çıkan bir hak niteliği taşımaktadır. Mahkemenin buradaki işlevi bir hakemlik durumuna denk düşmekte, mahkeme taraflara intikamlar zincirini kesintiye uğratan bir anlaşma imkanı sunmaktadır.¹⁰ Kilisenin dine karşı işlenmiş bir suç olarak kabul ettiği sapkınlık suçuna karşı uyguladığı cezalar, yargılamanın kamusal nitelik sergilediği sınırlı örneklerdir. Bunun dışında düello da, feodal dönemde anlaşmazlıkların çözümünde kullanılan bir yöntemdir. Mahkemelerin ortaya çıkışından sonra da varlığını sürdürmüştür.¹¹

Avrupa feodalitesinin XI. ve XII. yüzyıllarda geçirdiği önemli değişim, kentlerin ortaya çıkışıdır. Bu dönüşümü hazırlayan temel dinamik; ticaretin yeniden doğması, tüccar ve zanaatkarların belli

⁸ Marc Bloch, Feodal Toplum, Çev: M. A. Kılıçbay., 4.b., Ankara: Doğu Batı Yayınları, 2005, s.475-478

⁹ Cenk Yiğiter, Feodal Dönemden Modern Döneme Geçişte Cezalandırma İktidarının Dönüşümü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005, s.7

¹⁰ Foucault, s.201

¹¹ Yiğiter, s.7

merkezlerde birikmesi olmuştur. Feodal yapının temel bileşenleri olan soylular, serfler ve ruhban sınıfına yeni bir sınıf olarak tüccarlar ve zanaatkarlar eklenmiştir. Kentler, kentsel alanlara özgü üretim ve ticaretle uğraşan yerleşim alanları olmanın ötesinde siyasal açıdan da özerk birimler haline gelmişlerdir. Özerkliklerini, bölgesel hükümdar ve onun temsilcilerinin muhalefet ve direnişine rağmen kazanmışlardır.¹²

Bu özerkliğin, yargılama ve cezalandırma anlamında feodal yapıdan bir farklılaşmayı deyimlediğini söyleyebiliriz. Kilise üyeleri ve soylular kent yargı sisteminin dışındadır. Kent yargılaması, feodal bir yargılamadan farklı olarak kamusal bir nitelik kazanmaya başlamıştır. Bu doğrultuda yargılama, sadece bir aracılık işlevi olmaktan çıkarak bir taraf haline gelmiştir. Taraflık durumuyla birlikte, kent toplumsal yaşama müdahale eden bir politik güç olarak da belirmiştir. Cezalandırma da, kentsel yaşamı bozan davranışlara yönelen pratikler şeklinde gelişmeye başlamıştır. Bu pratikler içinde en yaygın olanı da, para cezası uygulamasıdır. Para cezaları suçun niteliğine ve şiddetine göre farklılaşmaktadır. Para cezasının yarısı zarar gören tarafa ödenirken, diğer yarısı da yargılamada bir taraf niteliği kazanan kent yönetimine ödenmektedir. Böyle bir uygulama, suçun sadece zarar görene karşı değil, aynı zamanda kent yaşamına yöneldiği algısının gelişmeye başladığını göstermektedir. Yargılamanın kazandığı bu kamusal görünüme karşı, ceza kovuşturması hala zarar gören tarafından harekete geçirilmektedir.¹³

Para cezasını ödemeyen ya da ödeyemeyen kişi kaçak durumuna düşmektedir. Bunun anlamı; para cezalarının azımsanmayacak yoksul bir kitleyi sürgün durumuna getirmesidir. Zamanla kentlerin çevresini mekan tutan bu sürgünler, bir “dışlanmışlar” kitlesi oluşturmuştur. Kentin ceza pratiğinde ağırlıklı yer tutan para cezalarının dışında ağır suçlara ölüm cezası uygulanmaktadır. Hapsetme ise bir cezalandırma biçimi olarak değil, para cezasının yerine getirilmesini garantiye alan zorlayıcı bir tedbir olarak uygulanmaktadır.¹⁴

¹² Gianfranco Poggi, Modern Devletin Gelişimi Sosyolojik Bir Yaklaşım, Çev: Ş. Kut ve B. Toprak, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2001, s.54

¹³ Yiğiter, s.14-17

¹⁴ Yiğiter, s.18

Kentler aldıkları tüm önlemlere rağmen, güvenlik sorununu çözümlayememişlerdir. Bunda kentlerin özerklik talebine karşı çıkan kilisenin de payı vardır. Kilisenin dokunulmaz bölgelerinin, suçlular için sığınılacak alanlar yaratması kent yönetimin güvenlik politikalarını olumsuz yönde etkilemiştir. Kent yönetiminin ve burjuvazinin güvenlik talebi, monarkların iktidarını güçlendirmiştir. İktidarlarının güçlenmesine paralel olarak yargılama yetkisi de kilise aleyhine işlemiş, belediye mahkemeleri dinsel ve cinsel suçlarda kendilerini yetkili görmeye başlamışlardır. Buna eşlik eden diğer bir gelişme de, para cezası uygulamasının yerini, prensin gücünün somutlaştığı ibretlik cezaların almasıdır.¹⁵

III. Modern Devlet

1. Mutlak Monarşi Dönemi

Mutlak monarşi, XVI. ve XVII. yüzyılda Avrupa'da tarih sahnesine çıkmıştır. Mutlak monarşi, siyasi iktidarın tek elde toplanmasını ve merkezileşmesini ifade etmektedir.¹⁶ Mutlak iktidarın doğumunda, burjuvazinin gereksinimleri belirleyici olmuştur. Özellikle bu sınıfın düzensizlik ve kargaşadan duyduğu kaygı ve gelişmesinin önünde engel durumunda olan yerel güç odaklarının varlığı, güçlü ve merkezi bir iktidar ihtiyacını güçlendirmiştir. Merkezileşen iktidarın artan masraflarını karşılamak için burjuvaziye borçlanması, bu sınıfın siyasal güç kazanmasını sağlamıştır. Ancak burada bir uzlaşma da vardır. Önceleri soylular mutlak monarşiye direnç göstermişlerse de sonrasında bu direnç kırılmıştır. Feodal sınıf, kralın himayesinde varlığını sürdürmüştür. Bu nedenle mutlak monarşinin saf bir burjuva egemenliği olmadığı, burjuva sınıfla soylular arasında bir uzlaşmayı da ifade ettiği söylenebilir.¹⁷

Mutlakıyetçi devlet, bir taraftan iç pazarı koruyucu önlemler alıp düzenlemeler yaparken, diğer taraftan da denizasırlı ülkelerin kolonileştirilmesinde ve kendi tüccarlarına ayrıcalıklar sağlanmasında ağır-

¹⁵ Yiğiter, s.19-20

¹⁶ Christopher Pierson, Modern Devlet, Çev: D. Hattatoğlu, İstanbul: Çiviyazıları, (t.y.), s.78

¹⁷ Yiğiter, s.24

lıkları bir rol oynamıştır. Diğer bir deyişle; “modern devletin ilk biçimi olan mutlakîyetçi monarşinin, kapitalizmin gelişme süreci içinde ortaya çıktığını ve sermaye birikimi için temel bir görev üstlendiğini”¹⁸ söyleyebiliriz.

Mutlak monarşiyle birlikte, cezalandırmada da bir dönüşüm yaşanmıştır. Bu dönüşüm, monarkın diğer alanlarda olduğu gibi cezalandırma alanında da güçlenmesine işaret etmektedir. Yerel güç odaklarının gücünü kaybetmesi ve kent yönetimlerinin de monark lehine cezalandırma yetkilerinden vazgeçmesi, monarkın cezalandırma yetkisini güçlendirmiştir. Bu gücün cezalandırma alanındaki en simgesel belirtisi de, bedensel cezalardır. Hükümdarın müdahalesi artık iki hasım arasında bir hakem rolü değildir, cezanın içinde hükümdara ait bir parça da bulunmaktadır. Bu parça bir taraftan onun krallığına verilen zararın tazmin edilmesi, öbür taraftan da kralın kişiliğine yönelik bir saldırının intikamıdır. Cezalandırma hakkı, kralın elinde tuttuğu düşmanlarıyla savaşma hakkının bir cephesi gibidir. “Ceza aynı zamanda içinde bir bakıma hükümdarın fizik-siyasal gücün mevcut olmasından ötürü hem kişisel, hem de kurumsal olan bir intikamın takibinin bir biçimidir”.¹⁹

Bedensel cezaların infazı, dehşet verici bir tören biçimindedir. Cezanın seyirlik bir unsur haline getirilmesi, onu izleyenler için mesajlarla yüklüdür. İnfaz, izleyenler açısından korkutucudur ve insanlar suç işlediklerinde başlarına geleceklerin bilgisine azap verici infaz ayiniyle öğrenmektedirler. Bu törensel infazın, siyasal ve hukuki bir işlevi de vardır. Bu da, iktidarın üstünlüğünün tımturaklı bir biçimde dışa vurumudur. Bu üstünlük, sadece hukukun değil aynı zamanda hükümdarın fizik gücünün de üstünlüğüdür. Hükümdar suç üstünden yenilmez kişiliğini herkesin gözü önüne sermektedir. İnfaz da, uyrukla hükümdar arasındaki benzemezliği en uç noktasına kadar götürmektedir.²⁰

¹⁸ Gencay Şaylan, Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi, 2.b., Ankara: İmge Kitabevi, 2003, s.41

¹⁹ Michel Foucault, Hapishanenin Doğuşu. Çev: M. A. Kılıçbay, 2.b., Ankara: İmge Kitabevi, 2000, s.92-93

²⁰ Foucault, s.93

Diğer taraftan; ceza hukukunda bir kanunlaştırmaya gidilmediğinden, suç listesi de açık kalmıştır. Bir fiili suç saymak, prensip olarak yargıcın vicdanına terk olunmuştur. Bu bir keyfiliği işaret etse de, zamanla suç gruplarına ilişkin bir liste oluşmuştur. Cezacıların eserleri, bu listenin oluşumunda önemlidir. Bu oluşan listeye uygun olarak suçlar, Tanrıya, krala ve kişilere karşı işlenen suçlar şeklinde sınıflandırılabilir.²¹

Mutlak iktidara en büyük direnci gösteren feodal kurum, kilise olmuştur. Monarşiyle mücadelesinde güç kaybeden kilise, güç yitimi-ne paralel olarak cezalandırma yetkisini kullandığı alanlarda uygulamalarını sertleştirmiştir. Ortaçağda kurulan Engizisyon bu dönemde monarşinin uygulamalarına benzer ceza pratikleri geliştirmiştir. Bu sertleşmede, kilisenin reformasyon sürecine duyduğu tepkinin de etkisi vardır. Ancak kilise monarşiyle giriştiği iktidar mücadelesinde yenilen taraf olmuş ve söz sahibi olduğu alanlardan çekilmek zorunda kalmıştır. Monarşi, kilisenin alanına giren dini ve ahlaki sapkınlıklar alanına müdahale etmeye başlamış cadı avında başrol oynayarak hakimiyetini sağlamlaştırmaya çalışmıştır.²²

İktidarın hapsedme pratikleri de nitelik değiştirmiştir. Bu değişimde, iktidarın “tehlikeli kitleler” algısı belirleyici olmuştur. Hapsedme, özgürlüğü bağlayıcı bir ceza olarak şekillenmeden önce borçlarını ödemeyenlerin, delilerin, infaz bekleyen mahkumların kapatılmasına yönelik bir uygulama niteliğindeydi.²³ Kapitalizmin gelişmesiyle kırılsal yaşamın ekonomik ilişkilerini çözmesi, kalabalıklaşan bir kitlenin işsiz kalmasını sonuçlamıştır. Yoksullaşan bu kitle, zaman içerisinde iktidar tarafından toplumsal düzeni tehdit eden bir grup olarak görülmüştür. Özellikle bu grupların orta sınıfta ve burjuvazide yarattığı korku, monarşinin bu kitlelere karşı sert önlemler almasına neden olmuştur. Başlarda iktidar, bu kitleyle baş etmek için korkutmaya dayalı beden cezaları uygulamış ancak daha sonra kapatma-hapsedme pratikleri geliştirmiştir. Hapsedme de bu noktada, kapitalist toplumun çalışma etiğine uymayan ve toplumsal yaşam için tehlike olarak algılanan kitlelerin denetim altına alınmasına hizmet etmiştir.²⁴

²¹ E. Garçon, “Ceza Hukuku Menşe, Tekamül ve Halihazır Vaziyeti”, Çev: S. Dönmezer-N. Şensoy, *İHFM*, İstanbul, 1945, C.11, s.300-303

²² Yiğiter, s.28-29

²³ Garçon, s.304

²⁴ Foucault, 2005, s.105

Aydınlanmadan, monarşik cezalandırmaya eleştiriler gelmiştir. Monarşik ceza hukukunun aşırılıkları ve cezaların şiddetli oluşu, Montesquieu, Diderot, Voltaire, Beccaria gibi düşünürlerin şiddetli eleştirilerine neden olmuştur. Vechio, Voltaire'in bir eserinde şöyle dediğini belirtmektedir: "Kanuni uygulamaların en korkunç manzaralar arz ettiği memleketlerin, suçların en çeşitli olduğu yerler olduğuna dikkat etmiyor musunuz? Onur aşkı ve utanç korkusunun, cellatlardan daha iyi terbiyecisi olduğunun farkında değil misiniz? Erdemi ödüllendiren memleketler, kan dökmek ve suçlu torunları yaymak için bahaneler arananlardan daha medeni değil midir?"²⁵

Diğer bir eleştiri de, Beccari'dan gelmiştir. Beccaria, "Suçlar ve Cezalar" isimli eserinde döneminin uygulamalarına sert eleştiriler yöneltirken, ceza hukuku alanında egemen olması gereken ilkelere de değinmiştir. Beccaria, eleştiriler bölümünde şunları söylemektedir: "Ceza müessesinin güttüğü amaç; ne insan vücudunu didikleyip eziyet etmek, ne de artık bir kere işlenmiş olan bir suçu tamir ve ıslah etmek olamaz. İşkenceler altında ezilen bir bedbahtın haykırıları artık geri gelmeyecek bir geçmişte işlediği cürümünü ıslah edebilecek midir? Bir adamın kendi kendisinin ithamcısı olmasını istemek iddiası çok korkunç ve pek gülünçtür. Gerçek sanki onun adaleleri ve sinirleri içinde gizlenmiş gibi, onu işkenceyle çıkarmaya çabalamak vahşet ve budalalıktır".²⁶

Beccaria'ya göre; suçun önüne geçecek olan şey; cezanın ağırlığı değil suç işleyenin mutlaka cezaya çarptırılacağı ve bundan kurtulamayacağı konusunda herkeste kesin bir inancın oluşmasıdır. Beccaria, toplumsal sözleşmeyle topluluğa devredilen ceza vermek hakkının sınırının; "toplumsal yarar" olduğunu belirtmektedir. "Bir cezanın o suçun işlenmesinden hasıl olacak faydayı aşmış bulunması yeterlidir. İşte bu sınırı aşan kendisinden beklenen faydaları sağlayabilmesi için; bu cezanın verdiği azap ve şiddetin, bütün cezalar, faydasız ve bundan dolayı zulümdür".²⁷

²⁵ Giorgio Del Vecchio, "Ceza Adaleti ve Zararın Tazminine Dair Deneme", Çev: A. R. Teksoy, *İHFM*, C.21, S.1-4, İstanbul, 1957

²⁶ Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi*, Çev. Muhiddin Göklü, İstanbul: İnkılap ve Aka Kitabevi, 1964, s.169

²⁷ Beccaria, s.183

Aynı vurgu, Bentham'da da vardır. Bentham, "Cezalar ve Mükafatlar Nazariyesi" isimli eserinde; ceza miktarı belirlenirken dikkat edilmesi gereken noktayı, şu şekilde açıklamıştır: "Suçu işlemek suretiyle suçlunun elde etmek istediği yarara oranla, cezanın kendisine vereceği zarar daha büyük olmalıdır ki; kişi suçu işlemekten vazgeçsin, buna cesaret edemesin".²⁸

2. Mutlak Monarşinin Sonuna Doğru Cezalandırma

Burjuvazi, XI. ve XVII. yüzyıllarda desteklediği monarşinin, 18. yüzyılda karşısına çıkmıştır. Mutlak monarşiler, feodal sistemi tasfiye ederek tarihsel görevini tamamlayınca, burjuvazi mutlak monarşiyi gelişiminin önünde bir engel olarak görmeye başlamıştır. Bu algılayışta, büyük iktidar aygıtının toplumsal ve ekonomik hayatta belirleyici olmasının, ekonomik hayata müdahale etmesinin de etkisi vardır. Mutlak monarşiyle yaşadığı bu gerilim, burjuvaziyi yeni bir devlet projesi inşa etmeye götürmüştür. Bu proje, iktidarın yetkilerinin sınırlandırıldığı, dokunulmaz haklar alanıyla güvenceler getiren, yürütmenin yetkilerinin belirlenip sınırlandırıldığı bir anayasal devlet modelini deyimliyordu. Mutlak monarşiyle burjuvazi arasındaki bu çatışma; İngiltere'de daha evrimci bir mücadeleyle çözülürken, Fransa'da devrimle çözülmüştür.²⁹

Bu çatışmaya paralel olarak mutlak iktidar, cezalandırma uygulamalarında bazı reformlar yapmıştır. Örneğin; 1791 tarihli Fransız Ceza Yasası ile bedeni cezalar (sakat bırakma, kırbaçlama, dağlama) kaldırılmıştır. Bu, cezalarda bir yumuşamayı işaret etmektedir. İktidara mutlak itaati üretmenin bir yolu olan bedensel cezalar, artık aksi yönde sonuçlar vermektedir. İnfazın aleniliği, artık beklenen etkiyi yapmamakta azap çeken bazen bir kahraman haline getirmektedir. Zaman içerisinde iktidar bu seyirlik ceza ayinlerine daha az başvurmaya başlayacak ve infaz aşaması gözlerden ırak bir şekilde yerine getirilecektir. Ceza da, artık yeniden örgütlenmektedir ve bu yeni örgütlenme bir amaç değişikliğini de ifade etmektedir. Bu örgütlenmede, Foucault'un ifadesiyle bu disiplinci iktidar, bireyin bedeni üstüne

²⁸ Tahir Taner, Ceza Hukuku, 3.b., İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953, S.29

²⁹ Şenel, s. 284-286

odaklanarak yeni teknikler geliştirmekte ve artık ceza, ruha müdahale etmektedir.³⁰

Disiplinci iktidar, bir cezalandırma pratiği olarak hapishaneyi ıslah işleviyle yükleyerek dönüştürmüştür. Bu anlamda; Beccaria'nın toplumsal fayda projesinden uzaklaşma vardır. Bu farklılaşmada anahtar kavram, "tehlikelilik"tir. Cezalandırma süreçlerinde temel dönüşümün, "tehlikelilik" kavramının dolayımından geçtiğini söyleyebiliriz. Hatta disiplinci iktidarın ekonomi politiğinin de gelişmekte olan burjuva sınıfının "tehlikelilik algısına" dayandığını söyleyebiliriz. Bu bağlamda hapishanenin yeni işlevi, kapitalist toplumun yok-sullaştırdığı kitlelerin düzen için oluşturduğu tehlikenin kontrolüdür. Hapishane artık kapitalist toplumun çalışma etiğine uymayan ve toplumsal yaşam için tehlike olarak algılanan kitlelerin denetim altına alınmasına hizmet etmektedir. Disiplinci iktidarın, disipline edici tekniklerinden biri de gözetlemedir. Hapsetme, gözetlemenin mekansal olanaklarını da sağlamaktadır. Bu nedenle; Bentham'ın Panoptikon denilen hapishane modelinin iktidarın aralıksız, sürekli gözetleme ütopyasına da hizmet ettiğini³¹ söyleyebiliriz.

Disiplinci iktidarın cezalandırma projesi, hem kitlelerin tehlike potansiyellerinin denetimi hem de beden güçlerinin üretken kılınması şeklinde ortaya çıkmıştır.³² Beden güçlerinin üretken kılınmasının yolu da hapsetmenin ıslah işleviyle yüklenmesidir. Bedenin üretkenliğini ıslah yoluyla sağlamanın aracı da cezai çalıştırmadır. Bu nedenle hapishane, iktidarın denetime ve ıslaha yönelik tasarısının yaşama geçeceği en gözde mekanlardan biri olmuştur.

3. Ulus Devlet ve Cezalandırma

19. yüzyılda, sosyal savunmacı ceza hukukunun gelişmesine tanık oluyoruz. Pozitif düşünce ve bu düşüncenin kullandığı pozitif yöntem, ceza hukukunu da etkilemiştir. Bu etkinin bir sonucu olarak, cezanın anlamı, ceza sorumluluğunun esası konusunda yeni düşünceler ortaya atılmıştır. Ceza hukukunda, "Antropolojik Mektep", "Yeni Mektep"

³⁰ Foucault, s. 222-223

³¹ Foucault, s.222

³² Foucault, s.223

ya da “İtalyan Okulu” gibi isimlerle anılan pozitif okulun kurucusu, Lombroso’dur. Pozitif okulun diğer temsilcileri; Garofalo ve Ferri’dir.³³

Pozitif okul, suçlunun sosyal tehlikeliliğine gönderme yapmış, suç yerine somut suçluyu, ödetici ceza yerine emniyet tedbirlerini esas almıştır. Buna göre; ceza toplumun korunmasını sağlayan bir araçtır. Pozitivistler, kefareti anlayışına da karşı çıkmışlardır. Onlara göre; ceza kefareti ve intikam değildir. Devlet, kefareti gerçekleştiremez; cezayla sadece kendini korur.³⁴

Pozitif Okul, suçu ve suçluluğu determinist bir görüşle ele almıştır. Buna göre, irade özgürlüğü görüşü temelsizdir. Yaşamın her alanında egemen olan gerekircilik (determinizm), insan fiil ve hareketleri için de geçerlidir. Aksini iddia etmek, bilime aykırıdır. Bu nedenle; suçlular özellikle doğuştan suçlular irade ve hareketlerinde özgür olmadıkları için, ceza tehdidinin kendileri üzerinde bir etkisi yoktur. Bu nedenle; ceza bir önleme tedbiri olmadığı gibi, ıslahı da gerçekleştirmez. Ancak; suç işleyenlerin manevi sorumluluğu olmasa da; toplum içinde yaşadıkları, ona zarar verdikleri, tehlikeli oldukları için kanuni, başka bir deyişle sosyal sorumlulukları vardır. Bu nedenle; pozitif okul, toplumun kendisine zarar verenlere karşı; savunma önlemlerine başvurmaya hakkı olduğunu savunur. Pozitif düşünceye göre toplumun korunması, ceza vermek hakkının temelini oluşturmaktadır.³⁵ Pozitif Okul’un hem “tehlike”ye yaptığı vurgu, hem de suça ve suçluluğa ilişkin görüşlerinin, iktidarların yargı pratiklerinin patolojik bir bakışla şekillenmesine teorik katkı yaptığını söyleyebiliriz.

Suçluların ıslah edilebileceğine dair düşünceyse, eleştirilere rağmen 1960’lı yıllara kadar etkili olmuştur. Islahın, suçlunun yeniden sosyalleşmesinde devlete görevler yüklediği ve sosyal devlet ilkesine de uygun olduğu savunulmuştur. Ancak hapishane merkezli modele karşı radikal eleştiriler yöneltmiştir. Eleştirilerde; hapishanenin insanın fiziksel bütünlüğüne ve onuruna aykırı olduğu tezi ağırlıklı olarak işlenmiştir.³⁶

³³ Nur Centel, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001, s.30

³⁴ Nevzat Toroslu, “Ceza Hukukunda Okullar”. Prof.Dr. Nurullah Kuntere’e Armağan, İstanbul, 1998, s.368

³⁵ Tahir, s.40-41

³⁶ Klaus Günther, “Ceza İnfaz Hukukunun İnsan İmgesi”, Çev: N. Pala, İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu, Ankara: Goethe Institut-Başkent Üniversitesi,

IV. Küreselleşme Sürecinde Cezalandırmanın Seyri

Küreselleşme, kapitalizmin geldiği noktayı işaret eden bir kavram olarak sıkça kullanılmaktadır. Küreselleşme teorilerinin merkezine, ulus devletin sürece hiçbir müdahalede bulunamadığı, hareket kabiliyetini bütünüyle yitirdiği ve işlevsizleştiği savı oturmaktadır.³⁷

Ancak gerçeklik hiç de öyle görünmemekte ve sermaye mevcut düzenini sürdürmek için devlete gereksinim duymaktadır. Çünkü sermayenin güven gereksinimine karşılık veren en güvenilir partner hala ulus devlettir.³⁸ Özellikle de küreselleşmenin yoksullaştırdığı kitlelerin düzen için oluşturduğu tehlikenin kontrolü ve denetim altına alınması açısından ulus devletin varlığı yaşamsal önem taşımaktadır. Bu işlev nedeniyle de hapishane merkezli model eleştirilere rağmen hala geçerliliğini korumaktadır.

Yetmişli ve seksenli yıllarla birlikte, hapishane merkezli modele yönelik eleştiriler keskinleşmiş ve alternatif modeller önerilmiştir. Bu eleştirilerin bazılarında, ıslahın tek infaz amacı olarak belirlenmesine karşı çıkmış, ödeşme, ödetme, caydırıcılığın da amaçlara eklenmesi ve infaz rejiminin sertleştirilmesi önerilmiştir.³⁹

Muhafazakar kesimden gelen eleştirilerin bazılarındaysa, infaz kurumlarının tehdit karşısında aciz olduğu, toplumsal savunmayı zaafla uğrattığı, hapisananenin hantal, maliyetli olduğu ve işlevlerini yerine getiremediği dile getirilmekle birlikte alternatif olmak üzere kontrol mekanizmaları önerilmektedir. Devletten, uzmanlıktan, kurumsallaşmaktan ve ıslahtan uzaklaşma bu eğilimin en önemli iddialarıdır. Kurumsallaşmadan kaçış okul, aile, dernekler ve komşuların da dahil olduğu kontrol mekanizmalarının güçlendirilmesini hedeflemektedir. Küreselleşme sürecinin gözde kavramlarından biri olan sivil toplum da bu mekanizmalara dahil edilmektedir. Kontrol mekanizmaları, sivil toplumla ilişkili olarak yürütülmek istenmektedir.⁴⁰

2000, s.69 vd.

³⁷ Kenichi Ohmae, "The Rise of the Region State", Foreign Affairs, C.72:2, 1993, s.78

³⁸ Jürgen Habermas, Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akıbeti, İstanbul: Bakış Yayınları, 2002, s.19-27

³⁹ Günther, s.69-74

⁴⁰ Stanley Cohen, "Visions of social control: crime, punishment and classification", Polity Press, Cambridge, 1985, s.14-39

Sivil toplumun işin içine katılması, küreselleşmenin şekillendirmeye çalıştığı iktidar modeline de uygun düşmektedir. Yönetişim olarak isimlendirilen bu model, kamu yönetimini ve devletin yetki alanının içeriğini yeniden belirlemekte ve devletin kapasitesini aşan görevlerin vatandaşlar ve çeşitli topluluklar tarafından üstlenilmesini önermektedir. Bu noktada modelin başlıca aktörleri; devlet (bürokrasi), özel sektör (şirketler) ve sivil toplum olarak tanımlanmaktadır.⁴¹

Sürece ilişkin diğer bir tartışma da; Foucault'un çözümlemelerinde geçen ve kapatma-hapsetme pratiklerinde gönderme yapılan "tehlikeli sınıflar"ın tekrar gündeme gelmesidir. Tehlikeli sınıfın insanları, sınıfların ötesinde ve hiyerarşinin dışında görülmektedir. Diğer insanların yaşamlarına hiçbir faydalı katkısı olmayan ve genel olarak ıslah edilmez, herhangi bir rolü olmayan insanlar olarak tanımlanmaktadır.⁴² Bu kitleye verilen tepkiler, bunların ıslah edilemez bir kitle olduğu öncülünden yola çıkmaktadır. Eğilim, bu ıslah edilmez kazanılmaz kitlenin dışlanması, yığınlaştırılması yönündedir. Bu algılayış, cezaevlerinin de dönüştürülmesini de içermektedir. Hapishanenin eski işlevi disipline edip, beden üretkenliğinden yararlanmakken, post modern hapishanenin işlevi dışlamak ve hareketsiz bırakmaktır.⁴³ 1990'lı yıllarla birlikte, devletlerin ıslah etmekten çok hapsetmeye yöneldiği görülmektedir. Buna koşut diğer bir gelişme de hapsedilen nüfusun gösterdiği benzerliktir. Siyahlar ve yoksullar nüfusun en çok cezalandırılan kesimini oluşturmaktadır.⁴⁴

Ancak süreçte hayata geçirilmeye çalışılan reform girişimlerinde, zıt yönlü uygulamalar görülmektedir. Bu reformlar, "demokratikleştirme", "insancıllaştırma" ve bazen de "ıslah" gibi söylemlerle sunulsa da, asıl amaç cezalandırma iktidarının yeni tekniklerle sürece uyarlanmasıdır. Reformu şekillendiren, küreselleşme sürecidir ve cezalan-

⁴¹ Birgül Ayman Güler, "Devletin Yeniden Yapılandırılması", *Düşün Dergisi*, S.7, 2000, s.7

⁴² Zygmunt Bauman, Çalışma, Tüketici, Yeni Yoksullar, Çev: Ümit Öktem, Ankara: Sarmal Yay., 1999, s.126

⁴³ Alev Özkazanç, "Örgütlü Modernliğin Çözülmesi Sürecinde Suçun Yeniden Siyasallaşması", Ed: Yasemin Özdek, Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları, Ankara: Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 2002, s. 383

⁴⁴ Evren Haspolat, Neoliberalizm ve Baskı Aygıtının Dönüşümü Türkiye'de Özel Güvenliğin Gelişimi, 1.b., Ankara: Nota Bene Yay., 2012, s.104

dırma iktidarının yeniden düzenlenmesi söz konusudur. Foucault'un çözümlerine uygun düşen teknikler yine gündemdedir.

Küreselleşmeyle birlikte, neoliberal politikaların hayata geçmesi güvenlik kavramını yeniden ve daha güçlü bir şekilde gündeme getirmiştir. Çünkü bu politikalar, geniş halk kitleleri için yoksulluğu ve işsizliği derinleştirerek yaygınlaştırmaktadır. Yoksulların tepkisi ve örgütlülüğü, siyasi iktidarlar için kendi varlıklarına yönelik bir tehdit olarak görülmedir. Bu noktada da güvenlik kavramı, sistem için yaşamsal bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü güvenlik, devletin baskıcı yönünün güçlendirilmesine ve özgürlükler alanının daraltılmasına gerekçe yapılmaktadır. Bunun diğer bir anlamı da, denetimin yaygınlaştırılması, halkın zapt edilmesi ve cezaların katılaştırılmasıdır.⁴⁵

Bu süreçte, ceza tekniklerini şekillendiren şey de; bu mağdurlar kitlelerinin olası hoşnutsuzluklarının bir tehdit oluşturmasının önlenmesidir. Bunun için önerilen, cezaların sertleştirilmesi ve cezalandırma iktidarının bu kitleyi disipline edecek şekilde dönüşmesidir. Yine; disipline edilmiş bedenin üretken kılınması ve mahkum emeğinin kullanılması da ceza politikalarının temel yönelimleri olarak görünmektedir.⁴⁶

Bu yönelime uygun ceza yasalarının özelliği, hapis cezalarının süresinin uzatılması, şartlı tahliyenin kaldırılması ve bazı suç tipleri için zorunlu asgari cezanın getirilmesidir. Bununla amaçlanan yargıçların takdir yetkilerini kaldırmak ve cezanın, suçlunun kişiliği göz önüne alınarak belirlenmesini sağlayan bireyselleştirme yönteminin tek edilmesini sağlamaktır. Bu doğrultuda kabul edilen ilke, "cezalandırmada kesinlik" ilkesidir. Bununla, mahkemelerce suçluya verilen mahkûmiyetin tamamının hapiste geçirilmesi amaçlanmaktadır. Yine; tekerrür durumunda ağır cezaları öngören düzenlemeler de yapılmaktadır. Bu yasaların uygulanması hapishane nüfusunun artmasıyla sonuçlanmıştır. Hapishanedekiler toplumun yoksul, dışlanmış kesimlerini oluşturmaktadır. Bunlara eşlik eden bir gelişme de suç ve suçluluk üstünden yükseltelen ırkçılıktır. Bu nedenle ceza politikaları

⁴⁵ Haspolat, s.80

⁴⁶ Yasemin Özdek, "Küreselleşme Sürecinde Ceza Politikalarındaki Dönüşümler", *Amme İdaresi Dergisi*, 2000, C.33, S. 4, s.21-26

aynı zamanda ırkçı bir boyut da taşımaktadır. Örneğin ABD'deki mahkumların büyük kısmını, Afrika ve Latin kökenliler oluşturmaktadır.⁴⁷

Hapsetmenin ekonomik bir yönü de bulunmaktadır. Bu da, mahkum emeğinin yoğun sömürüsüne dayanmakta ve mahkumların zorunlu çalışmaya uymaması disiplin suçu sayılmaktadır. Hapishane endüstrisinin geliştirilmesine yönelik bu programlarda, özel sektörün de mahkum emeği kullanmasına izin verilmektedir. Böylece; reform süreciyle birlikte mahkum emeği hem devlet, hem de özel sektör tarafından yoğun bir şekilde sömürülmektedir.⁴⁸

SONUÇ

Suç ve ceza, siyasi iktidar tarafından sürekli dönüştürülmüştür. İlkel toplumlarda suç, topluluk yaşamına aykırılık olarak kavranmış ve suça şiddet biçiminde bir tepki verilmiştir. Bu tepki, saldırıya uğrayanın saldıranın soyunu da içini alacak şekilde saldırıya karşılık vermesi biçiminde şekillenmiştir. Bu da suçla ilişkisi olamayan üçüncü kişilerin de suçtan sorumlu tutulmalarını sonuçlamıştır. Klanlar üstü bir otorite olmadığından bir saldırı diğer saldırıları beraberinde getirmiştir. İlk devletler, şahsi öçün önünü almak için diyeti kurumsallaştırmaya çalışmışlardır.

Feodal dönemde de şahsi öç, alınan tedbirlere karşın varlığını sürdürmüştür. Ortaçağda yargılama, kamusal bir görünüm sergilememektedir. Siyasal iktidarın parçalanmış yapısına koşut olarak, yargılama yetkisi de bütünlüklü bir yapı göstermemektedir. Bu anlamda senyörlerin yargılama yetkisiyle, kilisenin yargılama yetkisi çoğu zaman çatışmaktadır. Ticaretin gelişmesiyle kentsel hayatın başlaması, cezalandırmayı da farklılaştırmıştır. Kent yargısı artık yargılamada bir taraf gibi davranmakta, para cezalarının bir bölümünün alacaklısı olmaktadır. Ancak güvenlik sorunu, kent hayatı deneyimin sonunu getirmiştir. Gelişen burjuva sınıfının güvenlik ihtiyacı, siyasal iktidarı güçlendirmiştir. Avrupa, XVI. ve XVII. yüzyılda mutlak monarşilere sahne olmuştur. Merkezileşmiş güçlü iktidar, cezalandırma alanında da kendini hissettirmiştir. Bu mutlaklığın cezalandırmadaki simgesi,

⁴⁷ Özdek, s. 25-32

⁴⁸ Özdek, s.38-40

bedensel cezalardır. Mutlak iktidar, bedensel cezalar üstünden gücünü dışa vurmakta diğer taraftan, infazı törensel bir ayine çevirerek azap üstünden izleyenlere mesaj vermektedir. Ancak; kapitalizmin gelişmesiyle güvenlik sorunu artık bedensel cezalar üstünden çözümlenemez duruma gelmiştir. Burjuva sınıfının çıkarları da, mutlak monarşiyle çelişmeye başlamıştır. Burjuvazinin projesi artık, sınırlandırılmış devlettir. Mutlak monarşi, bazı alanlarda reforma gitmiştir. Kapatma ve hapsetme pratiklerinin şekillendiği dönem, burjuvazinin güvenlik ihtiyacının uç noktalara taşındığı bu yüzyıldır. Kırsal yaşamın çözülmesiyle işsiz kalan, yoksullaşan kitlelerin isyan potansiyellerinin bastırılması artık iktidarın öncelikli sorunu olmuştur. Hapishane, artık bir cezaya dönüşmüştür ve bedenleri, ruhları disipline etme işleviyle sahnededir. Sadece bedenleri disipline etme değil, onları üretken kılma da hedeflenmektedir. Ayrıca hapishane bu tehlikeli sınıfların gözetlenmesi için de bulunmaz olanaklar sunmaktadır.

XIX. yüzyılın gözde kavramı yine “tehlikelilik”tir. Ama bu tehlikelilik, patolojik bir bakışla teorize edilmektedir. Pozitif Okul, tehlikeliliğe vurgu yaparken, iktidarların tehlikelilik üstünden gelişen pratikleri için de teorik katkı sunmaktadır. Hapishane ve ıslah, bütün eleştirilere rağmen altmışlı yıllara kadar hakim bir model olarak benimsenmiştir. Küreselleşme süreciyle birlikte, hapishanelerin suçlulukla mücadele edemediği eleştirileri ve ceza sisteminin sertleştirilerek suçluluğun önlenmesi önermeleri güçlenmiştir. Süreç ilginç şekilde, hapsetme pratiklerinin geliştiği dönemle benzerlik taşımaktadır. Kapitalizmin gelişmesi nasıl kalabalık bir yoksullar kitlesi yarattıysa, küreselleşme de benzer bir kitle yaratmıştır. Ve şimdi bu yoksul kitlelerin öfkesinden, isyanından korkulmaktadır. Reform paketlerini şekillendiren temel dinamiğin, bu korku olduğu söylenebilir. Çözüm, bu kitleyi tümünden yığınlaştırıp, dışlamak mıdır? Yoksa Foucault’un çözümlemelerine uygun yeni teknikler geliştirilecek midir? Yoksullukla birlikte suçluluğun artması, pek çok ülkede antidemokratik reform paketlerinin hayata geçmesi için meşru bir zemin yaratmıştır. Pek çok ülkede yaşama geçen bu yasalar cezaları sertleştirmekte, hapishaneyi disipline etme üstünden tekrar kurmaktadır. Ayrıca beden üretkenliği de, hem devlet hem de özel sektör tarafından kullanılmaktadır.

Kaynakça

- Ayman Güler, Birgül, "Devletin yeniden yapılandırılması", *Düşün Dergisi*, S.7, 2000, s.7
- Bauman Zygmunt, Çalışma, Tüketim, Yeni Yoksullar, Çev: Ümit Öktem, Ankara: Sarmal Yay., 1999
- Beccaria Cesare, Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi, Çev: Muhiddin Gök-lü, İstanbul: İnkılap ve Aka Kitabevi
- Bloch Marc, Feodal Toplum, Çev: M. A. Kılıçbay, 4.b., Ankara: Doğu Batı Yayınları, 2005
- Centel Nur, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 1.b., İstanbul: Beta Yayınevi, 2001
- Cohen Stanley., Visions of Social Control: Crime, Punishment and Classification, Po-lity Press, Cambridge, 1985
- Foucault Michel, Büyük Kapatılma, Çev: Işık Ergüden-Ferda Keskin, 2.b., İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2005
- Foucault Michel, Hapishanenin Doğuşu, Çev: Mehmet Ali Kılıçbay, 2.b., Ankara: İmge Kitabevi, 2000
- Foucault Michel, Toplumun Savunmak Gerekir, Çev: Şehsuvar Aktaş, 3.b., İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2000
- Garçon E., Ceza Hukuku Menşe, Tekamül ve Halihazır Vaziyeti, Çev: Sulhi Dönme-zer-Naci Şensoy, *İHFM*, C.11, İstanbul, 1945, s.300-304
- Göze Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 7.b., İstanbul: Beta Yayınevi, 1995
- Günther Klaus, "Ceza İnfaz Hukukunun İnsan İmgesi", Çev: Nezih Pala, İnfaz Huku-kunun Sorunları, Ankara: Goethe Institut-Başkent Üniversitesi Sempozyumu, 2000
- Habermas Jurgen, Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akıbeti, İstanbul: Bakış Yayın-ları, 2002
- Haspolat Evren, Neoliberalizm ve Baskı Aygıtının Dönüşümü Türkiye'de Özel Gü-venliği Gelişimi, 1.b., Ankara: Nota Bene Yay., 2012
- Ohmae Kenichi, "The Rise of the Region State", *Foreign Affairs*, C.72,2, 1993, s.78
- Özdek Yasemin, "Küreselleşme Sürecinde Ceza Politikalarındaki Dönüşümler", *Amme İdaresi Dergisi*, C.33, 2000, s.21-40
- Özkazanç Alev, "Örgütlü Modernliğin Çözülmesi Sürecinde Suçun Yeniden Siyasal-laşması", Ed:Yasemin Özdek, Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları, Ankara: Tür-kiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 2002
- Paşukanis Evgeny B., Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm, Çev:Onur Karahanoğulları, 1.b., İstanbul: Birikim Yayınları, 2002
- Pierson Christopher, Modern Devlet, Çev: D. Hattatoğlu, İstanbul: Çiviayazıları. (t.y.)
- Poggi Gianfranco, Modern Devletin Gelişimi Sosyolojik Bir Yaklaşım, Çev: Ş. Kut ve B. Toprak., İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2001

- Şaylan Gencay, Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi, 2.b., Ankara: İmge Kitabevi, 2003
- Şenel Alâeddin, Siyasal Düşünceler Tarihi, 6.b., Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 1996
- Taner Tahir, Ceza Hukuku, 3.b., İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953
- Toroslu Nevzat, “Cezai Sorumluluğun Gelişimi”, *YD*, C.16, S.1-2, 1990
- Toroslu Nevzat, “Ceza Hukukunda Okullar”, Prof. Dr. Nurullah Kuntere’e Armağan, İstanbul, 1998
- Vecchio Giorgio Del, “Ceza Adaleti ve Zararın Tazminine Dair Deneme”, Çev. A. Rekin Teksoy, *İHFM*, C.21, S.1-4, İstanbul, 1957
- Yiğiter Cenk, Feodal Dönemden Modern Döneme Geçişte Cezalandırma İktidarının Dönüşümü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2005

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARLARININ DENETİMİNDE KANUN YOLU SORUNU

REMEDY PROBLEM ON THE SUPERVISION OF THE SUSPENSION OF THE PRONOUNCEMENT OF THE JUDGMENT

Ali Tanju SARIGÜL*

Özet: Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı sadece itiraz kanun yoluna başvurulabilmektedir. İtiraz incelemesinin kapsamına ilişkin kanunda açık bir düzenleme olmadığından genel itiraz hükümlerinin uygulanması gerekmektedir ve Yargıtay'ın içtihatları, itiraz mahkemesinin objektif koşullar yanında esasa ilişkin inceleme yapması gerektiği yönünde değişmiştir. Bu incelemenin kapsamı; adil yargılanma hakkı, etkili kanun yoluna başvuru hakkı ve cezai konularda temyiz hakkı (kararın bir üst merci tarafından gözden geçirilmesi) ile doğrudan ilgili olup, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki mevcut düzenlemenin sanık ve mağdurlar yönünden ne derece yeterli güvence teşkil ettiği tartışmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, İtiraz Kanun Yolu, İtiraz İncelemesinin Kapsamı, Adil Yargılanma Hakkı, Etkili Bir Hukuki Yola Başvuru Hakkı, Cezai Konularda Temyiz Hakkı

Abstract: Objection is the only remedy that can be applied to suspension of pronouncement of judgment. Because there is no clear regulations concerning the scope of the review of objection, general provisions on objection should be applied. Case law of the Appeal Court has changed in the direction that the objection court should review merits of the case besides objective conditions. The scope of this review is directly related to the right to a fair trial, the right to an effective remedy and the right to appeal in criminal matters (to be reviewed by a higher tribunal). It is under debate whether the existing regulations in the Criminal Procedure Code contains sufficient assurance in terms of the accused and the victims.

Keywords: Suspension of The Pronouncement of The Judgment, Objection, Scope of Review of The Objection, Right to a Fair Trial, Right to an Effective Remedy, Right to Appeal in Criminal Matters

* Dr., Askeri Yargıtay 3. Dairesi Üyesi

I. GİRİŞ

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kurumu Türk Hukuk Sisteminde oldukça yeni olmasına rağmen, mehzaz Alman Ceza Kanunu ile karşılaştırıldığında oldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir.¹

Bu geniş uygulama kapsamı, HAGB kurumunun uygulanması için gerekli objektif ve sübjektif koşulların yorumlanması, hukuki sonuçları ve kanun yolu denetimi gibi birçok sorunu ön plana çıkarmaktadır.

Bu makalenin konusunu, HAGB uygulamasında en tartışmalı noktalardan birisini oluşturan, HAGB kararlarına karşı kanun yolu (itiraz) incelemesinin kapsamı oluşturmaktadır.

¹ Rakamlarla somutlaştıracak olursak, Alman Hukuku'nda 2009 yılı verilerine göre yetişkinler yönünden toplam cezaların sadece % 1.08'ini hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları oluşturmakta, gençler yönünden ise bu oran % 2'ye teka-bül etmektedir (Rudolf Brunner/ Dieter Dölling, Jugendgerichtsgesetz Kommentar, Berlin, 2011,s.189).

1980 yılında (yetişkinler yönünden) hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı sayısı 1.309 iken, bu rakam her geçen yıl artmış, 2009 yılı itibariyle 7.930 rakamına ulaşmıştır (Marcel Arendt, Quo vadis, Geldstrafe, Möglichkeiten und Grenzen einer ambulanten Sanktion, Frankfurt, 2012,s.20-21). Alman yaptırım sistemine ilişkin istatistiki verilere göre toplam cezaların % 80.6' sını adli para cezaları, geri kalan 18.3' ünü ise hürriyeti bağlayıcı cezalar oluşturmaktadır.

Buna karşılık; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, hukukumuzda yeni olmakla birlikte, (Alman Ceza Hukuk sisteminden farklı olarak) yaygın bir uygulama alanına sahiptir ve ceza muhakemesi süreci büyük bir oranda hükmün açıklanmasının geri bırakılması aşamasına kadar gelmektedir.

2014 yılı istatistiklerine göre, ceza mahkemelerinde verilen karar sayısı 3.929.262, mahkûmiyet hükümlerinin toplam sayısı 1.455.983, hükmün açıklanmasının geri bırakılması toplam karar sayısı ise 681.275' dir. Bu istatistiki verilere göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları, toplam karar sayısının % 17,3' ünü teşkil etmektedir. Mahkûmiyet hükümleri ile kıyaslandığında ise, % 46.8 gibi hayli yüksek bir orana tekabül etmektedir. Bkz. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2014/33.pdf (erişim tarihi: 12.1.2016) Benzer düşünce ve istatistiki değerlendirmeye için bkz. Fahri Gökçen Taner, "Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Evresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/4, s.295; İhsan Baştürk, Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi, Ankara, 2014, s.148.

Türk ve Alman Hukuku'nda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumlarının karşılaştırılması için bkz. Ali Tanju Sarıgül, Türk ve Alman Hukuku'nda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2015, S.118, s.125-162.

Bu tartışmalı konu ile ilgili mehz Kanun ile karşılaştırma yapabilmek adına, mehz Alman Ceza Hukuku'ndaki genel itiraz hükümleri ile hükmün açıklanmasını geri bırakılması kurumuna ilişkin düzenlemelere de yer verilmeye çalışılmıştır.

II. ALMAN CEZA USUL KANUNU'NDAKİ İTİRAZA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Alman Ceza Hukuku sisteminde hüküm niteliğinde olmayan kararlara karşı ilke olarak itiraz kanun yolu öngörülmüştür.² Ancak hükümle maddi içeriği ve zamanı itibariyle bağlantısı bulunan, istinaf ya da temyiz aşamasında incelenecek olgular, itiraz kanun yolunda incelenmemektedir.

Alman Ceza Usul Kanunu (StPO)³ m.305'deki düzenlemeye göre; *“Mahkemenin hükmü açıklamasından önce verdiği kararlar itiraza tâbi değildir. Fakat tutukluluk, gözlem altına alınma, el koyma, sürücü ehliyetinin geçici olarak alıkonulması, mesleğin icrasından geçici mahrum bırakma veya üçüncü kişilerin etkileneceği her türden koruma tedbirlerine hükmedilmesi kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurma hakkı saklıdır”*.

StPOm.305'deki bu düzenleme usuli bir gereklilik olarak nitelendirilmektedir.⁴ Bu sayede yargılamada gecikmenin ve aynı olgunun iki farklı kanun yolu merci tarafından denetlenmesinin önüne geçilmektedir.⁵

Özellikle, hükümle birlikte denetlenemeyecek olan tedbir niteliğindeki kararlar ile usuli yönden hükme esas teşkil etmeyen zorunlu müdafî tayini, katılma talebinin reddi gibi kararlar doğal olarak itiraz kanun yoluna tabidir.⁶ Mahkemelerin verdiği ara kararı niteliğindeki ve hükme esas teşkil etmeyen, diğer bir deyişle hüküm ile maddi ve içeriksel bağlantısı bulunmayan kararlar bakımından itiraz kanun yoluna başvurma olanağı getirilmiştir.⁷

² Hans Heiner Kühne, Strafprozessrecht, Heidelberg, 2003, s.524.

³ Strafprozessordnung-StPO

⁴ Lutz Meyer Gossner/Jürgen Cierniak, Strafprozessordnung, München, 2009, s.1195.

⁵ Kühne, s.525; Gossner/Cierniak, s.1195.

⁶ Gossner/Cierniak, s.1196.

⁷ Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul, 2010, s. 1671. Veli Özer Özbek/Serkan Meraklı, “Karar İncelemesi, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 2013, Cilt: 19, Sayı: 2,

Genel itiraza ilişkin StPO m.304 uyarınca; ilk derece mahkemesi ile istinaf mahkemelerinin ara kararlarına ve başkanın kararlarına, ön soruşturmadaki hâkimin ve naip veya istinabe olunan hâkimin kararlarına karşı itiraz yolu tanınmıştır. Tanık, bilirkişi ve diğer şahıslar da yargılama süjesi olmalarına bakılmaksızın, kendilerini ilgilendiren mahkeme ara kararları ile hâkim kararlarına karşı itiraz yoluna başvurabilirler.

Federal Temyiz Mahkemesi ile eyalet yüksek mahkemelerinin ara karar ve hâkimlik kararlarına karşı ise itiraz yolu tanınmamıştır. Fakat eyalet yüksek mahkemelerinin ilk derece mahkemesi olarak yetkili olduğu işlerde, StPO m. 304'de sayılan tutuklama, gözlem altına alma, el koyma ve maddede sayılan diğer kararlara karşı kanun yoluna başvurulması mümkündür.

StPO m.306/II uyarınca; kararına itiraz edilen mahkeme veya başkan, itirazı temelli (*esaslı, begründet*) bulursa, isteğe uygun olarak kararı düzeltebilir; aksi takdirde derhal, en geç üç gün geçmesinden önce itirazı, onu inceleyecek olan mahkemeye iletmeye mecburdur.

StPO m. 308'de ise itiraz mahkemesinin yetkileri düzenlenmiştir. İtiraz mahkemesi araştırma yapılmasına karar verebileceği gibi, kendisi de araştırma yapabilir.

İtiraz davası üzerine karar, sözlü duruşma yapılmaksızın verilir; uygun hallerde savcılık dinlenir. İtiraz davası temelli bulunursa, itiraz mahkemesi aynı zamanda esas hakkında gereken kararı da verir (StPO m.309). İtiraz mahkemesi, yasada sınırlayıcı bir düzenleme bulunmadıkça takdir yetkisine taalluk eden hususları da inceleyip esas hakkında karar verebilir.⁸

İtiraz mahkemesi sadece sınırlı istisnai durumlarda dava dosyasını geri gönderebilir.⁹ İtiraz incelemesi yapan mahkemenin gideremeyeceği nitelikte bir muhakeme engeli söz konusu ise ya da zorunlu nitelikteki sözlü dinleme kuralına uyulmamış olması¹⁰ ve görevini yapmaktan kanun gereğince yasaklanmış hâkimin hükme katılma-

s.225.

⁸ Hamburg MDR 70, 255; Schleswig NJW 76, 1467; Gossner/Cierniak, s.1202.

⁹ BGH NJW 64, 2119;

¹⁰ KG NStZ 99, 320; Düsseldorf StV 87, 257; Koblenz NStZ 84, 189.

sı¹¹ gibi hukuka kesin aykırılık durumlarında itirazın geri çevrilererek kararına itiraz edilen mahkemeye gönderilmesi gerekmektedir.¹² Ayrıca asıl mahkemesince itiraz dilekçesi haksız olarak kabul edilebilirlik yönünden reddedilmiş ise (örneğin yer yönünden yetkisizlik gerekçesiyle)¹³ ve maddi olguya ilişkin karar tamamen eksik ise (*sachliche Entscheidung völlig fehlt*) itiraz dilekçesinin asıl mahkemesine geri gönderilmesi söz konusudur.

Ancak itiraz dilekçesinin maddi olgu denetimi yapılmaksızın reddedilmesi gereken durumlarda, itirazın asıl mahkemesine iadesi söz konusu olmayacaktır.¹⁴ Dolayısıyla itiraz dilekçesinin kabul edilebilirlik yönünden yapılan denetiminde; süre (*kanuni sürenin geçmesi*), dava ehliyeti (*itiraz hakkının yokluğu*) ve konu yönünden (*karara itiraz edilemeyecek olması*) kabul edilemez olduğu değerlendirildiğinde, itiraz incelemesinde esasına girilmediğinden itirazın reddedilmesine karar verilecektir.

İtiraz mahkemesince büyük ölçüde davanın esasına hükmetmek mecburiyeti olduğundan, asıl mahkemesi tarafından belli maddi olguların ya da delillerin karar verilirken göz önüne alınmadığı gerekçeyle dosyanın geri gönderilmesine karar verilmesi mümkün değildir, aksine itiraz mahkemesi kendisi karar vermekle görevlidir. Tüm mahkemelerin bu kural ile bağlı olduğu mahkeme içtihatlarına yansımıştır.¹⁵

İtiraz, hukuki olgu denetiminin yanı sıra maddi olgu denetimini de içermektedir.¹⁶ Bu nedenle itiraz mahkemesi karar vermeden önce gerekli gördüğü araştırmaları yapar (StPO m.308/II). Taleplerle bağlı olmaksızın inceleme ve araştırmaları kendisi yapabileceği gibi, Savcılık ya da kolluktan bu konuda yardım rica edebilir.¹⁷ Ancak bu araştırma yetkisi sınırsız olmayıp, soruşturma makamının bilinmesini isteyebileceği itiraza konu kararın koşullar ve delillerinin tespitine ilişkin

¹¹ KG JR 67, 266; Bremen NJW 66, 605; Saarbrücken NJW 66, 167.

¹² Gossner/Cierniak, s.1203.

¹³ Stuttgart NStZ 91, 291.

¹⁴ Gossner/Cierniak, s.1203.

¹⁵ Karlsruhe NJW 74, 709, 712; Düsseldorf MDR 93, 375.

¹⁶ Gossner/Cierniak, s.1190.

¹⁷ KG JR 67, 69.

olmalıdır.¹⁸ Yeni tespit edilen olgular taraflardan birinin aleyhine değerlendirilebilecek ise, o yargılama süjesinin bu yeni olgu hakkında StPO m.33/III uyarınca dinlenilmesi gerekir.¹⁹

Maddi olgu denetiminin de yapılacak olması nedeniyle itiraz aşamasında yeni maddi vakıalar ileri sürülebilir, bunlar itiraz mahkemesince göz önüne alınabilir.²⁰ İtirazı inceleyecek merciin yetkisi bakımından itiraz kanun yolunda yapılacak incelemede maddi gerçeği araştırma ilkesi geçerlidir.²¹

Mehaz Alman Ceza Usul Kanunu'nun hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına ilişkin kanun yolu hükümleri incelendiğinde ise (StPO md.313/1);15 günü geçmeyen adli para cezasına ilişkin HAGB kararları (*Verwarnung mit Strafbefehl*) yönünden istinaf²², diğer HAGB kararları yönünden ise temyiz kanun yolunun öngörüldüğü, sanığın/müdafiin talebine göre de istinaf ya da temyiz kanun yolunda incelenmesinin mümkün olduğu görülmektedir.²³

Mehaz Kanundaki düzenlemelerin esasını, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararın, hükümden önce verilen ve hükmün esasına taalluk eden bir karar olarak kabul edilmesi oluşturmaktadır.

StPO'da, CMK 'dan farklı olarak aynı olgunun iki farklı kanun yolu merci tarafından denetlenmesi, dolayısıyla itiraz ile temyiz (istinaf) kanun yolları arasında bir yetki ve kapsam sorunu olmadığından,

¹⁸ KG JR 67, 69; LG Köln StV 83, 275.

¹⁹ Gossner/Cierniak, s.1201. StPO m.33/III'de; hakkında henüz dinlenmemiş bulunduğu olaylar veya toplanan delillerin neticeleri kendisi aleyhine değerlendirilmeden önce, ilgili süjenin dinlenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

²⁰ Gossner/Cierniak, s.1190.

²¹ Özbek/Meraklı, s.227.

²² Gossner/Cierniak, s.1209. Kanun metni için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_313.html (erişim tarihi: 21.3.2016)

²³ Mehaz Kanunda (StPO) muhakemeyi basitleştirmek gayesiyle doğrudan temyiz kanun yolu düzenlenmiştir. Hakkında istinaf davası açılabilen bir son karar, istinaf yoluna başvurmaksızın, doğrudan temyiz (sıçrama yoluyla temyiz, sprungrevision) edilebilir (StPO m.335). Bu sayede maddi olgudan hiçbir şüphesi bulunmayan, ancak hukuki sorunun aydınlatılması talep edilen kanun yolu başvurusunda, ikinci kez maddi olgu denetimi yapılmasından tasarruf edilmektedir. Bkz. Theodor Kleinknecht/Karlheinz Meyer/Lutz Meyer Gossner, Strafprozessordnung, München, Band 6, 2001, s.1080; Ali Tanju Sarigül, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, Ankara, 2012, s.159 (Sarigül-İstinaf).

hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama kapsamının darlığı da dikkate alındığında, bu kararların denetimi yönünden bir tartışmabulunmadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

III. 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NDAKİ DÜZENLEMELER

HAGB kararlarına karşı kanun yolu konusunu Türk Ceza Muhakemesi Hukuku açısından incelediğimizde; kanun yolunun itiraz olduğunun 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) açıkça düzenlenmiş olduğu görülmektedir (m.231/12).

Ceza Muhakemesi sistemimizde temyiz kanun yolu, yalnızca hükümler bakımından kabul edilmiştir. Hükümler ise CMK'nın 223'üncü maddesinde sınırlı olarak sayılmış olup, hüküm niteliğinde olmayan HAGB kararları bunlar arasında yer almamıştır.²⁴

Mehaz Alman Ceza Kanunu (StGB)²⁵ uygulamasından farklı olarak, sanığın yargılandığı suçlardan bir kısmı hakkında hükmün açıklanması, diğer bazı suçlardan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi imkân dâhilindedir.²⁶ Bu durumda açıklanan hükme karşı temyiz kanun yoluna, HAGB kararına karşı ise itiraz yoluna başvurulabilir.²⁷

²⁴ As.Yrg.Daireler K., 14.5.2009, E.2009/1, K.2009/64.

²⁵ Strafgesetzbuch-StGB

²⁶ StGB uygulamasında; aynı Mahkeme kararında aynı sanıkla ilgili olarak, hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi ve adli para cezası nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi olanaklı değildir (Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, München, 2007, s.406).

StGB m.59'daki düzenlemede uyarınca; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun hürriyeti bağlayıcı cezalarda uygulanma alanı bulunmayıp, sadece yüz seksen gün birimine kadar adli para cezasını gerektiren suçlarda uygulanabilmektedir.

Aynı kişi tarafından birden fazla suç işlendiği takdirde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için toplam cezanın adli para cezası olması ve kanunda belirtilen sınır içerisinde kalması (yüz seksen gün birimi) gerekmektedir. Bir başka deyişle, StPO m.59c uyarınca adli para cezaları toplanmakta ve toplam cezaya göre değerlendirme yapılmaktadır (NStZ 82, 258; Kühl, s.406).

²⁷ YCGK., 25.9.2007, E.2007/1-183, K.2007/190. Kararda, aksi takdirde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı itiraz merciinin Yargıtay olacağı, bu durumun Anayasanın 142. maddesindeki "mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri kanunla düzenlenir" hükmüyle çelişeceği belirtilmiştir.

Kararda, yargılama sonucunda verilen karar ve hükümlerin farklı merciler tarafından denetlenmesinin yaratacağı zaman kaybının önlenmesi ve eş zamanlı

CMK'da hükümün açıklanmasının geri bırakılmasında itiraz usulü ve merci ile ilgili özel bir düzenleme bulunmadığından genel itiraz hükümleri uygulanması gerekmektedir (m. 268 vd.).

CMK'da; "*Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.*" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir (m.267). İtirazın konusunu hüküm adı verilen son kararlardan önce verilen ve son karara esas teşkil etmeyen ara kararları oluşturmaktadır.²⁸ Ancak mehz Kanun'dan farklı olarak, CMK'da itiraza ilişkin düzenlemede hükümle maddi içeriği ve zamanı itibariyle bağlantısı bulunan, temyiz (faaliyete geçtiğinde istinaf) aşamasında incelenecek olguların itiraz kanun yolunda incelenmeyeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

CMK'nın itiraza ilişkin genel hükümleri incelendiğinde; öncelikle belirtmek gerekir ki, itiraz mercii, sadece başvuruda hatalı olduğu iddia edilen noktaları inceleyecektir. Ayrıca itiraz mercii, hukuki sorunla birlikte maddi sorunu da ele alabilmekte, gerekli gördüğü inceleme ve araştırmayı kendisi yapabileceği gibi, bunun yapılmasını da emredebilmektedir (m.270).²⁹ Bu soruşturma dolayısıyla örneğin keşif yapılabilir, tanık dinlenebilir.

İtiraz incelemesi kural olarak evrak üzerinde ve duruşmasız olarak yapılabilir. İtiraz merci, ancak delil tartışmasını gerektirmeyen konuları ele alabilir ve karara bağlayabilir. Dolayısıyla duruşmada kanıtlarla doğrudan temas etme olanağı bulunmayan merciin, kanıt değerlendirmesi yaparak yeni bir hüküm tesisi, itiraz kurumunun niteliğine aykırıdır.³⁰

İtiraz yoluna başvurabilecekler ise, kanun yoluna başvurma ehliyetine ilişkin genel hükümler kapsamında belirlenecektir (m. 260 vd.)³¹.

denetim yapılabilmesini sağlamak için, mahal mahkemesince dosyanın onaylı suretinin çıkartılıp aslı ve onaylı suretlerinin ayrı ayrı ilgili denetim mercilerine gönderilmesi önerilmektedir.

²⁸ Devrim Aydın, "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2006, S.65, s.71.

²⁹ Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2014, s.335; Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İkinci Kitap, İstanbul, 2006, s. 1332.

³⁰ Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2010, s. 738.

³¹ "Kanun yolu ehliyeti" ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sarıgül- İstinaf, s.37 vd.

IV. YARGITAY KARARLARINDA HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARLARINA KARŞI İTİRAZ İNCELEMESİNİN KAPSAMI

A. YARGITAY CEZA GENEL KURULUNUN 3.2.2009 TARİHLİ, E.2009/4-

13, K.2009/12 SAYILI KARARI

Yargıtay'ın, HAGB kararlarının kanun yolu denetiminin kapsamına ilişkin kararlarını ve özellikle 2013 yılına kadar olan dönemde emsal niteliğindeki Yargıtay Ceza Genel Kurulunun (YCGK)'nun 3.2.2009 tarihli, E.2009/4-13, K.2009/12 sayılı kararını incelediğimizde;

İtiraz kanun yolunda yapılacak incelemenin, suç ve sanığa ilişkin objektif uygulama koşullarının var olup olmadığı ile sınırlı olduğu, mahkûmiyet kararının bünyesine dâhil olan hususların itiraz kanun yolunda incelenemeyeceği, aksi durumda, temyiz merciin görevinin itiraz merci tarafından yerine getirilmesine neden olacağı belirtildiği görülecektir.

İtiraza tabi kararın mahkûmiyet hükmü değil, HAGB kararı olduğu, bu nedenle itiraz üzerine kararı veren mahkemenin ve itiraz merciinin yetkisinin bu karar ile sınırlı olması gerektiği vurgulanmaktaydı.³²

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hallerde, mahkûmiyet hükmünün açıklanmamış durumda olduğu, dolayısıyla mahkûmiyet kararının bir hüküm olduğu ve temyiz kanun yoluna tabi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte, mahkûmiyet kararı açıklanmadığından hukuken varlık kazanmamış olduğu, ancak hükmün açıklanması, düşme kararının verilmesi veya yeni bir mahkûmiyet hükmünün tesisinden sonra temyiz incelemesine konu olabileceği ifade edilmekteydi.³³

Kararda; itiraz kanun yolu ile, HAGB için maddenin 6. fıkrasında belirtilen koşulların bulunup bulunmadığı, mahkûmiyet hükmündeki

³² YCGK, 3.2.2009, E.2009/4-13, K.2009/12 (UYAP).

³³ YCGK, 22.5.2012, E.2011/8-498, K.2012/201; YCGK, 26.9.1010, E.2010/11-70, K.2010/159 (UYAP).

cezanın tür ve miktar olarak HAGB kapsamında kalıp kalmadığının (2 yıl ve altında hapis cezasına hükmedilip hükmedilmediği) incelenebileceği belirtilmekte, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hukuka aykırılık yönünden yapılacak itiraz denetiminin, hükmolunan hapis cezasının ertelenmesi veya kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilmesi yasağına uyulup uyulmadığı (f. 7), deneme süresinin yasaya uygun tayin edilip edilmediği ve denetim süresi içinde yüklenecek denetimli serbestlik tedbirinin ve yükümlülük süresinin yasaya uygun olup olmadığı (f.8) hususlarını içerebileceği vurgulanmaktadır.

Mahkûmiyet hükmünün temelini oluşturan suçun unsurlarının oluşup oluşmadığının, suçun niteliğinin, hükmedilen cezanın tür veya miktarını değiştirerek HAGB kararı verilmesini engelleyecek vasıfta bulunup bulunmadığının, hâkimin takdir yetkisinin yasaya uygun kullanılıp kullanılmadığı, cezanın doğru bir biçimde saptanıp saptanmadığı gibi hususların temyiz kanun yolu ile incelenmesinin gerektiği, HAGB kararı verilmesini müteakip, denetim süresi içinde veya sonunda CMK'nın 231. maddesinin 10 ve 11. fıkralarında belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumuna göre hükmün açıklanması veya yeni bir mahkûmiyet hükmü kurulması ya da düşme kararı verilmesi halinde, bu kararların hüküm niteliğinde olması nedeniyle temyize tabi olacağı belirtilmektedir.

Yargıtay, itiraz edilmeksizin kesinleşen HAGB kararları hakkında kanun yararına bozma istemlerine ilişkin olarak ise; henüz hukuken varlık kazanmamış hükümdeki hukuka aykırılıkların olağan kanun yolu denetim süreci sonlanmadan, olağanüstü bir kanun yolu denetimi olan “kanun yararına bozma” kanun yolu ile denetlenebileceğini kabul etmenin, kanun yollarına hâkim olan temel ilkelere aykırılık oluşturacağını, her iki kanun yolunun gerek başvuru koşulları, gerekse sonuçlarındaki farklılıklar ile konuluş nedenleri (*ratio legis*) dikkate alındığında, ileride telafisi mümkün olmayan sorunlara da yol açabileceğini belirtmekte, bu nedenle HAGB kararına itiraz aşamasında kanun yararına bozma kanun yolu ile incelemenin de mümkün olmadığına vurgu yapmaktadır.³⁴

³⁴ YCGK, 22.5.2012, E.2011/8-498, K.2012/201; YCGK, 26.9.2010, E.2010/11-70, K.2010/159 (UYAP); Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ankara, 2012, s.762.

Ayrıca, itiraz merciin itiraz konusu dışına çıkarak sonuç cezaı da değiştiren kararının hukuka uygun olmadığı, bu bağlamda itiraz merciinin cezanın kişiselleştirmesi ile ilgili uygulamayı denetleme yetkisinin bulunmadığı Yargıtay kararlarına yansımıştır.³⁵ Ancak, mahkemenin takdir yetkisini somut gerekçelere dayandırması gerektiğinden, takdir yetkisinin yerinde kullanıp kullanmadığının denetlenebilmesi gerekmektedir.³⁶

**B. YARGITAY CEZA GENEL KURULUNUN 22.1.2013 TARİHLİ,
2012/10-534 E,2013/15 K.SAYILI KARARI VE SONRASI UYGULAMA**

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22.1.2013 tarih ve 2012/10-534 E. 2013/15 K. Sayılı Kararı ile önceki (YCGK'nun 3.2.2009 tarihli, E.2009/4-13, K.2009/12 sayılı kararındaki) görüşünden tamamen vazgeçtiğı görülmektedir.

Bu ve bundan sonra verilen birçok Yargıtay kararında; itiraz incelemesinin sadece m.231/6'daki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğı ile sınırlı olmayacağı, bu inceleme kapsamında sübuta ilişkin değerlendirme de yapılabileceğı vurgulanmıştır.

İtiraz incelemesinin HAGB kararının hem maddi, hem de hukuki yönden incelenmesini gerektirdiğı, itiraz merci tarafından ihtiyaç

³⁵ Y.4.CD, 7.10.2009., E.2009/20718, K.2009/15761. "İtiraz mercinin yetkisi,...5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231/6. maddesinde üç bent halinde sıralanan uygulama koşullarının varlığını denetlemekle sınırlıdır. Eylemin sanık tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğı, suç oluşturup oluşturmadığı, nitelendirmenin isabetli olup olmadığı....CMK. nın 231/7. maddesi hükmüne uyulup uyulmadığı ve benzeri gibi geniş kapsamlı bir hukuka uygunluk denetiminin yapılması olanaklı değildir. Yasa koyucunun amacının da, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesi uyarınca verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, yetki aşımına neden olacak nitelikte geniş kapsamlı bir uygulamaya tabi tutulması olmadığı açıktır. Yapılan açıklamaya göre, itiraz mercinin, CMK'nın 231/6.maddesinde sayılan koşulları irdelerek ulaştığı sonucuna göre itirazın reddi veya kabulü yönünde bir karar vermekle yetinmesi gerekirken, işin esasına girip cezanın kişiselleştirilmesiyle ilgili uygulamaları denetleyerek, hem hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, hem de TCK'nin 50, 52. maddelerinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilemeyeceğı gerekçesiyle itirazın kabulüne ilişkin kararının hukuka aykırı olduğı açıktır..."

³⁶ Özbek/Meraklı, s.228-229.

duyulması halinde gerekli inceleme ve araştırmanın yapılması, ya da bunların yapılmasının sağlanmasının gerektiği, itiraz merciince verilen kararların kesin olması nedeniyle mahkemece yeni bir değerlendirme yapılmadan aynı kararın verilmesinin söz konusu olamayacağı, mahkemenin yargılama sonunda vereceği hüküm yeni bir hüküm sayılacağından, verilecek kararın temyiz edilmesi halinde temyiz merciin itiraz merciin belirlediği suç vasfıyla bağlı olmayacağı belirtilmiştir.

Öğretide de, itiraz merciinin sübuta ve suç vasfına yönelik inceleme yapabileceği görüşü savunulmaktadır.³⁷ Aksinin kabulünün, yani itiraz merciince sadece şekli anlamda yapılacak bir denetimin hak arama özgürlüğünün ihlali sayılabileceği, İHAS'nin 13. maddesindeki etkili başvuru hakkının ihlali anlamına gelebileceği, ayrıca ceza muhakemesi hukukunun maddi gerçeğe ulaşma amacıyla da bağdaşmayacağı görüşü vurgulanmaktadır.³⁸

Söz konusu kararda, itiraz merciinin esastan inceleme yapabileceğinin açıkça vurgulanmadığı şeklinde görüşler ifade edilmekte ise de;³⁹ daha sonraki birçok kararda Yargıtay tarafından bu karara atıf yapıldığı ve itirazda esastan inceleme yapılabileceğinin belirtilmiş olması karşısında; artık bu hususta bir tereddüt bulunmadığı kanaatindeyiz.⁴⁰

Ancak bununla birlikte, itiraz merciin denetiminin kapsamının sınırsız olmadığı, örneğin bireyselleştirme gibi mahkemenin takdirine ilişkin hususlarda itiraz merciin değerlendirme yetkisinin olmaması gerektiği öğretide vurgulanmaktadır.⁴¹

22.1.2013 tarihli kararda ayrıca; m.271/2'de yer alan "itiraz yerinde

³⁷ Cumhur Şahin, »Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı», *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, s.290; Özbek/Meraklı, s.229, 235; Halil Çıgılı, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarına İtiraz ve İtiraz Mercii'nin Yetkileri", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 5, Sayı: 18, Temmuz 2014, s.411; Baştürk, s.479-480.

³⁸ Baştürk, s.480.

³⁹ Çıgılı, s.404; Ersan Şen/Mert Maviş, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara, 2014, s. 48.

⁴⁰ Y.5.CD. 27.1.2015, E:2015/1293, K.2015/1708 ; Y.13.CD. 29.12.2014, E:2014/32524, K.2014/37202 ; Y.5. CD, 27.2.2014, E.2014/1878, K.2014/2141; Y.14. CD, 4.2.2014, E.2013/11856, K.2014/1094; Y.4. CD., 12.9.2013, E.2013/9558, K.2013/22068.

⁴¹ Şahin, s. 291; Baştürk, s.476; Enver Kumbasar, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara, 2012, s.227.

görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir” şeklindeki düzenlemenin nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde de durulmuştur.

Söz konusu düzenlemenin, yargı merciin sadece itiraz konusu hakkında karar vermesi şeklinde yorumlanması gerektiği, itiraz konusu dışında dosyanın esası hakkında da yargılamayı sonuçlandıracak (*örneğin görevsizlik kararını kaldıran merciin dosyanın esası hakkında karar vermesi ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını kaldıran merciin hükmü açıklaması gibi*) bir karar vermesi şeklinde yorumlanmaması gerektiği vurgulanmıştır.

Kararda ayrıca, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 26.10.2010 tarih ve 182-209 E.K. sayılı kararına atıf yapılarak, HAGB kararına yapılan itirazı inceleyen merciin, itirazı yerinde görmesi halinde dosyayı gereği için mahkemesine iade etmesi gerektiği belirtilmiştir.⁴²

Esasen CMK’nın 231/12. fıkrasında düzenlenmiş bulunan itiraz ile CMK’nın 267 vd. maddelerinde düzenlenen genel anlamda (olağan) itiraz yolu, itiraz incelemesinin bu yönü itibari ile farklılık arz etmektedir. İtiraz mahkemesince görevli mahkemenin yerine geçerek hükmün açıklanması durumunda iki temel sakınca ortaya çıkmaktadır.

Birincisi; CMK’nın 271/4. fıkrasına göre merciin itiraz üzerine verdiği kararlar kesin olduğundan, açıklanan bu hüküm nedeniyle temyiz ya da istinaf kanun yoluna başvurulması mümkün olmayacaktır.

İkincisi ise; hüküm CMK’nın 271/1. cümlesi uyarınca duruşma açılmaksızın dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda açıklanacağından, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)’nin 6. Maddesindeki “adil yargılama ilkesi” kapsamında ceza yargılamasının vazgeçilmez ilkeleri olan “vasıtasızlık”, “aleniyet” ve “sözlülük” ilkeleri de açıkça ihlal edilmiş olacaktır.

Bu nedenlerle, itiraz merciin HAGB kararında bir hukuka aykırılık görmesi durumunda itirazı kabul edip, gerekçesini de gösterdikten sonra başkaca bir işlem yapmadan, hükmü açıklamak üzere mahkemesine göndermek zorundadır.⁴³

⁴² YCGK, 22.1.2013, E:2012/10-534, K.2013/15; Y.4. CD, 12.09.2013, E.2013/9558, K.2013/22068.

⁴³ Y.13.CD. 29.12.2014, E:2014/32524, K.2014/37202; Ali Rıza Töngür, Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, Ankara, 2009, s.277.

Öğretide; kanunda yer almayan böyle bir sınırlamaya yer vermenin sanığa kanunun tanıdığı kanun yoluna başvurma hakkını hukuka aykırı şekilde sınırladığı şeklinde eleştiriler bulunmakta ise de⁴⁴; Yargıtay'ın bu konudaki kararları yukarıda vurgulandığı şekilde istikrar kazanmıştır.

V. ASKERİ YARGITAY KARARLARINDA İTİRAZ İNCELEMESİNİN KAPSAMI

Askeri Yargıtay ise; itiraz merciince yapılacak incelemenin CMK'nın 231. maddesinin 6. fıkrasında yer alan suça ve sanığa ilişkin objektif uygulama koşullarının var olup olmadığı ile ilgili sınırlı olarak yapılabileceği, mahkûmiyet kararının içeriğindeki hukuka aykırılıkların itiraz kanun yolu ile incelenemeyeceği, aksine yorumun temyiz merciin görevinin itiraz merciince yerine getirilmesine neden olacağı görüşündedir.⁴⁵

Bu görüşe göre, hükmün içeriğindeki hukuka aykırılıkların 231'inci maddenin uygulanma koşullarını değiştirmedeği sürece itiraz merciince denetime konu edilmemesi gerekmektedir.

İtiraz kanun yolunda, mahkûmiyet hükmüne yönelik inceleme yapılamayacağından, mahkûmiyet hükmünün temelini oluşturan; suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı, suçun sübut bulup bulmadığı, suçun niteliği, noksan soruşturma olup olmadığı, hâkimin takdir yetkisini yasaya uygun olarak kullanıp kullanmadığı, kanun maddelerinin uygulanması ve cezanın hesaplanması sırasında hata yapıp yapılmadığı gibi hususların incelenmesine ve bu hususlarda karar verilmesine yasal olanak bulunmamaktadır. Bu husustaki hatalar, mahkemenin geri bıraktığı hükmün açıklanması ve temyize başvurulması hâlinde incelenebilecektir. Öte yandan duruşmada delillerle doğrudan temas etme imkânı bulunmayan merciin, kanıt değerlendirmesi yap-

⁴⁴ Özbek/Meraklı, s.231-232, 235; Caner Gürühan, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2014, s.155-156.

⁴⁵ As.Y.2.D., 21.3.2014, Evrak No: 2014/43, Karar No: 2014/2. Askeri Yargıtay Kararlarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması ve sorun alanları ile ilgili değerlendirme için bkz. Ali Tanju Sarıgül, "Askeri Yargıtay Kararlarında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", *Askeri Yargıtay Dergisi*, Ankara, 2015, s.3-32.

rak, yeni bir hüküm tesisi, itiraz konusunun niteliğiyle de bağdaşmayacaktır.⁴⁶

Askeri Yargıtay kararlarında; hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, esas itibarıyla bünyesinde iki karar barındıran bir kurum olduğu, ilk kararın teknik anlamda hüküm sayılan, ancak açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi nedeniyle hukuken varlık kazanamayan, bu nedenle hüküm ifade etmeyen, koşullara uyulması hâlinde düşme hükmüne dönüşecek, koşullara uyulmaması halinde ise varlık kazanacak olan mahkûmiyet hükmü, ikinci kararın ise, bu ön hükmün üzerine inşa edilen ve önceki hükmün varlık kazanmasını engelleyen HAGB kararı olduğu vurgulanmakta, bu ikinci kararın en temel ve belirgin özelliğinin, varlığı devam ettiği sürece, ön hükmün hukuken sonuç doğurma özelliği kazanamaması kabulünden hareket edilmektedir.

Bu kabule göre, HAGB kararının üzerine inşa edildiği hüküm, bilahare davanın düşmesi kararı verildiğinde veya hükmün açıklanması ya da yeni bir hüküm kurulması halinde varlık kazanacağından ve ancak bu hâlde temyiz edilebilme olanağına kavuşabileceğinden, bu aşamadan önce henüz hukuken varlık kazanmamış bulunan hükmün temyiz merciince denetlenebilme olanağı bulunmamaktadır.

Askeri Yargıtay kararları, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının bu özellikleri sebebiyle, HAGB kararında tespit edilebilecek usule aykırılık ve noksan soruşturma gibi hükmün esasına (içeriğine) ilişkin hukuka aykırılıkların, açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanması veya düşme kararının verilmesinin ardından yapılacak temyiz incelemesi sırasında incelenip değerlendirilebileceği yönündedir.⁴⁷

Askeri Yargıtay'ın HAGB kararlarının kanun yararına bozma yönünden denetimine ilişkin kararları ise Yargıtay ile paralellik arz etmektedir.

Hükmün içeriğindeki hukuka aykırılıkların ancak hükmün hu-

⁴⁶ As.Yrg.Daireler K., 14.5.2009, E.2009/1, K.2009/64; Centel/Zafer, s. 738.

⁴⁷ As.Yrg.Daireler K., 14.5.2009, E.2009/1, K.2009/64, As.Yrg.Daireler K., 12.11.2009, E.2009/118, K.2009/112, As.Yrg. 3.D., 08.10.2013, E.2013/1158, K.2013/1151; As.Yrg. 3. D., 24.6.2014, E. 2014/560, K. 2014/562; As. Yrg. 2. D., 28.1.2015, E. 2015/54, K. 2015/75; As. Yrg. 2. D., 18.2.2015, E. 2015/118, K. 2015/134.

kuken varlık kazanması hâlinde olağan ve olağanüstü kanun yolları denetimine konu olabileceği, henüz hukuken varlık kazanmayan bir hükmün ne olağan, ne de olağanüstü kanun yolu denetimine konu edilmesinin mümkün olmadığı Askeri Yargıtay kararlarında vurgulanmaktadır.

HAGB kararının verildiği durumda hükmün içeriğine dâhil bulunan hukuka aykırılıkların, kanun yararına bozma kanun yoluyla denetlenmesi olanağı bulunmadığı, kanun koyucunun, HAGB kararının üzerine inşa edildiği mahkûmiyet hükmünün olağan kanun yolu olan temyizden incelenmesini dahi yasaklamışken, henüz doğmamış bu hükümdeki hukuka aykırılıkların olağan denetim süreci sonlanmadan, olağanüstü bir kanun yolu olan “kanun yararına bozma” kanun yoluyla denetlenebileceğini kabul etmenin kanun yollarında hâkim olan temel ilkelere açıkça aykırılık oluşturacağı gibi, temyiz ve kanun yararına bozma kanun yolunun gerek başvuru koşulları, gerekse sonuçlarındaki farklılıklar ile olağanüstü bir kanun yolu olan kanun yararına bozma kurumunun konuluş amacı nazara alındığında ileride telafisi mümkün olmayan sorunlara da yol açabileceği ifade edilmektedir.

Diğer taraftan, bir kararın biri olağanüstü, diğeri olağan olmak üzere iki kez aynı temyiz merciince farklı yöntemlerle incelenmesi usul karmaşasına yol açacak ve böyle bir uygulama kanun yollarının konuluş amacına da aykırılık teşkil edecektir.

Askeri Yargıtay Kararlarına göre **hüküm; ancak hükmün açıklanması, düşme kararı verilmesi veya yeni bir mahkûmiyet hükmünün tesisinden sonra temyiz incelemesine konu** olabilecek, temyiz kanun yoluna başvurulmadan kesinleşmesi hâlinde ise, koşulları bulunduğu takdirde kanun yararına bozma yolu ile incelenebilecek ve denetlenebilecektir.⁴⁸

VI. SORUNLAR-DEĞERLENDİRME

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı kanun yolu konusu, özellikle itiraz kanun yolunun kapsamının belli olmaması ve ne derece etkin bir kanun yolu olduğu hususundaki tereddütler dik-

⁴⁸ As. Yrg. 3. D., 23.12.2014, E. 2014/826, K. 2014/847; As. Yrg. 1. D., 28.01.2015, E. 2014/76, K. 2014/81.

kate alındığında, bir düzenleme yapılmadığı sürece, kanaatimizce Yüksek Mahkemeler açısından bir problem alanı olmaya devam edecektir.

Nitekim, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı temyiz yolunun kapalı olması, Anayasa Mahkemesi'nce de tartışılmış bir konudur.⁴⁹

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurularda, ilk derece mahkemesince yapılan itiraz denetiminin usule ilişkin olduğu, HAGB kararı hakkında beş yıl denetim süresince esastan inceleme imkânı bulunmadığı, mahkeme tarafından denetimli serbestlik tedbirleri olarak kişi hürriyetini kısıtlayan yükümlülükler yüklenebileceği, bu durumun Anayasa'nın 2, 5 ve 36. maddeleriyle güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkelerine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarında; HAGB kararlarına itiraz edilebileceği belirtilmekle birlikte, temyiz yolunun kapatılmadığı, itiraz yolunun da verilen kararın bir üst merci tarafından yeniden gözden geçirilmesini sağlayan ve kararın sağlığı bakımından güvence oluşturan kanun yollarından biri olduğu ifade edilmiş, HAGB kararlarının sanık hakkında hukuki sonuç doğuran kesin hüküm niteliğinde olmadığı, deneme süresi sonunda verilecek düşme veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek kararla birlikte temyiz denetiminin mümkün olduğuna vurgu yapılmış, söz konusu düzenlemede Anayasa aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir.⁵⁰

Söz konusu Kararlarda; HAGB uygulaması için beş yıllık bir sürenin öngörülmesi ve bu sürede uygulanmak üzere denetimli serbestlik tedbi-

⁴⁹ Anayasa Mahkemesinin 12.03.2009 tarihli ve 2008/45, 2009/53 E.K.; aynı tarihli 2007/14, 2009/48 ve 2008/106, 2009/54 sayılı Kararları.

⁵⁰ Karşı oy yazılarında ise; itiraz incelemesinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının isabetli olup olmadığına ilişkin olduğu, mahkûmiyet kararının esasının incelenemediği, sanığın maddi olayın ve sanığa yüklenen suçun sübuta erip ermediği hususunda bir üst mahkeme denetiminden yoksun bırakıldığı, bu durumun hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiği belirtilmiştir.

Aynı Kararda bir başka karşı oy yazısında ise; itiraz kanun yolunda, temyizdeki gibi bir hukuk kuralının uygulanmaması ya da yanlış uygulanması nedenine dayalı inceleme yapılamayacağından sınırlı bir inceleme olduğu, temel hak ihlallerine yol açılmaması için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bağlı herhangi bir yükümlülük getirilmemesi veya bu kararlara karşı temyiz yolunun açılması gerektiği ifade edilmiştir.

ri olarak bir kısım yükümlülükler yüklenmesine olanak sağlanmasının kanun koyucunun suç ve suçlulukla mücadele, caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla takdir yetkisine dayanarak kabul ettiği bir sistem olduğu, kurumun yalnızca sanığın menfaat ve çıkarları düşünülerek getirilmiş olmayıp, önemli ölçüde toplum menfaati ve kamu düzeninin korunmasının amaçlandığı, mukayeseli hukukta suç ve suçlulukla mücadele, suç işlenmesinin önlenmesi ve caydırıcılık açısından bu ve buna benzer kurumlara geniş biçimde yer verildiği vurgulanmıştır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu kararın itiraz aşamasında esastan incelenememesinin, dolayısıyla beş yıl süreyle hükmün içeriğine ilişkin inceleme yapılamamasının hukukun genel ilkelerine uyarlı olmadığını düşündüğümüzden, Anayasa Mahkemesi Kararına katılamıyoruz.

Sanığa isnat edilen suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı, suçun sübuta erip ermediği gibi hususların, denetim süresi sonunda açıklanan veya verilen hüküm üzerine Anayasa Mahkemesi Kararında da belirtilmediği üzere temyiz kanun yolu ile incelenebileceği ileri sürülebilir.

Ancak bu durumda, açıklanmayan mahkûmiyet hükmündeki hukuka aykırılıkların denetim süresi sonunda hükmün açıklanması, yeni bir mahkûmiyet hükmü kurulması veya düşme kararı verilmesi anına kadar incelenememesi sonucu ve sakıncası doğacaktır.

Temyiz yolu ile incelenmesi mümkün olan hukuka aykırılıkların denetim süresi sonuna kadar incelenememesi; özellikle noksan kovuşturma hallerinde delillerin karartılması, mahkûmiyet kararı verilmesi gereken (düşme, red, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, ceza verilmesine yer olmadığı ve beraat hükümleri) hallerde verilen mahkûmiyet kararlarının ortadan kaldırılmasının geciktirilmesi, yargılamanın uzaması ile adil yargılanma hakkının ihlali, HAGB kararı ile birlikte ileride beraat edecek sanıkların denetim süresine tabi tutulması ve haklarında denetimli serbestlik tedbiri uygulanması sonuçlarını doğurur. Bu sakıncalar ve sonuçlar da göz önüne alındığında; açıklanmayan mahkûmiyet hükmünün, hükmün açıklanması, düşme kararı verilmesi ya da yeni bir mahkûmiyet hükmü kurulması anına kadar temyiz kanun yolu ile incelenememesinin kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz.⁵¹

⁵¹ Aynı görüş için bkz. YCGK, 3.2.2009, E.2009/4-13, K.2009/12 (UYAP) sayılı Kara-

Kanun'a daha sonra eklenen "*Sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmeme halinin bulunmaması halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez*"⁵² koşulunun getirilmesiyle, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu mahkûmiyet hükmünün açıklanmadığı takdirde ancak beş yıl sonra esastan incelenebilmesine ilişkin sorunun çözüldüğünü, sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını istemediği takdirde uygulanmasını kabul etmemek suretiyle, gecikmeksizin temyiz yoluna başvurabileceğini söylemek sanırım biraz iyimser bir yorum olacaktır.⁵³

Zira kanaatimizce, sanığın kabulüne dair düzenleme kendi içinde çelişkilidir. Ortaya çıkmamış bir hükmün açıklanmasını isteyip istemediğinin sanığa sorulması mantıksal bir çelişki oluşturmaktadır. Ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul edip etmediğinin kovuşturmanın hangi devresinde sorulması gerektiğinin kanunda düzenlenmemiş olmasının da bir eksiklik olduğu kanaatindeyiz.

Uygulamada çoğunlukla, sanığın yokluğunda devam eden davalarda sanığın sorgusunun tespiti için yazılan istinabe talimatına, yargılamanın uzamasının önüne geçebilmek düşüncesiyle, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul edip etmediği de sorulmakta, henüz kovuşturmanın daha ilk devresinde sanığın bu konudaki beyanı tespit edilmektedir. Bu uygulama nedeniyle, sanık burada hükmün temyizen ve esastan incelenmesinin sağlanabilmesi için bir nevi kendi geleceği üzerine bir risk hesabı yapmak zorunda bırakılmaktadır.⁵⁴ Öte yandan, sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını daha duruşmanın başında kabul etmesinin mahkeme heyetini (ya da hâkimi) sanığın suçu işlediği hususunda etki altında bırakabileceğini de kabul etmek gerekmektedir.⁵⁵

Hüküm sanığa okunduktan sonra, hükmün açıklanmasını geri bırakılmasının sonuçları da açıklanmak suretiyle uygulanmasını ka-

52 rın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Tebliğnamesi.
22 Temmuz 2010 tarihli ve 6008 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7'inci maddesiyle eklenmiştir.

53 Karşıt görüş için bkz. Şahin, s.291; Çığlı, s.410.

54 Taner, s.296.

55 Taner, s.294; Benzer gerekçelerle aynı görüşte bkz. Emir Kaya, "İnsan Hakları Açısından Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/3, s. 415-417.

bul edip etmediğinin sorulması, dolayısıyla sanığa HAGB ile hükmün açıklanarak temyiz kanun yolunun açılması arasında bir değerlendirme yapması imkânı tanınmasının, mahkeme tarafından denetimli serbestlik tedbirleri olarak kişi hürriyetini kısıtlayan yükümlülükler yüklenebileceği de göz önüne alındığında, adil yargılanma ilkesiyle daha uyumlu olacağı⁵⁶, ancak yine de böyle bir uygulamanın bile HAGB kararlarının denetim süresi boyunca esastan incelenememe sorunu çözmeyeceği düşünülmektedir.

Diğer taraftan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının nihai bir hüküm içermediği için sanığa herhangi bir etkisi olmayacağı varsayımının doğru olmadığı Yargıtay Kararlarına da yansımıştır.⁵⁷ Özellikle HAGB kararlarının idari düzenlemelerde belirli statüler açısından aranan niteliklerde engel oluşturması ve disiplin soruşturmalarına esas alınması her zaman için mümkündür. Ayrıca HAGB kararları hukuk mahkemelerindeki yargılamalarda özellikle şahsi hak taleplerinde dikkate alınmaktadır.⁵⁸

Ayrıca, HAGB kararlarının beş yıllık denetim süresince esastan incelenememesinin, dolayısıyla muhakemede ortaya çıkmış olası hukuka aykırılıkların denetlenememesinin İHAS'nın 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ve Sözleşmenin Ek 7 nolu Protokolüne açıkça aykırı olduğu öğretide de vurgulanmaktadır.⁵⁹

Öte yandan, hükmün açıklanması kararı verilerek sanığın beş yıl boyunca denetim süresine tabi tutularak özgürlüğünün kısıtlanması ve yaptırımlara tabi tutulmasının aynı şekilde İHAS'nın 6. madde-

⁵⁶ Taner, s.296.

Alman Ceza Mevzuatı incelendiğinde ise; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilirken sanığın muvafakatının aranmadığını (StGB m.59), ancak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilirken şüphelinin kabulünün gerektiğini görmekteyiz (StPO m.153a). Burada şüphelinin kabulü koşulunun düzenlenmesindeki gerekçe, şüpheliye tevdi edilen yükümlülüğü/yükümlülükleri yerine getirmeyi kabul edip etmemesi hususunun tespit edilmesi gerektiğidir. Şüphelinin yükümlülükleri kabul etmesi, suçu ikrar ettiği anlamına gelmemekte ve ileride sanığın aleyhine delil olarak gösterilememektedir (Düsseldorf StV 08, 123).

⁵⁷ Y.3.CD., 13.03.2013, E.2013/7150, K.2013/11495.

⁵⁸ Kaya, s.420,421.

⁵⁹ Özbek/Meraklı, s.234.Protokol, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 14.3.1985 tarihinde imzalanmış, 10.3.2016 tarihinde 6684 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş, 28.3.2016 tarihinde de Bakanlar Kurulunca onaylanmasına karar verilmiştir.

sinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlal edeceği, itiraz incelemesinde açıklanması geri bırakılması hükmün içeriğine ilişkin olan hukuka aykırılıkların denetlenememesinin ise İHAS'ne Ek 7 numaralı Protokol'ün 2. maddesinde "*cezaî konularda temyiz hakkı (cezaî konularda iki dereceli yargılanma hakkı)*" başlığı altında düzenlemeye aykırı olacağı Yargıtay kararlarına da yansımıştır.⁶⁰

Yükümlülükler uyuşması nedeniyle düşme kararı verilmesi gereken hallerde ise, düşme kararı hukuki niteliği itibarıyla sanık lehine bir hüküm olduğundan çoğunlukla temyiz edilmemesi, temyiz edildiğinde ise temyiz merci tarafından yine aynı gerekçeyle ve aradan geçen süre itibarıyla çoğunlukla esasa yönelik kapsamlı bir inceleme yapılmadığı dikkate alındığında, HAGB kararına esas hükümdeki hukuka aykırılıkların giderilememesi sonucunu doğurduğu muhakkaktır.⁶¹

Soruna mağdur/suçtan zarar gören kimseler açısından bakıldığında ise; öncelikle HAGB kararının verilmesi ile suçun cezasız kaldığını düşünen mağdurun tatmin edilmemiş olduğunu kabul etmek gerekmektedir.⁶²

İtiraz merciince esastan inceleme yapılamamasının ise, mağdurun adalete erişimini kısıtladığı, hak arama özgürlüğünün önünde bir engel olduğu, özellikle failin cezasız kaldığı yönündeki iddiaların inceleme konusu yapılamaması sonucunu doğurması nedeniyle İHAS'nin 13. maddesi ile güvence altına alınan "*etkili bir hukuki yola başvuru hakkı*"nın ihlaline neden olabileceği öğretide vurgulanmaktadır.⁶³

⁶⁰ Y.3.CD., 20.03.2013, E.2013/7150, K.2013/11495.

⁶¹ Benzer görüşte Gürühan, s.152.

⁶² Kaya, s.423.

⁶³ Veli Özer Özbek/İsa Başbüyük, Hükümün Açıklanmasının Geriye Bırakılması Kararına İtirazın İncelenme Usulünün Mağdur/Suçtan Zarar Gören Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar Üzerine, *Ceza Hukuku Dergisi*, Nisan 2013, s.12-18; Baştürk, s.478, 480; Benzer görüşte Kaya, s.420.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında da, HAGB kararlarının, hukuka aykırı eylem ile yaptırım arasında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygunluk yönünden irdelendiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında incelediği bir kararında, yürütülen adli sürecin etkisiz ve temel bir hak ihlalinin söz konusu olup olmadığı yönünden yaptığı denetimde, asta müessir fiil (etkili eylem) niteliğindeki, insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele düzeyini aşmayan eylemden dolayı, derhal başlayan soruşturma ve makul sürede tamamlanan kovuşturma sonucunda, HAGB kararı verilmesinin orantısız olduğunun söylenemeyeceği vurgulanmıştır.

Öğretide yoğun bir şekilde eleştirilen 3.2.2009 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının doğurduğu bu menfi sonuçlar nedeniyle; 22.1.2013 tarihli Ceza Genel Kurul Kararına mevcut yasal düzenleme itibarıyla genel olarak olumlu bakıyoruz.

Ancak itiraz incelemesini yapan merciin genel itiraz hükümleri kapsamında maddi ve hukuki anlamda ve her açıdan inceleme yapabilmemesinin bazı sakıncalar doğuracağı da muhakkaktır.

Öncelikle, itiraz incelemesinin CMK'nın genel itiraz hükümlerinde düzenlendiği şekilde(m.270), itiraz konusu ile sınırlı olmayan, sınırsız bir şekilde esasa ilişkin inceleme yapabileceği kabul edildiğinde, Askeri Yargıtay kararlarında ve öğretide vurgulandığı üzere, itiraz merci temyiz merciin yerine geçmiş olacaktır. İtiraz ile temyiz incelemesinin kapsamlarının aynı olması, aynı olgunun iki farklı kanun yolu merci tarafından denetlenmesine ve itiraz kanun yoluna, istinaf(temyiz) benzeri bir hukuki nitelik kazandırılmasına neden olacaktır.⁶⁴

İtiraz üzerine verilen kararların kesin olması (m.271/4) nedeniyle, itirazın kabul edilmesi halinde olay derece mahkemesi davayı sonlandıracı nitelikte ve itiraz mahkemesi kararı doğrultusunda yeni bir karar verecektir. Verilecek kararın temyiz edilmesi halinde temyiz merci itiraz merciin belirlediği suç vasfıyla bağlı olmayacağından,⁶⁵ temyiz merci tarafından olay derece mahkemesi ile itiraz mahkemesi kararlarından farklı üçüncü bir karar verilmesi ihtimal dahilindedir. Temyiz ve itiraz mahkemesi kararları arasındaki farklılık, itiraz mahkemesi kararının sadece o an için, geçici ve kesin nitelikte olmayan bir çözüm sunması nedeniyle, adil yargılanma ilkesi yönünden sorgulanmasına ve yargılamada gecikmeye neden olacaktır.⁶⁶

(Başvuru Numarası: 2013/2782, Karar Tarihi: 11.3.2015).

¹HAM'in yerleşik kararlarında ise; kolluğun şiddeti nedeniyle verilen HAGB kararının mahkûmiyet hükmünü etkisiz kılma sonucu doğurduğundan, hiç şüphesiz kabul edilemez "tedbirler"den biri olduğu değerlendirilmesinde bulunulmuştur.

¹HAM kararlarında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının; bir cezanın infazının tecil edilmesinden çok daha geniş kapsamlı bir etkiye sahip olduğuna ve suçluların cezasız kalmasına yol açtığına dikkat çekilmektedir. (Böber/Türkiye Kararı, 9.4.2013, 62590/09; Eski/Türkiye Kararı, 5.6.2012, 8354/04; 6; Taylan/Türkiye, 3.7.2012, 32051/09; Zeynep Özcan/Türkiye, 20.2.2007, 45906/99; Okkalı/Türkiye, 17.10.2006, 52067/99)

⁶⁴ Gürühan, s.155.

⁶⁵ YCGK., 22.1.2013, E.2012/10-534 , K.2013/15.

⁶⁶ Farklı görüş için bkz. Özbek/Başbüyük, s. 18. Özbek/Başbüyük, itiraz inceleme-

Burada karşılaştığımız diğer bir sorun ise aleyhe değiştirme yasağının (*reformatio in peius*) söz konusu olup olamayacağı hususudur. İtiraz mahkemesinin bu inceleme esnasında adeta bir istinaf yetkisi kullandığı, bu nedenle CMK'nın 265. maddesi hükümlerine dayanılmasa bile, CMK m. 283 hükümleri kıyasen uygulanmak suretiyle aleyhe değiştirme yasağının itiraz kanun yolu bakımından da uygulanması gerektiği yönünde öğretide görüşler bulunmaktadır.⁶⁷

Ancak istinaf, temyiz ve yargılanmanın yenilenmesi kanun yolları yönünden Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (m.283, m.307, m.323) açıkça düzenlenmiş olan bu kurala, aynen mehz Alman Ceza Usul Kanunu'ndaki gibi, itiraz kanun yolu açısından yer verilmediği görülmektedir.⁶⁸ Diğer yandan bu yasağın ceza miktarına ilişkin olduğu göz önüne alındığında, HAGB kararlarının bu yasağın kapsamında değerlendirilemeyeceği düşüncesindeyiz. Dolayısıyla Yargıtay tarafından itiraz mahkemesi kararından ve aleyhe değiştirme yasağı kuralından bağımsız, eylemin daha ağır bir cezayı gerektirdiği gerekçesiyle bozma kararı verilmesi mümkündür.⁶⁹

İtiraz mahkemesine tanınan yetkinin sınırsız değil de, suç vasfı yönünden değerlendirme gibi HAGB incelemesine özgü, sınırlı bir denetim olmasının ise kanaatimizce hukuki bir mesnedi bulunmamaktadır.⁷⁰ Bu nedenle yasal bir düzenleme yapılmadığı sürece genel itiraz hükümlerine göre inceleme yapılması gerektiği değerlendirilmektedir.

sinin hem şekil, hem de maddi açıdan denetime tabi tutulmasının yargılanmanın hızlandırılmasına yönelik çabaları olumsuz etkileyeceği şeklinde bir eleştiriyle karşılaşılabileceğini, ancak kararın adil olmasının bu ilkeye göre öncelikli olduğunu ve tercih edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

⁶⁷ Seydi Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Aleyhe Değiştirme Yasağı, Nur Centel'e Armağan, 2013, Cilt 19, S.2, s.1420; Gürühan, s.156-157.

⁶⁸ Alman Ceza Usul Kanunu'nda *reformatio in peius* kuralının (*Verbot der Schlechterstellung*), istinaf (StPO m.331), temyiz (m.358/II) ve yargılanmanın yenilenmesi (m.373/II) bakımından öngörüldüğü ve Kanunda bu yasağın uygulanmasına ilişkin hükümlerin m.331' de açıkça düzenlendiği, bu düzenlemeler göz önüne alındığında itiraz kanun yolu açısından uygulanmasının mümkün olmadığı genel düşüncesi hakimdir (KG JR 81, 391, 392; SchleswigJurBüro 85, 1372; Bloy JuS 86, 589; Schluchter 663; aM Wittschier; Gossner/Cierniak, s.1190).

⁶⁹ Centel/Zafer, s.726; Gürühan, s.156-157.

⁷⁰ Karşıt görüşte Çıgılı, s.415. Benzer görüşte Gürühan, s.155. Gürühan, itiraz incelemesinin kapsamı ile ilgili daha açık bir düzenlemeye gidilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Diğer taraftan, HAGB kararlarının yukarıda da belirtildiği üzere; toplam karar sayısının % 15'ini, mahkûmiyet hükümleri ile kıyaslandığında ise % 47 gibi hayli yüksek bir orana tekabül ettiği göz önüne alındığında, itiraz mahkemeleri açısından doğurduğu iş yükü ortadadır. İtiraz mahkemelerinin asıl dava dosyalarının yanında itiraz davalarını da tam anlamıyla esasına girmek suretiyle incelemelerini beklemek mümkün değildir. Çoğunlukla olumlu sonuç alınamaması ve yoğun iş yükü nedeniyle etkin bir kanun yolu olmadığı açık olan itiraz incelemesinden adil yargılanma hakkı kapsamında olumlu sonuçlar beklemenin çok doğru bir yaklaşım olmadığı düşüncesindeyiz.⁷¹

Kaldı ki itiraz mahkemesi üst derece yargı merci olmadığı için ilk derece mahkemesi kararının itiraz mahkemesince incelenmesinin İHAS'nın 6/1. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ve Sözleşmenin Ek 7 nolu Protokolü⁷² ile ne derece uyumlu olduğu da tartışmalıdır.⁷³

VII. SONUÇ

Tüm bu olumsuz düşüncelere rağmen mevcut düzenleme kapsamında, hatalı hukuki nitelendirme sonucu HAGB kararı verilmesinin önüne geçilmesi, sanık yönünden aklanma hakkı (dosyadaki delil durumuna göre beraat kararı verilmesini sağlamak suretiyle), mağdur açısından ise etkili başvurma hakkının gerçekleştirilmesine hizmet etmesi bakımından 22.1.2013 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararını⁷⁴ olumlu değerlendirmekteyiz.

Ancak Yargıtay'ın yukarıda belirtilen emsal kararı ve sonraki kararları çerçevesinde itiraz kanun yolunda esas yönünden inceleme yapılsa bile, aynı derece mahkeme tarafından, doğal olarak Yargıtay

⁷¹ Benzer görüşte Özbek/Meraklı, 233; 235. Özbek/Meraklı, itiraz kanun yolunda yapılacak denetimin kapsamı konusundan önce, itiraz kanun yolunun zaten etkin bir kanun yolu olmaması nedeniyle şüpheli/sanık bakımından tam bir güvence teşkil etmediği ve bu yönüyle de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvurmadan önce tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olmaması gerektiği görüşündendir.

⁷² İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri arasındaki farklılıkların uygulamada yaratacağı sorunları gidermek amacıyla ilave edilen Ek 7 Nolu Protokol ile herhangi bir cezai suçtan mahkûm edilen her kişinin, mahkûmiyet veya ceza hükmünü daha yüksek mahkemeye yeniden inceletme hakkı olduğu düzenlenmiştir (m.2). Bkz. Feyyaz Gölcüklü/A.Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 2005, s. 312.

⁷³ Özbek/Meraklı, 234; 235.

⁷⁴ YCGK'nun 22.01.2013 tarih ve 2012/10-534 E., 2013/15 K. sayılı Kararı.

açısından hiçbir bağlayıcılığı olmayan ve etkin bir kanun yolu olduğu şüpheli olan bir itiraz incelemesinin, sanık ve katılan yönünden yeterli güvence teşkil etmediği, adil ve makul sürede yargılanma hakları ile cezai konularda temyiz hakkı (İHAS Ek 7 Nolu Prototokol'ün 2. maddesi)'nın ihlaline neden olabileceği düşünülmektedir.

Bu nedenle itiraz incelemesinin kapsamına ilişkin bir düzenlemeye gerek olmadığı, çözümün aynı derece mahkeme tarafından yapılacak bir itiraz denetimi ile mümkün olabileceği şeklindeki düşünceye katılamıyoruz.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının hükmün esasına taalluk eden bir yapısı nedeniyle, mehz Alman Ceza Usul Kanunu'nda olduğu gibi, bir üst derece mahkemesince (temyiz mahkemesi, faaliyete geçtiğinde istinaf mahkemesi) denetlenmesine yönelik yapılacak yasal bir düzenleme, kanaatimizce aynı olgunun iki farklı kanun yolu merci tarafından denetlenmesinin önüne geçilmesi bakımından daha yerinde olacaktır.

Böyle bir düzenlemenin, özellikle iki dereceli yargılama ilkesi yönünden ifade edilen kaygıları gidereceği, bu sayede HAGB kararlarının makul bir sürede yargılanma ilkesine uygun, etkin bir kanun yolu denetimine kavuşacağı düşüncesindeyiz.

Kaynakça

- Arendt Marcel, Quo vadis, Geldstrafe, Möglichkeiten und Grenzen einer ambulanten Sanktion, Peter Lang International Verlag der Wissenschaften, Frankfurt, 2012.
- Aydın Devrim, "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2006, S.65, s.61-72.
- Baştürk İhsan, Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Brunner Rudolf/Dölling Dieter, Jugendgerichtsgesetz Kommentar, Walter de Gruyter GmbH & Co.KG., 12. Baskı, Berlin, 2011.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 7. Bası, İstanbul, 2010.
- Çıgılı Halil, «Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarına İtiraz ve İtiraz Mercinin Yetkileri», *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 5, Sayı: 18, Temmuz 2014, s.387-417.
- Gossner Lutz Meyer/Cierniak Jürgen, Strafprozessordnung, Verlag C.H.Beck, 52. Baskı, München, 2009.
- GölcüklüFeyyaz/Gözübüyük A.Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 2005.
- Gürühan Caner, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2014, S.111, s.133-162.

- Kaya Emir, "İnsan Hakları Açısından Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/3, s. 409-436.
- Kaymaz Seydi, Ceza Muhakemesinde Aleyhe Değiştirme Yasağı, Nur Centel'e Armağan, 2013, Cilt 19, S.2, s.1397-1451.
- Kleinknecht Theodor/Meyer Karlheinz/Gossner Lutz Meyer, Strafprozessordnung, München, Band 6, 2001.
- Kumbasar Enver, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım A.Ş., 18. Bası, İstanbul, 2010.
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.
- Kühl Kristian, Strafgesetzbuch Kommentar, Verlag C.H.Beck, 26. Baskı, München, 2007.
- Kühne Hans Heiner, Strafprozessrecht, C.F.Müller Verlag, 6. Baskı, Heidelberg, 2003.
- Özbek Veli Özer/Meraklı Serkan, "Karar İncelemesi, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, s.221-236.
- Özbek Veli Özer/Başbüyük İsa, "Hükmün Açıklanmasının Geriye Bırakılması Kararına İtirazın İncelenme Usulünün Mağdur/Suçtan Zarar Gören Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar Üzerine", *Ceza Hukuku Dergisi*, Nisan 2013, s. 7-19.
- Sarıgül Ali Tanju, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, (Sarıgül-İstinaf).
- Sarıgül, Ali Tanju, "Türk ve Alman Hukukunda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2015, S.118, s.125-162.
- Sarıgül, Ali Tanju, "Askeri Yargıtay Kararlarına Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", *Askeri Yargıtay Dergisi*, Ankara, 2015, s.3-32.
- Şahin Cumhuriyet, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, s.283-293.
- Şen Ersan/Maviş Mert, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Taner Fahri Gökçen, "Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelenmeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Evresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/4, ss.286-298.
- Töngür Ali Rıza, Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Toroslu Nevzat/Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2012.

YENİ BİR YETKİLENDİRME (İMTİYAZ) SÖZLEŞMELERİ KANUNU YAPILMASINA MUTLAK BİR GEREKSİNİM VARDIR

THERE IS AN ABSOLUTE NECESSITY FOR THE NEW DELEGATION (CONCESSION) CONTRACTS LAW

Hasan DURSUN*

Özet: Dünyada 1980’li yıllardan itibaren artan hızda görülmeye başlanılan liberalleşme, 1990’lı yıllardan itibaren görülen küreselleşme akımı sonucu kamu hizmetlerinin yürütülmesinin özel sektöre devri büyük bir önem kazanmıştır. Bununla birlikte Türkiye’de imtiyaz bakımından ana kanun 1910 yılında Osmanlı İmparatorluğu döneminde çıkartılmıştır. Bu kanun, ekonomik ve sosyal gelişmelerin gerisinde kaldığı gibi Avrupa Birliği’nin imtiyaz sözleşmelerinin ihale usulünü düzenleyen 26 Şubat 2014 tarihli ve 2014/23/EU sayılı Direktifine de uygun değildir. Ayrıca, imtiyaz işleri bakımından Anayasaya uygun düzenlemeler yapılması gerektiğinden yeni bir “yetkilendirme” (imtiyaz) sözleşmeleri kanununa acil bir gereksinim bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İmtiyaz Sözleşmesi, Yetkilendirme Sözleşmesi, Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Devri, Anayasal Kamu Hizmetleri

Abstract: The world experienced, in a growing trend, liberalization movement in 1980’s, globalization stream in 1990’s. As a result, the transferring public services from public to private sector have gained very great importance. However, the main law on concession was enacted in 1910, during the Ottoman Empire. This Law falls behind the economic and social developments as well as 2014/23/EU European Union Directive dated 26 February 2014, that arranges the tendering procedure of concession contracts. In addition, there is an urgent need of a new “delegation” (concession) contracts law for the harmonization with the Constitution .

Keywords: Concession Contract, Delegation Contract, Transferring Public Services to Private Sector, Constitutional Public Services

GİRİŞ

Kamu idaresinin, takdir yetkisine dayalı olarak (serbestçe) seçtiği özel veya kamu kişisine, kullanıcılardan aldığı ücret karşılığında kamu hizmetinin belirli bir süre ile yürütülmesini sözleşme ile devrettiği durumlarda ortada bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi vardır.¹ Bu tip sözleşmelerde kamu hizmetinin görülmesini sözleşmeyle devreden kamu idaresine “imtiyaz veren” (le concédante), kendisine sözleşme ile kamu hizmeti devredilen kamu veya özel kişisi ise “imtiyaz sahibi veya imtiyazcı” (le concessionnaire) olarak adlandırılır.² Klasik ve katı tanımı ile muhafazakâr tipteki hukukçuların anlayışına göre imtiyaz sözleşmesiyle imtiyaz sahibi, hizmeti “kendi kâr ve zararına” (à ses frais et risques) olarak şartnamedeki tarifeyle uygun hizmet kullanıcılarından alacağı ücretle işletmektedir.³

XIX. Yüzyılın ortalarına gelinceye kadar Osmanlı İmparatorluğunda kamu hizmetleri imtiyaz sözleşmeleriyle işletilmesi yöntemi uygulanmamıştır. Ancak bu tarihten sonra Avrupa sermayesi, Avrupa dışında yatırımın cazibesine kapılarak Osmanlı İmparatorluğu'na doğru akmaya başlamıştır. Zira İmparatorluk emin ve kârlı bir yatırım alanının özelliklerini taşımaktaydı. Daha açık bir deyişle, yabancı sermayenin pazarlık gücü, özellikle Düyun-u Umumiye İdaresinin kurulmasından sonra son derece kuvvetlendiğinden ve yabancı çıkarlarının savunuculuğunu yapabilecek yerli sermayedarların gittikçe çoğalması yüzünden ve devletin de isteklere karşı koyamayacak derecede aciz duruma düşmesinden dolayı Osmanlı İmparatorluğu emin bir yatırım alanı niteliğini taşımaktaydı. Öte yandan, Avrupa'da %4 civarında değişen kârlılık oranı, İmparatorluğun tahminlerine göre %8-9'a kadar çıkabildiğinden ve belirli hizmet alanlarında imtiyaz almış olan yabancı sermaye, rekabet koşullarından uzak, rahat bir şekilde çalışabilmesi sayesinde İmparatorluk kârlı bir yatırım ortamı sunmaktaydı.⁴

İşte bu koşullar altında Osmanlı İmparatorluğu'nda XIX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren demiryolu, rıhtım, liman, fener, elektrik,

¹ R. Chapus, *Droit administratif général* Tome 1, 15^e édition, Montchrestien, Paris 2001, s. 637, F. Foillard, *Droit administratif*, 13^e éditions, éditions Paradigme, Orléans 2008-2009, s. 279.

² Chapus, s. 637, Foillard, s. 279.

³ Chapus, s. 637.

⁴ T. Tan, Osmanlı İmparatorluğu'nda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları, *AÜSBFD*, Cilt: XXII, No: 2, Haziran 1967, s. 325.

havagazı, su, telefon gibi kamu hizmetlerinin kurulması ve işletilmesi genellikle yabancılara verilen imtiyazlar yoluyla sağlanmıştır.⁵ Bu imtiyazlar, başlangıçta herhangi bir yasal düzenlemeye gerek duyulmadan devletin egemenlik yetkisine dayalı olarak verilmişlerdir.⁶

Başlangıçta imtiyaz yöntemini ve imtiyaz sözleşmelerini düzenleyen bir kanun bulunmadığından yabancı müteşebbisler ile Osmanlı Devleti arasında yapılan imtiyaz sözleşmelerine, kapitülasyonların⁷ ve Düyun-u Umumiye İdaresinin de baskısıyla imtiyaz sahibi yabancı müteşebbisler lehine ve İdare aleyhine hükümler konulmuştur. Bu uygulamaya bir tepki olarak, II. Meşrutiyet Döneminin başında 10 Haziran 1326 (1910) tarihli Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun çıkartılmış⁸ ve böylelikle imtiyaz yöntemi ve sözleşmeleri yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. 1924 Anayasası'nın TBMM'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 26. maddesinde imtiyaz sözleşmelerinin onaylanması TBMM'ye verilmiş ve aynı Anayasa'nın Danıştay'ın görevlerini düzenleyen 55. maddesinde imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları hakkında Danıştay'ın görüşünün de alınacağı belirtilmiştir. 1326 tarihli Kanun ve 1924 Anayasası'nın kurduğu düzeneğe göre, kamu hizmeti imtiyazlarının Danıştay'ın görüşü alındıktan sonra Bakanlar Kurulu kararı ve TBMM'nin onayı ile ancak Türk Anonim şirketi statüsündeki tüzel kişilere verilmesi öngörülmüştür.⁹

1961 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra, TBMM'nin imtiyaz sözleşmelerini onaylama görev ve yetkisi kaldırılmış, Danıştay'ın da imtiyaz sözleşme ve şartlaşma¹⁰ tasarıları üzerindeki görev ve yet-

⁵ Bu tür imtiyaz örnekleri için bkz. Tan, Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları, s. 298-323.

⁶ G. Erol, Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması, DPT Yayın No: 2487, Ankara 1999, s. 95

⁷ Osmanlı İmparatorluğunun vermiş olduğu kapitülasyonlar hakkında bilgi için bkz. Maurits H. Van den Boogert, Kapitülasyonlar ve Osmanlı Hukuk Sistemi (Çeviren; Ali Coşkun Tuncer), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2014.

⁸ Yayınlandığı Takvimi Vakayı, 24 Haziran 1326.

⁹ M. Günday, İdare Hukuku, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2004, s. 172.

¹⁰ Aslında Anayasalarda kullanılan "şartlaşma" ibaresi isabetsizdir. Gerçekten de Gözler'in isabetli olarak belirttiği üzere imtiyaz işleminin bir kısmı sözleşmesel değil, düzenleyici nitelikte, tek taraflı olan bir işlemdir. Bu şartları imtiyaz sahibi ya kabul eder ya da reddeder. Kısacası imtiyaz sahibi bu koşullar üzerinde pazarlık yapamaz. O nedenle şartlaşma diye bir şey, daha açık bir deyişle, iki kişinin iradesiyle belirlenen şartlar yoktur. Bu yüzden Anayasalardaki "şartlaşma" ibaresi yerine "şartname" (cahier des charges) ibaresinin kullanılması daha isabetlidir. Bkz. K. Gözler, İdare Hukuku Cilt II, İkinci Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2009, s. 72 dn. 267.

kisi “görüş bildirme” olmaktan çıkartılarak “inceleme” haline dönüştürülmüştür. 1982 Anayasası da imtiyaz sözleşme ve şartlaşma tasarıları hakkında başlangıçta 1961 Anayasası’nda yer alan hükümleri taşımıştır.

1326 sayılı Kanun yürürlükte olmasına karşın, Cumhuriyetin ilanından sonra yabancı müteşebbislere verilen imtiyazlar “rachat” (satın alma) yoluyla kaldırılmış ve yabancı imtiyaz sahiplerinin yürüttükleri hizmetler daha ziyade kamu kurumlarına devredilmişlerdir. İmtiyaz yöntemi, Seyhan ve Kepez Hidro-Elektrik İşletmelerinde olduğu gibi birkaç istisna dışında, 1980’li yıllara gelinceye kadar pek uygulanmamıştır.¹¹

Ancak, 1980’li yıllardan itibaren liberal ekonomi politikası ülkeyimizde yoğun bir şekilde uygulamaya konulduğundan, bu tarihlerden itibaren imtiyaz yöntemi yeniden diriltilmiş ve geniş bir uygulama alanı bulmaya başlamıştır. 1326 tarihli Kanun yürürlükte olduğu halde, bu Kanun’un gerek imtiyaz sahibinin belirlenmesi ve gerek imtiyaz verme usulünde öngördüğü kısıtlamalardan kurtulmak amacıyla, özel bazı yasal düzenlemeler yapılması yoluna gidilmiştir.¹² Bu bağlamda önce, 4.12.1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun çıkartılmıştır. Bu kanunla, özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketleri statüsüne sahip yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesi düzenlenmiş ve yalnızca elektrik üretmek amacıyla kurulacak sermaye şirketlerine, Devlet Planlama Teşkilatının olumlu görüşünü almak suretiyle Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca, elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve bu tesisi işletmeyi kapsayan görev sözleşmesinin akdedilmesi olanağı getirilmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılmış ve yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesine olanak sağlayacak işletme hakkı devri sözleşmesi olanağı öngörülmüştür.

3096 sayılı Kanun’un yaygın bir şekilde uygulama alanı bulmasından sonra, 28.5.1988 tarih ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun

¹¹ Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 173.

¹² Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 173.

çıkartılmıştır. Bu kanun ile özel hukuk hükümlerine tabi ve Türkiye’de kurulmuş sermaye şirketi statüsüne sahip sermaye şirketlerinin otoyolların ve üzerindeki bütün tesislerin yapımı, bakımı ve işletilmeleri ile görevlendirilmeleri düzenlenmiş ve bu amaçla Karayolları Genel Müdürlüğü ile söz konusu şirketler arasında yapılacak görevlendirme sözleşmelerinin otoyolun veya hizmet tesislerinin projelendirilerek veya projesine göre yapımı, bakımı ve işletilmesini kapsayabileceği gibi otoyolların, işletme ve bakım tesislerinin veya hizmet tesislerinin bakımı, iyileştirilmesi, genişletilmesi ve işletme hakkının devri şeklinde de olabileceği belirtilmiştir.

Daha sonra ise 8.6.1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Bu kanunun 2. maddesinde, Kanunun kapsamına giren yatırım ve hizmetler; köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetler şeklinde; bu hizmet ve yatırımların yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine olanak sağlanmıştır. Kanun’un 5. maddesinde ise Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılacağı ve bu sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı belirtilmiştir. Kanun’un 14. maddesinin 2. tümcesinde ise bu kanuna göre yapılacak yatırım ve hizmetler hakkında 10 Haziran 1326 tarihli Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun ile 25.6.1932 tarihli ve 2025 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Bu kanunun tümünün iptal istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne dava açılmış, Anayasa Mahkemesi’nin 28.6.1995 tarih ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararıyla 3996 sayılı Kanun’un 5. maddesi ve 14. maddesinin 2. tümcesi iptal edilmiştir.¹³ Mahkeme, iptal gerekçesinde; 3996 sayılı Kanun’un 2. maddesinde sayılan yatırım ve hizmetlerin klâsik kamu hizmetleri olduğunu, bunların toplumun ortak gereksinimlerini

¹³ Bkz. 20.3.1996 tarih ve 22586 sayılı R.G.

karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinlikler olduğunu, bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığını saptanırken niteliğine bakmak gerektiğini, nitelik yönünden kamusal olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesinin, onun niteliğini etkilemeyeceğini, 3996 sayılı Kanun ile düzenlenen yap-işlet-devret yönteminin kamu hizmeti imtiyazı olduğunu, 2. maddede öngörülen yatırım ve hizmetlerin yaptırılmasına, işletilmesine ve devredilmesine ilişkin sözleşmelerin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığını ifade etmiştir. Bu kararında mahkeme, imtiyaz sözleşmelerinin “idari sözleşmeler” olduklarını, bu tür sözleşmelerin denetiminin Anayasa uyarınca idari yargı yeri tarafından yapılması gerektiğini belirterek, bir başka deyişle, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara özel hukuk hükümlerinin uygulanmayacağını ve bunların tahkim yoluyla çözümlenmesinin de olanaklı olmadığını ima ederek, 5. maddeyle bu sözleşmelerin idari yargının görev alanından çıkarıldığını da belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, 5. madde kapsamında yapılacak sözleşmelerin Danıştay’ın öndenetiminden geçirilmemesini sağlamak amacıyla düzenlendiğini, üstelik Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarının Danıştay’ın öndenetimi konusunda çok duyarlı davrandığını da eklemiştir.

Danıştay’ın tutumu da Anayasa Mahkemesi’nden farklı olmuştur. Danıştay Birinci Dairesinin 24.9.1992 tarih ve E. 1992/232, K. 1992/294 sayılı kararında; 3096 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde yapılan üretim ve görevli şirket sözleşmelerinin “imtiyaz sözleşmesi” niteliğinde olduğuna ve bu nedenle de Anayasa’nın 155. maddesi uyarınca Danıştay’ın incelemesinden geçirilmesi gerektiğine karar vermiş ve bu görüş Danıştay Onuncu Dairesi’nin 29.4.1993 tarih ve E. 1991/1, K. 1993/1752 sayılı Kararında da tekrarlanmıştır. Danıştay İdari İşler Kurulu da 3.10.1997 tarih ve E. 1996/79, K. 1997/83 sayılı kararında elektrik üretimi, iletimi ve dağıtım hizmetinin özel bir şirkete devrinin ancak “imtiyaz sözleşmesi” yoluyla olanaklı olduğuna, Danıştay’ın incelemesinden geçirilmemiş bir sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.¹⁴

Bundan başka Anayasa Mahkemesi örtülü olarak,¹⁵ Danıştay ise

¹⁴ Bu kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, s. 448-452.

¹⁵ Örtük olarak diyoruz zira Anayasa Mahkemesi’nin 7.7.1994 tarih ve E. 1994/49, K. 1994/45-2 sayılı kararında, 5.5.1994 tarih ve 3987 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ile Özelleştirme Sonucunda Doğabilecek İstihdamla İlgili

açık bir şekilde, Anayasa'nın 155. maddesi, 6.1.1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 23. maddesinin o zamanki (d) bendini ve 42. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi hükümlerini, daha açık bir deyişle, imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarının Danıştay'ca incelemeye tabi tutulmasını emreden hükümleri, kendisine dayanak olarak alıp uluslararası tahkimi öngören kayıtları çizmeye ve sözleşme metinlerinden çıkarmaya başlamıştır. Danıştay uluslararası tahkim şartının kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine konulmasını reddetmesinin nedenini, 2575 sayılı Kanun'un 24. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi, 6.1.1982 tarih ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Hakkında Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi ve 6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi uyarınca kamu hizmetlerinden birisinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan

Sorunların Çözümlemesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameler Çıkarılması Amacıyla Yetki Verilmesine Dair Kanun" Anayasanın çeşitli hükümlerine aykırı bulunarak oybirliğiyle iptal edilmiştir. Bu kanunun ilkeler başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde; "Özelleştirme akitlerinin uygulanması sırasında çıkabilecek hukuki anlaşmazlıkların yürürlükteki kanunlar hükümlerine göre Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerince yahut -uluslararası hakemlik dâhil- tahkim yollarına başvurularak çözülmesi" ilkesinin geçerli olduğu belirtilmekteydi. Gerçi iptal kararında 3987 sayılı Kanun'un, Anayasanın 155, 6, 9 ve 142. maddelerine aykırılığın söz edilmese de Anayasa Mahkemesi başkanvekili Güven Dinçer yazmış olduğu değişik iptal gerekçesinde şu görüşleri ileri sürmüştür: "Anayasanın Danıştay'ın görev ve yetkilerini belirleyen 155. maddesinde imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin Danıştay'ca inceleneceği öngörülmüştür. / Tekel konumundaki temel mal ve hizmetleri üreten ve kamu hizmeti niteliği ağır basan kamu kurumlarının özelleştirilmesiyle ilgili sözleşmeler, imtiyaz sözleşmeleri olmaları nedeniyle Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi zorunludur. / Böyle bir incelemeyi öngörmeyen özelleştirme hükümleri Anayasanın 155. maddesine aykırıdır. / Anayasa'nın 9. maddesine göre yargı yetkisi bağımsız mahkemelerce kullanılır. / Yargı yetkisi ulusal egemenliğin ayrılmaz parçasıdır. Türk Ulusu adına yargı yetkisini kullanan mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileri Anayasa'nın 142. maddesine göre kanunla belirlenir. / İptali istenilen yasa, özelleştirme konusunda yürütme organına yargı görevi ile ilgili bazı düzenleme yetkileri vermektedir. / Ayrıca Türk mahkemelerinin yetki alanı içine girecek bir kısım konularda Türk ve yabancı hakem yetkisi tanınarak ulusal egemenliğe aykırı hareket edilmektedir. / Bu da Anayasanın 6, 9 ve 142. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır." Karar için bkz. 10.9.1994 tarih ve 22047 sayılı R.G. Anayasa Mahkemesi Başkan vekili Dinçer'in yazmış olduğu bu değişik iptal gerekçesi kanımızca o dönemdeki Anayasa Mahkemesinin görüşünü yansıtmaktadır. Zira 3987 sayılı Kanun'un iptali istemiyle açılan davada Dinçer'in belirttiği Anayasa hükümlerine dayanılmayıp başka maddelere dayanıldığı için Anayasa Mahkemesi, söz konusu kanunu, iptal isteminde belirtilen Anayasa maddelerine dayalı olarak iptal ettiği için Başkan vekilinin belirttiği maddeler bakımından incelenmesine gerek duymamış olabilir.

uyuşmazlıklara ilişkin davaları görmenin münhasıran idare mahkemelerinin görevlerine dâhil olduğu gerekçeleriyle açıklamıştır. Bu esastan hareketle Danıştay özellikle 9.12.1994 tarih ve 28.05.1995 tarihli kararlarında idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde idari mahkemeler yerine, bırakınız tahkimi, adli mahkemelerin bile yetkili olduğunun kararlaştırılamayacağını belirtmiştir.¹⁶

Bunlardan başka Danıştay, Anayasa'nın 90. maddesine aykırı olarak, Türkiye'nin imzaladığı ikili veya uluslararası enerji veya yatırım antlaşmalarında öngörülen tahkim kayıtlarını da dikkate almamıştır. Daha açık bir deyişle, Danıştay, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar söz konusu olduğunda Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında belirtilen, uluslararası antlaşmaların Anayasa'ya aykırılığı'nın ileri sürülemeyeceği hükmüne dayalı olarak, onları, Anayasa'ya aykırı olsa bile iç hukukun bir parçası olduğu, bir iç hukuk metni gibi uyguladığı halde, uluslararası antlaşmalarda imtiyaz sözleşmeleri bakımından öngörülen tahkim kayıtlarını Anayasa'nın 155. maddesine aykırı olarak görmüştür. Bu bağlamda Danıştay örneğin, Türkiye'nin taraf olduğu usulüne uygun olarak yürürlüğe sokulmuş antlaşmalar bulunmasına karşın, 3096 sayılı Kanun'a göre yapılan sözleşmeleri imtiyaz sözleşmeleri olarak kabul etmiş ve uluslararası antlaşmaya dayansa bile yapılan imtiyaz sözleşmelerinde öngörülen tahkim kayıtlarını Anayasa'nın 155. maddesine aykırı görerek iptal etmiş ve yapılan itirazları dikkate almamıştır.¹⁷

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerinde tahkim usulüne yönelik söz konusu olumsuz tutumları üzerine yabancı

¹⁶ Fazla bilgi için bkz. T. Kalpsüz, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007, s. 7-8. Danıştay bunlardan başka, Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında 3996 sayılı Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar çerçevesinde "uygulama sözleşmelerinde tarafların ihtilafların Türk hukukuna göre ve Türkiye'de tahkim yoluyla çözümlenebileceğini" kararlaştırabileceklerini öngören hüküm ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararında yer alan "TEAŞ ve üretim şirketi arasındaki sözleşmenin uygulanmasından doğan ihtilaflarda Türk mahkemeleri, Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınmış bulunan uluslararası mahkemeler ve tahkim kuruluşları yetkilidir." hükmü hakkında yürütmenin durdurulması kararları vermiştir. Bkz. Gözler, s. 242 ve dn. 926-927.

¹⁷ M. Günday, Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara 2001, s. 199.

firmalar imtiyaz sözleşmeleri ile yapılacak işlere ve yatırımlara verdikleri teklifleri geri almak veya açılan ihalelere katılmamayı tercih etmek yoluna gitmişlerdir. Daha açık bir deyişle, bu tip projelerin dış finansmanla gerçekleştirilebilmesi için kredi veren bazı yabancı veya uluslararası kredi organları, kredi verdikleri projelerin yaşama geçirilmesi için akdedilen sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yoluyla çözümlenmesi doğrultusunda ısrar etmişler, aksi takdirde projeye kredi vermeyeceklerini bildirmişlerdir. Bu tutum, ülkenin söz konusu kredilere gereksinimi bulunduğu için Türkiye'nin pek fazla yararına olmamıştır. Zira ülkede; barajlar, köprüler, kanalizasyonlar, su arıtma tesisleri gibi ancak dış finansman ile gerçekleştirilebilecek büyük altyapı tesislerinin inşası için gerekli hizmet ve yatırımların temini amacıyla yeterli fon bulunmamaktaydı.¹⁸

Bu koşullar altında kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarından doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi için Anayasa başta olmak üzere bazı kanun değişiklikleri yapmak gerektiği fikri savunulmaya başlamıştır. Eğer Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın bu tutumları olmasaydı, bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesi, idari sözleşmeler kavramını, imtiyaz sözleşmelerine indirgeyen dünyadaki uluslararası tahkim anlayışına aykırı olan kararları ve Danıştay'ın eskiden beri mevcut olan hükümleri farklı şekilde yorumlayan kararları olmasaydı söz konusu fikrin savunulmasına gerek kalmayacaktı. Zira altyapı yatırımlarında uluslararası tahkime gidilmesini engellediği ileri sürülen bu hükümlere rağmen, Türkiye ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında ve barajların, su arıtma tesislerinin inşası ve enerji santrallerinin ıslahı gibi işler için yatırımcı şirketlerle yapılan sözleşmelerde uluslararası tahkim kabul olunmuş ve tahkim süreci sonucunda verilen hakem kararları, kısmen doğrudan doğruya, kısmen ise kararların tenfizine dair Türk mahkemelerince verilen kararların onanması suretiyle Yargıtay'ca onanmış ve infaz edilmiştir.¹⁹

İmtiyaz sözleşmelerinde tahkimi olanaklı kılmak üzere Anayasa ve kanunlarda değişiklik yapmaktan başka yol kalmayınca, 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliğiyle Anayasa'nın 47. maddesine eklenen 4. fıkra ile devlet, kamu iktisadi

¹⁸ Krş. Kalpsüz, s. 6-7.

¹⁹ Kalpsüz, s. 8.

teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen bazı hizmetlerin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilmesi ve devredilebilmesi mümkün kılınmış, Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında yapılan değişiklikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli ya da milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenebilmesine olanak tanınmış, milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebileceği belirtilmiş, yine aynı kanunla Anayasa'nın 155. maddesinin 2. fıkrası değiştirilerek Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetki ve görevi salt görüş bildirme görevi haline getirilmiş ve ilgili kanunlarda da bu doğrultuda değişiklikler yapılmıştır.

Anayasada yapılan bu değişikliklerden sonra imtiyaz sözleşmelerini öngören kanunlarda da bir takım değişikliklere gidilmiştir. Bu bağlamda 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesine; Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı hükmü konulmuştur. 21.1.2000 tarih ve 4501 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle 3996 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinin 2. fıkrası değiştirilerek, 3096 sayılı Kanun'da belirtilen elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaret hizmetleri²⁰ ile 3465 sayılı Kanun kapsamındaki Karayolları Genel Müdürlüğü ile özel şirket arasında otoyol yapımı, bakımı ve işletilmesi konusunda yapılacak görevlendirme sözleşmeleri 3996 sayılı Kanun'un kapsamına alınmıştır.²¹ Bu bağlamda otoyol, trafiği yoğun karayolu,

²⁰ Ancak 20.2.2001 tarih ve 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 3. maddesi ile bu kanunun bir kısım hükümlerini ve bu arada 3. maddesini ilga eden 14.3.2013 tarih 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 4. maddesinde elektrik üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, piyasa işletim, ithalat ve ihracat faaliyetlerinin "lisans" (ruhsat) yöntemi ile özel kesime gördürülmesi usulünü öngörmüştür. 6446 Kanun'un geçici 12. maddesinde; mevcut sözleşmeler kapsamındaki üretim tesisleri ile projelere, mevcut sözleşmelerindeki hak ve yükümlülüklerle ve sözleşme süresi ile sınırlı olmak kaydıyla, bu kanunun yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içerisinde ilgili mevzuat kapsamında resen lisan verileceği belirtilerek önceki dönemde yapılan sözleşmelerin geçerliliği ortadan kaldırılmıştır.

²¹ Bundan başka 4501 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinin 1. fıkrasında; bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine göre başlatılmış proje ve işlerin, tabi oldukları usul ve esaslara göre sonuçlandırılacağı, 2. fıkrasında ise kesinleşmiş mahkeme kararı ile iptal edi-

lenler hariç, birinci fıkrada belirtilen proje ve işlere de bu kanun hükümlerinin uygulanmasına, görevli şirketin bu kanunun yayımı tarihinden bir ay içinde başvuru ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verileceği ifade edilmiştir. Bahsedilen 2. fıkranın Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmıştır. İptal dilekçesinde, fıkra, bu kanunun yürürlüğe girmesinden önceki imtiyazlara da Bakanlar Kurulu kararı ile uygulanabileceğinin öngörüldüğü, bunun bir "geriye yürüme normu" olduğu, dayanağı olan Anayasa hükmünün, yürürlük öncesini kapsadığı için üst-norma aykırı olduğunu ifade etmektedir. Bir başka deyişle, 14.8.1999 öncesi yürürlükte olan Anayasa'nın 125 ve 155. maddelerinde imtiyazlar bakımından tahkimi yasakladığını, önceki Anayasa hükümlerinin etkisinin, değiştiren Anayasa'nın yürürlük başlangıcına kadar hemen devam edeceği belirtilmiştir. Dilekçede, ayrıca, geriye yürütme ölçütünde Bakanlar Kurulunun gözetileceği ölçütlerin yasa ile belirlenmesinin gerektiği, bunun yapılmaması yüzünden her somut olay için öngörüye göre değişken, öznal ölçütlerin devreye gireceği ve bundan hukuk devleti ilkesinin zarar göreceği belirtilmiştir. Yine dilekçede, imtiyaz ilişkilerinin kurulduğu tarihte tahkim kaydının yokluğuna dayanarak bu ilişkinin tarafı olma yönünde girişimde bulunmayan veya bulunamayan veya hazırlık aşamasında vazgeçen veya ihalede ona göre teklif veren kişilerle imtiyaz sahipleri arasında bir eşitsizlik yaratıldığı, Anayasa'nın 48 ve 167. maddeleri gereğince devletin girişim özgürlüğünün ve piyasa ekonomisinin gereklerine uymak zorunda olduğu, imtiyazlaşma tarihinde tahkim yokluğunun bir risk faktörü olduğu, bu durumun girişimcileri caydırıcı bir etmen olduğu, ilişkinin kuruluş tarihindeki risk ve rekabet faktörlerini, geriye etkili olarak ortadan kaldıran hükmün, ekonomi kuralları ile çatışacağı, geriye yürüme kuralının bu yönüyle de hukuka aykırı olduğu, kuralın devlete ve yürütmeye güveni erozyona uğratan imtiyaz hükmü niteliğinde olduğu görüşü savunulmuştur. Anayasa Mahkemesi 20.7.2000 tarih ve E. 2000/16, K. 2000/17 sayılı kararında bu savaların hiç birisine itibar etmeyerek; Anayasa'nın 47. ve 125. maddelerinde yapılan değişiklikten sonra imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmeleri olarak yapılabilmesi ve tahkim yolunun açılması sonucu bu olanağının tarafların istegine ve belli koşulların yerine getirilmesine bağlı olarak Bakanlar Kurulu kararı ile Anayasa değişikliğinden önce yapılan sözleşmeler için bile tanınmasında, kazanılmış hakları ihlal eden bir geriye yürüme söz konusu olmadığı gibi belirsizliğin de bulunmadığı, kaldı ki maddenin 1. fıkrasıyla Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce oluşmuş hukuksal durumların tabi oldukları usul ve esaslara göre sonuçlandırılmasının kabul edildiği, 2. fıkrasıyla da bu durumlar için herhangi bir zorunluluk getirilmeksizin kesinleşmiş mahkeme kararı ile iptal edilenler hariç bu kanundan yararlanabilme olanağı sağlanarak koşullarının saptandığı belirtilmiştir. Kararda, ayrıca, hukuksal denetimde, ancak gerçekleştirilmiş durumların gözetileceği, kimi varsayım ve olasılıkların esas alınamayacağı açık olduğundan ileride yapılacak yasal düzenlemeleri öngörememeleri nedeniyle ihalelerden vazgeçenlerin bulunmasının, eşitlik ve serbest rekabet ilkeleri ile bu bağlamda hukuk devleti ilkesini zedelediği yönündeki savların anayasal dayanağının bulunmadığı, kuralın Anayasa'nın 2. 10. ve 125. maddelerine aykırı olmadığı, Anayasa'nın 48. ve 167. maddeleriyle ilgisinin bulunmadığı ifade edilmiştir. Bkz. 9.11.2004 tarih ve 25638 sayılı R.G. Kanımızca Anayasa Mahkemesinin bu görüşleri bütünüyle isabetsizdir. 4501 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin 2. fıkrasının iptali talebiyle açılan davada ileri sürülen anayasa aykırılık savlarının tümü doğru olduğu gibi bu fıkrayla anayasal normun gizli bir şekilde yürürlüğü de sağlanmıştır. Zira Anayasa 14 Ağustos 1999 tarihinden önce imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde tahkime izin vermez iken söz konusu fıkrayla 14 Ağustos 1999 tarihinden önce yapılan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde de tahkim kabul edilerek kanunla anayasal norm gizli olarak geriye yürütülmüştür ki bunun hukuka aykırılığı tartışma götürmez bir gerçekliktir.

demiryolu ve raylı sistemler, gar yerleşkesi ve istasyonlarının yapım, bakım ve işletilmesi sözleşmeleri bundan böyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak nitelendirilemeyecekler, özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirileceklerdir.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay imtiyaz sözleşmeleri hakkında vermiş olduğu kararlarda ne kadar hatalı bir tutum içerisine girmişse kanun koyucu da yapmış olduğu anayasal ve yasal değişikliklerle aynı hatalı tutum içerisine girmiştir. Her şeyden önce idari sözleşmelerin bir türünü oluşturan imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuka tabi tutulması isabetli olmamıştır. Zira idari sözleşmelerde, sözleşmede öngörülme bile İdare, karşı âkidinin zararını ödemesi koşuluyla kamu yararının gerektirdiği hallerde tek taraflı değişiklik yapma yetkisini haizdir. Bu ilkeye, idari sözleşmelerin “değişkenliği ilkesi” (principe de mutabilit ) denilir.²² Hâlbuki  zel hukuk sözleşmelerinde tarafların karşılıklı rızası olmadan sözleşmede değişiklik yapılması olanaksız olduğundan imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuka tabi tutulmasıyla işin doğasına aykırı hareket edilmiştir.

Öte yandan ileride ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulacağı üzere imtiyaz sözleşmeleri hakkında bütünüyle tahkim yoluna gidilmesi de doğru değildir. Zira idari sözleşmelerde ve bu arada imtiyaz sözleşmelerinde sözleşmenin bir tarafını kamu gücünü temsil eden İdare oluşturdüğundan bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların kural olarak idari yargıda c z mlenmesi gerekir. Tahkim yoluna ancak ayrık  durumlar da örneğin sözleşmenin mali hükümleri bakımından doğabilecek uyuşmazlıklar bakımından başvurulabilir.

Yapılan bu açıklamalardan anlaşılaçağı üzere Türkiye’de imtiyaz alanı bakımından büyük bir sorun yumağı bulunmaktadır. Bundan da öte mevcut durumda imtiyaz hakkında öngörülen mevzuatın yetersiz kalması, Avrupa Birliği normları bakımından yapılan yenilikler ve c ağcıl gelişmeler, ülkenin bir an önce harekete geçerek imtiyaz alanında yeni bir kanunun kabul edilmesi zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Bu c alışmada imtiyaz alanında yeni bir kanunun kabul edilmesi zorunluluğunu ortaya koyan durumlar ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

²² Foillard, s. 244.

I. 1326 Sayılı Kanunun Yetersizliği ve Geriliği

Yukarıda da belirtildiği üzere Türkiye’de imtiyazın yasal çerçevesini, II. Meşrutiyet döneminde çıkarılan 10 Haziran 1326 (1910) tarihli (Yayımlandığı Takvimi Vakayi, 24 Haziran 1326) telaffuzu bile oldukça zor olan Menafii Umumiyye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanun oluşturmaktadır. Bu kanun günümüz gereksinimlerini karşılamaktan hayli uzaktır. Söz konusu kanunun yetersizliklerini göz önüne serebilmek açısından öncelikle yürürlükte olan kanunun günümüz Türkçesiyle metnine bakmak uygun olacaktır.

Kamu Yararına Yönelik İmtiyazlar Hakkında Kanun

Madde 1- İlk olarak her ne şekilde olursa olsun devletçe halen ve ileride mali taahhütte bulunmayı içermeyen, kamuya ait taşınır ve taşınmaz malların tahsisini öngörmeyen, bütçeye dâhil bir genel hizmete ilişkin olmayan, bu kanunda belirtilen muafiyetin dışında herhangi bir muafiyeti kapsamayan yürürlükte bulunan kanunların tadilini gerektirmeyen, belediyelerin kuruluşuna ilişkin olarak çıkarılacak kanunlar ile mahalli idarelerin yetkisinde bulunmayacak olan kamu yararına yönelik imalat imtiyazları doğrudan doğruya Bakanlar Kurulu tarafından verilecektir.

Madde 2- İmtiyazlar için gerekli olup satın alınması gereken veya geçici olarak işgal ve terki gerektiren arazi ve emlak hakkında aşağıdaki kurallar geçerli olacaktır. İmtiyaz konusu imalata yönelik tesisler için gerekli olup sahipleri elinde bulunan emlak ve arazinin satın alınması konusunda imtiyaz sahibi ile malik arasında anlaşma sağlanamadığı takdirde, arazi kamulaştırma kanunu uyarınca kamulaştırılarak alınacak ve bedeli imtiyaz sahibi tarafından ödenecektir. İmtiyaz süresi içinde imtiyaz sahibinin teklifi ve ilgili bakanlığın uygun görmesi üzerine, geçici olarak işgali gereken arazi ve taş olacakları ile balast mahalleri sahiplerine İstimlak Kanunundaki değer tespit usulüne göre takdir olunacak tazminat imtiyaz sahibi tarafından ödendikten sonra yerel yönetim marifetiyle sahibine teslim edilecektir.

Tesis ve inşaa için gerekli olan sahipsiz topraklar imtiyaz süresi sonuna kadar imtiyaz sahibine bedelsiz terk olunabileceği gibi geçici olarak işgali gereken yerlerle taş ocakları ve balast mahalleri de hükümetçe gerekli görüldüğü takdirde imtiyaz sahiplerine bedelsiz tahsis edilebilecektir.

Madde 3- (Mülga: 25.6.1932-2025)

Madde 4- İmtiyaz süresinin sonunda işletmede kullanılan aletler ile taşınır mallar ve araç-gerecin satın alınabileceği hususu hükümetçe gerekli görüldüğü takdirde sözleşmeye konulabilecektir. İmtiyaz sözleşmesindeki belirli sürenin bitiminde hükümetin iştirak hakkı korunacaktır. İmalata yönelik eşya ile alet ve edevatın satın alma bedeli hesap ve defterlerin incelenmesi ile bilirkişi tarafından veya hükümetçe uygun görülen diğer bir usulde takdir ve tayin edilecektir.

Madde 5- İmtiyaz şartnamesinde mevcut olmadığı halde imtiyazın azami son 15 yılı içinde ilgili bakanlığın izniyle yeniden ve tesise ek olarak yapılacak imalat için imtiyaz sahibi tarafından yapılan masraflara denk bir meblağın adı geçen imalatın her birinin tamamlanmasından itibaren her yıl için bedelinden 1/15 indirildikten sonra tazminat olarak hükümet tarafından imtiyaz sahibine ödeneceği hususu sözleşmenin düzenlendiği sırada hükümetçe gerek görülürse sözleşmede belirtilebilecektir.

Madde 6- (Mülga: 25.6.1932-2025)

Madde 7- İmtiyaz sözleşme ve şartnamelerinde belirli olan süreler içinde mutlaka Osmanlı kanun ve nizamlarına tabi Osmanlı anonim şirketlerine devrolunacaktır.

Madde 8- İmtiyaz işlerinde idare ve fen memurları ile ustalardan ne kadarının ve hangilerinin yabancı uyruklu olacakları belirlenecek ve sınırlandırılacaktır.

Madde 9- Meclisi Mebusan ve Meclisi Ayana sunulacak imtiyaz kanunları, ekinde yer alan sözleşme ve evrak ile birlikte incelenerek verilecek bir karar ile kabul veya ret veya gerekçesi belirtilerek değişiklik için iade olunur.

Madde 10- İl ve belediyelerin teşkilatına dair yapılacak kanunlar ile gerçekleştirilmesi yerel yönetimlerin yetkisi içinde bulunacak olan imtiyazlar hakkında bu kanunlar yayımlanıncaya kadar, merkezi idarece işlem yapılacaktır.

Madde 11- Bakanlar Kurulu imtiyaz için uygulanacak usul ve öncelikli işlemler konusunda özel bir düzenleme yapmaya yetkilidir.

Madde 12- Bu kanun hükümleri özel kanun hükümlerine tabi

bulunan madenler ve taş ocakları hakkında geçerli olmayacağı gibi ticarete, tarıma, sanayiye ve sarraflığa ait imtiyazlara da uygulanmayacaktır.

25.6.1932 tarih ve 2025 sayılı Kanunun metni ise şu şekildedir:

Menafii Umumiyye Mûteallik İmtiyazat Hakkındaki 10 Haziran 1326 Tarihli Kanuna Bazı Maddeler Tezyiline ve Bu Kanunun Bazı Maddelerinin İlgasına Dair Kanun

Bu kanun ile 1326 tarihli İmtiyaz Kanununun 3 ve 6. maddeleri kaldırılmış ve aşağıdaki hükümler eklenmiştir:

Madde 1- Genel ve katma bütçelere dâhil ve sözleşmenin akdi tarihinde mevcut veya ileride ihdas edilecek olan herhangi bir vergi veya resim muafiyetini içeren ve gelecek bütçelerden ödeme yapılması Hükümetçe gerekli görülen imtiyaz sözleşmeleri Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur.

Madde 2- Birinci maddede bahsedilen imtiyaz sözleşmelerinde genel veya katma bütçelere dâhil hiçbir vergi ve resim devlet daireleri tarafından üstlenilemez.

Kanun metinlerine bakılınca, söz konusu kanunların günümüz gereksinimlerini karşılamaktan hayli uzak olduğu açık bir şekilde görülmektedir. Bu uygunsuzlukları şu şekilde sıralamak olanaklıdır.

1. İmtiyaz Tanımının Yetersiz Olması

İmtiyazın klasik tanımında açıkça 1326 tarihli kanunda ise örtülü bir şekilde; kurulacak ve işletilecek kamu hizmetinin “tüm riskleri, masrafları ve zararının bütünüyle imtiyazcıya ait olması” unsuruna yer verilmiş iken, zaman içerisinde imtiyazcıya kuruluş sermayesine idare desteği ya da borçlanma kolaylıklarının sağlanması, kâr ve satın alma güvencelerinin verilmesi suretiyle bu unsur yumuşatılmıştır. Kısacası imtiyaz verenin mali yardımları ile imtiyaz sahibini desteklemesi esası kabul edilmiştir.²³ Bu desteklemelerle imtiyaz klasik tanımındaki niteliklerini kaybetmekte ve gittikçe özel girişimciler için

²³ T. Tan, Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline, *AÜSBFD*, Cilt: 47, Sayı: 3-4, Haziran-Aralık 1992, s. 310.

cazip bir hale gelmektedir. Bu durumun eleştirilecek yanları bulunmasına²⁴ karşın gerçeklik söz konusu şekilde olduğundan çıkartılacak kanunda imtiyaz tanımının çağcıl gelişmelere uygun olarak yapılması önemli bir fayda sağlayacaktır.

2. Kanunun Kapsamının Dar Tutulması

1326 tarihli Kanunun 1. maddesinde yalnızca “imalat imtiyazları”ndan bahsedilmektedir. Bu çerçevede “hizmet üretimi veya görülmesi” imtiyaz kapsamına girmemektedir. Hâlbuki günümüzde imtiyaz, endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinin işletilmesi yanında idari kamu hizmetlerinin görülmesinde de kullanılmaya başlanmıştır. Bu durum çağcıl gelişmelere aykırılık oluşturduğu gibi ileride ayrıntılarıyla bahsedilecek olan Avrupa Birliği normlarına da aykırılık oluşturmaktadır.²⁵ Bu çerçevede çıkartılması gereken kanunda imtiyazın kapsamının hizmet üretimi veya görülmesini de kapsayacak şekilde genişletilmesi uygun olacaktır.

3. İmtiyaz Sahibinin Yalnızca Anonim Şirket Statüsünde Olması

1326 sayılı Kanuna göre imtiyaz alacak kişinin Osmanlı (=Türk) anonim şirketi statüsünde bir tüzel kişi olması gerekir. Bu çerçevede, yabancı bir gerçek veya tüzel kişiye imtiyaz verilemeyeceği gibi Türk anonim şirketi statüsünde bulunmayan bir Türk gerçek veya tüzel kişisine de imtiyaz verilemez. Yine Kanunun 7. maddesine göre imtiyaz; sözleşme ve şartnamelerinde belirli olan süreler içinde mutlaka Osmanlı kanun ve nizamlarına tabi Osmanlı anonim şirketlerine devrolunacaktır. Bu hükümler çağcıl gelişmelere aykırı düştüğü gibi yine ileride bahsedilecek olan Avrupa Birliği normlarına da aykırı düşmektedir.

Aslında imtiyaz sahibinin Osmanlı (=Türk) anonim şirketi statüsünde bir tüzel kişi olması koşulunun tarihsel açıdan pek fazla bir faydası da görülememiştir. Her şeyden önce Osmanlı döneminde imtiyaz-

²⁴ İmtiyazın tanımının klasik niteliğini kaybetmesinin eleştirisi için bkz. O. Karahanogulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 328-329.

²⁵ Krş. Tan, Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline, s. 310.

lar yabancılara ve büyük çoğunluğu Saraya yakın kişiler ve paşalardan oluşan yerli sermayedarlara verilmiştir. Bununla birlikte, imtiyaz elde eden bu yerli sermayedarlar da hizmetin görülmesi için şirket kurulması gerektiği zaman yabancı sermayeye başvuruyorlardı. Yapılan imtiyaz sözleşmelerinde kurulacak şirketlerin Osmanlı anonim şirketi olacağı koşulunu sözde yerine getirebilmek için hukuki idare merkezleri olarak İstanbul veya ülke içinde başka bir kent gösteriliyor, fiili veya gerçek yönetim merkezleri Paris, Brüksel Londra gibi yurt dışında bir yer oluyordu. Böylece şirket kârları yurt dışına kaçırılıyordu. Kurulan şirketlere Osmanlı tabiiyeti vermekte ısrar etmenin de ne kadar anlamsız olduğu, çıkan bazı uyuşmazlıklarda, devletlerin kendi sermayedarlarının çıkarlarını savunmak için giriştikleri diplomatik manevralardan anlaşılmıştır. Doğal olarak bu korumanın ücreti de sermayenin çıktığı ülkenin politikasına hizmet etmesi ile ödeniyordu.²⁶

Günümüzde artık hiçbir ülke imtiyaz sahibinin yalnızca anonim şirket statüsünde olmasını aramamaktadır. Çağcıl gelişmeler ve Avrupa Birliği normları çerçevesinde imtiyaz özel bir kişiye, şahıs ve sermaye şirketlerine verilebileceği gibi, kamu kurum ve kuruluşlarına da verilebilmektedir. Hatta imtiyaz sahibinin “iş ortaklığı” (joint venture) şeklinde işi yüklenebilmesi de olanaklıdır. Bu çerçevede imtiyaz sahibinin anonim şirket statüsünde olması koşulundan vazgeçilmesi uygun olacaktır.

4. İmtiyaz Kavramının Kullanılmasından Vazgeçilmesi

Türkiye’nin kendisine özgü koşulları nedeniyle “imtiyaz” kavramının kullanılması sakıncalıdır. Gerçi Fransızca ve İngilizcede kullanılan “concession” kavramının Türkçeye “imtiyaz” olarak çevrilmesi doğru olsa da ülkenin bu kavramı kullanmayıp bunun yerine “yetkilendirme” kavramını kullanması daha uygun olacaktır. Zira “imtiyaz” kavramı hem sözcük olarak birilerine ayrıcalık tanımayı ifade ettiğinden zihinlerde olumsuz ve “uygunsuz” (pejoratif) bir anlam içermekte; hem de tarihsel açıdan Osmanlı İmparatorluğu’nun son dönemindeki kapitülasyonları hatırlattığından, bazı yabancı güçlerin sömürgeci niyetlerinin hortlamasına yönelik kuşkulara çağrışım yap-

²⁶ Tan, T. Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline, s. 310.

maktadır.²⁷ Bu gerçeğe rağmen gerek Anayasada gerekse 1326 tarihli Kanun'da ısrarla "imtiyaz" kavramı kullanılmaktadır.

Aslında "imtiyaz" kavramı geleneksel olarak esasen kamu hizmetlerinin "özel tekel" kurularak özel kişilere gördürülmesini ifade ettiğinden, bu kavramı günümüzde egemen olan rekabetçi anlayışla ve özellikle AB Hukuku tarafından öngörülen kamu hizmetlerinin serbest rekabet koşullarında sunulması eğilimiyle de bağdaştırılabilmek oldukça güçtür. Öte yandan, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişiler tarafından yürütülmesine Anayasa'nın 47. maddesiyle olanak tanındığından ve Anayasa'nın 155. maddesiyle Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki "inceleme" yetkisinin "görüş bildirme" yetkisine dönüştürülerek oldukça zayıflatılmasıyla özel kişilere kamu hizmeti gördürülmesinde "imtiyaz" kavramında ısrar edilmesinin herhangi bir pratik faydası da kalmamıştır. Zira 1999 Anayasa değişikliği öncesinde özel kişilere kamu hizmeti gördürülmesinin her hâlükârda imtiyaz olduğunda ısrar edilmesinin pratik bir anlamı vardı. Çünkü imtiyaz olarak görüldüğünde Danıştay'ın "ön denetimi" (inceleme) Anayasal bir zorunluluk oluşturmakta ve bu kapsama sokulmayan bir kamu hizmeti gördürme Danıştay'ın ön denetiminden "kaçırılma" anlamına gelebilmekteydi.²⁸

Bu gerekçelerle artık hukukumuzda "kamu hizmeti imtiyazı" kavramının görevi tamamlandığından yerine daha uygun ve çağcıl bir kavram olarak "yetkilendirme" kavramının kullanılması daha faydalı olur. Nitekim Fransız idare hukukunda da 1990'lı yılların başından itibaren "kamu hizmeti imtiyazı" (concession de service public) kavramı yerine "kamu hizmeti için yetkilendirme veya yetki verme" (délégation de service public) kavramının da kullanılmaya başladığını belirtmek gerekir.²⁹

²⁷ Krş. A. Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul 2004, s. 33.

²⁸ Ulusoy, s. 34.

²⁹ Ulusoy, s. 34. Yazar burada Fransız idare hukukunda 1990'lı yılların başından itibaren "kamu hizmeti imtiyazı" (concession de service public) kavramı yerine "kamu hizmeti için yetkilendirme veya yetki verme" (délégation de service public) kavramının da kullanılmaya başladığını söylemesine karşın ünlü Fransız idare hukukçuları Chapus ve Foillard'ın yalnızca "kamu hizmeti imtiyazı" (concession de service public) kavramını kullanmaya devam ettiğini belirtmek gerekir.

5. İmtiyaz Sözleşmesinden Kaynaklanan İdari Suç ve Cezalar Bakımından Düzenleme Yapılmaması

1326 tarihli Kanun, imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan idari suç ve cezalar konusunda düzenleme yapmamıştır. Disiplin cezalarının diğer bir türünü idari sözleşmelerden ve bu arada imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan ve idarenin vermiş olduğu cezalar oluşturur. İmtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan suç ve cezayı, disiplin suç ve cezası olarak kabul etmekte kanımızca garipsenecek bir durum bulunmamaktadır. Zira bir cezayı disiplin cezası olarak nitelendirmede temel ölçüt idare ile kişi arasında özel bir bağ ilişkisidir. İdari sözleşmede idare ile karşı âkidi oluşturan kişi arasında bir özel bağ kurulduğuna göre söz konusu sözleşmeden dolayı idarenin vermiş olduğu cezayı disiplin cezası olarak nitelendirmek gerekir.³⁰ Öte yandan Moderne'in isabetli olarak belirttiği üzere idari suçu ve bu arada disiplin suçunu işleyen faile göre idari cezanın tanımı değişmez. Bu bağlamda, idari sözleşmede karşı âkidi oluşturan kişi de idari sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünü ihlal ederse ona karşı idari cezanın uygulanması doğaldır. Ayrıca çağcıl devletin cezalandırma yetkisi bulunduğu için İdarenin idari sözleşmeden kaynaklanan cezaları vermeye yetkili olması olağan bir nitelik taşır.³¹

İmtiyaz sözleşmelerinde sözleşmenin karşı tarafını oluşturan imtiyaz sahibi sözleşmeye aykırı davrandığı durumlarda İdare mahkemeye gitmeden doğrudan ona ceza verebilir veya ona diğer idari yaptırımlar uygulayabilir. İdarenin uyguladığı yaptırımın haksız olduğunu savlayan imtiyazcının mahkemeye başvurarak yaptırımı durdurması gerekir, aksi takdirde, yaptırımın uygulanması durdurulamaz.³²

İmtiyaz sözleşmelerinde İdare, yalnızca kanundan ya da sözleşmeden doğan nedenlerle idari ceza,³³ daha somut bir deyişle, disiplin-

³⁰ Fazla bilgi ve karşılaştırma için bkz. H. Dursun, *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 198-199.

³¹ F. Moderne, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Economica, Paris 1993, s. 159.

³² Krş. J-M. De Forges, *Droit administratif*, Presses Universitaires de France, Paris 1991, 82.

³³ Zaten "idari ceza" dan söz edilebilmesi için bir yükümlülüğün ihlal edilmesi gerekir. Söz konusu yükümlülüğün kanundan veya sözleşmeden doğması bu esasta bir değişiklik oluşturmaz. Her iki durumda da idari cezanın uygulanması gerekir.

lin cezası vermeye yetkilidir.³⁴ Bu bağlamda İdare, imtiyaz sözleşmesi hakkında idari ceza olarak ancak kanun veya sözleşmeden kaynaklanan nedenlerle fesih cezası verebilir. Ancak İdare, sözleşme ilişkisiyle açıklanamaz olan hallerde, bir diğer deyişle, imtiyaz sözleşmesinin özünün yerine getirilmemesi durumlarda, örneğin, kamu yararına aykırı davranan sözleşmeci için tek taraflı olarak idari ceza vermeye yetkili olmayıp yalnızca diğer idari yaptırımlar; örneğin idari tedbir³⁵ uygulamaya yetkilidir.³⁶

İmtiyaz sözleşmelerinde İdare karşı âkide idari ceza verebilmesi için kanun veya sözleşme ihlalinin bulunması gerekli olmasına karşın söz konusu cezanın uygulanabilmesi için İdarenin önceden denetim ve gözetim yetkisini kullanması şart değildir. İmtiyaz sözleşmesinden kaynaklı olarak İdarenin uygulayabileceği cezaları; mali, zorlayıcı ve fesih cezası olmak üzere üçe ayırmak olanaklıdır.³⁷

Bunlardan mali cezalar; kanun veya sözleşmede öngörülen para cezaları olup bu cezalar sıklıkla bir zararın doğması durumunda “kendiliğinden” (automatiques) uygulanır. Bununla birlikte, İdarenin para cezası verebilmesi için zararın doğduğunu kanıtlamasına gerek yoktur. Bundan başka İdare, para cezasını kimi durumda imtiyaz sahibinin üstlendiği yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetleyerek verebileceği gibi herhangi bir denetim yapmadan, örneğin, sözleşmecinin hafif bir kusurunu gördüğünde de uygulayabilir.³⁸

İdarenin imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı olarak uygulayabilece-

³⁴ Krş. M. C. Eisenmann, *Le droit Administratif et le principe de légalité*, EDCE, 1957, s. 37. Krş. Günday, *İdare Hukuku*, 2004, s. 310. Günday, burada, idari sözleşmelerin bir türünü oluşturan imtiyaz sözleşmelerinde sözleşme ve şartnamede belirtilmemiş olsa bile İdarenin yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğunu, söz konusu yetkinin onun kamu hizmetlerinin asli sahibi ve sorumlusu olmasından kaynaklandığını ifade etmektedir. Biz yazarın görüşüne kısmen katlıyoruz. Bu bağlamda eğer idari sözleşmenin karşı âkidine “ceza” verilecekse bunun kanun, sözleşme veya şartnamede açıkça gösterilmiş olması gerekmekte, buna karşın, karşı âkide “tedbir” uygulanacaksa bunun açıkça gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Görüldüğü üzere ceza ve tedbir kavramını da içeren “yaptırım” kavramını kullanırken oldukça dikkatli olunması gerekmektedir.

³⁵ İdari tedbir hakkında bilgi için bkz. Dursun, *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi*, s. 414 vd.

³⁶ Aksi görüş için bkz. Moderne, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, s. 159.

³⁷ Fazla bilgi için bkz., *Forges*, s. 82-83.

³⁸ Krş. *Forges*, s. 82- 83.

ği ikinci ceza türünü “zorlayıcı” (coercitives) cezalar oluşturur. Gerçekten de kanun veya idari sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı her zaman idari para ve fesih cezalarının uygulanması gereksinimleri karşılayamayabilir. Bu bağlamda imtiyaz sözleşmesinin düzgün bir şekilde sürdürülmesinde kamu yararının bulunması nedeniyle idari para cezası dışında başka yaptırımların da uygulanması gerekmektedir. Bu anlatımlardan ortaya çıktığı üzere zorlayıcı cezaları, imtiyaz sözleşmenin gereği gibi yürütülmediği durumlarda söz konusu sözleşmenin etkin ve düzgün bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere idari para ve fesih cezaları dışında kalan idari cezalar oluşturur.³⁹

Kanun veya sözleşmeden kaynaklı bir yükümlülüğün ihlal edilmesinden dolayı imtiyaz sözleşmesi bağlamında zorlayıcı cezanın uygulandığı durumlarda, idare işletmeye geçici olarak el koymakta ve sözleşmecinin yerine geçerek hizmeti bizzat kendisi yürütmekte veya yürütülmesini üçüncü bir şahsa bırakmaktadır.⁴⁰ Sözleşmeye el konulması yaptırımın uygulanması durumunda bütün maliyet ve riske ilk sözleşmeci katlanmak durumundadır. Bu yaptırım, doğası gereği oldukça ağır bir yaptırım olduğundan uygulanabilmesi için sözleşmecinin ağır kusurunun bulunması gerekmektedir.⁴¹

İdarenin, imtiyaz sözleşmeden dolayı uygulayacağı son ceza türü, sözleşmenin sona erdirilmesi, kısacası, “fesih” cezasıdır. Sözleşmenin feshinin ceza niteliğini kazanabilmesi için imtiyazcının kusurundan dolayı sözleşmenin ortadan kaldırılması gerekir. Sözleşmenin feshi iki türlü uygulanabilmektedir. Bunlardan ilki, sözleşmenin bütünüyle ortadan kaldırılmasıdır. Daha sık uygulanan ikinci şekli ise sözleşmenin zararını ve riskini ortadan kaldırmak şeklindedir.⁴² İmtiyaz sözleşmesinin zararının ve riskinin ortadan kaldırılması suretiyle feshinde, sözleşmeye başka bir sözleşmeciyle devam edileceği ortadadır.

³⁹ Krş. Forges, s. 83.

⁴⁰ Bununla birlikte, Günday, İdarenin işletmeye geçici olarak el koyması durumunda, imtiyaz sahibinin yerine geçeceğini ve hizmeti bizzat kendisinin yürüteceğini kabul etmekte, sözleşmenin üçüncü şahıs bir şahıs tarafından yürütülmesi esasını kabul etmemektedir. Bkz. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 310. Kanımızca, imtiyaz sözleşmesine el konulması durumunda sözleşmenin yürütülmesinin İdare tarafından üçüncü bir kişiye bırakılmasını engelleyici bir norm olmadığından yazarın görüşüne tam olarak katılamamaktayız.

⁴¹ Forges, s. 83.

⁴² Forges, s. 83.

Aslında fesih cezası, imtiyaz sözleşmelerine uygulandığı zaman “imtiyazın düşürülmesi” (déchéance de concession) adını taşır.⁴³ İmtiyazın düşürülmesi, İdare tarafından doğrudan verilebileceği gibi idare tarafından mahkemeye başvurularak da sağlanabilir.⁴⁴

Ancak imtiyaz sözleşmeleri bakımından sözleşmenin salt mahkeme kararıyla sona erdirilebileceği, tersine bir deyişle, idarenin doğrudan sözleşmenin feshi yoluna gidemeyeceği koşulu konulabilir. Daha açık bir deyişle, imtiyaz sözleşmelerinde İdarenin sözleşmeyi feshedemeyeceği, bu feshin salt mahkeme kararıyla yapılabileceği yönündeki “şart” geçerlidir.⁴⁵ Kanımızca böyle bir sonuca “imtiyaz sözleşmesi” kavramının tanımından da ulaşabilmek olanaklıdır. Yukarıda belirtilen “imtiyaz sözleşmesi” tanımından da anlaşılacağı üzere bir sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi sayılabilmesi için karşı tarafın, bir başka deyişle, sözleşmecinin, kamu hizmetini doğrudan doğruya ifa etmesi gerekir. İmtiyaz sözleşmelerinde sözleşmeci kamu hizmetini doğrudan doğruya ifa ettiğine göre bu sözleşmelerde idarenin fesih yetkisinin şartla ortadan kaldırılmasının hukuksal açıdan bir sakıncası bulunmamaktadır.

İmtiyaz sözleşmesinden kaynaklı idari suç ve cezalar hakkında yapılan bu açıklamalardan sonra hemen şu hususu belirtmek gerekir

⁴³ İdare, kanun veya sözleşmenin gereğinin yerine getirilmemesinde imtiyazcının kusurunun bulunduğu durumlarda, bir ceza olarak idari sözleşmeyi tek yanlı olarak feshedebilir. Ancak İdare, imtiyazcının herhangi bir kusuru olmasa bile hizmet ve kamu yararının gerekleri doğrultusunda sözleşmeyi tek yanlı olarak feshedebilir. Rachat olarak ifade edilen bu durumda İdare, imtiyaz sözleşmesinin süresi içerisinde imtiyazı bütün tesisatı ile birlikte bedeli karşılığında satın almakta ve söz konusu sözleşmeye son vermektedir. Bununla birlikte İdare, rachat yoluna başvurarak imtiyaz sözleşmesini tek taraflı olarak feshettiği zaman imtiyazcının bütün zararını gidermek zorunda olduğu gibi onun işletmeden beklediği normal kazanç ve kârları da bütünüyle tazmin etmek zorundadır. Ancak rachat, idari ceza olarak kabul edilemez. Daha açık bir deyişle rachat yolu, idari tedbir, dolayısıyla yaptırım niteliğini taşımakta, ancak hiçbir şekilde idari ceza kavramının içerisine girmemektedir. Krş. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 310-311.

⁴⁴ Çeşitli defalar belirtildiği üzere, idari cezalar ile diğer cezalar arasında ancak şekli ve organik bir ölçütü ayırım yapılması yüzünden mahkeme tarafından idari sözleşmenin feshedildiği her durumda idari cezanın bulunmadığı ortadadır. Zira yine çeşitli defalar belirtildiği üzere, bir yaptırıma idari ceza denilebilmesi için “olmazsa olmaz koşul” (conditio sine qua non) cezanın İdare tarafından verilmesidir. İdare tarafından verilmeyen bir ceza nitelik itibarıyla idari cezaya benzese bile idari ceza olarak kabul edilemez.

⁴⁵ Forges, s. 83.

ki ülkede imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi uygulanmamakta, bir başka deyişle, söz konusu cezalar, önceden yasayla belirlenmemektedir. Daha açık bir deyişle imtiyaz konusunda genel bir kanun niteliğini taşıyan 1326 tarihli Kanun imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı olarak doğabilecek idari suç ve cezalar konusunda düzenleme yapmamıştır. Bu yüzden uygulamada söz konusu suç ve cezalar, sözleşme ilişkisine dayalı olarak idare ve karşı âkit tarafından birlikte kararlaştırıldığı için yalnızca imtiyaz sözleşmesinden doğmaktadır.⁴⁶ Kısacası, uygulamada, imtiyaz sözleşmeden kaynaklanan idari suç ve cezaların kaynağını salt sözleşme oluşturmaktadır.⁴⁷

Uygulamada görülen bu durumu olağan karşılamaya olanak yoktur. Zira imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı olarak İdarenin uyguladığı disiplin cezaları, diğer idari cezalar ile aynı hukuksal sonucu taşıdığı, bir başka deyişle, her türlü cezada bir özgürlük kısıtlanması olduğu için imtiyaz sözleşmesi kaynaklı disiplin cezalarının da kanuna dayanması anayasal bir zorunluluktur.⁴⁸ Zira imtiyaz sözleşmelerinin ancak yasal sınırlar içerisinde yapılabileceği olanaklı olduğuna⁴⁹ göre söz konusu sözleşmeden kaynaklanan disiplin cezalarının verilmesi de ancak kanunun gösterdiği sınırlar içerisinde olanaklı olacaktır.⁵⁰ Bu

⁴⁶ F. Moderne, La sanction administrative (éléments d'analyse comparative), RFDA, Mai-Juin 2002, s. 486.

⁴⁷ Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 228.

⁴⁸ Anayasa'nın 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında "suç ve cezada kanunilik" (nulum crimen nulla poena sine lege) ilkesi düzenlenmiştir. Anayasa'nın bu hükümlerinde "adli suç ve cezalar" ile "idari suç ve cezalar" arasında bir ayrım yapılmadığına göre idari suç ve cezalarda da kanunilik ilkesinin uygulanması anayasal bir zorunluluk oluşturmaktadır. İdari cezalar; İdare ile cezanın muhatabı arasında özel bir bağ olup olmadığına göre halka yönelik idari ceza ve disiplin cezası olmak ikiye ayrılır. İmtiyaz sözleşmesinden kaynaklı idari cezalarda İdare ile imtiyaz sahibi arasında özel bir bağ bulunduğuna göre bu tür cezaların disiplin cezalarına, dolayısıyla idari ceza üst başlığına atlanması olanaklıdır. İdari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi.

⁴⁹ Krş. Eisenmann, s. 35.

⁵⁰ Nitekim İspanya Anayasa Mahkemesi, 21 Temmuz 1983 tarih ve 66/1983 sayılı kararında da isabetli olarak belirttiği üzere İspanyol Anayasa'sının 25. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen kanunilik ilkesinin, ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar ile bütün idari suç ve cezalarda uygulanacaktır. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 229, 197-198 ve dn. 9. Bu karardan, idari sözleşmelerden ve bu meydana imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan cezaların kanunilik ilkesine tabi olduğu sonucuna ulaşmak kolaydır. Zira bir idari sözleşme tür olan imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan cezaların disiplin cezalarına, dolayısıyla idari ceza üst başlığına altlanması olanaklıdır.

bağlamda imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklı idari suç ve cezalarda anayasal nitelikteki kanunilik ilkesinin gereğinin yerine getirildiğinden bahsedilebilmesi için yasada veya yasada açıkça hüküm bulunması koşuluyla imtiyaz sözleşmesinde idari suç ve cezaların açık bir şekilde öngörülmesi gerekir.⁵¹ 1326 tarihli Kanun'da imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı idari suç ve cezaların düzenlenmesi şöyle dursun bunlardan kavramsal olarak bile bahsedilmediğine göre ortada Anayasa'nın 38. maddesine bir aykırılık bulunduğu aşikârdır.⁵²

6. 1326 Tarihli Kanun Gereksinimleri Karşılamaktan Uzak, Yetersiz ve Günümüz Koşullarında Garip Düşen Hükümlere Sahiptir

1326 tarihli Kanun gereksinimleri karşılamaktan uzak, yetersiz ve garip hükümlere sahiptir. Örneğin, Kanun'un 7. maddesinde; imtiyazın sözleşme ve şartnamelerinde belirli olan süreler içinde mutlaka Osmanlı kanun ve nizamlarına tabi Osmanlı anonim şirketlerine devir olunacağından bahsedilmekte, 9. maddesinde ise Meclisi Mebusan ve Meclisi Ayana sunulacak imtiyaz kanunlarının, ekinde yer alan sözleşme ve ilgili evrak ile birlikte incelenerek verilecek bir karar ile kabul veya ret veya gerekçesi belirtilerek değişiklik için iade olunacağı ifade edilmiştir.

Dünyanın hiçbir ülkenin kanununda imtiyaz alacak şirketin “anonim” şirket statüsünde olması aranmamakta ayrıca yukarıda belirtildiği üzere söz konusu koşul Avrupa Birliği normlarına da aykırı

⁵¹ Krş. Eisenmann, s. 37. Ancak özellik gösteren bir durumda idari sözleşmede kanunilik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Bu hal, kanunun kimi zaman kendi koyduğu koşullardan İdarenin ayrılmasına izin vermesi durumudur. Bu durumda idari sözleşmeden kaynaklı suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin ihlal edildiğinden bahsedilemez. Krş. Eisenmann, s. 39. Böyle bir durumda idari sözleşmenin tarafı olan İdare ile karşı âkit karşılıklı özgür iradeleriyle idarenin ceza verebilme koşullarını belirleyebilir. Zira kanunun kendi koyduğu koşulların aksinin sözleşme taraflarınca kararlaştırılabileceğini kabul ettiğine göre taraflarca kararlaştırılan koşullara uyulmaması durumunda idarenin uygulamış olduğu ceza, kanunilik ilkesini ihlal etmiş sayılamaz. Daha açıkçası, böyle bir durumda İdarenin yasanın öngördüğü koşullardan farklı olarak ceza vermesini de kanun öngörmüş bulunmaktadır.

⁵² Aslında imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı idari suç ve cezaların açık bir şekilde düzenlenmesi anayasal bir zorunluluk oluşturmamasının yanında İmtiyazın konusunu oluşturan kamu hizmetinin doğru bir şekilde yürütülebilmesi için imtiyaz sözleşmelerinde idari cezaya yer verilmesi yaşamsal bir önem taşımaktadır.

düşmektedir. Öte yandan imtiyaz sözleşmelerinin Meclis tarafından onaylanması koşulunun aranması da günümüz koşullarına aykırı düşmektedir. Nitekim 1924 Anayasa'sının 26. maddesinde "imtiyaz" sözleşmelerini onaylama yetkisi TBMM'ne verilmişken bu koşul 1961 Anayasası ile birlikte günümüz koşullarına uygun düşmediği gerekçesiyle kaldırılmıştır. Öte yandan Cumhuriyet döneminde yaşanılmasına karşın, bir kanun metninde Osmanlı anonim şirketinden ve Meclisi Mebusan ile Meclisi Ayandan bahsedilmesinin ne kadar bir garabet doğurduğu ortadadır.

II. İmtiyaz Sözleşmelerinin Özel Hukuka ve Adli Yargıya Tabi Tutulması

Yukarıda belirtildiği üzere 13 Ağustos 1999 tarihinde Anayasa'nın 47. maddesine eklenen 4. fıkra ile; Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden, kısacası imtiyaz sözleşmelerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırabileceği veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği ifade edilmiştir.

Anayasa'da yapılan bu değişiklikten sonra yukarıda belirtildiği üzere çeşitli kanunlarla yapılan değişikliklerle köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetler özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilmiştir. Böylelikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine konu olabilecek hizmetlerin hemen tümüne yakını özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirilmiştir. Özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından ise adli yargının görevli olacağı doğaldır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine konu olabilecek bir sözleşmenin idari sözleşme olmaktan çıkarılarak özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesi ve adli yargının görevli kılınması çeşitli açılardan sakıncalar taşınmaktadır. Bir kere özel hukuk kapsamına alınan yatırım ve hizmetlerin hemen hepsi ya merkezi idarenin ya da mahalli idarelerin ve hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının görev alanla-

rı içindeki kamu hizmetleri oluşturmaktadır. Bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirilmesi sonucu, konusu herhangi bir etkinlik olmayıp tatmininde kamu yararı olan toplumsal bir gereksinimi karşıladığı için kamu hizmeti olarak düzenlenen ve İdarece üstlenilen bir etkinlik olan sözleşmede, İdare ile sözleşmenin karşı tarafı özel kişi eşit konumda olacaktır. Böylelikle, yalnızca sözü edilen sözleşmenin niteliği değişmeyecek, aynı zamanda kamu hizmetlerine egemen olan temel ilkelerin de uygulanması güç ve hatta olanaksız hale gelecektir. Daha açık bir deyişle, İdare kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu olması nedeniyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde üstün yetki ve ayrıcalıklarla donatılmış iken, bu kez söz konusu sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi tutulmasıyla İdare bu üstün yetki ve ayrıcalıklarından yoksun kalacaktır. Örneğin kamu hizmetlerine egemen olan ilkelere birisini idari sözleşmelerin değişkenliği ilkesi oluşturur. Bu ilke uyarınca İdarenin bir kamu hizmetini değişen koşullara uyarlama yetkisi bulunmaktadır. Bu ilkenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine uygulanması sonucu, İdarenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tek yanlı iradesi ile değişiklikler yapma yetkisi vardır. İmtiyaz sahibi ise bu değişiklikler nedeniyle sözleşmenin mali dengesinin bozulması, bir başka deyişle, yükümlüklerinin artması halinde İdareden bir “karşılık” (tazminat) isteme hakkına sahiptir. Eğer şimdi olduğu gibi kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleri sayılırsa, özel hukuk sözleşmelerinde sözleşmenin tarafları eşit konumda olduklarından ve tarafların birisinin iradesine ötekisine oranla üstünlük tanınamayacağından, diğer bir deyişle, sözleşmede yapılacak değişiklikler ancak tarafların iradelerinin karşılıklı uyuşumu sonucu olacağından, İdare, sözleşme konusu olan kamu hizmetini yeni koşul ve durumlara uyarlayamayacak ve sözleşmede tek yanlı değişiklikler yapamayacaktır. Aynı durum, İdarenin gene hizmetin asıl sahibi ve sorumlusu olmasından kaynaklanan ve imtiyaz sahibinin hiçbir kusuru olmasa dahi kullanabileceği tek yanlı fesih ve imtiyaz sözleşmesinde öngörülme dahi haiz olduğu denetim ve yaptırım uygulama yetkileri bakımından da geçerli olacaktır.⁵³

Kısacası, bir imtiyaz sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi sayılması, imtiyaz sözleşmesinin doğasına aykırılık oluşturmaktadır. Zira

⁵³ Bkz. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 323-324.

ancak imtiyaz sözleşmesinin idari sözleşme sayılması durumunda imtiyaz sahibi tarafından yürütülen kamu hizmetinde, kamu hizmetinin sonul sorumlusu olan İdarenin yakın gözetim ve denetimi söz konusu olacak ve bu denetim kamu düzenini sağlama amacıyla İdarenin özel faaliyetler üzerinde yaptığı kolluk denetimini aşmış ve içselleştirilmiş bir denetim niteliğini kazanacaktır. Örneğin tipik bir faaliyet olan lokanta işletmeciliğinde İdarenin denetimi kolluk denetimiyle sınırlı iken, bir imtiyaz sözleşmesinde İdarenin imtiyaz sahibi üzerinde uyguladığı denetim, çok daha geniş ve öze yönelik bir denetim niteliği taşır.⁵⁴

İmtiyaz sözleşmelerini özel hukuka tabi tutarak bu sözleşmeler bakımından doğacak uyuşmazlıklarda adli yargının görevli kılınması da isabetli olmamıştır. Gerçekten de idari sözleşmelerin kapsamı içerisinde imtiyaz sözleşmeleri bakımından idari yargının görevli kılınması işin doğası gereğidir. Nitekim 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; "Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birisinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar" bakımından görevli yargı yerinin idari yargı yeri olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda Günday'ın İdarenin sözleşmeden tek yanlı işlemleri iptal davasına konu yapılabilmekte, buna karşın, sözleşmenin mali hükümlerinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara ilişkin davalar ise tam yargı davası olarak nitelendirilebilir.⁵⁵

İdari yargıda geçerli olan gerek iptal davaları gerekse tam yargı davaları özel hukuk davalarından önemli ölçüde farklılık göstermektedir. Her şeyden önce iptal davalarında amaç, idarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlamak olup İdarenin sözleşmeler alanında olsa bile hukuka uygun olarak hareket etmesinde herkesin yararı bulunmaktadır. Öte yandan Danıştay'ın yaptığı gibi tam yargı davasını tazminat davaları olarak düşünüp tazminat davalarını da özel hukuktaki edim davalarına benzetmek doğru değildir. İptal davaları gibi tam yargı davaları da nesnel bir nitelik taşımaktadır. Zira nesnellik yalnızca davanın tazminata ilişkin sonucunun kimi ilgilendirmesiyle

⁵⁴ Krş. Ulusoy, Kamu Hizmeti, s. 31.

⁵⁵ Bkz. M. Günday, İdare Hukuku, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2003, s. 275.

ilgili bir konu olmayıp hukuka uygun bir İdarenin herkese sağlayacağı yararı ifade eder. Yine tam yargı davası; yargıcın, bir yargılamanın gerektirdiği bütün yetkileri kayıtsız ve koşulsuz olarak kullanması anlamını taşır. Görüldüğü üzere, gerek iptal davası, gerekse tam yargı davası, özel hukuktaki hiçbir dava türüne benzemeyen idare hukukuna ve idari yargıya özgü dava türleridir.⁵⁶

İmtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların adli yargı organlarının görev ve yetkisine sokmak, hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır. Zira hukuk devleti ilkesini yaşama geçirebilmek bakımından iptal ve tam yargı davaları yaşamsal bir önem taşıdığı için imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı söz konusu davaların idari yargı içerisinde görülmesi daha uygun olacaktır.

Aslında imtiyaz sözleşmelerini idari sözleşme olarak kabul etmek ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkları idari yargının görev alanına sokmak anayasal açıdan bir sorun doğurmaz. Zira Anayasa'nın 47. maddesine Ağustos 1999 tarihinde eklenen son fıkrada; İdare tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği ifade edilmektedir. Bu hüküm çerçevesinde, bütün kamu hizmetlerini özel hukuk rejimine tabi tutan düzenleme Anayasanın bu hükmüne aykırı olacaktır. Diğer taraftan Anayasada yer alan söz konusu hüküm, tek tek sayılmak ve tüm kamu hizmetlerini kapsamamak kaydıyla, kanun koyucuya, kamu hizmetlerini özel hukuk rejimine tabi tutarak özel kişilere gördürme konusunda açık bir takdir yetkisi vermektedir.⁵⁷

Buraya kadar anlatılanlar çerçevesinde bütün imtiyaz sözleşmelerini doğası gereği idari sözleşme olarak kabul edip söz konusu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından idari yargıyı görevli kılan bir kanun, Anayasa'nın 47. maddesine aykırı olmayacaktır. Zira Anayasa'nın 47. maddesinin 4. fıkrası imtiyaz sözleşmelerini idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirme bakımından kanun koyucuya açık bir çek vermektedir. Kanun koyucunun bu çeki işin doğasına uygun olarak kullanabilmek bakımından imtiyazla ilgili

⁵⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. H. Dursun, Vergi Uyuşmazlıklarından Doğan Davalarda Feragat ve Kabul, DPT Yayınları, Ankara 2008, s. 100-103.

⁵⁷ Bkz. Ulusoy, Kamu Hizmeti, s. 50.

olarak çıkartması gereken kanunda imtiyaz sözleşmelerini idari sözleşme olarak nitelendirmesi ve sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda idari yargıyı görevli kılması uygun olur.

III. İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinin Geniş Boyutlu Bir Şekilde Tahkime Tabi Tutulması ve Tahkimle İlgili 4501 sayılı ve 4686 sayılı Kanunlarda Önemli Ölçüde Hatalar Yapılması

Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında, Ağustos 1999 yılında yapılan değişikle; kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesinin öngörülebileceği,⁵⁸ milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebileceği ifade edilmiştir.

İmtiyaz sözleşme ve şartnamelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine olanak tanıyan bu anayasa değişikliği isabetli olmamıştır. Gerçekten de Günday'ın belirttiği üzere, tahkim bir özel hukuk kurumu olup yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, tahkim yoluyla çözümlenebilir. Yazar, tahkim yolunda hakem veya hakemlerin böyle bir uyuşmazlığı çözümlerken tarafların karşılıklı çıkarlarını uzlaştırma yoluna gideceğini, idari uyuşmazlık ve davaların ise tarafların karşılıklı çıkarlarının uzlaştırılması yoluyla değil, nesnel hukuk kuralları ve kamu yararının esas alınarak çözümleneceğini, imtiyaz sözleşmesinin konusunun bir kamu hizmetinin özel bir kişi tarafından yürütülmesi olduğunu, dolayısıyla, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin kamu yararını gerçekleştirmek için yapılacağını ve kamu yararının, sözleşmenin taraflarının çıkarları ile özdeş olmadığını, tahkimde esas olarak tarafların çıkarlarının gözetilerek bu çıkarlar arasında bir uzlaştırmaya gidileceğinden, tarafların çıkarları ötesinde kamu yararının gözetilmesinin pek düşünölemeyeceğini, bu nedenle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesinin kamu yararının gözetilmemesine yol açabileceğini

⁵⁸ Anayasanın bu hükmünden yalnızca imtiyaz sözleşmeleri bakımından tahkime gidilebileceği, başka tür idari sözleşmeler örneğin iltizam sözleşmesinden dolayı (iltizam usulünün tanımı için bkz. Ulusoy, s. 38-39 dn. 47) tahkime gidilemeyeceği açıkça ortaya çıkmaktadır.

ifade etmektedir. Yazar, bu gerçeğe karşın, özellikle 1980'li yıllarda yoğun biçimde uygulamaya sokulan liberal ekonomi politikaları sonucunda, az gelişmiş ülkelerde kamu hizmeti niteliğindeki yatırımları imtiyaz sözleşmeleri akdederek yapan çok uluslu şirketlerin, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların idari yargı yerleri tarafından ve kamu yararı ekseninde çözümlenmesinden hoşnut olmadıklarını ve bu uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi taleplerini gündeme getirdiklerini, Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında yapılan söz konusu değişikliğin, Türkiye'de kamu hizmeti niteliğindeki yatırımları yapmak isteyen çok uluslu şirketlerin bu istemleri doğrultusunda gerçekleştirildiğini ifade etmektedir.⁵⁹

Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında imtiyaz sözleşme ve şartnamelerden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yolu öngörülerek büyük bir hata yapıldığı gibi 21.1.2000 tarih ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun yoluyla da önemli hatalar yapılmıştır. Bu hataları şu şekilde sıralamak olanaklıdır:

- 4501 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde; kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların yabancılık unsuru içermesi halinde milletlerarası tahkim yoluyla çözümü için anlaşma yapılabileceğini hükme bağlamaktadır. Bu maddenin (c) bendinde; yabancılık unsuru alabildiğine geniş bir biçimde tanımlamıştır. Buna göre, sözleşmeye taraf, kurulu ya da kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik hükümlerine⁶⁰ göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygu-

⁵⁹ Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 315-316.

⁶⁰ 4501 sayılı Kanunun "yabancılık unsuru"nun tayini bakımından ölçüt kabul ettiği 18.1.1954 tarih ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu, 5.6.2003 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. 4875 sayılı Kanunun 2. maddesinde yabancılık unsuru a) doğrudan yabancı yatırımcı ve b) doğrudan yabancı yatırım olarak saptanmış ve bu yatırım türleri ayrıntılı bir şekilde tanımlanmıştır. Kanunun 3. maddesinin (e) fıkrasında ise uyuşmazlıkların çözümü düzenlenmiş; özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabileceği

lanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden biri mevcut ise yabancılik unsurunun varlığı kabul edilecektir. Görülüyor ki sözleşmeye taraf kurulu ya da kurulacak şirket ortaklarından birisinin, şirketteki hisse oranı en alt düzeyde olsa dahi, bu durum yabancılik unsurunun kabulü için yeterli olacağı gibi sözleşmeye taraf şirket ortaklarının tamamı Türk menşeli olsa bile sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmesinin yapılması gerekli ise gene yabancılik unsurunun kabulü gerekecektir.⁶¹ Bu hüküm nedeniyle, yapılacak kamu hizmeti imtiyaz

belirtilmiştir. Görüldüğü üzere madde metninde tahkim yanında arabuluculuk ve uzlaşma gibi alternatif çözüm yollarına başvurulabileceği ima edilmiştir. Hâlbuki Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasına eklenen hükümle imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri bakımından yalnızca "tahkim" öngörüldüğünden tahkim dışındaki diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulamaz. Krş. Karahanoğulları, s. 334. Bu nedenle 4875 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (e) fıkrası Anayasaya aykırıdır.

⁶¹ Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen 20.7.2000 tarih ve E. 2000/16, K. 2000/17 sayılı kararına konu olan olayda, 4501 sayılı Kanun'un yalnızca geçici 1. maddesinin 2. fıkrasına karşı iptal davası açılmamış, bunun yanında, 4501 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine karşı da iptal davası açılmıştır. İptal davası dilekçesinde; kaynak Fransız pozitif hukukunda, yabancılik unsuru içermeyen imtiyaz sözleşmelerinde dış veya iç tahkim şeklinde bütün tahkim şekillerinin yasak olduğu, uyruk ile devlet arasındaki temyiz uyuşmazlığının devlet yargısına bırakıldığı, Türk Anayasası'nın dış tahkimi ancak yabancılik unsuru taşıyan imtiyaz uyuşmazlıklarında öngörmesinin özel bir anlamının bulunduğu, bir iç uyuşmazlığın dış tahkime taşınmaya elverişli bir düzenlemenin Anayasayı delegeği, yabancılik unsurunun, Anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrası hükmünün amacı çerçevesinde dar bir şekilde tanımlanabileceği, Kanun'un yalnızca imtiyaz sözleşmesi kapsamında olan yabancılik unsurunu içermesi gerekirken, kredi sözleşmesi gibi bağlantılı ilişkilerin de bu alana aktarıldığını, bu yolla neredeyse her imtiyaz sözleşmesinin yabancılik unsuru ile ilişkilendirilebileceği, Anayasa'nın metni ve özünün bu anlayışa yabancı olduğu ifade edilmiştir. Dilekçede, ayrıca, tanıtımda, milletlerarası özel hukuk birikiminden de yararlanılmasının gerekli olduğu, iç tahkimi dolanmayı olanaksız kılacak, bu alanı çöktürmeyecek bir "yabancılik unsuru" tanımının Anayasa gereği olduğu, Kanun'un bunu başaramadığı, bundan da öte bilinçli bir Anayasa'ya aykırılık tercihinin söz konusu olduğuna, Anayasa değişikliğinin ilk taslağında her türlü uyuşmazlıklarda dış tahkim seçeneği öngörülürken Mecliste yapılan muhalefetle bu tutumun önlenmesine karşın 4501 sayılı Kanunun bu bendinin, Anayasayla sağlanamayan sonucu sağlamaya çalıştığı belirtilmiştir. Mahkeme söz konusu kararında bu savlara itibar etmeyerek; Türk hukukunda "yabancılik unsuru"nun gerek yargı kararları gerekse öğretide, bir hukuki işlem veya ilişkinin birden çok hukuk düzeniyle bağlantılı olması halini ifade ettiğini, bu konuya karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında da ortak kabul görmüş bir tanıma rastlanmadığını, her ülkenin kendi ekonomik koşul ve değerlendirmelerine göre farklı kurallar benimsediğinin görüldüğü belirtilmiştir. Ayrıca, kararda, iptali istenen (c) bendindeki tanıtımda yabancılik unsurunun ger-

sözleşmelerinin hemen tamamında yabancılik unsuru bulunabilecek ve milletlerarası tahkim⁶² öngörülebilecektir.⁶³

4501 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) ve (c) bentleri, Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasına aykırılık oluşturmaktadır. Bu aykırılığı gösterebilmek açısından ilave birtakım açıklamaların yapılması uygun olacaktır. 4501 sayılı Kanun'un söz konusu bentlerinde yer alan kavram tespiti dolayısıyla tahkimin uluslararası niteliği, kamu

çekleşmiş sayılması koşullarından biri olarak "Sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmesinin akdedilmesinin gerekli olması" koşulu öngörülerek dış tahkime götürülmesinin sınırlarının daraltıldığı, kanun koyucunun kamu hizmetlerinin gereklerini de gözeterek kullandığı takdir yetkisiyle bu tür işin niteliğinden kaynaklanan sınırlı durumlara özgü sözleşmelere de "yabancılik unsuru" bulunduğunu kabul etmesinin Anayasa ile çelişen bir yönünün görölmediği, dolayısıyla kuralın Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. 9.11.2004 tarih ve 25638 sayılı R.G. Anayasa Mahkemesi kararının bu kısmı da bütünüyle isabetsizdir. 4501 sayılı Kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki bu tanım yüzünden kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin hemen tamamında yabancılik unsuru bulunabilecek ve milletlerarası tahkim yoluna başvurulabilecektir. Hâlbuki tahkim yargılaması ayrıksı bir durum olup asıl olan devlet yargılamasıdır. Anayasa Mahkemesi bu bendi Anayasa'ya aykırı görmeyerek söz konusu esasa aykırı davranmıştır. Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında yalnızca sınırlı bir şekilde milletlerarası tahkim yolu öngörülmesine karşın 4501 sayılı Kanunda yabancılik unsuru alabildiğince genişletilerek ve neredeyse her imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi uluslararası tahkime sokularak uluslararası tahkim yolu dışında kalan imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları bakımından doğabilecek uyuşmazlıklardaki idari yargının tekel niteliğindeki yetkisi ortadan kaldırılmıştır. Nitekim Üstündağ'ın isabetli olarak belirttiği üzere, devletin mahkemelerinin bir yargılama tekeline sahip olduğu hallerde, hatta mahkemenin yetkisinin bir sözleşme ile tesis edilemediği durumlarda dahi konuya ilişkin geçerli bir tahkim sözleşmesinin akdedilemeyeceğini, bu bağlamda Almanya'da idare mercii ve mahkemelerinin görevli olduğu hallerde tahkime başvurulamayacağını belirtmektedir. Bkz. S. Üstündağ, Tahkim ve Özellikle Uluslararası Tahkim in Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000, s. 299. Anayasa Mahkemesinin söz konusu tutumu, Anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrasının özüne aykırılık oluşturmaktadır.

62 Uluslararası tahkime bu ölçüde geniş başvurmayı gerektiren haklı bir neden de bulunmamaktadır. Gerçekten de Kalpsüz'ün belirttiği üzere, asıl sözleşmenin finansmanı için yabancı sermaye getirilmiş veya yabancı sermaye sağlanmasını temin için kredi ve/veya teminat sözleşmesi yapılmış olması koşulunun aranması, bütünüyle tahkimin dışında kalan, tahkime yabancı olan unsurlardır. Türk devletin mali sıkıntı içerisinde bulunduğu bir dönemde büyük altyapı yatırımlarının dış kaynaklı sermaye ile finanse edilerek gerçekleştirilmesini sağlamak için geçici bir süre için uyuşmazlığın yabancılik unsuru taşıdığı halleri belirleyen böyle bir ölçüte gereksinim olduğu ileri sürülse bile, aynı formülü her türlü uyuşmazlıkların çözümü için başvuru tahkimlere genişletmeyi gerektiren veya haklı gösteren bir neden yoktur. Bkz. Kalpsüz, s. 23.

63 Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 316.

hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadıklarına göre saptanacaktır. Bir başka deyişle, 4501 sayılı Kanun, uluslararası tahkimi, uyuşmazlığın kendisinden doğduğu asıl sözleşmenin daha somut bir deyişle, istisna akdi, hizmet akdi, satış akdi gibi sözleşmelerin yabancılık unsuru taşıması halinde kararlaştırılabileceği belirtilmiştir. Buna karşın, Anayasa'nın 125. maddesinde, tahkim yazınında egemen olan görüşe uygun olarak, uyuşmazlığın kendisinden doğduğu asıl sözleşmenin değil, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması, uluslararası tahkime başvurulabilmesinin şartı olarak konulmuştur. Bu bağlamda "asıl sözleşme" (contracté main) ile "uyuşmazlık" (désaccord) farklı kavramlardır. Daha açık bir deyişle, bunlardan ilki bir maddi hukuk kavramı, ikincisi ise usul hukuku ilişkileriyle ilgili bir husustur. Nitekim yollama yoluyla tahkimin kararlaştırılmış olması halinde, bu sözleşmelerin tarafları bile farklılık gösterir. Bunun gibi "asıl sözleşme" ile tahkim anlaşması da birbirinden bütünüyle farklı kategorilerde bulunmaktadır. Nitekim asıl sözleşmenin butlan ile geçersiz kılınması, tahkim anlaşmasının geçersiz kılınmasını gerektirmemektedir. Bu çerçevede uluslararası tahkimin kararlaştırılabileceği hallerin saptanmasına esas olan ölçüt bakımından 4501 sayılı Kanun açıkça Anayasa'ya aykırı düşmektedir.⁶⁴

- 4501 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen uluslararası tahkim tanımı, uluslararası gelişmelere de aykırı düşmektedir. Gerçekten de Uluslararası Ticaret Odası, uluslararası tahkimi "uluslararası nitelikteki iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi" olarak tanımlamıştır. Daha açık bir deyişle, bu odanın yayımladığı "Uluslararası İş Uyuşmazlıklarına Uluslararası Çözüm" (International Solution to International Business Disputes, ICC Arbitration, Stockholm 1977, Publication No: 301) adlı raporunda uluslararası tahkimin ayrıntılı tanımı şu şekilde yapılmıştır: "Uyuşmazlık uluslararası nitelikte olmalı ve bir iş ilişkisinden doğmalıdır. Tahkimin

⁶⁴ Kalpsüz, s. 9. Bir yazar, 4501 sayılı Kanun'daki Anayasa'ya aykırılık savını görmezlikten gelerek, yabancılık unsurunun oldukça geniş tanımlanmasının sakıncalarını önlemek üzere, yabancılık unsurunun oluşması için imtiyaz sözleşmesi imzalayan şirketteki yabancı ortak payının %50'yi geçmesi ve ayrıca, yabancı finansman koşulunun yabancılık unsurunun oluşması için tek başına yeterli olmasını salık vermektedir. Bkz. Z. Özbilgiç, Uluslararası Anlaşmalar Bakımından Uluslararası Tahkim ve Yabancılık Unsuru in Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Liberte Yayınları, Ankara 2001, s. 81 vd.

uluslararası doğası, tarafların farklı tabiiyette bulunmalarının zorunlu olduğu anlamında anlaşılabilir. Bununla birlikte aynı devletin tabiiyetinde bulunan iki kişi arasında farklı bir devlet ülkesinde yürütülecek bir iş için veya bir devletle yabancı bir şirketin şubesi arasında sözleşmecisi devletin ülkesinde iş görmek amacıyla yapılan bir sözleşme, konusu itibarıyla ulusal sınırlar dışına taşmış sayılır. Uluslararası Ticaret Odası tahkiminden çok farklı nitelikteki uyuşmazlıkların çözümünde faydalanılabilir. Bu tahkim kelimenin dar anlamı ile iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklara özgülenmiş değildir. Gelişme ve yatırım amacıyla yapılan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar da bu tahkime konu teşkil edebilir.”⁶⁵

Bu tanımlardan anlaşılacağı üzere tahkimin niteliğini saptarken tahkim yoluyla çözümlenecek uyuşmazlığın değil, bizzat tahkimin özelliklerinden hareket etmek gerekir. Bir tahkimin uluslararası nitelik taşıdığı, ancak tahkim sürecinin yabancı bir hukuk düzeni ile ilişkili olduğunu gösteren bazı unsurlar içermesi halinde söylenebilir. Ancak bu suretle tahkimin niteliği, bizzat tahkimin özelliklerinden ve unsurlarından hareketle saptanmış olur. Taraflar arasındaki asıl borç ilişkisi, maddi hukuka ilişkin olduğundan tahkime yabancı bir nitelik taşır.⁶⁶

Görüldüğü üzere uluslararası tahkim tanımlanırken uluslararası alanda egemen olan görüş, tahkimin uluslararası niteliğinin, tahkim sürecinin yabancı bir veya birden çok hukuk düzeni ile ilgisinin bulunup bulunmamasıdır. Zira ancak bu suretle tahkimin niteliği, bizzat tahkimin özellikleri ve unsurlarından hareketle belirlenebilmektedir. Taraflar arasındaki asıl borç ilişkisi, maddi hukuka ilişkin olduğundan tahkime yabancısıdır. Bu nedenlerden ötürü 4501 sayılı Kanun’un yaptığı tanım, işi, daha da içinden çıkılmaz bir hale getirmiştir.⁶⁷

-4501 sayılı Kanun ile uluslararası tahkimi düzenleyen 21.6.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ve ulusal tahkimle ilgili 12.1.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu arasında bütünlük ve ilişki sağlam bir şekilde kurulamamıştır.

⁶⁵ Nak., Kalpsüz, s. 2.

⁶⁶ Kalpsüz, s. 3.

⁶⁷ Kalpsüz, s. 9-10.

4501 sayılı Kanun'un 6. maddesinde bu kanunda ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalarda hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkimle ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. 12.1.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 407. maddesinde bu kısımda yer alan hükümlerin, 21.6.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere 6100 sayılı Kanun'da yalnızca ulusal tahkime yönelik hükümlere yer verilmiştir. Gerçi 6100 sayılı Kanun 4686 sayılı Kanun'a yollama yapsa da az sonra anlatılacağı üzere 4686 sayılı Kanun ile 4501 sayılı Kanun arasında birtakım ilişkiler bulunduğundan ve her iki kanunda da uluslararası tahkime yönelik hükümlere yer verildiğinden 4501 sayılı Kanun'un 6100 sayılı Kanun'a yapmış olduğu bu yollama, işi oldukça karmaşıktır ve olayın bütünselliği ile tutarlılığı parçalanmıştır.

- 4501 sayılı Kanun ile 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun arasında da tutarlılık ve ilişki sağlam bir şekilde kurulamamıştır. 4501 sayılı Kanun'un az önce belirtilen 6. maddesinde bu kanunda ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalarda hüküm bulunmayan hallerde Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un tahkimle ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. 5718 sayılı Kanun'un özü bakımından anlaşılması gereken "yabancılık" unsuru ile 4501 sayılı Kanun metninde tanımlanan "yabancılık" unsuru bütünüyle birbirinden farklı olduğundan 5718 sayılı Kanun'un tahkimle ilgili hükümlerine yollama yapılması isabetsiz olmuştur. Gerçekten de 5718 sayılı Kanun bakımından anlaşılması gereken "yabancı unsur" (foreign element) ile Türk hukukunun dışında başka bir hukuk sistemi ile olan bağlantı ifade edilir. Bu çerçevede, örneğin, sözleşme yabancı ülkede kurulmuş veya orada icra edilecekse, haksız fiil mahkemenin bulunduğu ülke dışında işlenmişse, uyuşmazlık konusu mal başka bir ülkedeyse, taraflar Türk vatandaşı değilse olay veya işlemde yabancı unsurun bulunduğu kabul edilir.⁶⁸ Görüldüğü üzere 5718 sayılı Kanun bakımından aranan yabancılık unsuru özgün bir nitelik gösterdiğinden ve bu kavram ba-

⁶⁸ A. Çelikel, Milletlerarası Özel Hukuk, İÜHFY No. 690, İstanbul 1984, s. 6.

kımından düzenlenen tahkim hükümlerine yollama yapılması olayın bütünselliği ve tutarlığının kaybolmasına yol açmıştır.

4501 sayılı Kanun’la 4686 sayılı Kanun arasındaki kopukluk ve dağınıklık daha açık bir şekilde göze çarpmaktadır. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 1. maddesinin 5. fıkrasında; 21.02.2000 tarih ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesinin de bu Kanuna tabi olduğu ifade edilmesine karşın aynı Kanunun 2. maddesinin son fıkrasında; 4501 sayılı Kanun hükümleri saklı tutulmuştur. Görüldüğü üzere 4686 sayılı Kanun; bir yandan 4501 sayılı Kanun kapsamı içerisine alırken diğer yandan anılan kanunu saklı tutmuştur. Bu durumda 4501 sayılı Kanun’un saklı tutulan hükümlerinin, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğup da yabancılık unsurunu içermeyen uyuşmazlıklar olduğu savunulsa da⁶⁹ yukarıda belirtildiği üzere 4501 sayılı Kanun yabancılık unsurunu oldukça geniş bir şekilde tanımladığından ve bu geniş tanım yüzünden neredeyse bütün imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar uluslararası nitelik taşıyacağından işler oldukça karmaşık ve işin işinden çıkılmaz bir hale gelmiştir.

-4686 sayılı Kanun’un “Son Hükümler” başlıklı Yedinci Bölümünün “Uygulanmayacak ve Kaldırılan Hükümler” başlığını taşıyan 17. maddesinin 2. fıkrasında, 4501 sayılı Kanun’un 5. maddesinin yürürlükten kaldırıldığı hükme bağlanmıştır. 4501 sayılı Kanun’un 5. maddesinde hakem kararlarının tanınması, tenfizi ve temyizi düzenlenmekteydi. 4686 sayılı Kanun’un bir yandan 4501 sayılı Kanun’un 5. maddesini kaldırması, diğer yandan ise 2. maddesinin son fıkrasında 4501 sayılı Kanun hükümlerini saklı tutması bir kargaşa ve karmaşaya yol açtığı gibi 4686 sayılı Kanun’un açık ve kararlı bir hedefinin olmadığını da gösterir.

-4686 sayılı Kanun’la, 4501 sayılı Kanun’un hakem kararlarının temyizi, tanınması ve tenfizi ile ilgili 5. maddesinin kaldırılması ha-

⁶⁹ Kalpsüz, s. 23.

kem kararlarının temyiz ve tenfizi bakımından tam anlamıyla bir kargaşa ve karmaşa yaratmıştır. Yukarıda belirtildiği üzere 4501 sayılı Kanun'un yürürlükte bulunan 6. maddesine göre bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'unun (MÖHUK) tahkimle ilgili hükümleri uygulanacaktır. Buna göre kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan yabancılık unsurunu içeren uyuşmazlıklar dışında kalan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi sonucunda verilmiş olan hakem kararlarının temyizi ve tenfizi, HMK ile MÖHUK'a tabi olacaktır. Bir başka deyişle, bu tip hakem kararlarına karşı 4686 sayılı Kanun'un 15. maddesine göre yalnızca asliye hukuk mahkemesinde iptal davası açılmayacaktır. Bu kararlar, 6100 sayılı HMK'nın 439. maddesine göre tahkim yerindeki mahkemede iptal davasına konu olabilecek, iptal davası hakkında verilen kararlara karşı ise Yargıtay'da temyiz yoluna başvurulabilecek, temyiz yoluna başvurulması ise iptal davası hakkında verilen kararın icrasını durdurmayacaktır.

Az önce belirtildiği üzere 4501 sayılı Kanun'un yürürlükte bulunan 6. maddesinin saklı tuttuğu bir başka kanun, MÖHUK'tur. MÖHUK bağlamında eğer bir hakem kararı, yabancı bir kanunun otoritesi altında verilmiş, diğer bir deyişle, yabancı hakem kararı vasfını taşıyor ise, 5718 sayılı MÖHUK'un 51. maddesine göre tenfiz talebiyle asliye hukuk mahkemesine başvurulabilecek, 57. maddesine göre ise tenfiz isteminin kabulü veya reddi yönünde verilen kararların Yargıtay'da temyizi talep edilebilecektir. Bu durum tam anlamıyla bir kargaşa ve karmaşa doğuracaktır.

Gerçekten de 4686 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendinde, 4501 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinin yabancılık unsurunu tanımlayan hüküm neredeyse aynen tekrarlanmıştır.⁷⁰ Bu çerçevede 4686 sayılı Kanun'un koyduğu ölçüte göre

⁷⁰ Neredeyse aynen tekrarlanan bu düzenlemelerin Türkçe dilbilgisi kuralları açısından başarılı olduğu da söylenemez. Daha açık bir deyişle, 4628 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının 3 numaralı bendinde yabancılık unsurunun oluşması koşulu olarak "tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından (!) en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmelerin yapılmasının gerekli olması" aranmaktadır. Her şeyden önce bu bendin Türkçesini anlamak kabil değildir. Bendin metninden kimin yabancı sermaye getirmesinin gerekli olduğu anlaş-

imtiyaz sözleşmesi ile ilgili yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlığı çözümleyen bir hakem kararı yalnızca iptal davasına konu olabilecek, MÖHUK anlamında yabancı hakem kararı ise hem iptal davasına hem de temyiz incelemesine tabi olacaktır. Çelişki taşıyan bu ayrımın haklı ve mantıklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu çelişkinin ortadan kaldırılması için Kalpsüz'ün belirttiği üzere 4501 sayılı Kanun'un 5. maddesinin değil, 6. maddesinin de kaldırılması ve tüm kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünün 4686 sayılı Kanun'a tabi kılınması uygun daha olurdu.⁷¹

Aslında Türkiye'de uluslararası tahkim genel olarak düzenlenmeden bunun çok sınırlı ve belirli bir kısmını oluşturan kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan yabancılık unsurunu içeren uyuşmazlıklara ilişkin uluslararası tahkimin düzenlenmesi oldukça hatalı olmuştur. Anayasa'da ve 4501 sayılı Kanun'da "parça" niteliğinde düzenlenen uluslararası tahkim, iç tahkim hakkında sevk edilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine tabi kalmakta devam etmiş, bunun sonucunda uluslararası tahkimin tabi olacağı düzen bütünlük ve uyumdan uzak kalınmıştır. Kanun koyucu tarafından önce genel olarak uluslararası tahkimin düzenlenmesi, daha sonra bu genel düzenlemede benimsenen prensiplerin ve çözümlerin ışığı altında yalnızca farklı şekilde düzenlenmesi gereken noktalara özgü olmak üzere kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşmaları ve sözleşmelerinden doğan ve yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklara ilişkin tahkim hükümlerinin sevkı gerekirdi. Normal olarak izlenmesi gereken bu usule uyulmaması sonucunda uluslararası tahkimi düzenleyen hükümlerin sistematik, tutarlı ve özü bakımından Türkiye'nin

lamamaktadır. Asıl sözleşmeye taraf olan şirket mi, yoksa o şirketin ortaklarından biri mi? Eğer ortaklardan biri kastediliyorsa bunun Türkçe dilbilgisi kurallarına uygun olarak "şirketin ortaklarından en az biri" şeklinde ifade edilmesi gerekir. Bu takdirde ise neden şirketin ortaklarından en az birinin yabancı sermaye getirmiş olması bile yeterli gelirken bizzat imtiyaz sözleşmesini imzalayan şirketin yabancı sermaye getirmesinin metne dâhil olmadığını açıklamak kolay değildir. Bu bent hükmü, Kanun'un 2. maddesinin son fıkrası ile saklı tutulmuş bulunan 4501 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki "yabancılık unsuru"nu tanımlayan hükmün, son derece bozuk Türkçesinin kısmen düzeltilerek ve yabancı ortağın taraf olması gereken "sözleşme" kavramının açıklanarak tekrarlanmasından öteye gidememektedir. Kalpsüz, s. 22-23.

⁷¹ Kalpsüz, s. 24.

somut gereksinimlerine uygunluğu ile isabetliliği sağlanamamıştır.⁷² Bu çerçevede öncelikle uluslararası tahkimi düzenleyen bir kanunun çıkartılması, imtiyaz sözleşmeleri hakkında çıkartılması gereken kanunda ise tahkim bakımından farklı ve özgün noktalar bakımından düzenleme yapılması uygun olacaktır.

Ayrıca, Günday'ın isabetli olarak belirttiği üzere, tahkim yöntemi, sınırlı bir şekilde, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin mali hükümlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde ya da taraflarca sözleşmenin feshinin istenmesi halinde uygulama alanı bulabilir. Buna karşın, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin İdarece tek yanlı olarak feshedilmesi halinde, tek yanlı fesih işlemi sözleşmeden ayrılabilir nitelikte ve tek yanlı bir işlem olduğundan bu işlemin iptali istemiyle açılacak olan bir davanın görevli idari yargı merciinde karara bağlanması gerekir.⁷³

Aslında, tahkimin geniş kapsamlı tutulması işin doğasına aykırıdır. Zira imtiyaz sözleşmesinin uygulanmasının İdare tarafından birçok tek yanlı işlemin tesis edilmesini de gerekli kılmakta ve idari yargı dışında bir yargı yeri, söz konusu bireysel işlemleri iptal edemeyeceği için tahkim yargılaması etkin bir yargılama olamayacak ve daha büyük sorunlara yol açabilecektir. Gerçekten de hakemler yalnızca sözleşme hükümlerini yorumlayıp çıkan uyuşmazlıklarda hangi tarafın haklı olduğuna karar verecek olup, haksız gördüğü tarafı tazminat ödemekle yükümlü tutabilecek ancak sözleşmeye ilişkin olarak İdare tarafından yapılan tek yanlı işlemleri iptal edemeyecektir. Yine ayrılabilir işlem kuramı gereğince örneğin İdarenin uyuşmazlığı tahkime götürme kararı gibi İdarenin tek yanlı işlemleri ile örneğin üçüncü bir kişinin sözleşmenin iptaline ilişkin olarak açtığı dava gibi imtiyaz sözleşmesine karşı üçüncü kişilerin açtıkları davalar idari yargıda görüleceği için idari yargı tarafından verilecek bir iptal kararı oldukça büyük sorunlara yol açabilecektir.⁷⁴

İmtiyaz sözleşmeleri konusunda çıkartılması gereken kanunda tahkimin kapsamının oldukça dar tutulması amaca uygun olacaktır. Ayrıca mevcut düzenlemelerde tahkimin geniş kapsamlı tutulması

⁷² Kalpsüz, s. 10.

⁷³ Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 317.

⁷⁴ Bkz. Ulusoy, s. 156.

yüzünden Anayasa'ya aykırı birtakım durumlar bulunmaktadır. Bu konuya hemen aşağıda ayrıntılı bir şekilde temas edilecektir.

IV. İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinin Tahkime Tabi Tutulmasını Öngören Düzenlemelerde Anayasaya Aykırılıkların Bulunması

Yukarıda belirtildiği üzere 4686 sayılı Kanun'un koyduğu ölçüte göre imtiyaz sözleşmesi ile ilgili yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlığı çözümleyen bir hakem kararı asliye hukuk mahkemesinde iptal davasına konu olabilecek, MÖHUK anlamında yabancı bir hakem kararı ise asliye hukuk mahkemesinde iptal davasına ve Yargıtay'da temyiz incelemesine tabi olacaktır. Yine HMK anlamında milli hakem kararı da tahkim yerindeki mahkemede iptal davasına konu olabilecek, iptal davası hakkında verilen kararlara karşı ise Yargıtay'da temyiz yoluna başvurulabilecektir. Yine yukarıda anlatıldığı üzere 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesine göre, Danıştay ilk derece mahkemesi olarak, tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları⁷⁵ karara bağlamakla yükümlü kılınmıştır.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine tahkim koşulu konulmamış ise bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da; tahkim koşulu konulmuş ise hakem heyeti önünde çözümlenecek ve gerek milli hakem kararlarının gerekse milletlerarası hakem kararlarının tenfiz mercii Yargıtay olacaktır. Aynı nitelikteki bir sözleşmede tahkim koşulu bulunduğunda son sözü adli yargının, tahkim koşulu konulmadığında ise son sözü idari yargının söylemesi açık bir çelişki olduğu gibi bu çelişkiyi haklı kılacak herhangi bir neden de bulunmamaktadır. Bu hükümler yoluyla "görev" gibi kamu düzeni ile ilgili bir konu, sözleşmenin taraflarının iradesine göre belirlenmesine olanak tanınmaktadır. Türkiye gibi idari rejimi, daha açık bir deyişle adli-idari yargı ayrımını benimsemiş olan bir ülkede kamu hizmeti im-

⁷⁵ İdari sözleşmeler bağlamında idari davalar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birisinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar şeklinde tanımlanmıştır.

tiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri gibi idare hukuku ilke ve kurallarına tabi bir sözleşmeden kaynaklanan ve idari nitelikte olduğunda kuşku bulunmayan uyuşmazlıklar hakkında son aşamada adli yargının söz sahibi olması Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir.⁷⁶ Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına göre, idari uyuşmazlıklardan kaynaklanan davaların yasal düzenlemelerle adli yargının görev alanına sokulması Anayasa'ya aykırılık oluşturur.⁷⁷

Anayasa'ya aykırı düşen başka bir husus, Danıştay Kanunu'nun yukarıda belirtilen 24. maddesidir. Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla öngörülebileceği belirtilirken kastedilen husus, yalnızca sözleşmenin tarafları arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin olarak tahkim şartının konulabileceği ve bu durumda tarafların bu yola başvurabileceği ve bunun idari dava kapsamı dışında tutulacağıdır.⁷⁸ Hâlbuki Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde "imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davalar" ibaresi, yalnızca taraflar arasındaki uyuşmazlıkları kapsamamakta, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden dolayı üçüncü kişilerin açabileceği davaları da kapsamaktadır. Karahanoğulları'nın isabetli olarak belirttiği Fransız idare hukukuna nazaran Türk hukukunun ileriliği olan sözleşmeye karşı iptal davası, sadece taraflarca değil, "menfaat bağı kuran ilgili kişiler" tarafından da açılabilmektedir. Yazar, sözleşmede tahkim şartı öngörülmüş olmasının, sözleşmenin hukuka aykırılığını ileri süren kişiyle ilgisinin bulunmadığını, sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında

⁷⁶ Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 317. Aslında idari şartlaşma ve sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar, diğer idari işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklardan hiçbir farkı bulunmamaktadır. Bu yüzden nasıl ki İdarenin diğer işlemleri bakımından idari yargı yolu dışında başka bir yargı yolu öngörmek Anayasaya aykırı olduğu gibi idari sözleşmelerden, bu bağlamda imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için idari yargı yolundan başka bir yargı yolu (burada söz konusu edilen adli yargı) öngörmek Anayasaya aykırıdır. İdari işlem niteliği taşıyan idari şartlaşma ve sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda son sözü adli yargının söylemesinin Anayasanın 157. maddesinin 1. fıkrasına aykırılığı konusunda ayrıntılı bilgi ve karşılaştırma için bkz. M. Günday, İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları in Anayasa Yargısı, 14, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 36, Ankara 1997, s. 347-358.

⁷⁷ Bkz. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 317 dn. 13'te belirtilen kararlar.

⁷⁸ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun idari sözleşmeler bağlamında idari davaları tanımlayan yukarıdaki 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde kastedilen husus da Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında kastedilen hususla özdeşdir. Krş. Karahanoğulları, s. 333-334.

çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmek için kullanılan tahkim yoluyla, sözleşmenin hukuka uygunluğunun idari yargıda denetlenmesinin farklı şeyler olduğunu, sözleşmeye konulan hükümlerle (tahkim şartı) sözleşmeye taraf olmayan kişilerin anayasal hak arama yollarının ortadan kaldırılmasının olanaklı olmadığını, tahkim şartının ancak sözleşmenin tarafları arasındaki uyuşmazlıklar için geçerli olabileceğini belirtmektedir.⁷⁹ Bu çerçevede imtiyaz sözleşmeleri konusunda çıkartılması gereken yeni kanunda söz konusu anayasal aykırılıkların giderilmesi uygun olacaktır.

V. İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinin Kapsamının Dar Tutulması

Yukarıda yapılan imtiyaz tanımından anlaşılacağı üzere bir kamu hizmetinin kurulması veya işletilmesi, kısacası kamu hizmetlerinin yürütülmesi, imtiyazın konusunu oluşturur. İmtiyaz sözleşmesi kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden birisi olsa da söz konusu hizmetin yürütülmesini özel bir kişiye devredilmesini konu alan sözleşmelerin temel norm olarak imtiyaz sözleşmeleriyle sağlanması gerekir.

Ancak uygulamada bu esastan önemli ölçüde sapılmaktadır. Bu sapmanın temel göstergelerinden en önemlisini enerji alanı oluşturmaktadır. Yasa koyucu enerji kaynaklarının işletilmesi bakımından imtiyaz sözleşmesi usulü yerine tek taraflı bir idari işlem olan ruhsat usulünü tercih etmiştir. Gerçekten de 4.6.1985 tarih ve 3213 sayılı Maden Kanunu, belirli bir alanda maden arama faaliyetlerinde bulunabilmesi için “arama ruhsatı”, işletme faaliyetlerinin yürütülmesi için “işletme ruhsatı”, bir madenin işletmeye alınabilmesi için “işletme izni” belgelerinin alınmasını şart koşmuştur. 30.5.2013 tarih ve 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu, petrol arama faaliyeti yapılması için “arama ruhsatı”, petrol üretim faaliyeti yapılması için “işletme ruhsatı” belgelerinin alınmasını şart koşmuştur. 14.3.2013 tarih ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu da yukarıda belirtildiği üzere 4. maddesinde elektrik üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, piyasa işletim, ithalat ve ihracat faaliyetleri bakımından ruhsat usulünü öngörmüştür.

⁷⁹ Karahanoğulları, s. 334.

Kanun koyucunun enerji kaynakları bakımından “ruhsat (izin, lisans) usulü”nü tercih etmesi son derece isabetsiz olmuştur. Gerçekten de Karahanoğulları’nın belirttiği üzere ruhsat usulü, kolluk faaliyetlerinde, bir başka deyişle, İdarenin kamu düzenini koruma hizmetinde kullanılan bir yöntemdir. Yazar, ruhsat usulünde kamu hizmetinin değil, özel alanının söz konusu olacağını, İdarenin özel alanının maddi düzenini sağlama ödevini, denetimler yaparak, kimi faaliyetleri izne bağlayarak, bir başka deyişle, kolluk yetkisini kullanarak yerine getireceğini, kolluk hizmetinin üzerinde gerçekleştiği alanın özel girişim alanı olduğunu, bu nedenle, kolluk yetkisinin kullanılma yöntemlerinden ruhsat veya izin usulünün kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesi yöntemi olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Yazar, ruhsatın, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinin özel sektöre bırakılması yöntemleri arasında kabul edilmesi durumunda çelişkiden kurtulmak için “kolluk yetkisinden kaynaklanan ruhsat” ile “kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesinde kullanılan ruhsat” ayrımına gidildiğini, bu bağlamda, özel teşebbüs tarafından kurulan bir elektrik santraline ruhsat verilmesiyle, özel girişimcinin açacağı bir otomobil fabrikasına ruhsat verilmesi arasında bir fark görülmediği anlayışının benimsendiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte yazar, söz konusu anlayışın doğru olmadığını, elektrik enerjisi üretiminden son tüketiciye ulaştırılmasına kadar tüm aşamaların, çeşitli adlar alan kamu kurum ve kuruluşlarının görevleri ve tekelleri altına alındığını, bir başka deyişle, kamu hizmeti olarak devletçe üstlenildiğini, elektrikliğin özel girişimin asıl alanı değil, kamu hizmeti alanı olduğunu, bu alanda toplumsal gereksinimleri karşılayacak mal ve hizmet üretimini yerine getirecek olan özel teşebbüslerin, tekel, kamulaştırma, alım güvencesi, tek yanlı fiyat belirleme gibi kamusal ayrıcalıklardan yararlanacağını, bu nedenle artık özel girişim alanı özgürlüğünün söz konusu olmadığını, özel alanların kamu düzenini sağlamak amacıyla idarece düzenlenmesinin aracı olan ruhsat düzenlemesinin kural olarak burada geçerli olmaması gerektiğini savunmaktadır.⁸⁰

Aslında, enerji kaynakları bakımından ruhsat veya izin usulüne başvurulması, Anayasa’nın 168. maddesine de açıkça aykırıdır. Anayasa’nın bu maddesine göre “Tabii servet ve kaynaklar Devletin

⁸⁰ Karahanoğulları, s. 324-325.

hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletilmesi-nin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek veya tüzel kişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir.”

Anayasa’nın bu hükmü çerçevesinde gerek maden, gerek petrol gerekse elektrik işleri⁸¹ Anayasa’nın 168. maddesinin kapsamı içerisindedir. Anayasa’nın 168. maddesinin kapsamı içerisinde bulunan doğal servetler ve kaynakların işletme hakkı yine bu maddenin gereği olarak gerçek veya tüzelkişilere ancak süreli olarak devredilebilir. Yukarıda görüldüğü üzere ruhsat veya izin usulü ancak özel faaliyet alanı için geçerli olabileceğinden maden,⁸² petrol⁸³ ve elektrik işlet-

⁸¹ Zira elektrik doğal servet ve kaynaklar yerinde kullanılarak ya da onlardan yerinde yararlanarak elde edilir.

⁸² Nitekim Danıştay da haklı olarak madenlerin ancak imtiyaz sözleşmesi ile işletilebileceği kanısındadır. Örneğin, Danıştay Genel Kurulu’nun 24.10.1974 tarih ve E. 974/33, K. 974/62 sayılı kararında; Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan madenlerden kişilerin yararlanması için izin verilmesi şeklinde tanımlanabilecek olan maden işletme imtiyazlarının idari sözleşmelerin bir türü olduğundan kuşku duyulamayacağı, esasen öğretide bunun imtiyaz sözleşmelerinin en tipik örneğini teşkil ettiği noktası üzerinde birleşildiğini belirtmiştir. Nitekim Tan’ın belirttiği üzere kamu hizmeti imtiyazları gibi maden işletme imtiyazlarının da birer idari sözleşmeye dayanması, işletme imtiyazı sözleşme ve şartlaşmalarının Danıştay incelemesinden (mevcut durumda Danıştay’ın görüşünün alınması) geçirilmesi ve imtiyazın Bakanlar Kurulu kararı ile verilmesi, yine kamu hizmeti imtiyazları gibi maden işletme haklarının da sahiplerine geçici işgal ve kamulaştırma gibi idari usullerden ve kamu gücünden yararlanma yetkisi vermesi, imtiyaz süresi sonunda bazı tesislerin bedelsiz Devlete intikal etmesi, maden işletme hakları (işletme ruhsatname ve imtiyazları) ile kamu hizmeti imtiyazları arasındaki diğer ortak noktaları oluşturmaktadır. Bkz. Tan, Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline, s. 311-312.

⁸³ Kanun koyucu petrol işletme bakımından ruhsat veya izin usulünü öngörmesine karşın bir başka yeraltı kaynağı olan kaplıcalar bakımından kira veya imtiyaz sözleşmesi usulünün uygulanacağını öngörmektedir. Gerçekten de 26.6.1939 tarih ve 3653 sayılı Yalova Termal Kaplıcalarının İdaresi ve İşletilmesi Hakkında Kanun’un 1. maddesinin 1. fıkrasında Yalova Termal kaplıcalarının gerçek kişilere veya özel hukuk tüzel kişilerine kiralanmak ya da restore et-işlet-devret usulü ile devredilmek suretiyle işletilebileceği belirtilmiştir. Burada bahsedilen restore et-işlet-devret usulünün imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu açıktır. Yukarıda belirtildiği üzere klasik anlamda imtiyaz sözleşmesi, kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak İdarenin gözetim ve de-

me⁸⁴ faaliyetleri gibi doğal kaynak ve servetlerin işletilmesi ancak belirli süreli imtiyaz sözleşmesi⁸⁵ yoluyla özel kesime bırakılabilir.

Kamu hizmetinin kurulması veya işletilmesinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel kesime bırakılması ise işin doğasına aykırı olduğu gibi idari yargının görev alanına haksız bir sınırlandırma anlamını taşır. Bir kere kamu hizmetlerinin yürütülmesi bakımından yapılan sözleşmeler “özel hukuk sözleşmesi” kapsamına alınsa bile sözleşmenin karşı âkidine kamu gücüne dayanan kimi yetkilerin tanınması kaçınılmaz olduğu gibi hizmetin düzeni ve istikrarlı bir biçimde yürütülmesi bakımından İdareye denetim ve gözetim yetkisinin tanınması da kaçınılmazdır. Bu hususlar ancak imtiyaz sözleşmesi ile kararlaştırılabileceğinden, aksine bir deyişle, özel hukuk sözleşmesinin doğası, söz konusu yetkilerin tanınmasına olanak tanımayacağından kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülmesi işin doğasına aykırıdır.

netimi altında genellikle çok uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesidir. Restore et-işlet-devret usulü imtiyaz sözleşmesinin sayılan tüm niteliklerini taşımaktadır. Kanun koyucu bir başka yeraltı kaynağı olan yeraltı suları bakımından ise kira yöntemini öngörmektedir. Bu bağlamda 16.12.1960 tarih ve 167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun’un 4. maddesinin 3. fıkrasında; kuyu açan kimsenin, bulunan suyun ancak kendi faydalı gereksinimlerine yetecek miktarını kullanmaya yetkili olduğu, bu miktarı aşan sular ile sulama, kullanma ve işlenerek veya doğal haliyle içme suyu olarak satılmak üzere çıkarılan yeraltı sularının, Hazinesin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki kaynak sularının il özel idarelerince kiraya verileceği belirtilmiştir. Kiralama usulü ancak Hazinesin özel mülkiyetinde bulunan kaynaklar bakımından geçerli olabileceğinden Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki kaynak sularının kiraya verilmesi doğru değildir. Bu bağlamda doğal kaynak ve servetlerin işletilmesi bakımından en doğru ve etkili yöntem imtiyaz sözleşmesidir. Burada yapılan açıklamalardan kanun koyucunun doğal kaynak ve servetlerin işletilmesi bakımından açık ve net bir tutumunun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda belirtilen 9.12.1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararında da belirtildiği üzere elektrik üretebilmek için doğal servet ve kaynakların ya yerinde kullanılması ya da onlardan yerinde yararlanılması gerekir. Bu yüzden elektrik üretimi faaliyetleri de Anayasa’nın 168. maddesinin kapsamına girer.

⁸⁵ Maden, petrol ve elektrik işleri gibi enerji alanları kamu hizmeti olmasına karşın imtiyaz sözleşmesi dışında tutulmasının iki temel nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki, “imtiyaz” sözcüğünün “kapitülasyonlar” ile çağrışım yapması; ikincisi ise başta Anayasa olmak üzere konu ile ilgili yasal düzenlemelerde öngörülüş bulunan “usul” kurallarının dışlanması arzudur. Krş. Tan, Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline, s. 318-319.

Öte yandan idare hukukunun ve bu bağlamda idari yargının görev alanı belirlenirken üç ölçüte başvurulur. Bunlar; kamu gücü ve kamu hizmeti ölçütleri ile özel hukuktan farklı bir düzenleme gerektiren konu ölçütüdür.⁸⁶ Bu ölçütlerin tümü bakımından imtiyaz sözleşmesi idari yargının görev alanına girmektedir. Bu bağlamda imtiyaz sözleşmesinin yapılması ve yürütülmesi esnasında kamu gücünün kullanılması gerekmektedir. Üstelik yalnızca İdareye değil imtiyaz sahibine de hizmetin etkin bir şekilde yürütülmesini sağlayabilmek için kamu gücüne dayanan kimi yetkiler (kamulaştırma, ücret belirleme gibi) tanınmaktadır. Bu bakımdan kamu gücü ölçütü bakımından imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi gerekir. Öte yandan, çeşitli defalar belirtildiği üzere imtiyaz sözleşmelerinin konusunu bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesinin bir özel kişiye bırakılması oluşturduğundan kamu hizmeti ölçütü bakımından da imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi gerekmektedir. Özel hukuktan farklı bir düzenleme gerektiren konu ölçütü bakımından da imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi gerekir. Bu ölçüt çerçevesinde kamu gücü ile ilişkili konular ile İdarenin kamu gücüne dayanarak yaptığı işlem ve yürüttüğü faaliyetler ve İdareye özel kişilere oranla üstünlükler veya ayrıcalıklar tanınmasını ya da daha ağır yükümlülükler yüklenmesini gerektiren konuların idare hukuku tarafından düzenlenmesi gerekir.⁸⁷ İmtiyaz sözleşmesi söz konusu ölçüt bakımından da tüm koşulları bünyesinde taşıdığından bu sözleşme bakımından doğan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi gerekir. Nitekim aşağıda değinileceği üzere Avrupa Birliği de imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk tarafından düzenlenmesini uygun bulmayarak konu hakkında özel bir direktif çıkartmış ve üye ülkelerin söz konusu direktife uyum sağlamasını istemiştir.

Burada acaba Anayasa'nın 47. maddesinin 4. fıkrası çerçevesinde imtiyaz sözleşmelerinden bütün uyuşmazlıkların özel hukuk kapsamından çıkartılmasının olanaklı olup olmadığı sorusu sorulabilir. Çeşitli defalar belirtildiği üzere Anayasa'nın 47. maddesine 13 Ağustos 1999 tarihinde eklenen 4. (son) fıkrayla; Devlet, kamu iktisadi te-

⁸⁶ Bu ölçütler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 29-32.

⁸⁷ Bkz. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 31.

şebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek veya tüzelkişilere yaptırabileceği veya devredebileceğinin kanunla belirleneceği ifade edilmiştir.

Burada hemen şu hususu belirtmek gerekir ki Anayasa'nın 47. maddesinin 4. fıkrası imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk kapsamından çıkartılmasına ve dolayısıyla söz konusu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargı tarafından çözümlenmesine engel oluşturmamaktadır. Aslında Anayasa'nın bu hükmü çerçevesinde tüm kamu hizmetlerinin özel hukuk rejimine tabi tutulması olanaklı değildir. Ulusoy'un isabetli olarak belirttiği üzere Anayasa'nın söz konusu hükmü kamu hizmetlerinin özel hukuk rejimine tabi tutulması bakımından bir sınır getirmiştir. Yazar, İdare "tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin" özel hukuk rejimine tabi tutulacağını yasa koyucunun belirleyeceğinin hüküm altına alınması, bu faaliyetlerden en azından bir bölümünün bu rejim dışında, daha açık bir deyişle, kamu hukuku rejiminde gördürüleceği anlamını taşıyacağını belirtmiştir.⁸⁸ Dikkat edileceği üzere Anayasa'nın bu hükmünde bazı kamu hizmetlerinin özel hukuk rejimine tabi tutulabilmesi bakımından kanun koyucuya takdir yetkisi verilmiştir. Kamu hizmetlerinin bütünüyle özel hukuk rejiminden çıkartılması, kanun koyucunun takdir yetkisi çerçevesinde kalacağından Anayasa'nın söz konusu fıkrasına aykırı bir durumun olmadığını düşünmekteyiz.

VI. Anayasanın Zorunlu Olarak Kamu Hukuku Rejimine Tabi Tuttuğu Asgari bir Kamu Hizmeti Alanının Gösterilmesinin Gerekliliği

Türk pozitif hukukunda özel kesime devredilemeyecek nitelikte anayasal kamu hizmetleri kategorisi açık bir şekilde belirlenmemiştir. Bu sorun Fransa'da da yoğun bir tartışmaya yol açmış ve gerek yargı içtihatları gerekse öğreti anayasal kamu hizmetleri konusunda incelemeye girişmiştir.

Fransız Anayasa Konseyi'nin 25-26.6.1986 tarih ve 207 sayılı kararında,⁸⁹ "gerekliliği anayasal değerde ilke ve kurallardan kaynak-

⁸⁸ Ulusoy, s. 49.

⁸⁹ Fransız Anayasa Konseyi'nin 18.9.1986 tarih ve 217 sayılı kararında "anayasal ni-

lanan ulusal kamu hizmetleri” kavramına odaklanılmıştır. Karara konu olan olayda kanun tarafından bir liste öngörülerek özelleştirilecek kamu hizmetleri saptanmıştır. Konsey, söz konusu kararında “anayasal değerdeki ilke ve kurallardan kaynaklanan belirli ulusal kamu hizmetleri” ve “varlığı ve işleyişi Anayasa tarafından zorunlu kılınan kamu hizmetleri”nin devletin egemenliğinden çıkarılarak özel kesime devredilemeyeceği, bir başka deyişle, anayasal ilke ve kurallardan kaynaklanan kamu hizmetlerinin, anayasa değişikliği yapılmadan yürütülmesinin özel kesime bırakılmayacağı ifade edilmiştir. Konsey, koyduğu ilkeleri somut olay temelinde inceleyerek özelleştirmeye ilgili söz konusu kanunda bu tür bir kamu hizmetinin bulunmadığı sonucuna varmıştır.⁹⁰

Fransız Anayasa Konseyi’nin söz konusu kararında anayasal kamu hizmetleri kategorisi yaratılmış olmakla birlikte, bunun kapsamına nelerin girdiği saptanmamıştır. Fransa’da, bundan da öte, ne mevzuatta ne de mahkeme içtihatlarında nelerin anayasal kamu hizmeti olduğuna ilişkin bir saptama bulunmaktadır. Bununla birlikte Konseyin bu kararından nelerin anayasal kamu hizmeti olmadığına ilişkin bir çıkarımda bulunmak olanaklıdır. Gerçekten de inceleme konusu kanunun listesinde çoğu bankacılık ve sigortacılık sektöründe faaliyet gösteren 65 kuruluşun gördüğü hizmetlerin anayasal kamu hizmeti olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu karardan genel sınai veya ticari kamu hizmetlerinin kapsam dışında olduğuna, anayasal kamu hizmetlerinin kural olarak idari kamu hizmetleriyle ilgili olduğu sonucuna ulaşmak olanaklıdır.⁹¹

Fransız öğretisinde ise anayasal kamu hizmetlerinin, ulusal egemenliğin kullanıldığı kamu hizmetleri ve Anayasa’daki ekonomik ve sosyal hakları kapsayan isteme hakları olmak üzere iki kaynağının bulunduğu esas kabul edilmektedir. Bu bağlamda ulusal savunma, dış ilişkiler, iç güvenlik gibi devletin ulusal egemenlik yetkisini kullanma aracı olan kamu hizmetlerinin birincisinin kapsamında olduğu, bunların dışındakilerin ise ikincisinin kapsamında olduğu görüşü

telikte düzenlemelerde temelini bulan kamu hizmeti, 7.1.1988 tarih ve 232 sayılı kararında ise “Anayasa tarafından gerekli kılınan kamu hizmeti” kavramı üzerine odaklanılmıştır. Bkz. Karahanoğulları, s. 264.

⁹⁰ Bkz. Karahanoğulları, s. 264-265.

⁹¹ Bkz. Karahanoğulları, s. 265.

savunulmaktadır. Kimi yazarlar ise 1958 Fransız Anayasası'nın, 1946 Anayasası'nın Başlangıç Hükümlerini benimsediğine göre Başlangıç Hükümlerinin 9. Paragrafında "işletilmesi milli bir kamu hizmeti ya da fiili bir tekel niteliğinde olan ya da bu niteliği kazanan işletmeler ve mallar toplumsal mülkiyet konusu olur" hükmüne dayanarak eğitim, sağlık ve sosyal güvenliğin de anayasal kamu hizmetleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır.⁹²

Fransız öğretisi anayasal kamu hizmetlerinin kapsamını geniş yorumladığı durumlarda bir ayrıma giderek "özelleştirilememe" özelliğini yalnızca devletin egemenlik yetkisini kullanmasının aracı olan kamu hizmetleriyle sınırlandırma eğilimi taşımakta, bir başka deyişle, anayasal kamu hizmetlerinin kapsamı genişlediği oranda özel kesime devredilmezlik özelliğinin azaldığı görüşünü benimsemektedir. Bununla birlikte öğretide, devletin egemenlik yetkisinin kullanılmasının aracı olan anayasal kamu hizmetlerinin bile devletin denetim olanağı korunduğu sürece özel kesim tarafından yürütülebileceği görüşünü savunanların da bulunduğunu belirtmek gerekir.⁹³

Fransız öğretilerinden Esplugas anayasal kamu hizmetleri konusunda ayrıntılı bir incelemeye girişerek üçlü bir ayrıma gitmektedir. Yazar; adalet hizmetleri, polis, ordu, hapishane hizmetleri gibi kamu düzeni ve güvenliğini sağlayan hizmetleri birinci tip anayasal kamu hizmetleri olarak görmekte, para basma, vergi toplama gibi devletin mali ve iktisadi bağımsızlığını sağlayan hizmetleri ikinci tip anayasal kamu hizmetleri olarak kabul etmekte, diplomasi, siyasi sığınmacı kabul hizmetleri gibi devletin diğer devletler karşısında bağımsızlığını sağlamaya yönelik hizmetleri ise üçüncü tip anayasal kamu hizmetleri olarak benimseyerek anayasal kamu hizmetlerini üçe ayırmaktadır. Yazar, bundan başka, devletin mali ve iktisadi bağımsızlığını sağlayan ikinci tip anayasal kamu hizmetlerini, devletleştirme, telekomünikasyon, ulaşım ve enerji gibi ulusal ekonomiyi korumaya yönelik hizmetler, ücretsiz ve laik eğitim gibi entelektüel yaşam korumaya yarayan hizmetler, sağlık ve sosyal güvenlik hizmetleri gibi maddi koşulları korumaya yönelik hizmetler olarak üçe ayırmaktadır. Esplugas, ikinci tip anayasal kamu hizmetlerinin devletin tekelinde olmadığı için bun-

⁹² Bkz. Karahanoğulları, s. 265-266 ve özellikle dn. 654-655.

⁹³ Karahanoğulları, s. 266 ve özellikle dn. 656.

lar hakkında özel kesime devredilemezlik özelliğinin geçerli olmadığı görüşünü savunmaktadır.⁹⁴

Türk Anayasa Mahkemesi'nin anayasal kamu hizmetleri konusunda doğrudan bir içtihadı bulunmamaktadır. Bununla birlikte mahkeme, bir faaliyetin Anayasada devletin görevi olarak düzenlenmiş olmasını, o faaliyetin kamu hizmeti olduğunu gösterdiği görüşünü benimsemiştir. Karahanoğulları, Anayasa Mahkemesi'nin yapmış olduğu bu yorumdan mahkemenin "anayasal kamu hizmetleri" kategorisi yarattığı sonucunun çıkartılabileceğini, bu bağlamda anayasa gereği devletin görevi sayılan faaliyetlerin kamu hizmeti olduğunu, söz konusu kamu hizmetlerinin kurulup faaliyete geçirilmesinin anayasal zorunluluk sayılacağını, tasfiyesi veya özelleştirilmesinin Anayasa'daki devlete yüklenen ödev ortadan kaldırılmadıkça olanaklı olmaması gerektiği görüşünü savunmaktadır. Yazar, bu görüşünden, kamu hizmetlerini kurma ve faaliyete geçirme yönteminin mutlaka "emanet usulü" (İdarenin hizmeti bizzat yürütmesi) olduğu sonucunun çıkartılmaması gerektiğini, Anayasa'da aksi düzenlenmediği takdirde hizmetin mutlaka İdarenin kendi örgütü aracılığıyla yürütülmesinin zorunlu olmadığını, kamunun gerekli gözetim, denetim ve strateji belirleme işlevini sürdürerek söz konusu hizmeti bu çerçevede özel kesime de gördürebileceğini ifade etmektedir.⁹⁵

Anayasa Mahkemesi anayasal kamu hizmetleri kategorisi yaratmış olmakla birlikte bu tip kamu hizmetlerinin özel kesime devredilemezlik özelliğinin hukukumuzda kabul edildiğine ilişkin doğrudan bir içtihadı bulunmamaktadır.⁹⁶ Anayasa'dan da kamu hizmetlerinin

⁹⁴ Bkz. Karahanoğulları, s. 266 ve özellikle dn. 657-661.

⁹⁵ Karahanoğulları, s. 267-268 ve dn. 666.

⁹⁶ Ancak, Mahkeme, Anayasa'nın 168. maddesi kapsamında bulunan doğal servet ve kaynakların özelleştirilemeyeceği sonucuna varmaktadır. Örneğin mahkemenin yukarıda bahsedilen 9.12.1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararında; TEK'in doğal servet ve kaynakları yerinde kullanarak ya da onlardan yerinde yararlanarak elektrik üreten teşebbüs, müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin özelleştirilmesinde Anayasanın 168. maddesinde öngörülen ilkele- rin göz önünde bulundurulmasının zorunlu olduğu, 168. maddeye göre Devletin olan doğal servetlerin ve kaynakların işletme hakkının gerçek veya tüzel kişilere ancak süreli olarak devredilebileceği, TEK'in doğal kaynak ve servetlerden yararlanan üretim birimlerinin varlıklarının özelleştirilmesinde bunların yararlan- dıkları doğal kaynak ve servetlerin mülkiyetinin gerçek ve tüzel kişilere devrinin olanaksız olduğu ifade edilmiştir. Mahkeme bu kararında ayrıca, TEK'in doğal zenginlik ve kaynaklardan yararlanarak elektrik üreten teşekkül ve birimlerinin

özel kişilere devri konusunda doğrudan bir sonuç çıkarmak olanaksızdır. Gerçekten de Anayasanın 5. maddesinde ulusal güvenlik ve kamu düzeninin sağlanması, 36. ve 40. maddelerinde adalet hizmetlerinin sağlanması, 56. maddesinin 2. fıkrasında çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını ve çevre kirlenmesini önlemek, 169. maddesinde ormanların korunması ve geliştirilmesi, 41. maddesinin son fıkrasından çocukların korunması, 61. maddesinin 4. fıkrasında korunmaya muhtaç çocukların korunması, 61. maddesinin 2. fıkrasında engellilerin 3. fıkrasında yaşlıların korunması, 63. maddesinde tarih, kültür ve doğal varlıkların korunması, 64. maddesinde sanatın ve sanatçıların korunması Anayasa tarafından zorunlu tutulan kamu hizmetleri niteliği taşımaktadır. Anayasa'nın 42. maddesinde eğitim ve öğretim, 56. maddesinde sağlık hizmetleri, 60. maddesinde sosyal güvenlik, 167. maddesinin 1. fıkrasında piyasalarda kartelleşme ve tekelleşmenin önlenmesi hizmetleri bakımından devlete düzenleme ve denetim sağlama ödevi yüklemektedir.

İşte Anayasa'da düzenlenen kamu hizmetlerinin özel kesime devri konusunda açık bir düzenlemenin bulunmamasından dolayı bu konu öğretide yoğun tartışmalara yol açmıştır. Karahanoğulları, devlet olanaklarının sınırlılığı⁹⁷ nedeniyle anayasal kamu hizmetlerinin “zorunlu kamu hizmetleri” niteliğini kazanamadığını, Fransız hukukunda, en azından devletin egemenlik yetkisini kullandığı, birinci tip anayasal kamu hizmetleri için kabul edilen özel kesime devredilmezlik özelliğinin hukukumuzda kabul edildiğine ilişkin herhangi bir içtihadın bulunmadığını belirtmektedir. Yazar, saptanacak anayasal kamu hizmetlerinin devlet tekeline olduğuna, özel sektöre kapalı olduğuna ilişkin bir kural da bulunmadığını, bu bağlamda, hukukumuzda “anayasal kamu hizmetleri” kategorisinin kabulünün pratik sonucunun, özellikle, özel sektör tarafından da yerine getirilen kimi faaliyetlerin, kamu hizmeti niteliğine ilişkin açıklık getirmesinin olabileceğini ifade etmektedir. Yazar, nelerin kamu hizmeti olduğu so-

özelleştirilmesinin, bunların yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların işletme hakkının belirli süreyle devri biçiminde olmasının zorunlu olduğu, bunların işletme hakkının süresiz devri biçiminde özelleştirilmelerinin Anayasanın 168. maddesine aykırı düşeceği belirtilmiştir.

⁹⁷ Zira Anayasa'nın 65. maddesinde; Devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği ifade edilmiştir.

rusuna Anayasa'dan yola çıkılarak yapılan bir değerlendirmeye yanıt verilebileceğini, ancak özellikle 1982 Anayasası'nın yazımının özensizliği ve bütün toplumsal faaliyetleri kuşatma gayreti düşünüldüğünde, Anayasa'nın yorumlanmasıyla her türlü faaliyetin kamu hizmeti olarak değerlendirilebileceğinin de açık olduğunu vurgulamaktadır.⁹⁸

Günday ise hukuksal bir kavram olarak kamu hizmetinin tanımlanmasının olanaklı olmadığını, bunu belirleyecek olanın her devletin yasama organı olduğunu, ülkemizdeki çelişkinin devletin kamu hizmeti olarak tanımladığı hususları özel hukuka hükümlerine tabi tutmasından kaynaklandığını, özel hukuk hükümlerine tabi tutulmanın ancak kamu hizmetinden çıkarılmakla gerçekleşebileceğini, Türkiye'de elektrik üretim, iletim ve dağıtımının kamu hizmeti olduğunu, devlet bunu kamu hizmeti olmaktan çıkartmadığı müddetçe bunların kamu hizmeti ilke ve kurallarına tabi olduğunu, bir husus kamu hizmeti olarak kabul edildikten sonra özel hukuk hükümlerine tabi tutmanın kamu hizmetinin gereğinin yerine getirilmemesi anlamını taşıyacağını ifade etmektedir. Yazar, kolluk faaliyeti, adaletin dağıtılması, milli savunma faaliyetleri gibi devletin temelini oluşturan kamu hizmetlerinin özel kişilere devredilemeyeceğini, sorunun öteki kamu hizmetlerinin özel kesime devri konusunda çıktığını ifade etmektedir.⁹⁹ Günday'ın bu görüşünden devletin temelini oluşturan kamu hizmetlerinin üçüncü kişilere devredilemeyeceği, öteki hizmetlerin ise ancak kamu hukuku ilke ve kurallarına (örneğin, imtiyaz sözleşmesi) tabi olmak kaydıyla devredilebileceği sonucunu çıkartabilmek olanaklıdır.

Duran ise kamu hukuku kuralı gereğince kamu hizmet ve faaliyetlerinin bizatihi idarenin kuruluş ve kurumları eşliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesinin asıl ve olağan olduğunu, ancak bu hizmet ve faaliyetlerden kamu gücüne özgü olmayanlar ile özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeye elverişli bulunanların, bütün sorumluluk yine ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetim ve denetimi altında, belirli yasal usullere göre özel teşebbüslere yaptırılabilirliğini savlamaktadır. Yazar, bu konuda bir örnek vererek,

⁹⁸ Karahanoğulları, s. 269.

⁹⁹ Günday, Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, s. 196-197.

milli savunma ve kolluk etkinliklerinin kamu gücüne özgü etkinlikler olduğundan, herhangi bir şekil ve koşul altında bütünüyle özel kesime bırakılamayacağını, gerçi, askeri yönetimin çıkardığı bir kanunla, özel koruma gerektiren bazı müesseselerin, ilgili makamların tek yanlı izniyle çalıştırılabileceği, kendi eliyle kolluk gereksinimini karşılayabileceğinin kabul edildiğini, ancak, bu personelin seçimi, eğitimi, çalışma esas ve usulleri, gözetim ve denetiminin bütünüyle Emniyet makamlarının yetkisi içerisinde olduğunu, özel korumacıların kolluğa ilişkin tutum ve davranışlarından tümüyle doğrudan doğruya devletin sorumlu olduğunu belirtmektedir. Yazar, ilgili müesseselerin, koruma personelinin yalnızca ücretini, sosyal haklarını, giysi ve araçlarını sağlamakla yükümlü olduklarını, ancak kolluk faaliyetlerinin hiçbir yanıyla sözleşmeye konu yapılamayacağını ifade etmektedir.¹⁰⁰

Duran, özel yönetim biçimiyle elverişli olan kamu faaliyet ve hizmetlerinin, özel kesime gördürülebilmesinin ancak kanunlarda öngörülmüş bulunmasına bağlı olduğunu, yürütme ve idarenin kendiliğinden bu yolu seçemeyeceğini ve istediği yöntemi kullanamayacağını belirtmektedir. Yazar, genellikle sınai ve ticari nitelik taşıyan kamu hizmetleri ile özel mali yanı ağırlıklı olan faaliyetlerin, yine kanunlarda düzenlenmiş yetki, şekil ve usul kuralları uyarınca, değişik statüler çerçevesinde, gerçek ve özel-tüzel kişilere ya da kamu tüzel kişilerine bırakılabileceğini, kamu hizmet ve faaliyetlerinin özel teşebbüs eliyle yaptırılması için kullanılabilecek olan yöntemlerden birisini imtiyazın oluşturduğunu ifade etmektedir.¹⁰¹

Ulusoy ise Anayasa'da kamu hizmeti olarak yürütülmesi zorunlu tutulan hizmetlerin mutlaka devlet veya diğer idari birimlerce bizzat yürütüleceğini söylemenin Türk pozitif hukuku açısından olanaklı görülmediğini, en birincil kamu hizmetlerinden sayılan ulusal güvenlik ve adalet hizmetlerini zorunlu tutan anayasal hükümlerden bile devletin bu hizmetleri mutlaka bizzat yerine getireceği yönünde bir hüküm çıkarılamayacağını belirtmektedir. Yazar, aksi düşüncenin, uygulamada köy korucuları tarafından yürütülen ulusal güvenlik hizmetlerini, özel güvenlik kuruluşları ve banka kollukları tarafından yürütülen kamu düzeninin sağlanması hizmetlerini ve tahkim yolu-

¹⁰⁰ L. Duran, "Yap-İşlet-Devret", *AÜSBFD*, Cilt: 46, Sayı: 1, 1990, s. 150-151.

¹⁰¹ Duran, s. 151.

la adalet hizmetlerinin özel kişilere gördürülüyor olmasını açıklayamayacağını savunmaktadır.¹⁰²

Ulusoy, 13 Ağustos 1999 tarihinde yapılan anayasa değişikliğinin bütün kamu hizmetlerinin özel hukuk rejimine tabi tutulup tutulmayacağı konusunda bir sınırlama getirdiğini, zira Anayasa'nın 47. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden *hangilerinin*" özel hukuk rejimine tabi tutulacağını kanun koyucunun belirleyeceğinin hüküm altına alınmasının, bu faaliyetlerin en azından bir bölümünün bu rejim dışında, bir başka deyişle, kamu hukuku rejiminde gördürüleceği anlamına geleceğini belirtmektedir.

Ulusoy, bu bağlamda, Anayasa'nın zorunlu olarak kamu hukuku rejimine tabi tuttuğu asgari bir kamu hizmeti alanı öngördüğü söylenebileceğini, ancak bu asgari alana hangi kamu hizmetlerinin girdiğini belirlemenin kolay görünmediğini ifade etmektedir. Yazar, bu konuda Anayasa metninden bir sonuç çıkarmak olanaklı görünmemekle birlikte, bu alana yalnızca egemenlikle doğrudan doğruya bağlantılı (ulusal savunma, kamu düzeninin sağlanması gibi) kamu hizmetlerinin gireceğini ve ekonomik yönü ağır basan kamu hizmetinin bu alana dâhil olmayacağını savunulabileceğini belirtmektedir. Yazar Anayasa'da 13 Ağustos 1999 tarihinde yapılan düzenlemeden çıkarılabilecek tek kesin sonucun, ayrıksız bir şekilde tüm kamu hizmetlerini özel hukuk rejimine tabi tutan bir yasal düzenlemenin Anayasa'nın 47. maddesinin 4. fıkrasına aykırı olacağını, öte yandan, Anayasa'da yer alan bu hükmün, tek tek sayılmak ve bütün kamu hizmetlerini kapsamamak şartıyla, kanun koyucuya, kamu hizmetlerini özel hukuk rejimine tabi tutarak özel kişilere gördürme konusunda açık bir takdir yetkisi verdiğini ifade etmektedir.¹⁰³

Gerdaneri ve Berk ise belediye vergi ve harçlarının ihale yoluyla özel kuruluşlar aracılığıyla tarh, tahakkuk ve/veya tahsili üzerine yaptıkları incelemede "buyurucu ve toplum hayatına müdahale edici nitelik taşıyan, denetim, kontrol, ruhsat ve izin verme, men etme gibi kamu kudretine dayalı görev ve yetkilerin özel kişi ve kuruluşlara gördürülmesinin mümkün olmadığı" sonucuna ulaşmışlardır.¹⁰⁴

¹⁰² Bkz. Ulusoy, s. 48-49.

¹⁰³ Ulusoy, s. 49-50.

¹⁰⁴ Bkz. Tan. Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret" Modeline, s. 322 ve dn. 49.

Biz bu görüşlerden Esplugas'ın görüşlerine büyük ölçüde katılmaktayız. Bu bağlamda yazarın yapmış olduğu anayasal kamu hizmetlerinin üçe ayrılmasını benimsemekte, ancak, ikinci tip anayasal kamu hizmetlerinin devletin tekelinde olmadığı için özel sektöre devredilebileceği şeklindeki görüşlerine tam olarak katılamamaktayız. Zira ikinci tip anayasal kamu hizmetlerinden vergi toplama, para basma gibi kamu hizmetleri devletin egemenlik yetkisinden doğmakta ve bu hizmetlerin özel sektöre devredilmesi ülkenin “egemen” (sovereign) olduğunun inkâr edilmesi anlamına gelmektedir. Bu çerçevede adalet hizmetleri, polis, ordu gibi kamu düzeni ve güvenliğini¹⁰⁵ sağlayan birinci tip anayasal kamu hizmetleri ile diploması ve siyasi sığınma kabul istekleri gibi devletin diğer devletler karşısında bağımsızlık ve egemenliğini gösteren üçüncü tip anayasal kamu hizmetlerinin hiçbir şekilde özel sektöre devredilmeyeceği esası benimsenmelidir. İkinci tip anayasal kamu hizmetlerinden ise ancak devletin egemenlik yetkisiyle ilgisi olmayan (eğitim, enerji, sağlık, sosyal güvenlik) gibi daha çok sosyal, iktisadi-ticari ve mali yönü ağır basan hizmetlerin özel sektöre devredilebileceği esası benimsenmelidir. İmtiyazla ilgili

¹⁰⁵ Yukarıda belirtildiği üzere Ulusoy her tür anayasal kamu hizmetinin özel sektöre devredilebileceğini, aksi takdirde uygulamada köy korucuları tarafından yürütülen ulusal güvenlik hizmetlerinin, özel güvenlik kuruluşları ve banka kollukları tarafından yürütülen kamu düzeninin sağlanması hizmetlerinin ve tahkim yoluyla adalet hizmetlerinin özel kişilere gördürülüyor olmasının açıklanamayacağı görüşünü savunmaktadır. Kanımızca yazarın bu görüşü isabetsizdir. Zira bir kere yazarın ilkelerden yola çıkarak uygulama hakkında yorum yapması gerekirken tam aksine uygulamadan yola çıkarak sonuçlara varması ve söz konusu sonuçları doğru kabul etmesi isabetli olmamıştır. Gerçi özel güvenlik kuruluşları ve banka kollukları tarafından yürütülen hizmetlerde anayasaya aykırı bir durum bulunmamaktadır. Çünkü bu kolluklar icrai bir karar alamamakta ve kamu düzenini sağlamakla değil belirli alanlarda kamu düzeninin sağlanmasında resmi kolluk görevlilerine yardımcı olmaktadır. Yine söz konusu kolluklar resmi kolluk görevli ve makamlarının yakın gözetimi ve denetimi altında çalışmaktadırlar. Öte yandan tahkim yoluyla adalet hizmetlerinin özel kişiler tarafından görülmesinde de anayasaya aykırı bir durum bulunmamaktadır. Zira ayrıksı bir durum olan tahkim yoluna kural olarak ancak tarafların “dava konusu” (müddeabih) üzerinde tasarrufta bulunabildikleri durumlarda, bir başka deyişle, gayrimenkulün aynına ilişkin uyuşmazlıklar dışındaki malvarlığına yönelik uyuşmazlıklarda gidilebilir. Kamu hizmetlerinde tahkim yoluna başvurulması, 13 Ağustos 1999 tarihinde Anayasa’nın 125. maddesinin 1. fıkrasında yapılan değişiklikle olanaklı hale gelmiştir ki tahkime geniş çaplı olarak başvurulabilmesini öngören bu değişikliğin eleştirisi yukarıda ayrıntılı bir şekilde yapılmıştır. Ancak köy korucuları tarafından güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi Anayasa’nın 128. maddesinin 1. fıkrasına açıkça aykırıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. H. Dursun, Adli Birimlerde Görülen Yolsuzluklar ve Alınması Gereken Karşı Önlemler, *TBB Dergisi*, Sayı 61, 2005, s. 410 vd.

olarak çıkartılması gereken kanunda devletin egemenlik yetkisinin kullanılması niteliğinde olan kamu hizmetlerinin özel sektöre devredilmeyeceği esas kabul edilmeli ve bu esasın yerel yönetimler açısından da geçerli olduğu anlayışı benimsenmelidir.¹⁰⁶

VII. Avrupa Birliği Normlarına Uyum Gereksinimi

Avrupa Birliği seviyesinde imtiyaz sözleşmelerinin ihalesi sürecinde açık kuralların bulunmaması, hukuksal belirsizlik doğurmuş, hizmetlerin serbest dolaşımına güçlük çıkarmış ve Avrupa iç piyasasının işlevinde çeşitli sapmalara yol açmıştır. Bunun sonucunda ise özellikle küçük ve orta ölçekli işletmeler olmak üzere ekonomik aktörler iç piyasada hak kaybına maruz kalmışlar ve önemli iş fırsatlarını

¹⁰⁶ Geçmişte Adana Belediyesi emlak vergisinin “beyan kabulü, tahakkuk, tahsilat, asgari beyan kontrolü, gecikme cezası, kaçakçılık, dava takibi, icra takibi” işlerini Devlet İhale Kanunu Kanununa göre pazarlık usulü ile bilgisayarlı bir yükleniciye ihaleye vermiştir. Bkz. Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline, s. 322. Bir kamu tüzel kişiliğine sahip olan belediyenin emlak vergisiyle ilgili işleri özel bir firmaya devretmesi tüzel kişilikten doğan egemenlik yetkisinin açık bir ihlali niteliğindedir. Ayrıca, yukarıda belirttiğimiz gibi üzere bir kamu hizmetinin özel sektöre devredilebilmesi için Türk hukukunda her zaman için açık bir yasal dayanak gerekmiştir. Adana Belediyesi emlak vergisiyle ilgili işleri özel kesime devrettiği 1985 yılında yürürlükte bulunan 1580 sayılı Belediye Kanunu’na da açıkça aykırıydı. Zira söz konusu kanunun hiçbir yerinde vergi toplama işinin özel sektöre devredilebileceğine dair bir kayıt bulunmamaktaydı. Çıkartılması gereken imtiyazla ilgili kanunda özellik devletin egemenlik yetkisiinden kaynaklı işlerde özel sektöre devrin geçerli olmayacağı esas benimsendikten sonra aynı esasların yerel yönetimler için de geçerli olacağının kabul edilmesi gerekir. Konu oldukça önemli olduğu için ilave bir takım açıklamaların yapılması uygun olacaktır. İmtiyaz sözleşmeleri, belirli usul ve şekil kurallarına uygun olarak İdare tarafından önceden yapılan şartnamelere dayanırlar. Bu şartnameler sözleşme konusuna ilişkin olarak gerekli düzenlemeleri içerirler. Krş. T.B. Balta, İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları, No: 117, Ankara 1968-1970, s. 194. Bu bağlamda şartname, imtiyaz sözleşmelerinin ekinde yer alan ve İdare tarafından tek yanlı olarak hazırlanan belirli tiplerdeki matbu metinlerdir. Fransa’da günümüzde bayındırlık işlerinin tamamına ilişkin kısmında sözleşmenin ancak tek tip şartnamelerle yapılacağı kanunda belirtilmiş ve bu şartnamelerin, bakanlıkça onaylanmış şekilleriyle uygulanacağı esas benimsenmiştir. Nitekim Fransa’da yerel yönetimlerin imtiyaz sözleşmeleri için yaptıkları şartnameler, ancak belirli modellerde olabilmektedir. Bkz. C. Erkut, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Tıpkı Basım, Danıştay Yayınları No: 51, Ankara 2015, s. 54, 71. Bu bağlamda imtiyaz işleri hakkında çıkartılması gereken kanunda imtiyaz yoluyla yürütülemeyecek kamu hizmetleri teker teker sayılmalı ve Adana Belediyesinin yapmış olduğu türden hukuka aykırılıkları önleyebilmek için yerel yönetimlerin imtiyaz yoluyla iş yapabilmesi İçişleri Bakanlığının önceden hazırlayacağı tip şartnamelere dayanmalı ve imtiyaz sözleşmesinin ancak İçişleri Bakanlığının onayıyla geçerli kazanabileceği esas benimsenmelidir.

kaçırmışlardır. Öte yandan söz konusu neden yüzünden kamu kurum ve kuruluşları kamu parasını en iyi bir şekilde kullanabilme olanağını bulamamışlar ve sonuçta Birlik vatandaşları en iyi fiyata kaliteli hizmetlere ulaşamamışlardır. Hâlbuki imtiyaz sözleşmelerinin ihale sürecinin yeterli, dengeli ve esnek bir hukuksal çerçevesinin çizilmesi, Avrupa Birliği aktörlerinin piyasaya etkin ve ayrımcılığa uğramayan bir tarzda girmelerine yol açacak, hukuksal güvenliği sağlayacak ve yurttaşların faydasına olarak kamunun altyapı yatırımlarının ve stratejik hizmetlerin artmasına yol açacaktır. Bu şekildeki bir hukuksal çerçeve, bunun yanında, ekonomik aktörlere daha fazla hukuksal kesinlik sağlayacak uluslararası kamu ihalesi piyasasına daha fazla açılmanın aracı ve dayanağı olacak ve dünya ticaretini güçlendirecektir. Özellikler Avrupa Birliği imtiyaz piyasasına küçük ve orta işletmelerin ulaşabilmesinin iyileştirilmesine özel bir önem verilmelidir.

İmtiyaz sözleşmelerine uygulanacak hukuksal çerçeve açık ve sade olmalıdır. Bu çerçeve idari sözleşmelerle karşılaştırılınca imtiyaz sözleşmesinin özgün niteliğine uygun düşmeli ve aşırı ölçüde bir bürokrasiye yol açmamalıdır.

İmtiyaz sözleşmeleri uzun vadeli olarak altyapı yatırımlarında yapısal gelişme ve stratejik hizmetlerin sunulmasını geliştirme bakımından önemli bir araç niteliğini taşımakta, Avrupa iç piyasasında rekabetin geliştirilmesine önemli bir katkı sağlamakta, özel sektör uzmanlığından faydalanılmasının yolunu açmakta ve etkinlik ve “yenileşme”nin (innovation) elde edilmesine büyük ölçüde yardım etmektedir.

İşte bu gerekçelerle Avrupa Birliği, salt imtiyaz sözleşmelerine özgü olmak üzere 26 Şubat 2014 tarih ve 2014/23/EU sayılı İmtiyaz Sözleşmeleri İhale Direktifi çıkartmıştır.¹⁰⁷ Bu direktifle, değeri 5.186.000 Avro ve üzeri olan imtiyaz işlerinde İdarenin ve imtiyazcının usul ve şekil kuralları açık bir şekilde gösterilmiştir.

Mevcut durumda imtiyaz hakkındaki 1326 tarihli Kanun Avrupa Birliği Direktifine uygun düşmediği¹⁰⁸ gibi imtiyaz işlerini özel hukuk

¹⁰⁷ Direktifin metni ve gerekçeleri için bkz. Bkz. L 94/1 sayılı ve 28.3.2014 tarihli Official Journal of the European Union.

¹⁰⁸ Zaten 1326 tarihli Kanun, imtiyaz ihalesi hakkında hüküm dahi tesis etmemiş, imtiyazın ihalesiz bir şekilde Bakanlar Kurulu kararı ve Meclis onayıyla verileceği esasını benimsemiştir.

hükümlerine tabi tutan¹⁰⁹ 3996 sayılı Kanunda da imtiyaz konusunda ihale süreci öngörmemiştir. Gerçekten de 8.6.1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde, Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında sözleşme yapılacağı ve bu sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirtilmiş, 14. maddesinde ise aynı kanun kapsamındaki yatırımlar hakkında 8.9.1983 tarih ve 2886 Devlet İhale Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmiştir.

Ulusoy'un belirttiği üzere 3996 sayılı Kanun'un "açıklık" (aleniyet) ve serbest rekabeti sağlayıcı hükümlere yeterince yer vermemiş olması önemli bir eksikliklerdir.¹¹⁰ Bu çerçevede bütünüyle imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olan yap-işlet-devret sözleşmelerinin özel hukuk niteliğinden kopararak¹¹¹ Avrupa Birliği Direktifi doğrultusunda özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin imtiyaz işlerine serbest rekabet koşulları çerçevesinde ulaşabilmesini sağlayıcı hükümlere yer verilmesi önemli bir zorunluluk olarak kendisini hissettirmektedir.

SONUÇ

Buraya kadar yapılan açıklamalardan açıkça anlaşılacağı üzere imtiyaz hakkında temel kanun niteliğinde bulunan 1326 tarihli Kanun çağdaş gelişmelerin gerisinde kalmış ve hükümleri oldukça eskimiştir. Aslında söz konusu kanun çıkarılmış olduğu 1910 yılında bile imtiyaz işlerini düzenlemeye layık bir kanun niteliğini kazanamamıştır. Zira bu kanun o devirde yabancılara verilen imtiyazlara ve kapitülasyonlara yönelik bir "tepki kanunu" niteliğini taşımış ve imtiyazın doğasına uygun hükümler içerebilmiştir.

1326 sayılı Kanun'un hatalı, eksik ve isabetsiz olarak yaptığı düzenlemeye özellikle Danıştay'ın isabetsiz kararları eşlik etmiş ve uluslararası antlaşmalarda yer alsa bile imtiyaz sözleşmeleri bakımından

¹⁰⁹ İmtiyaz işlerini hem özel hukuka tabi tutmak hem de özel sektörün rekabetçi bir tarzda imtiyaz elde etmemesini öngörmek tam anlamıyla bir garabet örneğidir. Zira bir işin özel hukuk hükümlerine tabi tutulması, ekonomik aktörlerin serbest ve rekabetçi bir tarzda o işin ihalesine katılmasını gerektirir.

¹¹⁰ Ulusoy, s. 54.

¹¹¹ Zira Avrupa Birliği de söz konusu direktifinde imtiyaz işini özel hukuk rejimine tabi tutmamıştır.

tahkim yoluna başvurulamayacağı esası benimsenerek o zaman geçerli olan Türk pozitif hukuk kuralına¹¹² aykırı kararlara yer verilmiştir. Bunun üzerine yabancı yatırımcılar ülkeye yatırım yapmaktan vazgeçerek tekliflerini geri çekmeye başlamış, altyapı ve stratejik yatırımlar bakımından bir darboğaza girilmiştir.

Bunun üzerine tali kurucu iktidar 13 Ağustos 1999 tarihinde Anayasa'nın 47. ve 125. maddelerinde değişikliğe giderek idari sözleşmelerin ve bu meyanda imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi tutulabileceğini ve söz konusu sözleşmeler bakımından ulusal ve uluslararası tahkimin geçerli olduğu esasını benimsemiştir. 4501 ve 4686 sayılı Kanunlarda ise yabancılık unsuru alabildiğince geniş tanımlanarak hemen her imtiyaz sözleşmesinde uluslararası tahkime başvurma olanağı alabildiğince genişletilmiştir. Söz konusu genişleme sonucu Türk mahkemelerinin yargılama yetkisi ulusal ve uluslararası tahkim karşısında önemli ölçüde daralmıştır.¹¹³

13 Ağustos 1999 tarihinde Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklikle imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi tutulabileceğinin belirtilmesi ek bir takım sorunlara da yol açmıştır. Ulusal veya uluslararası yatırımcılardan dahi böyle bir talep gelmeden imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi tutulabilmesi idare hukukunu adeta dinamitlemiş ve idari sözleşmeleri bağlamından kopartmıştır. Nitekim Ulusoy'un belirttiği üzere imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine bağlı olabilmesi, Türk pozitif hukukunda idari sözleşmelerin ölçütünü ortadan kaldırmış, kamu hizmetlerinin temel ilkeleriyle çelişmiş ve kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki hassas "denge" (balance) bozulmuş ve hukuksal bir kargaşa ve karmaşaya düşülmüştür.¹¹⁴

İdare hukuku açısından görülen bütün bu olumsuz durumlar olmasa bile İmtiyaz işleri bakımından salt bu alana özgü olan ve ismi "Kamu Hizmetlerinin Özel Kişiler Tarafından Yetkilendirme

¹¹² Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına. Zira bu fıkranın ilk iki tümcesinde; usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş bulunan milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı hükmü değiştirilmeksizin muhafaza edilmiştir.

¹¹³ Krş. Gözler, s. 18.

¹¹⁴ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ulusoy, 69-74.

Sözleşmesi¹¹⁵ ile Gördürülmesi Hakkında Kanun” çıkartılmalıdır. Söz konusu kanunda düzenlemesi gereken yetkilendirme dar anlamda¹¹⁶ kullanılarak yalnızca “yetkilendirme sözleşmesi” (imtiyaz sözleşmesi) yoluyla özel kişilere kamu hizmeti gördürülmesi hususu düzenlenmelidir. Yeni bir yetkilendirme sözleşmesi kanunu çıkarılmasına üç açıdan mutlak gerekseim bulunmaktadır.

Bunlardan ilki, imtiyaz sözleşmelerinin Türk hukuku bakımından öneminin gittikçe artmasıdır. Gerçekten de, Günday’ın belirttiği üzere, Türkiye’de kamu hizmeti imtiyazlarından bir kısmı, alışılmışın aksine, kanunla ve kamu kurumlarına, bir kısmı ise, idari sözleşmelerle özel kişilere verilmiştir. 1980’li yıllardan itibaren yoğun bir biçimde uygulanan liberal ekonomi politikası nedeniyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri günümüz hukukunda önemli bir yer tutmaya başlamıştır.¹¹⁷ Bu kadar önemi büyük olan imtiyaz sözleşmeleri hakkında mevcut düzenlemeler yetersiz, eksik ve hatalı olduğu için yeni bir yasa yapılması gereği ortadadır.

İkinci olarak, yukarıda ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulduğu üzere imtiyaz konusunda yapılan mevcut düzenlemelerde bazı anayasaya aykırı durumlar (örneğin, imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklı

¹¹⁵ İmtiyaz sözleşmesi kavramı yerine “yetkilendirme sözleşmesi” veya “yetki verme sözleşmesi” kavramının kullanılmasının gereği yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Ayrıca, bu kavramdan neyin anlaşılması gerektiği bakımından bir karmaşa ve keşmekeş de yaşanmaktadır. Daha açık bir deyişle, bu kavramın genel olarak kamu hizmetlerinin özel kişilerce yürütülmesi anlamında mı kullanıldığı yoksa yalnızca idari sözleşme türü olarak mı kullanıldığı konusunda uygulamada derin bir kargaşa ve karmaşa bulunmaktadır. Bu bağlamda kamu hizmetini üstlenen kamu otoritesinin bu hizmeti kendisi yürütmeyip başka birisine (Avrupa Birliği Direktifine uygun olarak yalnızca özel hukuk kişisine) gördürmesine “yetkilendirme” usulü denilmelidir. Burada hizmeti üstlenen “kamu otoritesi” bu hizmeti yakın denetim ve gözetimi altında yürütmesi için özel hukuk gerçek veya tüzel kişisini yetkilendirmektedir. Hizmeti üstlenen kamu otoritesi, hizmeti yürütmesi için özel kişiyi (örneğin özel bir şirketi) yetkilendirebilir. Hatta birden çok özel hukuk tüzel kişisini yetkilendirerek söz konusu hizmetin rekabete açık şekilde sunulmasını da sağlayabilir. Fazla bilgi ve krş. için Bkz. Ulusoy, s. 33-35. İmtiyaz konusunda çıkartılması gereken kanunda öngörülecek yetkilendirmenin yalnızca idari sözleşme yoluyla yapılabilmesi gerekir.

¹¹⁶ Zira kamu hizmetleri, yasal yetkilendirme, özel hukuk sözleşmesi ve ruhsat yoluyla yetkilendirme yöntemlerinden birisiyle de özel hukuk kişisine gördürülebilir. Bu yöntemler hakkında bilgi için bkz. Ulusoy, s. 35-39. Ancak imtiyaz işleri bakımından çıkartılması gereken kanunda kargaşa ve karmaşaya yol açmamak için bu yöntemler düzenlenmemeli (bizce kamu hizmetleri özel hukuk sözleşmesi ile gördürülmek üzere), onların (yasal yetkilendirme, ruhsat olarak) düzenlenmesi başka kanunlara bırakılmalıdır.

¹¹⁷ Günday, 2003, s. 91.

idari suç ve cezaların düzenlenmemesi Anayasa'nın suç ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarına aykırı düşmesi, imtiyaz sözleşmesinde tahkim koşulu bulunduğunda son sözü adli yargının, bulunmadığı durumlarda idari yargının söylemesinin, Anayasa'nın benimsediği adli-idari yargı düzeni ayırımına aykırı düşmesi gibi) bulunmaktadır. Çağcıl hiçbir hukuk dizgesi anayasaya aykırı durumların sürgit bir şekilde devam etmesine izin veremeyeceğinden çıkartılması gereken kanunda söz konusu aykırılıkların giderilmesi gerekmektedir.

Son olarak Türk imtiyaz hukukunun Avrupa Birliği normlarına özellikle 2014/23/EU sayılı İmtiyaz Sözleşmeleri İhale Direktifi adlı Avrupa Birliği Konsey Direktifine özde uyum sağlaması artık kuramsal bir tartışma olmaktan çıkmış, Türkiye açısından bir gereklilik hâline gelmiştir. Çünkü yukarıda değinilen Avrupa Birliği'nin 2014/23/EU adlı Direktifi; salt imtiyaz sözleşmeleri sürecine özgün olmak üzere imtiyaz hukuku alanında oldukça büyük önem taşıyan usuli kurallar koymuş ve bu kurallara uyulması konusunda üye veya üye olmaya çalışan devletlere önemli görevler yüklemiştir. Şu anda Türkiye'nin AB karşısındaki statüsü, "katılım süreci ülkesi" (accession country) konumudur. Katılım süreci konumunda bulunan bir ülkenin AB normlarına uyum sağlaması kaçınılmaz bir zorunluluktur. Bu açıdan, Türkiye, imtiyaz hukukunu Avrupa Birliği normlarına uydurabilmek için yeni bir kanunu acele bir şekilde çıkartması gerekir, aksi takdirde, insanlar, imtiyaz hukukunun Avrupa Birliği imtiyaz hukukuna tam olarak uyum sağlayamaması bağlamında da Türkiye ile AB arasında bir kriz çıkabileceğini düşüneceklerdir. Hatta bunda da öte imtiyaz sistemi başarılı olamamış bir Türkiye'nin Avrupa Birliği içerisinde yer alması ham bir hayalden öteye geçmeyecektir.

Bu çalışmayı bitirirken önemli bir hususa temas etmek uygun olacaktır. Türk hukukçuları, yeni bir "yetkilendirme sözleşmesi" (imtiyaz sözleşmesi) kanunu taslağı hazırlayacak olgunluğa erişmiştir. Kanımızca, bu olgunluğa erişen Türk hukukçuları, yeni bir yetkilendirme model taslağını hazırlamayıp kanun koyucuya ışık tutmazsa tarih önünde sorumlu olur. İşte bu sorumluluktan kurtulmak için önümüzdeki günlerde AB ve OECD normlarına uygun çağdaş bir yetkilendirme sözleşmesi taslak yasa modelini hazırlamayı düşündüğümü belirtmek isterim.

Kaynakça

- Balta T.B. İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları, No: 117, Ankara 1968-1970.
- Çelikel A. Milletlerarası Özel Hukuk, İÜHFY No. 690, İstanbul 1984.
- Chapus R. Droit administratif général Tome 1, 15^e édition, Montchrestien, Paris 2001.
- De Forges J-M. Droit administratif, Presses Universitaires de France, Paris 1991.
- Duran L. "Yap-İşlet-Devret", AÜSBFD, Cilt: 46, Sayı: 1, 1990.
- Dursun H. Adli Birimlerde Görülen Yolsuzluklar ve Alınması Gereken Karşı Önlemler, *TBB Dergisi*, Sayı 61, 2005.
- Vergi Uyuşmazlıklarından Doğan Davalarda Feragat ve Kabul, DPT Yayınları, Ankara 2008.
- İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Eisenmann M. C. Le droit Administratif et le principe de légalité, EDCE, 1957.
- Erkut C. İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Tıpkı Basım, Danıştay Yayınları No: 51, Ankara 2015.
- Erol G. Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması, DPT Yayın No: 2487, Ankara 1999.
- Foillard F. Droit administratif, 13^e éditions, éditions Paradigme, Orléans 2008-2009.
- Gözler K. İdare Hukuku Cilt II, İkinci Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2009.
- Günday M. İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları in Anayasa Yargısı, 14, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 36, Ankara 1997.
- Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler in Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara 2001.
- İdare Hukuku, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2003.
- İdare Hukuku, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2004.
- Kalpsüz T. Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007.
- Karahanoğulları O. Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- Moderne F. Sanctions administratives et justice constitutionnelle, Economica, Paris 1993.
- La sanction administrative (éléments d’analyse comparative), RFDA, Mai-Juin 2002.
- Özbilgiç Z. Uluslararası Anlaşmalar Bakımından Uluslararası Tahkim ve Yabancılık Unsuru in Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Liberte Yayınları, Ankara 2001.
- Tan T. Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları, AÜSBFD, Cilt: XXII, No: 2, Haziran 1967.
- Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret" Modeline, AÜSBFD, Cilt: 47, Sayı: 3-4, Haziran-Aralık 1992.
- Ulusoy A. Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul 2004.
- Üstündağ S. Tahkim ve Özellikle Uluslararası Tahkim in Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000.
- Van den Boogert Maurits H. Kapitülasyonlar ve Osmanlı Hukuk Sistemi (Çeviren; Ali Coşkun Tuncer), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2014.

MÜKELLEFIN ÖZELGE YOLUYLA İZAHAT TALEP HAKKI, HUKUKİ SONUÇLARI VE BAZI TARTIŞMALI KONULAR*

TAXPAYER'S RIGHT TO REQUEST OF CLARIFICATION VIA PRIVATE RULING, ITS LEGAL CONSEQUENCES AND SOME CONTROVERSIAL ISSUES

Hasan AYKIN**

Özet: Her mükellefin bilgilendirilme hakkı vardır. Bilgilendirilme hakkının bir unsuru olarak, mükelleflerin vergi kanunlarını nasıl yorumlayacağına ilişkin tavsiye niteliğinde özelge verilmesi pek çok ülke gelir idaresinde genel bir uygulama haline gelmiştir. Özelge sisteminin temel amacı, mükelleflere vergisel işlemler konusunda ilave bir destek sunmak ve vergilemeye ilişkin hukuki sonuçlar hakkında belirlilik sağlamaktır. Türkiye’de mükellefler vergi kanunları ile diğer mevzuattaki müphem ve tereddüde neden olan mevzuata ilişkin olarak idareden özelge ile izahat talep etme hakkına sahiptirler. Yetkili makamların özelgelerde yanlış izahat vermesi durumunda kendisine yanlış izahat verilen mükellefe, ilgili vergisel işlem nedeniyle vergi cezası kesilemez ve gecikme faizi hesaplanamaz. Çalışmada, mükellef haklarının önemli bir unsuru olan özelge sistemi, sistemin hukuki sonuçları ve sisteme ilişkin bazı tartışmalı konular analiz edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Özelge, mükellef hakları, bilgilendirilme hakkı, vergi incelemesi, rapor değerlendirme komisyonları.

Abstract: Every taxpayer has the right to be informed. In the line with taxpayers’ rights to be informed, it has become a common practice for revenue bodies of many countries to provide private rulings in the form of advice on how taxpayers will interpret the tax laws. Objective of private ruling systems is to provide additional support and early certainty to taxpayers on the tax consequences. In Turkey, taxpayers can request explanation in the form of private ruling from The Revenue Administration on inexplicit or uncertain matters in laws or secondary regulations. If competent authorities make a wrong explanation in a private ruling, tax penalty and default interest are invalid for the taxpayer to whom the wrong ruling was given. In this study, private ruling system which is a very important component of taxpayers’ rights, its legal consequences and some controversial issues related to the system are analysed.

Keywords: Private rulings, taxpayers’ rights, the right to be informed, tax auditing, report assessment commissions.

** Dr., Vergi Başmüfettişi

* Bu yazıdaki görüşler yazarın şahsi görüşleri olup, çalışmakta olduğu veya daha önce çalıştığı kurumları bağlamaz. Çalıştığı kurumlar veya yaptığı görevlerle ilişki kurulmak suretiyle kullanılamaz.

GİRİŞ

Soyut ve genel nitelikli kanun hükümlerinin somut olaylara uygulanmasında yorum ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Özellikle vergi mevzuatının çok sık değiştirilmesi ve karmaşık bir yapı arz etmesi, teknolojik gelişmeler, finansal araçlardaki çeşitlenmeler, türev işlemlerin artması, uluslararası ticari ve vergisel işlemlerin derinleşen boyutu, çok uluslu şirketler, vergisel teşviklerdeki gelişmeler gibi pek çok unsur mükelleflerin mevzuatı yorumlama konusunda idareden izahat talep etme ihtiyacını artırmaktadır.

Mükellefin izahat talebi bir yönü ile ihtiyaç iken, diğer yönü ile önemli bir mükellef hakkıdır. Mükellefin bilgilendirilme hakkının (*the right to be informed*) bir uzantısıdır. Mükellef hakları alanındaki gelişmelerle birlikte pek çok ülkede, mükellefin izahat talep hakkı, özellikle son 20-30 yıllık dönemde, ayrı bir önem kazanmış olmakla birlikte; bu hakkın izlerini Roma hukukuna kadar götürenler de bulunmaktadır.¹

Gelir idareleri, mükelleflerin izahat taleplerini esas itibariyle iki yolla karşılamaktadırlar. Bunlardan birincisi, tereddüde düşülen vergisel olaylara ilişkin olarak doğrudan ilgili mükellefe yapılan izahatlardır.² Bu tür izahatlar, özel izahat (*private ruling*) olarak isimlendirilmekte; Türk vergi sistemindeki karşılığı ise özelge (mukteza) olmaktadır. Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmelik'te³ özelge; mükelleflerin ve vergi sorumlularının vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından, kendilerince açık olmayan ve tereddüt ettikleri konular hakkında yazılı olarak açıklama talebinde bulunmaları üzerine yetkili makamlarca kendilerine verilen yazılı görüş olarak tanımlanmaktadır.

İkinci yöntem, tüm mükelleflere yönelik olarak yapılan izahatlardır (*public ruling*). Bu tür izahatların yapıldığı metinler çok sayıda mükellefin vergi mevzuatının uygulanması sırasında belli bir konudaki tereddütlerinin giderilmesi veya konunun kesinleştirilmesi amacıyla

¹ Norman A. Sugurman, "Federal Tax Rulings Procedure", Tax L Rev 1, 1954'ten aktaran, Benjamin Alerie, Kalmen Datt, Adrian Sawyer ve Greg Weeks, "Advance Tax Rulings in Perspective: A Theoretical and Comparative Analysis", New Zealand Journal of Taxation Law and Policy, Volume 20, Aralık 2014, s. 366.

² OECD, Tax Administrations 2015, OECD Publishing, Paris, 2015, s. 288.

³ 28.08.2010 tarih ve 27686 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

yöneliktir.⁴ Türkiye’de sirkülerler ile yapılan bu tür izahatlar, gelir idaresinin belli bir durum için vergi mevzuatının ne şekilde yorumlanacağına ilişkin yorum ve görüşünü ifade etmektedir.

Çalışmada; mükellefin bilgilendirilme hakkının bir unsuru olan özelge yoluyla izahat talep etme hakkı; mükellef hakları içindeki yeri, bilgi edinme ve dilekçe hakkından farklılaşan yönü, tarihsel süreçteki gelişimi, mükellefler açısından doğurduğu hukuki sonuçlar ve bazı tartışmalı alanlar itibariyle inceleme konusu yapılmaktadır.

1. MÜKELLEF HAKKI OLARAK ÖZELGE TALEP HAKKI

Mükellef⁵, Arapça kökenli bir kelime olup kendisine külfet yüklenmiş, görev veya zahmet verilmiş kimse anlamına gelmektedir. Türk Dil Kurumu mükellefi, *“vergi vermekle yükümlü olan kimse veya kuruluş”* olarak tanımlamaktadır.⁶ Vergi Usul Kanunu’nun⁷ (VUK) 8 inci maddesinde ise mükellef; *vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettüp eden gerçek veya tüzel kişi* olarak tanımlanmıştır.

Söz konusu tanımlamaların mükellefin ödevlerine odaklı bir yaklaşımı yansıttığı açıktır. Mükellefin gerek kelime ve gerekse Vergi Usul Kanunu’nda yer alan terim anlamında ödev vurgusu hâkimdir. Anayasa’nın vergileme konusunu düzenleyen 73 üncü maddesinin başlığının *“vergi ödevi”* olması da bu vurgunun bir yansımasıdır.

Mükellefin, ağırlıklı olarak ödev esaslı şekilde tanımlanmasına karşın, vergi ilişkisi ödevlerle sınırlı değildir. Bu nedenle vergi ilişkisinde mükellefin, kamu hukukundan doğan yetkisine dayanarak vergi koyan devlete karşı maddi ve şekli yükümlülükleri ve hakları olan kişi şeklinde tanımlanması⁸ kapsam açısından daha doğru bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Çünkü vergi ilişkisi, tarihsel olarak içinde mükellef haklarını da barındıran bir hukuki ilişkidir. İlişkinin bir

⁴ OECD, 2015, s. 288.

⁵ Mükellef yerine; “vergi mükellefi”, “yükümlü”, “vergi yükümlüsü”, “ödevli” gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Çalışmada, vergi mevzuatında tanımı yer alan ve yaygın kullanıma sahip olan “mükellef” kelimesi tercih edilmiştir.

⁶ TDK, Türkçe Sözlük, Ankara, 2011.

⁷ 04.01.1961 tarih ve 213 sayılı Kanun, 10-12 Ocak 1961 tarihli ve 10703-10705 sayılı Resmi Gazetelerde yayımlanmıştır.

⁸ Halûk Egeli ve Mehmet Dağ, “Türk Vergi Hukuku Açısından Mükellef Haklarının Değerlendirilmesi”, *Maliye Dergisi*, Temmuz-Aralık 2012, Sayı 163, s. 131.

yüzü mükellefiyetle ilgiliyse diğer yüzü haklarla ilgilidir.⁹ Bu açıdan, mükellef ile devlet arasındaki vergi ilişkisini, mükellef ile vergi idaresi arasında şekli ve maddi her türlü ödev ve haklar ile birlikte ele almak gerekmektedir.

Taraflar arasındaki eşitsizliğin üst düzeyde olduğu kamu hukuku alanlarından birisi vergi hukuku olduğu için,¹⁰ mükellef haklarının anayasa ve yasalarla güvence altına alınması hayati öneme sahiptir.

Mükellef hakları; anayasa, uluslararası sözleşme, yasa, idari düzenleyici işlemlerde yayılı asli ve tali bir dizi haklar bütünüdür ifade etmektedir.¹¹ Bu anlamda mükellef hakları; anayasa, sözleşme, yasa gibi bağlayıcı ve genelge, sirküler, özelge gibi yardımcı kaynaklar aracılığıyla hukuken vergi mükellefine tanınan, mükellefin devletten, vergilendirme yetkisi çerçevesinde vergi hukuku kurallarını oluştururken veya uygularken bir şeyi yapmasını veya yapmamasını talep edebileceği haklardır.¹² Mükellef hakları Heper ve Dönmez¹³ tarafından, vergi mükellefinin vergi ile ilgili muamelelerde kendini korumak amacıyla ortaya koyabileceği iddialar, talepler ve durumlar ile vergi mükelleflerine olumlu ya da olumsuz bir talepte bulunma yetkisi veren ve ihlal edildiğinde hukuki korunma sağlayan haklar şeklinde tanımlanmaktadır.

Yukarıda yer alan mükellef hakları tanımlamaları çerçevesinde mükellefin izahat talep etme hakkı, pozitif nitelikli bir mükellef hakkıdır. Mükellefin talebi üzerine devletin ilgili birimlerinin bir eylemde bulunması, mükellefe yazılı olarak cevap vermesi gerekmektedir.

Mükellefin izahat talep hakkı, idarede istikrar ve vergilemede öngörülebilirlik ilkelerinin bir gereği olarak görülmektedir.¹⁴ İzahat talep

⁹ Recai Dönmez, "Yükümlü Hakları Ortaya Çıkış Nedenleri ve Bir Kavramlaştırma Denemesi", *Yaklaşım*, Nisan 2004, Sayı 136.

¹⁰ Tahir Erdem, 6009 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler Sonrasında Vergi İncelemesi, *Yaklaşım* Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 21.

¹¹ Güneş Çetin, Mükellef Hakları ve Vergiye Gönüllü Uyum, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Celal Bayar Üniversitesi SBE, Manisa 2010, s. 14.

¹² Billur Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta, 2006, 1.Bası, İstanbul, s.3.

¹³ Fethi Heper ve Recai Dönmez, Vergi Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2003, s. 126.

¹⁴ 6009 sayılı Kanun'un 17 nci maddesinin gerekçesinden.

etme hakkı, aynı zamanda temel mükellef haklarından biri olan bilgilendirilme hakkının önemli bir cüzüdür.

Özelgeler aynı zamanda mükellef ile vergi idaresi arasında bir tür diyalogu ifade etmektedir.¹⁵ Özelge sistemi ile güdülen temel amaç, karşılaştığı müphem ve tereddüde neden olan bir konuda mükellefe ilave bir yorum desteği sunmak; karmaşık ve belirsiz nitelikteki bir işlemle ilgili olarak mükellefe işlemin yapılmasından önce belirlilik ve kesinlik sağlamaktır.^{16,17} Özelge, genel ve soyut nitelikli vergi mevzuatının özel bir duruma nasıl tatbik edileceği konusunu aydınlatması ve mükellefe yol göstermesi açısından hukuk egemenliği ilkesinin pratik bir uygulaması olarak da görülmektedir.¹⁸

Mükelleflerin izahat alma hakkı, vergilemede kesinlik, belirlilik ilkelerinin bir yansıması olarak pek çok ülke vergi mevzuatında yer almakta, vergi idareleri mükelleflerin izahat taleplerini karşılamaya ilişkin idari altyapı oluşturmaktadır.¹⁹

OECD bünyesinde mükellef hakları konusunda yapılan çalışmada²⁰ mükellefin bilgilendirilme hakkı, temel mükellef hakları arasında sayılmıştır. Mükellef haklarındaki gelişmelere koşut olarak, izahat talebine ilişkin normlar mükellef lehine olacak şekilde gelişmektedir. Bu husus, vergi kanunlarının açıklığının, belirliliğinin ve öngörülebilirliğinin sağlanması açısından önem taşımaktadır.

Mükellefin izahat talep hakkının idarece karşılanmasında temel yöntemlerden biri olan özelge uygulaması, pek çok ülke vergi sisteminde yer almaktadır. Nitekim OECD tarafından yapılan bir araştırmada,²¹ araştırmaya konu 56 ülkeden 51'inde, başka bir deyişle yüzde doksanda, özelge uygulamasının bulunduğu görülmüştür.

¹⁵ Winnie Chan, "The Right to Know in Tax Law", *King's College Law Review*, Vol:11, Sayı:2, 2000, ss.250-261.

¹⁶ OECD, 2015, s. 288.

¹⁷ Erhan Gümüş, "Son Düzenlemeler Çerçevesinde Vergi İncelemelerinde Özelgele-
rin Önemi", *Mali Çözüm*, Mayıs-Haziran 2013, s.18.

¹⁸ Chris Evans, Judith Freedman ve Richard Krever (Eds), *The Delicate Balance: Tax, Discretion and the Rule of Law*, IBFD, Amsterdam, 2011.

¹⁹ OECD, 2015, s. 288.

²⁰ OECD (2003), "Taxpayers' Rights and Obligations - Practice Note", OECD Committee of Fiscal Affairs Forum on Tax Administration, <http://www.oecd.org/dataoecd/24/52/17851176.pdf>

²¹ OECD, 2015, s.290.

2. İZAHAT TALEP ETME HAKKININ BİLGİ EDİNME HAKKI VE DİLEKÇE HAKKINDAN FARKI

VUK'un 413 üncü maddesinde düzenlenen izahat talep etme hakkı, 09.10.2003 tarih ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu²² ve 01.11.1984 tarih ve 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'la²³ tanınmış bilgi edinme ve yazı ile başvuru hakkından farklı bir haktır. Usul ve esasları da bu iki haktan ayrılmaktadır.

4982 sayılı Kanun kapsamındaki başvurular, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının sahip oldukları kayıtlarda yer alan bu Kanun kapsamındaki her türlü veriyi ve yazılı, basılı veya çoğaltılmış dosya, evrak, kitap, dergi, broşür, etüt, mektup, program, talimat, kroki, plân, film, fotoğraf, teyp ve video kaseti, harita, elektronik ortamda kaydedilen her türlü bilgi, haber ve veri taşıyıcılarını talep etme hakkını düzenlemektedir.

3071 sayılı Kanun kapsamındaki düzenlemeler ise, Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de ikamet eden yabancıların kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisine ve yetkili makamlara yazı ile başvurma haklarının kullanılma biçimini düzenlemektedir.

Mükellefin izahat talep etme hakkı; izahat talep edebileceklerin sınırlandırılması, izahat talep edilebilecek konuların niteliği, talebin yapılabileceği merciler ile hukuki sonuçları açısından bilgi edinme ve dilekçe hakkından ayrılmakta; başlı başına farklı bir hak niteliği kazanmaktadır. İzahat talep etme hakkının uygulama usul ve esasları ile izahat talebi sonunda idarece verilen izahatların mükelleflere sağladığı haklara ilişkin aşağıdaki bölümlerde yapılacak açıklamalar çerçevesinde bu husus daha net bir şekilde görülecektir. İzahat talebinde, idarede mevcut olan bir bilgi veya belge istenmemekte, idarenin bir mevzuata ilişkin müphem bir husustaki yorumu, açıklaması talep edilmektedir. İdarece yapılan yorum çerçevesinde işlem yapan mükellef ise ceza kesilmesi ve gecikme faizi hesaplanması uygulamalarına karşı koruma kazanmaktadır.

Gelir İdaresi Başkanlığı'nın, 3071 ve 4982 sayılı Kanun kapsamın-

²² 24.10.2003 tarih ve 25269 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²³ 10.11.1984 tarih ve 18571 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

daki taleplere yaklaşımı, VUK'un 413 üncü maddesinde yer alan izahat talep etme hakkının farklı niteliğine vurgu yapmaktadır. Gelir İdaresi Başkanlığı sözlü veya yazılı olarak veya internet aracılığıyla, 3071 ve 4982 sayılı Kanunlar uyarınca yapılan talepleri izahat talebi kapsamında değerlendirmemektedir.²⁴ Söz konusu taleplerin gereği, Gelir İdaresi Başkanlığı'nın ilgili birimlerince ve ilgili mevzuat çerçevesinde yerine getirilmektedir. Talebin niteliğinin tayininde, idarenin yorumu belirleyici olmaktadır. Bu durum, izahat talep etme amacıyla yapılmış bazı başvuruların mahiyeti ve hukuki sonuçları farklı bir usulle cevaplandırılması sonucunu ortaya çıkarabilecektir. Bu nedenle, mükellef tarafından yapılan talebin niteliğinin net olmadığına değerlendirildiği durumlarda, idarece doğrudan inisiyatif kullanılmak yerine, mükellefe yazı ile dönüş yapılmak suretiyle talebinin izahat talebi mi, yoksa 3071 veya 4982 sayılı Kanunlar kapsamında bir talep mi olduğu hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu suretle, mükellefe kanunla tanınmış bir hakkın kullanımı sağlanmalıdır.

3. TÜRKİYE'DE ÖZELGE YOLUYLA İZAHAT TALEP ETME HAKKI: TARİHSEL GELİŞİM VE UYGULAMA USUL VE ESASLARI

Mükelleflerin izahat talep hakkı Türk vergi sistemine 1949 yılında girmiş ve bazı değişikliklerle günümüze kadar varlığını korumuştur. Aşağıda, mükellefin izahat talep etme hakkı, tarihsel süreçte geçirdiği dönüşüm ve son düzenlemeler çerçevesinde şekillenen uygulama usul ve esaslar açısından incelenmektedir.

3.1. Tarihsel Süreçte İzahat Talep Etme Hakkının Gelişimi

Mükelleflerin izahat talep hakkı ilk kez, vergilendirmeye ilişkin usul hükümlerinin önemli bir bölümünü tek bir kanunda toplayan ve büyük oranda Alman Vergi Usul Kanunu'ndan tercüme mahiyeti arz eden, 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun²⁵ 390 ıncı maddesinde düzenlenmiştir.

²⁴ Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmelik, md. 8.

²⁵ 07.06.1949 tarih 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu, 15.06.1949 tarih ve 7233 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

5432 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ile mükellefin izahat talep hakkı bazı kelime düzeltmeleri ve cezanın kesilmeyeceği hükmüne doğrudan maddede yer vermek şeklindeki değişiklik dışında aynen korunmuştur. Söz konusu iki Kanun'da yer alan mükellefin izahat talep hakkına ilişkin düzenlemeler aşağıda verilmiştir:

Tablo 1: 5432 ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunlarında Mükellefin İzahat Talep Hakkını Düzenleyen Madde Metinlerinin Karşılaştırılması

5432 sayılı (Mülga) Vergi Usul Kanunu'nun 390 ıncı maddesi	213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 413 üncü maddesinin ilk hali*
<i>Mükelleflerin izahat talebinde bulunabilecekleri</i> “ÜÇ YÜZ DOKSANINCI MADDE — Mükellefler, Maliye Bakanlığından veya Maliye Bakanlığının bu hususta yetkili kıldığı makamlardan vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından müphem ve tereddüdü mucip gördükleri hususlar hakkında izahat isteyebilirler. Yetkili makamlar yazı ile istenecek izahatı en kısa bir zamanda cevaplamak mecburiyetindedirler. Alacakları cevaplara göre hareket eden mükelleflerin cezai müstelzim muameleleri hakkında bu kanunun yanılma hükmü uygulanır.”	<i>Mükelleflerin izahat talebinde bulunabilecekleri</i> MADDE 413— Mükellefler, Maliye Bakanlığından veya Maliye Bakanlığının bu hususta yetkili kıldığı makamlardan vergi durumları ve vergi uygulanması bakımından müphem ve tereddüdü mucip gördükleri hususlar hakkında izahat isteyebilirler. Yetkili makamlar yazı ile istenecek izahatı en kısa bir zamanda cevaplamak mecburiyetindedirler. Alacakları cevaplara göre hareket eden mükelleflerin bu hareketleri cezayı istilzam etse dahi ceza kesilmez.”

* Metindeki koyu yazım, iki metin arasındaki farklılığı göstermek amacıyla tarafımızdan yapılmıştır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 413 üncü maddesi 2003 ve 2010 yıllarında olmak üzere iki defa değiştirilmiştir. İlk değişiklik 4962 sayılı Kanun'un 17/A-b maddesiyle, anılan maddenin ikinci fıkrasında yer alan “*en kısa zamanda*” ibaresi yerine “*yazı ile veya sirkülerle*” ibaresi konulmak suretiyle yapılmıştır. Yapılan değişiklikle ilgili mükellefe yönelik verilen özelgelerin yanı sıra idarenin sirküler yoluyla çok sayıda mükellefi ilgilendiren konularda izahatta bulunabilmesinin yolu açılmıştır. Ancak, ibare değişikliği şeklinde yapılan yeni düzenlemeye izahatın “*en kısa zamanda*” verilmesi ibaresinin madde metninden çıkarılması, izahat talep etme hakkı açısından izahatın verilmesinde

süre konusunu dışarda tutması nedeniyle eleştiriye açık bir düzenleme olmuştur.

Mükellefin izahat talep etme hakkına ilişkin diğer bir önemli değişiklik, 23.07.2010 tarih ve 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un²⁶ 15 inci maddesiyle yapılmıştır. Değişiklik sonrası VUK'un tamamen değiştirilen 413 üncü maddesinin tam metni aşağıdaki gibidir:

"Mükelleflerin izahat talebi:

Madde 413 –

Mükellefler, Gelir İdaresi Başkanlığından veya bu hususta yetkili kıldığı makamlardan, vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından müphem ve tereddüdü mucip gördükleri hususlar hakkında yazı ile izahat isteyebilir.

Gelir İdaresi Başkanlığı, kendisinden istenecek izahatı özelge ile cevaplandırabileceği gibi, aynı durumda olan tüm mükellefler bakımından uygulamaya yön vermek ve açıklık getirmek üzere sirküler de yayımlayabilir.

Sirküler ve özelgeler, Gelir İdaresi Başkanlığı bünyesinde, Gelir İdaresi Başkanı veya tevkil edeceği bir başkan yardımcısının başkanlığında en az üç daire başkanından müteşekkil bir komisyon marifetiyle oluşturulur.

Söz konusu komisyonda oluşturulmuş sirküler veya özelgeler ile konu, kapsam ve ilgili olduğu mevzuat bakımından tamamen aynı mahiyeti taşıyan bir hususta izahat talebinde bulunulması halinde, komisyon tarafından oluşturulan sirküler veya özelgelere uygun olmak şartıyla Gelir İdaresi Başkanlığı taşra teşkilatı tarafından da özelgeler verilebilir.

Sirküler ve vergi mahremiyetine ilişkin hükümler gözonünde bulundurulmak şartıyla özelgeler, Gelir İdaresi Başkanlığınca internet ortamında yayımlanır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle belirlenir."

6009 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrasında mükellefin izahat talep etme hakkının esası korunmuş; izahatın karşılanma yöntemi

²⁶ 01.08.2010 tarih ve 27659 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

konusunda önemli belirlemeler yapılmıştır. Aynı konuda farklı özelge verilmesi gibi olumsuz uygulamaların önüne geçmek amacıyla, özgelelerin oluşturulmasında Gelir İdaresi Başkanlığı bünyesinde bir komisyon kurulması ve özgelelerin internet ortamında yayımlanması gibi yenilikler getirilmiştir. “Özelge” ibaresi ilk kez kanunda yer almıştır. İzahat taleplerini karşılama yetkisi Maliye Bakanlığı yerine Gelir İdaresi Başkanlığı’na tanınmıştır. Başkanlık mükelleflerin izahat taleplerini özelge vermek suretiyle karşılayabileceği gibi, tüm mükellefler açısından uygulamaya yön vermek amacıyla sirküler yayımlamak suretiyle de karşılayabilecektir.

VUK’un 413 üncü maddesinin ilk halinin son fırcasında yer alan, “Alacakları cevaplara göre hareket eden mükelleflerin bu hareketleri cezayı istilzam etse dahi ceza kesilmez.” hükmüne maddenin 6009 sayılı Kanun’la değişik halinde yer verilmemiştir. Söz konusu düzenleme, “Yanılma” halini düzenleyen 369 uncu maddeye derç edilmiş; sadece ceza kesilmemesi değil, gecikme faizi hesaplanmamasını da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Böylece, mükellefin izahat talep hakkının mükellefe sağladığı korumanın kapsamı genişletilmiştir.

Mükellefin izahat talebine ilişkin diğer önemli bir gelişme, 6009 sayılı Kanun’la Vergi Usul Kanunu’nun 140 ıncı maddesinde yapılan değişikliklerle ilgilidir. Söz konusu madde ile incelemede uyulacak usul ve esaslar konusunda mükellef lehine önemli düzenlemeler yapılmıştır. Sirkülerlerin vergi inceleme elemanlarını bağlayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Rapor Değerlendirme Komisyonları, vergi inceleme raporlarını kanun, kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliği ve sirkülerlere ilave olarak özgelere yönünden de değerlendirecektir. Böylece, özgelelerin Rapor Değerlendirme Komisyonları tarafından ne şekilde işleme tabi tutulacağı konusu ile inceleme elemanları için dolaylı bağlayıcılığı hususu kanun düzeyinde hüküm altına alınmıştır.

6009 sayılı Kanun öncesinde özgelelerin bağlayıcılığı hususu Maliye Bakanı Makam Onayı ile sağlanmaya çalışılmıştır. Bu konuda 27.03.2003 tarihli, Maliye Bakanlığı Makam Onayı çıkarılarak, inceleme elemanlarının özelgede yer alan idarenin izahatını yanlış bulmaları durumunda yapacakları iş ve işlemlerin, mükellef ile idare arasındaki güven ilişkisini zedelemeyecek bir tarzda yürütülmesi amaçlanmıştır. Ancak, uygulamada yaşanan sorunların devamı ve bunun mükellefin

idareye olan güvenini aşındırma etkisi, vergilemede hukuki güvenlik, belirlilik ve kesinlik gibi temel ilkeler açısından ortaya çıkardığı olumsuzluklar göz önünde bulundurularak konu kanunla düzenlenmiştir.

3.2. Özelge Yoluyla İzahat Talep Hakkının Uygulama Usul ve Esasları

Mükelleflerin izahat talep hakkını kullanmaları belli usul ve esaslara bağlanmıştır. Bu usul ve esaslara bağlı olarak yapılmayan izahat taleplerinin, VUK'un ilgili maddelerinde yer alan bazı hakları mükelleflere sağlaması mümkün değildir. Aşağıda mükellefin izahat talep hakkının uygulanmasına ilişkin usul ve esaslara ana hatları ile başlıklar halinde yer verilmektedir.

3.2.1. Özelge Talep Edebilecekler

Özelgenin mükelleflere sağladığı bazı haklar bulunması nedeniyle, özelge talep hakkı herkese tanınmamıştır. VUK'un 413 üncü maddesinde *"mükelleflerin"* özelge talep edebilecekleri belirtilmiştir. VUK'un mükellef ve vergi sorumlusunu tanımlayan 8 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında yer alan *"Bu Kanunun müteakip maddelerinde geçen "mükellef" tabiri vergi sorumlusuna da şamildir."* hükmü uyarınca, vergi sorumlularının da özelge talep etme hakkının bulunduğunu belirtmek gerekir. Nitekim Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmeliğin 9 uncu maddesinde özelge talebinde bulunacaklar; mükellefler, vergi sorumluları ile bunların mirasçıları, yetki belgesine sahip kanuni temsilcileri veya vekilleri olarak tahdit edilmiştir.

Mükellefin dar veya tam, sürekli veya süreksiz mükellef statüsünde bulunmasının, gerçek veya tüzel kişi olmasının, gerçek kişi mükellefler için Türk vatandaşı veya başka bir ülke vatandaşı olmasının özelge talep etme hakkına sahip olma açısından bir önemi bulunmamaktadır.

Mükellefin kayıtlı olduğu oda ve birliklerin izahat talebinde bulunup bulunamayacakları hususu tartışmalara ve ihtilafa konu olmuştur.

Yanılma ve görüş değişikliği halinde vergi cezası kesilmeyeceği ve gecikme faizi hesaplanmayacağını hüküm altına alan VUK'un 369 uncu maddesinin birinci fıkrasında, yanılma halinin uygulan-

rak vergi cezası kesilmemesi için gereken şartlardan birisi, “*mükellefin kendisine*” yazı ile yanlış izahat verilmesi olarak belirlenmiştir. Bu açık hüküm karşısında, mükellefin bağlı olduğu oda veya birlik tarafından Gelir İdaresinden talep edilen bir görüşün, özelge niteliği kazanarak vergi cezasının kesilmemesi ve gecikme faizinin hesaplanmaması şeklinde bir sonuç doğurması beklenemez. Ancak, aksi yönde yargı kararı bulunmaktadır. Örneğin, Danıştay On Birinci Dairesi 04.10.2000 gün ve E.2000/1252, K:2000/3658 sayılı kararında, Türkiye Müteahhitler Birliğine verilen izahata uygun davranan mükellefe ceza kesilemeyeceğine hükmetmiştir.²⁷

Bu tür kararlar karşısında İdare, özelgenin kişiye özel olması hususuna vurgu yaparak, odalar ve birlikler gibi mesleki kuruluşların, kendi mükellefiyetleri ile ilgili olanlar hariç olmak üzere, üyelerine ilan etmek amacıyla özelge talebinde bulunamayacakları yönünde 395 Sıra Numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği²⁸ ile düzenleme yapmıştır.

Konu Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği tarafından yargıya taşınmıştır. İhtilaf konusu olayla ilgili olarak Danıştay Dördüncü Dairesi 08.03.2011 gün ve E:2010/1129 ve K:2011/982 sayılı Kararında; 3568 sayılı Kanun’un 29 uncu maddesi ile Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği’ne verilen görevler göz önünde bulundurulduğunda, mesleğin geliştirilmesi mesleki konuların açıklanması ve üyelerin vergi ile ilgili sorunlarının çözülmesi bakımından odaları ilgilendiren konularda özelge istenilmesi için gereği olup, davacı birliğin tartışmalı bir konuda özelge isteminde bulunması ve alınacak cevabın tüm üyelere bildirilmesi mesleki faaliyetleri geliştirerek uygulamada birliği sağlayacağı gibi idarenin iş yükünün azalmasında ve yanlış yorumların önüne geçilmesinde etkili olacağı; öte yandan mükelleflerin defterlerini tutan beyannamelerini imzalayan işlemlerini tasdik eden meslek mensuplarının üye olduğu odalar ve odalardan oluşan birlik tarafından, mükelleflerin ve vergi sorumlularının vergi durumları ve vergi uygulamaları bakımından ülke çapında uygulama birliğinin sağlanması amacıyla Maliye Bakanlığı’ndan vergiye ilişkin şüpheli konularda özelge istenilmesinde, 3568 ve 213 sayılı Kanun hü-

²⁷ Mehmet Ali Özyer, Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması, 6. Baskı, Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, 2014, s. 987’den alınmıştır.

²⁸ 16.01.2010 tarih ve 27464 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

kümleri yönünden herhangi bir engel bulunmadığı şeklindeki gerekçelerle Tebliğin ilgili bölümünü iptal etmiştir.

Danıştay'da yargılamanın devam ettiği süreçte idare, iptali istenen 395 Sıra No.lu Tebliği 400 Sıra No.lu VUK Genel Tebliği²⁹ ile yürürlükten kaldırmıştır. Ancak 6009 sayılı Kanun'la VUK'un 413 üncü maddesinde yapılan değişiklikle Gelir İdaresine verilen yetki kullanılarak, Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmeliğin 9 uncu maddesinde iptale konu olan düzenlemeye benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Yönetmelikte yapılan düzenleme, odalar ve birlikler gibi mesleki kuruluşların, kendi mükellefiyetleri ile ilgili olanlar hariç olmak üzere, üyelerine ilan etmek amacıyla özelge talebinde bulunamayacaklarına amirdir. Bu kuruluşlar Gelir İdaresi Başkanlığından vergilendirme ile ilgili konularda özelge niteliğinde olmayan görüş talep edebileceklerdir.

3.2.2. Özelge Talep Edilecek Merci

Özelge verme konusundaki genel yetkili makam Gelir İdaresi Başkanlığıdır. Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmelik'te, özelge talep edilebilecek merciler sayılmıştır. Buna göre özelge, mükelleflerin gelir veya kurumlar vergisi bakımından sürekli mükellefiyetlerinin bulunduğu vergi dairesi başkanlıkları ile vergi dairesi başkanlığı bulunmayan illerde defterdarlıklardan talep edilebilecektir.

Diğer mükellef veya vergi sorumluları özelge talepleri için, ikametgâh veya kanuni merkezlerinin bulunduğu vergi dairesi başkanlıkları ile vergi dairesi başkanlığı bulunmayan illerde defterdarlıklara; ikametgâhı veya kanuni merkezi bulunmayanlar ise Ankara, İstanbul ve İzmir Vergi Dairesi başkanlıklarından herhangi birine başvurarak özelge talebinde bulunacaktır.

3.2.3. Özelge Taleplerinde Uyulması Gerekli Usul

VUK'un 413 üncü maddesinde, özelge taleplerinin mükellefler tarafından yazılı olarak yapılması şartı getirilmiştir. Son fıkrada, maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Maliye Bakanlığınca çıkarılacak

²⁹ 01.10.2010 tarih ve 27716 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

yönetmelikle belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Maliye Bakanlığı söz konusu yetkiye dayanarak, Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmeliği yayınlamış ve bu yönetmelikte, özelge talepleri için yazılı müracaat yanında bazı ilave şartlar getirmiştir.

Söz konusu Yönetmelik uyarınca, özelge talepleri Gelir İdaresi Başkanlığı'nın internet sitesinde bir örneği yer alan Özelge Talep Formu kullanılmak suretiyle yapılabilmektedir. Söz konusu form kullanılmaksızın yapılacak özelge talepleri idarece kabul edilmemektedir.

Mükellefler geçmişte, herhangi bir formata tabi olmaksızın bir dilekçe yolu ile özelge talep başvurusunda bulunabilmekteydiler. Yeni sistemle birlikte artık mükellefler Gelir İdaresi Başkanlığı'nın internet sitesinde yer alan Özelge Talep Formunu doldurmak zorundadırlar. Üç bölümden oluşan formun birinci bölümünde, başvuruda bulunan mükellefin kimliğine ilişkin bilgiler; ikinci bölümünde özelge talebinin içeriğine ilişkin bilgiler; üçüncü bölümde ise başvuru ekinde yer alan belgeler ve mükellefin işlemlerini yürüten meslek mensuplarına ilişkin bilgilerin yer aldığı *diğer bilgiler* yer almaktadır.

Talep formu uygulaması ile başvurular bir standarda kavuşturulmuştur. Tereddüt edilen konu hakkında mükellefin kişisel hukuki değerlendirmesinin de başvuruda yer alması hususu, konuya ilişkin mükellefin yaklaşımının idareye iletilmesini sağlayan bir mekanizma olması nedeniyle olumlu bir uygulamadır. Ancak izahat taleplerinin özelge talep formu doldurulmak suretiyle yapılma zorunluluğu ve bu şarta uymayan izahat taleplerinin kabul edilmemesi hususu; Kanunda yer almayan, ancak Yönetmelikle düzenlenen bir şekil şartının yerine getirilmemesi nedeniyle izahat talep etme hakkının kullanılmasını güçleştiren, hatta engelleyen bir nitelik arz edebilecektir. Mükellef odaklı idarenin yapması gereken, mükelleflere tanınmış hakların kullanılmasını kolaylaştırmaktır. Bu kapsamda, bir izahat talebinde bulunulması için gerekli olan, mükellefe ilişkin bilgiler ile ne hakkında izahat talep edildiği konusundaki bilgilerin yer aldığı yazılı taleplerin işleme konulması; eksik bilgi veya belge bulunduğu düşünülen durumlarda, mükelleflerden bunların tamamlanmasının istenmesi yöntemi mükellef haklarını önceleyen daha uygun bir yaklaşım olacaktır.³⁰

³⁰ Bu konuda Kamu Denetçiliği Kurumu'na müracaatta benimsenen yöntem benimsenebilir. Kamu Denetçiliği Kurumu'na şikâyet başvurusunun, Kamu Denetçiliği

3.2.4. Özelge Taleplerinin Dikkate Alınma Şartları

Özelgeler, mükelleflerin ve vergi sorumlularının vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından müphem ve tereddüdü mucip gördükleri hususlar hakkındaki izahat taleplerine ilişkin olarak verilmektedir. Bu nedenle, özelgeler bu kapsamda olup olmadığı açısından değerlendirmeye tutulmaktadır. Mükelleflerin aşağıdaki türden talepleri özelge kapsamında değerlendirilmemektedir:³¹

- a) Başkalarının vergi durumları hakkında bilgi ve izahat talepleri,
- b) Yargıya intikal etmiş olaylara ilişkin izahat talepleri,
- c) Hakkında vergi incelemesi yapılmakta olan mükelleflerce veya vergi sorumlularınca incelemeye konu olan işlemlerle ilgili izahat talepleri,
- ç) Somut bir olaya dayanmayan, teorik hususlara ilişkin bilgi ve izahat talepleri,
- d) Mücbir sebep hâli ilanı, vergi borçlarının terkin, belge düzeyine ilişkin yetkilerin kullanılması gibi kanunlarla uygulamanın tespitine dair Maliye Bakanlığına yetki verilen konulara ilişkin talepler,
- e) Mükelleflerin ve vergi sorumlularının vergi uygulamaları ile ilgili işlemlerinin gerçekleşmesinden sonra yaptıkları başvuruları ile VUK'un 122 nci maddesine göre vergi hataları ile ilgili yapılan düzeltme talepleri ve 124 üncü maddesine göre Maliye Bakanlığınca incelenecek olan şikâyet yoluyla müracaatlar,
- f) Sözlü veya yazılı olarak veya internet aracılığıyla, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu uyarınca yapılan talepler.

Kurumu Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ekinde yer alan ve Kurumun resmi internet sitesinde yayımlanan "Gerçek Kişiler İçin Şikâyet Başvuru Formu" veya "Tüzel Kişiler İçin Şikâyet Başvuru Formu" doldurulmak suretiyle yapılması esası benimsenmiştir. Ancak Yönetmelikte belirlenen zorunlu bilgi ve belgelerin bulunması koşuluyla form kullanılmadan da şikâyet başvurusu yapılması imkânı da tanınmıştır. Haklı bir nedenin bulunması hâlinde başvuru yapılan yerde formun doldurulmasına yardımcı olunmak suretiyle sözlü yapılan şikâyet başvuruları da kabul edilmektedir. (Yönetmelik 28.03.2013 tarih ve 28601 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)

³¹ Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmelik, md. 8.

3.2.5. Özelgenin, Özelgeye Konu İşlem Yapılmadan Önce Talep Edilmesi

Özelge taleplerinin mükelleflerin ve vergi sorumlularının vergi uygulamaları ile ilgili işlemlerinin gerçekleşmesinden önce yapılacak başvuruları kapsayacak olması özellikle dikkat edilmesi gereken bir husustur. Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmeliğin 8 inci maddesinde, mükelleflerin ve vergi sorumlularının vergi uygulamaları ile ilgili işlemlerinin gerçekleşmesinden sonra yaptıkları başvuruların dikkate alınmayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır.

Vergisel açıdan belirsiz bir işlemin gerçekleştirilmesinden önce idareden görüş alınması gerekliliği, ceza bağışıklığının mantıksal bir sonucudur. Aksi takdirde işlemler tamamlandıktan sonraki tarihli bir görüşün geçmiş bir olayı kapsamı ve buna ceza bağışıklığı getirmesi vergi hukukuna uygun bir durum değildir.³²

3.2.6. Özelge Taleplerinin İdarece Değerlendirilmesi ve Mükellefin Bilgilendirilmesi

Mükellefin özelge talebinin idarece karşılanıp karşılanmayacağını, karşılanmayacak ise gerekçesini bilme hakkı bulunmaktadır. Bu kapsamda, vergi dairesi başkanlıkları ile vergi dairesi başkanlığı bulunmayan illerde defterdarlıklar özelge taleplerini, özelge talep edebilecekler, özelgenin kapsamı ve talep edilecek merci açısından değerlendirmektedirler. Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmeliğin 11 inci maddesi uyarınca, mevzuata aykırı bir durumun varlığı hâlinde, başvuru sahibine, özelge talebinin karşılanmama nedeni yazılı ve gerekçeli olarak bildirilmek zorundadır.

3.2.7. Özelgenin Hükümsüz Hale Gelmesi

Özelgeler, özelgenin talep edildiği ilgili vergilendirme döneminde yürürlükte olan kanunlar ve diğer mevzuat çerçevesinde geçerlidir. Bir hükmün değişmesi veya uygulama tarzı hususunda yetkili makamların genel tebliğ veya sirkülerde değişiklik yapmak suretiyle görüş ve kanaatini değiştirmesi halinde, söz konusu tebliğ veya sirkülerin ya-

³² Nazmi Karyağdı, "Yeni Özelge Sistemi", *Vergi Dünyası*, Mart 2010, Sayı:343, s. 25.

yım tarihinden itibaren özelge, bu tarihten sonra hükümsüz olacaktır. Hükümsüz hale gelmesinden sonraki dönemlerdeki vergisel işlemler için vergi cezası ve gecikme faizi anlamında mükellefe herhangi bir koruma sağlamayacaktır.

İdare özelge taleplerini, özelge formunda yer alan bilgi ve belgelere göre karşılamaktadır. Bu nedenle, bu bilgi ve belgelerin doğruluğunun sorumluluğu özelge talebinde bulunana aittir. Vergi incelemeleri, ihbar veya şikâyet üzerine veya herhangi bir nedenle olayın gerçek mahiyetinin mükellefin özelge talebinde belirttiği hususlardan farklı olduğunun anlaşılması ve/veya Özelge Talep Formunda ve eklerinde yer alan bilgilerin gerçeği yansıtmadığının tespiti durumunda, özelge hükümsüz olacaktır.

3.2.8. Özelgelerin Yayınlanması

Vergi Usul Kanununun 6009 sayılı Kanun'la değişik 413 üncü maddesinde, özelgelerin vergi mahremiyetine ilişkin hükümler göz önünde bulundurulmak şartıyla, Gelir İdaresi Başkanlığına internet ortamında yayımlanacağı hükme bağlanmıştır.

Gelir İdaresi Başkanlığı söz konusu Kanun hükmünün gereğini de dikkate alarak "E-Özelge Sistemi" adı altında özelge otomasyon sistemini hayata geçirmiştir. Böyle bir sistem ile başvuru sahibine kısa zamanda doğru ve net cevap vermek, başvuruları ve cevapları bir standarda kavuşturmak, internetten yayın yoluyla şeffaflık sağlamak, mükellefin uyum maliyetini azaltmak, idarenin iş yükünü hafifletmek, bürokrasi ve kırtasiyeciliği azaltarak kaynakların verimli kullanılmasını sağlamak amaçlanmaktadır.³³

Sistem çerçevesinde mükelleflerce yapılan başvurulardan konusunda ilk olan talepler Gelir İdaresi Başkanlığı bünyesinde oluşturulan Komisyona gönderilmektedir. Komisyonca onaylanan özelgeler mükellefe iletilmek üzere başvuru noktasına elektronik ortamda iletilmektedir. Konusunda emsali bulunan talepler ise Gelir İdaresi Başkanlığına intikal ettirilmeden doğrudan başvuru noktasında değerlendirilmektedir.³⁴

³³ GİB, 2014 Yılı Faaliyet Raporu, Gelir İdaresi Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2015, s. 73.

³⁴ GİB, a.g.e., s. 73.

Ayrıca tüm iş akışı elektronik ortamda yerine getirilen sistemde hazırlanan özelgeler, Gelir İdaresi Başkanlığının internet sitesinde de yayımlanmaktadır. Başkanlığın 2014 yılı Faaliyet Raporuna göre, 31.12.2014 tarihi itibarıyla internet sayfasında yayımlanan özelge sayısı 8.549'a ulaşmıştır. 01.01.2010-31.12.2014 döneminde; Özelge Komisyonunun onayından geçip özelge havuzuna atılan özelge sayısı 8.959, taşra tarafından özelge havuzundan emsal alınarak oluşturulmuş özelge sayısı 30.586 olmuştur.³⁵ Yukarıda yer verilen bilgilerden sadece emsal özelgelerin yayımlandığı şeklinde bir sonuca ulaşılabilmektedir. Oysa Kanunun amir hükmünün verilen her özelgenin internette yayımlanması şeklinde olduğu anlaşılmaktadır.

Eski özelge sistemi ile ilgili en önemli eleştirilerden birisi, aynı konuda farklı mükelleflere farklı özelgeler verilebilmesi idi. Bu konuda, 6009 sayılı Kanun ile özelgelerin tek bir merkezden verilmesi düzenlemesi ve özelgelerin tamamının internetten yayımlanması suretiyle kamuoyu denetimine açılması düzenlemeleri ile söz konusu farklı uygulamaların önüne geçilmeye çalışılmıştır.³⁶

4. ÖZELGENİN HUKUKİ SONUÇLARI

Özelge yeni bir vergi normu getirmez, var olan normların açıklanması amacıyla kullanılır. Bu haliyle vergi hukukunun açıklayıcı, başka bir deyişle yardımcı (ikincil) kaynağı niteliğindedir.³⁷ İkincil bir kaynak olma niteliğine rağmen, usulüne uygun şekilde temin edilen özelge, mükellef açısından bir takım hukuki ve mali sonuçlar doğurmaktadır. Bunlardan birincisi, özelgeye konu işleminin sonradan vergilendirilmesi gerektiği anlaşılsa bile, özelgeye uygun hareket eden mükellefin söz konusu işlem nedeniyle vergi cezasına ve tarh edilen vergiler için gecikme faizine muhatap olmamasıdır. İkinci hukuki sonuç ise, vergi inceleme sürecinde özelgelerin dikkate alınma zorunluluğudur. Özellikle vergi inceleme sürecinin rapor değerlendirme aşamasında özelgelerin kısmi bir bağlayıcılığa sahip olmasıdır. Aşağıda bu iki konu ayrıntılı olarak incelenmektedir.

³⁵ GİB, a.g.e., s. 74.

³⁶ İhsan Kağan Bayraktar, "Özelgede Yeni Sistemin Değerlendirilmesi", *Vergi Dünyası*, Ekim 2010, Sayı: 350, s. 97.

³⁷ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 16.

4.1. Özelgenin Vergi Cezası Kesilmesi ve Gecikme Faizi Hesaplanmasını Önlemesi

VUK'un "Yanılma" başlıklı 369 uncu maddesi uyarınca; özelgeye göre işlem yapan mükellefe, özelge konusu fiil nedeniyle vergi cezası kesilemeyecek ve tarh edilen vergiler için gecikme faizi hesaplanamayacak olması özelgenin doğurduğu en önemli hukuki sonuçlardan birisidir. Bu husus anılan maddede; *"Yetkili makamların mükellefin kendisine yazı ile yanlış izahat vermiş olmaları veya bir hükmün uygulanma tarzına ilişkin bir içtihadın değişmiş olması halinde vergi cezası kesilmez ve gecikme faizi hesaplanmaz."* denilmek suretiyle açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır. Vergi Usul Kanunu'nda 6009 sayılı Kanun'la yapılan köklü değişiklikler öncesinde sadece ceza kesilmemesi söz konusu iken, 6009 sayılı Kanunla birlikte gecikme faizi hesaplanmaması hükmü de eklenmiştir. Bu hüküm vergilemede öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelere uygun bir düzenleme olarak değerlendirilmiştir.³⁸

VUK'un 369 uncu maddesine göre, idarenin verdiği özelgenin hatalı olması durumunda, mükellefin özelgeye göre yaptığı işlem nedeniyle ikmalen veya resen tarhı gereken bir vergi varsa tarh işlemi yapılacaktır. Ancak bu tarh işlemi nedeniyle vergi ziyası cezası, özel usulsüzlük ve usulsüzlük gibi cezalar kesilmeyecek, gecikme faizi de hesaplanmayacaktır. Herhangi bir şekilde ceza kesilmiş ve gecikme faizi uygulanmış ise, bu ceza ve faizin tahsil edilmemiş ise terkin, tahsil edilmiş ise iadesi gerekecektir.

Mükellef adına ceza kesilemeyecek ve gecikme faizi hesaplanamayacak olması mükellefin uzlaşma hakkına hâle getirmemektedir. Hakkında yanılma hükümleri nedeniyle cezasız tarhiyat yapılan mükellef, tarhiyat konusunda uzlaşma müessesinden yararlanma hakkını da koruyacaktır.

VUK'un 369 uncu maddesinde, idarenin izahatına göre işlem yapan mükellefe ceza kesilmemesi ve gecikme faizi hesaplanmaması şeklindeki düzenleme idari uygulamaya olan güvenin korunması, vergilemede öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerinin yansımasıdır. Ancak idari uygulamaya olan güvenin korunması açısından yanılma halinde

³⁸ İdris Şenyurt, "Özelge ve Sirkülerin Hukuki Durumu, Yeni Özelge Sistemi ve 6009 sayılı Kanun'la Mükelleflerin İzahat Talebine İlişkin Esaslarda ve Sonuçlarında Yapılan Değişiklikler", *Vergi Dünyası*, Eylül 2010, Sayı:349, s. 54.

sadece cezanın kesilmemesi ve gecikme faizinin hesaplanmaması değil; tarhiyatın da yapılmaması, başka bir deyişle verginin de aranmaması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir.³⁹ Bu görüşün kendi içinde tutarlı olduğunu; ancak özelge nedeniyle tarhiyatın da yapılmaması şeklinde bir uygulamanın özelge sisteminde; özelge verilecek konular, özelgelerin verilme aşamasının araştırma ve bazı özellikli durumlar için ayrıntılı inceleme süreçlerini içermesi, özelge verilmesinde süre tayini gibi alanlarda yapılacak ciddi düzenlemeler ve iyileştirmeler sonrasında hayata geçirilmesinin daha uygun bir yaklaşım olacağı düşünülmektedir. Çünkü özelge sistemi, mevcut haliyle dahi özelgelerin isteyerek ya da istemeyerek ayrıcalıklı durumlar yaratılmasına sebep olabildiği gerekçesiyle eleştirilmekte; özelge konusundaki spekülasyonlar ve yaşanan diğer sorunlar nedeniyle özelge uygulamasına son verilmesinin faydalı olduğu görüşü dile getirilmektedir.⁴⁰ Bu nedenle, kamuoyunda idari nitelikli bir yorum ile bazı kesimlerden vergi alınmadığı şeklinde bir algı oluşturmayacak sağlam hukuki ve idari altyapının teşkili önem taşımaktadır.

4.2. Vergi İnceleme Sürecinde Özelgelerin Hukuki Etki ve Sonuçları

Özelgenin vergi inceleme sürecinde ne şekilde değerlendirileceği ve ne tür hukuki sonuç doğuracağı hususu, özelgenin ne ölçüde ve kimler için bağlayıcı olduğu ile doğrudan ilişkilidir.

Uygulamada özelgelerin inceleme elemanları açısından bağlayıcı olup olmadığı hususu uzun süre tartışma konusu olmuştur. 6009 sayılı Kanun'la VUK'un incelemede uyulacak usul ve esasları düzenleyen 140 ıncı maddesinde yapılan değişiklik ile özelgelerin inceleme sürecinde ne şekilde değerlendirileceği hususu kanun düzeyinde büyük ölçüde açıklığa kavuşturulmuştur. Aşağıda yeni düzenleme çerçevesinde, özelgenin inceleme sürecindeki hukuki etki ve sonuçları alt başlıklar halinde incelenmektedir.

³⁹ Funda Başaran Yavaşlar, "Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi", Hukuk Güvenliği, Kamu Hukukçular Platformu 8-9 Kasım 2013 Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2015, Ankara, s.198.

⁴⁰ Ahmet Ozansoy, "Özelge Müessesesinin Özellikleri", *Yaklaşım*, Sayı: 207, Mart 2010.

4.2.1. Mükellefin Bizzat Kendisine Verilen Özelgelerin İnceleme Sürecindeki Hukuki Etki ve Sonuçları

Vergi Usul Kanunu'nun, "*İncelemede uyulacak esaslar*" başlıklı 140 ıncı maddesinin birinci fıkrasının 5 numaralı bendinde; vergi incelemesi yapanların vergi kanunları ile ilgili kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ ve sirkülere aykırı vergi inceleme raporu düzenleyemeyecekleri; ancak bu düzenlemelerin vergi kanunlarına aykırı olduğu kanaatine varırlarsa, bu hususu bağlı oldukları birimler aracılığıyla Gelir İdaresi Başkanlığına düzenleyecekleri bir rapor ile bildirecekleri hüküm altına alınmıştır. Vergi incelemesi yapanların vergi inceleme raporu düzenlerken aykırı davranamayacakları mevzuat tadat edilmiş, ancak bunlar arasında özelgelere yer verilmemiştir. Dolayısıyla özelgeler, vergi raporunun tanzim aşamasında inceleme elemanı için bağlayıcı değildir.

Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin⁴¹ 17 ve 18 inci maddelerinde inceleme elemanlarının özelgeleri ne şekilde değerlendirecekleri hususuna yer verilmiştir. Yönetmeliğin "*İnceleme Tutanaklarında Yer Alacak Unsurlar*" başlıklı 17 inci maddesinde, varsa ilgililerin itiraz ve mülahazaları ile ibraz ettikleri özelgelerin tutanakta yer alacağı belirtilmiştir. Yönetmeliğin 18 inci maddesinde ise, ibraz edilen ve inceleme tutanağına dâhil edilen özelgenin, mükellefin durumunu açıklayıp açıklamadığı hususunun inceleme elemanı tarafından düzenlenen raporda değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır.⁴² Dolayısıyla, özelgeler vergi inceleme sürecinde inceleme elemanı için doğrudan bağlayıcı değil; değerlendirilmesi gerekli bir unsur olarak kabul edilmektedir.

Vergi incelemelerinin daha objektif şekilde yürütülmesi, standarda kavuşturulması ve niteliğinin yükseltilmesi gibi amaçlarla vergi inceleme sürecine rapor değerlendirme komisyonları dâhil edilmiştir.⁴³ Vergi inceleme elemanları tarafından tanzim edilen vergi inceleme

⁴¹ 31.10.2011 tarih ve 28011 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴² Yönetmeliğin 18 inci maddesindeki söz konusu düzenleme 06.11.2015 tarih ve 29524 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik değişikliği ile eklenmiştir.

⁴³ Söz konusu komisyonlardan önce, idari düzenlemeler ile Rapor Okuma Komisyonları teşkil edilmiş idi. Rapor Değerlendirme Komisyonlarının teşkili ile söz konusu müessese hem kanuni dayanağa kavuşmuş hem de yetki ve görevleri netleşmiştir.

raporları rapor değerlendirme komisyonları tarafından değerlendirilmektedir. Bu değerlendirme aşamasında, rapor değerlendirme komisyonları VUK'un 140 ıncı maddesi uyarınca yerine getirecekleri değerlendirme işlemi sırasında, vergi kanunları ile ilgili kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ ve sirkülerin yanında özelgeleri de dikkate almak zorundadırlar. Bu durum niteliği itibariyle yardımcı kaynak niteliğindeki özelgeleri⁴⁴, kısmi olarak bağlayıcı bir düzenleme hüviyetine kavuşturmaktadır. Bu durum, hukuki anlamda sorunludur. Çünkü esasen yardımcı kaynak olan özelgeler, bağlayıcı nitelikteki düzenlemeler gibi dava konusu yapılamamaktadır.⁴⁵ Böylece, bir yönü ile bağlayıcı idari düzenlemenin gücüne sahip, ancak yargısal denetimin dışında kalan bir hukuki metin türü söz konusu olmaktadır.

İncelemeyi yapanla komisyon arasında uyumsuzluk oluşması halinde uyumsuzluğa konu vergi inceleme raporları üst değerlendirme mercii olarak, Maliye Bakanlığınca belirlenen tutarları aşan tarhiyat önerisi içeren vergi inceleme raporları ise doğrudan, Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı bünyesinde bir Başkan Yardımcısının başkanlığında dört grup başkanından oluşan beş kişilik Merkezi Rapor Değerlendirme Komisyonu tarafından vergi kanunları ile bunlara ilişkin kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ, sirküler ve özelgelere uygunluğu yönünden değerlendirilmektedir. İncelemeyi yapanlar, bu komisyon tarafından yapılacak değerlendirmeye uygun olarak düzenleyecekleri vergi inceleme raporlarını işleme konulmak üzere bağlı oldukları birime tevdi etmek durumundadırlar.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde inceleme elemanı, vergi inceleme raporunun tanzimi sürecinde özelge ile bağlı değildir. Ancak mükellef tarafından kendisine sunulan özelgeleri vergi inceleme raporunda uygun şekilde değerlendirme konusu yapmak durumundadır. Böyle bir değerlendirme neticesinde özelgedeki izahata katılmayan vergi inceleme elemanı, özelveğe uygun olarak yapılan işlemle

⁴⁴ Celal Çelik, "Vergi Hukukunun Yardımcı Kaynağı Olarak İdari Düzenlemeler", *Vergi Dünyası*, Mayıs 2003.

⁴⁵ Özegelerin idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu olan bir işlem niteliğinde olmadığı yönünde verilmiş yargı kararları bulunmaktadır. (Danıştay 7. Dairenin 26.05.1998 tarih ve E:1997/2574, K:1998:2036 sayılı Kararı; Danıştay 7. Dairenin 09.05.2000 tarih ve E:1999/1750, K:2000/1509 sayılı Kararı.), Şükrü Kızılot, Zuhal Kızılot, Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, Genişletilmiş 15. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2009.

ilgili olarak tarhiyat öneren vergi inceleme raporu tanzim edecektir. Rapor değerlendirme komisyonu özelgenin ve mükellefin uygulamasının doğru olduğu yönünde karar verirse, inceleme raporunun komisyonun kararı doğrultusunda düzeltilmesi gerekmektedir.

Merkezi Rapor Değerlendirme Komisyonu ile diğer rapor değerlendirme komisyonları yaptıkları değerlendirme sırasında, verilmiş bir özelgenin 369 uncu maddenin birinci fıkrası kapsamında olduğu kanaatine varılırsa, başka bir deyişle özelge ile mükellefe yanlış izahat verilmiş olduğunu değerlendirirlerse ne olacaktır?

Böyle bir durumda VUK'un 140 ıncı maddesi uyarınca, tenkide konu özelge Merkezi Rapor Değerlendirme Komisyonundan üç üye ile 413 üncü maddeye göre oluşturulan komisyondan iki üyenin katılımıyla oluşturulacak beş kişilik bir komisyon tarafından değerlendirilecektir.⁴⁶ Bu komisyonca verilen kararlar, ilgili rapor değerlendirme komisyonu ile inceleme elamanını bağlayacaktır. Söz konusu Komisyon, özelgede yer alan izahatın doğru olduğu veya yanlış olduğu sonucuna ulaşabilir. Özelgedeki izahatın doğru olduğu kararı alınırsa, vergi inceleme raporunda yer alan bu konudaki tenkitlerin ilgili inceleme elemanı tarafından düzeltilmesi gerekecektir. Dolayısıyla bu aşamadan sonra özelge, inceleme elemanı için bağlayıcı nitelik kazanacaktır. Komisyon tarafından özelge ile mükellefe yanlış izahat verildiği sonucuna ulaşırsa, vergi inceleme raporunda özelgede yer alan görüşün aksine tenkitler yer alacak ve ilgili mükellef hakkında tarhiyat önerisi söz konusu olacaktır. Ancak yanlışla hükümleri dikkate alınarak, ceza kesilmeyecek ve gecikme faizi hesaplanmayacaktır.

4.2.2. Başka Mükelleflere Verilmiş Özelgelerin İnceleme Sürecindeki Hukuki Etki ve Sonuçları

425 Sıra Numaralı VUK Genel Tebliği ile birlikte, rapor değerlendirme komisyonu tarafından değerlendirme konusu yapılan özelge-

⁴⁶ Komisyonun teşkili, özellikle Merkezi Rapor Değerlendirme Komisyonunca yapılan değerlendirme sırasında VUK'un 369 uncu maddesi kapsamında değerlendirilen özelgeler için sorunludur. Beş kişiden oluşan yeni Komisyonun üç üyesi, özelgenin yanlış verildiği kanaatinde olan Merkezi Rapor Değerlendirme Komisyonundan gelmektedir. Bu durum üst komisyon niteliğinde olması gereken komisyonun sağlıklı değerlendirme yapmasını imkânsızlaştırmasa da zorlaştıracak, kararlarını sorgulanır kılacaktır.

nin mükellefin kendisine verilmiş bir özelge mi, yoksa raporda tenkit edilen konuyla aynı durumda olan başka bir mükellefe verilmiş bir özelge mi olduğu hususu önem kazanmıştır.⁴⁷

425 Sıra Numaralı VUK Genel Tebliğinde, vergi inceleme raporlarının intikal ettirildiği Merkezi Rapor Değerlendirme Komisyonu ile diğer rapor değerlendirme komisyonlarının, raporları değerlendirirken vergi kanunları ile bunlara ilişkin kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ, sirkülere ilave olarak Gelir İdaresi Başkanlığınca verilmiş olan özelgelere uygunluk kıstasını da tatbik edecekleri; bu kapsamda raporları özelgelere uygunluk yönünden değerlendirirken eleştiri konusu yapılan hususla ilgili olan ve Gelir İdaresi Başkanlığınca verilmiş özelgeleri dikkate alacakları ve varsa adına rapor düzenlenen mükellefe verilmiş özelge ile sınırlı kalmayacakları şeklinde düzenleme yapılmıştır.⁴⁸ Söz konusu Tebliğ ile mükellefe özel nitelikte olan özelgenin niteliği farklılaştırılmış, vergi inceleme sürecinin rapor değerlendirme aşamasında raporda tenkit edilen hususla aynı konuda başka mükelleflere verilmiş özelgelerin de dikkate alınması esası getirilmiştir.

Bu düzenlemeler çerçevesinde, rapor değerlendirme komisyonları vergi inceleme raporunda, özelgede yer alan görüş aksine bir tenkit varsa vergi inceleme raporunu olumsuz değerlendirmeye konu edecek ve 31.10.2011 tarihli ve 28101 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in ilgili hükümlerine göre raporun düzeltilmesi yönünde işlem yapılacaktır. Ancak, vergi inceleme raporu ile ilgili olumsuz değerlendirmenin yapılabilmesi için;

- Özelgede yer alan görüşün tam olarak raporda tenkit edilen konuyla ilgili olması, diğer bir ifadeyle verilen izahatın aynı durumda olan tüm mükellefler bakımından uygulanabilir olması,

- Ayrıca, rapor değerlendirme komisyonunun dikkate alacağı

⁴⁷ 425 Sıra Numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ve 02.04.2013 tarih ve 63 Sıra No.lu VUK Sirküleri sonrasında özelgelerin artık "özel" olmadığı, Rapor Değerlendirme Komisyonu ve dolaylı olarak inceleme elemanları ve mükellefler için bağlayıcı hukuk metinleri haline geldiği ileri sürülmektedir. Fatih Güven, İlyas Özel, "425 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği Sonrasında Özelgelerin Vergi İncelemesine Etkisi", *Vergi Dünyası*, Sayı: 381, Mayıs 2013, s.80.

⁴⁸ 425 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği, 27.03.2013 tarih ve 28600 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

özelgenin ilgili konuda Gelir İdaresi Başkanlığı'nca verilmiş en güncel özelge olması gerekmektedir.⁴⁹

2010 yılından itibaren özelgelerin yayımlanması sistemine geçildiği ve idarenin uygulamalarına güven ilkesinin bir yansıması olarak aynı durumdaki başka bir mükellefe verilmiş özelgeye göre işlem yapan mükellefin idareye güveninin boşa çıkarılmaması vergilemede belirlilik ve idareye güven ilkelerinin bir yansıması olarak olumlu bir durumdur. Ancak aynı durumda olan başka mükelleflere verilen özelgelerin hatalı olduğunun anlaşılması durumunda, bu özelgelerin incelenen mükellef için vergi cezaları ve gecikme faizi açısından herhangi bir koruma sağlamayacağı hususunun göz önünde bulundurulması gerekir.

4.2.3. 16 Ocak 2010 Tarihinden Önceki ve Sonraki Özelgeler

VUK 63 No.lu Sirküler'de; 425 Sıra No.lu VUK Tebliği'nde vergi inceleme raporlarının intikal ettirildiği Merkezi Rapor Değerlendirme Komisyonu ile diğer rapor değerlendirme komisyonlarının, vergi inceleme raporlarını değerlendirirken Gelir İdaresi Başkanlığı'nca verilmiş olan özelgelere uygunluk kıstasını da tatbik edecekleri açıklamasına yer verildiği hatırlatılarak, söz konusu Tebliğ uyarınca rapor değerlendirme komisyonları tarafından 213 sayılı Kanun'un 413 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında hüküm altına alınan komisyon marifetiyle oluşturulan özelgelerin dikkate alınacağı belirtilmiştir. Ayrıca, söz konusu komisyon tarafından oluşturulmuş sirküler veya özelgeler ile konu, kapsam ve ilgili olduğu mevzuat bakımından tamamen aynı mahiyeti taşıyan bir hususta sirküler veya özelgelere uygun olarak Gelir İdaresi Başkanlığı taşra teşkilatı tarafından doğrudan verilen özelgelerin de bu kapsamda olduğunun tabii bulunduğu açıklamasına yer verilmiştir.

Yukarıdaki açıklamalardan Gelir İdaresinin, üst komisyon süzgecinden geçerek oluşturulan 16.01.2010 tarihinden sonraki özelgeler ile önceki tarihli özelgeler arasında etki bakımından farklılaşmaya gittiği anlaşılmaktadır.

⁴⁹ 425 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği.

63 sayılı VUK Sirkülerine göre, rapor değerlendirme komisyonlarının 16.01.2010'dan önceki özelgeleri dikkate almayacakları görüşü ileri sürülmektedir.⁵⁰ Ancak, burada dikkate alınmayacak özelgelerin mükellefin kendisine verilen özelgeler değil; aynı durumda olan diğer mükelleflere verilen özelgelere ilişkin olduğunu belirtmek gerekir. Bunun aksini iddia eden, mükellefin bizzat kendisine verilmiş olsa dahi 16.01.2010 tarihinden önceki özelgelere uygunluk şartının aranmayacağı yönündeki görüşlere^{51,52} katılmamız mümkün değildir. Çünkü VUK'un 413 üncü maddesinde yapılan değişiklikler ile özelgeler için standart oluşturulmuş, merkezde bir komisyon tarafından özelgeler arasında uyumsuzlukların giderilmesi mekanizması geliştirilmiş ve özelgeler yayımlanmaya başlanmıştır. Herkesin bilgisine sunulan, standardı yükseltmiş özelgelerin aynı durumdaki mükellefler için de Rapor Değerlendirme Komisyonlarınca dikkate alınmasının kabul edilmesi; ancak bu standartları taşımayan eski tarihli özelgeler için böyle bir imkânın sağlanmamış olması anlaşılır bir durumdur. Yoksa, mükellefin bizzat kendisine verilmiş özelgeler açısından VUK'un 140 ıncı maddesi ile Rapor Değerlendirme Komisyonlarına verilen bir yetkinin düzenleyici değil, açıklayıcı nitelikte olan sirküler ile kaldırılması düşünülemez.

Başka mükellefler için verilmiş özelgelerin vergi incelemesine tabi mükellef açısından rapor değerlendirme komisyonlarınca değerlendirilmesi gereğinin, VUK'un 369 uncu maddesinde düzenlenen yanılma hükümleri kapsamında bir etkisi olacak mıdır? Yukarıda yer verilen düzenlemelerde bu hususa temas edilmemiştir. Ancak VUK'un 369 uncu madde hükmü çok açıktır. Anılan madenin birinci fıkrasında ceza kesilmemesi ve gecikme faizi hesaplanmaması için *"mükellefin kendisine yazı ile yanlış izahat verilmesi"* şartı bulunmaktadır. Bu nedenle, rapor değerlendirme komisyonlarının başka mükelleflere verilen özelgeleri dikkate alması, inceleme elemanının tenkitine rağmen idarenin görüşünün doğru olduğu durumlar için inceleme elemanının raporunun düzeltilmesi yönünde etki yapacaktır. Vergi incelemesine tabi

⁵⁰ Nazmi Karyağdı, "Eski Özelgeler Çöpe mi?", *Vergi Dünyası*, Temmuz 2013, Sayı:383, s. 27.

⁵¹ Karyağdı, 2013.

⁵² Hülya Tekneci, "Özelgelerin Vergi Hukukundaki Önemi", *Mali Çözüm*, Temmuz-Ağustos 2013, s. 156.

mükellefle aynı durumdaki başka bir mükellefe verilmiş özelgede idarenin yanlış izahat vermiş olması durumunda, yanılma hükmünden bahsedilemeyeceği için, söz konusu özelge incelenen mükellefe cezasız ve gecikme faizsiz tarhiyat yapılması hakkı sağlamayacaktır.

5. ÖZELGE SİSTEMİNE İLİŞKİN TARTIŞMALI KONULAR

Özelge sisteminin uygulamasına ilişkin bazı konular tartışmalara neden olmaktadır. Bunlardan bazılarını yukarıdaki bölümlerde yer geldikçe temas edilmiştir. Özellik arz eden diğer bazı tartışmalı konulara ise aşağıda yer verilmektedir.

5.1. Özelge Taleplerinin İdarece Belli Bir Süre Zarfında Karşılanma Zorunluluğu

Pek çok ülke uygulamasında olduğu gibi Türkiye’de de özelgenin vergisel işlemin gerçekleşmesinden önce alınmış olma gereği bulunmaktadır. Bu gereklilik, mükellefin izahat talebinin karşılanması yanında, bunun ne kadar sürede karşılandığı hususunu da önemli kılmaktadır.

OECD tarafından yapılan bir çalışmada,⁵³ araştırmaya konu 56 ülkenin üçte ikisinde idarelerin özelgeyi belli bir süre içinde verme yükümlülüğünün bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu yükümlülük, kanun veya idari düzenlemelerle belirlenmiştir.

Tablo 2: Ülke Örneklerinde Gelir İdarelerinin Özelge Taleplerini Cevaplamak Zorunda Oldukları Süre

ÜLKE	SÜRE
Avustralya	28 gün, karmaşık ve ilave araştırma gereken konularda süre uzayabilmektedir.
Kanada	Gelir vergisi için 90 gün, harcama vergileri için 45 gün.
Belçika	3 ay
Litvanya	60 gün, konunun karmaşıklığına göre ilave 60 güne kadar uzatma.
Estonya	60 gün

⁵³ OECD, 2015, s. 290.

ÜLKE	SÜRE
Fransa	3 ay
Yunanistan	120 gün
Macaristan	30 gün
Kore	1 ay
Meksika	3 ay
Yeni Zelanda	3 ay
Polonya	3 ay
Portekiz	150 gün, haklı nedenlerle durumun aciliyeti ortaya konursa 90 gün.
Arjantin	90 gün
Brezilya	360 gün
Hong Kong	6 hafta
Letonya	1 ay
Rusya	1 ay
Malezya	60 gün
Singapur	Gelir vergisi için 8 hafta, Satış vergileri için 4 hafta.

Kaynak: OECD, 2015, ss, 289, 332'deki veri ve bilgilerden yararlanılarak tarafımızdan oluşturulmuştur.

Ülke örneklerinde karmaşık ve ayrıntılı araştırmayı gerektiren durumlar için özelge vermede idareye daha fazla süre tanınması söz konusu olabilmektedir. Özelgeler için idarelere tanınan sürenin ülkeler itibariyle 28 gün ile bir yıl arasında değiştiği görülmektedir. Ayrıca ülke uygulamalarında göze çarpan bir diğer husus, vergi türü itibariyle özelgeyi cevaplama sürelerinin değişebilmesidir.

Yukarıdaki bilgiler çerçevesinde ülke uygulamalarında hâkim yaklaşım, idarenin özelge taleplerini karşılamada belli bir süre ile bağlı olmasıdır. Bu husus, bağlayıcı düzenlemeler ile güvence altına alınmaktadır. Bazı ülkelerde ise bağlayıcı metinlerde bir süre öngörülmemekle birlikte, uygulamada özelge taleplerinin en kısa sürede cevaplandırılmasına yönelik standartların geliştirilmiş olduğu görülmektedir.⁵⁴

⁵⁴ Hasan Aykın, "Özelge Taleplerinin Cevaplanmasında Süre: Ülke Uygulamaları ve Türkiye", *Yaklaşım*, Aralık 2015, s. 33.

Türkiye’de özelge taleplerinin idarece ne kadar sürede cevaplandırılacağına ilişkin kanun ve yönetmelik düzeyinde idareyi bağlayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. VUK’un 413 üncü maddesi, 2003 yılında 4962 sayılı Kanun’un 17/A-b maddesiyle maddesi ile değiştirilmiş ve maddenin ikinci fıkrasında yer alan “*en kısa zamanda*” ibaresi yerine “*yazı ile veya sirkülerle*” ibaresi konulmak suretiyle özelgelerin idarece verilmesi konusunda süreye ilişkin genel nitelikli düzenleme madde metninden çıkarılmıştır. Esasen, “*en kısa zamanda*” ibaresi, idareye özelge taleplerini karşılama açısından muayyen bir zaman tayin etmediği için çok işlevsel değildi. Buna rağmen, idareye mükellefin izahat taleplerini cevaplama konusunda gecikmeye mahal vermemesini telkin etmesi açısından önem arz etmekte idi. 2003 yılında yapılan düzenleme sonrası, mükelleflerin izahat taleplerinin karşılanmasında idareyi süre konusunda zorlayan, gevşek nitelikte de olsa, herhangi bir düzenleme kalmamıştır.

213 sayılı VUK’un 413 üncü maddesinin 6009 sayılı Kanun’la değişik halinin son fıkrasında, maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Maliye Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Maliye Bakanlığınca söz konusu yetkiye dayanarak Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmelik yayımlamıştır. Ancak söz konusu Yönetmelik’te de özelgelerin ne kadar sürede cevaplanması gerektiğine ilişkin herhangi bir süre tahdidine yer verilmemiştir.

Mevcut uygulamada özelgelerin cevaplandırılmasında idarece dikkate alınabilecek tek süre sınırlaması, “Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin⁵⁵ 6 ncı maddesine göre idareler tarafından oluşturulması gerekli hizmet standartları kapsamında belirlenmiş standartlarda yer almaktadır.

Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatı için oluşturulan kamu hizmet standartları⁵⁶ Vergi Dairesi Başkanlığı Kamu Hizmet Standartları Tablosunun ilk satırında “*Özelge Taleplerinin cevaplandırılması*” hizmetine ilişkin olarak istenecek belgelere ve bu hizmetin en geç kaç gün içinde karşılanacağı bilgisine yer verilmiştir. Bu kapsam-

⁵⁵ 31.07.2009 tarih ve 27305 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁵⁶ Gelir İdaresi Başkanlığı merkez ve taşra teşkilatının kamu hizmet envanteri ve bunların sunum sürelerine ilişkin bilgilere <http://gib.gov.tr/node/84/pdf> (Erişim Tarihi 22.10.2015) adresinden erişilebilir.

da, mükellefin özelge taleplerinin cevaplandırılması hizmetinin *en geç 45 gün içinde* tamamlanacağı belirtilmiştir. Bu noktada mükelleflerin izahat taleplerinin özelge yoluyla cevaplandırılmasının ne kadar sürede gerçekleştirileceğine ilişkin boşluk, idari yolla doldurulmuştur.⁵⁷

Hizmet standartları esas itibarıyla, idarenin kamuoyuna taahhüdü niteliğindedir. Çoğu durum için mükellefe doğrudan ileri sürülebi- lecek haklar tanımadığı gibi, idareyi doğrudan bir sorumluluk altına da sokmamaktadır. Bu nedenle, idarenin özelgeleri belli süre içinde cevaplandırmasına ilişkin zorunluluğun, kanun veya yönetmelik gibi bağlayıcılığı olan mevzuatla tayin edilmesinin uygun bir yaklaşım olacağı değerlendirilmektedir.

5.2. Özelgelerin Bağlayıcılığı

Özelge sistemi ile güdülen en önemli amaç vergilemede öngörü- lebilirlik ve kesinlik prensiplerini hayata geçirmektir. Özelge sistemi- nin bu amaca ne ölçüde hizmet edeceği hususu, sistemin tasarımı ile yakından ilgilidir. Özelge sistem tasarımındaki en temel konulardan birisi, özelgelerin bağlayıcılığı konusudur.

Özelge çıkarılmasında amaç, mükelleflerin vergi uygulamaların- da karşılaştıkları duraksamaları gidermek, güçlüklerle çözüm ve açık- lık getirmek şeklinde sıralanabilir. Özelgeler sorun çözümleyici olsa bile, kurucu ve düzenleyici nitelikte bir işlem sayılmazlar.⁵⁸ İkincil ni- telikli, açıklayıcı bir kaynaktır. Bu nedenledir ki dava konusu da yapı- lamazlar.

Özelgeler, ilgili mükellefin tereddüde düştüğü konuda idarenin yo- rum ve görüşünü ifade etmektedir. Görüş veren idarenin kendi verdiği görüşle bağlı olmaması düşünülemez. Böyle bir durum idareye olan güveni ve vergilemede belirlilik ilkesini zedeler. Bu açıdan özelgenin idareyi bağlaması prensibi pek çok ülke uygulamasında geçerlidir.⁵⁹

⁵⁷ İdare mükellefin izahat talebini özelge veya sirküler ile karşılayabilmektedir. İzahat talebinin sirküler ile karşılanması yolunun tercih edilmesi durumunda hizmet standartlarında herhangi bir süre öngörülmemiştir. Ancak bu durum, pek çok ülke uygulaması ile uyumludur.

⁵⁸ Selahattin Tuncer, "6009 sayılı Yasa ile Özelge (Mukteza)'de Yapılan Yeni Düzen- lemeler", *Yaklaşım*, Eylül 2010.Sayı:213,

⁵⁹ OECD, 2015, s.290.

Özelgeler, belli bir mükellefe has gerçek bir olaya ilişkindir. Bu nedenle diğer mükellefler için doğrudan uygulama etkisinin olmaması beklenir. Bu tür özelgelerin anonimleştirilerek yayımlanması durumunda da, benzer durumdaki mükellefler için ancak bir tür rehber mahiyetinde olması söz konusudur. Buna rağmen bazı ülke örneklerinde idarenin başka mükelleflere verilen özelgeler için de kendilerini bağlı kabul ettiği uygulamalar vardır. Örneğin Avustralya ve Yeni Zelanda'da özelgeler sadece Gelir İdaresini bağlamaktadır.⁶⁰ Mükellefler açısından bağlayıcılığı yoktur. Buna rağmen, mükellefin özelden habersiz bir şekilde ancak özeldede verilen görüşle aynı yönde işlem yapması durumunda Avustralya gelir idaresi mükellefin yükümlülüklerini özelge çerçevesinde değerlendirmekte, özeldeyi o mükellef açısından da uygulamaktadır. Gerek Avustralya, gerekse Yeni Zelanda örneklerinde, özelgelerin sadece gelir idarelerini bağlamasına karşın mükellefler; vergilemede öngörülebilirlik sağlamak ve vergi incelemesi ile yüksek vergi cezası risklerinden kaçınmak amacıyla özeldelere uygun işlem yapmayı tercih etmektedirler. Böyle bir yapı içinde özelgeler bir tür fiili hukuk (*de facto law*) haline gelmektedir.

OECD tarafından yapılan bir araştırmada⁶¹, özelgelerin bağlayıcı niteliğinin bulunup bulunmadığı hususu da araştırılmış, özelge sistemi bulunan 51 ülkenin yüzde doksanda özelgelerin gelir idaresi için bağlayıcı olduğu bilgisine ulaşılmıştır. Dolayısıyla, mükellefe özelge yoluyla izahat verme uygulaması pek çok ülkede yaygın olduğu gibi, aynı zamanda gelir idarelerinin büyük çoğunluğu verdikleri özelgelerle kendilerini bağlı kılmaktadırlar. Bu durum idareye güven ve vergilemede kesinlik ilkelerinin önemli bir yansımasıdır.

Türkiye'de özelge; mükellefleri ve yargı organlarını bağlamaz. Özelge esas itibarıyla özeldeyi veren Gelir İdaresini bağlamaktadır. Ancak, Gelir İdaresini bağlayıcılığının hukuki sonuçları açısından sınırlı olduğunu da belirtmek gerekir. Bu bağlayıcılık, yanlış verilen özelgeler için sadece ceza kesilmemesi ve tarh edilen vergi için gecikme faizi hesaplanmaması şeklinde sınırlı bir bağlayıcılıktır. Vergi tarhına engel olacak şekilde tam bir bağlayıcılıktan söz edilemez.

Rapor Değerlendirme Komisyonu, değerlendirmelerinde özel-

⁶⁰ Alerie ve Diğerleri, a.g.e., s. 368.

⁶¹ OECD, 2015, s.290.

geleri dikkate almak durumundadır. Ancak, daha önceki bölümlerde ayrıntılarına yer verildiği üzere, özelgede yer alan izahatın yanlış olduğunu düşündüğü durumda, özelgenin tekrar değerlendirilmesi sürecini başlatma yetkisine de sahiptir. VUK'un 140 ıncı maddesi uyarınca, tenkide konu özelgede yer alan izahatın Merkezi Rapor Değerlendirme Komisyonundan üç üye ile 413 üncü maddeye göre oluşturulan komisyondan iki üyenin katılımıyla oluşturulacak beş kişilik bir komisyon tarafından değerlendirilmesi sonucunda doğru bulunması durumunda, özelge hem Rapor Değerlendirme Komisyonunu hem de inceleme elemanını bağlayıcı bir nitelik kazanmaktadır.

Özelgenin inceleme elemanı açısından bağlayıcılığı ise karmaşık ve tartışmalı bir alandır. İnceleme elemanı, rapor yazım aşamasında özelge ile bağlı değildir. Ancak rapor değerlendirme komisyonu özelgedeki izahata katılır ve özelgeye aykırı rapor yazılması nedeniyle inceleme raporunun düzeltilmesini gerekli görürse, inceleme elemanı raporunu düzeltmek zorundadır. Bu aşamadan sonra özelge, inceleme elemanı açısından da bağlayıcı hale gelmektedir.

Özelgelerin rapor değerlendirme komisyonu sürecinde de olsa inceleme elemanı açısından bağlayıcı hale gelmesi, mükellef lehine hatalı olarak verilen ancak kamusal zarara yol açabilecek türden özelgeler açısından yargı denetimini imkânsız hale getirmekte olup özelge sistemi açısından başka bir sorun alanı teşkil etmektedir.

Özelge sisteminde 6009 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmadan önce, inceleme elemanları özelgelere karşı rapor yazabilmekte, ancak mükelleflere ceza kesilememektedir. Mükellefler özelgenin hukuken doğru, özelgeye aykırı yazılan inceleme raporunun hukuken yanlış olduğunu düşünüyorlarsa raporu dava konusu yapmakta ve nihai kararı hukuk devletinin bir gereği olarak yargı organı vermektedir. Bu haliyle inceleme elemanlarının mükellef lehine verilen yanlış muktezalarla ilgili olarak sistemin emniyeti olarak görev yaptıkları ileri sürülmektedir.⁶²

Özelge sisteminde 6009 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucunda inceleme elemanları yine özelgelere karşı rapor yazabilmektedir. Ancak, rapor değerlendirme komisyonu özelgeyi hukuka aykırı

⁶² Bayraktar, 2010, a.g.m., s. 97.

bulmazsa, başka bir deyişle inceleme raporunu haklı bulmazsa, özelge yargı organlarının önüne gidemeyecek, konu ile ilgili son kararı yargı değil, idare vermiş olacaktır. Görüldüğü gibi bu düzenleme ile idarenin mükellef lehine verdiği yanlış muktezalar yargı denetiminin dışına çıkarılmıştır.^{63, 64} Bu durumun normlar hiyerarşisine ve dolayısıyla hukuka aykırı bir sonuç ortaya çıkaracağı ileri sürülmektedir.⁶⁵

Başka mükellefe verilen özelgelerin bağlayıcılığı hususu ise diğer bir tartışmalı alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Önceki bölümlerde yer verilen 425 sayılı VUK Genel Tebliği ve 63 No.lu Sirküler ile birlikte Rapor Değerlendirme Komisyonları, inceleme raporunda tenkit edilen konu ile ilgili olarak başka mükellefe verilen özelgeler açısından da raporlardaki önerileri değerlendirecektir. Mükellefin lehine özelgedeki görüşün rapor değerlendirme komisyonu tarafından paylaşılması durumunda başka mükellefe verilen özelgeler de inceleme elamanı için bağlayıcı niteliğe kavuşacaktır.

Özelgenin mükellef açısından bir bağlayıcılığı yoktur. Ancak, uygulamada mükellefler genellikle aldıkları muktezalar doğrultusunda hareket etmekte, kendisine verilen muktezaya katılmadıkları zaman ihtirazı kayıtla beyanlarını vergi dairesine vererek dava açma yoluna gidebilmektedirler.^{66,67,68,69}

5.3. İzahat Talebinin Özelge ile Değil Sirkülerle Karşılanmasının Vergi Tarhına Etkisi

VUK'un 413 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, Gelir İdaresi Başkanlığı, kendisinden istenecek izahatı özelge ile cevaplandırabile-

⁶³ Bayraktar, 2010, a.g.m., s. 97.

⁶⁴ Adnan Ersoy, "6009 Sayılı Kanun Sonrası Vergi İncelemelerinde Genel Tebliğ, Sirküler ve Mukteza (Özelge) Etkisi", *Vergi Dünyası*, Mayıs 2011, Sayı 357, s. 49.

⁶⁵ Karyağdı, 2013, a.g.m., s. 27.

⁶⁶ Mustafa Gürhan Acar, "Genel Tebliğ ve Muktezanın Vergi Hukuk Bakımından Mahiyeti ve Mükellef ve İdare Açısından Bağlayıcılığı", *Vergi Dünyası*, Ekim 2001, Sayı 242.

⁶⁷ Gürol Ürel, Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2007, s. 983.

⁶⁸ A. Bumin Doğrusöz, "Özelgelerin Cezayı Kaldırma İşlevinde Karşılaşılan Sorunlar", *Yaklaşım*, Kasım 2000.

⁶⁹ Şenol Kocaer, "Mükellef Aleyhine Özelgeler İptal Davası Konusu Olabilir mi?", *Yaklaşım*, Haziran 2013, sayı: 246.

ceği gibi aynı durumda olan tüm mükellefler bakımından uygulamaya yön vermek ve açıklık getirmek üzere sirküler yayımlamak suretiyle de cevaplayabilmektedir. Dolayısıyla mükellefin izahat talebinin karşılanmasında idare, bu talebin ne şekilde karşılanacağına kendisi karar vermektedir.

VUK'un 369 uncu maddesi uyarınca, mükellefin izahat talebinin özelge ile karşılanması durumunda, özelgede belirtilen idari görüşün hatalı olduğu anlaşılırsa mükellefin ilgili işlemleri vergi tarhına konu olmakta, ancak bu tarhiyat için vergi cezaları kesilmemekte ve gecikme faizi hesaplanmamaktadır. Buna karşılık, mükellefin izahat talebinin sirküler ile karşılanması durumunda, mükellefin sirkülerde belirtilen konuya ilişkin işlemi için vergi tarhiyatı da yapılamamaktadır.

Sirkülerler; idareyi, rapor değerlendirme komisyonları ve vergi inceleme elemanlarını bağlamaktadır. Özelgelerin bağlayıcılığı ise bir önceki bölümde bahsedildiği üzere daha sınırlı düzeydedir. Özelgeye rağmen, inceleme elemanının özelgeye uygun olarak yapılan ve vergisel sonuç doğuran bir işlemi tenkit ederek tarhiyat önermesine engel yoktur. Çünkü özelge ancak rapor değerlendirme aşamasında inceleme elemanını da bağlayıcı bir niteliğe kavuşabilmektedir.

Dolayısıyla mükellefin izahat talep etme hakkının idarece karşılanma yöntemi, mükellef açısından doğurduğu hukuki sonuçlar açısından önemli farklılıklar ortaya çıkarmakta; izahat talebi özelge ile karşılanan mükellef, sirküler ile karşılanan mükellefe göre daha düşük bir koruma, idari güvenlik ve vergilemede belirlilik sağlamaktadır. Bu nedenle, özelge sisteminin işleyişine, özelge vermede araştırma ve inceleme aşamalarının geliştirilmesine bağlı olarak, özelgeler için de vergi tarh edilmemesi hususunun akademik çevrelerde ve maliye çevrelerinde tartışılmasında fayda bulunduğunu düşünmekteyiz.

5.4. Özelge Sisteminin Danışmanlık Hizmetine Dönüşmesi

Yurtdışı örneklerinde özelge verilecek vergi türleri, konular veya mükellef grupları itibariyle sınırlamalar söz konusu olmaktadır. Türkiye uygulamasında ise vergi türü, konu veya mükellef gruplarına ilişkin herhangi bir sınırlama olmaksızın, vergisel nitelikli her konuda özelge verilmektedir. Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 2014 Faaliyet Raporu-

runa⁷⁰ göre, 01.01.2010- 31.12.2014 döneminde; özelge komisyonunun onayından geçip özelge havuzuna atılan özelge sayısı 8.959, taşra tarafından özelge havuzundan emsal alınarak oluşturulmuş özelge sayısı 30.586'dır. Bu verilere göre bir yılda verilen özelge sayısı ortalama 6-7 binler civarındadır. Çok sayıda özelge verilmesi, vergi sisteminin karmaşıklığına ve mevzuatın sık değiştiğine işaret ettiği kadar, vergi sorunlarının yorumlanmasında profesyonel meslek mensuplarına başvurmadan ziyade idareye başvurma yönteminin tercih edildiğini de göstermektedir.

Yurtdışındaki pek çok ülke örneğinin aksine Türkiye'de özelge hizmetinin ücretsiz olması, özelge verilecek konularda herhangi bir sınırlamanın bulunmaması, özgelgelerin belge ve bilgi üzerinden, mükellef nezdinde ve harici veriler kullanılarak herhangi bir araştırma veya inceleme yapılmaksızın verilmesi mükelleflerin vergisel durumları ile ilgili güvence sağlamak amacıyla, özelge müessesini amacını aşacak tarzda kullanmalarına neden olabilmektedir. Normalde, herhangi bir vergi uzmanı veya muhasebe meslek mensubuna danışmak suretiyle çözüm bulunabilecek veya zaten tebliğ veya diğer mevzuatta açıklanan pek çok husus özelge talebine konu olabilmektedir.

Mükellefler bazen gerçekte kuşkuya düştükleri bir konu hakkında aydınlatılmak amacıyla değil de, kendi uygulamalarını idareye onaylatmaya ya da doğrulatmaya ya da bir dayanak elde etmeye yönelik olarak özelge isteğinde bulunabilmektedirler.⁷¹ Özelge müessesesi bir tür kendini garantiye alma aracı olarak görülebilmektedir.

Bir tür danışmanlık hizmeti olarak algılanmaya,⁷² yapılan işlemi idarece onaylatma amacıyla kullanılmaya başlanan özelge müessesesi erozyona uğramakla kalmamakla, Gelir İdaresi açısından da önemli bir iş yükü haline gelmektedir.

Yukarıda sıralanan nedenlerle, özelge sisteminin ciddi bir şekilde gözden geçirilmesi, mükellefin genel bilgilendirilme hakkının idarece en uygun şekilde karşılanmasına yönelik uygulamalar ile karmaşık, müphem, izaha muhtaç vergisel konulara ilişkin idarenin yorum ve

⁷⁰ GİB, 2014 Yılı Faaliyet Raporu, s. 74.

⁷¹ Lütfi Tanrıkulu, "Özelgeler (Muktezalar) Üzerine", *Vergi Dünyası*, Sayı:163, Mart 1995.

⁷² A. Bumin Doğrusöz, "Yeni Özelge Düzeni ve Sorunları", Referans, 01.02.2010.

görüşünü içeren özelge talep hakkına ilişkin uygulamayı birbirinden ayıracak tarzda adımlar atılması gereği bulunmaktadır. Bu kapsamda, özelge verilecek konulara ilişkin bazı belirlemelerin yapılması; özelge taleplerinin karşılanması aşamasında mükellefin gerçekten tereddüt ettiği konunun idarece tam olarak kavranmasına yönelik ayrıntılı araştırma ve inceleme aşamalarının sisteme dâhil edilmesi, mükellefi bilgilendirme mahiyetindeki cevaplar ile idarenin yorumunu içeren türden cevapların farklı formatlarda mükellefe ulaştırılması ve bunların hukuki etki ve sonuçlarının farklı olması gibi önlemlerin geliştirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

5.5. Özelgede Yapılan İzahatın Açıklığı ve Anlaşılabilirliği

Özelgelerin harici araştırma ve incelemeler gerçekleştirilmeksizin mükellefçe sunulan bilgi ve belgelere dayanılarak yapılması, çok sayıda özelge talebi nedeniyle izahat istenen konuya ilişkin bazı somut olayların yeterince kavranamaması, idarecilerin kendilerini sorumluluk altına sokmamak amacıyla daha genel ifadeleri tercih etmeleri gibi nedenlerle verilen özelgelerin mükellef açısından yeterince açık ve anlaşılır olmaması önemli bir sorun alanıdır. Böyle bir yapı içinde, mükellefin tereddüde düştüğü konuda mükellefi aydınlatması, sorusuna yorum ve izahat getirmesi beklenen özelgelerin bizatihi kendisinin yorum ve izaha muhtaç olması sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu durum, özelge sistemini amacından uzaklaştırmaktadır.

Mükellefin izahat talep hakkının önemi dikkate alınarak, özelge talebine konu olan sorunun tüm yönleri ile kavranması ve konu ile ilgili tüm somut durumlara ilişkin açık, anlaşılır, net izahatta bulunulması gerekir.

SONUÇ

Mükellefin bilgi edinme hakkı ve bu hakkın önemli bir uzantısı olarak, vergi mevzuatı ve uygulamaları konusunda tereddüde düşülen konularda idareden izahat talep etme hakkı pek çok ülkede uygulama alanı bulmaktadır. Türkiye’de mükellefin izahat talep hakkı, 1949 tarihli 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana hukuk sistemimizde yer almaktadır.

Mükelleflerin ve vergi sorumlularının vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından, kendilerince açık olmayan ve tereddüt ettikleri konular hakkında yazılı olarak açıklama talebinde bulunmaları üzerine yetkili makamlarca kendilerine verilen yazılı görüş özelge (mukteza) olarak adlandırılmaktadır. Özelgeler mükellefe, bilgi edinme hakkı ve dilekçe hakkının ötesinde haklar sağlamaktadır. İdarenden aldığı özelgeye uygun şekilde vergisel işlemini yapan mükellef, sonradan idarenin görüşünün yanlış olduğunun vergi incelemesi veya başka bir suretle anlaşılması durumunda dahi o işlemle ilgili olarak vergi cezasına muhatap olmamakta, tarh edilen vergi için gecikme faizi ödememektedir. Ayrıca, vergi inceleme sürecinin özellikle rapor değerlendirme komisyonları aşamasında özelgeler, inceleme elemanı ve rapor değerlendirme komisyonu açısından bağlayıcı bir nitelik kazanabilmekte ve mükellef için ayrı bir koruma sağlamaktadır.

Vergilemede öngörülebilirlik sağlama ve kesinlik ilkesinin hayata geçirilmesi açısından önem taşıyan özelge sistemi bazı açılardan tartışılmaktadır. Çalışmamızda ayrıntılı olarak üzerinde durulduğu üzere, bu tartışmalı alanlar özetle aşağıdaki gibidir:

- 1- Özelgelerin; Gelir İdaresi Başkanlığı, rapor değerlendirme komisyonları ve inceleme elemanları için ne ölçüde ve hangi durumlarda bağlayıcı olduğu,
- 2- Vergi inceleme sürecinde, başka mükellefe verilmiş bir özelgenin incelenen mükellef açısından ne şekilde değerlendirileceği, ne tür hukuki sonuçlar doğuracağı, yanılma hükümlerinin bu mükellefler açısından da hukuki sonuç doğurup doğurmayacağı,
- 3- İdarenin mükellefin izahat talebini sirküler ve özelge olmak üzere iki farklı yöntemle karşılayabildiği; sirkülerle karşılanan izahat taleplerinin mükellefe vergi tarhiyatı, ceza ve gecikme faizine karşı koruma sağlamasına karşın; özelge ile karşılanan izahat taleplerinin vergi tarhiyatını engellemediği, sadece ceza ve gecikme faizi açısından koruma sağladığı,
- 4- Özelgenin izaha ihtiyaç duyulan vergisel işlem gerçekleşmeden önce temin edilmesi gerekmesine karşın, idarenin özelge taleplerini ne kadar sürede karşılayacağı hususunun kanun veya yönetmelik gibi bağlayıcı hukuk metinlerinde düzenlenmediği, idarenin

taahhüdü mahiyetinde olan ancak idareyi doğrudan bir sorumluluk altına sokmayan, mükellefe de ileri sürülebilecek bir hak tanımayan hizmet standartları tablosu ile kamuoyuna duyurulduğu,

- 5- Özelge verilebilecek konular konusunda herhangi bir sınırlama bulunmadığı, her yıl verilen özelge sayısının 6-7 binler civarında olduğu, özelgenin bazen tereddüt oluşturan bir mevzuat konusunda idarenin yorumundan ziyade vergi uygulamaları ile ilgili genel bilgi edinme mahiyetine dönüşebildiği ve bu haliyle pek çok durum için amacından uzaklaşabildiği; özelge sayısının çokluğu nedeniyle mükellefçe sunulan bilgi ve belgeler üzerinden ayrıca bir araştırma ve ayrıntılı inceleme yapılmaksızın verilen özelgelerin kalitesinin arzulanan düzeyde olmadığı.

Yukarıda yer verilen tartışmalı alanlar göz önünde bulundurulduğunda, özelge sisteminin vergilemede öngörülebilirlik ve kesinlik ilkelerine hizmet edecek şekilde yeniden tasarlanması ihtiyacı bulunduğu değerlendirilmektedir. Böyle bir tasarımda, özelgelerin gerçek anlamda idarenin yorumunu gerektiren alanlara hasredilmesi, özelge verme sürecinin sadece sunulan bilgi ve belgelere bağlı olarak değil, ayrıntılı araştırma ve incelemelere dayandırılması, özelgelerin mükellef tarafından genişletilerek konu dışındaki olaylara uygulanmasını önleyecek şekilde konunun tüm maddi unsurlarına temas etmesi, açık ve anlaşılır olması, özelgenin kendisinin izaha muhtaç olmaması, idarenin özelge taleplerini ne kadar sürede karşılamak zorunda olduğu hususunun bağlayıcı mevzuatla belirlenmesi; araştırma ve incelemeye dayanarak daha sınırlı konularda ve daha yüksek kalitede verilecek özelgeler için özelgeye göre işlem yapan mükellefin ceza ve gecikme faizi yanında vergi tarhiyatına da muhatap olmaması hususunun tartışmaya açılması gerektiği düşünülmektedir.

Kaynakça

- Acar Mustafa Gürhan, "Genel Tebliğ ve Muktezanın Vergi Hukuk Bakımından Mahiyeti ve Mükellef ve İdare Açısından Bağlayıcılığı", *Vergi Dünyası*, Ekim 2001, Sayı 242.
- Alerie Benjamin; Datt Kalmen; Sawyer Adrian ve Weeks Greg "Advance Tax Rulings in Perspective: A Theoretical and Comparative Analysis", *New Zealand Journal of Taxation Law and Policy*, Volume 20, Aralık 2014.
- Aykın Hasan, "Özelge Taleplerinin Cevaplanmasında Süre: Ülke Uygulamaları ve Türkiye", *Yaklaşım*, Aralık 2015

- Bayraktar, İhsan Kağan, “Özelgede Yeni Sistemin Değerlendirilmesi”, *Vergi Dünyası*, Ekim 2010, Sayı: 350.
- Chan Winnie, “The Right to Know in Tax Law”, *King’s College Law Review*, Vol:11, Sayı:2, 2000.
- Çelik Celal, “Vergi Hukukunun Yardımcı Kaynağı Olarak İdari Düzenlemeler”, *Vergi Dünyası*, Mayıs 2003
- Çetin Güneş, Mükellef Hakları ve Vergiye Gönüllü Uyum, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Celal Bayar Üniversitesi SBE, Manisa 2010.
- Doğrusöz A. Bumin, “Özelgelerin Cezayı Kaldırma İşlevinde Karşılaşılan Sorunlar”, *Yaklaşım*, Kasım 2000, Sayı 95.
- Doğrusöz A. Bumin, “Yeni Özelge Düzeni ve Sorunları”, Referans, 01.02.2010.
- Dönmez Recai, “Yükümlü Hakları Ortaya Çıkış Nedenleri ve Bir Kavramlaştırma Denemesi”, *Yaklaşım*, Nisan 2004, Sayı 136.
- Egeli Halûk ve Dağ Mehmet; “Türk Vergi Hukuku Açısından Mükellef Haklarının Değerlendirilmesi”, *Maliye Dergisi*, Temmuz-Aralık 2012, Sayı 163.
- Erdem Tahir 6009 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Sonrasında Vergi İncelemesi, *Yaklaşım Yayıncılık*, Ankara, 2011.
- Ersoy Adnan, “6009 sayılı Kanun Sonrası Vergi İncelemelerinde Genel Tebliğ, Sirküler ve Mukteza (Özelge) Etkisi”, *Vergi Dünyası*, Mayıs 2011, Sayı 357
- Evans Chris; Freedman Judith ve Krever Richard (Eds), *The Delicate Balance: Tax, Discretion and the Rule of Law*, IBFD, Amsterdam, 2011.
- GİB, 2014 Yılı Faaliyet Raporu, Gelir İdaresi Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2015.
- Gümüş Erhan, “Son Düzenlemeler Çerçevesinde Vergi İncelemelerinde Özelgelerin Önemi”, *Mali Çözüm*, Mayıs-Haziran 2013.
- Güven Fatih ve Özel İlyas, “425 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği Sonrasında Özelgelerin Vergi İncelemesine Etkisi”, *Vergi Dünyası*, Sayı: 381, Mayıs 2013, s.80.
- Heper Fethi ve Dönmez Recai, *Vergi Hukuku*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2003.
- Karyağdı Nazmi, “Yeni Özelge Sistemi”, *Vergi Dünyası*, Mart 2010, Sayı:343.
- Karyağdı Nazmi, “Eski Özelgeler Çöpe mi?”, *Vergi Dünyası*, Temmuz 2013, Sayı:383.
- Kızılot Şükrü, Kızılot Zuhul, *Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları*, Genişletilmiş 15. Baskı, *Yaklaşım Yayıncılık*, Ankara, 2009.
- Kocaer Şenol, “Mükellef Aleyhine Özelgeler İptal Davası Konusu Olabilir mi?”, *Yaklaşım*, Haziran 2013, sayı: 246.
- Sugurman Norman A., “Federal Tax Rulings Procedure”, *Tax L Rev* 1, 1954.
- TDK, *Türkçe Sözlük*, Ankara, 2011.
- OECD, “Taxpayers’ Rights and Obligations – Practice Note”, OECD Committee of Fiscal Affairs Forum on Tax Administration, 2003.
- OECD, *Tax Administrations 2015*, OECD Publishing, Paris, 2015
- Ozansoy Ahmet, “Özelge Müessesesinin Özellikleri”, *Yaklaşım*, Sayı: 207, Mart 2010.

- Öncel Mualla; Kumrulu Ahmet ve Çağan Nami, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Özyer Mehmet Ali, Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması, 6. Baskı, Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, İstanbul, 2014.
- Şenyurt İdris, “Özelge ve Sirkülerin Hukuki Durumu, Yeni Özelge Sistemi ve 6009 Sayılı Kanunla Mükelleflerin İzahat Talebine İlişkin Esaslarda ve Sonuçlarında Yapılan Değişiklikler”, *Vergi Dünyası*, Eylül 2010, Sayı:349, s. 54.
- Tanrikulu Lütfi, “Özelgeler (Muktezalar) Üzerine”, *Vergi Dünyası*, Sayı:163, Mart 1995.
- Tekneci Hülya, “Özelgelerin Vergi Hukukundaki Önemi”, *Mali Çözüm*, Temmuz-Ağustos 2013.
- Tuncer Selahattin, “6009 sayılı Yasa ile Özelge (Mukteza)’de Yapılan Yeni Düzenlemeler”, *Yaklaşım*, Sayı:213.Eylül 2010.
- Ürel Gürol, Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2007.
- Yaltı Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta, 1.Bası, İstanbul, 2006.
- Yavaşlar Funda Başaran, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi”, Hukuk Güvenliği, Kamu Hukukçular Platformu 8-9 Kasım 2013 Ankara, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2015.
- Başvurulan Mevzuat:
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 18.10.1982 tarih 2709 sayılı Kanun, RG: 09.11.1982/17863 (Mükerrer)
- 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu (Mülga), KT:07.06.1949, RG:15.06.1949/7233.
- 213 sayılı Vergi Usul Kanunu, KT: 04.01.1961, RG:10-12 Ocak 1961/10703-10705.
- 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, KT: 09.10.2003, RG: 24.10.2003/25269.
- 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun, KT:01.11.1984, RG: 10.11.1984/18571
- Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmelik, RG: 28.08.2010/27686
- Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, RG: 31.10.2011/28101.
- Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG: 31.10.2011/28011.
- Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG: 28.03.2013/28601(Mükerrer)
- 425 Sıra Numaralı VUK Genel Tebliği, RG: 27.03.2013/28600
- 400 Sıra No.lu VUK Genel Tebliği, RG: 01.10.2010/27716
- 395 Sıra Numaralı VUK Genel Tebliği, RG:16.01.2010/27464.
- VUK 63 No.lu Sirküler, 02.04.2014, (www.gib.gov.tr)

İŞ YARGISINDA İSTİNAF KANUN YOLU

APPEAL IN LABOR JURISDICTION

Nesibe KURT KONCA*

Ceren DAMAR**

Özet: 07.11.2015 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Adalet Bakanlığı kararı uyarınca, 5235 sayılı Kanun ile düzenlenen bölge adliye mahkemelerinin, 20.07.2016 tarihinde faaliyete geçmesi kararlaştırılmıştır. Bu mahkemeler, ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı yapılacak olan istinaf kanun yolu başvurularını incelemekle görevlidirler. İş Mahkemeleri Kanunu’nda da iş mahkemelerinin verdiği nihaî kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bu çalışmada iş yargısında istinaf konusu ele alınacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İş Mahkemeleri Kanunu ve İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı hükümleri birlikte değerlendirilecektir. İş yargısının kendine özgü niteliklerinden yola çıkılarak iş yargısındaki istinafın, hukuk yargısındaki istinaftan farklılıkları üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: İstinaf, İş Yargısı, İş Mahkemeleri, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı, Bölge Adliye Mahkemeleri

Abstract: In accordance with the decision of Ministry of Justice published in the Official Gazette on 07.11.2015, appeal courts enacted by the law no. 5235 were decided to be put into action on 20.07.2016. These courts are charged with the examination of the legal remedy of the appeal lodged against the judgments of the courts of first instance. Also in the Law of Labor Courts it was enacted that legal remedy of appeal can be resorted against the final judgments of the labor courts. Within the scope of this paper, appeal in the jurisdiction of labor will be discussed. The subject will be evaluated along with Code of Civil Procedure, Law of Labor Courts and Draft Law of the Labor Courts. With reference to *sui generis* characteristics of the jurisdiction of labor, differences between the appeal in the jurisdiction of labor and that in the jurisdiction of law will be focused.

Keywords: Appeal, Labor Jurisdiction, Labor Courts, Draft of Law of Labor Courts, Appeal Courts

* Yrd. Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Bilim Dalı Öğretim Üyesi, nkurt@cankaya.edu.tr

** Ar. Gör., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalı Öğretim Elemanı, cerendamar@cankaya.edu.tr

1. GİRİŞ

26.09.2004 tarihinde kabul edilen, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun'la bölge adliye mahkemeleri kurulmuştur. Bu çerçevede, 5308 sayılı Kanun ile 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklikle, iş mahkemelerince verilen nihaî kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir (İMK. m. 8). Ancak, personel sayısının azlığı; binaların yetersizliği gibi alt yapı sorunları nedeniyle bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesi ertelenmiştir. Bölge adliye mahkemelerinin, Resmî Gazetede ilân edilecek göreve başlama tarihinden önce verilen iş mahkemesi kararları hakkında yapılan temyiz başvuruları, kesinleşinceye kadar Yargıtay tarafından sonuçlandırılır. Bu kararlar hakkında, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 01.04.2005 tarihli ve 5308 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki temyize ilişkin hükümleri uygulanır.

Adalet Bakanlığı'nın 07.11.2015 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan kararı uyarınca, bölge adliye mahkemeleri 20.07.2016 tarihinde tüm yurttan göreve başlayacaktır. Bu bağlamda iş yargısında istinaf hükümlerinin uygulanması güncel bir sorun teşkil etmektedir. Diğer taraftan, Adalet Bakanlığı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı'nı hazırlayarak, 23.03.2016 tarihinde, taslağı görüşe sunmuştur. Bu Tasarısı Taslağı'nda, iş yargısında kanun yollarına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Taslakta, yürürlükte bulunan mevzuattaki istinafa ilişkin hükümlerden farklı düzenlemeler yer almaktadır.

Bu çalışmada, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda yer alan istinaf hükümleri, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı da dikkate alınarak değerlendirilecektir. Bölge adliye mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinde faaliyete geçmesiyle birlikte, iş yargısında meydana gelecek değişiklikler üzerinde durulacaktır. Ancak, bu çalışma esas olarak iş yargısında istinafı konu almaktadır. Temyize ilişkin düzenlemeler çalışmanın konusu dışında kalmaktadır.

Çalışmada ilk olarak, iş yargısında kanun yolunun birinci basamağını oluşturan istinaf kavramı üzerinde durulacaktır. İstinafa konu olabilecek iş mahkemesi kararları tespit edilmeye çalışılacaktır. Daha sonra, istinaf başvurusu ve istinaf yargılamasının aşamaları incelenecektir. İstinaf yargılaması sonucu bölge adliye mahkemesinin vere-

bileceği kararlar ele alınacaktır. Çalışma, genel bir değerlendirmenin yapılacağı sonuç kısmı ile son bulacaktır.

2. İSTİNAF KANUN YOLU

Yanlış olduğu iddia edilen mahkeme kararlarının tekrar incelenmesine ve değiştirilmesine yönelik hukuksal çarelere kanun yolu adı verilir.¹ **Hüküm mahkemelerinin karar verirken yanlışlık yapma olasılığına karşın, verilen kararların denetlenmesi** ve genellikle bir üst derece mahkemesinde inceleme yapılması amacıyla, her yargılama hukukunda kanun yolları öngörülmüştür. Kanun yolları sayesinde, mahkemeler tarafından verilen eksik, hatalı kararlar kesinleşmeden önce bir üst mahkeme tarafından denetlenmektedir.²

Klasik anlamda istinaf kanun yolunda, ilk derece mahkemesinde gerçekleşen yargılamadan tamamen bağımsız olarak, yeni ortaya çıkan değişiklikler ve herhangi bir sınırlamaya tâbi tutulmaksızın ileri sürülebilen yeni delil ve vakıalar da dikkate alınarak, istinaf incelemesini yapan mahkeme tarafından yeniden ele alınmakta ve karar verilmektedir.³ Dar anlamda istinafta ise, ilk derece mahkemesinde

¹ Ansay Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usûlleri, Ankara 1960, s. 342; Bilge Necip/Önen Ergun, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 636; Berkin Necmeddin M., Tatbikatçılara Usûl Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, s. 875; **Üstündağ Saim**, Medenî Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000, s. 816; Alan-goya Yavuz/ Yıldırım M. Kamil/Deren-Yıldırım Nevhis, Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2011, tıpkı basım, s. 445; Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2011, s. 523; Karşı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2014, s. 695; Kuru Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2015, s.524; Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2015, s. 513; Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema, Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2016, s. 582.

² Karşı, s. 695; Pekcanitez/Atalay/Özekes(Medeni Usul), s. 513; Ulukapı Ömer, Medeni Usul Hukuku, Konya 2015, s. 447; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 580; Kuru, s. 524; Çiftçi Murat Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, İstanbul 2011, s. 7; Günay Cevdet İlhan, İş Davaları, Ankara 2014, s. 110-111; Özekes Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Medeni Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), TBB Yayınları, Ankara 2011; s. 23.

³ Yılmaz Ejder, İstinaf, Ankara 2005, s. 21; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 635; Akkaya Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009. s. 102; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.522; Arslan/ Yılmaz/ Ayvaz, s. 580; Deren-Yıldırım, klasik anlamda istinafa tam istinaf demektedir. "Tam istinafı kabul eden sistemde, ikinci derece yargılama bütünüyle yeni bir usûl kesitidir, bölge adliye mahkemesi hâkimi ilk derece mahkemesinden bağımsız olarak yargılamaya yeniden yön verir. Bunun

yapılan yargılama baştan sona tekrarlanmaz; yalnızca gerekli görülen hususlarda vakıalar yeniden incelenerek karar verilir.⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile kabul edilen istinaf modeli, dar anlamda istinaftır.⁵

İstinaf kanun yolunda, ilk derece mahkemelerinin nihaî kararları, hem maddî vakıalara ve delillere uygunluk hem de hukuka uygunluk açısından incelenmektedir. Bu çerçevede, istinaf incelemesini yapan bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını yerinde bulmazsa, kanunda belirtilen şartlar altında, kendisi yeniden bir yargılama yapıp karar verebilmektedir (HMK m. 359).

İstinaf kanun yolu, öncelikle daha güvenceli bir yargılama yapılmasını sağlayacaktır.⁶ Zira, ilk derece mahkemesi kararlarına karşı, şu anda yapılmakta olan tek dereceli kontrol ve denetim mekanizması yerine, iki dereceli bir kontrol mekanizması oluşturulacaktır. Bir kararın iki ayrı üst yargı organınca denetlenmesi, daha sağlıklı ve doğru karar verilmesi imkânını artıracaktır. Ayrıca, istinaf aşamasında sadece denetimle yetinilmeyip aynı zamanda, gerektiğinde yeniden yargılama yapılması imkânının olması, kararların daha sağlıklı verilmesini

sonucunda taraflara ilk derece mahkemesi önünde toplanan dava malzemesini tamamlama ve yenileme imkânı verilmiş olmaktadır. Tam istinafta, bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını hukukî ve usulî açıdan denetlemekle kalmaz, esas bakımından da inceler.” bkz. Deren-Yıldırım Nevhis, “Teksif İlkesi Açısından İstinaf”, İstinaf Mahkemeleri, Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, Ankara 2003, s. 268; aynı yönde bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 508. Aynı yönde bkz. Akil Cenk, İstinaf Kavramı, Ankara 2010, s. 262.

⁴ Yılmaz- İstinaf, s. 22; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 635; Akkaya, s. 102. Deren-Yıldırım’ın sınırlı istinaf olarak adlandırdığı bu istinaf türü, ilk derece mahkemesi kararının, daha nitelikli bir mahkeme tarafından denetlenmesi işlevini görmektedir. “Sınırlı istinafın konusu, ilk derece mahkemesi hâkiminin altlama faaliyeti, yeni onun dava malzemesine yönelik değerlendirmesi ve nihayet hukukî normlara vakıaları altlamasının kanuna uygunluğunun denetlenmesidir.” Deren-Yıldırım-İstinaf, s. 269; aynı yönde bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 509; Akil, s. 263.

⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 636; Deren-Yıldırım-İstinaf, s. 269; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 509. Tanrıver, getirilen modelin hukuka uygunluk denetimine ağırlık vermesi, vakıalara uygunluk denetimine son derece sınırlı tutması gerekçesiyle, bu modelin istinaftan ziyade genişletilmiş temyize benzediği görüşündedir; bkz. Tanrıver Süha, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Tasarısına Göre İstinaf Derecesi-Tartışmalar”, Medenî Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı II, Ankara 2007, s. 46-47; Akkaya, s. 102-103.

⁶ Yıldırım Kâmil, Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000, s. 1 vd; Akil, s. 40; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 592; Tanrıver Süha, Medenî Usul Hukuku Cilt 1, Ankara 2016, s. 213.

mümkün kılacaktır. Bu sebeptendir ki, uzun yıllardan beri birçok ülkede üç dereceli yargı sistemi uygulanmaktadır.

İstinafla birlikte, kararlara karşı denetim mekanizmasının artması ile yargıda ortaya çıkan adil yargılanmayla ilgili sorunlar da azalacak ve kararlara duyulan güven artacaktır. İstinaf, Yargıtay'ın şu anda aşırı olan iş yükünün de bir süre sonra azalmasına katkı sağlayacağından, Yargıtay'ın da hukukî denetim işlevini daha iyi yapması ve içtihat mahkemesi olarak fonksiyonunu daha iyi yerine getirmesi mümkün hale gelecektir.⁷

İş yargısında istinaf kanun yolunun işlemesiyle birlikte Yargıtay'ın ilgili dairelerinin iş yükü önemli ölçüde azalacaktır. 2015 yılı istatistiklerine göre, Yargıtay'ın iş ve sosyal güvenlik hukuku ihtisas alanında görev alan 7, 9, 10, 21 ve 22'nci Hukuk Dairelerinde toplam, 230.199 temyiz dosyası bulunmaktadır.⁸ Bu dairelerde bulunan toplam dosya miktarı, Yargıtay Hukuk Dairelerinin toplam iş yükünün (744.866 dosya) yaklaşık üçte birini teşkil etmektedir. Hem bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesi hem de uyuşmazlıkların arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile giderilmesi sayesinde,⁹ iş uyuşmazlıklarının çoğu temyiz incelemesine konu olmayacaktır. Böylece makul sürede yargılanma hakkının sağlanmasının yanı sıra yargının etkinliğinin gerçekleştirilmesi bağlamında da önemli bir aşama kaydedilecektir.

3. İŞ YARGISINDA İSTİNAFIN DÜZENLENİŞİ

A. İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki İstinaf Düzenlemesi

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8'inci maddesinde iş yargısında kanun yollarına ilişkin şu düzenleme bulunmaktadır:

"İş mahkemelerince verilen nihaî kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Şu kadar ki, para ile değerlendirilemeyen dava ve işler

⁷ Özkes Muhammet, Sorularla Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), Ankara 2008, s. 12-13.

⁸ http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/yarg%C4%B1tay/1.pdf (25.05.2016)

⁹ İş yargısında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin olarak bkz. Manav Özdemir Eda, "İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri", Çalışma ve Toplum Dergisi, Y: 2014, S: 4, s. 185-221.

hakkındaki kararlar hariç, miktar veya değeri bin lirayı geçmeyen davalar hakkındaki nihaî kararlar kesindir.

İstinaf yoluna başvurma süresi, karar yüze karşı verilmişse nihaî kararın taraflara tefhimi, yokluklarında verilmiş ise tebliği tarihinden itibaren sekiz gündür.

Bölge adliye mahkemesinin para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararları ile miktar veya değeri beşbin lirayı geçen davalar hakkındaki nihaî kararlara karşı tebliğ tarihinden başlayarak sekiz gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

Kanun yoluna başvurulanan kararlar, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtayca iki ay içinde karara bağlanır.

Yargıtayın kararlarına karşı karar düzeltme yoluna başvurulamaz."

Söz konusu maddede, istinaf kanun yolu bir süreç olarak baştan sona hüküm altına alınmış değildir. İş yargısı bağlamında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen istinaf hükümlerinden farklılaşan hususların altının çizilmesi ile yetinilmiştir. Dolayısıyla, İş Mahkemeleri Kanunu'nda düzenleme bulunmayan hallerde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun istinafa ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

Anılan maddede, iş mahkemelerinin nihaî kararlarının kesinlik sınırı belirlenmekte ve bu sınırların üstünde bulunan kararlar aleyhine istinaf yoluna başvurabilme olanağı tanınmaktadır. Ayrıca, bölge adliye mahkemelerinden verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulmasına ilişkin esas ve usuller düzenlenerek, iş mahkemelerinde görülen davaların acele işlerden sayılması nedeniyle bu kararların bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay'ca iki ay içinde karara bağlanması öngörülmektedir.

B. İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağında İstinaf Düzenlemesi

İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının "Kanun yolu" başlığını taşıyan 8'inci maddesi şu şekildedir:

"(1) Hukuk Muhakemeleri Kanununun kanun yoluna ilişkin hükümleri, iş mahkemelerince verilen kararlar hakkında da uygulanır.

(2) Kanun yoluna başvuru süresi, ilamın taraflara tebliğinden itibaren işlemeye başlar.

(3) Davaların yığılması halinde kesinlik sınırı, her bir talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilir.

(4) Kanun yoluna başvurulanan kararlar, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtayca iki ay içinde karara bağlanır.”¹⁰

Tasarı Taslağının ilgili hükmünde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun kanun yollarına ilişkin hükümlerinin iş mahkemelerince verilen kararlar hakkında da uygulanması kabul edilmektedir. Bu bağlamda, istinaf hususunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndan farklı düzenleme öngörülmemektedir. Uygulamada yeknesaklığın sağlanması bakımından bu tercihin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Uygulamada, iş mahkemeleri tarafından verilen kararlar aleyhine kanun yoluna başvurulması durumunda sürenin tefhimden veya tebliğden başlaması konusunda yaşanan tereddütler adil yargılanma hakkının ihlâline yol açmaktadır.¹¹ Keza, İş Mahkemeleri Kanunu’nun öngördüğü temyiz süresi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenen temyiz süresinden farklı olup; daha kısa bir süredir. Tasarıdaki düzenlemeyle, temyiz süresi diğer hukuk mahkemeleriyle eşit hale getirilmektedir. Ayrıca, kanun yollarına başvuru süresinin hangi tarihten itibaren başlayacağı açık bir şekilde belirtilerek, bu hususta uygulamada yaşanan tereddütlerin giderilmesi amaçlanmıştır.

¹⁰ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı 8. Madde Gerekçesi (<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Duyurular/%C4%B0MK%20Tas.pdf>) (25.05.2016)

¹¹ “Uygulamada, iş mahkemelerinde, 8 günlük temyiz süresi tefhim ile başladığından, bir kısım mahkemeler gerekçeli kararı taraflara tebliğ etmemekte, bir kısım mahkemeler ise gerekçeli kararı her halde taraflara tebliğ etmektedir. Bu durum somut başvuruda olduğu gibi bazı davalarda tarafların mahkemelerin gerekçesini bilmeden temyiz başvurusu yapmak zorunda kalmasına ve temyiz incelemesinde davanın taraflarının temyiz gerekçeleri bilinmeden inceleme yapılmasına neden olmaktadır. İlk derece mahkemesi kararının gerekçesini bilmeyen kişilerin temyiz hakkını gereği gibi kullandığı ve tarafların temyiz nedenlerini bilmeyen temyiz merciinin de temyiz incelemesini sağlıklı bir şekilde yaptığı söylenemez. Bahsedilen şekilde yapılan temyiz başvurusu ve temyiz incelemesi, gerekçeli karar hakkı bağlamında adil yargılanma hakkına uygun olmayan bir yargılama yapılmasına sebebiyet vermektedir.” Anayasa Mahkemesi Başkanlığı’nın (İkinci Bölüm) 20.03.2014 gün ve 2012/1034 Başvuru sayılı kararı (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/f29d8365-fcb9-4f1b-8f3a-a9b4f7f3e56c?exclud eGerekce=False&wordsOnly=False>) (25.05.2016).

İş Mahkemeleri Kanunu'nda katılma yoluyla temyiz düzenlenmemiş olup, uygulamada Yargıtay'ın farklı içtihatları bulunmaktadır.¹² Maddeyle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kanun yollarına ilişkin hükümlerine atıf yapıldığından iş mahkemelerince verilen kararlar yönünden de katılma yolu ile kanun yoluna başvuru kabul edilmektedir.¹³

İşçi alacaklarına ilişkin davaların büyük çoğunluğu, davacının aynı davalıya karşı, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi şeklinde açılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 110'uncu maddesi, bu şekilde açılan davaları, "davaların yığılması" şeklinde nitelemektedir. Uygulamada yığılan davalar bakımından kesinlik sınırının, her bir talep için ayrı ayrı mı, yoksa taleplerin toplamı üzerinden mi değerlendirilmesi gerektiği konusunda tereddütler yaşanmaktadır. Düzenlemeyle davaların yığılması durumunda kesinlik sınırının her bir talep için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.¹⁴

4. İSTİNAFA KONU OLABİLECEK İŞ YARGISI KARARLARI

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8'inci maddesine göre iş mahkemelelerinin verdiği nihaî kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilmektedir. Maddenin devamında para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararlar hariç ilk derece mahkemesi tarafından, miktar veya değeri bin lirayı geçmeyen davalar hakkındaki nihaî kararların

¹² "Her ne kadar uygulamada iş mahkemesinde karşı temyiz yolu ile temyiz hakkı tanınmamakta ise de gerek iş hukuku mevzuatında gerekse de HUMK'nun temyize ait hükümlerinde bunu engelleyen bir hüküm bulunmadığı açıktır. Bu nedenle 6217 sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 433/1. maddesi gereğince temyiz dilekçesinin hüküm veren mahkeme aracılığı ile karşı tarafa tebliğ edilmesi ve karşı tarafa temyiz dilekçesine karşı cevap verme ve karşı temyiz isteminde bulunmak hakkının tanınması gereklidir." HGK, 30.09.2015 tarih ve E.2015/2484, K.2015/2216 sayılı kararı (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>) (26.05.2016) Aşağıda, "§ 5. İstinaf Başvurusunun Süresi" başlığı altında iş yargısında katılma yoluyla istinaf başvurusu üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır.

¹³ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı 8. Madde Gerekçesi (<http://www.kgm.adalet.gov.tr/DuyurulAR/%C4%B0MK%20Tas.pdf>) (25.05.2016).

¹⁴ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı 8. Madde Gerekçesi (<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Duyurular/%C4%B0MK%20Tas.pdf>) (25.05.2016).

verildiği anda kesin olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, miktar veya değeri bin lirayı geçmeyen davalar hakkındaki nihaî kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz.¹⁵

İş mahkemelerinin kanunla belirlenen hallerde verdiği kesin kararların yanı sıra miktar ve değeri bin lirayı geçmeyen kararları da kesindir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, istinaf kanun yolunda parasal sınırı, binbeşyüz lira olarak; İş Mahkemeleri Kanunu ise, bin lira olarak düzenlemiştir. Özel kanun olma niteliği itibarıyla iş mahkemesinde istinafa başvuru için göz önüne alınacak parasal sınır bin lira olacaktır. Bununla birlikte, yargılama sistemlerinde yeknesaklığın sağlanması önemlidir. Lakin, ihtisas mahkemelerinde görülen dava ve işlerin özellikleri farklı yargılama usullerinin benimsenmesi açısından makul bir gerekçedir. Bize göre, istinaf başvurusu yapabilmek için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen parasal sınır, bireyin dereceli yargılama hakkının temini bakımından cüzi bir miktar olarak belirlendiğinden, iş mahkemelerinde farklı bir parasal sınır benimsenmesinde, hukuki yarar bulunmamaktadır. Nitekim, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı'nda kanun yollarına ilişkin olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine atıf yapılmaktadır. Bu düzenlemenin kanunlaşp yürürlüğe girmesi halinde, iş mahkemele-ri ile diğer hukuk mahkemeleri arasında istinaf başvurusu açısından parasal sınır miktarında farklılık kalmayacaktır. Parasal sınırlar bağlamında farklılık bulunmaması, hem uygulayıcıların işini kolaylaştıracak, hem de yargılama sisteminde uygulama birliği sağlayacaktır.

Parasal sınırlar bağlamında, dikkate alınması gereken bir diğer husus, enflasyon oranına bağlı olarak paranın değer kaybı sonucu, kanunlarda sabit olarak belirlenen rakamların zamanla anlamını yitirmesidir. Bu çerçevede, 5236 sayılı Kanun'un 18'inci maddesi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na eklenen Ek madde 4¹⁶ hükmünde pa-

¹⁵ Bölge adliye mahkemesinin para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararları ile miktar veya değeri beşbin lirayı geçen davalar hakkındaki nihaî kararlara karşı tebliğ tarihinden başlayarak sekiz gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir (İMK m. 8, 3).

¹⁶ "Görev, kesin hüküm, istinaf, temyiz, Yargıtay'da duruşma, senetle ispata ve sulh mahkemelerindeki taksim davalarında muhakeme usulünün belirlenmesine ilişkin maddelerdeki parasal sınırlar; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığı'na her yıl tespit

rasal sınırların enflasyon karşısında korunması amaçlanmıştır. Ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ve İş Mahkemeleri Kanunu'nda öngörülen parasal sınırların, yeniden değerlendirilme oranında arttırılmasına ilişkin bir hüküm bulunmadığı için, her iki Kanun'daki parasal sınırlar sabittir. Buna karşılık, İcra ve İflâs Kanunu Ek madde 1 uyarınca, 363'üncü maddedeki parasal sınır, yeniden değerlendirilme oranına göre artacağı için, icra mahkemesi kararına karşı istinaf başvurusu yapılmasında 2016 yılı için parasal sınır 2.190 Türk Lirası olacaktır.¹⁷ Mahkemeler arasında böylesine farklılıklar uygulamada çelişkili kararlar verilmesine yol açabileceği için, parasal sınırlar bağlamında yeknesak bir düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır.

Keza, 2005 yılında bin lira olarak belirlenen parasal sınır, günümüz açısından çok cüzi bir rakamdır. Malvarlığı haklarına ilişkin davaların çoğu bu sınırı geçeceği için, istinafa konu olabilecektir. Bu sebeple, parasal sınırın, hak arama özgürlüğünü zedelemeyecek şekilde artırılmasında fayda vardır. Bu suretle, bölge adliye mahkemelerinin iş yükü de dengelenmiş olacaktır.

A. Nihai Kararlara Karşı İstinaf Başvurusu

Mahkeme, yargılama süresince ve yargılamanın sonunda bazı kararlar verir. Doktrinde mahkeme kararları, ara kararları ve nihai kararlar olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır.¹⁸ Mahkemenin davadan veya işten elini çekmeyip davaya veya işe devam etmesini, yargılamanın ilerlemesini sağlamaya yönelmiş bulunan kararlarına ara karar denilmektedir.¹⁹ Mahkemenin davadan elini çekmesi sonucunu doğuran ve yargılamaya son veren kararlar ise, nihai karar ola-

ve ilân edilen yeniden değerlendirilme oranında artırılması suretiyle uygulanır.”

¹⁷ Pekcanitez Hakan/Akkan Mine/Erişi, Evrim, İcra ve İflâs Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2016, s. 293.

¹⁸ Postacıoğlu İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 500-501; Bilge/Önen, s. 282; Berkin, s. 629; Üstündağ, s. 787; Kuru/Arslan/Yılmaz-Medeni Usûl, s. 472; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 435; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 522; Tutumlu Mehmet Akif, Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekeçli Karar, Ankara 2007, s. 17; Tanrıver-Usûl, s. 980.

¹⁹ Ansay, s. 150; Postacıoğlu, s. 500-501; Bilge/Önen, s. 282; Berkin, s. 629; Üstündağ, s. 787; Kuru/Arslan/Yılmaz-Medeni Usûl, s. 472; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 435; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 522; Tanrıver-Usûl, s. 980.

rak adlandırılmaktadır.²⁰ **Hükümler ise, davayı esastan çözen ve bu suretle sadece yargılamaya değil, uyuşmazlığa da son veren nihaî karardır.**²¹

Mahkemenin vermiş olduğu ara kararı değiştirebilmesi veya kaldırabilmesi mümkündür. Şöyle ki; ara karar ile, taraflardan biri lehine usûlî kazanılmış hak doğmamış ise, mahkeme, ara kararından her zaman dönebilir.²² Yargıtay içtihatları da bu yöndedir.²³ Mahkeme tarafından verilen ara kararlara karşı kanun yoluna başvurulamayacaktır. Ancak, yargılama neticesinde verilen nihaî karara karşı istinaf başvurusu yapılması halinde, ara kararın istinafa konu kılınması mümkündür. İş yargısı bakımından da, verilen kararlar aleyhine kanun yoluna başvurulabilmesi için kararın nihaî karar niteliğinde olması gerekmektedir.²⁴

Hâkim verdiği nihaî karardan dönemez, kararı kendiliğinden değiştiremez. Verilen nihaî kararların değiştirilmesi, düzeltilmesi için kanun yoluna başvurulması gerekir. Nihaî kararlar, esasa ilişkin nihaî kararlar (hükümler), usule ilişkin nihaî kararlar ve davanın konusuz kalması halinde verilen esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararları olmak üzere üçe ayrılır. Kanun yoluna başvurulması bakı-

²⁰ Postacıoğlu, s. 500-501; Bilge/Önen, s. 283; Üstündağ, s. 787, 826; Kuru/Arslan/Yılmaz-Medenî Usûl, s. 473; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 436; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 522; Tanrıver- Usûl, s. 983.

²¹ Postacıoğlu, s. 710; Bilge/Önen, s. 283; Berkin, s. 860; Üstündağ, s. 826; Kuru/Arslan/Yılmaz-Medenî Usûl, s. 474; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 553; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 523; Tutumlu, s. 17; Tanrıver- Usûl, s. 984.

²² Bilge/Önen, s. 282; Berkin, s. 861; Üstündağ, s. 788; Kuru/Arslan/Yılmaz-Medenî Usûl, s. 472-473; Tanrıver- Usûl, s. 980. Postacıoğlu, mahkemenin ara karardan dönebilmesi için, taraf lehine usûlî kazanılmış hak doğmaması şartını aramamaktadır: “Mahkeme işten el çekmesine müncer olmayan bir ara karar ile, muayyen hâdiseyi hâlleddip, bilâhare, bu kararında hukukî bir hata yaptığını anlarsa, bundan rücu ile yerine hukuka uygun olan yeni bir ara karar ikame edebilir. Mücerret ara kararından rücu, başlı başına bir nakız sebebi teşkil etmez.” (bkz. Postacıoğlu, s. 505).

²³ “Kural olarak mahkeme, verdiği ara kararından, dava veya yargılama sonuçlanmadan önce dönebilir. Genel nitelikteki bu kuralın tek istisnası, verilen ara kararının taraflardan biri yararına usûlî kazanılmış hak doğurması hâlidir. Diğer bir ifadeyle, bir ara kararının verilmesiyle taraflardan biri yararına usûlî kazanılmış hak doğar ise, mahkemenin artık bu karardan dönmesine yasal olarak olanak yoktur.” HGKK. 02.05.2007, 2007/14-227 E., 2007/241 K (ÜYAP).

²⁴ Akkaya, s. 111; Bozkurt H. Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, Ankara 2012, s. 588; Akil, s. 337; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.522; Arslan/Yılmaz/ Ayvaz, s. 580; Ulukapı, s.467; Tanrıver- Usûl, s. 983.

mından bu ayrımın herhangi bir hukuki sonucu olmayıp, ilk derece mahkemelerinden verilen nihaî kararlara karşı istinafa başvurulması mümkündür²⁵ (HMK m. 341).

Kanun koyucu her türlü nihaî karara karşı istinaf yoluna başvuru- labilmesini kabul etmemiş; bu hususta bir ayrım yapmıştır. Malvarlığı davaları ile şahıs varlığı davalarını istinaf başvurusu bakımından ayrı ayrı değerlendirmiştir. Konusu para olmayan ve para ile de ölçülemeyen kararlara karşı istinaf yolu açıktır. Buna karşılık, konusu para olan veya para ile ölçülebilen davalarda, istinafa başvurulabilmesi için kararın kanundaki parasal sınırı aşması gerekmektedir.

1. Malvarlığı Davalarında Verilen Nihaî Kararlar

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8'inci maddesine göre para ile değerlendirilemeyen işler hariç, miktar veya değeri bin lirayı geçmeyen davalar hakkında nihaî kararlar kesindir. Yani bu parasal değer bin liradır. Değeri bin lira olan veya bin lirayı geçen davalar hakkında verilen nihaî kararlar kesin olmayacağı için bu kararlar hakkında istinaf kanun yoluna başvurulabilecektir.

İş yargısının konusunu oluşturan uyuşmazlıkların büyük bir kısmı para ile değerlendirilebilen, konusu malvarlığı hakkı olan uyuşmazlıklardır. 2015 yılı istatistiki verilerine göre, iş mahkemelerinde açılan, 217.987 davadan, 133.838'i alacak davası, 21.316'sı ise, tazminat davasıdır. Bu bağlamda, iş yargısında görülen davaların yaklaşık dörtte üçünün malvarlığı hakkı davası olduğunun söylenebilmesi mümkündür.²⁶ Bu tür uyuşmazlıklar, genel olarak, ücret alacağı, fazla çalışma ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, hafta tatili ücreti gibi işçilik alacaklarına dayanan nedenlerle ortaya çıkmaktadır. Bunun yanı sıra ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, kıdem tazminatı, eşit davranmamaktan kaynaklanan tazminat gibi tazminat davaları da parayla değerlendirilebilen uyuşmazlıklardır. Bu uyuşmazlıklardan

²⁵ Ulukapı, s. 183,468; Kuru, s. 346; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 472; Karşı, s. 419; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 469-471; Özekes, s. 59; Akil, s. 336; Konuralp Haluk, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8Mart 2003, Ankara 2003, s. 248; Karşı, s. 789-790; Çiftçi, s. 84.

²⁶ http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/ihtisas/13.pdf (26.05.2016).

kaynaklanan davaların sonunda verilen karar da para ile değerlendirilebilen kararlar olacaktır.²⁷

Türk hukuk sisteminde küçük uyuşmazlıklar için gidilebilecek alternatif çözüm yollarının uygulaması azdır. Bu nedenle her türlü uyuşmazlık için mahkemeye başvurulmaktadır. İlk derece mahkemesinden alınan nihaî kararların çoğu için de kanun yoluna başvuru yapılmaktadır. Kanun yolunda iş yükünü azaltmak ve yığılmayı önlemek için kanun yoluna başvurunun sınırlı tutulması gerekmektedir. Aksi takdirde ilk derece mahkemesindeki uzun yargılama süreleriyle üst derece mahkemelerinde de karşılaşılmaması ihtimal dâhilindedir.²⁸ Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre, malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, parasal sınırın altında kalan nihaî kararlara karşı kanun yoluna başvuru hakkının tanınmaması, anayasaya aykırılık teşkil etmemektedir.²⁹

²⁷ Bozkurt H. Argun, “İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi”, ABD, Y.68, S.2010/2, s. 202.

²⁸ Akkaya, s. 116-120; Yılmaz, s. 55; Akil, s. 339; Konuralp, s. 247; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, s. 589; Karslı, s. 790; Çiftçi, s. 60-65.

²⁹ “Adliye mahkemelerinin kimi karar ve hükümleri için Yargıtay yolunun kapatılmasını öngören bir yasa kuralının hukuk devleti kavramıyla bağdaşmayacak sonuçlara yol açma olanak ve olasılığını doğuran bir nitelik arz etmedikçe bu kavramla çelişkiye düştüğünden söz edilemez. İtiraz konusu kuralla; davaların süratlendirilmesi ve Yargıtay’ın yükünün bir ölçüde azaltılması amaçlanmıştır; getirilen sınırlama kanıtı yararına yönelik bulunmaktadır. Türk parasının bugünkü satın alma gücü karşısında, yüzbin liralık kesinlik sınırının adalet duygusunu rencide edecek, dolayısıyla hukuk devleti ilkesini zedeleyecek ölçüye ulaştığını söylemek mümkün değildir. Öte yandan, itiraz konusu kuralla yargı yolu da kapatılmamıştır. İtirazda bulunan Mahkemenin bir iddiası da, adliye mahkemelerince verilecek kimi kararların kesin olduğu kabul edilerek dar gelirli yurttaşlar yönünden Yargıtay güvencesinin ortadan kaldırıldığı, bu durumun Anayasa’nın sosyal devlet ve eşitlik ilkesine ters düştüğüdür. İtiraz konusu kuralda, varlıklı kimselerle, iktisaden güçsüz olanlar arasında herhangi bir ayırım yapılmış değildir. Bir başka anlatımla bütün yurttaşlar aynı hükme tâbi tutulmuştur. Bu itibarla, eşitliğin bozulduğu yolundaki iddiada haklılık payı bulunmadığı gibi, kesin karardan varlıklı kimselerin daha az etkilenerek olması da Anayasanın sosyal devlet ilkesine ve eşitlik kuralına aykırılık oluşturacağından nedeni olarak kabul edilemez. Anayasa’nın 36. ve 154. maddelerine aykırılığa ilişkin iddialara gelince: Anayasa’nın 36. maddesine göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. “Meşru vasıta ve yollar” ibaresi, hukuk düzenine uygun vasıta ve yollar anlamındadır. Anayasa’nın 142. maddesinde, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir denilerek bu alanların Anayasa’ya uygun olarak düzenlenmesi yasama organına bırakılmıştır. Öteki temel hak ve hürriyetler gibi, hak arama hürriyeti de kamu yararı dikkate alınarak sınırlanabilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341'inci maddesine göre alacağın tamamının dava edildiği durumlarda, kararda asıl istemin kabul edilmeyen bölümünün belirlenen sınırı geçmemesi halinde bu ret kararına karşı istinafa başvurulamayacaktır. Eğer alacağın bir kısmı dava edilmişse, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341'inci maddesine göre istinafa başvuru sınırı yine alacağın tamamına bakılarak belirlenecektir. Kesinlik sınırının altında kalan kısım için katılma yolu ile istinafa başvurmak mümkündür. Şöyle ki; istinafa başvurma hakkı olmayan veya süresini kaçırmış olan kişi cevap dilekçesi vererek katılma yoluyla istinaf başvurusu yapabilir³⁰ (HMK m. 348).

Binbeşyüz Türk Lirası olan parasal sınır Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile düzenlenen sınırdır. Diğer özel kanunlarda bu sınır ayrıca belirlenmiş olabilir.³¹ Bu takdirde belirlenen bu sınır geçerli olacaktır. İş Mahkemeleri Kanunu da verilen hükmün kesin olması için bin Türk Lirası sınırını getirmiştir. Kanun'un 8'inci maddesine göre bin Türk Lirasının altında olan kararlar için istinaf başvurusu yapılamayacaktır. Ancak, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı'na göre, ise iş mahke-

Yasa koyucu, itiraz konusu kuralla, miktar veya değeri yüzbin lirayı geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihaî kararların kesin olmasını davaları süratlendirmek ve Yargıtay'ın yükünü hafifletmek düşüncesiyle kabul etmiş; bu kararların bir kere de Yargıtay'ca incelenmesinde kamu yararı görmemiştir. Kaldı ki, Anayasa'da bütün mahkeme kararlarının bir ayırım gözetilmeksizin üst mahkemedен geçmesini zorunlu kılan bir hüküm de mevcut bulunmamaktadır. Esasen yargı denetiminde sonsuzluk hiçbir zaman söz konusu olamaz; bir yerde kesilmesi gerekir. Nitekim kimi kanunlarda kanun yolları gereklere göre düzenlenmiş ve kimi kararların kesin olduğu belirtilmiştir. Öte yandan, adliye mahkemelerince verilen bütün kararların Yargıtay'ca incelenmesini istemek, bir anlamda ilk derece hâkimlerine güvensizliğin ifadesi kabul edilebilir. Bu güvensizliğin ise, hiçbir haklı nedeni ulamaz. Yargıtay'ın kuruluşunu ve işleyişini düzenleyen ve görevlerini belirleyen Anayasa'nın 154. maddesi, bütün kararların Yargıtay'ca incelenmesini zorunlu kılan bir hüküm içermemektedir.

Bu nedenlerle, Anayasa'nın 36. ve 154. maddelerine aykırılığa ilişkin itirazlar da yerinde görülmemiştir." Karara ilişkin değerlendirme için bkz. Özbek Selçuk, "HUMK m. 427'deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunu n Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 20.01.1986 tarihli Kararı, Hukuk Araştırmaları", Cilt 2, Sayı 2, Mayıs-Ağustos 1987, s. 62-74.

³⁰ Akkaya, s. 117; Yılmaz, s.56; Çiftçi, s. 65-68; Akil, s. 339; Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 522; Arslan/ Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 589-590; Karşı, s. 711;Ulukapı, s. 467; Çiftçi, s. 65.

³¹ Örneğin, İcra ve İflâs Kanunu'nun 363'üncü maddesinde, 5311 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik çerçevesinde icra mahkemesi kararlarına karşı istinaf başvurusu yapılabilmesi için bin liralık bir parasal sınır öngörülmüştür.

melerinin kararlarına karşı kanun yolu başvuruları için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili maddelerine atıf yapılmaktadır. Bu atıf uyarınca, iş mahkemelerince verilecek kararların istinaf kanun yoluna götürülebilmesi için parasal değer olarak binbeşyüz Türk Lirası göz önüne alınacaktır. Eğer İş Mahkemeleri Kanunu taslak metni bu şekilde kanunlaşırsa, iş mahkemelerince verilen kararlarının parasal değeri binbeşyüz liranın altında ise bu kararlar hakkında istinaf kanun yolu başvurusu yapılamayacaktır.

İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı'nın 8'inci maddesinde, dava yığılmasının varlığı halinde parasal sınırın nasıl hesaplanacağına ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre "Davaların yığılması halinde kesinlik sınırı, her bir talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilir." Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 110'uncu maddesinde, davacının, aynı davalıya karşı olan birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürebileceği düzenlenmek suretiyle, dava yığılması açıkça kanunla hüküm altına alınmıştır. Keza, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 341'inci maddesinde parasal sınır hesabında asıl talebin kabul edilmeyen kısmının dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede, Tasarı hükmü malumun ilanı niteliği taşımaktadır. Kanun yapma tekniği açısından, Hukuk Muhakemeleri Kanunu düzenlemesini tekrarladığı için bu hususta ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır.

2. Şahıs Varlığı Davalarında Verilen Nihai Kararlar

Şahıs varlığı davalarının konusunu şahsi haklar oluşturur. Bu davaların konusu para olmadığı gibi, konusunun para ile ölçülebilmesi de mümkün değildir. Şahıs varlığını konu alan davalarda, verilen nihai kararlara karşı, herhangi bir sınırlama olmaksızın istinaf kanun yoluna başvurulması mümkündür.³²

Miktar ve değer sınırı olmayan nihai kararlar bağlamında, istinafa başvuru kriteri, başka kanunlarda verilen karara karşı istinafa başvuru hakkının kaldırılmamış olmasıdır. Başka bir ifadeyle, özel bir kanun hükmü ile, istinaf kanun yoluna başvurunun yasaklanmadığı

³² Akkaya, s. 120; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 593.

hallerde, parayla ölçülemeyen kararlara karşı istinaf yolu açıktır. Kanun koyucu bu düzenleme ile şahıs varlığına ilişkin tüm davalarda nihaî kararların kanun yolu denetimine açık olmasını istemiştir.³³

Kanun koyucu, şahıs varlığı haklarına ilişkin bir nitelik taşımasına rağmen kanun yolu kapalı olan kararları özel kanun hükümleri ile tek tek düzenlemiştir. Bu düzenlemelerde, genellikle, ilk derece mahkemesi kararının kesin olduğunu belirtmekle yetinmiştir. Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda verildiği anda kesin olan, çeşitli iş mahkemesi kararları hüküm altına alınmıştır. Bu kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulamaz.

1. *“Sendika ve konfederasyonların genel kurul dışındaki organlarına seçilebilmek için kanunda aranan şartlara sahip olmayan birinin seçildiğini tespit eden valiliğin veya Bakanlığın başvurusu üzerine mahkeme, bu kişinin görevine son verir. Mahkemenin kararı kesindir” (m. 9/3).*
2. *“Genel kurulda yapılan organ ve delege seçimlerinin devamı sırasında yapılan işlemlere ilişkin olarak seçim sonuç tutanaklarının düzenlenmesinden itibaren iki gün içinde yapılacak itirazlar hâkim tarafından aynı gün incelenir ve kesin olarak karara bağlanır” (m. 15/1).*
3. *“Genel kurul dışında yapılan delege seçimlerine seçim sonuçlarının ilanından sonra iki gün içinde yapılacak itirazlar, mahkeme tarafından kesin olarak karara bağlanır” (m. 16/2).*
4. *“Sendikaya üyelik, Bakanlıkça sağlanacak elektronik başvuru sistemine e-Devlet kapısı üzerinden üyelik başvurusunda bulunulması ve sendika tüzüğünde belirlenen yetkili organın kabulü ile e-Devlet kapısı üzerinden kazanılır. Üyelik başvurusu, sendika tarafından otuz gün içinde reddedilmediği takdirde üyelik talebi kabul edilmiş sayılır. Haklı bir neden gösterilmeden üyelik başvurusu kabul edilmeyenler, bu kararın kendilerine tebliğinden itibaren otuz gün içinde dava açabilir. Mahkemenin kararı kesindir” (m. 17/5).*
5. *“Sendika üyeliğinden çıkarılma kararı genel kurulca verilir. Karar, e-Devlet kapısı üzerinden Bakanlığa elektronik ortamda bildirilir ve çıkarılana yazı ile tebliğ edilir. Çıkarılma kararına karşı üye, kararın tebliğ-*

³³ Çiftçi, s.82; Akkaya, s. 120; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.522; Yılmaz, s. 55-56.

den itibaren otuz gün içinde mahkemeye itiraz edebilir. Mahkeme iki ay içinde kesin olarak karar verir" (m. 19/4).

6. "İşçi ve üye sayılarının tespitinde maddî hata ve süreye ilişkin itirazları mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar" (m. 43/3, 2. Cümle).
7. "Oylamaya ilişkin itirazlar, oylama gününden başlayarak üç iş günü içinde mahkemeye yapılır. İtiraz, mahkemece üç iş günü içinde kesin olarak karara bağlanır" (m. 61/2).
8. "Grev ve lokavt dışında kalacak işçilerin niteliği, sayısı ve yedekleri, işveren veya işveren vekili tarafından toplu görüşmenin başlamasından itibaren altı iş günü içinde işyerinde yazı ile ilan edilir ve bu ilanın bir örneği taraf işçi sendikasına tebliğ edilir. Bu tebliğden itibaren altı iş günü içinde işçi sendikası mahkemeye itirazda bulunmazsa ilan hükümleri kesinleşir. İtiraz hâlinde mahkeme altı iş günü içinde kesin olarak karar verir.

Grev ve lokavta katılamayacak işçiler her ne sebeple olursa olsun kanuni süre içinde tespit edilmemiş ise işveren veya işçi sendikası çalışacak işçi sayısının tespitini süre geçtikten sonra da görevli makamdan isteyebilir. Görevli makam bu tespiti en kısa zamanda yaparak taraflara tebliğ eder. Gerekli hâllerde görevli makam resen tespitte bulunabilir. Görevli makamın tespitine karşı, taraflardan her biri mahkemeye altı iş günü içinde itiraz edebilir. Mahkeme altı iş günü içinde kesin olarak karar verir" (m. 65/2,3).

İş uyuşmazlıklarının çoğunluğunu malvarlığı haklarına ilişkin davalar oluşturmakla birlikte, şahıs varlığı haklarına ilişkin davalar da iş mahkemelerinde görülmektedir. Bu davalardan en önemlisi ve uygulamada da en sık rastlanana işe iade davalarıdır.³⁴ İşe iade davaları esas itibarıyla işveren tarafından yapılan feshin geçersiz bir fesih olduğunun tespiti için açılan davalardır. Bu davalarda davacı işçi, işe iadesi yerine işverenin kötüniyet tazminatı ödemesini talep edemez.³⁵

³⁴ Özkes Muhammet, "İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 488.

³⁵ Şakar Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2011, s. 144; Narmanlıoğlu Ünal, İş Hukuku, Ankara 2012 s. 495; Özcan Durmuş, Gerekçeli- Açıklamalı- İçtihatlı İş Kanunları Şerhi, Ankara 2014, s. 252; Korkmaz Fahrettin/Alp Nihat Seyhun, İş Hukuku, Ankara 2014, s. 226; Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş, İş Hukuku, Ankara 2014, s. 940; Süzek Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2015,

Çünkü kötünîyet tazminatı iş güvencesi dışında kalan işçiler için geçerlidir. İşe iade davasını ise iş güvencesi kapsamında kalan işçiler talep edebilecektir. İşe iade davası bir eda davası olmadığı için, mahkeme eda hükmü veya inşai hüküm verememektedir. Bu çerçevede ilk derece mahkemesince verilecek hüküm, bir tespit hükmüdür.³⁶ Yani bu kararla işveren işçiyi tekrar işe almaya zorlayamayacak; işveren bu karara rağmen işçiyi çalıştırmazsa işçiye iş güvencesi tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır. Önemle belirtilmelidir ki; işverenin bu seçimlik hakka sahip olması işe iade davası sonunda verilen hükmün tespit niteliğinde olması özelliğini değiştirip eda hükmü haline getirmemektedir.³⁷

İş Kanunu'nun 20'nci maddesinde, ilk derece mahkemesinin işe iade davası sonucunda vereceği kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay tarafından verilen kararın kesin olacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme, iş sözleşmesi feshedilen işçi gözetilerek düzenlenmiştir. Düzenlemedeki amaç, işçinin gelirinden mümkün olduğunca kısa süre mahrum kalmasını sağlamak, dava dosyasının ilk derece mahkemesine gönderilmesi, orada tekrar incelenip hüküm verilmesi sırasında geçen zamanda işçiyi mümkün olduğunca az mağdur etmektir. Bu düzenleme ile Yargıtay tarafından verilecek olan bozma kararına karşı direnme yolu kapatılmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2005/9-475 esas ve 2005/511 karar sayılı 21.09.2005 tarihli kararında "...Anılan düzenlemede yer alan, iş akdinin feshinin geçersizliğine ilişkin olarak açılacak bir davanın seri yargılama usulüne göre kısa süre içerisinde sonuçlandırılması düşüncesi, işçinin emek gelirinden olanaklar ölçüsünde en kısa süre yoksun kalması ilkesinden doğmuş, bu nedenle de Yargıtay Özel Dairesince verilecek kararın kesin olması amaçlanmıştır..." ifadesine yer vermek suretiyle, Yargıtay'ın kesin karar verme yetkisinin mutlak olduğun ve bozma kararına karşı direnme kararı verilemeyeceğinin altını çizmiştir.³⁸ Ancak, Yargıtay delillerin toplanmamış ve yeterince değerlendirilmemiş olduğu kanaatine varırsa, bu

s.564; Senyen Kaplan Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Ankara 2015, s. 204.

³⁶ Özekes-İşe İade, s. 488.

³⁷ Şakar, s. 144; Narmanlıoğlu, s. 495; Özcan, s. 252; Korkmaz/Alp, s.226; Mollamahmutoğlu/Astarlı/ Baysal, s. 1040-1041; Süzek, s. 639vd.; Günay, s. 1085; Senyen Kaplan, s. 227.

³⁸ Aynı yönde karar: YHGK E.2014/22-241, K.2014/483 ve 02.04.2014 tarihli karar. www.kazanci.com

durumda esas hakkında kesin karar vermeyecek; iş mahkemesinin kararını bozarak ilgili mahkemeye geri gönderecektir. Yargıtay'ın vereceği bu bozma kararı da İş Kanununun 20'nci maddesine göre kesin nitelikte olacağı için ilk derece mahkemesi Yargıtay'ın verdiği bozma kararına direnemeyecektir.³⁹ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı, istinaf uygulamasını dikkate alarak İş Kanunu'nun 20'nci maddesinin değiştirilmesini öngörmüştür. Buna göre, işe iade davaları hakkındaki kararlara karşı yapılan istinaf başvurularını, bölge adliye mahkemesinin bir ay içinde kesin olarak karara bağlayacağı düzenlenmiştir.

B. Geçici Hukuki Himaye Kararlarına Karşı İstinaf Başvurusu

Dava açılırken, ne zaman sona ereceği kesin değildir. Uygulamada öngörülen bir süre olsa bile bu süreden önce veya daha sonra davanın sona ermesi olasıdır. Yargılama devam ederken uyuşmazlıkla ilgili hak kayıplarının meydana gelmesi de muhtemeldir. Yargılama sırasında hak kayıplarının meydana gelmemesi için yargılamayı yürüten mahkeme tarafından uyuşmazlıkla ilgili, ara karar niteliğinde, uyuşmazlık konusu şeyi güvence altına almak amacıyla bazı kararlar verilebilir. Bu kararlara geçici hukuki himaye kararları denilmektedir.⁴⁰ Geçici hukuki himaye kararlarına; ihtiyati tedbir, delil tespiti, ihtiyati haciz, muhafaza tedbirleri ve geçici önlemler örnek olarak gösterilebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, ihtiyati tedbir kararını 389-399'uncu maddeler arasında, delil tespiti ve diğer hukuki himaye kararlarını ise 400-406'ncı maddeleri arasında düzenlemiştir. İş yargısı bağlamında, özellikle uygulamada işçi alacaklarının ödenmesini güvence altına almak için, ihtiyati haciz talebinde bulunmaktadır.

İhtiyati tedbir kararı yargılama başlamadan veya yargılama devam ederken istenebilir. İhtiyati tedbir isteminin reddi halinde, bu karara karşı kanun yolu olarak istinafa başvurulabilir (HMK m. 391/3). İhtiyati tedbir talebinin karşı taraf dinlenmeden kabul edilmesine karar verilmişse, dinlenilmeyen taraf, bu karara itiraz edebilir (HMK

³⁹ Süzek, s. 645; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 1041; Narmanlıoğlu, s. 519; Günay, s. 1135-1136.

⁴⁰ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 567; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 616; Öztekin Selçuk, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Geçici Hukuki Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-X, İzmir 1-2 Ekim 2012, s.430; Ulukapı, s. 509; Karlı, s. 751.

m. 394). Bunun gerekçesi, hukuki dinlenilme hakkının sağlanması ve karşı tarafın haklarının korunmasına imkân verilmesidir.⁴¹ İhtiyati tedbir kararına itiraz, aksi belirtilmemişse kararın icrasını durdurmaktadır. İhtiyati tedbir kararı bir ara karar niteliğinde olduğu için bu karara karşı kanun yoluna başvurulamaz, kararı veren mahkemeye itiraz edilebilir. Mahkeme bu itirazı değerlendirdikten sonra ya itirazı haklı görüp ihtiyati tedbir kararını değiştirir ya da itirazı haksız görüp reddeder. Mahkemenin itiraz üzerine verdiği kararlara karşı maddeye göre kanun yoluna başvurulabilir (HMK m. 395/5). Burada kanun yolundan anlaşılması gereken, ihtiyati tedbir kararı veren mahkemeye göre bir üst mahkemeye başvurdur. Eğer kararı ilk derece mahkemesi vermişse bu durumda istinaf kanun yoluna, eğer ihtiyati tedbir kararını bölge adliye mahkemesi vermişse bu durumda temyiz kanun yoluna başvurulacaktır. Kanun ihtiyati tedbir talebinin reddi halinde istinaf yoluna başvurmayı, kararın dava açılmadan önce veya sonra verilmiş olması açısından bir ayrıma tâbi tutmamıştır.⁴²

Mahkemenin itiraz üzerine verdiği kararın istinaf kanun yoluna götürülebilmesi için genel kurallardaki miktar ve değer esasının ihtiyati tedbirde de geçerli olup olmayacağına ilişkin kanunda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bir görüşe göre, ihtiyati tedbir açısından miktar ve değer esasının uygulanmaması gerekmektedir. Çünkü, ihtiyati tedbir esas hakkında bir karar değildir. Bu görüşe göre, ihtiyati tedbir kararı, hukuki korumayı amaçlayan, geçici süreliğine verilen bir karardır ve konusunun para ile ölçülebildiği söylenemez. Bu nedenle değer ve miktarına bakılmaksızın ihtiyati tedbir itirazına karşı verilen kararın istinaf başvurusunun konusu olabileceği savunulmaktadır.⁴³ Bize göre, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulmasında da, dava konusunu malvarlığı hakları oluşturuyor ise, parasal sınır dikkate alınmalıdır. Şöyle ki, bir uyuşmazlıkta kesin hukuki koruma kararına karşı, kanunda öngörülen pa-

⁴¹ Kuru, s. 508; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 633; Ulukapı, s. 517; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 571; Öztekin-Geçici Hukuki Koruma, s. 445; Karlı, s. 682.

⁴² Arslan/Yılmaz/Ayvaz, s. 567-571; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 616-641; Akkaya, s. 111-114; Öztekin-Geçici Hukuki Koruma, s. 431-445; Bozkurt- İş Mahkemeleri, s. 194-195; Ulukapı, s. 510-519; Karlı, s. 752-761.

⁴³ Çiftçi, s. 96-97.

rasal sınırın altında olması sebebiyle kanun yoluna başvurulamıyorsa; aynı uyuşmazlığa ilişkin olarak verilen geçici hukuki koruma kararına karşı da istinaf yoluna başvurulamayacağına kabulü gerekir. Zira, parasal sınırın altında kalan nihaî kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurmakta hukuki yarar yoksa; malvarlığı haklarına ilişkin konularda verilen ve parasal sınırın altında kalan geçici hukuki himaye kararları bakımından da evleviyetle istinaf başvurusu yapmakta hukuki yarar bulunmamaktadır. Buna karşın, şahıs varlığı haklarını ilgilendiren ihtiyati tedbir kararları bakımından, uyuşmazlık konusu para olmadığı ve para ile ölçülemediği için, istinaf kanun yolu açıktır.

Bir diğer geçici hukuki himaye kararı da ihtiyati hacizdir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 257 ilâ 268'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu kanunun 258'inci maddesinde ihtiyatî haciz talebinin reddi halinde alacaklının; 265'inci maddesinde ise, ihtiyati haciz kararına karşı itiraz edilmesi halinde, mahkemenin itiraz sonucunda verdiği karara karşı karar aleyhine olan tarafın, istinaf kanun yoluna başvurabileceği hüküm altına alınmıştır. Bölge adliye mahkemesi hak kaybı meydana gelmemesi için bu başvuruyu öncelikli işlerden sayacak ve hemen incelenecektir. Bu düzenleme kanun yolu olarak sadece istinafa imkân tanımaktadır⁴⁴ (İİK m. 265/3). Yani ilk derece mahkemesine ihtiyati haciz için itiraz edildiğinde, mahkemenin itiraza karşı verdiği karar için kanun yolu olarak sadece istinaf kanun yoluna başvurulabilecektir.⁴⁵

İş yargısı bağlamında, özellikle, iş kazalarına ilişkin davalarda uygulanan, Türk Borçlar Kanunu'nun 76'ncı maddesinde düzenlenen geçici ödemelere ilişkin kararlar, ihtiyari tedbir kararı niteliği taşımaktadır.⁴⁶ Bu kararlara karşı istinaf kanun yolunun işleyip işlemeyeceği uygulamada tartışmalara konu olacaktır. Sendikalar ve Toplu İş Söz-

⁴⁴ İhtiyati haczin konusu malvarlığı haklarına ilişkin olduğu için, ihtiyati haciz kararlarına ilişkin olarak yapılacak istinaf başvurularında her zaman için parasal sınırı aşmış olmadığı dikkate alınmalıdır.

⁴⁵ Akkaya, s. 113; Bozkurt- İş Mahkemeleri, s. 194.

⁴⁶ "Dava, iş kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkin olup, iş kazası sonucu yaralananın malul kalması ile ekonomik açıdan kötü duruma düşen aile fertlerinin temel ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için Borçlar Kanununun 76. maddesi uyarınca geçici ödeme yapılmasına karar verilmesi talep edilmiştir. Geçici ödeme ihtiyati tedbir niteliğindedir. Bu nedenle tedbir kararına itiraz üzerine mahkemeye ilgililerin davet edilip dinlenmesi, şayet taraflar gelmezse dosya üzerinden karar verilmesi gerekir." 21. HD., E. 2013/15667, K. 2013/20940, T. 18.11.2013 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

leşmesi Kanunu'nun 71'inci maddesinde düzenlenen tespit davasında grev veya lokavtın tedbir yolu ile durdurulması iş yargısı bağlamında karşımıza çıkabilecek başka bir ihtiyati tedbir kararı örneğidir.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre; iş yargılaması açısından, işe iade davası, yargılama süresinin uzun olması ve bu sürede işçinin işyerinde çalıştırılmıyor olması sebebiyle, işçi açısından hak kayıplarına yol açmaktadır.⁴⁷ İşçinin bu hak kaybından etkilenmemesi için mahkeme, ihtiyati tedbir kararı vererek yargılama süresince işçinin işyerinde çalışmasını sağlayabilecektir.⁴⁸ Bu durumda verilen ihtiyati tedbir kararı, davanın açılmasından hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre için geçerli olacaktır. Tedbir kararı geçici olduğu için uyuşmazlığın çözümünde esasa ilişkin bir etkisi olmayacak⁴⁹, sadece işçinin yargılama süresince haklarını koruyacaktır. İşçinin işyerinde çalıştırılmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararının verilmesi için yaklaşık ispat yeterlidir. Yani işçinin iş güvencesi kapsamında olduğunu, feshin yazılı olarak yapılmadığını, fesih sebebinin açık ve kesin şekilde bildirilmediğini ispat etmesi yeterlidir.⁵⁰ Bu görüşe karşılık olarak ileri sürülen diğer görüşe göre ise, mahkemenin işe iade şeklinde verdiği ihtiyati tedbir kararı, davanın esasına ilişkin bir karar olduğu için Hukuk Muhakemeleri Kanunu 397'nci ve İş Kanunu 21'inci maddelerine aykırılık söz konusu olur.⁵¹ İhtiyati tedbirin amacı istendiği esnada mevcut olan bir hakkın veya menfaatin daha sonra kaybolma ihtimaline karşı korunmasıdır. Kanundaki düzenlemeye göre davanın kabulü halinde bile işverenin işçiyi çalıştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. İşveren eğer işçiyi çalıştırmayacaksa ilgili tazminatları ödeyerek işçinin işe başlama başvurusunu reddedebilecekken henüz dava açılmadan veya henüz karar verilmemişken işçiyi işe başlatmasını zorunlu tutmak mümkün olmamalıdır.⁵²

İş Mahkemeleri Kanunu'nda, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü halinde, itiraz üzerine verilecek

⁴⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1036.

⁴⁸ Özbek Mustafa, "İşe İade Davasında Davacı İşçinin Tedbiren İşe İadesi" Çalışma ve Toplum, 2012; 35(4), s. 30.

⁴⁹ Özbek-İşe İade, s. 31.

⁵⁰ Akyiğit Ercan, İş Güvencesi, Ankara 2007, s. 313-314; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1036; Özbek-İşe İade, s. 34.

⁵¹ Özcan, s. 410.

⁵² Özcan, s. 410.

kararlara karşı istinafa gidilebileceği hususunda bir düzenleme yer almamaktadır. Kanun, istinafin konusunu iş mahkemelerinin nihaî kararları ile sınırlamıştır. Ancak, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının ilgili hükmünde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kanun yollarına ilişkin hükümlerinin iş mahkemelerince verilen kararlar hakkında da uygulanması kabul edildiği için, Tasarının kanunlaşması halinde, iş mahkemelerinin ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacze ilişkin kararlarına karşı istinaf başvurusu yapılabilecektir.

5. İSTİNAF BAŞVURUSUNUN SÜRESİ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda istinaf yoluna başvuru süresi, iki hafta olarak düzenlenmiştir (HMK m. 345/1). Başvuru süresinin, ilamın usulen taraflardan her birine tebliğiyle işlemeye başlayacağı esası benimsenmiştir. Ancak, istinaf yoluna başvuru süresi ile ilgili özel kanunlarda farklı hükümlerin öngörülebileceği belirtilmiştir.

İstinafa başvuru süresi, kesin süre niteliği taşır. Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 94'üncü maddesi uyarınca, Kanun'un tayin ettiği süreler kesindir. Kesin süre içinde yapılması gereken işlemi, süresi içinde yapmayan tarafın, o işlemi yapma hakkı ortadan kalkar (HMK m. 94/3). İstinaf süresine uyulmaması halinde başvuru hakkı düşer ve ilk derece mahkemesinin kararı şekli anlamda kesinleşir.

İstinaf başvurusunun süresi içinde yapılmamış olması halinde, istinaf dilekçesini alan ilk derece mahkemesi istinaf dilekçesinin reddine karar verecektir. İstinaf dilekçesinin reddi kararına karşı da tebliğden itibaren bir hafta içinde istinafa başvurulabilir (HMK m. 346). Çünkü, bu karar davanın esasını oluşturan hükümden bağımsız bir mahkeme kararıdır.⁵³

İstinafa başvuru süresinin kaçırılmış olması veya başvuru hakkının olmaması halinde, başvuru ilk derece mahkemesi tarafından reddedilecektir. Bu durumda olan taraf, katılma yolu ile istinafa başvurabilecektir. Katılma yolu ile başvurunun süresi asıl istinaf dilekçesinin, katılma yoluyla istinafa başvurmak isteyen tarafa tebliğ tarihinden itibaren iki haftadır (HMK m. 348). Buradaki iki haftalık süre her mah-

⁵³ Çiftçi, s. 131; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 591; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 524; Akkaya, Konuralp, s. 250; Ulukapı, s. 470; Karslı, s. 790.

keme için aynıdır. İş yargısında da katılma yoluyla istinafa başvuruyu engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır.⁵⁴

İş mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvuru süresi, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8'inci maddesinde sekiz gün olarak belirlenmiştir. İş Mahkemeleri Kanunu özel kanun niteliğinde olduğu için, genel kanun niteliğindeki Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükmü değil, süreyi sekiz gün olarak düzenleyen İş Mahkemeleri Kanunu hükmü uygulanacaktır.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8'inci maddesine göre, sekiz günlük istinafa başvuru süresi, karar yüze karşı verilmişse, nihaî kararın taraflara tefhimi tarihinden itibaren başlar. Eğer taraflar tefhim anında hazır bulunmuyorlarsa, kararın kendilerine tebliğinden itibaren sekiz gün içinde istinaf yoluna başvurmalarıdır.⁵⁵

Anılan hükmün gerekçesinde, "iş davalarının niteliği gereği acele işlerden sayıldığından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısından farklı olarak kanun yoluna başvuru süresinin sekiz gün" olarak tespit edildiği belirtilmiştir.⁵⁶ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı'nda ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kanun yollarına ilişkin hükümlerine atıf yapıldığı için, Tasarı'nın kanunlaşması halinde iş mahkemesi kararlarına karşı istinafa başvuru süresinde, diğer hukuk mahkemeliklerine nazaran herhangi bir farklılık olmayacaktır. Buna göre, iş yargısındaki sekiz günlük istinafa başvuru süresi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili maddesindeki gibi iki hafta olarak değişecektir. Tasarıda yapılan atıf nedeniyle, tasarının bu şekliyle kanunlaşması halinde, iş mahkemesi kararları için de artık tefhim değil; tebliğ tarihinden itibaren süre işlemeye başlayacaktır.

⁵⁴ İş yargısında katılma yoluyla temyize ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Deliduman Seyithan, "İş Mahkemesi Kararlarının Katılma Yoluyla Temyizi Mümkün Müdür?", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1-2, (2003), s. 369-376; Özbek Mustafa, "İş Mahkemelerinde Yürütülen Yargılamalarda Katılma Yoluyla Temyiz", (Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 939-962.

⁵⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 173-175; Süzek, s. 122; Günay, s. 111; Bozkurt-İş Yargılaması, s. 591.

⁵⁶ İş Mahkemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/522) (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/TBMM/d22/c076/tbmm22076065ss0802.pdf>) (30.05.2016).

Tasarı Taslağının ilgili hükmünün gerekçesi şu şekildedir: “Uygulamada, iş mahkemeleri tarafından verilen kararlar aleyhine kanun yoluna başvurulması durumunda sürenin tefhimden veya tebliğden başlaması konusunda tereddütler söz konusudur. Ayrıca 5521 sayılı Kanunun öngördüğü temyiz süresi, 6100 sayılı Kanunun diğer hukuk mahkemeleri için öngördüğü temyiz süresinden farklı ve daha kısadır. Düzenlemeyle, bir yandan temyiz süresi diğer hukuk mahkemeleriyle eşitlenmekte, diğer yandan sürenin tebliğden itibaren başlaması tercihi açık bir şekilde yapılarak, bu konudaki tereddütlerin giderilmesi amaçlanmaktadır”.⁵⁷

İstinaf süresinin uzunluğuna ilişkin olarak, iki menfaatin çatıştığı söylenebilir: İşçinin uyuşmazlığın kısa sürede kesin hükümle çözülmesindeki menfaati ile etkili bir şekilde çözümlenmesi arasındaki menfaati. İş uyuşmazlıklarının bir an evvel kesin hükümle sonuçlanıp, işçinin hukuki durumunun belirlenmesinde fayda vardır. Dolayısıyla, iş yargısında sürelerin daha kısa olmasının, işçi lehine yorum ilkesine uygun olduğu söylenebilir.

Diğer taraftan, sürelerin kısa olması, tarafların etkin hukuki koruma ihtiyacının karşılanmasını engelleyebilmektedir. Zira, istinaf dilekçesinin bir dava dilekçesi gibi, somutlaştırma ilkesine uygun bir şekilde hazırlanması gerektiğinden, üzerinde düşünülerek yazılmasında fayda vardır. Etkin hukuki korumanın sağlanması için, istinaf dilekçesinin ayrıntılı bir şekilde yazılması bağlamında⁵⁸ da, yeterli bir başvuru süresinin bulunması gerekmektedir. İş Mahkemeleri Kanunu’nda istinafa başvuru süresinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndan farklı olarak sekiz gün biçiminde düzenlenmesi, işçi lehine yorum ilkesiyle çatışabilir. Bu bağlamda, Tasarı’nın istinaf süresini iki haftaya çıkaran hükmü, işçi lehine olabilecektir. Kanun koyucunun Tasarıyı bu haliyle kanunlaştırması halinde, etkin hukuki korumayı baz alan menfaati daha üstün tuttuğu söylenilebilir.

⁵⁷ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı 8. Madde Gerekçesi (<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Duyurular/%C4%B0MK%20Tas.pdf>) (25.05.2016).

⁵⁸ Almanya’da ilk derece iş mahkemesi kararlarına karşı istinaf incelemesi, Eyalet İş Mahkemesi (*Landesarbeitsgericht*) tarafından yapılır. İstinafın taraflarının Eyalet İş Mahkemesi önünde, bir avukat veya kanunen yetkili kılınmış bir temsilci tarafından temsili zorunludur (§ 11 Abs 4 ArbGG). Steinert Karl-Friedrich /Theede Kai-Uwe/Knop Jens, Zivilprozess, 9. Auflage 2011, Rn. 202. Bize göre, Alman hukukundaki bu zorunluluğun temelinde, istinaf dilekçesinin istinaf sebebi açıkça belirtilerek ve temyiz dilekçesine göre ayrıntılı bir şekilde yazılması gereği vardır.

İstinafa başvuru süresinin iki hafta olması gerektiği bağlamında ileri sürülebilecek diğer gerekçe, istinafa cevap süresidir. Şöyle ki; İş Mahkemeleri Kanunu'nda cevap süresi ayrıca düzenlenmediğinden, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki cevap süresinin uygulanması gerekmektedir. Buna göre, karşı taraf, istinaf dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren iki hafta içerisinde, istinaf dilekçesine cevap verebilecektir. İstinaf edenin, istinafa başvurusu süresi; yüzüne karşı karar verilmişse, kararın tefhimi; yokluğunda karar verilmiş ise, kararın tebliği tarihinden itibaren sadece sekiz gündür. Buna karşılık, karşı tarafın, istinaf dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren cevap vermek için iki haftalık süresi bulunmaktadır. Bu durum, açıkça usul hukukunda temel bir yargılama ilkesi olan silahların eşitliği ilkesine⁵⁹ aykırılık teşkil etmektedir. Tasarıda, istinaf süresi ile istinafa cevap dilekçesini verme süresi tebliğden itibaren iki hafta olarak öngörüldüğünden, mevcut eşitsizlik bertaraf edilmiş olacaktır.

İstinafa başvuru süresinin elde olmayan nedenlerle kaçırılmış olması durumunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 95 ve devamı maddeleri çerçevesinde eski hale getirme talebinde bulunulabilmesi mümkündür.

6. İSTİNAF SEBEPLERİ

Kural olarak, istinaf yoluna başvurulacak kararlar hakkında ilk derece mahkemesinin, olaylara, delillere ve hukuki sebeplere ilişkin değerlendirmelerinin eksik veya yanlış olduğu düşüncesi bulunmaktadır.⁶⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda istinaf sebepleri tek tek ve açıkça sayılmış değildir. Ancak, bölge adliye mahkemesinin, istinaf dilekçesinde gösterilen sebeplerle sınırlı olarak inceleme yapacağı açıktır (HMK m. 355). Yazım hatası, hesap hatası gibi yeniden yargılama ve değerlendirme yapılmadan düzeltilebilecek hatalar için istinafa başvurulamayacaktır. Yine yargılamayı etkilemeyen, hukuki yararın bulunmadığı durumlarda da istinaf başvurusu yapılamayacaktır.⁶¹

⁵⁹ Yeşilova Bilgehan, Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği, *TBB. Dergisi*, 2009, Sa. 86, s. 47-101.

⁶⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 523; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 590 Karşılı, s. 729; Ulukapı, s. 469.

⁶¹ Arslan/Yılmaz/Ayvaz, s. 590; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 522; Akkaya, s. 179; Çiftçi, s. 303; Yılmaz, s. 57; Özekes, s. 60-61; Ulukapı, s. 469; Karşılı, s. 811-813.

İstinaf sebeplerinin dilekçede açıkça belirtilmesi gereği, istinaf yargılamasının belirtilen noktalara odaklanmasını ve daha hızlı sona ermesini sağlamak amacıyla düzenlenmiştir. Bu husustaki madde gerekçesinde, istinaf kanun yoluna başvuru ile nihaî kararın yeniden incelemesinin amaçlandığının altı çizilmiştir.⁶² İstinaf sebeplerinin açıkça gösterilmemesi halinde, bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesi gibi dosyanın baştan sona her aşamasını inceleyecek ve üst derece mahkemesi olmasının bir özelliği kalmayacaktır. İstinaf yargılaması, ilk derece yargılamasından farklı olmayacak ve zaman kaybı meydana gelecektir. Bölge adliye mahkemesini ilk derece mahkemesinden ayıran noktalardan biri daha tecrübeli hâkimlerden oluşması ve daha kısa sürede hüküm verebilecek olmasıdır.⁶³ Bunu sağlamak için ise istinaf sebeplerinin tek tek gösterilmesi gerekmektedir.

İstinaf sebeplerini usul kurallarına aykırılık ve maddî hukuk kurallarına aykırılık olarak iki grupta toplamak mümkündür. Usul kurallarına aykırılık halinde, yapılan yargılamanın kanuna aykırı olup olmadığı denetlenmektedir. Usule aykırılık mahkemenin verdiği hükme her zaman yansımayaabilir. Yargılama sonucunda, usule aykırılığın verilen hükme ne derece etkili olduğunun araştırılması da her zaman mümkün olmayabilir. Bu nedenle kanun koyucu usule aykırı bazı mutlak sebepler belirlemiştir. Bu sebepler, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 353'üncü maddesinde sıralanmıştır. Bu maddeye göre, davaya bakması yasak olan bir hâkim tarafından yargılamanın yapılması, haklı ret talebine rağmen reddedilen hâkimin yargılamayı yürütmesi, mahkemenin görevli ve yetkili olmasına rağmen görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması, ya da tam tersi görevsiz ve yetkisiz olmasına rağmen davaya bakması, dava şartlarına aykırılık bulunması, taraflarca gösterilen delillerin toplanmaması veya deliller değerlendirilmeden karar verilmesi halinde bölge adliye mahkemesi dosyanın esasına girmeden dosyanın tekrar ilk derece mahkemesince değerlendirilmesi için buraya gönderilmesine karar verir. Bunlar yargılamanın doğru işlemesi açısından ağır hatalardır ve mahkemenin kararını

⁶² Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, s. 177. <http://www.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf> (31.05.2016)

⁶³ Karşı, s. 729; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 523; Ulukapı, s. 469; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 590; Tanrıver, s2013.

etkilediğine kesin gözle bakılabilecek niteliktedirler.⁶⁴ Bu nedenle, bu sebeplere aykırılık mutlak istinaf sebebi olarak ileri sürülebilecektir.

İstinaf sebepleri kanunda sayılan yukarıdaki hususlarla sınırlı değildir. Kararı etkilediği düşünülen tüm usul kurallarına aykırılık halleri istinaf sebebi olarak gösterilebilecektir. Mahkemece usule aykırı olarak davanın veya karşı davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi, usule aykırı olarak davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına karar verilmesi, usule aykırı olarak merci tayinine karar verilmiş olması da mahkemenin verdiği hükme etki edebilecek nitelikte olduğu için, bunlar da istinaf sebebi olarak ileri sürülebilecektir.⁶⁵

Esasa ilişkin istinaf sebepleri ise, hukuki sorunun çözümünde ortaya çıkan hatalardan kaynaklanan sebeplerdir.⁶⁶ Kararın yanlış veya eksik olmasına neden olan her durum maddî hukuk kurallarına aykırılık teşkil eder. Ancak, maddî hukuk kurallarına aykırılık kanunda açıkça istinaf sebebi olarak düzenlenmemiştir. Bu bağlamda, maddî hukuk kurallarına aykırılık istinaf açısından, kararın esasının yanlış veya eksik olduğu her durum için kullanılan bir kavramdır.⁶⁷ Maddî hukuk kurallarına aykırılık, kuralın hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Maddî hukuka ilişkin incelemeye geçilebilmesi için usule ilişkin incelemenin bitirilmiş ve usule aykırılık bulunmamış olması gerekmektedir.⁶⁸

Maddî hukuk kurallarına aykırılık çeşitli şekillerde oluşabilir. Örneğin, somut olayın yanlış nitelenmesi ve bu nedenle yanlış kuralların uygulanması bir aykırılıktır. Yorum gerektiren bir durumun yanlış yorumlanması, yanlış anlamlandırılmasına; bu durum yorum hatasına, yorum hatası da kuralın yanlış uygulanmasına neden olmaktadır.⁶⁹ Örnek olarak; belirsiz süreli iş sözleşmesinin, belirli süreli iş sözleşmesi biçiminde nitelendirilerek, iş sözleşmesinin feshine ilişkin hükümlerin yanlış uygulanması durumunda maddî hukuk kurallarına aykırılık söz konusu olacaktır. Hukuk kurallarının hiç uygulanmaması da maddî hukuk kurallarına aykırılık teşkil eder. Bu durumda, hukuk

⁶⁴ Alangoya/Yıldırım/Deren- Yıldırım, s. 523; Karşlı, s. 729.

⁶⁵ Akkaya, s. 190-198; Çiftçi, s. 307 vd.

⁶⁶ Karşlı, s. 730.

⁶⁷ Karşlı, s. 730.

⁶⁸ Çiftçi, s. 561-563; Akkaya, s. 204-214; Yılmaz, s. 76-77; Akil, s. 354-355.

⁶⁹ Akkaya, s. 205; Akil, s. 355; Çiftçi, s. 562.

kuralının tespitinde hata bulunmaktadır. Hukuk kuralının hatalı tespit edilmesi halinde de yanlış bir çözüm yoluna ulaşılmış olacaktır ve bu halde de maddî hukuk kurallarına aykırılık gündeme gelecektir.⁷⁰ Yine verilen örneğe benzer şekilde, belirsiz süreli iş sözleşmesi tespitinin doğru yapıldığı, ancak hukuk kurallarının yanlış tespit edilmesi sonucu belirli süreli iş sözleşmesinin feshine ilişkin hukuk kurallarının uygulandığı durumlarda da maddî hukuk kurallarına aykırılık söz konusu olur.

İstinaf başvurusunun sebeplerinin gösterilmesinin yanında gerekçelerinin de belirtilmesi gerekmektedir (HMK m. 342/2-e). Yargılamanın hızlanması ve kanun yolunun amacına ulaşabilmesi için istinaf gerekçelerinin de dilekçede belirtilmesi gerekmektedir. Böylelikle mahkeme belirtilen sebeplere ve bu sebeplerin gerekçelerine ilişkin doğrudan bir inceleme yapmakta ve üst derece yargılaması daha kısa sürede tamamlanmaktadır. Ancak, hâkim kamu düzenine ilişkin hususlarda bu gerekçelerle bağlı değildir (HMK m.355). Yani gerek görmesi halinde, hâkim, kamu düzenine ilişkin hususlarda, dilekçede belirtilen sebep ve gerekçelerin dışına çıkarak bir inceleme yapabilir.

7. İSTİNAF BAŞVURUSU

İstinaf kanun yoluna başvuru, dilekçe ile yapılmaktadır (HMK m. 342/1). İstinaf dilekçesi, kararı veren iş mahkemesine veya başka bir yer mahkemesine verilebilir.⁷¹ İstinaf dilekçesi hangi mahkemeye verilmişse, o mahkemece bölge adliye mahkemesi başvuru defterine kaydedilir (HMK m. 342/1). Başvuru defterine kayıt tarihinde, istinaf başvurusu yapılmış sayılır (HMK m. 118). Ancak, bu kural Yargıtay'ın, 06.02.1984 tarihli ve 07/03 sayılı kararı ile birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre, harca tâbi olmayan davalarda deftere kayıt tarihinde, harca tâbi davalarda ise harcın ödendiği tarihte başvuru yapılmış sayılacaktır.⁷² İstinaf dilekçesine, karşı tarafın sayısı kadar

⁷⁰ Akkaya, s. 205-206; Akil, s. 364-368; Çiftçi, s. 561-563.

⁷¹ Kararı veren mahkemeden başka bir mahkemeye verilmiş olan istinaf dilekçesi, bölge adliye mahkemesi başvuru defterine kaydı yapıldıktan sonra, kararı veren mahkemeye örnekleriyle birlikte gönderilir. Bu durum derhâl mahkemesine bildirilir. Dosya, kararı veren mahkemece, istinaf dilekçesinde gösterilen daire ile bağlı kalınmaksızın, ilgili bölge adliye mahkemesine gönderilir (HMK m. 343).

⁷² Yılmaz, s. 59; Akkaya, s. 170-171; Çiftçi, s. 285-286; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, s. 593;

örnek eklenmelidir (HMK m. 342/1). Başvuruda verilen dilekçenin bir örneği mahkeme dosyasında bırakılmak üzere karşı tarafa/taraf-lara ilk derece mahkemesi tarafından tebliğ edilecektir. Karşı tarafın istinaf dilekçesine cevap vermesi için tebellüğ tarihinden itibaren iki haftalık süresi bulunmaktadır. Cevap dilekçesi de istinafa başvuru dilekçesi gibi kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilebileceği gibi başka yer mahkemesine de gönderilebilecektir. Cevap süresi olan iki haftanın dolmasından sonra tüm belge ve dilekçelerle birlikte dosya ilk derece mahkemesinden yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilecektir.⁷³

Hukuk Muhakemeleri Kanunu 342'nci maddesinde, istinafa başvuru dilekçesinde bulunması gereken hususlar düzenlenmiştir. Tarafların sıfatları, adı, soyadı, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numaraları; kanuni temsilci veya vekillerinin adı, soyadı, adresi; kararı veren mahkemenin bilgileri; kararın başvuran tarafa tebliğ edildiği tarih; kararın özeti; başvuru sebepleri ve gerekçesi; talebi; imzaları dilekçede bulunması gereken hususlardır.

İstinaf dilekçesi, başvuranın kimliği ve imzasıyla, başvuru kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması durumunda, diğer hususlar bulunmasa bile, dilekçenin reddine karar verilmeyip; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 355'inci maddesi çerçevesinde gerekli inceleme yapılır. Bu düzenlemenin amacı, istinaf dilekçesindeki bir usul eksikliği sebebiyle hak kaybını önlenmektir.⁷⁴

İstinaf sebeplerinin başvuru dilekçesinde açıkça gösterilmemesi, istinaf dilekçesinin reddi nedeni değildir. Ancak, istinaf dilekçesi başvuru sebeplerinin ve gerekçesinin belirtilmesi gerekmektedir. Zira, istinaf yargılamasında dilekçede belirtilen hususlarla sınırlı olarak inceleme yapılmaktadır. Bu sınırlama bağlamında, kamu düzenine ilişkin hususlar istisna teşkil eder. Bölge adliye mahkemesi, dilekçede belirtilmese bile, kamu düzenine ilişkin hususları kendiliğinden dik-kate alarak istinaf incelemesini gerçekleştirir. Bu bağlamda, istinaf di-

Ulukapı, s. 469-473.

⁷³ Çiftçi, s. 286; Akkaya, s. 171-172; Yılmaz, s. 60-61.

⁷⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, s. 177. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf> (31.05.2016).

lekçesinde hiç bir sebep ve gerekçe gösterilmemiş ve yapılan incelemede kamu düzenine aykırılık da tespit edilmemişse, istinaf başvurusu reddedilecektir.⁷⁵

Bölge adliye mahkemesi ile ilgili yetki sözleşmesi yapılması mümkün değildir (HMK m. 357/2). Bölge adliye mahkemelerinin yargı çevrelerinin belirlenmesine, değiştirilmesine veya bu mahkemelerin kaldırılmasına Adalet Bakanlığı'nın önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir⁷⁶ (5235 sayılı Kanun m. 25). Bu çerçevede, ilk derece mahkemesinin bulunduğu il, hangi bölge adliye mahkemesinin yetki çevresine dahil ise, o bölge adliye mahkemesi istinaf yargılamasında kesin yetkili olacaktır.⁷⁷

8. İSTİNAF İNCELEMESİ

İstinaf mahkemelerinde, sonuca daha hızlı ulaşmak ve yargılamayı daha sağlıklı sürdürmek için iki aşamalı inceleme yapılmaktadır. İncelemenin ilk aşaması ön inceleme ikinci aşaması ise esastan incelemedir.

⁷⁵ Çiftçi, s. 263; Konuralp, s. 251.

⁷⁶ Adalet Bakanlığı'nın 26.02.2016 tarihli teklifi üzerine, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Kurulunun 29.02.2016 tarihli ve 53 sayılı kararı ile Ankara, Antalya, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir ve Samsun Bölge Adliye Mahkemelerinin yargı çevreleri yeniden belirlenmiştir. Buna göre, Antalya Bölge Adliye Mahkemesi yargı çevresinin Afyonkarahisar, Antalya, Burdur, Denizli, Isparta, Mersin; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi yargı çevresinin Ankara, Aksaray, Bartın, Bolu, Çankırı, Düzce, Eskişehir, Kırıkkale, Karaman, Karabük, Kastamonu, Kayseri, Kırşehir, Konya, Nevşehir, Niğde, Sivas, Yozgat, Zonguldak, Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi yargı çevresinin; Ağrı, Ardahan, Artvin, Bayburt, Bingöl, Bitlis, Erzincan, Erzurum, Gümüşhane, Hakkâri, Iğdır, Kars, Muş, Tunceli, Van, Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi yargı çevresinin; Adana, Adıyaman, Batman, Diyarbakır, Elazığ, Gaziantep, Hatay, Kahramanmaraş, Kilis, Malatya, Mardin, Osmaniye, Siirt, Şanlıurfa, Şırnak, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi yargı çevresinin; Bilecik, Bursa, Edirne, İstanbul, Kırklareli, Kocaeli, Sakarya, Tekirdağ, Yalova, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi yargı çevresinin; Aydın, Balıkesir, Çanakkale, İzmir, Kütahya, Manisa, Muğla, Uşak, Samsun Bölge Adliye Mahkemesi yargı çevresinin; Amasya, Çorum, Giresun, Ordu, Rize, Samsun, Sinop, Tokat, Trabzon'un mülki hudutlarını kapsayacak şekilde yeniden belirlenmesine karar verilmiştir. (<http://www.hsyk.gov.tr/duyurular/2016/mart/EK-2-BAM-yargi-cevresi.pdf>) (31.05.2016).

⁷⁷ Yılmaz, s. 58; Akil, s. 198; Akkaya, s. 167; Çiftçi, s. 297; Konuralp, s. 249;

A. Ön İnceleme

Ön inceleme, bölge adliye mahkemesi tarafından dosya üzerinden yapılan bir incelemedir. Bu incelemede yargılamanın başka daire tarafından yapılması gerektiği, aleyhinde başvuru kararın bir kesin karar olduğu, başvuru süresinin kaçırıldığı, başvuru şartlarının yerine getirilmediği, dilekçede başvuru sebeplerinin gösterilmediği tespit edilirse esas incelemeye geçilmeden gerekli karar verilecektir⁷⁸ (HMK m. 352).

Ön incelemeyi, bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi⁷⁹ gerçekleştirecektir. Ön incelemede, dosyanın esastan incelemesine geçmek için aranan şartları sağlayıp sağlamadığı tespit edilmektedir. Bu sayede ileride tespit edilmesi muhtemel eksiklikler ve yanlışlıklar erkenden tespit edilmekte ve bölge adliye mahkemelerinin iş yükü azaltılmaktadır. Bu bağlamda, ön inceleme usul ekonomisine hizmet eden önemli bir yargılama aşamasıdır. Bununla birlikte, ön inceleme sırasında tespit edilemeyen hukuka aykırılıklar, esas inceleme esnasında tespit edilirse, bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunu o aşamada reddetme imkânı bulunmaktadır.⁸⁰

Aslında, istinaf başvurusunun süresinde yapılıp yapılmadığı; kararın kesin bir karar olup olmadığı ve harç ve giderlerin tam olarak yatırılıp yatırılmadığı hususlarının, ilk derece mahkemesi tarafından, istinaf dilekçesinin verilmesinden hemen sonra, ön incelemeden evvel gözetilmesi gerekir (HMK m. 346). Ancak, ilk derece mahkemesinin yaptığı incelemede, bu hususlardaki herhangi bir eksikliğin gözden kaçırılması durumunda, bölge adliye mahkemesi yapacağı ön inceleme ile eksikliği tespit edip gerekli kararı vermelidir.

İş mahkemesinin verdiği karara karşı başvuru süresinin kaçırılması veya kesin karara karşı istinaf başvurusu yapılması halinde, isti-

⁷⁸ Yılmaz, s. 64; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, s. 595; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 528; Çiftçi, s. 568; Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı II-III, Eskişehir 3-5 Ekim 2003.(Toplantı II-III) s. 36; Konuralp, s. 257; Karlı, s. 800.

⁷⁹ 5235 sayılı Kanun'un 35/1 maddesi uyarınca, bölge adliye mahkemelerinin başkanlar kurulları toplanarak, mahkemenin hukuk ve ceza dairelerinin numaralarını ve aralarındaki işbölümünü belirleyen kararlar almıştır. Buna göre örneğin Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin 5,6,7,8,9,10 ve 11'inci Hukuk Dairelerinin ihtisas alanı iş ve sosyal güvenlik hukuku olarak belirlenmiştir. (<http://www.hsyk.gov.tr/duyurular/2016/Mayis/bamduyuru/ankarabam.pdf>) (31.05.2016).

⁸⁰ Akkaya, s. 241.

naf dilekçesi reddedilecektir. İstinaf harç ve giderlerinin eksik yatırılmış olması halinde, kararı veren iş mahkemesi başvuru yapan tarafa bir haftalık kesin süre verecek; eğer harç ve giderler bu kesin süre içerisinde tamamlanmazsa dilekçeyi reddedecektir. Eğer istinafa başvuru hakkında feragat edilmişse ve buna rağmen istinafa başvurulmuşsa bu durumda da iş mahkemesi başvuru dilekçesini reddedecektir.⁸¹

Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince dosya üzerinde yapılacak ön inceleme sonunda; incelemenin başka bir dairece yapılması gerektiğini tespit ederse, başvuruyu reddetmeyip, işbölümüne giren daireye gönderir. Bu konuda, daireler arasında bir uyumsuzluk çıkarsa, bölge adliye mahkemesi başkanlar kurulu, kesin bir karar vererek işbölümüne sahip daireyi belirler. Kararın kesin olduğu, başvurunun süresi içinde yapılmadığı, başvuru şartlarının yerine getirilmediği tespit edilirse, istinaf başvurusu reddedilir. Başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmediği hallerde ise, dosya sadece kamu düzeyine ilişkin hususlar bakımından esastan incelenir. Eksiklik bulunmadığı anlaşılan dosya incelemeye alınır (HMK m. 352).

Ön inceleme aşamasının sonunda bir eksiklik tespit edilirse istinaf başvurusunun reddine karar verilecektir. Ancak kanunda bu ret kararına karşı hangi kanun yoluna başvurulacağından bahsedilmemiştir. Kural olarak bölge adliye mahkemesinin kararlarına karşı taraflar temyiz kanun yoluna başvurabildiği için bölge adliye mahkemesinin ret kararına karşı da temyiz kanun yoluna başvurulabilecektir. Ön inceleme aşamasının sonunda başvuruda bir eksiklik tespit edilmezse, bölge adliye mahkemesinin vereceği bir ara kararla inceleme aşamasına geçilecektir.⁸²

B. Esastan İnceleme

İstinaf başvurusuna ilişkin dosyada bir eksiklik veya bir yanlışlık bulunmaması halinde, bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince esastan inceleme, heyetçe veya görevlendirilecek bir üye tarafından yapılabilir (HMK m. 354/1). Kanunda, incelemenin hangi hallerde heyetçe, hangi hallerde görevlendirilecek hâkim tarafından yapılabi-

⁸¹ Çiftçi, s. 572-581; Akkaya, s. 246-252.

⁸² Akkaya, s. 253; Çiftçi, s. 585.

leceği açıkça düzenlenmemiştir. “Davanın özelliğine göre” ifadesine yer verilmek suretiyle, bu hususun belirlenmesi, incelemeyi yapacak olan bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinin takdirine bırakılmıştır. Kanun koyucu, bu konuda incelemeyi yapacak daireye yetki vermiş ve bu durumun uygulamanın ihtiyaçlarına göre değerlendirilmesini istemiştir. Bu düzenleme, istinaf incelemesinin usul ekonomisine uygun şekilde gerçekleştirilmesi açısından önem taşımaktadır. Özellikle, keşif gibi mahkeme binası dışında yapılacak işler bakımından, heyet olarak inceleme yerine, üyelerden birisinin görevlendirilmesi daha ucuz ve basittir.⁸³ Dosyanın bir üye tarafından incelenebilmesi için bu görevi daire başkanının vermesi yeterlidir. Dosyayı inceleyen üye inceleme sonunda bir rapor hazırlayarak mahkeme heyetine sunacak, karar yine heyetçe verilecektir.⁸⁴

Bölge adliye mahkemesi esastan incelemesini yaparken, yani tahkikat aşamasında, istinaf incelemesiyle ilgili özel hüküm bulunmayan hallerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlünü uygulayacaktır (HMK m. 360). Buna iş mahkemelerinde, kural olarak, basit yargılama usûlü uygulandığı için, iş mahkemesi kararına karşı başvuru istinafta, bölge adliye mahkemesindeki tahkikat aşamasında basit yargılama usûlü uygulanacaktır.⁸⁵ Ancak, tahkikat aşamasından önceki dilekçeler teatisi ve ön inceleme aşamalarında ve yine tahkikat aşamasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda öngörülen istinafa ilişkin özel usullerin uygulanması gerekir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 353’üncü maddesinde duruşma yapılmadan verilebilecek kararlar düzenlenmiştir. İncelemeyi yapacak üye veya heyet öncelikle bu maddede düzenlenen ihlallerin var olup olmadığını araştıracaktır. Eğer bu maddede belirtilen durumlardan biri mevcutsa inceleme sonunda oluşturulacak raporda bu ihlâl belirtilecektir. Ancak karar verilirken heyet bu raporla bağlı değildir. Yani varlığı ileri sürülen ihlâlin var olmadığına da karar verilebilecektir. Eğer maddede sayılan hukuka aykırılıkların dosyada var olmadığına kanaat getirilirse esastan incelemeye devam edilecektir. Bu

⁸³ Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 48; Akkaya, s. 257; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.600.

⁸⁴ Yılmaz, s. 65; Çiftçi, s. 588; Akkaya, s. 256; Ulukapı, s. 473; Karşı, s. 802; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, s. 596; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 529; Akil, s. 319.

⁸⁵ Akkaya, s. 261.

aşamaya kadar yapılan inceleme, kanun gereği duruşmasız olarak yapılacaktır.⁸⁶

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353'üncü maddesine göre, mahkeme kararının usul veya esas yönünden hukuka uygun olduğunun tespiti halinde, başvurunun esastan reddine karar verilir. Keza, ilgili hüküm uyarınca, yeniden yargılamaya ihtiyaç duyulmayacak şekilde kanunun olaya uygulanmasında hata yapılmış olması veya gerekçenin hatalı yazılmış olması halinde, yargılamada bulunan eksiklerin duruşma yapılmadan tamamlanmasından sonra esas hakkında karar verilebilecektir.⁸⁷

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353'üncü maddesinde sayılan haller dışında, istinaf incelemesi duruşmalı yapılıır (HMK m. 356). Ancak, mahkeme duruşma yapılıp yapılmayacağını, her somut olay için ayrı ayrı değerlendirecektir. Değerlendirmede, dilekçede belirtilen gerekçeler ve sebepler dikkate alınacaktır. Duruşma yapılabilmesi için istinafa başvuran tarafın dilekçesinde duruşma talep etmiş olması koşulu aranmamaktadır. Belirlenen duruşma günü ve saati taraflara tebliğ edilecektir. Tebligatta tarafların duruşmaya gelmemesi halinde yargılamaya yokluklarında devam edileceği ve yokluklarında karar verileceği bildirilecektir. Taraflar mazeretsiz olarak katılmadıkları duruşmada yapılan işlemlere itiraz edemezler. Yine tahkikatın tamamlanabilmesi için başvuruda bulunan tarafın belirlenen gideri yatırması gerektiği de bildirilecektir.⁸⁸ İstinafa başvuran taraf, kabul edilebilir bir mazerete dayanarak duruşmaya gelemeyeceğini bildirdiği takdirde, yeni bir duruşma günü tayin edilerek taraflara bildirilir. Ancak, mazeretsiz olarak duruşmalara katılmadığı veya tahkikatla ilgili giderler süresi içinde yatırılmadığı takdirde, dosyanın mevcut durumuna göre karar verilir. Bununla birlikte, öngörülen tahkikat yapılmaksızın karar verilmesine olanak bulunmayan hâllerde başvuru reddedilir (HMK m. 358).

Taraflarca dilekçede ileri sürülen sebepler, ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerinin hatalı veya eksik olduğunu göstermekte ise, bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesinin vakıa tespitleri ile

⁸⁶ Çiftçi, s. 593-594; Akkaya, s. 261; Yılmaz, s. 66-67; Akil, s. 320-321.

⁸⁷ Çiftçi, s. 620; Yılmaz, s. 67; Akkaya, s. 305; Akil, s. 323-324.

⁸⁸ Akkaya, s. 309; Yılmaz, s. 68; Akil, s. 326.

bağlı olmayacaktır. Bu hatanın düzeltilmesi için bölge adliye mahkemesi bizzat bir inceleme yapacaktır. Bu amaçla, örneğin tanıklar yeniden dinlenebilecek, yeniden bilirkişi raporu alınabilecektir, keşif yapılabilir. Re'sen araştırma ilkesinin uygulanacağı dosyalarda, bu delilleri mahkeme zaten toplayabilecektir. Ancak, resen araştırma ilkesinin uygulanmayacağı dosyalarda bölge adliye mahkemesinin bunları araştırabilmesinin ilk şartı ilk derece yargılamasında bunların ileri sürülmüş olması, ikinci şartı ise istinaf dilekçesinde de bu delillerden bahsedilmiş olmasıdır. Aksi halde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 357'nci maddesinde düzenlenen yeni delillere dayanılmaması kuralı ihlâl edilmiş olacaktır.⁸⁹ Buna göre, iş mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği hâlde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller, bölge adliye mahkemesince incelenebilir (HMK m. 357/3).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 357'nci maddesinde, yeni vakıaların istinaf aşamasında ileri sürülemeyeceği de düzenlenmiştir. Yani ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen vakıalar, resen dikkate alınması gerekenler hariç, istinaf dilekçesinde ve duruşmada ileri sürülemeyecektir. Keza, ilk derece yargılamasında taraflarca bilinen veya bilinmesi gereken, ancak ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar, istinaf yargılamasında dermeyan edilemeyecektir. Dar anlamda istinafın benimsenmiş olmasından dolayı, ilk derece yargılaması sona erdikten sonra ortaya çıkan yeni vakıalar da istinaf yargılamasında ileri sürülemeyecektir. Çünkü ilk derece mahkemesi bu yeni vakıalar hakkında inceleme yapmamıştır. Dolayısıyla, ortada ilk derece mahkemesinin hatası veya ihmali bulunmamaktadır. Bu nedenle istinaf yargılamasında da incelenemeyecektir.⁹⁰

İstinaf başvuruları, bölge adliye mahkemesi tarafından, iki ay içinde karara bağlanır (İMK m. 8/4). Kanun koyucunun öngördüğü iki aylık süre düzenleyici niteliktedir.⁹¹ Bölge adliye mahkemelerinin iki aylık süre içinde karar vermemesi halinde uygulanacak yaptırım, kanunda açık bir şekilde düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte, makul sürede yargılanma hakkının temini bakımından, bölge adliye mahke-

⁸⁹ Akkaya, s. 285-286; Çiftçi, s. 624-626.

⁹⁰ Akkaya, s. 289; Çiftçi, s. 669; Akil, s. 308-309.

⁹¹ Tanrıver- Usûl, s. 433.

melerinin iki aylık süre içinde karar vermesi gerekir. Aksi halde; makul sürede yargılanma hakkının ihlâli ve bireysel başvuru neticesinde devletin tazminat ödemeye mahkûm edilmesi gibi olumsuz sonuçlar ortaya çıkabilir.

Son olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 357'nci maddesinde istinaf yargılamasında yapılamayacak işlerden bahsedilmiştir. Maddeye göre bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerine karşı dava açmak, davaya müdahale talebinde bulunmak, davanın ıslahı, davaların birleştirilmesi, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların ileri sürülmesi, yeni delillere dayanmak; bölge adliye mahkemesi için yetki sözleşmesi yapılması istinaf yargılaması sırasında yapılamayacak işlemler olarak sayılmıştır. Bu işlemlerin istinaf aşamasında yapılmasının istinaf yargılamasına amacı itibariyle bir katkısı olmayacaktır.⁹²

9. İSTİNAF YARGILAMASI SONUNDA VERİLEBİLECEK KARARLAR

Bölge adliye mahkemesi duruşmalı olarak veya duruşmasız olarak yaptığı inceleme sonucu bir karar verecektir. İnceleme, üye hâkim tarafından yapılmış olsa dahi, karar, heyetçe Verilen karar metnine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 359'uncu maddeyi düzenlemiştir. Bu maddeye göre; kararı veren bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi başkan, üyeler ve zabıt kâtibinin ad, soyadları, sicil numaraları; tarafların kimlikleri ve TC kimlik numaraları, varsa kanuni temsilcilerinin adı, soyadı ve adresi; tarafların iddia ve savunmaları; ilk derece mahkemesinin kararı; ileri sürülen istinaf sebepleri; delillerin tartışması; hüküm sonucu ve varsa kanun yolu ve süresi; kararın verildiği tarih, başkan ve üyeler ile zabıt kâtibinin imzaları; gerekçeli kararın yazıldığı tarih karar metninde yer almalıdır.

Bölge adliye mahkemesinin yaptığı inceleme sonunda üç farklı ihtimal gündeme gelmektedir. İhtimallerden birincisi; ilk derece mahkemesinin kararının usulen ve esasen doğru olduğu durumlarda, istinaf talebinin reddidir. Bu durum, ilk derece mahkemesi tarafından usulüne uygun yargılama yapıldığı, maddi hukukun doğru ve

⁹² Yılmaz, s. 69-70; Akkaya, s. 293.

eksiksiz uygulandığı, hükmün doğru kurulduğu anlamına gelmektedir. Dilekçede ileri sürülen istinaf sebeplerinin yokluğu ve ilk derece mahkemesinin kararının değiştirilmeden kabul edildiği durumlarda bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermelidir (HMK m. 353/1-b/1). Bu karar, hem istinaf iddialarının yanlış veya eksik olduğunu tespit eder hem de ilk derece mahkemesinin verdiği kararı onaylar niteliktedir. Bölge adliye mahkemesince verilen bu karar eğer temyiz edilebilen kararlardan değilse, hüküm, istinaf başvurusunun esastan reddi kararı ile kesinlik kazanacaktır.⁹³

İstinaf başvurusunun haksız olması ve başvurunun reddi halinde, dikkat edilmesi gereken bir husus da, istinaf başvurusunun kötüniyetle yapılmış olması ihtimalidir. İstinaf başvurusunun kötüniyetle yapıldığı anlaşılırsa, başvuru sahibi, bölge adliye mahkemesince, 329'uncu madde hükümlerine göre⁹⁴ disiplin para cezasına çarptırılır (HMK m. 351). Hak arama özgürlüğü de, diğer hak ve özgürlükler gibi kötüye kullanılamaz. Hukuk devleti ilkesini benimsemiş bir hukuk sistemi, hak arayanların bu konudaki özgürlüklerini tam olarak teminat altına alırken, bu hakkın, kötüniyetli şekilde, kişiler üzerinde baskı aracı olarak kullanılmasına, yargılamayı uzatıcı işlemler yapılmasına ya da başka haksızlıklara yol açmasına izin vermemelidir. Bu sebeple yeni dönemde, bu konuda daha dikkatli olunması ve şartları oluştuğunda bu yaptırım hükmünün işletilmesi gereklidir.

İkinci ihtimalde; bölge adliye mahkemesi, ilk derece yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber, kanunun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde veya kararın gerekçesinde hata edilmiş ise düzelterek yeniden esas hakkında karar verir (HMK m. 353/1-b/2). Özellikle, ilk derece mahkemesi kararının bazı maddî ya da hesap hatalarını içermeye

⁹³ Yılmaz, s. 70; Ulukapı, s. 477; Karlı, s. 813; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, s. 600; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 534; Akil, s. 323; Çiftçi, s. 785,837; Akkaya, s. 312.

⁹⁴ Kötüniyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. Vekâlet ücretinin miktarı hakkında uyuşmazlık çıkması veya mahkemece miktarının fahiş bulunması hâlinde, bu miktar doğrudan mahkemece takdir olunur. Kötüniyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, bundan başka beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası ile mahkûm edilebilir. Bu hâllere vekil sebebiyet vermiş ise disiplin para cezası vekil hakkında uygulanır (HMK m. 329).

si durumunda, yeni bir yargılamaya ve kararın esasını değiştirmeye gerek olmayıp kararın düzeltilmesi yeterli olacaktır.⁹⁵ Bu, bir yönü ile Yargıtay'ın düzelterek onama kararına benzetilebilir. Ancak, bölge adliye mahkemesi, temyizde olduğu gibi onama kararı veremez. Ayrıca, davacı, hükmün bir kısmı için istinafa başvurmuşsa, başvurulmayan kısım, için bir inceleme yapılmayacak ilk derece mahkemesinin kararı muhafaza edilecektir.⁹⁶

Özellikle duruşma yapılmasına gerek olmayan, usûlî hataların söz konusu olduğu (HMK m. 353/1-a'da 6 bent halinde belirtilen) durumlarda, bölge adliye mahkemesi, esas incelemeden ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak, yeni bir karar verilmesi için, dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verebilir.⁹⁷ Gönderilecek mahkeme, duruma göre kararı veren ilk derece mahkemesi olabileceği gibi, bölge adliye mahkemesinin kendi yargı çevresindeki uygun göreceği başka bir yer mahkemesi ya da görevli ve yetkili mahkeme ya da başka bölge adliye mahkemesi olabilir (HMK m. 353/1-a). Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi kararı usule ilişkin, nihai bir karardır.⁹⁸

Bir görüşe göre, verilecek bu karar istinaf kanun yolunun amacına uymamaktadır. Bu görüşe göre bölge adliye mahkemeleri kendi yetkileri çerçevesinde uyumsuzluğun esasını çözen kararları verebilmelidirler. Esasa ilişkin verilmesi gereken her karar için dosyanın tekrar ilk derece mahkemesine gönderilmesi hem zaman açısından hem de ekonomik açıdan taraflar aleyhine gelişecektir.⁹⁹

İlk derece mahkemesince davanın reddine karar verilen durumlarda, başvuranın istinaf sebeplerinin yerinde görülmesi veya re'sen incelenen hususlar çerçevesinde, ilk derece mahkemesi kararının hukuka uygun bulunmaması üzerine, ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak yeniden esas hakkında karar verilir. Bu halde, ilk derece mahkemesi davanın reddine karar vermiştir. Ancak, bölge adliye mahkemesi yaptığı incelemede bu kararın yanlış olduğu kanaatine vararak, ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak, onun yerine geçmek

⁹⁵ Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 68; Özekes, s. 82.

⁹⁶ Yılmaz, s. 71; Akil, s. 323-324; Akkaya, s. 334; Çiftçi, s. 843.

⁹⁷ Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 66; Özekes, s. 81; Akkaya, s. 324; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 606.

⁹⁸ Akkaya, s. 324; Çiftçi, s. 808; Yılmaz, s. 71; Akil, s. 324.

⁹⁹ Yılmaz, s. 70.

suretiyle, davanın kabulüne karar vermektedir.¹⁰⁰ Bu karar, kısmen ya da tamamen kabul kararı olabilir. Ayrıca, ilk derece mahkemesinin, davayı kabul yönünde karar vermesinden sonra, istinaf aşamasında yapılan incelemede, bölge adliye mahkemesince, ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak davanın esastan reddi yönünde bir karar verebilmesi mümkündür.¹⁰¹

İlk derece mahkemesindeki yargılamada ortaya çıkan, feragat, kabul ve sulhe ilişkin hükümler, kıyasen istinaf aşaması bakımından da uygulanmalıdır. Örneğin, feragat, kabul, sulh, konusuz kalma hallerinde yargılama giderlerine vs. nasıl karar verileceği hususlarında ilk derece yargılamasındaki hükümler uygulanacaktır. İstinaf aşamasında uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla sona ermesi de mümkündür.

İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağına göre, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade talebiyle açılacak davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunludur. Buna göre, dava açılmadan önce başvurulmuş arabuluculuktan sonuç alınamaz ve uyuşmazlık iş mahkemesi önüne bir dava olarak gelirse; iş mahkemesinin bu davada verdiği nihaî karara karşı istinafa başvurulması mümkündür. Ancak, istinaf aşamasında tarafların kendi iradeleriyle arabuluculuğa başvurup uyuşmazlığın çözülmesini sağlamaları mümkündür. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir (HUAK m. 18/2). Bu sebeple, istinaf aşamasında başvurulmuş arabuluculuk neticesinde varılan anlaşmaya, bölge adliye mahkemesi, şartları varsa, icra edilebilirlik şerhi verebilecektir.

9. SONUÇ

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8'inci maddesinde, iş mahkemelerince verilen nihaî kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Ancak, anılan düzenlemede, iş mahkemelerinin nihaî kararlarına karşı istinafta, istinafin konusunu oluşturan kararlar, is-

¹⁰⁰ Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 67; Özekes, s. 81; Akkaya, s. 334; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 606-6-7.

¹⁰¹ Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 67; Özekes, s. 82; Akkaya, s. 335; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 607.

tinaf süresi ve sürenin başlangıcı bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı hükümler öngörülmüştür. Öncelikle, malvarlığı haklarına ilişkin davalarda istinaf için öngörülen parasal sınır Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda binbeşyüz lira iken; iş davalarında bin liradır. Ayrıca, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi veya bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilmesi bağlamında İş Mahkemeleri Kanunu'nda bir açıklık bulunmamaktadır.

İstinafa başvuru süresi bakımından da, iş yargısında, istinaf edenin karar yüze karşı verilmişse nihaî kararın taraflara tefhimi, yokluklarında verilmiş ise tebliği tarihinden itibaren sekiz günlük bir süresi varken; hukuk davalarında nihaî kararın tebliğinden itibaren iki haftalık süre verilmiştir. Keza, iş yargısında, karşı tarafın cevap vermek için, istinaf dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren iki haftalık bir süresi bulunmaktadır.

5308 sayılı Kanun'la 2005 yılında yapılan bu düzenlemenin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümleriyle uyumlu olmasını sağlamak amacıyla, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı hazırlanmıştır. İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağı'nda, bu hususlarda özel bir düzenleme öngörülmeyp; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılmıştır. Bu düzenlemenin kanunlaşması halinde, hem süreler bakımından söz konusu olan eşitsizlik giderilmiş hem de uygulama bakımından yeknesaklık sağlanmış olacaktır.

Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden evvel, temyiz başvurusu yapılmış, iş mahkemesi kararları bakımından, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454'üncü madde hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla, Yargıtay'da bulunan temyiz dosyalarını, ilgili Yargıtay daireleri temyiz incelemesine tâbi tutacaktır. Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihine kadar, Yargıtay'ın bozma kararlarına karşı verilen direnme kararının temyizi halinde dava dosyası, önce kararı veren daireye gönderilir. Direnme kararları daireler tarafından öncelikle incelenir. Kararı veren daire, direnmeyi yerinde görürse kararı düzeltir; yerinde görmezse talebi on gün içinde Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna iletir (İMK m. Geçici Madde 2). Bu nedenlerle halen Yargıtay'da bulunan dosyalara Yargıtay bakmaya devam edecektir.

Bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinden sonra, 20.07.2016 tarihinden önce verilmiş ve temyiz başvurusu yapılmamış olan iş mahkemesi kararları bakımından, kararın taraflara tefhimi, karar yokluklarında verilmiş ise tebliği¹⁰² tarihinden itibaren sekiz gün içinde istinafa başvurulması gerekir. Bu halde, temyize başvuru imkânı bulunmamaktadır. 20.07.2016 tarihinden sonra, iş mahkemele-
rinin kararları bakımından başvurulabilecek kanun yolu sadece isti-
naf olacaktır.

Kaynakça

- Akil Cenk, İstinaf Kavramı, Ankara 2010.
- Akkaya Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.
- Akyiğit Ercan, İş Güvencesi, Ankara 2007.
- Alangoya Yavuz/Yıldırım M. Kamil/Deren-Yıldırım Nevhis, Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2011.
- Ansay Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usûlleri, Ankara 1960.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016.
- Berkin Necmeddin M., Tatbikatçılara Usûl Hukuku Rehberi, İstanbul 1981.
- Bilge Necip/Önen Ergun, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.
- Bozkurt H. Argun, "İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi", ABD, Y.68, S.2010/2, s.191-208 (Bozkurt-İş Mahkemeleri).
- Bozkurt H. Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, Ankara 2012 (Bozkurt-İş Yargılaması).
- Çiftçi Murat Özgü, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, İstanbul 2011.
- Deliduman Seyithan, "İş Mahkemesi Kararlarının Katılma Yoluyla Temyizi Mümkün Müdür?", Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-2, (2003), s. 369-376.
- Deren-Yıldırım Nevhis, "Teksif İlkesi Açısından İstinaf", İstinaf Mahkemeleri, Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, Ankara 2003, s. 267-284.
- Günay Cevdet İlhan, İş Davaları, Ankara 2014.
- Kaplan Senyen, Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2015.
- Karslı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2014.
- Konuralp Haluk, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, Ankara.
- Korkmaz Fahrettin/Alp Nihat Seyhun, İş Hukuku, Ankara 2014.
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2014.
- Kuru Baki, Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2015.
- Manav Özdemir Eda, "İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının

¹⁰² Tasarının kanunlaşması halinde, tefhim tarihi değil; tebliğ tarihi istinaf sürresinin başlangıcına esas alınacaktır.

- Alternatif Çözüm Yöntemleri”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y: 2014, S: 4, s. 185-221.
- Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı II-III, Eskişehir 3-5 Ekim 2003.(Toplantı II-III)
- Mollamahmutoglu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş, İş Hukuku, Ankara 2014.
- Narmanlıoğlu Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2012.
- Özbek Mustafa, “İşe İade Davasında Davacı İşçinin Tedbiren İşe İadesi” Çalışma ve Toplum, 2012; 35(4), s. 11-39 (Özbek- İşe İade).
- Özbek Mustafa, İş Mahkemelerinde Yürütülen Yargılamalarda Katılma Yoluyla Temyiz, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 939-962 (Özbek-Katılma Yoluyla Temyiz).
- Özcan Durmuş, Gerekçeli- Açıklamalı- İctihatlı İş Kanunları Şerhi, Ankara 2014.
- Özekes Muhammet, “İş Kanunu’nun 20. ve 21. maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 479-514 (Özekes-İşe İade).
- Özekes Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Medeni Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), TBB Yayınları, Ankara 2011.
- Öztek Selçuk, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Geçici Hukuki Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-X, İzmir 1-2 Ekim 2012, s.428-461 (Öztek-Geçici Hukuki Koruma).
- Öztek Selçuk, “HUMK m. 427’deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 20.01.1986 tarihli Kararı, Hukuk Araştırmaları”, Cilt 2, Sayı 2, Mayıs-Ağustos 1987, s. 62-74 (Öztek-Kesinlik Sınırı).
- Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2015.(medeni usul)
- Pekcanıtez Hakan/Akkan Mine/Erişir Evrim, İcra ve İflâs Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2016.
- Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2013.
- Postacioğlu İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.
- Steinert Karl-Friedrich /Theede Kai-Uwe/Knop Jens, Zivilprozess, 9. Auflage 2011.
- Süzek Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2015.
- Şakar Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2011.
- Tanrıver Süha, “Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Tasarısına Göre İstinaf Derecesi-Tartışmalar”, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı II, Ankara 2007, s. 46-47 (Tanrıver-Tartışmalar)..
- Tanrıver Süha, Medenî Usûl Hukuku Cilt 1, Ankara 2016 (Tanrıver- Usûl).
- Tutumlu Mehmet Akif, Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçeli Karar, Ankara 2007.
- Ulukapı Ömer, Medeni Usul Hukuku, Konya 2015.
- Üstündağ Saim**, Medenî Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000.

Yeşilova Bilgehan, Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği, *TBB. Dergisi*, 2009, Sa. 86, s. 47-101.

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

Yılmaz Ejder, İstinaf, Ankara 2005.

Elektronik Kaynaklar

<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>

http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/yarg%C4%B1tay/1.pdf

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/f29d8365-fcb9-4f1b-8f3a-a9b4f7f3e56c?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/DuyuruLAR/%C4%B0MK%20Tas.pdf>

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>

İş Mahkemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/522)

(<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c076/tbmm22076065ss0802.pdf>)

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf>

TASARRUFUN İPTALİ DAVASININ İPOTEK ALACAKLISI VE DÖRDÜNCÜ KİŞİYE ETKİSİ (ÖZELLİKLE TASARRUF TARİHİNDEN SONRA YENİ MALİK TARAFINDAN TESİS EDİLEN İPOTEĞİN ÖNCELİK HAKKININ BULUNMAYIŞI) EFFECTS OF ACTIO PAULIANA ON THE MORTGAGE CREDITOR AND ON THE FOURTH PERSON

M. Serhat SARISÖZEN*

Özet: Haciz takibinde mallarının haczedilmesinden, iflâsta iflâsına karar verilmesinden önce, borçlunun mal ve hakları üzerindeki tasarruf yetkisinde herhangi bir kısıtlama yoktur. Bu nedenle borçlular bazı şüpheli tasarruflarda bulunabilirler. Borçlunun mallarının haczinden veya iflâs etmeden önce, alacaklılarından mal kaçırmak için yapmış olduğu bu şüpheli tasarrufların iptal ettirilebilmesi için, alacaklılara dava açma hakkı tanınmış olup bu dava “tasarrufun iptali davası” olarak adlandırılır. Üçüncü kişinin iyiniyeti hukuk sistemlerinde korunmasına rağmen kanun koyucu tasarrufun iptali davasında üçüncü kişinin iyiniyetini kural olarak korumamıştır. Çünkü bu davanın başlıca muhatabı zaten üçüncü kişidir. Bu çalışmada tasarrufun iptali davasının ipotek alacaklısına ve dördüncü kişiye etkisi incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Tasarrufun İptali Davası, İpotek alacaklısı, İcra ve İflas Hukuku **Abstract:**

Abstract: There is no restriction on the power of disposition of a debtor's assets before the attachment of his goods or adjudication of his bankruptcy. For this reason, debtors may make some doubtful dispositions. To avoid these doubtful dispositions, which are made before the attachment or bankruptcy in order to hide assets, there is a right of action for the creditors, called “Actio Pauliana”. Although good-faith of third person is protected in legal systems, the lawmaker does not protect the good-faith of the third person in actio pauliana as a rule. Because the main party of this action is the third person. In this article, the effects of actio pauliana on the mortgage creditor and on fourth person are examined.

Keywords: Actio Pauliana, Mortgage Creditor, Enforcement and Bankruptcy Law

* Yrd. Doç. Dr., Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

I- GİRİŞ

Hacizden veya iflas kararından önce, malları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilen borçlular, henüz alacaklıları takibe başlamadan, onlardan mal kaçırmak amacıyla malvarlıklarını başkalarına devredebilirler. İşte bu gibi kötü niyetli borçluların mal kaçırmak kası ile yaptıkları işlemlerden zarar gören alacaklıları korumak amacı ile alacaklılara tasarrufun iptali davası açabilmeleri imkânı tanınmıştır.¹ Tasarrufun iptali davası, borçlunun alacaklılarına zarar veren bazı tasarruflarını davacı alacaklı bakımından, onun alacağı ölçüsünde hükümsüz hale getirmeye yarayan bir davadır.²

İcra ve iflas Kanunu m.277/I uyarınca iptal davası, İİK m.278, 279 ve 280. maddeler doğrultusunda açılabilir; borçlunun gerek “dava dışındaki”, gerek “icra takibi içindeki” tüm tasarrufları³, iptal davası

¹ Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku, C.IV, s. 3406; Necmeddin Berkin, İflas Hukuku, B.4, İstanbul 1972, s. 490; Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar, Tasarrufun İptali Davaları, B.4, Ankara 2011, s. 15; Baki Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2004, s. 1196; İsmet Sarısözen, “İcra ve İflas Kanununa Göre İptal Davasında Yargılama Usulü”, ABD, 1977/1, s. 50-58; Selçuk Öztekin, “Tasarrufun İptali Davalarında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yargıtay’ın Bu Sorunlara İlişkin Uygulaması”, Prof.Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s. 319; Ali Güneren, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2012, s. 39; İzzet Karataş/Erol Ertekin, Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 1998, s. 15; Serdar Kale, “Aciz Halindeki Borçlunun Bir veya Birkaç Alacaklısını Kayıran Hukuki Filleri Dolayısıyla İptal Davası”, Prof.Dr. Ergun Önen’e Armağan, Ankara 2003, s. 191 vd; Kamil Yıldırım, “Tasarrufun İptali Davasının İşlevi Bakımından Aciz Vesikası ile İlişkisi Hakkında Düşünceler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11 Özel Sayı, Prof.Dr. Bilge Umar’a Armağan, İzmir 2010, s. 973; Cenk Akil, “Yargıtay Kararları Işığında Tasarrufun İptali Davaları Bağlamında Aciz Belgesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/3, S.5, s. 162; Aziz Serkan Arslan, “Tasarrufun İptali Davasından Sonra Açılan Menfi Tespit Davasında Bekletici Mesele Yapma Sorunu”, Prof.Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C.1, Ankara 2014, s. 253.

² Bkz. Senai Olgaç, “Yargıtay İçtihatlarının Işığında İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları”, Recai Seçkin’e Armağan, Ankara 1974, s. 458; Uyar/Uyar/Uyar, C.1, s. 15; Bilge Umar, Türk İcra İflas Hukukunda İptal Davası, Ankara 1963, s. 54 vd; Timuçin Muşul, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2015, s. 13-14; Ömer Ulukapı, İcra ve İflas Hukuku, B.6., Konya 2014, s. 284; Şahabettin Sertkaya / Süleyman Kul, Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2016, s. 4; Levent Börü, “İcra ve İflas Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası (İİKm. 280)”, C.58, S.3, Y.2009, s. 483-484.

³ Bunların içine, satış işlemi, ipotek işlemi, tapuya şerh verilerek güçlendirilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhler, alacağın temlik işlemi, bağışlama, borç ikrarında bulunma, ticari işletmenin devri gibi işlemler girmektedir (Bkz. Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarının Konusu, (İİK m. 278, 279, 280)”, TBB Dergisi, Sayı 78, Y.2008, s. 288; Uyar/Uyar/Uyar, C.1, s. 66).

na konu olabilecektir.⁴ İptal davasına konu olan işlemler kural olarak maddi hukuk bakımından ve takip hukuku bakımından geçerli olan ve alacaklıları zarara sokan işlemlerdir.⁵

⁴ Uyar “hukuki işlem” ifadesini kullanırken (Uyar, Konu, s. 288; Uyar/Uyar/Uyar, C.1, s. 66); Kuru, “tasarruf” kavramı hukuki işlemten daha geniş bir anlam ifade ettiğinden tasarruf işlemi ifadesini kullanmaktadır (Kuru, C.IV, s. 3410; Kuru, İcra, s. 1197); Tasarrufların içine “hukuki fiiller”in de girmesi gerektiği ifade edilmiştir (Burhan Gürdoğan, İflas Hukuku Dersleri, Ankara 1966, s. 222; Saim Üstündağ, İflas Hukuku, İstanbul 2007, s. 294; Arslan, s. 254; Börü, s. 487; İdil Tuncer Kazancı, Tasarrufun İptali Davalarında İspat, Ankara 2015, s. 34); Bu bağlamda borçlunun haksız bir icra takibine ve ödeme emrine itiraz etmemesi, takibe konu borcu kabul etmesi, zamanaşımı definde bulunmaması, hiçbir kanıta dayanmayan haksız bir davayı kabul etmesi, zamanaşımı definde bulunmaması, hiçbir delile dayanmayan haksız bir davayı kabul etmesi, haklı bir davadan feragati, yeminden çekinmesi, kanun yoluna başvurmaktan kaçınması hukuki bir işlem olmamasına karşın hukuki bir fiil sayılır ve iptal davasına konu olabilir (Güneren, s. 56; Aslan, s. 255; Börü, s. 487; Sertkaya/Kul, s. 10); Yıldırım ise “hukuki tasarruf” kavramını kullanmaktadır. Bu görüşe göre, hukuki sonuç doğuran her türlü irade açıklaması sonuçlarının doğması istenmiş olsun veya olması hukuki tasarruf sayılır (Kamil Yıldırım Kamil, İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1995, s. 142); Ayrıca bkz. Kamil Yıldırım, “4949 Sayılı Kanunun Getirdiği Değişikliklerle İcra İflas Kanunu’nda Yer Alan İptal Davalarına ve İflasın Ertelenmesine İlişkin Yeni Hükmeler”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2004, C.1, S.2, s. 141.

⁵ Hakan Pekantez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, İcra ve İflas Hukuku, B.10, Ankara 2012, s. 841; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku, B.27, Ankara 2013, s. 614; Uyar, Konu, s. 288-289; Muşul, Tasarrufun İptali, s. 5-6; Güneren, s. 40; Seda Kurtuluş, “İcra Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği”, *İBD*, 1973/7-8, s. 776; Ulukapı, İcra, s. 285. Muvazaalı işlem olması durumunda iptal davası açılmasına gerek olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Birinci görüşe göre iptal davası açılmasına gerek yoktur (Umar, s. 17. Kuru, C.IV, s. 3413 vd; Mustafa Reşit Belgesay, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, İstanbul 1950, s. 264; Timuçin Muşul, İcra ve İflas Hukuku, B.4, Ankara 2010, s. 1436; Timuçin Muşul, İflas Suçları Taksiratlı ve Hileli İflas Suçları ile Diğer İflas Suçları, İstanbul 1998, s. 95; Kudret Aslan, Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005, s. 492 vd; Karataş/Ertekin, s.133 vd; Haşmet Sırrı Akşener, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, İstanbul 2007, s. 117; Ulukapı, İcra, s. 285); İşlemin muvazaalı olması halinde, işlem konusu taşınır veya taşınmazın mülkiyeti borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişiye geçmemiş olduğundan, bu durumda iptal davası açılmaz şeklen üçüncü kişinin üzerinde gözüken malvarlığının alacaklı tarafından haciz ve satışının istenmesi gerekir; burada muvazaalı işlemler hukuki sonuç doğurmadığından, iptal davasına değil istihkak davasına konu yapılabilir (Uyar, Konu, s. 290; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 614; Kuru, İcra, s. 1198); İkinci görüşe göre muvazaalı işlem hakkında iptal davası açılabilir (Yıldırım, s. 142; Turhan Esener, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956, s. 108; Tolga Akkaya, “Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflas Kanunu’nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu”, *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2006/3, s. 670 vd; Börü, s. 487; Talih Uyar, “İcra ve İflas Yasasında Düzenlenen İptal Davasının Hukuki Niteliği ve Konusu”, *İBD*, 1984/10-11-12, s. 574 vd; Uyar, Konu, s. 294; Güneren, s. 69; Cenk Akil, “Tasarrufun İptaline Konu Olabilecek İşlemlerin Hukuki Niteli-

Sınırlı aynı hak olan ipotek de bu bağlamda tasarrufun iptali davasına konu olabilecektir. Bu kapsamda iptal davasından üçüncü kişi ve hatta dördüncü kişi etkilenmektedir. İptal davasına konu tasarrufun başlıca muhatabı üçüncü kişi olduğundan davanın üçüncü kişiyi etkilemesi, kurumun amacıyla da doğrudan ilişkili olmasına karşın, iptal davasının dördüncü kişiyi ne şekilde etkileyebileceği özellikle tasarruf tarihinden sonra yeni malik tarafından tesis edilen ipoteğin önceliğinin bulunup bulunmadığı bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

II- İPTAL DAVASINDA ÜÇÜNCÜ VE DÖRDÜNCÜ KİŞİNİN DURUMU

“İptal davasında davalı” başlıklı İİK m.282 uyarınca “İcra ve iflas Kanununun 11 inci babındaki iptal davaları borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları aleyhine açılır”. Burada borçlu ile lehine tasarrufta bulunulan üçüncü kişi, mecburi dava arkadaşıdır.⁶ Maddi anlamda değil, şekli anlamda bir mecburi dava arkadaşlığı bulunmakta olup; bu bağlamda her biri diğerinden bağımsız olarak usul işlemlerini yapabilir.⁷

ği”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 2014-1, s. 86); Bu görüşe göre borçlunun muvazaalı tasarrufları hakkında İİK m. 277 vd. göre iptal davası açılabilceği gibi Borçlar Kanunu’na göre muvazaalı işlemin hükümsüzlüğünün tespiti için dava açılabilir; aksi takdirde muvazaa davasının iptal davasını bertaraf ettiği kabul edilecek olursa, borçlu ile borçlunun mal kaçırma fiiline katılan kötü niyetli üçüncü kişileri koruyucu bir sonuç oluşur (Uyar, Konu, s. 291); Kanaatimizce bu davalar karşısında, alacaklı isterse İcra ve İflas Kanunu hükümleri doğrultusunda tasarrufun iptali davası, isterse Borçlar Kanunu hükümleri kapsamında muvazaaya yönelik bir dava açabilir.

⁶ Kuru, C.IV, s. 3522; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 853; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 620; Kuru, İcra, s. 1215; Muşul, Tasarrufun İptali, s. 219; Muşul Timuçin, “Tasarrufun İptali Davasında Dava Şartı Olarak Aciz Vesikası, Sorunlar, Yargıtay Kararları ve Düşünceler”, İcra ve İflas Hukuku ile İlgili Makaleler – Hukuki Mütalaalar ve Bilirkişi Raporları, B.2, Ankara 2013, s. 69; Sertkaya/Kul, s. 129; Ayrıca bkz. Buse Dişel, İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı, İstanbul 2014, s. 83 vd.

⁷ Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 853; Uyar, C.III, s. 19945; Yıldırım, s. 264; Kuru, İcra, s. 1215; Muşul, Tasarrufun İptali, s. 220; Uyar/Uyar/Uyar, C.2, s. 1580; Dava konusu olan hakkın birden fazla kişi tarafından elbirliği halinde kullanılması veya dava konusu borcun elbirliği ile yerine getirilmesinin maddi hukuk kurallarına göre zorunlu olduğu hallerde bu hukuki ilişki hakkında mahkemece bütün ilgililer için aynı şekilde ve tek bir karar verilmesi gereken

Maddenin devamına göre: *“Bunlardan başka, kötü niyet sahibi üçüncü şahıslar aleyhine de iptal davası açılabilir. İptal davası iyi niyetli üçüncü şahısların haklarını ihlal etmez”*. Bu doğrultuda üçüncü kişi, dava konusu malı, dava sırasında elden çıkarmışsa, davacı alacaklı İİK m.283/II kapsamında dördüncü kişinin kötünietli olduğunu ispat edebiliyorsa satışın iptalini isteyebilecektir. Yani lehine tasarruf yapılan üçüncü kişi, edindiği malı bir başka kişiye devretmiş ise, bu dördüncü kişinin kötü niyetli olması durumunda, alacaklının iptal davasında borçlu ve üçüncü kişi ile birlikte dördüncü kişiyi de davalı olarak göstermesi mümkündür.⁸ Borçlu ile dördüncü kişi yani üçüncü kişi ile işlemde bulunan, borçlu ile doğrudan doğruya işlemde bulunmamış olan kişi arasında da mecburi dava arkadaşlığı bulunduğu ileri sürülmesine rağmen⁹, bizim de katıldığımız doktrindeki diğer görüşe göre burada ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır.¹⁰ Yargıtay da borçlu ile dördüncü kişi arasında ihtiyari dava arkadaşlığının olduğunu hükme bağlamıştır.¹¹ Nitekim dördüncü kişi kötünietli olsa bile alacaklı ta-

hallerde, dava arkadaşlığı maddi bakımdan mecburidir. Mecburi dava arkadaşlığında dava, dava arkadaşları tarafından veya onlara karşı birlikte açılmalı, tüm tasarrufi işlemler dava arkadaşları tarafından birlikte yapılmalıdır (Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, B.24, Ankara 2013, s. 478; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, B.7., İstanbul 2000, s. 366; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, B.14, Ankara 2013, s. 330; Ömer Ulukapı, Medeni Usul Hukuku, B.2., Konya 2014, s. 186; Evrim Erişir, Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007, s. 92); Bazı hallerde birden fazla kişiye karşı dava açılmasında maddi bir zorunluluk olmadığı halde kanun, gerçeğin daha iyi ortaya çıkarılmasını ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin daha iyi karara bağlanmasını sağlamak için birden fazla kişiye karşı dava açılmasını zorunlu kılmıştır; şekli bakımdan zorunlu dava arkadaşlığında mahkeme dava arkadaşlarından her biri hakkında başka şekilde karar verebilir, mesela bir dava arkadaşına karşı açılan davayı reddedebilir, diğerine karşı açılan davayı kabul edebilir (Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 476; Ulukapı, Usul, s. 187).

⁸ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 855; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 621; Kuru, C.IV, s. 3530; Muşul, Tasarrufun İptali, s. 235; Güneren, s. 1057; Kazancı, s. 61; Sertkaya/Kul, s. 128 Karataş/Ertekin, s.58-59.

⁹ Kuru, C.IV, s. 3530.

¹⁰ Muşul, Tasarrufun İptali, s. 230; Muşul, Makaleler, s. 69; Sertkaya/Kul, s. 129.

¹¹ “Borçlu ile hukuki işlemde bulunan üçüncü kişi arasında zorunlu dava arkadaşlığı olmasına rağmen borçlu ile dördüncü kişi arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunduğundan, davacının takibi olmadığı halde, mahkemece kendiliğinden dördüncü kişinin de davaya dahil edilmesi konusunda davaya süre verilmeyeceği ...” (17.HD, 5.11.2007 T, 2007/3606 E, 2007/3386 K;

“Dava konusu taşınır borçludan değil de borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişiden devir almış olan kişilerin (dördüncü kişilerin) tasarrufun iptali davalarında ihtiyari dava arkadaşı konumunda olduklarını, bu kişilerin kötünietli olduğunu

sarrufun iptali davasını borçlu ve üçüncü kişi yanında dördüncü kişiyne de yöneltmek zorunda değildir; Kanun'da da (İİK m.282/ cümle 2) "kötüniyet sahibi üçüncü kişiler aleyhine de iptal davası açılır" denmeyip, "açılabilir" ifadesi kullanılmıştır.¹²

Alacaklı, dördüncü kişi kötüniyetli olmasına rağmen iptal davasını sadece borçlu ve borçlunun lehine tasarrufta bulunduğu üçüncü kişiyne karşı açabilir; bu durumda dava konusu, malın üçüncü kişi tarafından dördüncü kişiyne devredildiği tarihteki gerçek değerine (piyasa rayiç değerine) dönüşmüş olur.¹³ Tasarrufun iptali davasına konu ma-

kanıtlayabilen davacıların bu kişileri açtığı davada davalı olarak gösterebileceğini veya daha sonra haklarında ayrı dava açıp, diğer dava ile birleştirebileceğini yoksa davacıların açmış oldukları davaya dahili dava yoluyla bu kişileri dahil edemeyeceğini..." (15.HD 5.6.2002 T., 2002/2104 E, 2002/3024 K. (Bkz. Uyar, C.III, s. 19945-19946);

"...Somut olayda borçlu olduğu bildirilen Ş.E.A'nın kendisine ait taşınmazı dava dışı O.B.Ç'ye onun tarafından yine dava dışı A. ve E.S'ye, onlar tarafından da davalı A.B'ye satılmış olduğu öne sürüldüğü halde dava sadece borçlu Ş.E.A ile beşinci kişi konumunda olan Ahmet B. aleyhine açılmıştır. Beşinci kişi olan A.B. aleyhine dava açıldığında ve davada yapılan tasarruf işlemlerinin iptali istenildiğine göre, iptal kararı verilmesi halinde davada taraf gösterilmeyen ancak tasarruf işleminin tarafı olan kişilerin de hakları etkileneceğinden dava dışı O.B.Ç ile A. ve E.S.'ye de dava dilekçesinin tebliğ edilerek taraf teşkili sağlanması gerekirken yazılı olduğu üzere karar verilmesi doğru olmadığı gibi kabule göre de iptal davalarında borçlu ile üçüncü kişi arasında zorunlu dava arkadaşlığı olup, üçüncü kişiden satın alan dördüncü ve beşinci kişiler arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmayıp bunlar arasındaki ilişki ihtiyari dava arkadaşlığı niteliğinde olması nedeniyle sadece beşinci kişi konumundaki davalının yetki itirazında bulunması halinde bu davalı yönünden dosyanın tefrik edilerek yetkili mahkemeye gönderilmesi gerekirken..." 17.HD, 21.10.2010 T, 2010/2974 E, 2010/8597 K. (Sertkaya/Kul, s. 140).

¹² Bkz. Muşul, Tasarrufun İptali, s. 231.

¹³ Muşul, Tasarrufun İptali, s. 231; Dava konusu mal veya hakkı borçludan devralan üçüncü kişi bunları dava sırasında bir başkasına satmak veya bağışlamak gibi bir tasarrufla elinden çıkarmışsa davacı alacaklının iki seçeneği vardır: Birincisi, şeyi üçüncü kişiden devralan dördüncü kişiyne de iptal davasını yöneltmek; ikincisi İİK m.283/II uyarınca üçüncü kişiden nakden tazminat isteminde bulunmaktır (Bkz. Güneren, s. 1056-1057); İİK m.283/II uyarınca: "İptal davası, üçüncü şahsın elinden çıkarmış olduğu mallar yerine geçen değere taallük ediyorsa, bu değerler nispetinde üçüncü şahıs nakden tazmine (Davacının alacağından fazla olmamak üzere) mahkum edilir". Davalı üçüncü kişi; alacaklılarının sıra cetveline göre aldıkları pay oranında malı elden çıkarmış sayılacağından, bu oranla sınırlı olarak nakden tazmine mahkum edilebilecektir (Adnan Deyneklil/Sedat Kısa, Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, B.3, Ankara 2005 s. 42; Kuru, C.IV, s. 3475; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 855; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 619);

"Tasarrufun iptali davasında, dava konusu taşınmazın, borçludan taşınmazı satın alan davalının elinde bulunması halinde, mahkemece tasarrufun iptaline buna karşın dava konusu taşınmazın ister dava açılmadan önce, ister dava sırasında

lın üçüncü kişi tarafından dördüncü kişiye devredildiği tarihteki bedeline dönüşmesi için; ya davacı alacaklı, dava konusunun bedele dönüşmesi isteğini mahkemeye bildirmiş olmalı veya dördüncü kişiyi de dava etmiş ancak dördüncü kişinin malı üçüncü kişiden devralırken kötünietli olduğunu ispat edemediği için dördüncü kişi hakkındaki dava reddedilip m.282 uyarınca dava konusu kanun hükmü gereği mal bedeline dönüşmüş olmalıdır.¹⁴

davalı üçüncü kişinin elinden çıkmış olması halinde, davanın konusunun o taşınmazın yerine geçen değere dönüşeceğini ve davayı kaybeden davalının bu değer oranında tazminat ödemekle yükümlü olacağını yani tasarrufun iptalini istemiş olan davacı alacaklının dava aşamasında, dava konusu taşınmazın davalının elinden çıkmış olduğunu öğrenince, davasını nakdi tazminata dönüştürebileceğini..." HGK, 5.6.2002 T, 15-421/469 (Uyar, C.III, s. 20031).

14 Muşul, Tasarrufun İptali, s. 231-232;

"...Dava konusu 114 ada 2 parsel nolu taşınmaz 20.1.2012 tarihinde davalı borçlu Ummahan tarafından kızı davalı Yüksel'e, Yüksel tarafından da eldeki davadan önce 8.5.2012 tarihinde dava dışı Balı...'ya satılmıştır. Davalı 4.kişi Balı davada davalı olarak gösterilmediği gibi yargılama sırasında davaya dahil de edilmemiştir. Diğer bir ifade ile taraf teşkili sağlanmamıştır. Bu nedenle anılan taşınmaz yönünden kararın infaz kabiliyeti bulunmadığından dava konusu 114 ada 2 parsel yönünden kurulan hüküm isabetli görülmemiştir. O halde mahkemece, davacılar vekiline İİK'nun 282 maddesi gereğince dava dışı malik 4.kişi Balı'yı davaya dahil edip etmeme veya davayı İİK'nun 283/2 madde kapsamında bedele dönüştürüp dönüştürmeme konusunda seçimlik hakkı hatırlatılarak davalı Balı'nın davaya dahil edilmesi halinde adı geçen malike dava dilekçesinin tebliği ile taraf teşkilinin sağlanması bu konuda davacılar vekili ile dahili davalı Balı'nın bildireceği delillerin toplanması ve sonucuna göre karar verilmesi, aksi takdirde yani davanın bedele dönüştürülmesi halinde dava konusu taşınmazın 8.5.2012 tarihteki rayiç bedeli konusunda bilirkişiden alınacak ek rapor doğrultusunda davalı Yüksel'in davacının alacak ve ferileriyle sınırlı olarak nakten tazminatla sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi isabetli görülmemiştir" 17.HD, 15.6.2015 T, 2014/4112 E, 2015/8628 K, (Sertkaya/Kul, s. 130).

"...Davalılardan Ahmet doğrudan borçlu ile hukuki muamelede bulunan kişi değil, tasarrufun iptali istenen taşınmazı üçüncü kişi davalı Coşkun'dan 19.2.2007 tarihinde satın alan dördüncü kişidir. Bu davalı hakkındaki davanın kabul edilebilmesi, dolayısıyla onun yaptığı tasarrufun iptali ancak kötünietli olduğunun kanıtlanması durumunda mümkündür. Somut olayda davalı Ahmet'in kötünietli olduğu, diğer bir anlatımla borçlu davalının mali durumu ile alacaklıları ızzar kastını bilen veya bilmesi lazım gelen kişilerden olduğu davacı alacaklı tarafından isbat edilemediğinden bu davalı hakkındaki davanın reddi gerekir. Bu durumda İİK'nun 283.maddesine göre davanın bedele dönüştüğü dikkate alınarak mahkemece, davalı üçüncü kişi Coşkun'un taşınmazı elinden çıkardığı tarihteki gerçek değeri nisbetinde tazminat ödemesine hükmedilmesi gerekirken, davalı Ahmet'in kötünietli kanıtlanmışçasına ve İİK'nun 283/2.maddesi hükmü ile göz ardı edilerek davanın yazılı olduğu üzere kabulüne karar verilmiş olması doğru değildir" 17.HD, 11.5.2015 T, 2015/5537 E, 2015/7265 K, (Sertkaya/Kul, s. 132).

"...Somut olaya dönüldüğünde borçlu Ahmet tarafından dava konusu taşınmazların davalılar Turgut ve Ayşe'ye satılmış olduğu ve davalı Turgut'un da aldı-

Üçüncü kişinin malı dava sırasında elinden çıkarması veya malı elinden çıkardığının dava sırasında öğrenilmesi halinde de, davanın ıslahına gerek olmadan, davacı alacaklı, davaya bedel davası olarak devam edilmesini isteyebilmeli ve mahkeme de üçüncü kişiyi tazminata mahkûm etmelidir.¹⁵ İptal davası üzerine, üçüncü kişi de malvarlığında ortaya çıkacak eksikliğin borçludan tahsilini aynı davada isteyebilir.¹⁶ Bu durumda verilen ilamla, tazminata mahkûm edilen üçüncü kişiye icra emri tebliğ edilerek ilamlı icra takibi yapılır.¹⁷

İptal davası üzerine üçüncü kişi de (tasarrufun iptali halinde) mamelekinde hâsıl olacak eksikliğin borçludan tahsilini aynı davada isteyebilir. Bu talep üzerine tasarrufun iptaline karar veren mahkeme, aynı kararda, borçluyu üçüncü kişiye tazminat ödemeye de mahkûm edebilir.¹⁸ *“Bu talep, iptal davasının tefrik edilerek daha önce hükme bağlanmasına mani değildir”*, yani mahkeme, üçüncü kişinin tazminat talebini iptal davasından ayırarak öncelikle iptal davası hakkında karar verebilir.¹⁹

Üçüncü kişinin malvarlığında oluşan eksiklik için, iptal edilen ta-

ğı taşınmazı dava dışı Deniz’e sattığı tartışmasızdır. Davacı tarafından davanın açıldığı sırada 4.kişi durumunda olan dava dışı Deniz’in davaya dahil edilmesi talep edilmiş olduğu nazara alınarak adı geçenin davaya dahil edilmesi davacının bu davalı için iptale ilişkin delillerin sorulması ayrıca adı geçen 4.kişinin de delillerinin toplanması ve sonucuna göre bir karar verilmesi yerine yazılı gerekçelerle davanın bu yönden reddi doğru değildir” 17.HD, 7.4.2015 T, 2013/19939 E, 2015/5487 K, (Sertkaya/Kul, s. 132-133).

- 15 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 619; Kuru, C.IV, s. 3536-3537; Sertkaya/Kul, s. 129.
 “...Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonunda yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu dava konusu aracın 3. ve 4.kişiye satıldıktan sonra dahi borçlu tarafından kullanılmaya devam ettiği ve aracın 4.kişi tarafından elden çıkarıldıktan sonra davacı vekili tarafından davanın bedele dönüştürüldüğü gerekçesi ile davanın kabulüne ve davalıların araç bedeli ile sorumlu tutulmalarına karar verilmiş hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir... Dosya içeriğine, bozmaya uygun karar verilmiş olmasına kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına, aracın davalılara satışından sonra dahi uzun bir süre davalı borçlu tarafından kullanılmasının hayatın olağan akışına uygun düşmemesine ve kararda yazılı diğer gerekçelere göre davalının temyiz itirazlarının reddine...” (17HD 16.3.2015 T, 2014/25038 E, 2015/4293 K. (Sertkaya/Kul, s. 399-400).

- 16 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 620.

- 17 Deyneklil /Kısa, s. 41; Mustafa Oskay/Coşkun Koçak/Adnan Deyneklil/Ayhan Doğan, s. 6029; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 623; Kuru, C.IV, s. 3576; Uyar/Uyar/Uyar, C.2, s. 2233.

- 18 Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes, s. 858; Kuru, C.IV, s. 3576.

- 19 Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes, s. 858.

sarruf gereğince davacı alacaklı lehine haczedilip satılan malın bedeline başvurma hakkı olmadığı gibi, üçüncü kişinin malın bedeli üzerinde davacı alacaklıya göre öncelik oluşturan bir hakkı da yoktur.²⁰

İptal konusu tasarruftan yararlanan üçüncü kişinin yani borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin aleyhine iptal kararı verilebilmesi için İİK m.278'e dayanılan durumlarda davalı üçüncü kişinin kötünietli olması gerekmemesine karşın,²¹ tasarrufun iptaline karar verilebilmesi için dördüncü kişinin kötünietli olması gerekmektedir. Burada **kötünietli kişiden kasıt**; dördüncü kişinin borçlunun iptal davasına konu malı alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla üçüncü kişiye devrettiğini diğer bir deyişle borçlunun mali durumu ile alacaklıları ızzar kastını bilen veya bilmesi gereken kişidir.²² İyiniyetli ise dördüncü kişiye karşı iptal davası açılmayacağından, davalı üçüncü

²⁰ Kuru, C.IV, s. 3577; "Üçüncü kişinin geri verdiği şey üzerinde, kanundan doğan sayet o şey taşınmaz mal ise ipotek niteliğinde taşınır ise menkul rehni niteliğinde bir özel hakkı doğmuş olmaz. Bu sonuç, kanunun genel hükümlerine oranla daha özel nitelikte bulunan İİK'nun 283.maddesinin 2.fıkrası hükmünden açıkça anlaşılmaktadır. O halde iptal davasını açan alacaklıların icra kovuşturması sonunda belirmiş olan alacak haklarını, belli bir maldan alma yolundaki kazanılmış hakların; borçlu ile yaptığı sözleşmesi iptal edilen davacının (üçüncü şahsın) durdurmaya ve onların hakkından daha üstün bir duruma hükmen geçirilmesini istemeyi sağlayıcı bir kanun hükmü yoktur". 4.HD, 3.10.1966 T, 1966/6132 E, 1966/8594 K, (Kuru, C.IV, s. 3577).

²¹ Uyar, C.III, s. 19943; "...3.kişiden malı satın alan kişi, dördüncü kişi konumunda olup bu kişi yönünden tasarrufun iptaline karar verilmesi için kötünietli olduğunun ispatı gerekir: "Dava, İİK m.277 vd maddelerine göre tasarrufun iptali istemiyle açılmış, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, karar davalı tarafından temyiz edilmiştir. Mahkemece taşınmazın gerçek değeri ile tapuda gösterilen satış bedeli arasındaki aşırı fark nedeniyle tasarrufların iptaline karar verilmiştir. Bu gerekçe borçludan taşınmaz satın alan üçüncü kişi Bülent yönünden yerindedir. Davalı Ümit taşınmazı borçlunun devrettiği Bülent'ten satın aldığından dördüncü kişi konumundadır. Davalı Ümit borçludan mal satın almadığından, bedel farkı bu davalı yönünden tasarrufun iptaline gerekçe yapılamaz. Ümit'in tasarrufta kötünietli davrandığının yani borçlunun mal kaçırma amacını bildiğinin ispatlanması gerekir. Bu davada davalı Ümit'in kötünietli olduğu ispatlanamadığına göre, bu davalı hakkındaki davanın reddedilmesi gerekir. Bu davalı yönünden de davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır. Davalı Bülent, taşınmazı elden çıkardığına göre, İİK'nun 283 maddesine göre bedelle sorumludur. Taşınmazın bu davalı tarafından elden çıkarılma tarihindeki gerçek değerini geçmemek kaydıyla, icra takibine konu alacak ve ferilerinin Bülent'ten tahsiline karar verilmesi yerine yazılı şekilde hüküm tesisi yanlış olmuştur. Kararın bu nedenle bozulması gerekli görülmüştür...". 15.HD 24.6.2002, 2002/3115 E, 2002/3419 K (Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, s. 6039-6040).

²² Muşul, Tasarrufun İptali, s. 235 Uyar/Uyar/Uyar, C.2, s. 1580; Muşul, Makaleler, s. 69.

kişinin alacaklılarının iyiniyetli olarak (örneğin tapu sicilindeki kayda güvenerek) iptale tabi tasarruf konusu malı haczettirmiş olmaları halinde davalı borçlunun alacaklılarından farklı muamele görmeyecektir.²³ Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre, iptal konusu mal veya hakkın dördüncü kişiye haciz ile yükümlü olarak satılması, bedelin düşük gösterilmesi ve satışın kısa aralıklarla yapılmış olması başka delillerle desteklenmediği takdirde, tek başına kötüninietin varlığın için yeterli değildir.²⁴ Örneğin borçlu ile dördüncü kişi konumundaki kişi aynı sektörde faaliyet gösteriyorlarsa dördüncü kişi, borçlunun mali durumunu ve alacaklılardan mal kaçırma kastını bilebilecek durumda sayılır.²⁵

Buradaki **dördüncü kişilerden kasıt** ise, lehine borçlu tarafından tasarrufta bulunulmuş olan iptale tabi tasarrufu borçludan devralmış olan kişilerdir.²⁶ Bu kişilere karşı iptal davası açabilmesi için bu kişilerin kötüninietli olduklarının davacı alacaklı tarafından ispatı gerekir.²⁷ Davacı bu ispatı tanık dâhil her türlü delille yapabilir.²⁸ Davalı dördün-

²³ Deyneklil/ Kısa, Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, B.3, Ankara 2005, s. 42.

²⁴ HGK 21.12.2005, 15/625-736; 17.HD. 19.4.2011 T, 2010/10331 E, 2010/3653 K (Güneren, s. 1057).

²⁵ 17.HD. 19.2.2009 T, 2008/4840 E, 2009/798 K (Güneren, s. 1058); Ayrıca bkz. Kuru Baki, Hukuki Mütalaa:154 İptal Davası, Hukuki Mütalaaalar (Yayınlanmamış Makaleler), Ankara 2013, s.1044-1049.

²⁶ Uyar, C.III, s. 19944.

²⁷ Kuru, C.IV, s. 3533; Uyar, C.III, s. 19944; Uyar/Uyar/Uyar, C.2, s. 1580-1582.

"Davacı alacaklı, borçlunun sahip olduğu taşınmazı, alacağının tahsilini engellemek amacıyla, önce oğluna, oğlu Zeyni'nin de diğer davalı Feride'ye sattığını iddia ederek tasarrufun iptalini istemiş, mahkemece davalı tarafın kötüninieti ispat edilmediğinden bahisle dava reddedilmiştir. Oysa borçlunun oğlu Zeyni'ye yaptığı tasarruf İİK 278.maddesi uyarınca bağışlama niteliğinde olduğundan bu tasarrufun iptali gerekir. Ne var ki Zeyni malı elinden çıkardığı için aynı Kanun'un 283/2.maddesi gereğince davacıya karşı elinden çıkardığı malın değerince nakden tazmine mecbur olduğu gibi, davalı Feride de mezkûr taşınmazı pek aşağı bir değerde satın aldığına ve şahsi ifadelerinden kendisinin davalıların yakın komşuları olduğunun anlaşılmasına ve böylece borçlunun durumunu bilmesi gerekmesine göre bu davalı hakkında da davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle her iki davalı yönünden davanın reddedilmesi yerinde görülmemiş temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir" 15.HD, 5.3.1992 T, 1992/459 E, 1992/1114 K. (Kuru, C.IV, s. 3533-3534); Ayrıca tasarrufun iptali davalarında tasarruftan yararlanan üçüncü kişi borçlunun yakını ise, ispat yükünün tasarruftan yararlanan üçüncü kişiye yüklendiğine ilişkin İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda yapılan değişiklikler için bkz. Ali Cem Budak / Müjgan Tunç Yücel, "İflas, Tasarrufun İptali Davası ve Konkordato ile İlgili 2013 Tarihli İsviçre İcra ve İflas Kanunu Değişiklikleri", Y.2015/2, C.11, S.31, s. 28 vd.

²⁸ Kuru, İcra, s. 1220; Uyar, C.III, s. 19944; Uyar/Uyar/Uyar, C.2, s. 1580; "Dava,

cü kişinin kötü niyetli olduğu ispat edilemezse, mahkeme, dördüncü kişi hakkında davanın reddine karar verir ve üçüncü kişiyi tazminata mahkum eder.²⁹

Mirasçıların kötüniyetli olup olmadıkları ise önem taşımaz, bu kişiler davalı olsalar da kanunun bir hususun bilindiğinin ispatını aradığı durumlarda, miras bırakanın bilgisi, ispatın konusu olur.³⁰

İptale konu tasarrufun iptal edilebilmesi için, alacaklının alacağına iptal konusu tasarruftan önce doğmuş olmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, iptale konu tasarrufun iptal edilebilmesi için, tasarrufun borcun doğumundan sonra yapılması yani alacağın iptal konusu tasarruftan önce doğması

İİK'nun 277 vd maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptaline ilişkindir. İlgili maddeler gereğince bu davalar elinde kesin ya da geçici aciz vesikası bulunan alacaklılar, iflas idaresi ya da İİK'nun 245 ve 255.maddelerinde öngörülen hallerde isteyen alacaklı tarafından açılabilir. Tasarrufun mal kaçırmaya matuf bulunduğu ilişkin iddialar aynı yasanın 278, 279 ve 280.maddelerindeki karinelere dayanarak karar bağlanır. İadenin şümulü ise aynı yasanın 283.maddesine göre tespit olunur. Bu durumda davanın belirtilen niteliği nazara alınarak, dava şartlarının oluşup oluşmadığı davalıların karı-koca durumu nazara alınarak tasarrufun iptalinin gerekip gerekmediği ve sair hususlar incelenmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken mahkemece "tasarrufun konusu olan noter senedinin aksinin aynı kuvvette bir delille ispat edilebileceği görüşüyle davanın reddedilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulması gerekmiştir" 15.HD, 2.7.1993, 1993/3057 E, 1993/3228 K. (Kuru, C.IV, s. 3550-3551).

²⁹ Kuru, C.IV, s. 3534; "Taraflar arasındaki uyuşmazlık İİK'nun 277 ve devamı maddeleri gereğince açılan tasarrufun iptali davasına ilişkindir. Davacı alacaklı, davalı borçlunun borcundan dolayı yaptığı takip sırasında borçlu Ali Rıza'nın ...40 numaralı parsel sayılı taşınmazı davalı M'ye, onun da bu taşınmazı davalı C'ye sattığını belirterek, adı geçen bu parsel sayılı taşınmaz hakkında yapılan tasarrufların iptalini istemiş, mahkemece davalı M ile C2nin iyiniyetli oldukları gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekilince temyiz edilmiştir. Mahkemece yaptırılan keşif sonucu alınan bilirkişi raporunda adı geçen taşınmazın tümünün değeri tasarrufun yapıldığı tarihe göre 36.669.493 TL olduğu saptanmıştır. Adı geçen taşınmazın ½ payının 8.1.1991 tarihinde değerine göre pek düşük fiyatla (4.000.000 TL) davalı M'ye satıldığı ortadadır. İİK'nun 278/3 maddesinin 2.bendi gereği bu tasarruf bağışlama gibi sayılır ve iptali gerekir. Burada iyiniyet söz konusu edilemez. Ancak davalı M, taşınmazı 14.2.1991 tarihinde diğer davalı Cemil'e satarak elinden çıkardığından İİK'nun 273/2.maddesi gereği, taşınmazın bu tarihteki değeri nisbetinde davalı M, nakden tazmine edilmesi gerekir. Bu husus gözden uzak tutularak davalı M hakkında davanın uygun olmayan gerekçelerle reddi usul ve yasaya aykırı olup karar bozulmalıdır" 15.HD, 20.2.1995 T, 1995/700 E, 1995/859 K, (Kuru, C.IV, s. 3534).

³⁰ Pekcanıtez/ Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes, s. 854; Kuru/ Arslan/Yılmaz, s. 621.

gerekir.³¹ Alacaklı, borçlanmanın gerçekleştiği tarihte borçlunun malvarlığına güvenerek işlem yaptığından, borcun doğumundan önceki tasarruflar iptal davasına konu olmaz.³² Bu hususun hakim tarafından resen araştırılması gerekmektedir.³³ Buna karşın diğer görüşe göre alacaklının alacağının doğum tarihi iptale tabi tasarruftan sonra olsa bile, iptal davası açma hakkı bulunmaktadır.³⁴ Kanaatimizce ikinci görüş kısmen daha isabetlidir; özellikle alacaklı ile borçlu arasındaki temel ilişkinin daha önce başladığı durumlarda borçlu tarafından borca karşılık düzenlenen kıymetli evraka ileri tarihler yazıldığı sıklıkla görülmektedir; nitekim tasarrufun iptali davalarında davacı alacak-

³¹ Kuru, C.IV, s. 3419; Muşul, Tasarrufun İptali, s. 91; Muşul, İcra, s. 1452; Karataş/Ertekin, s. 74; Güneren, s. 1069; Sertkaya/Kul, s. 156; Arslan, s. 257.

³² "...Bu davaların görülebilmesi için, diğer dava koşullarının yanında tasarrufun iptali istenilen işlemin borcun doğumundan sonra gerçekleşmiş olması gerekmektedir" 17.HD, 16.6.2015 T, 2014/4461 E, 2015/8760 K. (Sertkaya/Kul, s. 159).

³³ Muşul, Tasarrufun İptali, s. 95; Muşul, İcra, s. 1452; Güneren, s. 419.

³⁴ "...Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için borcun, iptali istenen tasarruftan önce doğması dava önkoşulu olup mahkemece resen araştırılmalıdır. Dava koşulu gerçekleşmediği takdirde işin esası hakkında hüküm kurulamaz. Somut olayda takip dayanağı bonolar ve çekin, iptali istenen tasarruftan önceye ait düzenleme tarihi içerdikleri nazara alınarak davacı ile davalı borçlu arasındaki ticari ilişkiyi gösteren bilgi ve belgelerin toplanması varsa her iki tarafın ticari defterleri üzerinde karşılaştırmalı olarak inceleme yaptırılması, davacı alacağının tasarruf tarihinden önce doğup doğmadığının belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi yerine eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru değildir" 17.HD, 25.5.2015 T, 2014/1858 E, 2015/7614 K. (Sertkaya/Kul, s. 156).

"...Tasarrufun iptal davasının dinlenebilmesi için iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması gereklidir. Anılan husus dava koşulu olduğundan mahkemece varlığı resen incelenmelidir. Somut olayda davacının takip konusu alacağı 10.10.2009 tanzim 15.8.2010 vadeli 140.000 TL meblağlı malen kaydını içeren bonoya dayalıdır. Dava konusu tasarruflar ise 12.6.2009 ve 9.10.2009 tarihinde yapıldığından takip konusu borçtan önce yapıldığı görülmektedir. Ancak uygulamada alacak-borç ilişkisi daha önce başlamasına rağmen alacak için düzenlenen bono veya çek gibi kıymetli evraka sonraki tarihlerin atıldığı sıklıkla görülmektedir. Bu nedenle davacı alacaklı borcun doğumunun takip dayanağı bonoların veya çeklerin keşide tarihinden önce gerçekleştiğini ileri sürerse mahkemece alacaklıya bu konuda kanıt sunma olanağı verilmeli, gerekirse davacı alacaklı ile borçlu isticvap edilerek senedin düzenlenmesine neden olan temel ilişki sorulmalı, gerektiğinde davacı ile borçlunun ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak borcun gerçek doğum tarihi tespit edilerek koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği saptanmalıdır" (17.HD, 21.4.2015 T, 2014/6674 E, 2015/6057 K (Sertkaya/Kul, s. 161-162).

³⁴ Bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 612; Üstündağ, s. 284; Sümer Altay, Türk İflas Hukuku, C.1, İstanbul 2004, s. 675; Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davasının Tarafları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir 2015, s. 3034.

lılar, borçlu ile temel ilişkinin keşide tarihinden önce başladığını ileri sürebilmektedirler.³⁵ Bu tarz durumlarda iptale tabi tasarruf daha sonra yapılmış gibi gözükmese de rağmen alacaklıya iptal davası açılması imkanının verilmeyeceğinin kabulü doğru olmayacaktır.

Son olarak İİK'nun 278.maddesindeki **bağışlamalarda** ve bağışlama hükmünde sayılan tasarruflarda, kendisine bağış yapılan üçüncü kişi iyiniyetli ise üçüncü kişi yalnız dava zamanında yani iptal davasının açıldığı anda elinde bulunan miktarı geri vermekle yükümlüdür.³⁶ Üçüncü kişi, borçlunun kendisine bağışladığı parayı iptal davasından önce harcamışsa iyiniyetli olduğu için hiçbir şey vermeye mecbur değildir, çünkü iptal davası açıldığı zaman elinde hiçbir şey kalmamıştır.³⁷

III- DÖRDÜNCÜ KİŞİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİDEN ALDIĞI İPTAL KONUSU MAL VEYA HAKKI BEŞİNCİ KİŞİYE SATMASI

Kötüniyetli dördüncü kişi, üçüncü kişiden satın aldığı iptal konusu malı veya hakkı yargılama sırasında, (mahkeme tarafından tedbir kararı verilmeden) dava dışı bir kişiye (beşinci kişiye) satarsa, davacı

³⁵ Özellikle bankaların müşterileri ile imzaladıkları kredi sözleşmeleri nedeniyle başlattıkları icra takiplerine dayalı açtıkları tasarrufun iptali davalarında da borcun doğum tarihi uyumsuzluk konusu olduğunda, yapılması gereken iş, kredi sözleşmelerinin ilgili bankadan getirilerek tasarruf işleminin, kredi sözleşmesinin imzalandığı tarihten önce mi sonra mı yapıldığını belirlemektir. Çoğu zaman en son imzalanmış kredi sözleşmesi tarihi esas alınmaktadır; oysa dava konusu kredi sözleşmesi yıllar önce başlamış kredi ilişkisinin devamı niteliğinde olabilmektedir. Bu durumda taraflar arasındaki ilk imzalanmış olan kredi sözleşmesi tarihinin borç doğum tarihi olarak esas alınması gerekir (Sertkaya/Kul, s. 156-157).

“...Bu davaların görülebilmesi için, diğer dava koşullarının yanında tasarrufun iptali istenilen işlemin borcun doğumundan sonra gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Öte yandan ticari yaşamda çeklerin vadeli ödeme aracı olarak da kullanıldığı bilinen bir gerçektir. Somut olayda, dava dayanağı takibe konu çek tarihi 20.9.2011 tarihi olmakla birlikte, davacı vekili, davacı alacaklıya bu çekin süre gelen ticari ilişki nedeniyle verildiğini, borç kaynağı olarak gösterilen bir kısım faturaların 18.3.2011 tarihinde düzenlendiğini, bir kısım malların ise faturasız gönderildiğini belirtmiştir. Borçlunun takibe konu borç miktarı ile ilgili bir itirazı olmamış ve takip kesinleşmiştir. Bu durumda, iptali istenilen takip dayanağı borcun doğum tarihi 18.3.2011 kabul edilerek bu tarihten sonra yapılan satışlar yönünden mahkemece, işin esasına girilerek taraf delilleri toplandıktan sonra oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır” 17.HD, 16.6.2015 T, 2014/4397 E, 2015/8759 K (Sertkaya/Kul, s. 160).

³⁶ Kuru, C.IV, s. 3578; Kuru, İcra, s. 1226.

³⁷ Kuru, C.IV, s. 3578.

alacaklının iki seçeneği vardır.³⁸

1-Alacaklı, davasını yeni alıcı beşinci kişiye yöneltmek davaya katılmasını isteyebilir.

2-Alacaklı isterse davasını yeni alıcıya yöneltmeyerek, borçludan aldığı malı veya hakkı elinden çıkaran üçüncü kişi ile bunları üçüncü kişiden satın alan kötüniyetli dördüncü kişiden tazminat isteyerek davasını bedele dönüştürebilir.

Borçlu davalı ile doğrudan işlemde bulunan ve üçüncü kişi konumundaki davalılar dışındaki dördüncü, beşinci ve altıncı kişi konumundaki davalılar yönünden ancak kötüniyetli olduklarının ispatlanması halinde haklarındaki davanın kabulüne karar verilebilir.³⁹

İptale tabi tasarruf konusu mal veya hakkın birkaç kez el değiştirmesi halinde, her davalı satıcı, alacaklıya karşı, mal veya hakkı sattığı tarihteki gerçek değeri ile sorumludur.⁴⁰

³⁸ Bkz. Güneren, s. 1509; Muşul, Tasarrufun İptali, s. 244-245; Ayrıca bkz. Kazancı, s. 61; Sertkaya/Kul, s. 129.

³⁹ "...Somut olayda davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ise de yapılan araştırma ve inceleme yeterli bulunmamaktadır. Mahkemece dava konusu taşınmazların satış tarihlerindeki gerçek değerinin belirlenmesi amacı ile yapılan keşifler sırasında dinlenen bilirkişiler tarafından düzenlenen raporlarda taşınmazların gerçek değerleri serbest piyasa koşullarında oluşan fiyatlar değil, resmi akit tablolarında belirtilen bedeller baz alınmak suretiyle Amerikan Dolarının satış tarihlerindeki karşılığı olan değer taşınmaz satış değeri olarak belirlenmiştir. Ayrıca borçlu davalı ile doğrudan işlemde bulunan ve 3.kişi konumundaki davalılar dışındaki 4. 5. ve 6.kişi konumundaki davalılar yönünden ancak kötüniyetli olduklarının diğer bir anlatımla borçlu davalının mali durumu ile alacaklıları ızzar kasını bilen veya bilmesi gereken kişilerden olduklarının kanıtlanması halinde haklarındaki davanın kabulü gerekirken sadece ivazlar arasındaki fahiş fark bulunması nedeniyle haklarındaki davanın kabulüne karar verilmiştir. Bu durumda mahkemece dava konusu taşınmazların satış tarihlerindeki gerçek piyasa rayiçlerinin saptanması için yeniden uzman kişilerden oluşacak bilirkişi kurulları ile keşif yapılarak taşınmazların gerçek değerlerinin belirlenmesi, ivazlar arasında fahiş fark ve tazminatı belirlenmesinde gerçek değer esas alınması, borçlu ve borçlu ile doğrudan işlem yapan davalı 3.kişi dışındaki davalılar (4.,5.,6.kişi) yönünden davanın kabul edilebilmesi için kötüniyetli olduklarının kanıtlanması gerektiğinin göz önünde tutulması, davacı tarafa cebri icra yetkisi verilmesi halinde ayrıca tazminata hükmedilemeyeceğinin düşünülmesi, ondan sonra toplanan ve toplanacak olan delillerin birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve inceleme sonucu yazılı olduğu üzere karar verilmiş olması doğru bulunmamıştır" 17.HD, 29.6.2015 T, 2015/7211 E, 2015/9215 K, (Sertkaya/Kul, s. 129-130).

⁴⁰ Güneren, s. 1509.

IV- İPOTEK ALACAKLISI DÖRDÜNCÜ KİŞİNİN DURUMU

İptal davasının konusu taşınmaz ise alacaklı, davalı üçüncü kişi üzerindeki kaydın düzeltilmesine gerek kalmadan o taşınmazın haczini ve satışını isteyebilir; iptal davasının konusu rehin hakkı ise alacaklı, bu rehin hakkı ile yüklü şeyi, rehin hakkı yokmuş gibi sattırabilir.⁴¹ Bu durumda rehin hakkına ilişkin iptal davalarında, mahkemece “ipoteke kaydının iptaline” değil, “ipoteke kurulmasına ilişkin tasarrufun davacı bakımından iptaline” karar verilmelidir; bu durumda mahkeme ayrıca “... TL alacağın tahsiline” karar vermez.⁴²

Bu bağlamda kişisel bir alacağı güvence altına alma amacını güden, kıymetli evraka bağlı olmayan ve bir taşınmazın değerinden alacaklının alacağını elde etmesi olanağını sağlayan sınırlı aynı hak olan ipotek⁴³ de tasarrufun iptali davasına konu olabilmektedir. Bu kapsamda iptal davasında tasarruf tarihinden sonra yeni malik tarafından tesis edilen ipotekğin önceliğinin bulunup bulunmadığı üstünde durulması gereken bir konudur.

Konuya ilişkin iki soru sorarak ve bunları cevaplayarak açıklamalarımızın yapılması konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır

Rehin, mevcut bir borca teminat olarak tesis edilirse, iptale tabidir; henüz borç doğmamışken borçlunun ileride alacağı krediye karşılık malları üzerinde rehin tesisi taahhüdü geçerlidir, bu taahhüde dayanılarak kurulan rehin iptal edilemez.⁴⁴ Burada iptal edilemeyecek olan, ipotek tesisine ilişkin tasarruftur. Buna karşın tasarrufun iptali davasının konusu ipotek değil, konu gayrimenkulün mülkiyetinin devredilmesi ise, bu **mülkiyet değişikliğinin iptale konu edilmesinde iyniyetli ipotek alacaklısının durumu ne olacaktır?**

Tapu kaydında “ihtiyati haciz” **şerhi bulunan taşınmaz üzerinde** (ihtiyati haciz, kesin hacze dönüşmeden) ipotek kurulması halinde, İİK. 268 hükmünün uygulanmayacağı, sıra cetvelinde ihtiyati haciz

⁴¹ Uyar/Uyar/Uyar, C.2, s. 2081-2083; Umar, s. 80; Güneren, s. 1050; Kazancı, s. 80; Öztekin, s. 329.

⁴² 15.HD, 25.12.1989 T, 1989/4048 E, 19895408 K (Uyar, C.III, s. 20029); Ayrıca bkz. Kuru, C.IV, s. 3569; Kuru, İcra, s. 1224; Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan, s. 6028; Güneren, s. 1050; Uyar/Uyar/Uyar, C.2, s. 2087.

⁴³ Bkz. Mehmet Ayan, Eşya Hukuku, Sınırlı Aynı Haklar C.III, Konya 2001, s. 179; Yavuz Selim Şener, Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, İstanbul 2005, s. 5.

⁴⁴ Yıldırım, s. 205.

alacağına, ipotek alacağından önce yer verileceği konusunda tereddüt yoktur.⁴⁵ Buna karşın ihtiyati haciz kararından ve hatta **tasarrufun iptali davasından önce üçüncü hatta dördüncü kişinin gayrimenkulüne ipotek koyduran (bu bağlamda üçüncü ve dördüncü kişi olarak da adlandıramayacağımız) herhangi bir kişinin durumu acaba ne olacaktır?**

Yargıtay, gerek, tasarrufun iptali davasına konu taşınmazı devralan borçlunun alacaklıları tarafından uygulanan **haczin**, iptal edilmiş tasarruf oranında davayı kazanmış olan alacaklıya karşı bir önceliğinin olmadığı,⁴⁶ gerekse tasarrufun iptali davasına konu taşınmazla il-

⁴⁵ "...Davacı vekili, «borçluya ait taşınmazın satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde satış bedelinden 1.800.000.000 TL'nin müvekkili bankaya 5.080.000.000 TL'nin ise davalı bankanın alacaklı olduğu 1997/1470 Esas sayılı dosyaya pay ayrıldığını, davalı bankanın taşınmaza 24.4.1997 tarihinde ihtiyati haciz koyduktan bir gün sonra müvekkili banka lehine 9.000.000.000 TL'lık ipotek tesis edildiğini, davalıya ayrılan payın müvekkili banka lehine tesis edilen 25.4.1997 tarihli ipotek ile garameten paylaşılması gerektiğini» ileri sürerek «sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini» talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, «ihtiyati hacizden sonra tesis edilen ipotek alacaklısının garameye girmeyeceğini, bu durumda İİK'nun 268. maddesinin kıyasen uygulanamayacağını» belirterek «şikayetin reddini» savunmuştur. Mercı Hakimliğince «iddia, savunma ve toplanan delillere göre taşınmaz rehinin borçlunun yaptığı bir tasarruf olup, taşınmaz üzerine daha önceden konulan ve sonra kesinleşen ihtiyati haczi geçersiz kılmayacağı, satış bedelinin öncelikle ihtiyati haczi sahibi alacaklıya ödeneceği» gerekçesiyle «şikayetin reddine» karar verilmiş, karar davacı vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerekçeleri, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle davalı alacaklının ihtiyati haczi 24.4.1997 tarihli olup, davacı alacaklı banka lehine aynı mahcuz üzerinde tesis edilen ipotek 25.4.1997 tarihli olduğundan, haczinden sonra tesis edilen ipotegin rüçhanlı sayılmamasında ve İİK'nun 268. maddesinde ihtiyati hacizden sonra konulan hacze iştirakten bahsedildiğinden, «satış bedelinin garameten paylaşılması gerektiğine» ilişkin itirazın kabul edilmemesinde bir usulsüzlük bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan mercı kararının İİK'nun 366. maddesi uyarınca Onanmasına..." 19. HD. 28.5.1998 T. 1998/3065 E, 1998/3766 K. (e-uyar.com İçtihat Programı, Erişim Tarihi:6.4.2016).

⁴⁶ "...Taraflar arasındaki sıra cetveline şikayetin yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı şikayetin kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde şikayet olunan vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü. Şikayetçi vekili, Antalya 11. İcra Müdürlüğü'nün 2010/20724 Esas sayılı dosyasından düzenlenen sıra cetvelinin hatalı olduğunu, anılan sıra cetvelinde, şikayet olunan lehine tasarrufun iptaline karar verildiği gerekçesiyle ihalede kalan bedelin şikayet olunan ait dosyalara ödenmesine karar verildiğini, İİK'nın 283. maddesine göre, tasarrufun iptaline dair hükmün yalnızca haciz ve satış talep etme hakkı verdiğini, aynı hak kazandırmadığını, müvekkilinin haciz ve haczinin kesinleşme tarihinin şikayet olunanın haciz ve

gili olarak taşınmazı devralan kişinin alacaklıları lehine tesis edilen **ipoteğin** tasarrufun iptali talebi kabul edilen alacaklıya karşı önceliği bulunmadığına hükmetmektedir.⁴⁷

kesinleşme tarihinden önce olduğu gibi, tasarrufun iptali davasından da önce olduğunu, şikayet olunanın hacze iştirak dahi edemeyeceğini ileri sürerek, sıra cetvelinin iptalini talep ve şikayet etmiştir. Şikayet olunan vekili, sıra cetvelinin usul ve yasaya uygun olduğunu savunarak, şikayetin reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, İİK'nın 283. maddesinin "davacı iptal davası sabit olduğu takdirde bu davaya konu teşkil eden mal üzerinde cebri icra yolu ile hakkını almak yetkisini elde eder ve davanın konusu taşınmazsa davalı 3. şahıs üzerindeki kaydının tahsiline mahal olmadan o taşınmazın haciz ve satışını isteyebilir." hükmünü düzenlediği, lehine tasarrufun iptali kararı verilen alacaklıya bu hükmün haciz ve satış talep etme yetkisi verdiği, kişisel bir alacak hakkı tanıyan bu maddenin, ipotek ve başka hacizlere önceliği bulunmadığından, haciz tarihleri dikkate alınarak sıra cetveli düzenlenmesi gerektiği belirtilerek, şikayetin kabulü ile Antalya 11. İcra Müdürlüğü'nün 2010/20724 Esas sayılı dosyasından düzenlenen 01.04.2013 tarihli sıra cetvelinin iptaline karar verilmiştir. Kararı, şikayet olunan vekili temyiz etmiştir. Şikayet , sıra cetvelinde sıraya ilişkindir. İİK'nın 283. maddesine göre, haciz yolu ile takipte iptal davasını kazanan alacaklı, tasarruf konusu malın haciz ve satışını isteyebilir. Satış sonucu elde edilen paradan alacağını alır. Tasarruf, iptal davası açan alacaklıya karşı hüküm ifade etmeyeceğinden, iptal davasına konu taşınmazı devralan borçlu Sıdika Okan'ın alacaklıları tarafından uygulanan haczin iptali edilmiş tasarruf oranında davayı kazanmış olan alacaklıya karşı önceliği bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla, davayı kazanan alacaklı M. Ltd.Şti.'ye iptal edilen tasarruf oranında, sonradan haciz uygulayan T... Bank A.Ş.'den önce ödeme yapılmalıdır. Bu durumda mahkemece, şikayetçinin tasarrufu iptal ettiren alacaklıya karşı önceliği olmadığı gerekçesiyle şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde yanılıgı gerekçesiyle hüküm kurulması doğru olmamıştır. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, şikayetçi alınan vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün, şikayet olunan yararına BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 22.09.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi". 23. HD. 22.09.2014 T. 2014/1902 E, 2014/5852 K. (e-uyar.com İçtihat Programı, Erişim Tarihi:6.4.2016).

⁴⁷ Bkz. Oskay/Koçak/Deynekli /Doğan, İİK Şerhi, 5.Cilt, Ankara 2007, s. 6008; "Davacı vekili dava dışı borçlu Recep'e ait taşınmazın satışından sonra sıra cetveli düzenlendiğini, oysa taşınmazın devri işleminin iptali için önceki malik durumunda bulunan Sadık ile hâlihazır malik Recep aleyhine tasarrufun iptali davası açtıklarını; sıra cetvelinin bu davanın sonuçlanmasından sonra düzenlenmesi gerektiğini; bu davanın kazanılması halinde hâlihazır malik Recep tarafından davalı banka lehine tesis edilen ipotegin müvekkiline karşı önceliği olmayacağını ileri sürerek sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili müvekkili lehine ipotek tesis edildiği tarihte tapu kaydında davacı lehine bir haczin bulunmadığını, iyiniyetli üçüncü kişinin kazanımının geçerli olduğunu, müvekkili lehine tesis edilen ipoteg e öncelik veren sıra cetvelinin usul ve yasaya uygun bulunduğunu bildirerek davanın reddi gerektiğini savunmuştur. İcra mahkemesince davacı yana borçlu bulunan Sadık'ın taşınmazını eniştesi olan dava dışı Recep'e sattığı ve bu tasarrufun iptali için davacı yanı adı geçenler aleyhine dava açıldığı; davanın kabulü halinde tasarrufun davacı bankaya karşı hüküm ifade etmeyeceği ve taşınmaz üzerine sonradan konulan ipoteklerin davacı alacağına ka-

Yargıtay 19. ve 23. Hukuk Dairesi'nin konu hakkındaki kararlarına aşağıda değineceğiz. Bu çalışmanın hazırlandığı süreçte tasarrufun iptali davalarına bakmakla görevli kılınan 17.Hukuk Dairesi'nin konuya ilişkin kararlarına henüz rastlayamadık. Gelecekte 17.Hukuk Dairesi'nin kararlarının bu çalışmada atıfta bulunduğumuz iki Yargıtay Hukuk Dairesi içtihatlarından farklı şekillenmesini umut ettiğimizi baştan belirtmeliyiz.

Yargıtay 19.Hukuk Dairesi'nin bir kararına göre: "Alacaklıya iptal edilen tasarruf oranında, taşınmazı devralan kişinin verdiği ipoteklerle alacaklı olanlar ile sonradan haciz uygulayan alacaklılardan önce ödeme yapılmalıdır".⁴⁸

riş önceliği bulunmayacağı ve sıra cetvelindeki sıraların etkileneceği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş; hükmüm davalı banka vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına..." 19.HD, 10.11.2005, 2005/5121 E, 2005/10997 K (Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan, s. 6008; Uyar/Uyar/Uyar, C.2, s. 1496-1497).

⁴⁸ "...Bedeli paylaşımına konu 1047 parsel sayılı taşınmaz T...A.Ş. tarafından 29.8.1995 tarihinde O... A.Ş'ne satılmıştır. Satıştan sonra bu taşınmaz üzerinde O... Bankası lehine 29.8.1995 tarihinde, İ... Bankası lehine 22.11.1995 tarihinde ipotekler tesis edilmiştir. Davacı Vergi Daireleri T... A.Ş.nin tasarrufunun iptali için açtığı dava kabul edilmiştir. İİK.nun 283. maddesine göre hacizde iptal davasını kazanan alacaklı, tasarruf konusu malın borçlununmuş gibi haciz ve satışını isteyebilir. Satış sonucu elde edilen paradan alacağını alır. Tasarruf, iptal davası açan alacaklıya karşı hüküm ifade etmeyeceğinden, sonradan lehine ipotek tesis edilen alacaklılar ile haciz uygulayan alacaklıların iptal edilmiş tasarruf oranında davayı kazanmış alacaklıya karşı önceliği bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla davayı kazanan alacaklıya iptal edilen tasarruf oranında, taşınmazı devralan kişinin verdiği ipoteklerle alacaklı olanlar ile sonradan haciz uygulayan alacaklılardan önce ödeme yapılmalıdır. Mercii Hakimliğince bu yönler gözetilerek şikayetin kabulü gerekirken, yazılı gerekçeyle reddinde isabet görülmemiştir. Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın ..." (19.HD, 30.11.2000 T, 2000/7450 E, 2000/8250 K).

"...Davacı vekili müvekkili bankanın dava dışı Engin A...'dan olan alacağı için bu borçluya ait taşınmaz üzerine farklı icra dosyalarından hacizler konulduğunu, davalının Emin O... adlı kişiden alacaklı olduğunu; taşınmazın satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde davalının borçlusu Emin'in satılan taşınmazı muvazaalı olarak Engin'e satmış olduğu iddiasıyla davalı tarafından açılan tasarrufun iptali davasının kabul edilerek kesinleştiğinden bahisle, satış bedelinin davalıya verildiğini; ne var ki yasal düzenlemenin tasarrufun iptali davası açan alacaklının alacağının öncelikle ödeneceği şeklinde yorumlanamayacağını bildirerek sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep ve da etmiştir. İcra Mahkemesi'nce dosya kapsamı delillere göre davanın reddine karar verilmiş; hüküm davacı banka vekili tarafından temyiz edilmiştir. İİK'nun 283'üncü maddesine göre, haciz yolu ile takipte iptal davasını kazanan alacaklı, tasarruf konusu malın haciz ve satışını isteyebilir. Satış sonucu elde edilen paradan alacağını alır. Tasarruf, iptal davası

Yargıtay 19.Hukuk Dairesi başka bir kararında: Tasarrufun iptal davasını kazanan alacaklının, tasarruf konusu malın borçluya aitmiş gibi haciz ve satışını isteyebileceği, satış sonucu elde edilen paradan ise alacağını alabileceği, sonradan taşınmaz üzerinde yapılan tasarrufun, iptal davası açan alacaklıya karşı hüküm ifade etmeyeceği, bu nedenle sonradan lehine ipotek tesis edilen alacaklılar ile haciz uygulayan alacaklıların, iptal edilen tasarruf oranında, iptal davasını kazanan alacaklıya karşı önceliği bulunmayacağı, bu durumda da davayı kazanan alacaklıya iptal edilen tasarruf oranında taşınmazı devralan kişinin verdiği ipotekle alacaklı olanlar ile sonradan haciz uygulayan alacaklılardan önce ödeme yapılması gerektiğine hükmetmiştir.⁴⁹

açan alacaklıya karşı hüküm ifade etmeyeceğinden iptal davasına konu taşınmazı devralan borçlu Engin A...’nın alacaklıları tarafından uygulanan haczin iptal edilmiş tasarruf oranında davayı kazanmış alacaklı H. Akın S...’ye karşı önceliği bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla, davayı kazanan alacaklı H. Akın S...’ye iptal edilen tasarruf oranında, sonradan haciz uygulayan V... Bankasından önce ödeme yapılmalıdır...” (19.HD. 21.10.2004, 2004/12360 E, 2004/10374 K). (Mahmut Bilgen, İcra ve İflas Hukukunda Sıra Cetveli, Ankara 2011, s. 101-102).

⁴⁹ “...Şikayetçi vekili, müvekkilinin borçlu Şerif Engin Adalı’dan olan alacağı için icra takibi başlattığını, haczi kabil mallarını araştırırken bazı taşınmazlarını borçlanmanın hemen akabinde devrettiğini öğrendiğini, bu taşınmazlardan bir kısmının tasarruflarının iptali için İstanbul 6. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2008/72 Esas sayılı dosyasıyla dava açtığını, bu dosyadan şikayete konu üç taşınmaz üzerine ihtiyati tedbir mahiyetinde ihtiyati haciz konulduğunu, davanın üç taşınmaz yönünden de kabulüne karar verilerek tasarrufların iptaline karar verildiğini, bu arada gelen tapu kayıtlarından taşınmazı borçludan satın alan 3. kişinin taşınmazı kredi ile satın aldığını, taşınmazın üzerine şikayet olunan banka tarafından ipotek konulduğunu ve taşınmazın satışa çıkarıldığını gördüğünü, satış işlemlerinin yapıldığı icra müdürlüğüne başvurarak tedbir, haciz ve tasarrufun iptali kararlarının da dikkate alınmasını istediklerini, satışın ipotek alacaklısı görünen G... Bankası’na alacağa mahsuben yapıldığını, icra dairesinden sıra cetveli düzenlemesi yönündeki talebinin ipotek alacaklısının önünde başka alacak bulunmadığı ve ipotek alacaklısının alacağa mahsuben taşınmazı aldığı gerekçesiyle reddedildiğini, icra müdürlüğünün bu kararının iptali için mahkemeye başvurduğunu, İstanbul 11. İcra Hukuk Mahkemesi tarafından şikayetin kabulüne karar verilerek icra müdürlüğü işleminin kaldırıldığını, bu karar üzerine düzenlenen sıra cetvelinde şikayet olunanın ipotek tarihinin önce olması gerekçesiyle 1. sıraya alınmasına ve ihale bedelinin tamamının bu alacaklıya ödenmesine karar verildiğini, ancak iptal edilmiş tasarruf oranında iptal davasını kazanan alacaklıya karşı ipotek alacağının önceliği bulunmadığını, iptal davasını kazanan alacaklıya iptal edilen tasarrufu oranında öncelikle ödeme yapılması gerektiğini ileri sürerek, düzenlenen sıra cetvelinin iptalini talep etmiştir. Şikayet olunan vekili, dava dışı borçlu Semih Sümer’e müvekkili banka tarafından bireysel destek kredisi kullanıldığını, kredilerin teminatı olmak üzere şikayete konu taşınmazlar üzerine kesin borç ipotekleri tesis edildiğini, kredilerin ödenmemesi üzerine ipotegin paraya çevrilmesi yolu ile takip başlatıldığını, taşınmazların alacağa mahsuben

Yargıtay 19.Hukuk Dairesi benzer başka bir kararında: İİK. 268'de ihtiyati haczin rehne **iştirakine dair bir düzenleme bulunmadığından**, rehnin hacze, haczin rehne **iştirakinin mümkün olmadığı, borçlunun ihtiyaten haczedilmiş taşınmaz üzerinde daha sonra** ipotek kurmasının, ihtiyati haciz koydurmuş olan alacaklının bu hacizle sağladığı haklar saklı kalmak kaydıyla (ondan sonra hüküm ifade etmek üzere) mümkün olabileceği ve bu durumda ihtiyati hacizden sonra kurulan ipoteğin rüçhanlı sayılmayacağı ve garameten paylaşmaya giremeyeceğine hükmetmiştir.⁵⁰

müvekkili tarafından satın alındığını, hangi alacakların ipotekli alacaklardan önce ödeneceğinin yasada açıkça düzenlendiğini, haczin ipoteğe, ipoteğin hacze iştirak edeceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığını, ipoteğin tasarrufun iptali davasından önce tesis edildiğini, ipotek tesis edilirken taşınmazların tapu kaydında ne ihtiyati haciz ne de başka bir takyidat bulunmadığını, sıra cetvelinin usul ve yasaya uygun olduğunu savunarak, şikayetin reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; hacizde tasarrufun iptal davasını kazanan alacaklının, tasarruf konusu malın borçluya aitmiş gibi haciz ve satışını isteyebileceği, satış sonucu elde edilen paradan ise alacağını alabileceği, sonradan taşınmaz üzerinde yapılan tasarrufun, iptal davası açan alacaklıya karşı hüküm ifade etmeyeceği, bu nedenle sonradan lehine ipotek tesis edilen alacaklılar ile haciz uygulayan alacaklıların, iptal edilen tasarruf oranında, iptal davasını kazanan alacaklıya karşı önceliği bulunmayacağı, bu durumda da davayı kazanan alacaklıya iptal edilen tasarruf oranında taşınmazı devralan kişinin verdiği ipotekle alacaklı olanlar ile sonradan haciz uygulayan alacaklılardan önce ödeme yapılması gerektiği gerekçesiyle, şikayetin kabulü ile sıra cetvelinin iptaline karar verilmiştir. Kararı, şikayet olunan vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, şikayet olunan vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, şikayet olunan vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan İcra Mahkemesi kararının İİK'nun 366. maddesi uyarınca Onanmasına..." 23. HD. 07.11.2012 T. 2012/4587E, 2012/6529 K. (e-uyar.com İçtihat Programı, Erişim Tarihi:6.4.2016).

50 "...Davacı T....bank A.Ş. vekili, «borçluya ait taşınmazın satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde satış bedelinin altı dosya arasında garameten paylaşılmasına karar verildiğini, müvekkilinin ihtiyati haczinden sonra ipotek tesis eden B...bank A.Ş.ne pay ayrılması gerektiğini» ileri sürerek «sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini» talep ve dava etmiştir. Davalı B...bank A.Ş. vekili, «müvekkili banka lehine ipoteğin 17.6.1998 tarihinde tesis edildiğini, davacının ihtiyati haczinin ipotekten sonra kesin hacze dönüşmesi nedeniyle ipoteğe karşı önceliği bulunmadığını» belirterek «şikayetin reddini» istemiştir. Merci hakimliğince iddia, savunma ve toplanan delillere göre «ihtiyati hacizden sonra tesis edilen ipotekten dolayı ipotekli alacaklının önceliği bulunmadığı, satış bedelinin ipotekli alacaklı haricindeki alacaklılara garameten paylaşılacağı» gerekçesiyle «sıra cetvelinin iptaline» karar verilmiş, karar davalı B....bank A.Ş. vekiline temyiz edilmiştir. Satışa ve bedeli paylaşma konu taşınmaz davacı T....bank A.Ş. tarafından 25.2.1998 tarihinde ihtiyaten haczedildikten sonra aynı taşınmaz üzerinde davalı E...Bank A.Ş. lehine 17.6.1998 tarihinde ipotek tesis edilmiştir. Davacı

Yargıtay 23.Hukuk Dairesi'nin içtihatları, 19.Hukuk Dairesi'nin içtihatlarıyla benzerdir. 23.Hukuk Dairesi bir kararında, taşınmazı devralan 3. kişinin borçlarından ötürü konulan haczin, tasarrufun iptali davasını kazanmış alacaklıya karşı önceliği olmadığı, lehine ipotek tesis edilen alacaklılar ile haciz uygulayan alacaklıların, iptal edilmiş tasarruf oranında davayı kazanmış alacaklıya karşı önceliğinin bulunmadığı yönünde karar vermiştir.⁵¹

bankanın ihtiyati haczi 29.6.1999 tarihinde kesin hacze dönüşmüştür. İcra müdürlüğünce düzenlenen sıra cetvelinde satış bedelinin garameten paylaşılmasına karar verilmiştir. *İİK'nun 268. maddesinde ihtiyati haczin rehne iştirakine ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, rehnin hacze, haczin rehne iştiraki mümkün değildir. İhtiyati haciz, borçlunun yapacağı tasarrufları taşınırlar ve taşınmazlar bakımından sınırlanmak suretiyle hacizle aynı sonuçları doğurur. Bu nedenle borçlunun iradesi ile üçüncü kişi lehine tesis edilen ipoteği karşı ihtiyati haciz sahibi alacaklı bu hakkını ileri sürebilecektir. Diğer bir anlatımla; borçlunun ihtiyaten haczedilmiş taşınmaz üzerinde ipotek tesis ettirmesi, ihtiyati haciz koydurmuş alacaklının bu hacizle iktisap ettiği hakları saklı kalmak kaydıyla mümkündür. Bu durumda, ihtiyati hacizden sonra tesis edilen ipotek rüçhanlı sayılmaz ve garameten paylaştırmaya giremez. Mercı hakimliğince bu yönler gözetilerek yazılı şekilde karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır". 19. HD. 17.1.2003 T. 2002/5803 E, 2002/279 K. (e-uyar.com İçtihat Programı, Erişim Tarihi:6.4.2016).*

51 "...Taraflar arasındaki sıra cetveline şikayetin yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı şikayetin reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde şikayetçi ve şikayet olunan Y... Bankası vekillerince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü. Şikayetçi vekili, borçlu A...B...'nın taşınmazını N... B...'na devri ile ilgili tasarrufun iptali davası açtıklarını, bu dava kapsamında taşınmaz üzerine müvekkili lehine ihtiyati haciz kaydını işlendiğini, sonraki malikin borcundan dolayı konulan ve sıra cetvelinde yer alan hacizlerin müvekkili bankaya karşı ileri sürülemeyeceğini, müvekkili bankaya ihtiyati haczi nedeniyle ilk sırada pay ayrılması gerektiğini ileri sürerek, 07.12.2012 tarihli sıra cetvelinin iptalini talep ve dava etmiştir. Şikayet olunan Y... Bankası vekili, sıra cetvelinde İ... Bankası'na pay ayrıldığını, müvekkili bankaya pay ayrılmadığından hasım olarak gösterilmesinin doğru olmadığını, ayrıca sıra cetvelinin iptali için müvekkili banka tarafından da şikayette bulunulduğunu, müvekkilinin de tasarrufun iptali davası kapsamında konulan ihtiyati haczinin bulunduğunu, tüm ihale bedelinin müvekkili bankaya ödenmesi gerektiğini savunarak şikayetin reddini istemiştir. Şikayet olunan İ...Bankası vekili, borçlu N... B... hakkında başlatılan icra takibi kapsamında borçlunun taşınmazının satışa çıkarıldığını ve müvekkiline ihale edildiğini, ihalenin feshi nedeni olan hususların sıra cetvelinde ileri sürülmesinin mümkün olmadığını, tasarrufun iptali davası kapsamında konan ihtiyati haczin müvekkilinin kesinleşmiş haczine göre önceliğinin bulunmadığını savunarak, şikayetin reddini istemiştir. Şikayet olunan V...bank, usulüne uygun tebligata rağmen beyanda bulunmamıştır. Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; borçlu N... B...'na ait taşınmazın ihalesi sonucu elde edilen paranın paylaşılması için sıra cetveli düzenlendiği, uyuşmazlığın ise, paranın, ipotek alacaklısına mı yoksa tasarrufun iptali davası alacaklısına mı ödeme yapılacağı konusunda olduğu, tasarruf iptali davasında kararın kesinleşmesine gerek olmadan satış istenebileceği, taşınmazı devralan

üçüncü kişinin borçlarından ötürü konulan haczin, tasarrufun iptali davasını kazanmış olan alacaklıya karşı önceliği bulunmadığı, lehine ipotek tesis edilen alacaklılar ile haciz uygulayan alacaklıların, iptal edilmiş tasarruf oranında davayı kazanmış alacaklıya karşı önceliğinin bulunmadığı gerekçesiyle, şikayetin reddine karar verilmiştir. Karar, şikayetçi ve şikayet olunan Y... Bankası vekilleri tarafından temyiz edilmiştir. 1- Şikayetçi vekilinin temyiz dilekçesi, şikayet olunan Y... Bankası vekiline 10.05.2013 günü tebliğ edilmiş olup, hüküm HUMK. nun 433 ncü maddesinde öngörülen 10 günlük yasal temyiz süresi geçirildikten sonra, 22.05.2013 günü harç yatırılmaksızın, temyiz defterine kaydı yapılarak, katılma yolu ile temyiz edilmiştir. 01.06.1990 gün ve 1989/3 esas, 1990/4 karar sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararında, bu gibi hallerde Yargıtay tarafından da bir karar verilebileceği öngörüldüğünden, şikayet olunan Y... Bankası vekilinin katılma yolu ile temyiz isteminin reddine karar vermek gerekmiştir. 2- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, şikayetçi vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir. SONUÇ: Yukarda (1) numaralı bentte açıklanan nedenle, şikayet olunan vekilinin katılma yolu ile temyiz isteminin süre yönünden Reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, şikayetçi vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan İcra Mahkemesi kararının İİK'nun 366. maddesi uyarınca Onanmasına..." 23. HD. 03.07.2013 T. 2013/3942 E, 2013/4638 K. (e-uyar.com İçtihat Programı, Erişim Tarihi:6.4.2016).

"Taraflar arasındaki sıra cetveline şikayetin bozma ilamına uyularak yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı şikayetin kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde şikayet olunan Y... Bankası A.Ş. vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü. Şikayetçi vekili, borçlu Atalay'ın taşınmazını Nazlı'ya devri ile ilgili tasarrufun iptali davası açtıklarını, bu dava kapsamında taşınmaz üzerine müvekkili lehine ihtiyati haciz kaydı işlendiğini, sonraki malikin borcundan dolayı konulan ve sıra cetvelinde yer alan hacizlerin müvekkili bankaya karşı ileri sürülemeyeceğini, müvekkili bankaya ihtiyati haczi nedeniyle ilk sırada pay ayrılması gerektiğini ileri sürerek, 07.12.2012 tarihli sıra cetvelinin iptalini talep etmiştir. Şikayet olunan Y... Bankası A.Ş. vekili, sıra cetvelinde müvekkili bankaya pay ayrılmadığından hasım olarak gösterilmesinin doğru olmadığını, ayrıca sıra cetvelinin iptali için müvekkili banka tarafından da şikayette bulunulduğunu, müvekkilinin de tasarrufun iptali davası kapsamında konulan ihtiyati haczinin bulunduğunu, tüm ihale bedelinin müvekkili bankaya ödenmesi gerektiğini savunarak, şikayetin reddini istemiştir. Şikayet olunan T. İ... Bankası A.Ş. vekili, borçlu N...B... hakkında başlatılan icra takibi kapsamında borçlunun taşınmazının satışa çıkarıldığını ve müvekkiline ihale edildiğini, ihalenin feshi nedeni olan hususların sıra cetvelinde ileri sürülmesinin mümkün olmadığını, tasarrufun iptali davası kapsamında konan ihtiyati haczin müvekkilinin kesinleşmiş hazine göre önceliğinin bulunmadığını savunarak, şikayetin reddini istemiştir. Şikayet olunan V....bank T.A.O., usulüne uygun tebligata rağmen beyanda bulunmamıştır. Mahkemece, taşınmazı devralan üçüncü kişinin borçlarından ötürü konulan haczin, tasarrufun iptali davasını kazanmış olan alacaklıya karşı önceliğinin bulunmadığı, lehine ipotek tesis edilen alacaklılar ile haciz uygulayan alacaklıların, iptal edilmiş tasarruf oranında davayı kazanmış alacaklıya karşı önceliğinin bulunmadığı gerekçesiyle, şikayetin reddine ilişkin verilen kararın şikayetçi ve şikayet olunan Y... Bankası A.Ş. vekilleri tarafından temyizi üzerine Dairemizin 03.07.2013 gün ve 2013/3942 E., 2013/4638 K. sayılı ilamıyla, şikayet olunan Y... Bankası A.Ş. vekilinin temyiz

isteminin süreden reddine, şikayetçi vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, hükmün onanmasına karar verildiği, şikayetçi A...T... Bankası A.Ş. vekilinin karar düzeltme isteminde bulunması üzerine Dairemizin 20.04.2014 tarih ve 2013/6937 E., 2014/1209 K. sayılı ilamıyla, tasarrufun iptali davasının amacının borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlanmamış olduğu bir dönemde yaptığı tasarruflarla mal varlığından uzaklaştırdığı mallardan bunlar sanki borçluya aitmiş gibi alacaklıların tatmin edilmesini sağlamak olup (Bkz. B. Kuru İcra ve İflas El kitabı 2.b S-1397). bu nedenle tasarrufun iptali davası sırasında konulan ihtiyati haczin tarihi daha sonra olsa bile davayı kazanan alacaklının, sonraki malikin haciz koydurmuş alacaklılarından daha önce alacağını tahsil etmesi gerektiği, zira iptal edilen tasarrufun artık davacıya karşı ileri sürülmesi mümkün olmadığından, şikayetin kabulüne karar verilmesi için mahkeme kararının bozulması gerekirken, sehven onandığı anlaşıldığından, şikayetçi vekilinin karar düzeltme talebinin kabulü ile Dairemizin yukarıda belirtilen onama kararı kaldırılarak, hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Mahkemece, bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonunda dosya kapsamına göre; şikayet olunanlardan alacaklı İ...Bankası A.Ş. tarafından borçlular aleyhine başlatılmış ilamsız takip sonucu borçlu N.... B....'na ait taşınmazın kıymet takdirinin yapılarak satış aşamasına getirildiği, satış bedeli diğer dosyalardakiyle beraber tüm alacaklıların alacağını karşılamadığı için İİK'nın 140. maddesi gereğince ilk haczi koyması nedeniyle yetkili olan 10. İcra Müdürlüğü tarafından satılan malın satış bedelinden pay alması gereken alacaklıların tespit edilip sıra ve derece kararının düzenlendiği, takip alacaklısı şikayetçinin sıra cetveline itirazının mahkemece reddine dair kararın temyiz incelemesi sonucu onandığı, ancak karar düzeltme aşamasında bozulduğu, detaylı olarak belirtilen bozma ilamının usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle, şikayetin kabulüne karar verilmiştir. Kararı, şikayet olunan Y... Bankası A.Ş. vekili temyiz etmiştir. 1-Dosyadaki yazılara, İcra Mahkemesince uyulan bozma ilamı doğrultusunda inceleme yapıp karar verilmiş olmasına, bozmanın kapsamı dışında kesinleşmiş olan yönlere ilişkin temyiz itirazları incelenemeyeceğine göre, şikayet olunan Y... Bankası A.Ş. vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. 2-Şikayet, sıra cetvelindeki sıraya ilişkindir. Sıra cetveline yönelik şikayetlerde İcra Mahkemesi, önüne gelen şikayetleri sonuçlandırmak ve icra müdürüne bu yönde talimat vermekle görevli olup, düzenlenecek yeni sıra cetvelinde sıra cetvelinin hangi ilkelere göre düzenleneceğini belirtmesi, diğer anlatımla alacaklıların ne miktar için hangi sıralarda yer alması gerektiğini saptaması, hukuka uygun olmayan kısımları göstermesi, bu çerçevede işlem yapılması için icra müdürüne talimat vermesi (İİK'nın m. 17/I) gerektiğinden, iptal nedenlerinin gerekçede belirtilmesi ve hüküm fıkrasında sıra cetvelinin iptali ne karar verilmesi ile yetinilmesi gerekir. Mahkemece, hüküm fıkrasında iptaline karar verilen sıra cetvelinin düzenlendiği icra takip dosyası ve sıra cetvelinin tarihi de belirtilerek infazı mümkün olacak şekilde sıra cetvelinin iptaline karar verilmesi gerekirken, infazda tereddüt uyandıracak şekilde şikayetin kabulüne karar verilmesi doğru olmamış ise de, hüküm fıkrasında yapılan yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, HMK'nın 438/7. maddesi gereğince hükmün aşağıda yazılı olduğu şekilde düzeltilerek onanması gerekmektedir. Sonuç: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, şikayet olunan Y...Bankası A.Ş. vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, kararın hüküm fıkrasının 1. paragrafında "şikayetin kabulüne" ibaresinden sonra "İstanbul 10. İcra Müdürlüğü'nün 2012/1351 E. sayılı icra takip dosyasında düzenlenen 07.12.2012 tarihli sıra cetvelinin iptaline" ibaresi ya-

23.Hukuk Dairesi başka bir kararında: “Tasarrufun iptali davasını açan alacaklıya karşı sonradan lehine ipotek tesis edilen alacaklılar ve haciz uygulayan alacaklıların iptal edilmiş tasarruf oranında davayı kazanmış alacaklıya karşı sonradan lehine ipotek tesis edilen alacaklılar ve haciz uygulayan alacaklıların iptal edilmiş tasarruf oranında davayı kazanmış alacaklıya karşı önceliği bulunmadığından sıra cetvelinin doğru olarak düzenlendiğine” karar vermiştir.⁵²

23.Hukuk Dairesi benzer bir kararında: “İİK’nun 283. maddesi uyarınca hacizde tasarrufun iptal davasını kazanan alacaklı tasarruf konusu malın borçlununmuş gibi haciz ve satışını isteyebileceği, satış sonucu elde edilen paradan da alacağını tahsil edeceği, tasarrufun iptali davası açan alacaklıya karşı hüküm ifade etmeyeceğinden iptal davasına konu taşınmazı devralan borçlunun alacaklıları tarafından uygulanan haczin iptal edilen tasarruf oranında davayı kazanmış alacaklıya karşı önceliğinin bulunmadığına” hükmetmiştir.⁵³

zılmak suretiyle hükmün Düzeltilecek Onanmasına...” 23. HD. 10.04.2015 T. E: 2014/7918 E, 2014/2432 K (e-.uyar.com İçtihat Programı, Erişim Tarihi:6.4.2016).

52 “...Taraflar arasındaki sıra cetveline şikayetin yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı şikayetin reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde şikayetçi vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü. Şikayetçi vekili, bedeli paylaşma konu taşınmaz üzerine müvekkili tarafından ipotek konulduğu tarihte şikayet olunanın takip borçlusu aleyhine tapudaki tasarrufunun iptali için açmış olduğu dava ile ilgili bir kaydın bulunmadığını, müvekkilinin bu iyiniyetinin korunması gerektiğini, ancak sıra cetveli düzenlenirken bu hususa dikkat edilmeyerek söz konusu taşınmazla ilgili tasarrufun mahkemece iptal edildiği gerekçesiyle haczinin sonraki tarihli olmasına rağmen ilk sırada şikayet olunana ödeme yapılmasının hatalı olduğunu ileri sürerek, sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep etmiştir. Şikayet olunan vekili, açmış oldukları davada takip borçlusunun tapudaki tasarrufunun iptal edildiğini, öncelikle kendilerine ödeme yapılmış olmasının doğru olduğunu savunarak, şikayetin reddine karar verilmiştir. Mahkemece, iddia, savunma, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre; tasarrufun iptali davasını açan alacaklıya karşı sonradan lehine ipotek tesis edilen alacaklılar ve haciz uygulayan alacaklıların iptal edilmiş tasarruf oranında davayı kazanmış alacaklıya karşı önceliği bulunmadığından sıra cetvelinin doğru olarak düzenlendiği gerekçesiyle, şikayetin reddine karar verilmiştir. Kararı, şikayetçi vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, şikayetçi vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, şikayetçi vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan İcra Mahkemesi kararının İİK’nun 366. maddesi uyarınca Onanmasına...” 23. HD. 03.06.2013 T. E:2413, K:3739 (e-.uyar.com İçtihat Programı, Erişim Tarihi:6.4.2016).

53 “...Taraflar arasındaki sıra cetvelindeki sıraya şikayetin yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı şikayetin reddine yönelik olarak

verilen hükmün süresi içinde şikayetçi vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü. Şikayetçi vekili, İstanbul 10. İcra Müdürlüğü'nce yapılan ipotegin paraya çevrilmesi yolu ile icra takibi sonrasında dava dışı borçlu malik B...M...'ye ait taşınmazın satılarak paraya çevrildiğini, satış sonrası icra müdürlüğünce gelen paranın Aydın 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin tasarrufun iptali kararı ile ipotek veren borçlunun taşınmazı satın alma işleminin iptal edildiği gerekçesi ile İİK'nun 283. maddesi uyarınca itiraz konusu sıra cetvelini tanzim eden Aydın 2. İcra Müdürlüğü'ne gönderildiğini, bu icra müdürlüğünce yapılan sıra cetvelinde müvekkili şirketin sahip olduğu rüçhan hakkı gözetilmeden müvekkilinin alacağının 3. sıraya yazıldığını ve satım sonrası, paranın davalı M. Sami Akın'ın alacağını karşılamaya yetmediğinden bahisle tamamının bu dosyaya ödenmesine karar verildiğini, müvekkilinin iyiniyetli olarak sahip olduğu ipotek aynı hakkının icra müdürlüğünce haksız olarak kaldırıldığını ileri sürerek, 05.05.2011 tarihli sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Şikayet olunan M. Sami Akın vekili, şikayetçi vekilinin iddialarının yerinde olmadığını, kendileri tarafından tasarrufun iptali davası açılıp, davanın lehlerine sonuçlanıp, kararın kesinleştiğini, Yargıtay kararlarına göre itiraz edenin sonradan oluşturulan ipoteginin ve başka alacaklılarına koymuş olduğu hacizlerin kendileri yönünden bir anlamı bulunmadığını, derece kararı yapılırken öncelikle kendilerine ödeme yapılmasının gerektiğini icra müdürlüğünce yapılan işlemin doğru olduğunu savunarak, itirazın reddini istemiş, diğer itiraz edilen Hüseyin Bay vekili ise Germencik İcra Müdürlüğü'nce yapılan taşınmaz mal ihalesinin feshi için Germencik İcra Hukuk Hakimliği'ne dava açıldığını, davanın reddedildiğini, halen Yargıtayda olduğunu, henüz kesinleşmeyen ihale sebebi ile paraların paylaştırılma işleminin yapılamayacağını ve paraların ödenemeyeceğini belirterek, icra müdürlüğünce yapılan işlemin iptalini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya içeriğine göre, paylaşım konu taşınmazın dava dışı K...Petrol Tic. A.Ş. tarafından 11.07.2001 tarihinde dava dışı B.... M.'ye satıldığı, bu satımdan sonra şikayetçi L...A.Ş. lehine 12.09.2007 tarihinde ipotek tesis edildiği, itiraz edilen M. Sami Akın tarafından dava dışı B...M... aleyhine açılan tasarrufun iptali davası sonucu, tasarrufun iptaline karar verilip hükmün Yargıtay denetiminden geçip kesinleştiği İİK'nun 283. maddesi uyarınca hacizde tasarrufun iptal davasını kazanan alacaklı tasarruf konusu malın borçlununmuş gibi haciz ve satışını isteyebileceği, satış sonucu elde edilen paradan da alacağını tahsil edeceği, tasarrufun iptali davası açan alacaklıya karşı hüküm ifade etmeyeceğinden iptal davasına konu taşınmazı devralan borçlunun alacaklıları tarafından uygulanan haczin iptal edilen tasarruf oranında davayı kazanmış alacaklıya karşı önceliğinin bulunmadığı, başka bir anlatımla davayı kazanan alacaklıya iptal edilen tasarruf oranında sonradan haciz uygulayandan önce ödeme yapılmayacağı gerekçesi ile itirazın reddine karar verilmiştir. Karar, şikayetçi vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerekçeleri, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, şikayetçi vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, şikayetçi vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan İcra Mahkemesi kararının İİK'nun 366.maddesi uyarınca Onanmasına, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, kararın tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 16.02.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi". 23. HD. 16.02.2012 T. E: 2012/240 E, 2012/1127 K. (e-uyar.com İçtihat Programı, Erişim Tarihi:6.4.2016).

23.Hukuk Dairesi vermiş olduğu kararlarında ipotek alacaklısının hiçbir önceliği olmadığını vurgulamaktadır⁵⁴. Nitekim bu kararlardan bir başkasında: “Mahkemece, şikâyet olunanın hem eski malik, hem yeni malik aleyhine takip yaptığı için tasarrufun iptali davası da olsa daha önceden ihtiyati haciz konulduğundan birinci sırada yer alması gerektiği ve sonucun değişmeyeceği, kaldı ki tasarrufun iptali davasında kararın kesinleşmesine gerek olmadan satış istenebileceği, tasarrufun iptali davası açan alacaklıya karşı sonradan lehine ipotek tesis edilen veya haciz uygulayan alacaklıların iptal edilmiş tasarruf oranında davayı kazanmış alacaklıya karşı önceliğinin bulunmadığı” vurgulanmıştır⁵⁵.

⁵⁴ “...Şikâyetçi vekili, müvekkili banka ile borçlu Y...Y... arasında akdedilen kredi sözleşmesinin teminatı olmak üzere, bedeli paylaşımına konu taşınmaz üzerine ipotek tesis edildiğini, ne var ki, taşınmazın satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde, önceki malik M...A....’ın alacaklısı konumundaki şikâyet olunan tarafından açılan tasarrufun iptali davasının kabul edildiğinden bahisle, satış bedelinden öncelikle adı geçene pay ayrıldığını, oysa müvekkilinin Türk Medeni Kanunu’nun (TMK.) 1023. maddesi uyarınca tapu kaydına güvenerek iyi niyetle aynı hak iktisap ettiğini ve bu iktisabının korunması gerektiğini ileri sürerek, sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep etmiştir. Şikâyet olunan vekili, rehlin taşınmazdan yararlanma hakkı vermediğini, sadece alacağın tahsiline imkân sağladığını, şikâyetçinin ipotek tesisi sırasında gerçek durumu fark etmesi gerektiğini savunarak, şikâyetin reddini istemiştir. İcra Mahkemesi’nce, dosya kapsamına göre, yeni malikin tesis ettiği ipoteğin alacaklısının, bu rüçhan hakkını, tasarrufun iptali davasını kazanan eski malikin alacaklısına karşı ileri sürmeyeceği gerekçeyle şikâyetin reddine karar verilmiştir. Karar, şikâyetçi vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, şikâyetçi vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, şikâyetçi vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan İcra Mahkemesi kararının İİK’nun 366. maddesi uyarınca Onanmasına...” 23. HD. 13.10.2011 T. 2011/683 E, 2011/1030 K (e-.uyar.com İçtihat Programı, Erişim Tarihi:6.4.2016).

⁵⁵ “...Şikâyetçi vekili, müvekkili tarafından dava dışı asıl borçlu ile kefil A...B.... aleyhine başlatılan takip sırasında, A... B.... adına kayıtlı taşınmazlara haciz konulması talebini içeren 30.12.2011 tarihli müzekkereye cevaben Tapu Müdürlüğü’nce 02.01.2012 tarihinde, borçlu Atalay’ın taşınmazını N.... B....’ın devrettiğinin bildirilmesi üzerine, tasarrufun iptali davası açıldığını, mahkemece, taşınmaz kaydına 23.01.2012 tarihinde ihtiyati haciz konulduğunu, ancak söz konusu taşınmazın şikâyet olunanın başlattığı takip sonucunda satılarak sıra cetveli düzenlendiği, sıra cetvelinde müvekkili alacağına pay ayrılmadığını ileri sürerek, şikâyet olunanın alacağının sıra cetvelinden çıkarılmasına, şikâyet olunan alacaklının alacağına ayrılan payın müvekkile ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir. Şikâyet olunan vekili, müvekkilinin alacaklı olduğu ve sıra cetvelinin düzenlendiği takip dosyasında hem eski malik Atalay’ın hem de yeni malik Nazlı’nın borçlu olduğunu, tapu kaydına 02.01.2012 tarihinde haciz konulduğunu, sıra cetvelinin hukuka

uygun olduğunu savunarak, şikayetin reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; şikayet olunanın hem eski malik Atalay, hem yeni malik Nazlı aleyhine takip yaptığı için tasarrufun iptali davası da olsa 02.01.2012 tarihi itibarıyla daha önceden ihtiyati haciz konulduğundan birinci sıradada olması gerektiği ve sonucun değişmeyeceği, kaldı ki tasarrufun iptali davasında kararın kesinleşmesine gerek olmadan satış istenebileceği, tasarrufun iptali davası açan alacaklıya karşı sonradan lehine ipotek tesis edilen veya haciz uygulayan alacaklıların iptal edilmiş tasarruf oranında davayı kazanmış alacaklıya karşı önceliğinin bulunmadığı gerekçesiyle, şikayetin reddine karar verilmiştir. Kararı, şikayetçi vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre şikayetçi vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle, şikayetçi vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan İcra Mahkemesi kararının İİK'nın 366. maddesi uyarınca Onanmasına..." 23. HD. 11.07.2013 T. 2013/3562 E, 2013/4881 K (e-uyar.com İçtihat Programı, Erişim Tarihi:6.4.2016).

"...Şikayetçi vekili, dava dışı borçluya ait taşınmazın satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde, şikayet olunan R... Varlık Yönetim A.Ş tarafından, İstanbul 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2009/118 Esas sayılı dosyası ile tasarrufun iptali davası açıldığı ve bu davada, söz konusu taşınmaza dair satış tasarrufunun iptaline karar verildiğinden bahisle tüm satış bedelinin şikayet olunanına ödenmesine karar verildiğini, oysa, kendilerinin ipotek işleminin, tasarrufun iptali davasından önceki bir tarihe ait olduğunu, ipotek tarihi itibarıyla tapu kaydında tasarrufun iptaline yönelik hiçbir şerh ve sair ibare bulunmadığını ileri sürerek, sıra cetvelinin iptali ile müvekkil lehine olan ipotek bedelinin ödenmesi yönünde karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; sonradan taşınmaz üzerinde yapılan tasarrufun, tasarrufun iptali davası açan alacaklıya karşı hüküm ifade etmeyeceği bu nedenle de sonradan lehine ipotek tesis edilen alacaklılar ile haciz uygulayan alacaklıların, iptal edilmiş tasarruf oranında, iptal davasını kazanan alacaklıya karşı önceliği bulunmayacağı, bu durumda da davayı kazanan alacaklıya, iptal edilen tasarruf oranında, taşınmazı devralan kişinin verdiği ipoteklerle alacaklı olanlar ile sonradan haciz uygulayan alacaklılardan önce ödeme yapılması gerektiği, bu nedenle de kalan ihale bedelinin tamamının, temlik alacaklısı olan R... Varlık Yönetim A.Ş'e ödenmesinde bir usulsüz bulunmadığı gerekçesiyle şikayetin reddine karar verilmiştir. Talep, İİK'nın 142/3. maddesine dayalı olarak sıra cetvelindeki sırayı şikayet niteliğinde olup, aynı maddenin 1. fıkrası uyarınca sıra cetvelinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde şikayette bulunulmalıdır. Sıra cetvelinin şikayetçi vekiline 16.09.2011 tarihinde tebliğ edildiği şikayet başvurusunun ise yasal yedi günlük süre geçtikten sonra 26.09.2011 tarihinde yapıldığı, şikayet dilekçesinde, tebliğ usulsüzlüğünden söz edilmeyerek sıra cetvelinin tebellüğ edildiğinin belirtildiği anlaşılmıştır. Şikayet süresi hak düşürücü nitelikte olup, mahkemece re'sen gözetilmelidir. Bu durumda, mahkemece, şikayetin yasal süre içinde yapılmadığı gözetilerek süre yönünden şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken, aynı sonuca esasa ilişkin yazılı gerekçe ile varılması isabetsiz ise de, sonucu itibarıyla doğru olan kararın HUMK'nın 438/son maddesi uyarınca değişik gerekçe ile onanması gerekmiştir. Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle, şikayetçi vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle sonuca itibarıyla doğru olan kararın değişik gerekçeyle Onanmasına..." 23. HD. 28.02.2013 T. 2012/6780 E, 2012/1193 K (e-uyar.com İçtihat Programı, Erişim Tarihi:6.4.2016).

İİK m.282 uyarınca *“Bunlardan başka, kötü niyet sahibi üçüncü şahıslar aleyhine de iptal davası açılabilir. İptal davası iyi niyetli üçüncü şahısların haklarını ihlal etmez”* hükmü olmasına rağmen kötünियeti ispatlanamamış, üçüncü veya dördüncü kişi olarak bile adlandıramayacağımız ipotek alacaklısının hakkının ihlal edildiğini Yargıtay’ın istikrar kazanmış yukarıdaki kararlarında görmekteyiz.

Henüz borç doğmadan borçlunun ileride alacağı krediye karşılık malları üzerinde kurulan rehin kural olarak iptal edilemiyorken; iptale konu tasarrufun konusu rehin tesisi değil de malik değişikliği olduğunda, eski malik ile yeni malik arasındaki ilişkiyi hiçbir şekilde bilebilecek durumda olmayan ipotek alacaklısının hakkı ihlal edilmektedir.

Yargıtay, kararlarında tasarrufun iptali davasına konu taşınmazla ilgili olarak taşınmazı devralan kişinin alacaklıları lehine tesis edilen ipoteğin tasarrufun iptali talebi kabul edilen alacaklıya karşı önceliği bulunmadığına hükmetmektedir. Yargıtay’ın alacaklıya, iptal edilen tasarruf oranında, taşınmazı devralan kişinin verdiği ipoteklerle alacaklı olanlar ile sonradan haciz uygulayan alacaklılardan önce ödeme yapılması gerektiği görüşüne katılamadığımızı ifade etmeliyiz. Yargıtay, bazı kararlarında **“İİK. 268’de ihtiyati haczin rehne iştirakine dair bir düzenleme bulunmadığını” bu sebeple de** rehnin hacze, iştirakinin mümkün olmadığını vurgulamaktadır. Yargıtay’ın bu kararları Medeni Kanun’un temel prensiplerine ve bu prensiplerin bir yansıması olarak m.282 ile İcra ve İflas Kanunu’muza alınan, *“iptal davasının iyi niyetli üçüncü şahısların haklarını ihlal etmeyeceği”* ana kuralına aykırıdır. Bu kural var iken ayrıca rehnin hacze iştirakinin mümkün olup olmadığına ilişkin bir madde aramak yersizdir.

Burada ipotek alacaklısının garameye katılması ihtimali bile tartışılmadan ipotek alacaklısının menfaatinin hiçbir şekilde gözetilmemesi Kanun’a aykırıdır. Kanaatimizce burada tapu kaydında *“ihtiyati haciz”* **şerhi** olup olmadığına bakmak gerekir. Taşınmaz **üzerinde** ihtiyati haciz var ve bu haciz kesin hacze dönüşmeden ipotek kurulmuş ise ipotek alacaklısına herhangi bir öncelik tanınmamalı; buna karşın ihtiyati haciz kararından önce ipotek tesis edilmiş ise tasarrufun iptali davasını açan alacaklıya değil, ipotek alacaklısına öncelik tanınmalı ve ipotek alacaklısının menfaati ihlal edilmemelidir.

SONUÇ

Üçüncü kişinin iyiniyeti hukuk sistemlerinde korunmasına rağmen kanun koyucu tasarrufun iptali davasında üçüncü kişinin iyiniyetini kural olarak korumamıştır. Çünkü bu davanın başlıca muhatabı zaten üçüncü kişidir.

Henüz borç doğmadan borçlunun ileride alacağı krediye karşılık malları üzerinde kurulan rehin, kural olarak iptal edilemiyorken; iptale konu tasarrufun konusu malik değişikliği olduğunda eski malik ile yeni malik arasındaki ilişkiyi bilebilecek durumda olmayan ipotek alacaklısının hakkı ihlal edilmektedir. Zira Yargıtay, tasarrufun iptali davasına konu taşınmazla ilgili olarak taşınmazı devralan kişinin alacaklıları lehine tesis edilen ipoteğin tasarrufun iptali talebi kabul edilen alacaklıya karşı önceliği bulunmadığına hükmetmektedir. Yargıtay'ın konu hakkında verdiği kararları Medeni Kanun'un iyiniyetli üçüncü kişinin hakkının korunmasına yönelik temel prensiplerine ve İİK m.282'de düzenlenen, iptal davasının iyi niyetli üçüncü şahısların haklarını ihlal etmeyeceği kuralına aykırıdır. -Ki burada ipotek alacaklısının konumunun üçüncü değil en iyi ihtimalle dördüncü kişi olduğunu tekraren vurguluyoruz.

Bu kararlarıyla Yargıtay adeta iyiniyetli iki 3.kişi arasında ipotek alacaklısını değil sadece takip konusu borcun alacaklısını korumayı tercih etmiştir. Oysa burada tasarrufun iptali davasını açan alacaklı, dava konusunun dışında bulunan ipotek alacaklısının kötüniyetli olduğunu ispat edebiliyorsa, ipotek alacaklısının ipoteği öncelikli olmamalı; ipotek alacaklısının kötüniyeti ispatlanamıyor ise ipotek alacaklısının hakkına öncelik tanınmalıdır.

Kaynakça

- Akil Cenk, Yargıtay Kararları Işığında Tasarrufun İptali Davaları Bağlamında Aciz Belgesi, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/3, S.5.
- Akil Cenk, Tasarrufun İptaline Konu Olabilecek İşlemlerin Hukuki Niteliği, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 2014-1.
- Akkaya Tolgaya, Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflas Kanunu'nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu, *Legal Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, 2006/3.

- Akşener Haşmet Sırrı, *İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları*, İstanbul 2007.
- Altay Sümer, *Türk İflas Hukuku*, C.1, İstanbul 2004.
- Arslan Aziz Serkan, Tasarrufun İptali Davasından Sonra Açılan Menfi Tespit Davasında Bekletici Mesele Yapma Sorunu, Prof.Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C.1, Ankara 2014.
- Aslan Kudret, Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005.
- Ayan Mehmet, Eşya Hukuku, Sınırlı Ayni Haklar C.III, Konya 2001.
- Belgesay Mustafa Reşit, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, İstanbul 1950.
- Berkin Necmeddin, İflas Hukuku, B.4, İstanbul 1972.
- Bilgen Mahmut, İcra ve İflas Hukukunda Sıra Cetveli, Ankara 2011.
- Börü Levent, İcra ve İflas Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası (İİKm. 280), C.58, S.3, Y.2009.
- Budak Ali Cem/ Tunç Yücel Müjgan, İflas, Tasarrufun İptali Davası ve Konkordato ile İlgili 2013 Tarihli İsviçre İcra ve İflas Kanunu Değişiklikleri, Y.2015/2, C.11, S.31.
- Deyneklil Adnan/ Kısa Sedat, Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, B.3, Ankara 2005.
- Dişel Buse, İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı, İstanbul 2014.
- Erişir Evrim, Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.
- Esener Turhan, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956.
- Güneren Ali, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2012.
- Gürdoğan Burhan, İflas Hukuku Dersleri, Ankara 1966.
- Karataş İzzet/ Ertekin Erol, Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 1998.
- Kazancı İdil Tuncer, Tasarrufun İptali Davalarında İspat, Ankara 2015.
- Kurtoğlu Seda, İcra Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği, İBD, 1973/7-8, s. 774-780.
- Kuru Baki, Hukuki Mütalaa:154 İptal Davası, Hukuki Mütalaalar (Yayınlanmamış Makaleler), Ankara 2013 (Kuru, Mütalaa).
- Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku, C.4, Ankara 1997 (Kuru, C.IV).
- Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2004 (Kuru, İcra).
- Kuru Baki/ Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder, İcra ve İflas Hukuku, B.27, Ankara 2013.
- Kuru Baki/ Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku, B.24, Ankara 2013 (Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul).
- Muşul Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, B.4, Ankara 2010 (Muşul, İcra).

- Muşul Timuçin, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2015 (Muşul, Tasarrufun İptali).
- Muşul Timuçin, *İflas Suçları Taksiratlî ve Hilelî İflas Suçları ile Diğer İflas Suçları*, İstanbul 1998 (Muşul, İflas Suçları).
- Muşul Timuçin, Tasarrufun İptali Davasında Dava Şartı Olarak Aciz Vesikası, Sorunlar, Yargıtay Kararları ve Düşünceler, İcra ve İflas Hukuku ile İlgili Makaleler – Hukuki Mütalaalar ve Bilirkişi Raporları, B.2, Ankara 2013 (Muşul, Makaleler).
- Oskay Mustafa/Koçak Coşkun/
Deynekli Adnan/Doğan Ayhan, İİK Şerhi, 5.Cilt, Ankara 2007.
- Öztek Selçuk, Tasarrufun İptali Davalarında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yargıtay'ın Bu Sorunlara İlişkin Uygulaması, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, B.14, Ankara 2013.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/Özekes Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, B.10, Ankara 2012.
- Sarisözen İsmet, İcra ve İflas Kanununa Göre İptal Davasında Yargılama Usulü, ABD, 1977/1, s. 50-58.
- Sertkaya Şahabettin/Kul Süleyman, Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2016.
- Şener Yavuz Selim, Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, İstanbul 2005.
- Ulukapı Ömer, İcra ve İflas Hukuku, B.6., Konya 2014 (Ulukapı, İcra).
- Ulukapı Ömer, Medeni Usul Hukuku, B.2., Konya 2014 (Ulukapı, Usul).
- Umar Bilge, Türk İcra; İflâs Hukukunda *İptâl* Davası, Ankara 1963.
- Uyar Talih, İcra ve İflas Yasasında Düzenlenen İptal Davasının Hukuki Niteliği ve Konusu, *İBD*, 1984/10-11-12. (Uyar, Hukuki Niteliği).
- Uyar Talih, Tasarrufun İptali Davalarının Konusu, (İİK m. 278, 279, 280), *TBB Dergisi*, Sayı 78, Y.2008. (Uyar, Konu).
- Uyar Talih, Tasarrufun İptali Davasının Tarafları, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir 2015 (Uyar, Taraflar).
- Uyar Talih/Uyar Alper/Uyar Cüneyt, Tasarrufun İptali Davaları, Cilt:1, B.4, Ankara 2011 (Uyar/Uyar/Uyar, C.1).
- Uyar Talih/ Uyar Alper/Uyar Cüneyt, Tasarrufun İptali Davaları, Cilt:2, B.4, Ankara 2011 (Uyar/Uyar/Uyar, C.2).
- Üstündağ Saim, *İflâs Hukuku*, İstanbul 2007, s. 294

Üstündağ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, B.7, İstanbul 2000 (Üstündağ, Usul).

Yıldırım Kamil, 4949 Sayılı Kanunun Getirdiği Değişikliklerle İcra İflas Kanunu'nda Yer Alan İptal Davalarına ve İflasın Ertelenmesine İlişkin Yeni Hükümler, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2004, C.1, S.2 (Yıldırım, Yeni Hükümler)

Yıldırım Kamil, *İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları*, İstanbul 1995.

Yıldırım Kamil, Tasarrufun İptali Davasının İşlevi Bakımından Aciz Vesikası ile İlişkisi Hakkında Düşünceler, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11 Özel Sayı, Prof.Dr. Bilge Umar'a Armağan, İzmir 2010 (Yıldırım, Düşünceler).

SÖZLEŞMENİN DEVRİ

TRANSFER OF CONTRACT

Berna ÖZTÜRK*

Özet: Sözleşmenin devri ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Eski Borçlar Kanunu döneminde bu yönde yasal düzenlemeler bulunmamasına karşın sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği tarafların kendi aralarında anlaşarak sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma sözleşmeleri akdedebileceği kabul edilmekteydi.

Sözleşmenin devri Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesinde düzenlenen ve üçlü borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Biz de çalışmamızda sözleşmenin devrini detaylı olarak inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Sözleşmenin Devri, Türk Borçlar Hukuku

Abstract: The New Turkish Code of Obligations numbered 6098, which came into force in 2011, codified the transfer of contract as a new legal tool. Although The Previous Code of Obligations did not regulate the concept of transfer of contract, doctrine and Supreme Court of Appeals accepted this institution.

Code of Obligations, article 205 regulates the transfer of contract at the first time. In this article, transfer of contract is examined in detail.

Keywords: Transfer of contract, Turkish Law of Obligations

I. GİRİŞ

Sözleşmenin devri ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Eski Borçlar Kanunu döneminde bu yönde bir düzenleme bulunmamasına karşın sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği tarafların kendi aralarında anlaşarak sözleşmenin devri biçiminde sözleşme akdedebilecekleri kabul edilmekteydi.

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, LL.M

Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle beraber sözleşmenin devri kurumu Kanun'un 205. maddesinde yasal olarak hükme bağlanmıştır. Sözleşmenin devrinde bir sözleşme tüm hak ve borçlarıyla birlikte üçüncü bir kişiye devredilmektedir. Nitekim, sözleşmenin devrinde üç taraf bulunmaktadır. Bunlar, sözleşmeyi devreden, sözleşmeyi devralan ve sözleşmede kalandır. Sözleşmeyi devreden, bu sözleşmeye ilişkin taraf olması sıfatını terk etmekte, yerine üçüncü bir kişi sözleşmeye dâhil olmaktadır. Sözleşmenin devri kurumu Avrupa ülkelerinin çoğunda yasal olarak düzenlenmemekle birlikte doktrinde ve uygulamada kabul edilmektedir. Buna karşın, Avrupa Sözleşmeler Hukukunda sözleşmenin devri ayrıca düzenlenmiştir. Biz de, çalışmamızda Avrupa ülkelerindeki düzenlemeleri ve özellikle Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri arasında yer alan sözleşmenin devrini detaylı olarak inceleyeceğiz.

Ayrıca çalışmamız içinde sözleşmenin devrinin özellikli düzenlemeleri olan iş sözleşmesinin devri, kira sözleşmesinin devri ve kamu ihale sözleşmelerinin devri irdelenmektedir.

Çalışmamızda sözleşmenin devri kurumuna benzer özellikler gösteren sözleşmeye katılma, alacağın devri, borcun üstlenilmesi, yenileme, yeni bir sözleşme akdedilmesi ve alt sözleşme üzerinde durulacak, sözleşmenin devriyle aralarındaki farklar ve benzerlikler ortaya konmaya çalışılacaktır.

II. SÖZLEŞMENİN DEVRİ

1. Sözleşmenin Devri Kavramı

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri, sözleşmenin tarafları arasında hukuki bir ilişki yaratmaktadır. Dolayısıyla, sözleşme kural olarak kimler arasında kurulduysa, onlar arasında varlığını sürdürür. Fakat, bu ilke mutlak değildir. Nitekim, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesi uyarınca sözleşmede kalan tarafın rızası ile sözleşmenin devri mümkündür.¹ Sözleşmenin devrini ifade etmek amacıyla farklı hukuki terimler kullanılmaktadır. Bunlar arasında, sözleşmede taraf değişikliği, borç ilişkisine girme, sözleşmenin temliki, üçüncü bir ki-

¹ Eren, 25.

şinin sözleşmenin tarafı yerine ikame edilmesi, sözleşmenin yüklenilmesi gibi kavramlar kullanılmaktadır.² Biz, çalışmamızda Türk Borçlar Kanunu'na paralel gitme amacıyla kanundaki ifadeyi temel alarak 'sözleşmenin devri' kavramını kullanacağız.

Sözleşmenin devri, ilk kez Türk Borçlar Kanunu'nun Beşinci Bölümünün Üçüncü Ayrımında düzenlenmiştir. Eski Borçlar Kanununda bu yönde bir düzenleme bulunmamasına karşın bu kuruma duyulan gereklilik dolayısıyla sözleşmenin devri, doktrin ve Yargıtay kararlarının³ belirlediği ilkeler ışığında şekillenmekteydi. Bu dönemde sözleşmenin devrinin, atipik bir sözleşme olduğu ve alacağın devri ile borcun üstlenilmesi hükümlerinden yararlanılarak çözüme kavuşması gerektiği gibi görüşler ileri sürülmekteydi.⁴ Yeni Borçlar Kanunuyla birlikte bu sorun ortadan kalkmış ve kurum kendine özgü bir biçimde yasal olarak düzenlenmiştir.

Sözleşmenin devri, bir sözleşmenin hak ve borçlarıyla birlikte bir başkasına devredilmesini ifade eder.⁵ Sözleşmenin devrinde üç taraf bulunmaktadır. Bunlar, sözleşmeyi devreden, sözleşmeyi devralan ve sözleşmede kalandır. Sözleşmeyi devreden, bu sözleşmeye ilişkin taraf olması sıfatını terk etmekte, onun yerine üçüncü bir kişi sözleşmeye dâhil olmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, sözleşmeyi devralanın sözleşmeyi devreden yerine sözleşme ilişkisine tüm hak ve yükümlülükleri kapsar biçimde girmesidir.⁶ Nitekim, Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesine göre de "*Sözleşmenin devri, sözleşmeyi dev-*

² Ayrancı, 31.

³ Yüksek mahkeme, eski Borçlar Kanunu döneminde sözleşmenin devrine ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararında bu kurumun özelliklerini şu şekilde açıklamıştır: "Devredilebilir nitelikte sözleşmeye dayanan bir borç ilişkisi, sözleşmenin taraflarının irade beyanları ile şekle tabi olmaksızın yüklenilebilir. Sözleşmenin yüklenilmesi ile yüklenilen sözleşme ortadan kalkmaz. Sözleşme ilişkisinin sadece tarafları değişir, ilişkideki taraflardan biri ayrılır ve üçüncü kişi onun yerine geçer. Sözleşmeyi yüklenen taraf tam olarak girdiği sözleşmenin kendiliğinden tarafı olur. Yüklenen taraf, devreden taraf nasıl hak sahibi ve yükümlü ise, sözleşmenin diğer tarafına karşı aynı şekilde sorumlu ve hak sahibidir. Taraf değişikliğine rağmen sözleşme ilişkisi değişmeksizin devam eder. Yüklenen taraf, sadece var olan hakların sahibi ve borçların sorumlusu değildir. Aynı zamanda, gelecekte doğacak olan hak ve borçlarla da ilgilidir." Y3HD, 14.10.2004, 9645/10945, www.kazanci.com, 19.10.2015.

⁴ Oğuzman/Öz, 598. Ayrancı, 53. Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu Morali/Işıntan/İpek/Yaşar/Koç, 103-104.

⁵ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 834.

⁶ Ayrancı, 33.

ralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.”

Sözleşmenin devri, kanuni devir ve iradi devir olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrımın özünü devrin nasıl ve ne şekilde gerçekleştiği oluşturmaktadır.⁷ Sözleşmenin devri taraf iradelerinden bağımsız, hiçbir işleme gerek olmaksızın kanun gereği gerçekleşiyorsa kanuni devirden söz edilir. Sözleşmenin kanun gereği devri iki şekilde gerçekleşebilir. Şöyle ki, devir, doğrudan doğruya bir kanun hükmü nedeniyle meydana gelebileceği gibi sözleşmede kalan tarafın rızasına gerek olmaksızın da meydana gelebilir.⁸ Örneğin, İş Kanunu’nun 6. maddesinde düzenlenen işyerinin veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredilmesi halinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçeceği hükmü sözleşmenin kanuni devrine ilişkindir.⁹ Bunun yanı sıra, Türk Borçlar Kanunu’nun 310. maddesine göre, kira akdinin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir nedenle el değiştirirse yeni malik kanun gereği kira sözleşmesinin tarafı olur. Dikkat edilecek olursa kanun koyucu burada daha zayıf konumunda olan kiracıyı koruma amacı gütmüştür. Sözleşmenin kanuni devrine yönelik bir başka düzenleme Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununun 27. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, kiralayan kural olarak sözleşme konusu malın mülkiyetini üçüncü kişilere devredemez. Ancak, bu kural emredici nitelikte değildir. Taraflar sözleşmede aksini kararlaştırabilirler. Bu durumda ise malın mülkiyeti yalnızca finansal kiralama işi ile uğraşan bir başka kuruma devredilebilir.¹⁰

Sözleşmenin iradi devri ise sözleşmeyi devreden, sözleşmeyi devralan ve sözleşmede kalan arasında bir hukuki işleme dayanılarak yapılan sözleşmedir. Doktrindeki bir görüşe göre, sözleşmenin iradi devri gerçek anlamda bir sözleşmenin devridir.¹¹ Türk Borçlar Kanunu’nun 205. maddesi sözleşmenin iradi devrini hüküm altına almıştır. Biz de,

⁷ Arslanoğlu, 536.

⁸ Ayrancı, 35, 71-75.

⁹ Özkaraca, 115. Ayrancı, 36. Cengiz, 6-7.

¹⁰ Zevkliler/Gökyayla, 409.

¹¹ Ayrancı, 35.

çalışmamızın birinci bölümünde sözleşmenin iradi devri kurumunu açıklamaya çalışacağız.

2. Sözleşmenin Devrinin Hukuki Niteliği

Sözleşmenin devri, hukuki niteliği itibarıyla üç taraflı kendine özgü (sui generis) bir sözleşmedir.¹² Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan bir anlaşmayla gerçekleşmektedir. O halde, sözleşmenin devri üç köşeli bir hukuki ilişki yaratmaktadır. Sözleşmenin devrinde, sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar üçüncü bir kişiye devredilmektedir.

Sözleşmenin devrine ilişkin iki teori bulunmaktadır. Bunlar, kombinasyon (parçalanma) ve birlik teorisidir. Kombinasyon teorisine göre, sözleşme alacak ve borçlar olmak üzere iki parçadan oluşmaktadır. Bunlar ise alacağın devri ve borcun üstlenilmesi yoluyla üçüncü bir kişiye devredilmektedir. Ancak, bu teori doktrinde eleştirilmiştir. Zira, sözleşmeler sadece alacak ve borçlardan ibaret değildir. Alacak ve borçların yanı sıra yenilik doğuran hakları da içermektedir. Kombinasyon teorisine, sözleşmenin devrinde yenilik doğuran hakların geçişini açıklamaktan uzaktır. Ayrıca, bu teoride belirtilen alacağın devri ve borcun üstlenilmesi yoluyla sözleşmenin devredilebileceği düşüncesi sözleşmede taraf konumunun değişmesini kapsamamaktadır.¹³ Bugün kabul gören birlik teorisine göre, sözleşme ilişkisi, alacak ve borçların yanı sıra başkaca hukuki durumlardan ve külfetlerden oluşan bir bütündür. Buna göre, sözleşmenin devri kendine özgü bir sözleşme olarak değerlendirilmeli ve taraf değişikliği tek bir işlemle gerçekleştirilmelidir.¹⁴

3. Sözleşmenin Devrinin Hukuki Özellikleri

A. Halefiyet İşlemi Olması

Halefiyet¹⁵, üçüncü bir kişinin borçlunun edimini alacaklıya ifa etmek suretiyle onu tatmin ettiği ölçüde alacaklının yerine geçerek,

¹² Eren, 1256. Demir, 44. Bahadır, 4. Oğuzman/Öz, 599. Nomer, 353. Tosun, 169.

¹³ Eren, 1256. Ayrancı, 41-49.

¹⁴ Ayrancı, 50-52. Bar/Clive, 1103.

¹⁵ Halefiyet konusunda detaylı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Halefiyet, 3 vd.

onun borç ilişkisinden doğan asli ve fer'i haklarına halef olmasıdır.¹⁶ Diğer bir deyişle, halefiyet, mevcut bir sözleşme ilişkisine ayrılan tarafın yerine üçüncü bir kişinin taraf olmasıdır. Buna göre, halefiyet, borcun ifayla sona ermesi durumunun da bir istisnasıdır.¹⁷ Zira, borçlunun, alacaklıya olan borcu bu şekilde sona ermekte onun yerine ifada bulunan üçüncü kişiye olan borcu devam etmektedir.

Halefiyet, kanuni ve akdi (iradi) halefiyet olarak ikiye ayrılır. Türk Borçlar Kanunu sadece kanuni halefiyeti düzenlenmiştir. Ancak, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği akdi halefiyet de mümkündür. Burada dikkat edilmesi gereken husus, akdi halefiyetin sadece sözleşmenin devri yoluyla olabileceğidir. Yani, taraflar kendi aralarında anlaşarak alacağı bir üçüncü kişiye devrettiklerinde burada taraf iradelerine dayanan bir sözleşmenin devri söz konusu olur.¹⁸

Sözleşme ilişkisinde halefiyetin mümkün olması için sözleşmenin devredilebilir nitelik taşıması gerekir. Bir borç ilişkisinin devredilebilir olması o borç ilişkisinin aynileşmesi (eşyalaşması) demektir. Türk Borçlar Kanunu kural olarak sözleşmeyi akdeden tarafları sözleşmenin asli unsuru olarak kabul etmemektedir. Dolayısıyla, taraflardan birinin değişimi borç ilişkisinin ayniyetini zedelemeyiz. Zira, sözleşme ilişkisinin kurulma nedeni taraflar değil, başkaca unsurlardır. Buna karşın, taraflar kendi aralarında anlaşarak devir yasağı kararlaştırabilirler. Aynı şekilde, bir borç ilişkisinde taraf değişikliği muhteva değişikliği olarak kabul edilmez. Ancak, alacak şahsa bağlı bir alacak ise sözleşmenin muhtevası da değişecektir.¹⁹

B. Tasarruf İşlemi Olması

Tasarruf işlemi, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyerek onu ortadan kaldıran, değiştiren ya da azaltan bir hukuki işlemdir.²⁰ Tasarruf işlemleri her zaman devri, yüklenmeyi veya feragati amaçlar. Mameleki değeri olmayan, şahsa sıkı sıkıya bağlar haklar veya kişilik hakları üzerinde herhangi bir tasarruf işlemi yapılamaz.

¹⁶ Eren, 931.

¹⁷ Kılıçoğlu, Halefiyet, 9. Eren, 931.

¹⁸ Kılıçoğlu, Halefiyet, 5. Eren, 931. Ayrancı, 56-57, 60.

¹⁹ Ayrancı, 58-64.

²⁰ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 48. Ayiter, 13.

Tasarruf işlemlerinin konusu mülkiyet, eşya üzerindeki sınırlı ayni haklar ile Borçlar Hukukuna ilişkin alacaklar, haklar ve hukuki ilişkiler oluşturur.²¹ Taahhüt işlemleri ise bir hakka doğrudan doğruya müdahale etmeyen, malvarlığının aktifini değil pasif kısmını etkileyen işlemlerdir.

Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devreden taraf ile sözleşmede kalan taraf açısından bir tasarruf işlemidir. Şöyle ki, sözleşmeyi devreden, sözleşmedeki taraf sıfatını üçüncü bir kişiye bırakmakta, buna karşın kalan taraf, alacak haklarıyla ilgili olarak borçlu mamelekinin değişmesine izin vermektedir. Sözleşmeyi devralan açısından ise bir taahhüt işlemi söz konusudur. Burada devralan, sözleşmeyi devreden borçlarını yerine getireceğini taahhüt etmektedir.²²

Sözleşmenin devrinde taahhüt ve tasarruf işlemleri birbirlerine sıkı sıkıya bağlıdır. Sözleşmeyi devreden ve sözleşmede kalanın tasarruf işlemine bağlı bir taahhüt işlemi vardır.²³

4. Sözleşmenin Devrinin Şartları

Sözleşmenin devri bir tasarruf işlemidir. Bu tasarruf işleminin konusu ise sözleşme ilişkisinin taraf konumudur.²⁴ Sözleşmenin devriyle sözleşme üçüncü bir kişiye bütün hak ve borçlarıyla devredilmektedir. Türk Borçlar Kanunu sözleşmenin devrini bir takım koşullara bağlamıştır. Bunlar geçerli ve devredilebilir bir sözleşme ilişkisinin bulunması ve tarafların uygun irade beyanlarıdır. Aşağıda bu şartları açıklayamaya çalışacağız.

A. Borç İlişkisinin Geçerli ve Devredilebilir Nitelik Taşınması

Sözleşmenin devredilebilmesi için ortada geçerli bir sözleşme ilişkisi bulunmalıdır. Sözleşme tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları kurulur. Ayrıca sözleşmenin kanuna ve ahlaka aykırı olmaması, konusunun imkânsız olmaması gerekir. Askıda geçerli olan bir sözleşme de devredilebilir. Buna karşın, henüz var olmayan, ileride

²¹ Ayrancı, 65.

²² Ayrancı, 67. Bahadır, 5-6.

²³ Ayrancı, 66-68.

²⁴ Ayrancı, 92.

kurulması muhtemel bir sözleşmenin devri mümkün değildir. Haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar da sözleşmenin devrinin konusu olamaz. Devir içim sözleşmenin türü önemlidir.²⁵

Sözleşmenin devredilebilmesi için geçerli bir borç ilişkisinin yanı sıra bu borç ilişkisinin devredilebilir nitelik taşıması gerekir. Örneğin, şahsa bağlı borç ilişkileri devredilemez.²⁶ Bazı durumlarda taraflar sözleşmenin devrini kendi aralarında anlaşarak da yasaklayabilirler. Ancak daha sonra bu yasak kaldırılırsa sözleşme yine devredilebilecektir. Türk Borçlar Kanununun 205. maddesinin 4. fıkrasında “*Kanundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümler saklıdır.*” hükmü düzenlenmektedir. Buna göre kanundan doğan halefiyet halleri ile özel hükümler sözleşmenin devrine tabi değildir. Örneğin, Türk Medeni Kanunu’nun 599. maddesine göre mirasçılar, miras bırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak kanun gereğince kazanırlar.²⁷ Burada sözleşmenin devri hükümleri uygulanmaz.

Devrilemeyen bir sözleşme ilişkisi daha sonra devrilebilir bir nitelik kazansa da sözleşmenin devri geçerli olmaz. Zira bu işlem baştan itibaren geçersizdir.²⁸

Sözleşme bazen kendi özelliği nedeniyle de devredilemeyebilir. Burada herhangi bir kanuni veya iradi devri yasağı yoktur. Böyle bir durum sözleşmenin ifasının tarafların kişisel özelliklerinin büyük ölçüde bağlı olduğu hallerde söz konusu olur. Örneğin, ünlü bir marangozla anlaşılan X, talep ettiği edimin ifasını sadece o marangozdan beklemektedir. Zira, marangozun kişisel becerileri sözleşmenin kurulmasında etkili olmuştur. Böyle bir durumda marangozun sözleşmeyi alelade birine devretmesi mümkün olmayacaktır.

B. Tarafların Uygun İrade Beyanları

Sözleşmenin iradi devri için sözleşmeyi devreden, devralan ve sözleşmede kalan tarafın birbirine uygun irade beyanlarının bulunması gerekir. Nitekim, bu durum sözleşmenin devrinin üç taraflı kendine

²⁵ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 835. Ayrancı, 92-94.

²⁶ Yavuz, Şerh, 1019.

²⁷ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 837. Bu konuda başkaca örnekler için bkz. Nomer, 354.

²⁸ Ayrancı, 97.

özgü yapısının da bir sonucudur. Türk Borçlar Kanunu'nun 205/2. fıkrasına göre *"Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da sözleşmenin devri hükümlerine tabidir."* Eğer sözleşmede kalan tarafın sözleşmenin devrine önceden verilmiş bir izni yoksa devreden ve devralan taraflar arasında yapılan sözleşme, sözleşmede kalan için öneri niteliğindedir. Sözleşmede kalan tarafın rızası sözleşmenin devri için kurucu unsurdur.²⁹ Sözleşmede kalan taraf sözleşmenin devrine önceden izin vermişse sözleşmeyi devreden taraf ile devralan taraf arasında yapılan anlaşma ile devir meydana gelecektir. Burada üzerinde durulması gereken husus sözleşmenin devrine önceden rıza gösteren tarafın devirden haberdar edilip edilmemesidir. Kanunda bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak devre önceden izin veren sözleşmede kalan taraf sözleşmenin devrinin hüküm ve sonuç doğurmasını kendisine yapılacak ihbar koşuluna bağlayabilir. Böyle bir durumda sözleşmede kalan tarafa ihbar yapılmadıkça sözleşmenin devri gündeme gelmez. Herhangi bir şart öngörülmediyse eğer sözleşmede kalan taraf bu belirsizliğe katlanır. Sözleşmede kalan taraf sadece sözleşmenin devrine kadar bu izni her zaman geri alabilir.³⁰ Kanımızca kanun koyucu burada bir düzenlemeye gitmeli ve devre önceden rıza gösteren tarafın belirsizlik içinde kalmasını önlemelidir. Örneğin Macaristan Medeni Kanunu'nda bu durum düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmede kalan taraf sözleşmenin devri için önceden izin verirse sözleşmenin devri bu durumun kalan tarafa bildirmesiyle gerçekleşir. Yine İtalyan Medeni Kanunu'nun 1407. maddesinde sözleşmenin devrine önceden izin veren tarafa bildirim yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Benzer bir düzenlemenin Türk Borçlar Kanunu için de yapılması gerektiği görüşündeyiz.

Sözleşmenin devri için sözleşmenin her üç tarafının da rızasının olması gerektiğini belirttik. Bu rızanın zımni şekilde verilmesine herhangi bir yasal engel yoktur. Ancak, sözleşmenin devrinin geçerliliği devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır. Eğer sözleşme yazılı şekilde yapılmalıysa burada zımni iradi beyanı geçerli olmaz.³¹

²⁹ Ayrancı, 102-104. Bahadır, 17.

³⁰ Ayrancı, 106, 108. Tosun, 171.

³¹ Ayrancı, 110. Cengiz, 24. Yavuz, Şerh, 1020.

5. Sözleşmenin Devrinde Şekil

Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesinin 3. fıkrasına göre "Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır." Kanundaki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere devrin geçerliliği devredilen sözleşmenin geçerliliğine tabidir. Devre konu olan sözleşme özel bir şekil şartına bağlıysa devir sözleşmesi de bu şekilde yapılmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesinin 2. fıkrasına göre sözleşmede kalan taraf devir işlemine önceden izin veya sonradan onay verebilir. Bu husus doktrinde sözleşmenin devrinin bağlı olduğu şekil şartı konusunda çeşitli tartışmalara neden olmuştur. Nitekim, kanunda sadece sözleşmenin devrinin geçerliliğinin devredilen sözleşmenin geçerliliğine tabi olduğu belirtilmektedir. Buna karşın, sözleşmede kalan tarafın sözleşmenin devrine önceden izin vermesinin veya sonradan onaylamasının hangi şekilde yapılacağı konusunda bir açıklık yoktur. Burada sözleşmede kalanın, devre gösterdiği rızanın sözleşmenin şekline tabi olup olmadığı konusunda farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre, TBK m. 205/2 ile TBK m. 205/3 arasında bir çelişki vardır ve bu çelişki örtülü boşluğa neden olmaktadır. Böyle bir durumda da bir hakkın kullanılmasını kolaylaştırıcı yorum esas alınarak sözleşmede kalan tarafın izin veya onayını açıklarken, devreden ve devralanın uymak zorunda olduğu şekil şartına uyması gerekmez.³² Diğer bir görüşe göre ise şekil şartı tarafları korumak için öngörülmüştür. Dolayısıyla sözleşmede kalan taraf rızasını açıklarken TBK m.205/3'e uymalıdır.³³ Bizce, birinci görüş daha isabetlidir. Nitekim, kanunda bu yönde açık bir düzenleme bulunmamaktadır (Oysa TBK m198/2'de kanun koyucu açıkça yazılı şekil şartını aramıştır.) Dolayısıyla uygulamada yaşanabilecek sıkıntıları ortadan kaldırmak için sözleşmede kalan tarafın rızasının herhangi bir şekle bağlanmaması daha yerinde olacaktır.

Kanun'un 17. maddesine göre taraflar şekle bağlanmamış bir sözleşmeyi belli bir şekilde örneğin yazılı şekilde yapmaya karar verirlerse, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme taraflar açısından bağlayıcı olmaz. Böyle bir sözleşmenin devri de tarafların öngördüğü şekil şartına uyularak yapılmalıdır. Aksi halde geçerli olmayacaktır.

³² Oğuzman/Öz, 600.

³³ Yavuz, Şerh, 1022. Yavuz, Değişiklikler, 274.

6. Sözleşmenin Devrinin Meydana Geldiği An

Sözleşmenin devrinin meydana geldiğini anı açıklayan iki teori vardır. Bunlar tasarruf teorisi ve sözleşme teorisidir. Tasarruf teorisine göre sözleşmeyi devreden ve devralan tarafın anlaşmasıyla sözleşme devredilir. Zira bu teoriye göre sözleşmede kalan tarafın beyanı sadece onay niteliğindedir ve geriye etkili sonuç doğurur. Doktrinde bu teori eleştirilmektedir. Nitekim, sözleşmede kalan tarafın rızasının geriye etkili sonuçlar doğurması özellikle ani edimli sözleşmelerde sözleşmede kalan tarafın hangi andan itibaren başka bir kişiyle muhatap olduğunu bilme şansını elinden alır. Ayrıca sözleşmede kalan tarafın rızasının geriye etkili sonuçlar doğurması sözleşmeden doğan hak ve borçların devir sözleşmesine göre belirlenmesi gerektiği amacına da ters düşer.³⁴

Sözleşme teorisine göre ise sözleşmenin devri üç taraflı bir hukuki işlem olduğundan her üç tarafın rızasını beyan ettiği an sözleşmenin devredildiği andır. Zira, bu teoriye göre sözleşmenin devrinde her üç tarafın da rızası kurucu niteliktedir.³⁵

7. Sözleşmenin Devrinin Sonuçları

A. Taraflar Bakımından Sonuçları

Sözleşmenin devriyle sözleşmedeki taraf olma sıfatı devreden yandan devralana geçer. Sözleşmenin devri devreden, devralan ve sözleşmede kalan taraf açısından bazı sonuçlar doğurur. Öncelikle, sözleşmenin devriyle birlikte sözleşmeyi devreden taraf sözleşmeden doğan tüm hak ve borçları devralana bırakmaktadır. Sözleşmenin devrinden önce doğan tüm alacak ve borçlardan devreden taraf sorumludur. Doktrindeki bir görüşe göre sözleşmeyi devreden tarafın devirden önce doğmuş olan borçları devralan tarafından yerine getirilmişse; devralan devredene karşı sebepsiz zenginleşme olgusunu ileri sürülebilir.³⁶ Sözleşmeyi devreden taraf, sözleşmedeki konumunu kaybeder. Dolayısıyla sözleşmede kalan tarafa olan sorumlulukları sona erer. Sözleşmeyi devralan taraf sadece var olan hakları değil gelecekte do-

³⁴ Ayrancı, 147-148.

³⁵ Ayrancı, 148-149.

³⁶ Ayrancı, 120.

ğacak hak ve borçları da devralmış olur. Sözleşmenin devriyle birlikte asıl sözleşmenin kurulması aşamasından doğan hukuki sonuçlar artık devralan tarafı ilgilendirir. Buna göre, sözleşmeyi devralan taraf asıl sözleşmenin kurulması sırasındaki şartlardan anlaşılan irade beyanlarının yorumunu kabul etmelidir.³⁷

B. Borç İlişkileri Bakımından Sonuçları

Sözleşmenin devriyle birlikte devreden taraf sözleşme ilişkisinden çıkar ve onun yerini sözleşmeyi devralan taraf alır. Sözleşmenin devri sonucunda sözleşmeyi devreden taraf sözleşmeden doğan tüm hak ve borçları devralana bırakmaktadır. Burada önem arz eden konulardan biri yenilik doğuran hakların³⁸ durumudur. Yenilik doğuran haklar, tek taraflı bir hukuki işlemle bir hukuki ilişkiyi kurmak, içeriğini değiştirmek veya sona erdirmek suretiyle başka bir şahsın hukuk alanında değişiklikler meydana getirebilme yetkisi veren haklar olarak tanımlanmaktadır.³⁹ Yenilik doğuran haklar, doğuş nedenlerine (sözleşmeden veya kanundan doğabilir), içeriklerine (kurucu, değiştirici, bozucu yenilik doğuran haklar), etki ve sonuçlarına (özel yenilik doğuran haklar, yenilik doğuran dava hakları) göre çeşitli türlere ayrılır.⁴⁰ Sözleşmenin devriyle birlikte yenilik doğuran hakların da devredilip devredilemeyeceği konusuna geçmeden önce bu hakların devredilip devredilemeyeceği sorusu irdelenmelidir. Doktrindeki baskın görüşe göre, yenilik doğuran hakkın sahibinin bu hakkın devrinde menfaati olduğu hallerde sözleşme özgürlüğü gereği yenilik doğuran haklarını üçüncü bir kişiye devredebilir. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus yenilik doğuran hakların devrine engel olan özellikli bir durumun olup olmadığıdır. Örneğin, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarda (bağışlamayı geri alma) veya devir yasağı olan durumlarda hak sahipliğinde değişiklik mümkün değildir.⁴¹

Sözleşmenin devriyle birlikte alacak ve borçların yanı sıra yenilik

³⁷ Ayrancı, 117-119.

³⁸ Yenilik doğuran haklar konusunda detaylı bilgi için bkz. Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 55 vd.

³⁹ Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 57. Ayrıca bkz. Eren, 61. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21.

⁴⁰ Eren, 62-65.

⁴¹ Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 267-275. Eren, 69.

doğuran haklar da sözleşmeyi devralan tarafa geçer. Ayrıca, sözleşmenin devriyle birlikte iptal, dönme, fesih gibi yenilik doğuran haklar da sözleşmeyi devralan tarafa geçer.⁴² Ancak, sözleşmenin iptaliyle birlikte sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak sona erer. Böyle bir durumda alınanların iadesi gündeme gelir. Bu iadenin sözleşmeyi devredene mi yoksa devralana mı yapılacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu konu özellikle sürekli borç ilişkilerinde önem arz etmektedir. Sözleşmenin devrinde iptal hakkı da devralana geçeceğinden bu hak gerek anı edimli sözleşmelerde gerekse de sürekli sözleşmelerde devralan tarafından kullanılacaktır.⁴³ Sözleşmenin iptaliyle birlikte iade sözleşmeyi devredenle devralan arasında mı yoksa sözleşmeyi devredenle veya sözleşmeyi devralanla sözleşmede kalan arasında mı olacaktır? Doktrinde bu durum “üçlü ilişkilerde sebepsiz zenginleşme” sorunu olarak da adlandırılmaktadır.⁴⁴ İptal hakkını sözleşmeyi devralan tarafından kullanılır. Dolayısıyla iade yükümlüsü veya alacaklısı da iptal hakkını kullanan devralan taraf olacaktır. Sözleşmeyi devreden taraf açısından iade yükümlülüğü veya talebinin nasıl olacağı sorusu gündeme gelebilir. Doktrindeki bir görüşe göre, sözleşmeyi devreden, sözleşmenin devri işlemini irade sakatlığı hallerine dayanarak iptal etmeli ve edimlerin iadesini sözleşmeyi devralan taraftan talep etmelidir.⁴⁵ Burada bir yıllık hak düşürücü süre sözleşmeyi devredenin irade sakatlığını öğrendiği andan itibaren başlar. Eğer, sözleşmeyi devreden devir anında irade sakatlığından habersizse, hak düşürücü süre devralan esas alınarak belirlenir.⁴⁶

Sözleşmenin devriyle birlikte def'i hakları da sözleşmeyi devralana geçer.

Sözleşmenin devriyle tüm alacak ve borçlar, yenilik doğuran haklar ve def'ilerin yanı sıra kefalet, rehin gibi fer'i haklar da sözleşmeyi devralana geçer. Doktrindeki bir görüşe, bir kıyas yapılarak TBK m.198/2 hükmü burada uygulanmalıdır.⁴⁷ Anılan düzenlemeye göre “*Bununla birlikte borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve ke-*

⁴² Ayrancı, 132-133. Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 355. Eren, 1255. Tosun, 172.

⁴³ Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 363.

⁴⁴ Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 360.

⁴⁵ Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 363.

⁴⁶ Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 363. Ayrancı, 142.

⁴⁷ Tosun, 173.

filin sorumlulukları, ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri halinde devam eder.” Biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanımızca, TBK m.198/2 ile TBK m.205 arasında kıyas yapılmasını gerektiren bir durum yoktur. Sözleşmenin devri kanunda açıkça düzenlenmiş ve bu devirle birlikte sözleşmeye bağlı tüm hak ve borçların sözleşmeyi devralana geçeceği belirtilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken feri hakların özel düzenlemelerine ilişkin hükümlerdir. Kefalet sözleşmesi TBK m.253’e göre yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz. O halde, sözleşmenin devrinde de bu yazılı şekil şartı kefil için aranmalıdır.

8. Sözleşmenin Devrinin Özellikli Düzenlenmeleri: İş Sözleşmesinin Devri ve Kira Sözleşmesinin Devri

Sözleşmenin devri Türk Borçlar Kanunu’nun 205.maddesinde genel olarak düzenlenmiştir. Sözleşmenin devrinin özel iki ayrı düzenlemesi de mevcuttur. Bunlar iş sözleşmesinin devri (m.429) ve kira sözleşmesinin devridir (m.323). Bu iki düzenleme TBK m.205’e göre özel hüküm niteliğindedir. Aşağıda genel hatlarıyla bu iki hükmü incelemeye çalışacağız.

a. İş Sözleşmesinin Devri

İş sözleşmesinin bir bütün olarak yani hak ve borçlarıyla birlikte başka bir işverene sürekli bir biçimde devredilmesi İş Kanunu’nda düzenlenmemiştir. Eski Borçlar Kanunu’nda da bu yönde açık bir düzenleme olmamasına karşın doktrin ve Yargıtay, Kanun’un 320. maddesini iş sözleşmesinin iradi devri için hukuki bir dayanak olarak kabul etmekteydi.⁴⁸ Türk Borçlar Kanunu ise sözleşmenin devrini 429. maddede düzenlemektedir. Buna göre “*Hizmet sözleşmesi ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır.*” Türk Borçlar Kanunu’nun 205. maddesi sözleşmenin devrini genel olarak, 429. maddesi ise iş sözleşmesinin devrini özel olarak düzenlemektedir.

⁴⁸ Eski Borçlar Kanunu dönemindeki iş sözleşmesinin devrine ilişkin düzenlemeler konusunda detaylı bilgi için bkz. Arslanoğlu, 533-546. Özkaraca, 113-134. Çankaya/Çil, 637-703.

İş sözleşmesinin devri üç taraflı kendine özgü bir sözleşme ile gerçekleşir. Bu sözleşmenin tarafları iş sözleşmesini devreden işveren, devralan işveren ve işçidir. Yüksek mahkeme de vermiş olduğu bir kararında⁴⁹ bu durumu şu şekilde nitelendirmektedir: "...hizmet akdi devrinde üçlü bir ilişki mevcuttur. Başka bir anlatımla, devreden ve devralan işveren ile devredilen işçinin hizmet akdinin devri konusunda üçlü olarak anlaşmaları gerekir..."

İş sözleşmesinin devredilebilmesi için öncelikle geçerli ve devam eden bir iş sözleşmesi bulunmalıdır.⁵⁰ İş sözleşmesinin türü (belirsiz süreli- belirli süreli, kısmi süreli- tam süreli iş sözleşmesi vb.) iş sözleşmesinin devrinde önem taşımamaktadır. İş sözleşmeleri fesih bildirim süresi içinde devam ettiğinden bu zaman diliminde de devredilmeleri mümkündür.

Türk Borçlar Kanunu'nun 429. maddesi iş sözleşmesinin devri için işçinin yazılı rızasını aramaktadır. Buna karşın, kanun iş sözleşmesini devreden ve devralan işverenler açısından bir zorunluluk öngörmemiştir. Böyle bir durumda iş sözleşmesinin devri için herhangi bir hükme yer verilmediğinden hareketle devreden ve devralan işverenler açısından bir şekil şartının olmadığından söz etmenin yerinde olup olmayacağı sorusu akla gelmektedir. İş sözleşmesinin devri üç tarafın da anlaşmasıyla hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Hukuki belirsizliklerin önüne geçmek için devreden ve devralan arasında yapılan ve işçinin rıza gösterdiği sözleşmenin yazılı olması gerekmektedir.⁵¹ Doktrindeki bir görüşe göre, işçinin yazılı rızası alınmadan başka bir işveren emrinde çalışması TBK m.206'ya göre sözleşmeye katılma olarak kabul edilmelidir. Zira, Türk Borçlar Kanunu açıkça işçinin yazılı rızasını aradığından böyle bir durumda zımni/örtülü bir rızadan söz etmek yerinde olmaz.⁵²

⁴⁹ Y9HD, 12.7.2006, 1892/20661, Özkaraca, 122. Ayrıca bkz. Cengiz, 107-115.

⁵⁰ Y9HD, 27.2.2006, 22422/664, Yenisey, Değerlendirme 2006, 40.

⁵¹ Süzek, 359. Alpagut, 924-925. Caniklioğlu, 108. Aksi görüşte, Cengiz, 58. Yazara göre, kanunda devreden ve devralan tarafın irade beyanlarına ilişkin açık bir hüküm yoktur. Ancak, TBK 205/3 gereği devredilmek istenen sözleşme şekil şartına tabiyse devir sözleşmesi de şekil şartına tabi olacaktır. Böyle bir şekil zorunluluğu yoksa devreden ve devralan işverenlerin irade beyanlarının zımni olarak da açıklanması mümkündür.

⁵² Alpagut, 922. Caniklioğlu, 107.

İş sözleşmesinin devri işçinin yazılı rızasına bağlıdır.⁵³ Kanun her ne kadar böyle bir zorunluluktan söz etse de bu rızanın ne zaman alınması gerektiği konusunda herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Doktrindeki bir görüşe göre TBK m.205'in açık düzenlemesi ve TBK m. 429'da rızanın açıklanacağı zamanla ilgili herhangi bir hüküm bulunmaması nedeniyle işçinin rızasının devir sözleşmesinden önceki bir tarihte alınması ve hatta iş sözleşmesi yapılırken böyle bir devre rıza göstermesi mümkündür.⁵⁴ Biz, bu görüşe katılmıyoruz. Nitekim, işçi iş akdinin güçsüz tarafıdır. İş sözleşmesi yapılırken böyle bir izin alınması işçiyi hukuki belirsizliğin içine sokar. Zira, iş sözleşmesinin devri ile iş akdi tüm hak ve borçlarıyla yeni bir işveren geçmektedir. İşçinin iş güvencesi kapsamı dışındaki bir işyerinde çalışmaya başlaması, devralan işverenin mali açıdan zayıf olması işçinin haklarını tehdit eder. İşçinin böyle bir belirsizlik içine sokulması İş Hukukunun ruhuyla da bağdaşmamaktadır. Bunun yanı sıra, İş Kanunu'nun 7. maddesinde geçici (ödünc) iş ilişkisi düzenlenmektedir. Geçici iş ilişkisi kurulabilmesi için işçinin devir sırasında yazılı onayı alınmalıdır. Geçici bir iş ilişkisinde işçinin rızası devir sırasında alındığına göre iş sözleşmesinin sürekli devrinde bu rızanın devir sırasında alınması gerektiği öncelikli olarak kabul edilmelidir.⁵⁵ Yargıtay da iş sözleşmesinin devrinde işçinin rızasının devir anında ortaya çıkması gerektiğine karar vermiştir.⁵⁶

İşçinin iş sözleşmesinin devrine rıza göstermemesi işverence sözleşmesinin feshine geçerli veya haklı bir dayanak oluşturmaz. Yüksek mahkemenin bir kararına⁵⁷ göre de "... Somut olayda hizmet akdinin devri söz konusu ise davacının bu devre muvafakat etmediği anlaşılmaktadır. Böyle olunca hizmet akdi devrinden söz edilemeyeceğinden davacının yeni işverenin yanında işe devam etmediğinden

⁵³ TBK m. 429'un TBK m.205'ten farklı bir düzenleme getirmesinin eleştirisi için bkz. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 837.

⁵⁴ Cengiz, 51, 72.

⁵⁵ Bu yönde bkz. Süzek, 358. Alpagut, 923. Caniklioğlu, 107. Çankaya-Çil, 523. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 165. Özkaraca, 124.

⁵⁶ Y9HD, 16.6.2008, 41042/15622, Çankaya/Çil, 643. Doktrinde, şirket topluluğu veya aynı holding bünyesi içinde olmak şartıyla iş sözleşmesinin iradi devrine ilişkin işçinin rızasının önceden alınabileceği ve bu yöndeki kayıtların geçerli olduğu; tamamen farklı bir işverene devir söz konusu olduğunda rızanın devir sırasında alınması gerektiği yönünde görüşler vardır. Bu konuda bkz. Cengiz, 69,72-74. Alp, 198-199.

⁵⁷ Y9HD, 12.7.2006, 1892/20661, Çankaya/Çil, 685-686.

söz edilerek akdinin haklı nedenlerle feshedilmesi mümkün değildir.” Benzer şekilde, iş sözleşmesinin devrini kabul etmeyen işçiye karşı İş Kanunu’nun 22. maddesi uygulanamaz. İşveren, iş sözleşmesinin devrini esaslı bir değişiklik olarak kabul edip buna dayanarak işçinin iş sözleşmesini feshedemez. İşçi, iş sözleşmesinin devrini kabul etmezse İş Kanunu’nun 24. maddesi uyarınca iş sözleşmesini çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapıldığını iddia ederek feshedebilir.⁵⁸ Bunun yanı sıra, iş sözleşmesinin devrini kabul etmeyen işçi, bağlı olduğu işvereni temerrüde düşürebilir.

İş sözleşmesinin devrine rıza göstermeyen işçi iş sözleşmesini devretmek isteyen işverenin yanında çalışmasını sürdürmek ister; buna karşın işveren işçiyi çalıştırmak istemezse, Yargıtay iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği kabul etmektedir.⁵⁹

İş sözleşmesinin devriyle iş sözleşmesinin taraflardan biri olan işveren değişmekte ve sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar devralana geçmektedir. İş sözleşmesinin devri fesih sonucu doğurmaz. Bu nedenle işçi iş sözleşmesinin devrini gerekçe göstererek kıdem ve ihbar tazminatı talep edemez.⁶⁰ İş sözleşmesinin devri devreden işveren yerine devralan işverenin sözleşmeye girdiği bir taraf değişikliğidir. Dolayısıyla, devir işlemiyle devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. İşçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından (kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin gibi) ise devreden işveren yanında işe başladığı tarih temel alınır.⁶¹

b. Kira Sözleşmesinin Devri

Türk Borçlar Kanunu’nun 323. maddesinde kira sözleşmesinin devri⁶² özel olarak düzenlenmektedir. Kanun koyucu “kira sözleşme-

⁵⁸ Özkaraca, 130-132. Cengiz, 66-68.

⁵⁹ Süzek, 359. Özkaraca, 131. Koçagil, 50-52.

⁶⁰ Y9HD, 14.3.2001, 225/3914, Özkaraca, 129.

⁶¹ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Süzek, 359-360. Caniklioğlu, 108-109. Alpagut, 925-927. Cengiz, 129-144. Devreden ve devralan işverenlerin birlikte sorumlu olup olmayacaklarına ilişkin kanunda açık bir düzenleme yoktur. Buna karşın, doktrinde, iş akdinin devri ile işyerinin devri arasında bir kıyas yapılması gerektiği (TBK m.428/3, TBK m.429, İK m.6/3) ve devreden ve devralan işverenlerin iki yıl süreyle müteselsil sorumluluğu kabul edilmelidir. Bu görüş için bkz. Süzek, 360. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 166. Alpagut, 927. Cengiz, 129.

⁶² Kira sözleşmesinin devri konusunda detaylı bilgi için bkz. Topuz/Canbolat, 97-134.

si" yerine "kira ilişkisi" ifadesini kullanmıştır. Ancak, biz açıklamalarımızda kira sözleşmesinin devri kavramını kullanacağız. TBK m.323'e göre *"Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınmaz. Kiraya verenin yazılı rızasıyla kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer ve devreden kiracı, kiraya verene karşı borçlarından kurtulur. İşyeri kiralarında devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur."*

Kira sözleşmesinin devriyle birlikte devreden kiracı sözleşmenin tarafı olmaktan çıkar ve yerine üçüncü bir kişi geçer. Sözleşmeyi devralan yeni kiracı (üçüncü kişi) kira sözleşmesinin bütün hak ve borçlarıyla yeni tarafı olur. Burada kiraya verenin sözleşmeyi devretmesi hali düzenlenmemiştir. TBK m.323'te kiracının kira sözleşmesini devretmesi hükme bağlanmıştır. Kanunda kira türleri arasında bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla, konut, işyeri veya taşınır kirasının devri bu TBK m.323'e tabidir.⁶³

Kira sözleşmesinin devredilebilmesi için kanun bazı şartlar aramıştır. Öncelikle, ortada geçerli ve devam eden bir kira sözleşmesi olmalıdır.

Kira sözleşmesinin devrinde kiraya verenin yazılı rızası aranır. Rıza, değiştirici yenilik doğuran bir etkiye sahiptir. Zira rızanın verilmesiyle birlikte kira sözleşmesinin devri gerçekleşmektedir. Rızanın, değiştirici yenilik doğurucu etkisi nedeniyle bu beyandan dönülemez veya bu beyan şarta bağlanamaz.⁶⁴ Rızanın beyanın ne zaman verilmesi konusunda TBK 323. maddede herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. TBK'nın 205. maddesi TBK'nın 323. maddesine göre genel hüküm niteliğindedir. O halde, kiraya veren rızasını devir sözleşmesi yapılmadan önce, sözleşme yapılırken veya sözleşme yapıldıktan sonra verebilir. Kanun koyucu bu rızanın yazılı şekilde verilmesi gerektiğini açıkça belirtmiştir. O halde yazılı şekil sözleşmenin devrinde geçerlilik şartıdır. TBK m.323/1'in ikinci cümlesinde kiraya verenin işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınmayaacağı ifade edilmiştir. Tersine bir yorumla, konut ve diğer kira ilişkile-

⁶³ Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 471.

⁶⁴ Eren, Özel Hükümler, 390. Yavuz, Şerh 474.

rinde kiraya verenin sözleşmenin devrine rıza vermesi zorunluluğu bulunmamaktadır.⁶⁵ Haklı sebep nedenleri kanunda gösterilmemiştir. Bu yüzden dürüstlük kuralları çerçevesinde somut olaya göre yorum yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte, kira sözleşmesini devralan üçüncü kişinin yeterli ödeme gücünün olmadığına bilinmesi, kiralananda yapılacak işin hukuka ve ahlaka aykırı olması gibi nedenler haklı neden olarak nitelendirilebilir.⁶⁶

Kira sözleşmesinin devriyle birlikte kira sözleşmesi devralan üçüncü kişiye geçer. Kira sözleşmesi tüm hak ve borçlarıyla sözleşmeyi devralan tarafa geçer.⁶⁷ Devreden eski kiracı ise, kiraya verene karşı borçlarından kurtulur. Ancak, işyeri kiralarda devreden kiracı, kira sözleşmesinin sona ereceği tarihe kadar ve fakat en fazla iki yıl süreyle sözleşmeyi devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur.⁶⁸

9. Sözleşmenin Devrinin Benzer Hukuki Kurumlarla Karşılaştırılması

A. Yeni Bir Sözleşmenin Kurulması ve Sözleşmenin Devri

Sözleşmenin devri, sözleşme ilişkisinin içeriğinde değil taraflarında değişikliğe neden olur. Dolayısıyla, sözleşmenin devriyle sözleşme sona ermez. Burada sözleşmenin devamında belirleyici olan husus sözleşmenin ayniyetinin değişmemesidir. Sözleşme devredildikten sonra sözleşmenin yan yükümlülüklerine ilişkin noktalarda değişiklik yapılması yeni bir sözleşmenin kurulduğu anlamına gelmeyecektir.

Yeni bir sözleşmenin kurulmasıyla devreden taraf ile bağlı olarak varlığını devam ettiren ibra, zamanaşımı, erteleme gibi hukuki durumlar sona erer.⁶⁹

⁶⁵ Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 474.

⁶⁶ Bu konuda bkz. Eren, Özel Hükümler, 390-391. Topuz/Canbolat, 110-111.

⁶⁷ "Yukarıda sözü edilen belgeden, kira sözleşmesinde kiralayanın bu ilişkiden ayrıldığı ve kendisinin yerine davacıyı ikame ettiği, bu hukuksal olguya cevabi ihtarname ile davalının onay verdiği anlaşılmaktadır. O halde bütünlük içerisinde ve üç taraflı olarak kendine özgü bir şekilde "sözleşmenin yüklenildiğinin" kabulü gerekecektir..." , Y3HD, 14.10.2004, 9625/10945, (www.kazanci.com, 1.10.2015).

⁶⁸ Devralan, devreden kiracının borçlarını da üstlenmişse, devreden kiracının borçlarının sona ermesi gerektiği görüşü için bkz. Eren, Özel Hükümler, 392.

⁶⁹ Ayrancı, 83-85.

B. Sözleşmeye Katılma ve Sözleşmenin Devri

Sözleşmeye katılma ilk kez Türk Borçlar Kanunu'nun Beşinci Bölümünün Üçüncü Ayrımında 206. maddede düzenlenmektedir. Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye, sözleşmenin taraflarından birinin yanında yer almak için katılan taraf ile sözleşmenin tarafları arasında yapılan bir sözleşmedir.⁷⁰ Sözleşmeye katılmada, sözleşmenin taraflarından biri sözleşmeden ayrılmamaktadır. Yani, sözleşmenin tarafları üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunulmamaktadır. Zira, sözleşmenin tarafları sözleşmede kalmakta, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere üçüncü bir kişi eklenmektedir. Kısacası, sözleşmeye katılma, sözleşmedeki taraf sayısını arttırmaktadır.

Sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma arasında ciddi farklılıklar da bulunmaktadır. Şöyle ki, sözleşmenin devrinde bir borç ilişkisi üçüncü bir kişiye devredilmektedir. Sözleşmeye katılmada ise mevcut bir sözleşmeye üçüncü bir kişi dâhil olmaktadır.

Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ve devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafın önceden verilen iznine dayanan veya sonradan onayladığı anlaşmaya dayanarak gerçekleşir. Buna karşın, sözleşmeye katılma sözleşmesinde mevcut borç ilişkisinin tarafları ve üçüncü kişi arasında bir sözleşme akdedilmelidir. Kanun koyucu sözleşmeye katılmada önceden verilen izin veya sonradan onaylama şeklinde bir düzenleme öngörmemiştir.

C. Yenileme ve Sözleşmenin Devri

Yenileme, Türk Borçlar Kanunu'nda m.133-134 arasında düzenlenen ve borcu sona erdiren nedenlerden biridir. Yenileme, borcun yeni bir borç yaratılarak sona erdirilmesi olarak tanımlanmaktadır.⁷¹ Borcun yenilenmesi alacaklı ile borçlu arasında yapılan yenileme sözleşmesiyle gerçekleşir. Sözleşmenin yenilenmesiyle mevcut borç ilişkisi sona erer ve alacaklı ile borçlunun anlaşmasıyla yeni bir sözleş-

⁷⁰ Çabri, 166. Oğuzman/Öz, 603. Bahadır, 22. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 838. Eren, 1256. Yavuz, Değişiklikler, 280.

⁷¹ Yenileme konusunda detaylı bilgi için bkz. Koyuncuoğlu, 50 vd. Yücer, Yenileme, 233-259.

me ilişkisi kurulur. Mevcut borcun yerini alan yeni borcun hukuksal sebepleri farklı olmalıdır. Ancak bu durum her iki borcun hukuksal sebeplerinin aynı ya da benzer olmasına engel değildir.⁷² Sözleşmenin yenilenmesi için yenileme iradesinin açık ve kesin olarak beyan edilmesi gerekir. Yenilemeyle birlikte eski borç sona erer ve yerine yeni bir borç doğar. Bunun bir sonucu olarak da eski borca ait fer'i haklar, defiler sona erer.

Sözleşmenin devri ve yenileme birbirinden farklı kavramlardır. Yenileme, sözleşmenin devrinin aksine halefiyet sonucunu doğurmaz. Yenilemede sözleşme sona ermekte ve yerine yeni bir sözleşme kurulmaktadır. Sözleşmenin devriyle sözleşme sona ermez. Sözleşmenin devrinde amaçlanan taraf değişikliğidir. Devreden taraf sözleşme ilişkisinden çıkmakta ve yerini üçüncü bir kişiye bırakmaktadır. Sözleşmenin devrinde mevcut ilişki değişikliğe uğramaz. Oysa yenilemede, borç sözleşmenin tarafları arasında sona ermekte ve yerine yeni bir borç yaratılmaktadır. Burada bir taraf değişikliği söz konusu değildir.⁷³

D. Alt Sözleşme ve Sözleşmenin Devri

Alt sözleşme, Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir. Buna karşın, kanunda düzenlenen diğer sözleşmelerle hükme bağlanmış, doktrin ve uygulamada kabul edilmiştir. Alt sözleşme, asıl sözleşmeden farklı olmakla birlikte asıl sözleşmeyle sıkı bir bağlantı içindedir. Zira, alt sözleşmelerde üçüncü bir kişi daha önce kurulmuş başka bir sözleşmenin (asıl sözleşmenin) taraflarından biriyle, asıl sözleşmenin diğer tarafıyla herhangi bir ilişkiye girmeksizin aynı içerikli başka bir sözleşme kurmaktadır.⁷⁴ Asıl sözleşme ve alt sözleşme aynı anda varlığını sürdürmektedir. Ancak burada bir taraf her iki sözleşmeye de taraf olmaktadır. Bu anlamda, alt sözleşme asıl sözleşmenin bir görünümü veya asıl sözleşmenin yanında yer alan ek bir sözleşme olarak nitelendirilebilir.⁷⁵ Alt kira, alt vekâlet sözleşmeleri alt sözleşmeye örnek olarak verilebilir.

⁷² Kılıçoğlu, 849.

⁷³ Ayrancı, 79.

⁷⁴ Akipek, 83. Yücer, Alt Kira, 794.

⁷⁵ Ayrancı, 80. Akipek, 86.

Sözleşmenin devri alt sözleşmeden farklıdır. Öncelikle, sözleşmenin devrinde sözleşmeyi devreden taraf sözleşme ilişkisinden çıkmakta ve yerini sözleşmeyi devralana bırakmaktadır. Oysa alt sözleşmede sözleşme ilişkisinden kimse ayrılp yerini üçüncü bir kişiye bırakmamaktadır. Ayrıca, alt sözleşmede birbirleriyle etkileşim halinde olsalar dahi iki farklı sözleşme bulunmaktadır. Buna karşın, sözleşmenin devrinde, sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar üçüncü bir kişiye devrolmaktadır.⁷⁶

Sözleşmenin devri için mutlaka sözleşmede kalan tarafın rızası gerekir. Buna karşın, alt sözleşmenin kurulması için her zaman diğer tarafın rızasına gerekmez.⁷⁷

E. Alacağın Devri ve Sözleşmenin Devri

Türk Borçlar Kanunu, eski Borçlar Kanunu'nun aksine "alacağın temlik" yerine "alacağın devri" kavramını kullanmıştır. Alacağın devri⁷⁸, Kanun'un 183-194. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Buna göre, alacaklı, kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça borçlunun rızasına gerek duymaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir. Alacağın devrinin geçerliliği kural olarak yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Devir, ister kanun hükmü, sözleşme veya yargı karar dayansın niteliği itibarıyla üçlü ilişkiye dayanan bir hukuksal kurumdur.⁷⁹

Alacağın devrinde, mevcut bir alacağın alacaklısı değişmektedir. Alacağın devriyle alacak üçüncü bir kişiye geçer. Bu devir, alacaklının değişmesi dışında alacağın varlığında herhangi bir değişikliğe yol açmaz.⁸⁰

Alacağın devri, sözleşmenin devrinden farklıdır. Öncelikle, sözleşmenin devrinde sözleşme ilişkisinden doğan tüm hak ve borçlar sözleşmeyi devralana geçer. Alacağın devrinin konusu sözleşme ilişkisi değil, alacak hakkının kendisidir. Alacağın devrinde ise bir borç

⁷⁶ Ayrancı, 80-81. Yücer, Alt Kira, 825.

⁷⁷ Ayrancı, 81.

⁷⁸ Alacağın Devri konusunda detaylı bilgi için bkz. Kocaman, Alacağın Temlik, 10 vd.

⁷⁹ Kocaman, Üçlü Borç İlişkileri, 251-253, 258-262.

⁸⁰ Eren, 1224.

ilişkisinden doğan alacağın tamamı veya bir kısmı üçüncü kişiye devredilir. Alacağın devrinde, alacağa bağlı yenilik doğuran haklar alacağı devralana geçer. Buna karşın, sözleşmeye bağlı yenilik doğuran haklar devralana geçmez.⁸¹ Alacağın devrinde alacağa bağlı yan haklar devralana geçer.⁸² Sözleşmenin devrinde ise sözleşmeden doğan haklar, borçlar, defiler ve yenilik doğuran haklar sözleşmeyi devralana geçer.

Alacağın devrinde, alacaklı borçlunun rızasını almadan alacak hakkını üçüncü bir kişiye devredebilir. Sözleşmenin devrinde ise sözleşmede kalan tarafın rızası sözleşmenin devri için kurucu bir unsurdur.

F. Borcun İç Üstlenilmesi ve Sözleşmenin Devri

Borcun üstlenilmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 195-204. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Eski Borçlar Kanunu "borcun nakli" terimini kullanırken yeni kanun bunun karşılığı olarak "borcun üstlenilmesi" kavramını tercih etmiştir. Borcun iç sözleşmesi borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılır. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesiyle üçüncü kişi borçluyu borçtan kurtarma yükümlülüğü altına girer. Borcun iç üstlenilmesinde borcu ödemeyi kabul eden kimse (üçüncü kişi) ya bizzat borcu sözleşmenin alacaklısına ödeyecek ya da sözleşmenin alacaklısıyla borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapacaktır. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapılabilmesi için alacaklının rızası gerekir. Borcun iç üstlenilmesinde üçüncü kişi borçlunun borcunu üstlenerek ifa etmeyi taahhüt etmektedir.⁸³

Borcun iç üstlenilmesi ile sözleşmenin devri arasında farklılıklar vardır. Öncelikle, sözleşmenin devrinde sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlar sözleşmeyi devralana geçer. Sözleşmenin iç üstlenilmesinde ise üçüncü kişi borçluyu borçtan kurtarmayı taahhüt etmektedir. Borcun üstlenilmesi sonucu borçlu taraf değişmektedir. Oysa sözleşmenin devrinde, sözleşme tüm hak ve borçlarıyla üçüncü bir kişiye geçmektedir.⁸⁴

⁸¹ Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 280-301.

⁸² Eren, 1239-1240. Reisoglu, 466-469.

⁸³ Çabri, 143-145. Eren, 1244.

⁸⁴ Kılıç, 57-58.

10. Kamu İhale Sözleşmelerinin Devri

Kamu İhale sözleşmelerinin de devredilmesi mümkündür. Bu konudaki düzenlemeler 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 66. maddesinde ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16. maddesinde düzenlenmektedir. Aşağıda genel hatlarıyla bu konuyu inceleyeceğiz.

A. 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa Göre Sözleşmenin Devri

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin mal ve hizmet alımı, yapım ve taşıma işleri ile kamu geliri nitelikli mal ve hizmet satımı, kiraya verme, trampa ve mülkiyetten gayri sınırlı aynı hak tesisi işlerini düzenlemektedir.⁸⁵

Kanunun 66. maddesini sözleşmenin devri oluşturmaktadır. Buna göre *“Sözleşme, ita amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır. İzinsiz devir yapılması halinde, sözleşme bozulur ve müteahhit veya müşteri hakkında 62 nci madde hükümleri uygulanır.”*

Kanuna göre, ita amirinin yazılı izni olmadan sözleşme devredilemez. Ancak, sözleşmenin hangi şartlarda devredilebileceğine kanunda açıklık bulunmamaktadır. Kanun koyucu sadece ita amirinin yazılı izninden ve sözleşmeyi devralacaklar da ilk ihalede aranan koşulların bulunması gerektiğinden söz etmektedir.

Sözleşmenin izinsiz devri sözleşmenin ihlali anlamına gelmektedir. Bu durumda idare taraflara en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen bir ihtarname gönderir. Buna rağmen aynı durum devam ederse sözleşme feshedilerek yüklenici veya müşterinin kesin teminatına el konulur. Ayrıca bu teminat hiçbir şekilde yüklenici veya müşterinin borcuna mahsup edilmez.

⁸⁵ Kaplan, 280.

B. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa Göre Sözleşmenin Devri

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu bu kanun kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarının mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin durumları düzenlemektedir. Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan her alım bir sözleşmeye dayanır. Kamu İhale Kanunu'na göre ihale edilen işlerin sözleşmeleri ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tabidir⁸⁶ (m.2). Kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi niteliği taşımaktadır.⁸⁷ Zira Kanun'un 36. maddesine göre bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Ayrıca Kanun'un 4. maddesine göre kamu sözleşmelerinin tarafları olan idare ve yüklenici, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ile sözleşme hükümlerinde ve bu kanunun uygulanmasında bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararına⁸⁸ göre de kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabidir ve uyuşmazlıkların çözüm yeri adli yargıdır.

Kamu ihale sözleşmelerinin devri kanunun 16. maddesinde düzenlenmektedir. Bu hüküm, Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesine göre özel bir düzenlemedir.⁸⁹ Kamu ihale sözleşmesinin devredilebilmesi kanunda belirtilen koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Buna göre kamu ihale sözleşmesinin devri için zorunlu haller bulunmalıdır. Sözleşmenin devrine ihale yetkilisi izin vermelidir. Sözleşmeyi devralacak yüklenici devredende (ilk ihaledeki) aranan şartları barındırmalıdır. Son olarak, kamu ihale sözleşmesini devreden yüklenici, devir tarihinden itibaren üç yıl içinde başka bir ihale sözleşmesini devredemez veya devralamaz.⁹⁰ Devir tarihi devralan yüklenici ile idare arasında yapılan sözleşmenin noter tarafından onaylandığı tarihtir. Devralan yüklenici devir tarihinden itibaren sözleşmeden doğan yükümlülüklerden sorumlu olur.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 16. maddesinde izinsiz devir konusu da düzenlenmektedir. İzinsiz devredilen veya devralınan

⁸⁶ Kaplan, 281. Demirboğa, 38.

⁸⁷ Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 229.

⁸⁸ UMK, 16.5.2005, 16/36, Demirboğa, 39.

⁸⁹ Kaplan, 379.

⁹⁰ Detaylı bilgi için bkz. Demirboğa, 116-119.

veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde devredilen veya devralınan sözleşmeler feshedilir. Ayrıca kesin ve ek teminatlar toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenerek yükleniciden tahsil edilir. Bunun dışında idarenin uğradığı diğer zararlar yükleniciden talep edilir, izinsiz devreden yüklenicinin kamu ihalelerine katılımı geçici olarak yasaklanır.

11. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerine Göre Sözleşmenin Devri

A. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerinin Amacı

Ünlü hukukçu Ole Lando ilk kez 1976 yılında Avrupa Üniversitesi Enstitüsünde yapılan “Ortak bir Avrupa Hukuku İçin Yeni Perspektifler” isimli konferansta Avrupa Sözleşmeler Hukukuna ilişkin bir derlemenin yapılması gerektiği görüşünü ileri sürmüştür. Bu konu üzerine gerçekleştirilen gayri resmi tartışmalar sonucunda Avrupa Birliği Komisyonu projeye finansal destek sağlama kararı almıştır. Bunun üzerine, 1982 yılında Ole Lando’nun başkanlığında Avrupa Sözleşmeler Hukuku Komisyonu çalışmalarına başlamıştır.⁹¹ Komisyon, Avrupa Birliğine üye ülkelerden gelen akademisyen ve avukatlardan oluşmaktadır (Ancak seçilen bu üyeler, ülkelerinin görüşlerini değil, herhangi bir siyasi müdahale olmadan şahsi, objektif fikirlerini dile getirmektedirler.)⁹²

Komisyon, 1995 yılında ilk bölümü, 1999 yılında ikinci bölümü, 2003 yılında ise üçüncü ve son bölümü yayınlamıştır.⁹³ Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri Ole Lando İlkeleri olarak da anılmaktadır.⁹⁴

Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri bağlayıcı değildir. Buna karşın, oldukça önemli ve işlevselliği her geçen gün artan bir özellik göstermektedir. Öncelikle, bu ilkelerin hazırlanmasındaki temel amaç, Avrupa Birliği ülkeleri arasında yapılan ticareti kolaylaştırmaktır. Nitekim, ülkelerin hukuki düzenlemeleri arasındaki farklı-

⁹¹ Bonell, 232. Lando, The Rules of European Contract Law, 21.

⁹² Hartkamp, 108-109.

⁹³ Meral, 336-337. Ayoğlu, 300-301.

⁹⁴ Zimmermann, 36-37.

lıklar ticari anlaşmaları etkilemektedir.⁹⁵ Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerinin ortak pazarın işleyişinde oldukça etkin rol oynayacağı ileri sürülmektedir.⁹⁶

Bu ilkelerin hazırlanmasının bir başka amacı da sözleşmeler hukukuna ilişkin farklı düzenlemelerin bir araya getirilip boşlukların doldurulmasını sağlamak ve böylece Avrupa Medeni Kanununa zemin hazırlamaktır. Bu sayede örneğin, kendi ulusal hukuklarında reform yapmak isteyen ülkelere bir model hazırlanmış olacaktır.⁹⁷

Sözleşme akdeden taraflar sözleşmenin yorumlanmasında uyumsuzluğa düştükleri takdirde bu ilkelerden yararlanabilirler. Nitekim, taraflar uyumsuzlukların çözümünde Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerine başvurulacağını kendi aralarında kararlaştırıp sözleşmeye bu yönde hüküm koyabilirler.⁹⁸ Örneğin, İngiltere ile Fransa arasındaki Manş Tüneli Sözleşmesinde taraf bu ilkeleri sözleşmenin bir parçası olarak kabul etmiştir.⁹⁹ Bunun gibi, taraflar uluslararası nitelikteki sözleşmelerde Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerini uygulananak hukuk olarak belirleyebilirler. Doktrindeki bir görüş, ulusal mahkemelerin bu ilkeleri uygulananak hukuk olarak kabul etmeme riski olduğunu belirterek taraflara tahkim şartının içinde bu yönde bir şartın konulması gerektiğini belirtmektedir.¹⁰⁰

Öte yandan, bazı yazarlar Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerine eleştiriler getirmektedir. Bu yönde düşünen hukukçulara göre ulusal hukuk, o kültürün mirasıdır. Bir ulusun düşünce ve ruhunu yansıtır. Bu nedenle tarihinden koparılmamalıdır. Zira, gücünü kökenlerinden almayan bir yasa hükmünün anlaşılması ve yorumlanması mümkün değildir. Aynı şekilde, bir ülkenin hukukçusu için doğru olan bir yasa başka bir ülke hukukçusu için doğru olmayabilir. Ayrıca, kendi hukuk sistemlerini gayet iyi bilen hukukçular için yeni bir hukuk sistemini

⁹⁵ Lando, Some Features of The Law of Contract In The Third Millennium, 346. Dayınlarlı, 335. Meyer, 121.

⁹⁶ Lando, The Rules of European Contract Law, 21.

⁹⁷ Hartkamp, 109-110.

⁹⁸ Hartkamp, 110.

⁹⁹ Dayınlarlı, 336.

¹⁰⁰ Hartkamp, 110. Bu konuda ayrıca bkz. Lando, Some Features of The Law of Contract In The Third Millennium, 348-350.

öğrenmek ciddi bir emek gerektireceği gibi zaman ve para kaybına da neden olacaktır.¹⁰¹

Ole Lando'ya göre, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerini Unidroit İlkeleri¹⁰² gibi Lex Mercatori'nın¹⁰³ önemli kaynaklarından biri olduğunu kabul etmek gerekir.¹⁰⁴

B. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerine Göre Sözleşmenin Devri

Avrupa Sözleşmeler Hukuku on yedi bölümden oluşmaktadır. Her maddenin altında maddeye ilişkin genel açıklamalar, yorumlar ve örnekler yer almaktadır. Sözleşmenin Devri¹⁰⁵, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerinin On İkinci Bölüm İkinci Kısımında düzenlenmektedir. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerinin 12: 201. maddesine göre *"Sözleşmenin taraflarından biri, üçüncü bir kişiyle kendi yerine sözleşmenin tarafı olması için anlaşma yapabilir. Böyle bir durumda, sözleşmenin devri (ikame) ancak diğer tarafın onayıyla geçerli olur. Bunun sonucunda ise devreden taraf borçtan kurtulur."* Maddenin altında maddeye ilişkin yorumlar yer almaktadır. A. Genel Açıklamalar başlığında sözleşmenin devrinin ticari hayatın devamı için önem arz ettiği belirtilmektedir. Sözleşmenin devrinin sözleşmenin yenilenmesinden farklı bir kavram olduğu açıkça ifade edilmektedir. D. Alacağın Devri ve Borcun Üstenilmesine İlişkin Kuralların Uygulanabilirliği başlığı altında ise sözleşmenin haklar, hukuki durumlar ve yükümlülüklerden oluştuğu söylenmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin bir bütün olarak tek bir işlemle devredildiği yani doktrindeki şekliyle birlik teorisinin tercih edildiği açıklanmıştır. Ayrıca, somut uyuşmazlığa uygulanacak hüküm bulunmaması halin-

¹⁰¹ Lando, Some Features of The Law of Contract In The Third Millennium, 359. Ayrıca bkz. Meyer, 123.

¹⁰² Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri ile Unidroit İlkeleri arasında farklılıklar vardır. Örneğin, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri sadece Avrupa Birliği Hukuku ülkeleri arasındaki işlemlerde uygulanır. Buna karşın, Unidroit İlkelerinin uygulama alanı daha geniştir. Unidroit İlkeleri sadece ticari alandaki uyuşmazlıklara ilişkin olmasına karşın Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri, tüketici sözleşmeleri gibi farklı hukuki işlemlere de uygulanabilir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Bonell, 242. Meyer, 135-138. Ayoğlu, 302-305.

¹⁰³ Lex Mercatoria hakkında detaylı bilgi için bkz. Ayoğlu, 7 vd.

¹⁰⁴ Lando, The Rules of European Contract Law, 45. Ayoğlu, 198, 302.

¹⁰⁵ Sözleşmenin Devri, Unidroit İlkeleri 'nin 9.3.1-9.3.7. maddeleri arasında da düzenlenmektedir.

de alacağın devri ve borcun üstlenilmesine ilişkin ilkeleri olayın koşullarına göre uyarlanarak (m.11:201, m.12:101) uygulanacaktır. *C. Diğer Tarafın Onayının Önemi* başlığı altında ise sözleşmede kalan tarafın izninin sözleşmenin devri için gerekli olduğu vurgulanmaktadır. Bu izin önceden alınabileceği gibi sözleşmenin devri sırasında da alınabilir. Sözleşmede kalan taraf izin vermezse sözleşmenin devri işlemi gerçekleşmeyecektir.¹⁰⁶

Avrupa ülkelerinin çoğunda sözleşmenin devri yasal olarak düzenlenmemiştir. Buna karşın sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği sözleşmenin devrinin geçerli olacağı kabul edilmektedir. Örneğin, Alman, İsviçre, Avusturya, Fransız, İngiliz Hukukunda bu kurum kanunda yer almamaktadır.¹⁰⁷ Ancak, uygulamada sözleşmenin devrinin mümkün olduğu benimsenmiştir. Örneğin, Avusturya Hukukunda kanunda bu yönde bir hüküm olmamasına karşın sözleşmenin devrinin mümkün olduğu doktrin ve mahkeme kararlarıyla kabul edilmektedir. Alman Hukukunda da bu yönde düzenleme bulunmamasına rağmen Federal Mahkeme 1985 tarihli bir kararıyla bu kuruma ilişkin bir karar vermiştir. İsviçre Hukukunda ise sözleşmenin iradi devri kanunda düzenlenmemiş olsa da sözleşme serbestisi gereği kişilerin anlaşarak sözleşmeyi devredebilecekleri doktrinde ve uygulamada kabul edilmektedir. Bu devir sözleşmenin içeriğinin bir bütün olarak devredilmesi olarak kabul edilir. Burada birlik teorisi benimsenmiştir. Sözleşmenin devrinin hukuki niteliğinin üç taraflı kendine özgü bir hukuki işlem olarak kabul edilmektedir. Sözleşmenin devri için sözleşmede kalan tarafın rızası kural olarak aranmaktadır.¹⁰⁸ Fransız Hukukunda sözleşmenin devri, asıl sözleşmeden doğan hak ve borçların tamamının devredilebileceği biçiminde kabul edilmektedir. İngiliz Hukukunda ise sözleşmenin devri sözleşmenin yenilenmesi başlığı altında ele alınmaktadır.¹⁰⁹

Öte yandan, bazı ülkelerde bu yönde düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, İtalyan Medeni Kanununun 1406-1410. maddeleri arasında sözleşmenin devrine ilişkindir. Buna göre “Sözleşmenin taraflarından biri karşı tarafın rızasıyla sözleşmeden doğan hak ve borçlarını üçüncü bir

¹⁰⁶ Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, 134-135.

¹⁰⁷ Oğuzman/Öz, 598. Gülerci/Kılınç, 217- 218. Meral, 339.

¹⁰⁸ Huguenin, 1465-1468.

¹⁰⁹ Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, 136-137.

kişiye devredebilir.” İtalyan Medeni Kanunu’na göre sözleşmenin devri çok yanlı bir sözleşme olup, üç tarafın da onayıyla geçerli olarak kurulur.¹¹⁰ Benzer bir düzenleme Portekiz Medeni Kanunu’nun 424-427. maddeleri arasında yer almaktadır.¹¹¹ Macaristan Medeni Kanunu’nda 2013 yılında yapılan değişiklikle sözleşmenin devri kurumu Kanun’un Altıncı Kitap Otuz Birinci Bölümünde 6:208-6:211 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmenin devri ana sözleşmenin devriyle olabileceği gibi daha sonra yapılacak başka bir sözleşmeyle de gerçekleşebilir. Burada üç tarafın da rızası aranmaktadır. Sözleşmeyi devreden sözleşmeye ilişkin gerekli bütün bilgileri, evrakları devralana vermelidir. Sözleşmede kalan taraf sözleşmenin devri için önceden onay verirse sözleşmenin devri bu durumun kalan tarafa bildirmesiyle gerçekleşir.¹¹²

III. SONUÇ

Sözleşmenin devri ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiştir. Eski Borçlar Kanunu döneminde bu yönde düzenlemeler bulunmamasın karşın sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği tarafların kendi aralarında anlaşarak sözleşmenin devri biçiminde sözleşme akdebilecekleri kabul edilmekteydi.

Sözleşmenin devri Avrupa ülkelerinin çoğunda yasal olarak düzenlenmemiştir. Buna karşın sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği sözleşmenin devrinin geçerli olacağı kabul edilmektedir. Örneğin, Alman, İsviçre, Avusturya, Fransız, İngiliz Hukukunda bu kurum kanunda yer almamaktadır. Buna karşın, Macaristan, İtalya, Portekiz Hukuk sistemlerinde sözleşmenin devrine ilişkin hükümlere rastlanmaktadır. Bu nedenle biz de çalışmamızda Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri bağlamında özellikle sözleşmenin devri kurumunu incelemeye çalıştık. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerinin 12: 201. maddesinde sözleşmenin devri düzenlenmiştir. Anılan hüküm, Türk Borçlar Kanunu’nun 205. maddesindeki düzenlemeye benzemektedir.

¹¹⁰ Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, 135-136.

¹¹¹ Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, 136.

¹¹² Kesmarki-Meszaros, 11-12.

Sözleşmenin devri Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleri arasında Beşinci Bölüm Üçüncü Ayrımda m.205'de düzenlenmiştir. Öncelikle, sözleşmenin devri sözleşmesinin yapılabilmesi için ortada geçerli ve devredilebilir bir sözleşme bulunmalıdır. Bu sözleşmenin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır. Sözleşmenin devri bir üçlü borç ilişkisidir. Nitekim, mevcut bir sözleşmeye üçüncü bir kişi asıl sözleşmeden doğan hak ve borçlara sahip olmak suretiyle dâhil olmaktadır. Bu açıdan sözleşmenin devri, sözleşmeye katılma, alacağın devri, borcun üstlenilmesi, borca katılma, kefalet sözleşmesi, alt sözleşme, yenileme, yeni bir sözleşmenin kurulmasından farklıdır.

Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ve devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafın önceden verilen iznine dayanan veya sonradan onayladığı anlaşmaya dayanarak gerçekleşir.

Sözleşmenin devrinin özellikli düzenlemeleri olan iş sözleşmesinin devri Kanun'un 429. maddesinde, kira sözleşmesinin devri ise Kanun'un 323. maddesinde düzenlenmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesi sözleşmenin devrini genel olarak, 429. maddesi iş sözleşmesinin devrini; 323. maddesi kira sözleşmesinin devrini özel olarak düzenlemektedir. Bu hükümler arasında genel-özel kanun ilişkisi vardır.

Sözleşmenin devri konusunda önem arz eden bir başka konu ise kamu ihale sözleşmelerinin devrine ilişkindir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 66. maddesi ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 16. maddeleri sözleşmenin devrini özel olarak düzenlemektedir.

Kaynakça

Akipek Şebnem, Alt Vekalet, Ankara 2003.

Alp Mustafa, İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar, *DEÜHFD*, 2007, Özel Sayı, Cilt 9, 189-209.

Alpagut Gülsevil, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, *İHSGHD*, 31, 2011, 913-959.

Arslanoğlu Anıl, İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi, *İHSGHD*, 10, 2006, 533-546.

- Ayoğlu Tolga, *Lex Mercatoria*, İstanbul 2011.
- Ayrancı Hasan, *Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri)*, Ankara 2003.
- Bahadır Zeynep, *Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma*, *GÜHFD*, 2013, Sayı:3, Cilt:17, 1-38.
- Bar C.V, Clive Eric, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, 2009.
- Bonell Michael Joachim, *The Unidroit Principles Of International Commercial Contracts And The Principles Of European Contract Law: Similar Rules For The Same Purposes?*, *Uniform Law Review*, 1996, 229-246, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/meyer.html>), 26.10.2015.
- Buz Vedat, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, Ankara 2007. (Kamu İhale Sözleşmeleri)
- Buz Vedat, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara 2005. (Yenilik Doğuran Haklar)
- Canıklıoğlu Nurşen, *Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi*, 10. Yılında İş Kanunu Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Ankara 2014, 74-120.
- Cengiz İstar, *İş Sözleşmesinin İradı Devri*, Ankara 2014.
- Çabri Sezer, *Borcun Üstlenilmesi, Sözleşmenin Devri, Sözleşmeye Katılma, Borca Katılma*, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, (Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansı III- 26-27 Mayıs 2012), İstanbul 2014, 143-175.
- Çankaya Osman Güven, Çil Şahin, *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*, Ankara 2011.
- Çelik Nuri, Canıklıoğlu Nurşen, Canbolat Talat, *İş Hukuku Dersleri*, B.27, İstanbul 2014.
- Dayınlarlı Kemal, *Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırmaya Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri*, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, 327-396.
- Demir Mehmet, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Borçlar Hukuku Alanına Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Ankara 2012.
- Demirboğa Dursun Ali, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi*, Ankara 2013.
- Doğan Yenisey Kübra, *Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi*, 2006, Ankara 2009, 9-99.
- Eren Fikret, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2014. (Özel Hükümler)
- Gülerci Altan Fahri, Kılınç Ayşe, 6098 Sayılı TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.

- Hartkamp Arthur, Principles of Contract Law, Kluwer Law International, 1998, 105-120.
- Hatemi Hüseyin, Gökyayla Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.
- Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2005.
- Kaplan İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstriyel Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2013.
- Kılıç Mehmet, Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, Ankara 2013.
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014. (Borçlar Hukuku Genel Hükümler)
- Kılıçoğlu Ahmet, Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet, Ankara 1979. (Halefiyet)
- Kocagil İpek, Yeni Borçlar Kanunu Işığında İş Sözleşmesinin Devri, Sicil, 22, Haziran 2011, 46-61.
- Kocaman Arif, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Üçlü Borç İlişkileri Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi (Temsil- Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme-Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme- Alacağın Devri- Havale), Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, (Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansı III- 26-27 Mayıs 2012), İstanbul 2014, 251-264. (Üçlü Borç İlişkileri)
- Kocaman Arif, Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Ankara 1992. (Alacağın Temliki)
- Koyuncuoğlu Tennur, Türk-İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, İstanbul 1972.
- Kuntalp Erden, Barlas Nami, Ayanoğlu Ahu, Işıtan Çavuşoğlu Pelin, İpek Mehtap, Yaşar Mert, Koç Sedef, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005.
- Lando Ole, Clive Eric, Prüm Andre, Zimmermann Reinhard, Principles of European Contract Law Part III, Kluwer Law International, 2003.
- Lando Ole, Some Features of the Law of Contract in The Third Millennium, Stocholm Institute For Scandianvian Law, 1957-2009, 345-398, (<http://www.scandinavian-law.se/pdf/40-13.pdf>), 26.10.2015.
- Lando Ole, The Rules of Contract Law, 19-56, (http://www.jus.uio.no/pace/the_rules_of_european_contract_law.ole_lando/_3.html), 26.10.2015.
- Meral Nevin, Türk Borçlar Kanunu ve Ole Lando İlkelerinde Sözleşmenin Devri, İÜHFD, 2014, Sayı:1, Cilt 5, 327-349.
- Meszaros-Kesmarki Gyöngyi, The Transfer of Contract, Cultural Relations Quarterly Review, Summer 2014, 1-9. (http://culturalrelations.org/Review/CRQR_01_03/CRQR_01_03_Gyongyi-Kesmarki-Meszaros_The-transfer-of-contract.pdf), 26.10.2015.
- Nomer Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.
- Oğuzman Kemal, Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.

- Özkaraca Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- Reisoğlu Sefa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.
- Süzek Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2015.
- Tosun Yalçın, Sözleşmenin Devri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler, İstanbul 2012, 168-182.
- Yavuz Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014. (Özel Hükümler)
- Yavuz Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt 1, Ankara 2013. (Şerh)
- Yavuz Nihat, Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2011. (Değişiklikler)
- Yücer İpek, Alt Kira, *AÜHFD*, 2008, Sayı:3, Cilt 57, 791-829. (Alt Kira)
- Yücer İpek, Yenileme-Tecdit, *DÜHFD*, 2007, Sayı: 1, Cilt 9, 233-259. (Yenileme)
- Zevkliler Aydın, Gökyayla Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013.
- Zimmermann Reinhard, The New German Law of Obligations, 2005

AB'NİN YASAMA TASARRUFLARINA KARŞI BİREYLERİ KORUMAYA MATUF MERKEZİ KORUMA MEKANİZMASI CENTRAL PROTECTION MECHANISM FOR INDIVIDUALS DIRECTED TOWARDS SAFEGUARD AGAINST LEGISLATIVE ACTS OF EU

A. Füsün ARSAVA*

Özet: Gerçek ve tüzel kişilerin haklarının üye devletlerin mahkemeleri tarafından dezentral himayesi yerine AB hukuku çerçevesinde merkezi olarak korunması AB'nin gündeminde olan, ancak farklı görüşler nedeniyle çözüm bulunması zor olan bir sorun niteliğine sahiptir.

AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşmenin gerçek ve tüzel kişilere kendilerini doğrudan etkileyen ve icra önlemi gerektirmeyen tüzük karakterli hukuki tasarruflar aleyhine iptal davası açabilme olanağı veren 263.madde, 3.fıkrası AB'nin yasama tasarruflarına karşı bireyleri korumaya matuf merkezi bir koruma mekanizması işlevi görmesi amacı ile düzenlenmiştir.

Makalede AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşmenin 263.madde, 3.fıkrasında kullanılan tüzük karakterli hukuki tasarruflar kavramının yorumu bağlamındaki tartışmalara yer verilmekte ve 263.madde, 3.fıkranın AB'nin yasama tasarruflarına karşı merkezi koruma mekanizması karakterine açıklama getirilmektedir.

Anahtar Sözcükler: Tüzük Karakterli Hukuki Tasarruflar, Plau-
man Formülü, Inuit Tapirrit Kanatami Davası, Avrupa Temel Haklar
Şartı

Abstract: Protection of natural and legal persons rights by centrally within the framework of EU law instead of Member States courts remains on the agenda of EU but it has a problematical nature because of different views on this issue.

In accordance with the Treaty on the Functioning of the European Union Article 263 Paragraph 3; any natural or legal person may, under the conditions laid down in the first and second paragraphs, institute proceedings against an act addressed to that person or which is of direct and individual concern to them, and against a regulatory act which is of direct concern to them and does not en-

tail implementing measures. Article 263 Paragraph 3 aims central protection mechanism for individuals directed towards safeguard against legislative acts of EU.

This article holds discussions on interpretation of the term of dispositions with regulation nature and accounts for the nature of central protection mechanism against legislative acts of EU.

Keywords: Dispositions with Regulation Nature, the Plauman Formula, Case of Inuit Tapiriit Kanatami, Charter of Fundamental Rights of European Union

1 Aralık 2009'da yürürlüğe giren Lizbon sözleşmesi AB hukukunda hakları koruma sisteminde kapsamlı değişiklikler getirmiştir.¹ Tartışma konusu olan en önemli değişiklikler arasında kuşkusuz AT anlaşmasının 230.madde, 4.fıkrasından sapan AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin gerçek ve tüzel kişilerin iptal davası bağlamında dava açma yetkisini düzenleyen 263.madde, 4.fıkrasıdır. Çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin 263.madde, 4.fıkra hükmü her gerçek ve tüzel kişinin 1.fıkra ve 2.fıkroda öngörülen koşullar altında kendilerine yönelik tasarruflar nedeniyle dava açma hakkını düzenlediği nispette, AT anlaşmasının gerçek ve tüzel kişilerin öngörülen koşullar altında kendilerini muhatap alan kararlar nedeniyle iptal davası açabilmesini düzenleyen 230.madde, 4.fıkrası ile uyum içindedir. Gerçek ve tüzel kişilerin kendilerini muhatap alan ve bağlayıcı hukuki etki gösteren tasarruflara karşı iptal davası üzerinden korunması yaklaşımının Lizbon Reform Sözleşmesi ile sonuç olarak değiştirilmediği görülmektedir. Benzer bir durum AT anlaşmasının 230.madde, 4.fıkrasında düzenlenen davacıyı doğrudan ve bireysel etkileyen başkalarını muhatap alan kararlar bakımından geçerlidir. Bu düzenleme içeriği itibariyle -tasarruf kavramıyla bağlantılı lâfzi farka rağmen- büyük ölçüde gerçek ve tüzel kişilerin kendilerini muhatap almamakla beraber, onları doğrudan ve bireysel etkileyen tasarruflar nedeniyle iptal davası açabilmelerini öngören 263.madde, 4.fıkranın içeriğiyle örtüşmektedir.

¹ Christian Calliess, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon – Ein Überblick über die Reformen unter Berücksichtigung ihrer Implikationen für das deutsche Recht, 2010, s.80 vd.; Meinhard Schröder, Neuerungen im Rechtsschutz der Europäischen Union durch den Vertrag von Lissabon, DÖV 2009, s.61 vd.

AT anlaşmasının AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Anlaşmasının 263.madde, 3.fıkra hükmüne tekabül eden 230.madde, 4.fıkrası ile yapılan karşılaştırma, AT anlaşmasının 230.madde, 4.fıkrasında öngörülen gerçek ve tüzel kişilerin tüzük görünümlü tasarrufların iptaline ilişkin dava yetkisinin 263.madde, 3.fıkra tarafından üstlenilmediği, bu hükmün AT anlaşması 230.madde, 4.fıkrasına tamamen yabancı yeni bir düzenleme ile ikâme edildiği görülmektedir. AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 263.madde, 3.fıkrasında öngörülen düzenleme, gerçek veya tüzel kişilerin 1. ve 2.fıkroda yer alan koşullar altında bundan böyle, kendilerini doğrudan etkileyen ve icra önlemi gerektirmeyen tüzük karakterli hukuki tasarruflar aleyhine iptal davası açabilmesini öngörmektedir.

Ortaya çıkış tarihçesi itibariyle "hot summer 2002" ve Avrupa Anayasa tasarısının III-365.maddesine istinat eden bu yenilik önemli hukuki tereddütlere ve herşeyden önce tüzük karakterli hukuki tasarruflar kavramı bağlamında yoğun görüş farklılıklarına neden olmuştur. Divanın 3.10.2013 tarihli Inuit Tapiriit Kanatami davası bağlamında verdiği kararla yargı olarak tereddüt konusu kavrama açıklık getirme olanağına sahipken² nezdinde açılan bu dava vesilesi ile gerçek ve tüzel kişilerin bireysel haklarının merkezi olarak korunmasını güçlendirecek adım atmaması eleştiri konusu olmuştur.

AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 263.madde, 3.fıkrasının ortaya çıkış tarihçesi kısmen AB yargısının Unión de Pequeños Agricultores³ davalarında verdiği kararlara, kısmen kanun sözcüsü Jacobs'un bu davalarla ilgili özellikle 21.03.2002 tarihli talebinin izlerini taşıyan hot summer 2002'ye istinat etmektedir. Söz konusu davalarda bir taraftan ilk derece mahkemesi ve kanun sözcüsü Jacobs arasında ortaya çıkan uyuşmazlık, diğer taraftan ilk derece mahkemesi ve Divan arasında ortaya çıkan uyuşmazlık, AT anlaşması 230.mad-

² EuGH, 3.10.2013, Rs.C-583/11 P (Inuit Tapiriit Kanatami u.a/Europäisches Parlament und Rat der EU; Rudolf Streinz, Individualrechtsschutz im Kooperationsverhältnis, EuZW 2014, s.17 vd.)

³ EuG, Rs. T-173/98 [Unión de Pequeños Agricultores/Rat der EU] Slg. 1999, II-3357 vd; EuGH, Rs. C-50/00 P (Unión de Pequeños Agricultores/Rat der EU) Slg. 2002, I-6677 vd. ve Jégo-Quéré (EuG, Rs. T-177/01 (Jégo-Quéré/Kommission) Slg. 2002, II-2365 vd.; EuGH, Rs. C-263/02 P, (Kommission/ Jégo-Quéré) Slg. 2004, I-3425 vd.)

de, 4.fıkrası muvacehesinde gerçek ve tüzel kişilerin AT-AB normatif hukuk tasarruflarına karşı dava açma önkoşulu olarak kabul edilen 1963 tarihli Plaumann formülünde yer alan bireysel etkilenme kriterinin Birlik temel hakkı olarak kabul edilen etkin hukuki himaye hakkı ışığında yeniden yorumlanarak, başarısız mütalâa edilen AB bireysel hak himayesinin telafi edilmesinin mümkün olup olmadığının, diğer bir ifade ile gerçek ve tüzel kişilerin haklarının üye devletlerin mahkemeleri tarafından dezentral hukuki himayesi yerine AB hukuku üzerinden merkezi koruma gerekliliğinin bulunup bulunmadığının tartışılmasına yol açmıştır.⁴ Bu bağlamda Jacobs ve ilk derece mahkemesi eski “dar” Plauman formülüne istinat eden AT anlaşmasının 230.madde, 4.fıkrasında yer alan bireysel etkilenme kriterini bireysel hakları temin edecek bir yorumla ikâme etme yahut değiştirme girişimi yapmış ise de, bu girişim her iki davaya ilişkin kararın Divan nezdinde temyiz edilmesi ile akamete uğramıştır.⁵ Divan Unión de Pequenós Agricultores kararında AT anlaşmasının 230.madde, 4.fıkrasını Birlik temel haklarına uygun yorumlama olanağını kullanmamış ve bu yönde bir adım atılmasının anlaşmaları değiştirmekle yetkili AB-üyelerine ait olduğunu kabul etmiştir.⁶

Gerçek ve tüzel kişilerin haklarının AB’nin hukuki tasarruflarına karşı merkezi olarak korunması yaklaşımı üye devletlerin kimileri tarafından ve Avrupa için anayasa hazırlayan Anayasa Konvansiyonu tarafından benimsenmiştir. Gerekli yahut uygun kabul edilen AT anlaşmasının 230.madde, 4.fıkra değişikliğinin kapsamı bağlamında bireysel dava açma olanağını bir kısım Konvansiyon üyesinin genel geçerliliğe sahip tüm Birlik hukuk tasarruflarını içerecek şekilde genişletilmesini kabul etmesine karşılık, diğer bir kısım Konvansiyon üyesinin dar bir yaklaşımla yasama karakteri olmayan hukuki tasar-

⁴ Plaumann formülüne göre bir gerçek yahut tüzel kişinin kendini muhatap almayan tasarruftan bireysel olarak etkilendiğinin kabul edilmesi için o kişinin hukuki statüsünün kişinin taşıdığı muayyen özellikler yahut onu diğer kişilerden ayıran koşullar nedeniyle, tasarrufun muhatabı gibi etkilemesi kaydıyla kabul edilmesi mümkündür (bknz.: EuGH, Rs.25/62 (Plaumann/ Kommission), Slg. 1963, 213,238)

⁵ EuGH, Rs. C-50/00 P (Unión de Pequenós Agricultores/Rat der EU) Slg. 2002, I-6677 vd.; EuGH, Rs. C-263/02 P (Kommission/ Jégo-Quérel) Slg. 2004, I-3425 vd.)

⁶ krş.t.: EuGH, Rs. C-50/00 P (Unión de Pequenós Agricultores/Rat der EU), Slg.2002, I 6677, Rn.45

ruflarla sınırlı olarak bu olanağı kabul etmesi madde hükmünün değişikliği konusunda uzlaşmayı mümkün kılmamıştır.⁷ Bu görüş farklılığını sadece 2004 tarihli anayasa tasarısının farklı görüşleri birbirine bağlayarak bireysel etkilenme ile ilgili yorumu düzelttiği izlenimi veren III-365.madde, 4.fıkrası değil (anayasa tasarısı esasen kısa bir süre sonra Fransa ve Hollanda'da yapılan referandumlarda reddedilmiştir), anayasa tasarısının III-365 madde, 4.fıkrasıyla lâfzen tam örtüşen AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşmanın tüzük karakterli AB hukuk tasarruflarına karşı merkezi bireysel hukuki koruma sağlayan 263.madde, 3.fıkrası da hükmün uygulanmasını doğrudan etkilenmeye bağlı kılmakla beraber, bireysel etkilenmenin gerekli olmadığını öngördüğü nispette yansıtmaktadır.

AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşmanın 263.madde, 3.fıkra düzenlemesi yıllardır tartışılan sorunlara bir açıklık getirmemiştir. Bu sorunların başında tüzük karakterli hukuki tasarruflar gelmektedir. Bu çerçevede birbirinden farklı iki görüşün temsil edildiği görülmektedir. Literatürde çok sayıda yazarın dar yorum yaklaşımından hareket ederek, gerçek yasama tasarruflarının, diğer bir ifadeyle kanun karakteri olan tüm hukuki tasarrufların tüzük karakterli hukuki tasarruflardan ayrılması gerektiğini, 263.madde, 3.fıkroda dile gelen tüzük karakterli hukuki tasarruflarla sadece kanunların altında yer alan hukuk normlarının yahut üçüncül hukuki tasarrufların, diğer bir ifade ile AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Anlaşmanın 289.madde muvacehesinde olağan yahut özel yasama prosedürü çerçevesinde ihdas edilmeyen icra önlemlerinin mütalâa edilmesi gerektiğini savunduğu görülmektedir. Diğer bir kısım yazarların ise üye devletlerde doğrudan geçerli oldukları ölçüde yasama prosedürü çerçevesinde 288.madde muvacehesinde ortaya çıkan tüzükler dâhil olmak üzere şekli normatif yasama tasarruflarının da kanun karakterli hukuki tasarruf olarak kabul edilmesi gerektiğini savundukları görülmektedir.⁸

⁷ Wolfram Cremer, Der Rechtsschutz des Einzelnen gegen Sekundärrechtsakte der Union gemäß Art.III-270 Abs.4 Konventsentwurf des Vertrages über eine Verfassung für Europa, EuGRZ 2004, s.577,580 vd.

⁸ Ulrich Everling, Rechtsschutz n der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, EuR Beiheft, 1/2009, s.71,74

Divanın “Inuit Tapiriit Kanatami” davasında uyuşmazlığı karara bağlayan 3.10.2013 tarihli kararı

Yukarıda işaret edilen görüş farklılığı nedeniyle 3 Ekim 2013 tarihli Divan kararı büyük bir heyecanla beklenmiştir. İlk derece mahkemesi 6 Eylül 2011 tarihli kararında, Avrupa Parlamentosunun ve Konseyin ortak karar prosedürü ile ihdas ettiği 16 Eylül 2009 tarihli ve 1007/2009 sayılı fok balığı ürünlerinin ticaretine ilişkin tüzük aleyhine açılan bireysel iptal davasını, literatürde kimi yazarlar tarafından temsil edilen, 263.madde, 3.fıkrasında yer alan tüzük karakterli yasama tasarruflarının AB’nin yasama tasarrufları olarak mütalâa edilemeyeceğini benimseyen dar yorum yaklaşımı muvacehesinde kabul ederek (krş.: EuG, Rs. T-18/10 (Inuit Tapiriit Kanatami u.a./Europäisches Parlament und Rat der EU, Slg. 2011, II-5599, Rn.56) reddetmiştir. Karara göre davacıların bu davada söz konusu tüzüğün yaşama tasarrufu teşkil etmesi nedeniyle AB’nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Anlaşmanın 263.madde, 3.fıkrasına istinaden iptal davası açması mümkün değildir. Karara göre bunun dışında davacıların büyük bir kısmının 263.madde, 3.fıkra muvacehesinde doğrudan etkilenme kriterini yerine getirmemeleri, diğer bir kısım davacıların da iptal davası konusu tüzükten Plaumann formülündeki bireysel etkilenme kriterini gerçekleştirmemeleri nedeniyle dava açma yetkisini kullanması mümkün değildir (krş.: EuG, Rs. T-18/10, Rn. 87-93). İlk derece mahkemesinin verdiği bu karar üzerine AB’nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Anlaşmanın 256. madde, 1.fıkrasına ve Divan statüsünün 56.maddesine istinaden davacılar Divan nezdinde dört gerekçe ışığında temyiz başvurusu yapmıştır. Yapılan temyiz başvurusunda birinci gerekçe olarak mahkemenin 263.maddenin yorum ve uygulanması bağlamında çok sayıda hukuki hata yaptığı ileri sürülmüştür. İkinci gerekçe olarak, mahkemenin gerekçelendirme yükümlülüğünün yerine getirmediği ileri sürülmüştür. Üçüncü gerekçe olarak, mahkemenin Temel Haklar Şartının 47.maddesini ve AİHK’nun 6. ve 13.maddelerini dikkate almadığı iddia edilmiştir. Dördüncü gerekçe olarak da mahkemenin kanıtları sınırlı sayıya indirgelediği ileri sürülmüştür. Bu gerekçelerle bağlantılı olarak kanun sözcüsü Kokott yaptığı değerlendirmelere istinat eden nihai talebinde yasama tasarruflarının AB’nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Anlaşmanın 263.madde, 3.fıkrasında öngörülen tüzük karakterli yasa-

ma tasarruflarının kapsamında mütalâa edilemeyeceğini ve bu nedenle tüm ileri sürülen gerekçelerin mesnetsiz olduğunu ifade ederek, ilk derece mahkemenin görüşünü desteklemiş ve temyiz talebinin reddedilmesini önermiştir.

Divan, kanun sözcüsünün önerisine 3 Ekim 2013 tarihli kararında uymuştur. Divan iki ve üç nolu temyiz gerekçelerinin reddi bağlamında bu iddiaların somut bir yanı olmaması nedeniyle oldukça kısa açıklamalar yapmıştır. Buna karşılık bir ve üç nolu gerekçelerin reddi bağlamında daha kapsamlı açıklamalar karşımıza çıkmaktadır. İlk derece mahkemesinin 263.madde, 3.fıkranın yorum ve uygulanması bağlamında birçok hukuki hata yaptığına ilişkin iddia bağlamında Divan öncelikle tüzük karakterli hukuki tasarruflar kavramını ele almıştır. Divan bu iddiayı reddederken, gerekçe olarak tercihli ve tercihsiz davacılar ayırımına, anayasa tasarısının III-365.madde, 4.fıkrasına ve anayasa konvansiyonunda anayasa tasarısına ilişkin hazırlık çalışmalarına istinat etmiş ve tüzük karakterli hukuk tasarruflarının 263.madde, 3.fıkra muvacehesinde dava konusu olabilecek diğer tasarruf türlerine nazaran daha dar bir etkiye sahip olması gerektiğini vurgulayarak ilk derece mahkemesinin ve kanun sözcüsü Kokott'un görüşüne uygun olarak AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Anlaşmanın 263.madde, 3.fıkrasında gerçek ve tüzel kişilerin dava hakkıyla ilgili olarak AT anlaşmasının 230.madde, 4.fıkrasında yapılan değişiklik sonucu ortaya çıkan hükmün, gerçek ve tüzel kişilere yasama tasarrufları dışında kalan genel geçerliliğe sahip tasarruflara karşı daha esnek koşullarla iptal davası açma olanağı vermesi nedeniyle, 263.madde, 3.fıkroda yer alan tüzük karakterli yasama tasarruflarının yasama tasarrufları dışında mütalâa edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

İlk derece mahkemesinin 6 Eylül 2011 tarihli kararında davacıların dava konusu 1007/2009 sayılı tüzükten 263.madde, 3.fıkra muvacehesinde doğrudan ve bireysel etkilenmediklerini dile getiren saptamasının hukuka aykırı olduğu yönünde ileri sürülen iddiayı da Divan Lizbon anlaşmasının AT anlaşmasının 230.madde, 4.fıkrasında düzenlenen iptal davasının kabul şartlarının kapsamında bir değişiklik getirmek gibi bir hedef gütmemesi nedeniyle, şimdiye dek geçerli

uygulama ve değerlendirme kriterlerinde bir değişiklik getirilmediği gerekçesiyle reddetmiştir. Divan, temyiz kararında davacıların üçüncü gerekçe bağlamında gündeme getirdikleri Birlik temel haklarıyla ilgili soruları cevaplandırılmasından imtina etmemiştir. Temyiz başvurusunda, davacılar ilk derece mahkemesinin 6 Eylül 2011 tarihli Inuit kararı bağlamında 263.madde, 3.fıkra ile ilişkin yaptığı yorumun Avrupa Temel Haklar Şartının 47.maddesinin ve AİHK'nın 6.maddesinin ve 13.maddesinin ihlâlüne yol açtığını iddia etmiştir. Bu gerekçe de kanun sözcüsünün önerisine uygun olarak uzun tartışmalar ertesinde reddedilmiştir. Divan bu çerçevede 263.madde, 3.fıkra düzenlenilen iptal davası yanısıra, 267.maddede düzenlenen önkarar davasının ve 277.maddesinde düzenlenen hukuka aykırılık definin, bireylerin merkezi hak himayesinin 263.madde, 3.fıkra üzerinden açılan iptal davası ile sağlanamaması durumunda, Birlik hukuku seviyesinde Birlik hukuk tasarruflarının hukuka uygunluğunun denetim veya incelemesi bakımından taşıdığı öneme işaret etmiştir.

Avrupa Temel Haklar Şartının 47.maddesinin anlaşmalarda öngörülen hakları koruma sistemini ve özellikle Birlik mahkemeleri nezdinde açılan davalarla ilgili kuralları değiştirme amacının bulunmadığı gözardı edilmemelidir. AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 263.madde, 3.fıkrasında öngörülen dava açma koşullarının Divanın görüşüne göre üye devletler tarafından temel haklara etkin yargısal teminat sağlanması mükellefiyeti ışığında yorumlanması gerekmektedir. Bu yorum yaklaşımı anlaşmada öngörülen dava açma koşullarının devam ettiğini ortaya koymaktadır. Divan ulusal mahkemelerin AB'nin hakları koruma sistemi çerçevesinde sahip olduğu önemli role ve üye devletlerin AB anlaşmasının 19.madde, 1.fıkrası muvacehesinde etkin hukuki teminat sağlamaya matuf gerekli hukuki önlemler alma mükellefiyetine istinaden, Birlik yasama tasarrufundan etkilenen her gerçek yahut tüzel kişinin doğrudan hiçbir sınıra tabi olmadan Birlik yasama tasarruflarına karşı iptal davası açma olanağının bulunmadığı sonucuna varmıştır⁹.

⁹ EuGH, 3.10.2013, Rs. C-583/11 P (Inuit Tapiriit Kanatami u.a./Europäisches Parlament und Rat der EU, Rn.105)

Sonuç

Divan 3 Ekim 2013 tarihli kararıyla yüksek mahkeme olarak, 263. madde, 3.fıkra da yer alan tüzük karakterli yasama tasarrufları kavramını bağlayıcı şekilde münhasıran yorumlama yetkisini kullanmış ve 06.09.2011 tarihli ilk derece mahkemesinin Inuit kararını, kanun sözcüsü Kokott'un nihai talebini ve literatürdeki ağırlıklı görüşü esas alarak tüzük karakterli yasama tasarrufları kavramının AB'nin yasama tasarruflarını kapsamadığını tespit etmiştir. Bu şekilde Divan AB'nin hakları koruma sisteminde tartışmalara neden olan bireysel hak himayesinin önemli bir detay sorununu çözmüştür. Tüzük karakterli yasama tasarrufları kavramının AB'nin yasama tasarruflarına ilişkin olmadığı görüşünü benimseyen Divan kararında 263.madde, 3.fıkra da öngörülen dava açma koşullarının, 263.madde, 3.fıkra da düzenlenen tüzük karakterli yasama tasarrufları bakımından doğacak sonuçlarını dikkate almadan, temel haklara üye devletler tarafından etkin yargısal teminat sağlanması prensibinin öngörüldüğü Avrupa Temel Haklar Şartının 47.maddesi muvacehesinde yorumlanmasını öngörmüştür. Divana göre Avrupa Temel Haklar Şartının 47.maddesinde yer alan etkin yargısal teminat hakkı, bu hakkın gerçek ve tüzel kişiler için geniş yorumlanmasını ve bu şekilde gerek AB'nin tüzük karakterli yasama tasarruflarının, gerekse diğer yasama tasarruflarının bu teminatın kapsamına girmesini gerektirmektedir; icra önlemi gerektirmeyen Birlik yasama tasarruflarının 47.maddede öngörülen etkin yargısal teminatın dışında bırakılması, 47.maddenin amacına uygun düşmemektedir. Divanın bu davada vermiş olduğu karar, onun AB Anayasa Mahkemesi pozisyonunu güçlendirmiştir. 263.madde, 3.fıkra ya ilişkin yorumuyla Divan, sadece kendisinin kanun karakterli AB yasama tasarruflarını iptal edebileceğini, ilk derece mahkemesinin ise hukuka aykırılık defii bağlamında yetki kullanabileceğini ilan etmiştir¹⁰ Divan bu kararı ile güçlü gerekçeler getirmeden AB hakları himaye sistemi çerçevesinde bireysel hakları merkezi olarak koruma fırsatını kaçırmıştır.

¹⁰ 1007/2009 sayılı fok balığı ürünlerine ilişkin ticaret konusundaki icra tüzüğü Inuit II kararının konusunu oluşturmuştur; 737/2010 sayılı tüzük için bkzn.: ABl.EU 2010 L 216/1 vd.

Kaynakça

- Christian Calliess, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon – Ein Überblick über die Reformen unter Berücksichtigung ihrer Implikationen für das deutsche Recht, 2010
- Meinhard Schröder Neuerungen im Rechtsschutz der Europäischen Union durch den Vertrag von Lissabon, DÖV 2009
- Rudolf Streinz Individualrechtsschutz im Kooperationsverhältnis, EuZW 2014
- Ulrich Everling Rechtsschutz in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, EuR Beiheft, 1/2009
- Wolfram Cremer Der Rechtsschutz des Einzelnen gegen Sekundärrechtsakte der Union gemäß Art.III-270 Abs.4 Konventsentwurf des Vertrages über eine Verfassung für Europa, EuGRZ 2004

AVRUPA BİRLİĞİ'NİN TEMEL DEĞERLERİ ÜZERİNE

ON THE FUNDAMENTAL VALUES OF EUROPEAN UNION

Ahmet M. GÜNEŞ*

Özet: ABA'nın 2. maddesinde, hukuki ve siyasi bir birlik olarak Avrupa Birliği'nin dayandığı temel değerlere ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Burada, Avrupa Birliği'nin insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dâhil olmak üzere insan haklarına saygı değerleri üzerine kurulu olduğu belirtilmiştir. ABA'nın bu düzenlemesini ayrıntılı bir biçimde ele almayı amaçlayan bu çalışmamızda, öncelikle bu düzenlemenin temel nitelik ve işlevlerine ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Bunun devamında, değer kavramı konusunda bazı bilgilere yer verilmiştir. Bunların ardından, 2. maddede yer verilen değerlerin içeriği ortaya konmaya çalışılmıştır. Çalışmamızın sonraki kısmında, bu değerlerin ihlalinin doğurabileceği hukuki neticeler ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler: Avrupa Birliği, Temel Değerler, ABA md. 2, AB Üyeliği, Avrupa Kimliği

Abstract: Article 2 of the Treaty of European Union is mainly a provision regarding fundamental values upon which european union, as a legal and political union, is based. It is stated in this article that European Union is found on the values of respect for human rights including respect for human dignity, freedom, democracy, equality, pre-eminence of law and minority rights. At the outset of this study, in which we aim to elaborate on the article 2 of Treaty of European Union, main characteristics and functions of this provision will be dealt with. Later on, some information concerning the notion of values will be given and subsequently meaning of the values in the article 2 will be explained. Finally, legal consequences of violation of these values will be tackled.

Keywords: European Union, Fundamental Values, Article 2 of Treaty of EU, Membership of EU, European Identity

* Doç. Dr., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, guneslaw@hotmail.com

1. Giriş

Tarihsel açıdan bakıldığında, Avrupa Birliği'nin ortaya çıkışında ekonomik nedenlerin belirleyici olduğu dikkat çekmektedir.¹ Avrupa Birliği bir bakıma, Avrupa kıtasında kalıcı bir barış ve istikrar ortamının Avrupa ulusları arasında ekonomik alanda bir işbirliğinin sağlanması ile mümkün olduğu düşüncesini esas almıştır. Nitekim dönemin en önemli sanayi kolu olan kömür ve çelik endüstrisi alanında işbirliğinin önünü açan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması (1951), Avrupa Birliği'nin temelini oluşturan ilk hukuki belge olarak karşımıza çıkmaktadır. Kömür ve Çelik endüstrisi alanındaki işbirliğinin meyvelerini kısa sürede vermesi, Avrupa Birliği'ni ortak bir pazarın oluşturulmasına sevk ederek ekonomik bütünleşmenin daha ileri taşınmasının önünü açmıştır. Avrupa bütünleşmesinin temelinde yatan düşünce başlangıçta ekonomik kökenli olsa da, özellikle Avrupa Tek Senedi'nin (1986) kabulünden sonra ekonomik nedenlerin yanında politik nedenlerin de Avrupa bütünleşme süreci üzerinde belirleyici olmaya başladığını belirtmek gerekir. Avrupa Birliği'nin ekonomik bir birlikten siyasi bir birliğe doğru evrilme süreci, Maastricht Antlaşması (1992), Amsterdam Antlaşması (1997), Nice Antlaşması (2001) ve Lizbon Antlaşması (2007) ile devam etmiştir. Hatta günümüzde Avrupa bütünleşmesinde politik nedenlerin artık ekonomik nedenlerin önüne geçtiği ifade edilmektedir. Bu bakımdan, Avrupa Birliği'nin ekonomik bir örgüt olmaktan çıkarak farklı alanlarda faaliyet yürüten siyasi bir örgüte dönüştüğü belirtilmelidir.

Öte taraftan, siyasi bir birlik olarak nitelenmesinin Avrupa Birliği'nde geçerli olması gereken değerler konusunda birtakım tartışmaları kaçınılmaz kıldığı belirtilmelidir. Zira siyasi örgütlenmeler, ekonomik yapılanmalardan farklı olarak ekonomik gayelere yönelmenin ötesinde belli bazı siyasi, hukuki ve felsefi değerleri esas almaktadır. Bununla birlikte, değerler konusundaki tartışmaların esasen Avrupa Birliği'nin temellerinin atıldığı ilk dönemlere kadar uzandığı ifade edilmelidir. Bu bağlamda, bir bütünleşme projesi olarak Avrupa Birliği'nin başarılı bir biçimde hayata geçirilebilmesinin üye devletler

¹ Bu konuda bkz. Ahmet M. Güneş, *Avrupa Birliği Hukukuna Giriş*, İstanbul 2013, s. 3 vd.; Andreas Haratsch/ Christian Koenig/ Matthias Pechstein, *Europarecht*, 9. Auflage, Tübingen 2014, s. 3 vd.

arasında asgari bir homojenliği sağlayacak ortak bir değerler sisteminin oluşturulmasına bağlı olduğu ellili yılların başından itibaren sıkça dile getirilmiştir. Nitekim kuruluşuna yönelik ilk adımların atıldığı günlerden beri barış, ekonomik özgürlük ve bütünleşme, birçok kesimce Avrupa Birliği'nin dayandığı üç sihirli değer olarak görülmüştür.² Avrupa Birliği'nin esas alması gereken değerlere kurucu antlaşmalarda yer verilmesi ise, ilk defa Maastricht Antlaşması ile gerçekleşmiştir.³ Bunun ardından, Amsterdam Antlaşması ile Kopenhag Kriterleri olarak adlandırılan siyasi ve hukuki kriterlerin kurucu antlaşmalara dâhil edildiği dikkat çekmektedir. Temel Haklar Şartı'nın 2001 yılında ilan edilmesi de Avrupa Birliği'nin ortak değerlerinin oluşumu bakımından önemli bir gelişmedir. Bunların dışında, Avrupa Birliği Anayasa Antlaşması Taslağı'nın I-2. maddesinde Avrupa Birliği'nin üzerine kurulduğu değerlere ilişkin müstakil bir norma yer verildiği bilinmektedir. Son olarak, 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması'nın Avrupa Birliği Anayasa Antlaşması Taslağı'nda yer verilen bu düzenlemeyi aynen kabul ettiği belirtilmelidir. Bu bağlamda Avrupa Birliği Antlaşması'nın (ABA) 2. maddesinde, Avrupa Birliği'nin insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı değerleri üzerine kurulu olduğu belirtilmiştir. Kurucu antlaşmalarda yer verilen bu değerler, Avrupa Birliği bakımından fevkalade önem taşımaktadır. Zira bu değerler, Avrupa Birliği'nin siyasi, hukuki ve felsefi temelini oluşturmanın yanında Avrupa Birliği'nde ortak bir kimliğin oluşumuna katkıda bulunmakta, farklı ulusları bünyesinde barındıran bir devletler topluluğu olarak Avrupa Birliği'nin bütünleşmesini sağlamakta, Avrupa Birliği'ne girişeceği faaliyetlerde yol göstermekte ve bu faaliyetlere meşruiyet kazandırmaktadır.

2. Avrupa Birliği'nin Değerlerine İlişkin Temel Norm Olarak ABA md. 2

Avrupa Birliği'nin esas aldığı değerlere ilişkin temel düzenleme ABA'nın 2. maddesinde yer almaktadır. İki fıkradan oluşan bu dü-

² Christian Calliess, JZ 2004, s. 1034; Kristin Sandfort, Der Schutz der gemeinsamen Werte (Art. 2 EUV) innerhalb der EU am Beispiel Ungarns, Chemnitz 2014, s. 2.

³ Tarihsel gelişim konusunda bkz. Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/ Martin Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 52. Ergänzungslieferung, München 2014, EUV Art. 2, N. 1 vd.

zenleme şu şekildedir: *“Avrupa Birliği, insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dâhil olmak üzere insan haklarına saygı değerleri üzerine kuruludur. Bu değerler, çoğulculuk, ayrımcılık yapmama, hoşgörü, adalet, dayanışma ve kadın-erkek eşitliğinin hâkim olduğu bir toplumda üye devletler için ortaktır.”* Burada öncelikle, insan onuru, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygının Avrupa Birliği'nin dayandığı temel değerler olduğu belirtilmiştir. Buna ilaveten 2. fıkrada, bu değerlerin çoğulculuk, ayrımcılık yapmama, hoşgörü, adalet, dayanışma ve kadın-erkek eşitliğinin hâkim olduğu bir toplumda üye devletler için ortak olduğu ifade edilmiştir.

ABA'nın 2. maddesiyle ilgili olarak yapılması gereken ilk tespit, kurucu antlaşmalarda yer alması nedeniyle burada öngörülen düzenlemenin Avrupa Birliği'nin hukuk düzeni bağlamında anayasal değere sahip bir birincil hukuk normu olduğudur. Bu nedenle, söz konusu düzenlemenin Avrupa Birliği'ne ilişkin yapısal bir norma yer verdiği ifade edilmelidir. Birincil hukuk normu olmanın doğal bir sonucu olarak, bu düzenleme normlar hiyerarşisinde Avrupa Birliği'nin ikincil hukuk normlarının üstünde yer almaktadır. Dolayısıyla, Avrupa Birliği organlarının kabul edeceği ikincil hukuk düzenlemelerinin ABA'nın 2. maddesine aykırı olmaması gerekmektedir. Bunların dışında, Birlik hukukunun üstünlüğü ilkesi gereğince ABA'nın 2. maddesinin anayasal düzenlemeler de dâhil olmak üzere tüm ulusal hukuk düzenlemelerinin üstünde olduğu belirtilmelidir. Bu bakımdan, üye devletler ABA'nın 2. maddesine aykırılık oluşturacak ulusal düzenlemelerden kaçınmak zorundadır. Diğer yandan, kendisine atfedilen önemin bir göstergesi olarak söz konusu düzenlemeye ABA'da ilk maddeler arasında yer verilmiştir. ABA'nın sistematigi dikkate alındığında, 1. maddede Avrupa Birliği'nin kuruluşuna ilişkin düzenlemeden hemen sonra 2. maddede Avrupa Birliği'nin dayandığı temel değerlere yer verilmiştir. 3. maddede ise, Avrupa Birliği'nin gerçekleştirmeyi arzuladığı hedefler yer almaktadır. Temel değerlere 2. maddede yer verilmesi, bu değerlerin Avrupa Birliği açısından arz ettiği önemi ortaya koymaktadır. Avrupa Birliği'nin gerçekleştirmesi gereken hedefleri ortaya koyan 3. maddede 2. maddede belirtilen değerlerin geliştirilmesine yer verilmesi de, bu değerlerin Avrupa Birliği bakımından sahip olduğu önemi göstermektedir.

Amsterdam Antlaşması ile ABA'ya eklenen eski 6. maddenin 1. fıkrası, ABA'nın 2. maddesine öncülük eden düzenlemeyi oluşturmaktadır. Lizbon Antlaşması ile yürürlükten kalkan bu düzenlemede, *"Avrupa Birliği, üye devletlerin ortak ilkeleri olan özgürlük, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü ilkeleri üzerine kurulmuştur."* hükmü yer almakta idi. Eski ve yeni düzenlemeler karşılaştırıldığında dikkat çeken ilk nokta, ABA'nın 2. maddesinde ilkeler yerine değerlerden söz edildiğidir. İlke ve değer kavramları iki farklı kategoriye tanımlasa da, ilke yerine değer teriminin kullanılmasının 2. madde bağlamında söz konusu düzenlemenin etkisini zayıflatmadığını vurgulamak gerekir.⁴ Bunların dışında, ABA'nın 2. maddesinin Avrupa Birliği'nin dayandığı değerlere insan onuru, eşitlik ve azınlıklara mensup kişilerin haklarına saygı gösterilmesini de eklediği göze çarpmaktadır. Dolayısıyla, Avrupa Birliği'nin esas aldığı değerlerde bir artışın söz konusu olduğu ifade edilmelidir. ABA'nın 2. maddesinin 2. fıkrasında üye devletlerin toplumlarında ortak olan bazı ilkelere yer verilmesi, diğer bir yenilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu şekilde, bir bakıma 1. fıkrada belirtilen temel değerlerinin egemen olduğu toplumun karakteristik özellikleri ortaya konmuştur. Lizbon Antlaşması ile ABA'nın 2. maddesinde gerçekleştirilen bu değişiklikleri, Avrupa Birliği'nin siyasi bir birlik olma yönündeki iradesinin bir yansıması olarak görmek mümkündür.

3. Değer Kavramı

ABA'nın 2. maddesinde öngörülen düzenlemenin nitelik, içerik ve işlevlerinin ortaya konması açısından, öncelikle değer kavramından ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir. Değerler, genel olarak bir toplumun kendi varlık, birlik, işleyiş ve devamını sağlamak için üyelerinin çoğunluğu tarafından doğru ve gerekli oldukları kabul edilen ortak düşünce, amaç, temel ahlaki ilke veya inançları tanımlamaktadır.⁵ Bu itibarla, değerler, bir toplumun belli bir olay veya olgu karşısındaki tavrını ortaya koyan yargılardır. Değerler, farklı özelliklere sahip bi-

⁴ Sandfort, s. 3.

⁵ Bu bağlamda ayrıca bkz. Udo Di Fabio, JZ 2004, s. 1 vd.; Calliess, JZ 2004, s. 1034; Frank Schorkopf, Homogenität in der Europäischen Union, Berlin 2000, s. 74 vd.; Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV Art. 2, N. 19 vd.

reyleri bir toplumu meydana getirecek şekilde birbirine bağlamaktadır. Dolayısıyla değerler, toplumda bireyler arasında ortak bir kimliğin oluşumunu sağlamaktadır. Değerlerin ayrıca belli bir toplumsal gelişim sürecinin ürünü olarak ortaya çıktığı ve zaman içinde değişebildiği dikkat çekmektedir. Bu yönüyle, değerlerin statik olmayıp dinamik nitelikte olduğu ifade edilmelidir. Bunların dışında değerler, tutarlı bir bütün oluşturacak şekilde bir değerler sistemini meydana getirmektedir. Günümüzde hemen hemen her grup, topluluk veya toplum bir biçimde bir değerler sistemini esas alarak varlığını sürdürmektedir. Bu bakımdan, değerler her çağda toplumsal hayatın önemli bir parçası olmuştur.

Diğer yandan, çok sayıda hukuki belgede de değerlere yer verildiği bilinmektedir. Hukuki metinlerde yer alan değerler, genel olarak hukuki değer olarak nitelenmektedir. Bu bağlamda, hukuki değerlerin birçok açıdan hukuki ilkelere benzediği ifade edilmelidir. Öncelikle değerler, ilkeler gibi bir hukuk düzeninin dayandığı yapısal unsurları meydana getirmektedir. Bu bakımdan, esas aldığı değerler bir hukuk düzeninin temel yapı taşlarını oluşturmaktadır. Hukuki değerler, ayrıca hukuki ilkeler gibi soyut niteliktedir. Bu nedenle, hukuki değerler ilkelerde olduğu gibi hukuki düzenlemeler aracılığıyla somutlaştırılmaya gereksinim duymaktadır. Bununla birlikte, ilkelerin değerlere göre daha etkili bir hukuki kategoriye tanımladığı gözden kaçırılmamalıdır. Bunların haricinde, değerlerin normlarla ilişkisine değinmekte yarar vardır. Burada evvela her normun bir değeri esas aldığını ifade etmek gerekir.⁶ Bu değerler, söz konusu normlar ile somutlaştırılmakta veya hayata geçirilmektedir. Dolayısıyla değerler, bu normların yorumlanması ve denetlenmesinde dikkate alınması gereken ölçütler olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak değerlerin bazı noktalarda normlardan farklılık gösterdiği belirtilmelidir. Normlar bir yasak veya emir içerirken, değerler bir emir veya yasak öngörmek yerine bir hususun nasıl daha iyi veya daha kötü olacağı konusunda bir değer yargısına yer vermektedir. Bu bakımdan, değerlerin yükümlendirici olmadığı ifade edilmelidir. Değerler, etik yükümlülüklerle yer vermek suretiyle daha ziyade yol gösterici özelliğe sahiptir. Bununla birlikte, kurucu antlaşmalarında yer verilen değerlerin Avrupa Bir-

⁶ Calliess, JZ 2004, s. 1034.

liğı bakımından bağlayıcı nitelikte olduğuna dikkat çekmekte fayda vardır. Zira ABA'nın 2. maddesinde Avrupa Birliği ve üye devletlere yönelmiş hukuken bağlayıcı bir düzenleme öngörülmüştür. Nitekim 2. maddede belirtilen değerlerin ihlali, ABA'nın 7. maddesinde düzenlenen yaptırımların uygulanmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan, 2. maddede yer alan hukuki değerlerin etkileri itibarıyla esasen hukuki ilke niteliğine sahip olduğunu belirtmek gerekir.⁷

4. Değerlerin Nitelik ve İşlevleri

ABA'nın 2. maddesinde yer alan değerler farklı nitelik ve işlevlere sahiptir. Bu bağlamda öncelikle, ABA'nın 2. maddesinin Avrupa Birliği'nin bütünleşme sürecinin esas aldığı temel değerleri tanımladığı ifade edilmelidir. Bu bakımdan, 2. maddede yer alan değerler Avrupa Birliği'nin dayandığı temel zemini ortaya koymaktadır. Avrupa Birliği'nin anayasal metinleri olan kurucu antlaşmalardaki konumları da, bu değerlerin Avrupa Birliği açısından sahip olduğu önemi tasdik etmektedir. Zira bu değerlere, Avrupa Birliği'nin kuruluşuna ilişkin 1. maddeden hemen sonra ve Avrupa Birliği'nin hedeflerini ortaya koyan 3. maddeden hemen önce yer verilmiştir. Bu noktada, 2. maddede belirtilen değerlerin Avrupa Birliği'nin anayasal düzeninin temel unsurlarından birini oluşturduğu vurgulanmalıdır. Bunun haricinde, tarihsel açıdan bakıldığında 2. maddede yer alan değerlerin İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra bütün Avrupa demokrasileri tarafından anayasal düzeyde tanınan temel değerler olduğu ifade edilmelidir. Demokrasiyi esas alan tüm Avrupa ülkelerinde ortak oluş, bu değerlerin Avrupa'daki bütünleşme girişimlerin vazgeçilmez bir koşulu olmasını sağlamıştır.⁸ Öte taraftan, ABA'nın 2. maddesinin 2. fıkrasında tüm üye devletlerde ortak olduğunun öngörülmesi de bu değerlerin ortak bir kimliği ortaya koyduğunu göstermektedir.⁹ ABA'nın 2. maddesinde belirtilen değerlerin Avrupa Birliği'ne temel oluşturması ve bu değerlerin ortak bir Avrupalılık kimliğini ortaya koyması, Avrupa Birliği'nin esasen bir

⁷ Sandfort, s. 4; Christian Calliess/Matthias Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 4. Auflage, München 2011, EUV Art. 2, N. 8; Christof Mandry, Europa als Wertegemeinschaft, Baden-Baden 2009, s. 73.

⁸ Walter Frenz, Europarecht-6, Berlin 2010, s. 551.

⁹ Frenz, Europarecht-6, s. 551; Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV Art. 2, N. 11.

değerler birliği olduğunu göstermektedir.¹⁰ Ancak bu değerlerin Avrupa Birliği'nin yanı sıra üye devletlere de yol gösterdiği gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla, ABA'nın 2. maddesinde yer alan değerlerin Avrupa için ortak bir kimlik oluşturma yanında üye devletleri Avrupa Birliği çatısı altında bir araya getirerek bütünleşmeyi sağladığı ifade edilmelidir. Kurucu antlaşmalarda dayandığı değerlerin açıkça gösterilmesi, bir bakıma Avrupa Birliği'nin değerler birliği olarak nitelenmesi sonucunu doğurmuştur.

ABA'nın 2. maddesi, Avrupa Birliği'nin dayandığı hukuki değerleri ortaya koymanın yanında girişeceği faaliyetlerde Avrupa Birliği'ni yönlendirici işleve sahiptir. Bu değerler, belli bir şekilde hareket etmeye sevk etmek suretiyle Avrupa Birliği'nin giriştiği eylemlere meşruiyet de kazandırmaktadır. Bu bağlamda, Avrupa Birliği'nin gerek içsel gerekse dışsal konulardaki eylemlerinde 2. maddede öngörülen değerleri dikkate alması gerektiği belirtilmelidir. Nitekim ABA'nın 3. maddesinin ilk fıkrasında Avrupa Birliği'nin hedefleri arasında 2. maddede yer alan değerlerin geliştirilmesine yer verilmesi de, Avrupa Birliği'nin içsel ve dışsal alandaki faaliyetlerinin bu değerleri ile taşıyıcı nitelikte olmasını gerekli kılmaktadır.¹¹ Başka bir ifadeyle, ABA'nın 3. maddesinin 1. fıkrası Avrupa Birliği'nin kendi değerlerine aykırılık oluşturacak eylemlerden kaçınmasını gerektirmektedir.

Avrupa Birliği'nin dışsal eylemlerinden yani dış ilişkilerinden başlayacak olursak, ABA'nın 3. maddesinin 5. fıkrasında Avrupa Birliği'nin dış dünya ile ilişkilerinde kendi değerlerini savunacağı ve destekleyeceğinin vurgulandığı dikkat çekmektedir. Dolayısıyla, 3. maddenin 5. fıkrasında da 2. maddede anılan değerlere atıfta bulunulduğu belirtilmelidir. Öte taraftan Avrupa Birliği'nin dış eylemine ilişkin genel hükümlere yer veren ABA'nın 21. maddesinin 1. fıkrasında, Avrupa Birliği'nin uluslararası alandaki faaliyetlerinin dayandığı ilkeler olarak demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları ve temel özgürlüklerin evrenselliği ve bölünmezliği, insan onuruna saygı, eşitlik ve dayanışma ilkeleri ile Birleşmiş Milletler Şartı'nda yer alan ilkelere ve uluslararası hukukun ilkelerine saygıya yer verilmiştir. Bu

¹⁰ Calliess/Ruffert, EUV Art. 2, N. 3; Benedikt Speer, DÖV 2001, s. 981; Sandfort, s. 5; Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV Art. 2, N. 11.

¹¹ Bu konuda bkz. Walter Frenz, Rechtstheorie 2010, S. 41, s. 402.

noktada, 21. maddenin 1. fıkrasında yer verilen ilkelerin 2. maddede öngörülen değerlerle önemli ölçüde benzeştiği dikkat çekmektedir.¹² Ayrıca ABA'nın 8. maddesinde, Avrupa Birliği'nin komşu ülkelerle yürüteceği ilişkilerde 2. maddede belirtilen değerleri dikkate alması gerektiği ifade edilmiştir. Aynı şekilde, Avrupa Birliği'nin uluslararası örgütlerle girişeceği ilişkilerde de 2. maddede yer alan değerlerin göz önünde bulundurulması gerekir. Diğer yandan, Avrupa Birliği'ne üyeliğin Avrupa Birliği'nin dış ilişkileri bağlamında özel bir öneme sahip olduğunu ifade etmeliyiz. Nitekim ABA'nın 49. maddesinde, ancak 2. maddede belirtilen değerlere saygı gösteren ve bu değerleri desteklemeyi taahhüt eden Avrupa devletlerinin Birliğe üye olmak için başvuruda bulunabileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla, ABA'nın 2. maddesinde anılan değerlerin Avrupa Birliği'ne üyeliğin koşulu olduğu ifade edilmelidir. Bunların haricinde, ABA'nın 2. maddesinin Avrupa Birliği'nin tüm politikalarına yön veren bir düzenleme içerdiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu bakımdan, Avrupa Birliği'nin çevre, rekabet, enerji, kültür, eğitim ve sağlık gibi farklı alanlardaki politikalarının belirlenmesi ve hayata aktarılması sürecinde bu değerlerin de dikkate alınması gerekmektedir.¹³ Son olarak, Avrupa Birliği'nin yanı sıra üye devletlerin de 2. maddede yer alan değerleri dikkate alması gerektiği ifade edilmelidir. Bu değerlerin üye devletlerce ciddi bir biçimde ihlali durumunda ise, ilgili üye devletlere ABA'nın 7. maddesinde belirtilen yaptırım usulünün uygulanması gerekecektir.

ABA'nın 2. maddesi, ayrıca bir medeniyet projesi olarak Avrupa Birliği'nin içeriğini ortaya koymaktadır. Bu bakımdan, 2. maddede yer verilen değerlerin Avrupa Birliği'nin esas aldığı medeniyet telakkisi-nin temel unsurlarını oluşturduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Avrupa Birliği'nin dayandığı değerlere ilişkin olarak ilk defa Amsterdam Antlaşması ile getirilen düzenlemenin Lizbon Antlaşması ile içerik açısından önemli ölçüde genişletilmesi de, Avrupa Birliği'nin 21. yüzyılda salt bir ekonomik topluluk olmaktan çıkarak siyasi boyutları öne çıkan bir oluşum haline gelmek istediğini göstermektedir. ABA'nın 2. maddesi, bir bakıma Avrupa Birliği'ni Avrupa Birliği yapan değerler sistemini ortaya koymaktadır. Bu yönüyle, ABA'nın 2.

¹² Frenz, *Europarecht*-6, s. 552 vd.

¹³ Frenz, *Rechtstheorie* 2010, S. 41, s. 404.

maddesinde yer verilen değerlerin Avrupa Birliği'nin kimliğini ortaya koyduğunu söyleyebiliriz.¹⁴ Bu nedenle, ABA'nın 2. maddesinin Avrupa Birliği açısından vazgeçilmez nitelikte bir temel norm olduğu ifade edilmelidir.¹⁵ Bu durum, ABA'nın 2. maddesinin Avrupa Birliği'nin diğer düzenlemelerinin yorum ve denetimi bağlamında belirli bir etkiye sahip olması sonucunu doğurmaktadır. Avrupa Birliği bakımından vazgeçilmez tarzda çekirdek bir düzenlemeye yer vermesi nedeniyle, ABA'nın 2. maddesi anayasaların değiştirilmesi yasaklanmış hükümlerine benzetilmektedir. Nitekim doktrinde de, ABA'nın 2. maddesinin kurucu antlaşmaların değiştirilmesi sürecinde Avrupa Birliği organları tarafından muhafaza edilmesi gereken bir norm olduğu belirtilmiştir.¹⁶ Diğer yandan, ABA'nın 2. maddesiyle oluşturulan değerler sisteminin birçok açıdan Temel Haklar Şartı'nda öngörülen değerler sistemine benzediği ifade edilmelidir. Zira her iki sistemde de benzer değerlere yer verilmenin yanında insan onuruna diğer değerler karşısında bir öncelik tanınmıştır.

ABA'nın 2. maddesinde sayılan değerler ayrıca Avrupa Birliği'ne üye devletler arasında bir homojenliğin sağlanmasına katkıda bulunmaktadır.¹⁷ Öncelikle ABA'nın 2. maddesinin 2. fıkrasında söz konusu değerlerin üye devletlerde ortak olduğunun belirtilmesi, bu değerlerin Avrupa Birliği üyesi tüm devletlerde benimsenmiş olduğunun varsayıldığını göstermektedir. Bu nedenle, tüm üye devletler ABA'nın 2. maddesinde anılan değerleri güvence altına almakla yükümlüdür. Diğer yandan, ABA'nın 49. maddesi uyarınca Avrupa Birliği'ne katılmak isteyen devletlerin bu değerleri benimsemiş olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, bu değerlere aykırı davranan devletlerin Avrupa Birliği'ne üye olması bir yana üyelik için başvuruda bulunması dahi mümkün değildir. Bu noktada, 2. maddede yer alan değerlerin Avrupa Birliği üyesi devletler bakımından sahip olunması gereken müşterek bir paydayı ortaya koyduğu ifade edilmelidir. ABA'nın 2.

¹⁴ Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Auflage, Baden-Baden 2003, EGV Art. 6, N. 1; Frenz, Rechtstheorie 2010, S. 41, s. 405; Calliess, JZ 2004, s. 1039.

¹⁵ Bkz. Frenz, Europarecht-6, s. 554; Calliess/Ruffert, EUV Art. 2, N. 13 vd.

¹⁶ Frenz, Europarecht-6, s. 554; Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV Art. 2, N. 12.

¹⁷ Bu konuda ayrıca bkz. Frenz, Rechtstheorie 2010, S. 41, s. 405 vd.; Calliess, JZ 2004, s. 1041 vd.; Calliess/Ruffert, EUV Art. 2, N. 7; Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV Art. 2, N. 9.

maddesi, bir bakıma Avrupa Birliği için üye devletlerin karşılması gereken bir asgari standartı ortaya koymaktadır. Bu standart, aynı zamanda üye devletlerin Avrupa Birliği konusunda vardıkları bir temel uzlaşmayı yansıtmaktadır. ABA'nın 2. maddesinde öngörülen değerlerin asgari standart niteliğinde olması, üye devletlerin anayasalarında bu değerlere aykırı olmamak koşuluyla istediği her değeri benimseyebileceği gibi bir sonuç da ortaya çıkarmaktadır. 2. maddede öngörülen değerlerin tüm üye devletlerde ortak oluşu ise, Avrupa Birliği'ni homojen devletleri bünyesinde barındıran bir devletler topluluğu haline getirmektedir. Bununla birlikte, homojenliğin tek tip olma anlamına gelmediğini gözden kaçırmamalıyız. Homojenlik, üye devletlerin tek tip olmasından ziyade uyumlu bir benzerlik göstermesini gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla, üye devletlerin 2. maddede belirtilen değerlerin özüne aykırılık oluşturmayacak ulusal özgünlüklerini koruması mümkündür. ABA'nın 2. maddesinde yer alan değerlerin soyut oluşu da, bu değerlerin içeriklerinin ortaya konmasında belli bir esnekliği mümkün kılmaktadır.

Dikkat çekilmesi gereken diğer bir nokta, ABA'nın 2. maddesinde Avrupa Birliği'nin esas aldığı değerler ortaya konarken antroposentrik yani insan merkezli bir yaklaşımın esas alındığıdır. İnsan onurunun korunmasının ABA'nın 2. maddesinde sayılan değerler arasında en önde yer alması da bu durumu tasdik etmektedir. Bu bağlamda öncelikle, insan onurunun kurucu antlaşmalarda yer alan diğer değer ve hakların da dayandığı temeli oluşturduğu belirtilmelidir.¹⁸ Nitekim Temel Haklar Şartı'nda da benzer bir yaklaşımın benimsenerek insan onurunun en üst değer olarak ele alındığı görülmektedir. İnsan onuruna verilen öncelik Avrupa Birliği'nin esas aldığı değerler sisteminde hümanizmi merkez alan aydınlanma felsefesini benimsediğini göstermektedir. Avrupa Birliği, insanı yaşamın merkezine almakla ortaçağın teosentrik anlayışını terk ederek bunun yerine antik çağ ve yeniçağda egemen olan insan varlığını ve sevgisini en yüce ideal ve amaç sayan hümanizm düşüncesini esas aldığını ortaya koymuştur. Avrupa'da hümanizm düşüncesi, ortaçağda kiliseye karşı yürütülen mücadele sonucunda egemen olmuştur. Öte yandan, ABA'nın 2. maddesinde

¹⁸ Bu konuda ayrıca bkz. Frenz, *Europarecht*-6, s. 557; Calliess/Ruffert, *EUV Art. 2*, N. 9.

yer verilen özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı gibi değerlerin de insan merkezli olduğu belirtilmelidir. Bu değerlerin benimsenmesi ise, Fransız Devrimi'nden İkinci Dünya Savaşı'na kadar uzanan uzunca bir zaman diliminde yayılan mücadelelerin neticesidir. Bu nedenle, 2. maddede yer verilen değerleri Avrupa Birliği'nin birtakım mücadeleler sonucunda elde ettiği tarihsel, kültürel ve siyasi mirası olarak nitelemek mümkündür. ABA'nın 2. maddesinde yer alan değerler, köklerini Avrupa Birliği'nin antik çağlardan orta çağa, din savaşları ve Rönesans'tan Fransız Devrimi'ne, endüstri devriminden dünya savaşlarına birçok hadiseden elde ettiği tecrübelerde bulmaktadır.¹⁹ Bu değerler, köklerini geçmişte bulduğu gibi Avrupa Birliği'nin geleceğine de ışık tutmaktadır.²⁰

5. ABA md. 2'de Öngörülen Değerler

5.1. İnsan Onuruna Saygı

ABA'nın 2. maddesinde sayılan değerler arasında öncelik insan onuruna verilmiştir. Bununla birlikte burada insan onurunun yalnızca bir değer olarak nitelenmesi ile yetinilmediği, ayrıca insan onuruna saygı gösterilmesi gerektiğine de dikkat çekildiği belirtilmelidir. Esasen felsefik ve teolojik bir kavram olan insan onuru, insanı insan yapan ve onu diğer canlılardan ayıran bir öz değeri tanımlamaktadır.²¹ Bu öz değer, insana kişilik değeri katmakta ve onu bağımsız kılmaktadır. İnsan onuru, insanın kişi olarak en yüksek akli ve ahlaki değerlerin, dokunulmaz, kaybedilmez bir öz değer sahibi olduğunu ifade etmektedir. Bu bağlamda, insan onurunun insanın özünü, öz değerini ve doğasını tanımladığını ifade etmek mümkündür. İnsan onuru, insanın sırf insan olması nedeniyle değerli ve saygıya layık bir varlık olduğunu kabul etmektedir. Bu bakımdan, insan onurunun insanın doğuştan ve doğal olarak kazandığı bir niteliği olduğu ifade edilmelidir. İnsan onuru, bu noktada insanın insan olarak değerini ortaya koyan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsan onuru, insanın

¹⁹ Calliess/Ruffert, EUV Art. 2, N. 13; Sandfort, s. 5; Speer, DÖV 2001, s. 981.

²⁰ Karş. Mandry, s. 58; Sandfort, s. 8.

²¹ İnsan onuru konusunda ayrıca bkz. Christian Calliess, Die Menschenwürde im Recht der Europäischen Union, in: Gröschner/Lembcke, (Hrsg.): Das Dogma der Unantastbarkeit, Tübingen 2006, s. 133 vd.; Walter Frenz, Europarecht-4, Berlin 2009, s. 247 vd.

bir araç olarak değil daima bir amaç olarak görülmesini gerekli kılmaktadır. Bu nedenle, insanı belli amaçların gerçekleştirilmesinde bir araç olarak ele alan her yaklaşımın insan onurunu ihlal ettiği belirtilmelidir.

ABA'nın 2. maddesinde diğer değerler karşısında öncelik tanınması, insan onurunun Avrupa Birliği'nin en üst değeri olması ile açıklanabilir.²² Bu bağlamda, Avrupa Birliği'nde hiçbir değerın insan onurunun üstünde tutulamayacağı belirtilmelidir. Üye devletlerin hukuk düzenlerinde mutlak bir öncelik tanınması, insan onurunun üstün bir değer olarak Avrupa Birliği'ne girişini bir bakıma kaçınılmaz kılmıştır. Avrupa Birliği'nin değerler sisteminin merkezinde oluşu, insan onurunu diğer değerlerin yorumunda başvurulması gereken bir ölçüt haline getirmektedir. İnsan onuru, ayrıca Avrupa Birliği'nin temel haklar sisteminde çok önemli bir yere sahiptir. Nitekim Temel Haklar Şartı'nın 1. maddesinde insan onurunun öncelik ve üstünlüğüne açık bir biçimde yer verilmiştir.²³ Dolayısıyla, Temel Haklar Şartı Avrupa Birliği için insan onurunun korunmasını merkez alan bir temel hak koruma sistemine yer vermektedir. Temel Haklar Şartı'nda ayrıca insan onurunun diğer haklardan farklı olarak hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün değildir. Diğer taraftan, insan onuru günümüzde insan haklarının kaynağı olarak görülmektedir. Bu nedenle, tüm insan haklarının esasen insan onurunun korunmasına ve geliştirilmesine hizmet ettiğini ifade etmek gerekir.

İnsan onurunun, insan haklarının kaynağını ve temelini oluşturması demokratik hukuk devletlerinde insan onurunun en üst anayasal değer olmasını gerekli kılmıştır. Bu durumun bir sonucu olarak, insan onuru insan haklarının yorumu ve uygulanması bağlamında kilit bir role sahiptir. İnsan onurunun Avrupa Birliği düzeyinde bir insan hakları belgesinde yer alışı Temel Haklar Şartı'na ve kurucu antlaşmalara girişi Lizbon Antlaşması'na rastlamakta ise de, Avrupa Adalet Divanı'nın verdiği kararlarda insan onurunu öteden beri hukukun genel bir ilkesi olarak Avrupa Birliği'nin yazılı olmayan birincil hukuku kapsamında ele aldığı bilinmektedir.²⁴ Adalet Divanı, özellikle Temel

²² Sandfort, s. 9; Calliess/Ruffert, EUV Art. 2, N. 17.

²³ Bu bağlamda bkz. Jürgen Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage, Baden-Baden 2014, s. 107 vd.

²⁴ Bkz. Rudolf Streinz, EUV/AEUV Kommentar, 2. Auflage, München 2012, EUV

Haklar Şartı'nın kabulünden sonra verdiği kararlarda insan onuruna daha sık bir biçimde atıfta bulunmuştur. Adalet Divanı'nın insan onuru bağlamında verdiği kararlarda bilhassa insanın başlı başına bir amaç olduğuna ve hiçbir amacın gerçekleştirilmesi için bir araç olarak kullanılamayacağına vurgu yaptığı dikkat çekmektedir.²⁵ Bunun dışında, Adalet Divanı'nın insan onurunu Avrupa Birliği'nin tüm hukuki tasarruflarının denetiminde başvurulabilecek objektif bir anayasal ilke olarak ele alma konusunda genel bir eğilime sahip olduğu belirtilmelidir.²⁶

5.2. Özgürlük

Özgürlük, ABA'nın 2. maddesinde insan onurundan sonra ikinci sırayı almaktadır. Bununla birlikte, eski ABA'nın 6. maddesinde Avrupa Birliği'nin üzerine kurulu olduğu ilkeler olarak özgürlüğün ilk sırada yer aldığı bilinmektedir. Özgürlük, genel olarak kişinin herhangi bir kısıtlama, engelleme veya zorlamaya bağlı olmaksızın kendi istek ve düşüncesine dayanarak karar verebilmesi ve hareket edebilmesi durumudur. Bu bağlamda özgürlük, kişinin yapmak istediğini yapma imkânına, serbestisine ve inancına sahip olmasıdır. Özgürlük, tarihsel ve normatif açıdan öncü bir kavram olarak Avrupa bütünleşmesinde gerek siyasi gerekse ekonomik bakımdan fevkalade önemli bir rehber ilkedir.²⁷ Kavrama ilişkin tanımlar dikkat alındığında, özgürlüğün esasen iki boyutunun bulunduğu dikkat çekmektedir. Negatif özgürlük bireyin başka bir birey, topluluk veya kamusal gücün otoritesine maruz kalmadan istediği şeyleri serbestçe gerçekleştirmesini ifade ederken, pozitif özgürlük kişinin kendine ilişkin kararları bizzat kendisinin verebilmesini yani iradi özerkliğe sahip olmasını tanımlamaktadır.²⁸ Buradan hareketle, özgürlüğün toplum veya devlet

Art. 2, N. 2.

²⁵ Bu bağlamda ayrıca bkz. EuGH, Rs. C-377/98, Slg. 2001, I-7079; EuGH, verb. Rs. C-402/05 ve C-415/05 P, Slg. 2008, I-6351; EuGH, Rs. C-91/05, Slg. 2008, I-3651; EuGH, Rs. C-403/05, Slg. 2007, I-9045.

²⁶ Sandfort, s. 10; Calliess/Ruffert, EUV Art. 2, N. 17.

²⁷ Calliess/Ruffert, EUV Art. 2, N. 18; Hans Paul Prüm, Werte der Europäischen Union, Berlin 2014, s. 39.

²⁸ Özgürlük kavramına ilişkin bu ayrım, esasen İngiliz filozof İsaiah Berlin (1909-1997) tarafından geliştirilmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. Waldemar Hummer/ Walter Obwexer, EuZW 2000, s. 485 vd.

karşısında önceliğin prensip olarak bireye verilmesini gerekli kıldığı ifade edilmelidir. Zira özgürlüğün öznesi birey olup, özgürlük bireye bir hak olarak tanınmıştır. Dolayısıyla özgürlük, bireylerin yaşamının tüm alanlarının devlet kontrolü altında olduğu komünizm ve faşizm gibi totaliter rejimlerin reddini gerektirmektedir.²⁹ Özgürlük, devletin kamusal yetkileri kullanmak suretiyle bireye ait alana yaptığı müdahalelerin mümkün olduğunca sınırlandırılmasını gerekli kılmaktadır. Özgürlüklere yönelik müdahaleler ise, yasal bir dayanağa sahip olmanın yanında haklı bir nedene dayanmalı ve ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır.³⁰

Temel Haklar Şartı'nın 6 vd. maddelerinde öngörülen özgürlükler Avrupa Birliği'nde özgürlük kavramının somutlaştırılması bağlamında önemli bir işleve sahiptir. Bununla birlikte, bireysel özgürlüklerin yanı sıra ekonomik özgürlüklerin de Avrupa Birliği'nde özgürlüğün hayata geçirilmesinde önem arz ettiği belirtilmelidir. Bu noktada, mallar, kişiler, hizmetler ve sermaye gibi üretim faktörlerinin Avrupa Birliği iç pazarı kapsamında serbestçe dolaşımını öngören serbestilerin özgürlüğün ekonomik boyutunu oluşturduğuna dikkat çekmeliyiz. Dolayısıyla, özgürlük bireysel özgürlüklerin yanında bu serbestilerin de güvence altına alınmasını gerekli kılmaktadır. Dikkat çekilmesi gereken diğer bir nokta, özgürlüğün ABA'nın 2. maddesinde öngörülen değerlerle sıkı bir ilişki içinde bulunduğu vurgulanmalıdır. Bu bağlamda, bireysel iradi özerkliğin insan onurunun önemli unsurlarından birini oluşturduğunu belirtmekte yarar vardır.³¹ Bunun dışında, demokrasinin ancak özgürlüğün egemen olduğu bir toplumda gerçekleştirilebileceği belirtilmelidir. Bu doğrultuda, özgürlüğün eşitlikle birlikte demokrasinin olmazsa olmaz koşullarından olduğu ifade edilmiştir.³² Demokrasi, ayrıca özgürlüğün hayata geçirilmesini sağlayan bir araçtır. Hukukun üstünlüğü ibaresiyle ifade edilen hukuk devleti ise, kamusal yetkilerin kullanımını sınırlamak suretiyle bireylere öz-

²⁹ Sandfort, s. 10; Streinz, EUV Art. 2, N. 3.

³⁰ Streinz, EUV Art. 2, N. 3; Frenz, Rechtstheorie 2010, S. 41, s. 409.

³¹ Bu bağlamda bkz. Frenz, Europarecht-4, s. 260 vd.; Calliess/Ruffert, EUV Art. 2, N. 18.

³² Calliess/Ruffert, EUV Art. 2, N. 18.

gürlüklerini gerçekleştirebilecekleri güvenli bir alan sunmaktadır.³³ Ancak hukuk devletlerinde, özgürlük kamusal makamlara bireyleri dış tehditlere karşı koruma konusunda da bir yükümlülük yüklemektedir.³⁴

5.3. Demokrasi

Demokrasi, Avrupa Birliği'nin ABA'nın 2. maddesi uyarınca dayandığı diğer bir değerdir. Demokrasi, Yunanca halk anlamına gelen *demos* ve iktidar anlamına gelen *kratein* sözcüklerinin bir araya gelmesiyle oluşturulmuş ve halkın iktidarı anlamına gelmektedir.³⁵ “Halkın, halk tarafından, halk için yönetimi” Abraham Lincoln’a ait demokrasiye ilişkin meşhur tanımlardandır. Bir yönetim biçimi olarak demokrasi, iktidarın halkın iradesine dayandığı ve yönetenlerin halka karşı sorumlu olduğu siyasal bir rejimi tanımlamaktadır. Bununla birlikte, demokrasinin çok boyutlu bir kavram olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Bu noktada, siyasal bir sistemin demokrasi olarak adlandırılabilmesi için asgari nitelikte birtakım şartları karşılaması gerektiği ifade edilmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, demokrasilerde halkın iradesi egemenliğin asıl kaynağını oluşturmaktadır. Bu durum, egemenliği kullananak kişilerin düzenli periyotlarla gerçekleştirilen serbest seçimlerle halk tarafından seçilmesini gerekli kılmaktadır. Demokratik rejimlerde yöneticilerin belirleneceği serbest seçimlerin genel, eşit ve gizli oy ilkelerinin esas alınarak gerçekleştirilmesi gerekir. Demokrasilerde ayrıca birden çok siyasi partinin varlığı şart olup muhalefetin iktidar olma şansı da mevcut olmalıdır. Temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması, güçler ayrılığının ilkesinin benimsenmesi ve hukukun üstünlüğünün esas alınması demokrasinin vazgeçilmez nitelikteki diğer şartlarıdır.³⁶ Tüm bu açıklamalar ışığında, askeri, sivil, teokratik veya sınıfsal nitelikteki diktatörlüklerle idare edilen, serbest ve düzenli seçimlerin olmadığı, yalnızca bir partiye siyasi faaliyetlerde bulunma olanağının tanındığı, bireylerin temel hak ve hürriyetlerin teminat altına alınmadığı ve hukukun üs-

³³ Sandfort, s. 11.

³⁴ Prüm, s. 39.

³⁵ Demokrasi konusunda genel olarak bkz. Hans Vorländer, *Demokratie: Geschichte, Formen, Theorien*, 2. Auflage, München 2009, s. 13 vd.

³⁶ Calliess/Ruffert, *EUV Art. 2, N. 21*; Prüm, s. 40.

tünlüğünden bahsedilemeyecek rejimlerin demokrasi olarak adlandırılması mümkün değildir.

Demokrasi kavramına ilişkin olarak yukarıda verdiğimiz açıklamalar, Avrupa Birliği'nin esas aldığı bir değer olarak demokrasi kavramının içeriğinin ortaya konması açısından fevkalade önemlidir. 1993 yılında gerçekleştirilen Kopenhag Zirvesi sonunda belirlenen siyasi kriterlerin de demokrasi kavramının Avrupa Birliği düzeyinde somutlaştırılması bağlamında önem taşıdığı ifade edilmelidir. Bunun dışında, Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi'ne ilave edilen 1. ek protokolün 3. maddesinde seçimlerin yürütülmesi konusunda öngörülen düzenlemenin de bu bağlamda önem arz ettiğini belirtmek gerekir.³⁷ Dikkat çekilmesi gereken diğer bir nokta, ABA'nın 2. maddesi uyarınca demokrasinin bir değer olarak Avrupa Birliği'nin yanı sıra üye devletlerde de esas alınması gerektiğidir. Yukarıda zikrettiğimiz asgari koşulların sağlanması durumunda, üye devletlerin demokrasiyi esas aldığı belirtilmelidir. Bununla birlikte, Avrupa Birliği'nde demokrasinin yeri ve işlevi konusunda farklı bir durumun söz konusu olduğunu ifade etmek gerekir. Öncelikle, Avrupa Birliği'nin yasama, yürütme ve yargı alanında farklı yetkilerle donatılmış siyasi bir örgütlenme olarak klasik devlet yapılanmalarından farklı olarak bir devletler topluluğu olduğuna dikkat çekmeliyiz. Kendine özgü bu yapısı nedeniyle Avrupa Birliği'nde klasik devletlerde söz konusu olana benzer demokratik bir model aramak gerçekçi olmayacaktır. Avrupa Birliği bağlamında dile getirilen demokrasi açığı ise, Avrupa Birliği'nin oluşum ve işleyiş itibarıyla yeterince demokratik olmadığı görüşüne dayanmaktadır.³⁸ Demokrasi açığı bu bağlamda, Avrupa Birliği'nin demokratik yöntemlerle seçilen ve bu nedenle demokratik meşruiyete sahip tek organı olan Avrupa Parlamentosu'nun Birliğin diğer organları karşısında daha zayıf kılınmasına yönelmiş bir itiraz niteliğindedir. Demokrasi açığı, Avrupa Parlamentosu'nun yasama sürecinde yeterince etkili olamamasının yanında vatandaşların temsilde yaşanan sorunlar, karar alma süreçlerinde şeffaflık, katılım ve denetim konularında ortaya çıkan eksiklikler, Avrupa Birliği'nin vatandaşlardan uzak elitist

³⁷ Söz konusu düzenleme şu şekildedir: "Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde makul aralıklarla gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler."

³⁸ Demokrasi açığı konusunda ayrıca bkz. Güneş, s. 109 vd.

bir proje olması ve tek bir Avrupa halkının olmaması gibi nedenlerden kaynaklanmaktadır. En son Lizbon Antlaşması ile demokrasi açığının azaltılmasına yönelik önemli nitelikte birçok adımın atıldığı bilinmektedir.³⁹

5.4. Eşitlik

Eşitlik, Avrupa Birliği'nin dayandığı diğer bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. ABA'nın 2. maddesinde düzenleniş biçimiyle eşitlik, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu öngören klasik anlamda eşitliği tanımlamaktadır.⁴⁰ Bu anlamıyla eşitliğin ayrımcılığa ilişkin genel bir yasak içerdiği ifade edilmelidir. Eşitlik ilkesinin doğal bir sonucu olan ayrımcılık yasağı ise, özünde insan onurunun korunması amacına yönelmiştir.⁴¹ Adalet Divanı da değişik zamanlarda verdiği kararlarında, aynı durumlara aynı farklı durumlara farklı muamele edilmesini öngören eşitlik ilkesinin Avrupa Birliği hukukunun genel bir ilkesi olduğundan hareket etmektedir.⁴² Eşitlik konusunda benzer bir yaklaşım, "*Herkes, kanun önünde eşittir*" hükmüne yer veren Temel Haklar Şartı'nın "*Eşitlik*" başlığını taşıyan 3. bölümünde yer alan 20. maddesinde de benimsenmiştir. Temel Haklar Şartı'nın ayrımcılık yasağını ele alan 21. maddesi ve kadın-erkek eşitliğini düzenleyen 23. maddesinin de eşitlik ile doğrudan alakalı olduğu ifade edilmelidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin

³⁹ Bu doğrultuda, Avrupa Birliği'nin yasama sürecindeki yetkilerinin artırılmasının yanında kurucu antlaşmalara (ABA md. 9-12) ilk defa Avrupa Birliği'ndeki demokratik ilkelere ilişkin bir başlığın eklenmesi suretiyle tüm vatandaşların Birliğin demokratik yaşamına katılma hakkına sahip olduğu, Birlik organlarının kararlarını mümkün olduğunca şeffaf ve halka yakın bir tarzda alması gerektiği, Birliğin faaliyetlerini vatandaşların katılımını mümkün kılacak bir şekilde sürdürmesi ve Birlik organlarının sivil toplum örgütleri ile açık, şeffaf ve düzenli bir diyalog içinde bulunması gerektiğinin dile getirilmiştir. Avrupa Birliği'nin çalışma usulünün daha iyi hale getirilmesine katkıda bulunmalarını sağlamak için üye devletlerin ulusal meclislerine çeşitli imkânlar tanınması, Konsey toplantılarının kamuoyuna açık düzenlenmesi, Komisyon Başkanı'nın Avrupa Parlamentosu tarafından seçilmesi ve yurttaş girişimi müessesesinin oluşturulması, Avrupa Birliği'nin demokratik meşruiyetinin artırılmasına yönelik olarak Lizbon Antlaşması ile getirilen diğer yeniliklerdir.

⁴⁰ Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV Art. 2, N. 31.

⁴¹ Frenz, Europarecht-6, s. 561.

⁴² Bkz. EuGH, Rs. C-127/07, Slg. 2008, I-9895; EuGH, Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981.

ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi de aynı şekilde eşitlik ilkesi ile ilgilidir. Diğer yandan, ABA'nın 2. maddesinin 2. cümlesinde ayrımcılık yapmama ve kadın-erkek eşitliğinin üye devletlerin toplumlarının karakteristik özelliklerinden olduğunun belirtilmesinin de eşitlik ilkesini güçlendirici nitelikte olduğu açıktır.

Avrupa Birliği düzeyinde eşitlik, bireyler düzeyinde ayrımcılık yapılmaması konusunda bir direktif içermenin yanında üye devletlere ilişkin bir boyuta da sahiptir. Bu bağlamda, ABA'nın 2. maddesinde düzenleniş biçimiyle eşitliğin üye devletlerin de eşitliğini öngördüğü ifade edilmelidir.⁴³ Bu bakımdan, eşitlik Avrupa Birliği düzeyinde bireylerin yanı sıra üye devletlerin de eşit muamele görmesini gerektirmektedir. Üye devletlerin eşitliği, üye devletlerin kendi aralarında ve Avrupa Birliği ile olan ilişkilerinde eşit olmalarını gerekli kılmaktadır.⁴⁴ Kendi aralarındaki eşitlik, üye devletlerin birbiriyle olan ilişkilerinin karşılıklı saygı ilkesi üzerinden yürütülmesini zorunlu kılmaktadır. Bu noktada, uluslararası hukuktan aşına olduğumuz devletlerin eşit egemenliği ilkesinin üye devletlerin kendi aralarındaki ilişkilere de yön vereceği belirtilmelidir.⁴⁵ Buna karşın, üye devletlerin Avrupa Birliği ile olan ilişkilerinde her zaman için üye devletlerin eşitliği ilkesine riayet edildiğinden söz etmek mümkün değildir. Özellikle Avrupa Birliği'nin organlarında temsil ve Avrupa Birliği düzeyinde alınan kararlara katılım konusunda bazı hallerde üye devletlerin eşitliği ilkesinden sapıldığı göze çarpmaktadır. Organlarda temsil ve kararlara katılım konusunda üye devletler bakımından öngörülen farklılıklar ise, genellikle üye devletlerin nüfusu, ekonomik gücü, siyasi gücü ve kıdemi esas alınarak belirlenmiştir. Örneğin yasama ve yürütme konularında önemli yetkilere sahip bir organ olan Konsey'de her üye devlet tek bir oya sahip olmakla birlikte bu oyların ağırlığı farklıdır. Benzer şekilde, özellikle yasama konusunda önemli yetkilere sahip olan Avrupa Parlamentosu'nda üye devletlerin sahip olduğu sandalye sayısı 93 ve 6 rakamları arasında farklılık göstermektedir.

⁴³ Frenz, *Europarecht-6*, s. 562; Grabitz/Hilf/Nettesheim, *EUV Art. 2, N. 33*; Sandfort, s. 13; Calliess/Ruffert, *EUV Art. 2, N. 24*.

⁴⁴ Grabitz/Hilf/Nettesheim, *EUV Art. 2, N. 33*.

⁴⁵ Grabitz/Hilf/Nettesheim, *EUV Art. 2, N. 33*.

5.5. Hukukun Üstünlüğü

ABA'nın 2. maddesinde Avrupa Birliği'nin ayrıca hukukun üstünlüğünü esas aldığı ifade edilmiştir. Hukukun üstünlüğü ile kastedilen esasen hukuk devleti ilkesidir.⁴⁶ Hukuk devleti, kısaca hukukun egemen olduğu devlet olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla, hukuk devleti yasama, yürütme ve yargının hukuka bağlı olduğu devlettir. Hukuk devletinde, hukuka uymak vatandaşların yanı sıra devlet için de zorunluluktur. Hukuk devleti bu bağlamda, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, hukuki güvenliğin egemen olduğu ve hukukla sınırlanan devleti tanımlamaktadır. Tarihsel açıdan bakıldığında, hukuk devletinin ortaya çıkışında devlet kudretinin hukukla sınırlanması suretiyle bireylerin devletin keyfi uygulamalarına karşı korunması düşüncesinin etkili olduğu belirtilmelidir. Hukuk devleti kavramına ilişkin tanımlarda farklılıklar söz konusu olsa da, hukuk devletinin asgari koşulları konusunda genel bir uzlaşının varlığından söz etmek mümkündür. Kamusal nitelikteki tüm işlem ve eylemlerin yargısal denetime tabi olması, güçler ayrılığı, kanun önünde eşitlik, temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı, kazanılmış haklara saygı, hukuki güvenlik, yasama dokunulmazlığı, ölçülülük ilkesi, kanuni idare ve idarenin mali sorumluluğu günümüzde hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulları arasında sayılmaktadır.

Devlet olmaktan ziyade bir devletler topluluğu niteliğinde olması, Avrupa Birliği'nin hukuk devleti ilkesi ilkesi ile bağlı olmasına engel değildir.⁴⁷ Zaten hukuk devleti bir devlet modelini tanımlamaktan çok, hukukun egemenliğinin söz konusu olduğu siyasal ve toplumsal bir düzeni ortaya koymaktadır. Nitekim hukukun üstünlüğünün Maastricht Antlaşması ile kurucu antlaşmalara eklenmesinden önce de, Adalet Divanı tarafından geliştirilen ve Avrupa Birliği hukukunun yazılı olmayan birincil kaynakları arasında yer alan hukukun genel ilkelerinin hukuk devleti ilkesinin gerekleriyle önemli ölçüde örtüştü-

⁴⁶ Prüm, s. 41; Sandfort, s. 14; Frenz, *Rechtstheorie* 2010, S. 41, s. 414. Nitekim ABA'nın 2. maddesinin İngilizce metninde hukuku hukukun üstünlüğü anlamında "rule of law" ibaresine yer verilmişken, söz konusu düzenlemenin Almanca, Fransızca, İtalyanca ve İspanyolca metinlerinde hukuk devleti anlamına gelen "Rechtsstaat", "état de droit", "stato di diritto" ve "estado de derecho" ifadelerine yer verilmiştir.

⁴⁷ Ayrıca bkz. Frenz, *Rechtstheorie* 2010, S. 41, s. 414.

ğü bilinmektedir. Bu bağlamda, temel hak ve hürriyetlerin korunması, ölçülülük ilkesi, kazanılmış haklara saygı, yasa kaydı, idarenin mali sorumluluğu, hukuki güvenlik, yargısal başvuru yollarının güvence altına alınması, doğal hâkim ilkesi, geriye yürümezlik ve güvenin korunması gibi hukuk devletinin koşulu niteliğinde birçok hususun hukukun genel ilkeleri kapsamında ele alındığı dikkat çekmektedir.⁴⁸ Hukukun üstünlüğünü esas alması, Avrupa Birliği'ne hukuk devleti ilkesinin gereklerini yerine getirme konusunda bir yükümlülük yüklemektedir. Bunun dışında, hukuk devleti ilkesinin ayrıca üye devletlerde temel bir değer olarak benimsenmesinin gerekli olduğu ifade edilmelidir. Bu bağlamda, hukuk devleti ilkesine riayet etmenin üye devletler açısından Avrupa Birliği'ne giriş ve Avrupa Birliği'nde kalış bakımından belirleyici bir role sahip olduğunu belirtmek gerekir.⁴⁹ Diğer taraftan, Komisyon'un raporlarında Avrupa Birliği'ne yeni üye devletlerin katılması bağlamında hukuk devleti ilkesinin gereği olarak özellikle güçler ayrılığı, yasama bağımsızlığı, bağımsız mahkemeler yoluyla yargısal başvuru olanakları ve yolsuzluğa karşı etkili bir mücadelenin varlığını araştırdığı dikkat çekmektedir.⁵⁰

5.6. Azınlıklara Mensup Kişilerin Hakları da Dâhil Olmak Üzere İnsan Haklarına Saygı

ABA'nın 2. maddesinde, Avrupa Birliği'nin üzerine kurulu olduğu diğer bir değer olarak azınlıklara mensup kişilerin hakları da dâhil olmak üzere insan haklarına saygıya da yer verilmiştir. Bu bağlamda, söz konusu düzenlemenin Avrupa Birliği'ne insan haklarının korunması konusunda kapsamlı bir yükümlülük yüklediği belirtilmelidir. Diğer yandan eski ABA'nın 6. maddesinde insan hakları ve temel özgürlüklere saygıdan söz edilirken, yeni düzenlemede yalnızca insan haklarına saygıdan bahsedilmiştir. İnsan haklarının farklı nitelikteki temel hak ve hürriyetleri kapsayan bir üst kavram olduğu düşünüldüğünde, yeni düzenlemede yalnızca insan haklarından söz edilmesinin eski düzenleme karşısında bir geriye gidiş veya eksiklik olmadığı ifade

⁴⁸ Calliess/Ruffert, EUV Art. 2, N. 25.

⁴⁹ Prüm, s. 41; Sandfort, s. 14.

⁵⁰ Calliess/Ruffert, EUV Art. 2, N. 25; Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV Art. 2, N. 35.

edilmelidir.⁵¹ Bununla birlikte, yeni düzenlemede azınlık haklarından söz edilmesinin eski düzenleme karşısında önemli bir yenilik olduğu vurgulanmalıdır. Bunların dışında, insan haklarına saygının ABA'nın 2. maddesinde yer alan diğer değerlerle sıkı bir ilişki içinde olduğunu belirtmek gerekir. Zira insan haklarına saygı, insan onuru ve özgürlüğün yanı sıra hukukun üstünlüğünü de somutlaştıran bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵²

İnsan haklarına saygı kapsamında hangi hakların korunması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması bakımından, ayrıca insan hakları kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konması gerekmektedir. Bu bağlamda öncelikle, insan haklarının bütün insanların ırk, renk, cinsiyet, köken, dil, din, dünya görüşü veya statü gibi ayrımlar gözetilmeden sadece insan oluşlarından dolayı insan onurunun bir gereği olarak sahip oldukları tüm hakları tanımladığına dikkat çekmeliyiz. Bu bakımdan, insan hakları bir ideali temsil etmekte olup ilgili hukuk düzenince güvence altına alınıp alınmadıklarına bakılmaksızın insanlara sırf insan olmalarından dolayı tanınan hakları kapsamaktadır. Bununla birlikte, ABA'nın 2. maddesinde düzenleniş biçimiyle insan hakları kavramının esasen daha dar bir haklar kategorisini tarif ettiği belirtilmelidir. Bu noktada, Avrupa Birliği hukukunda insan hakları kavramının içeriğinin somutlaştırılması bağlamında ABA'nın 6. maddesinde öngörülen düzenlemeden yararlanılması yararlı görünmektedir.⁵³ ABA'nın 6. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında, Avrupa Birliği'nin Temel Haklar Şartı'nda yer alan temel hak, hürriyet ve ilkeleri tanıdığı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olacağı belirtilmiştir. 3. fıkrada ise, üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel hakların Avrupa Birliği hukukunun genel ilkelerinin bir parçası olarak Birlik için temel hak niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Buradan hareketle, Temel Haklar Şartı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan temel hak, hürriyet ve ilkelerin yanı sıra üye devletlerin anayasalarında ortak olan temel hakların ABA'nın 2. maddesi kapsamında Avrupa Birliği'nin esas aldığı insan haklarını oluşturduğunu belirtmek gerekir.

⁵¹ Bu konuda ayrıca bkz. Sandfort, s. 15.

⁵² Calliess/Ruffert, EUV Art. 2, N. 27; Sandfort, s. 15.

⁵³ Sandfort, s. 15; Frenz, Rechts-theorie 2010, S. 41, s. 415.

Öte yandan, ABA'nın 2. maddesine azınlık mensubu kişilerin haklarının da korunması gerektiğine ilişkin bir ibarenin eklenmesi Avrupa'da azınlık haklarının korunmasına katkı sağlama düşüncesi-ne dayanmaktadır. Azınlık mensuplarının haklarına ilişkin bu ibare, farklı üye devletlerin bu konudaki itirazına rağmen Avrupa Birliği Anayasa Antlaşması Taslağı'na da eklenmiş idi.⁵⁴ Söz konusu ibarenin ABA'nın 2. maddesine eklenmesinde ise, Avrupa Konseyi'nin çatısı altında 1995 yılında kabul edilmiş olan Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme'de yer verilen düzenlemeler örnek alınmıştır.⁵⁵ Bu sözleşme, azınlıklara belli bazı haklar tanımak yerine azınlıklara mensup kişilere yönelik bazı haklar öngörmektedir. Dolayısıyla, sözleşme ile getirilen hakların öznesi azınlıklar olmayıp azınlığa mensup bireylerdir. Bu nedenle, söz konusu sözleşmenin azınlıklara yönelik kolektif haklar getirmediği belirtilmelidir.⁵⁶ O halde ABA'nın 2. maddesi de, azınlıklara yönelik kolektif haklar tanımamakta aksine ulusal azınlıklara mensup kişiler için bir takım hakları güvence altına almaktadır. Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme ise, taraf devletleri ulusal azınlıklara mensup kişilerin kültürlerini koruma ve geliştirme, kimliklerinin önemli unsurlarından olan din, dil, gelenekler ve kültürel miraslarını muhafaza edecek koşulları sağlama konusunda yükümlü kılmaktadır. Bunların haricinde, özellikle dil ile ilgili meselelerde Avrupa Konseyi'nin öncülüğünde 1992 yılında kabul edilmiş olan Avrupa Bölgesel ve Azınlık Dilleri Şartı'nda yer verilen hükümlerin göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmalıdır.⁵⁷ Son olarak, Temel Haklar Şartı'nın 21 ve 22. maddelerinde azınlıkların korunması bağlamında önem taşıyan iki düzenlemeye yer verilmiştir. 21. madde ayrımcılık yasağı bağlamında ulusal bir azınlığa mensubiyete dayanan her türlü ayrımcılığı yasaklarken, 22. maddede

⁵⁴ Frenz, *Rechtstheorie* 2010, S. 41, s. 415.

⁵⁵ Calliess/Ruffert, *EUV Art. 2, N. 28*; Sandfort, s. 15; Grabitz/Hilf/Nettesheim, *EUV Art. 2, N. 38*; Frenz, *Rechtstheorie* 2010, S. 41, s. 415.

⁵⁶ Grabitz/Hilf/Nettesheim, *EUV Art. 2, N. 38*.

⁵⁷ Calliess/Ruffert, *EUV Art. 2, N. 28*. Sandfort, s. 15; Frenz, *Rechtstheorie* 2010, S. 41, s. 415.

Frenz, *Rechtstheorie* 2010, S. 41, s. 415.

Calliess/Ruffert, *EUV Art. 2, N. 28*; Sandfort, s. 15; Grabitz/Hilf/Nettesheim, *EUV Art. 2, N. 38*; Frenz, *Rechtstheorie* 2010, S. 41, s. 415.

Grabitz/Hilf/Nettesheim, *EUV Art. 2, N. 38*.

Calliess/Ruffert, *EUV Art. 2, N. 28*

Avrupa Birliği'nin kültür, din ve dil çeşitliliğine saygı göstereceği öngörülmüştür.

5.7. Avrupa Toplumunda Ortak Değerler

ABA'nın 2. maddesinin ilk cümlesinde Avrupa Birliği'nin üzerine kurulu olduğu değerlere yer verilirken, maddenin 2. cümlesinde bu değerlerin çoğulculuk, ayrımcılık yapmama, hoşgörü, adalet, dayanışma ve kadın-erkek eşitliğinin hâkim olduğu bir toplumda üye devletler için ortak olduğu ifade edilmiştir. ABA'nın 2. maddesinin sistematığı dikkate alındığında, ilk cümlede Avrupa Birliği ve üye devletlerin esas alması gereken değerlere yer verildiği dikkat çekmektedir. Oysa 2. cümlede, çoğulcu, hoşgörülü, adil, dayanışmacı ve eşitlikçi olup ayrımcılıktan uzak duracaklarının ifade edilmesi suretiyle Avrupa toplumunu oluşturan üye devlet toplumlarının karakteristik özellikleri ortaya konmuştur. Bu bağlamda 2. cümle, 1. cümlemin zikrettiği değerlerin üye devletlerde ortak olan toplumsal dayanaklarını ortaya koymak suretiyle ilk cümleyi tamamlamaktadır.⁵⁸ Dolayısıyla, çoğulculuk, ayrımcılık yapmama, hoşgörü, adalet, dayanışma ve kadın-erkek eşitliği, bağımsız değerler olmaktan ziyade birinci cümlede yer alan değerlerin dayandığı toplumsal temeller olarak ele alınmıştır.⁵⁹ Çoğulculuk ve hoşgörünün demokraside, ayrımcılık yapmama ve kadın-erkek eşitliğinin eşitlikte, adaletin hukukun üstünlüğünde ve dayanışmanın insan haklarına saygıda zaten içkin olduğu düşünüldüğünde de, çoğulculuk, ayrımcılık yapmama, hoşgörü, adalet, dayanışma ve kadın-erkek eşitliğinin değer olarak nitelenmemesi gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır. ABA'nın 2. maddesinin 2. cümlesi, bir bakıma Avrupa Birliği'nin üzerine kurulu olduğu değerlerin yaşanacağı Avrupa toplumunun genel bir çerçevesini ortaya koymaktadır.⁶⁰

2. cümlede ilk cümlede belirtilen değerlerin üye devletlerde ortak olduğunun öngörülmesinden hareketle, tüm üye devletlerin 1. cümle-

⁵⁸ Calliess/Ruffert, EUV Art. 2, N. 29; Frenz, Rechtstheorie 2010, S. 41, s. 417; Sandfort, s. 16.

⁵⁹ Calliess/Ruffert, EUV Art. 2, N. 29; Frenz, Rechtstheorie 2010, S. 41, s. 416; Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV Art. 2, N. 41. Aksi görüş için bkz. Rudolf Streinz/Christian Ohler/ Christoph Herrmann, Der Vertrag von Lissabon, 3. Aulage, München 2010, s. 80.

⁶⁰ Sandfort, s. 16; Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV Art. 2, N. 41.

de yer alan değerleri ülkelerinde güvence altına almakla yükümlü olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. ABA'nın 2. maddesinin 2. cümlesinde 1. cümlede belirtilen değerlerin toplumsal dayanaklarına yer verilmesinin ortaya çıkardığı diğer bir sonuç, 2. cümlede yer alan düzenlemenin ihlali halinde ABA'nın 7. maddesinde öngörülen yaptırım mekanizmasının devreye girememesidir.⁶¹ Zira 7. maddede öngörülen yaptırımların uygulanması ancak 2. maddede yer alan değerlerin ihlali durumunda söz konusu olabilir. ABA'nın 2. maddesinin 2. cümlesinin ihlali için özel bir yaptırım öngörülmemiş olması ise, bu cümlenin emredici bir norm içermekten ziyade deskriptif ifadelerle yer vermesi, bu cümlede yer alan hususların 1. cümlede öngörülen değerlerde içkin olması ve çoğulculuk, hoşgörü, adalet ve dayanışmanın içerikleri muğlâk ideal kavramlar olmasıyla izah edilmektedir.⁶² Tüm bu açıklamalar ışığında, 2. cümlede öngörülen düzenlemenin emredici nitelikte yapısal bir norma yer vermekten ziyade, 1. cümlede yer alan düzenlemenin içeriğini zenginleştirme amacıyla öngörüldüğü ifade edilmelidir.⁶³ Bu yönüyle, ABA'nın 2. maddesinin 2. cümlesinin Avrupa Birliği'nin dayandığı temel değerlerin filizleneceği Avrupa toplumunun tasvirini yaptığı söylenebilir. Bununla birlikte, Avrupa Birliği vatandaşlığı gibi farklı üye devletlerin vatandaşlarını birbirine bağlayan araçların varlığına rağmen günümüzde bir gerçeklik olarak Avrupa toplumundan söz etmenin henüz mümkün olmadığı da gözden kaçırılmamalıdır.

6. Değerlerin ihlali Durumunda Uygulanabilecek Yaptırımlar

6.1. Genel Olarak

ABA'nın 2. maddesinin yalnızca simgesel nitelikte bir düzenlemeye yer verdiğini ileri sürmek mümkün değildir. ABA'nın 2. maddesinin özellikle 1. cümlesinde yer alan düzenleme, Avrupa Birliği ve üye devletlere belli bazı değerleri esas alıp bu değerleri koruyup geliştirme konusunda açık bir yükümlülük yüklemektedir. Dolayısıyla, söz konusu düzenlemenin Avrupa Birliği ve üye devletler açısından hukuki bağlayıcılığa sahip olduğunu belirtmek gerekir. Hukuki bağlayıcılığın

⁶¹ Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV Art. 2, N. 43; Sandfort, s. 16; Streinz, EUV Art. 2, N. 8.

⁶² Streinz, EUV Art. 2, N. 8; Sandfort, s. 16; Dietrich Murswiek, NVwZ 2009, s. 482.

⁶³ Frenz, Rechtstheorie 2010, S. 41, s. 417.

doğurduğu en önemli netice, bu düzenlemenin ihlalinin birtakım yaptırımlara bağlanmasıdır. Buna karşın, ABA'nın 2. maddesinin 2. cümlesinde yer alan düzenleme hukuki bir yükümlülük öngörmekten ziyade 1. cümlede yer verilen düzenlemenin içeriğini açıklayıcı bir işleve sahiptir. Bu yönüyle, 2. cümlede yer alan düzenlemenin ihlalinin ilk cümledeki düzenlemeden farklı olarak hukuki bir neticeye bağlanmadığı belirtilmelidir. Bu bakımdan, 2. cümledeki düzenlemenin yargısal denetime konu edilmesi mümkün görünmemektedir.⁶⁴ Bununla birlikte, yalnızca Avrupa Birliği ve üye devletler bakımından bağlayıcılığa sahip olan ABA'nın 2. maddesinin ilk cümlesinin bireyler bakımından herhangi bir yükümlülük doğurmadığının altını çizmek gerekir.⁶⁵

Günümüzde tüm üye devletlerin ABA'nın 2. maddesinde yer verilen değerlere eksiksiz bir şekilde saygı gösterdiğinden bahsetmek mümkün görünmemektedir.⁶⁶ Nitekim geçmişte Yunanistan, Avusturya, İtalya, Fransa, Romanya ve Macaristan gibi ülkelerde özellikle aşırı sağcı partilerin öngördüğü politika ve önlemler nedeniyle bu değerlerin ciddi bir tehditle karşı karşıya kaldığı bilinmektedir. Bu değerlere yönelik üye devletlerce gerçekleştirilen bazı ihlaller ise, Komisyon, Konsey, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın doğrudan müdahalesini gerekli kılmıştır. Bu noktada, Avrupa Birliği hukukuna aykırılık oluşturan bu ihlaller karşısında hangi hukuki araç ve yaptırımların söz konusu olabileceği sorusunun yanıtlanması gerekmektedir. Avrupa Birliği'nin temel değerlerinin üye devletlere karşı korunmasına karşı, bu bağlamda özellikle iki mekanizmanın öne çıktığı ifade edilmelidir. Bu mekanizmalardan ilki ABA'nın 7. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Avrupa Birliği'nin Çalışma Usulüne İlişkin Antlaşma'nın (ABİA) 258-260. maddelerinde düzenlenen ihlal davası ise, Avrupa Birliği değerlerinin üye devletlerce ihlali ne karşı devreye girebilecek diğer bir mekanizmadır.

6.2. ABA md. 7'de Düzenlenen Yaptırım Usulü

ABA'nın 7. maddesinde, ABA'nın 2. maddesinde öngörülen değerlerin üye devletler tarafından ihlali halinde uygulanabilecek bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu bağlamda, bir üye devlette politik durumun

⁶⁴ Bkz. Frenz, *Rechtstheorie* 2010, S. 41, s. 418; Sandfort, s. 17; Alexander Thiele, *Europarecht*, 10. Auflage, Altenberge 2013, s. 47.

⁶⁵ Frenz, *Europarecht*-6, s. 566 vd.

⁶⁶ Bu konuda ayrıca bkz. Sandfort, s. 1 vd.

Avrupa bütünleşmesini kapsamlı ve esaslı bir şekilde engelleyecek veya tehlikeye atacak tarzda değişmesi halinde 7. maddede öngörülen yaptırım usulünün devreye girmesi gerektiği ifade edilmelidir.⁶⁷ ABA'nın 7. maddesinde yer alan bu düzenleme, Amsterdam Antlaşması ile eski ABA'nın 7. maddesinde yer alan hükmü neredeyse aynen almıştır. Eski ABA'nın 7. maddesinde ABA'nın 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan ilkelere atıfta bulunulması, eski ve yeni düzenlemeler arasında önem arz eden tek farktır. ABA'nın 7. maddesinde öngörülen bu yaptırım usulünün temel amacı, Avrupa Birliği'nin varlığını ve işlevselliğini sürdürecektir şekilde üye devletlerin ABA'nın 2. maddesinde yer alan değerlere riayet etmesini sağlamaktır.⁶⁸ Bu usulün ayrıca Avrupa Birliği'nin homojenliğini de güvence altına aldığı belirtilmelidir. Bunun dışında, ABA'nın 7. maddesinin üye devletlerin Avrupa Birliği kapsamında sahip olduğu hakları sınırlama olanağına sahip tek düzenleme olduğu ifade edilmiştir.⁶⁹ ABA'nın 7. maddesinde öngörülen mekanizmanın geçmişte çeşitli vesilelerle uygulama olanağı bulunduğu bilinmektedir. 2000 yılında Avusturya'da aşırı sağcı Avusturya Özgür Partisi'nin (FPÖ) iktidara gelişiyle uyguladığı politikalar, 2002 yılında İtalya'da Berlusconi hükümetinin antidemokratik uygulamaları, 2010 yılında Fransa'da Roman'lara karşı gerçekleştirilen ayrımcı uygulamalar ve 2011 yılında Macaristan'da kabul edilen yeni basın kanunu, ABA'nın 7. maddesinin uygulama alanı bulduğu başlıca örneklerdir.

Bünyesinde beş fıkralık bir düzenlemeyi barındıran ABA'nın 7. maddesinin ilk fıkrasında erken uyarı sistemi niteliğinde bir hükme yer verilmiştir. Burada öncelikle, Konsey'in üye devletlerin üçte birinin, Avrupa Parlamentosu'nun veya Avrupa Komisyonu'nun gerekçeli önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu'nun muvafakatini aldıktan sonra 2. maddede belirtilen değerlerin bir üye devlet tarafından ciddi biçimde ihlaline yönelik açık bir risk bulunduğunu üyelerinin beşte dört çoğunluğuyla tespit edebileceği ifade edilmiştir. Bunun devamında, Konsey'in bu tespiti yapmadan önce ilgili üye devleti dinleyeceği ve aynı usulü takip ederek ilgili devlete tavsiyelerde bulunabileceği belirtilmiştir. Konsey, ayrıca bu tespitin dayandığı gerekçelerin geçerliliğini sürdürüp sürdürmediğini düzenli olarak kontrol edeceği de ifade edilmiştir. Lafzından da anlaşılacağı üzere, söz konusu dü-

⁶⁷ Sandfort, s. 26; André Hau, Sanktionen und Vorfeldmaßnahmen zur Absicherung der europäischen Grundwerte, Baden-Baden 2002, s. 54.

⁶⁸ Sandfort, s. 27; Hau, s. 94.

⁶⁹ Sandfort, s. 28.

zenleme Konsey'e Avrupa Birliği değerlerinin üye devletlerce ağır bir şekilde ihlal riskinin söz konusu olduğu hallerde devreye girerek bir tespitte bulunma yetkisi tanımaktadır. Bununla birlikte, Konsey'e tespit kararına dayalı olarak hukuken bağlayıcı birtakım tedbirler alma imkânı tanınmamıştır. Bunun yerine, Konsey'in ilgili devlete tavsiye-de bulunabileceğinin belirtilmesiyle yetinilmiştir.

Avrupa Birliği değerlerinin üye devletler tarafından ihlali halinde devreye girecek yaptırımlara esasen ABA'nın 7. maddesinin 2-4 fıkralarında yer verilmiştir. Bu yaptırımların uygulanabilmesi için öncelikle Avrupa Birliği Zirvesi'nce 2. fıkra uyarınca bir tespit kararının alınması gerekmektedir. 2. fıkroda bu bağlamda, Avrupa Birliği Zirvesi'nin üye devletlerin üçte birinin veya Avrupa Komisyonu'nun önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu'nun muvafakatini aldıktan sonra 2. maddede belirtilen değerlerin bir üye devlet tarafından ciddi ve sürekli biçimde ihlal edildiğini oybirliğiyle tespit edebileceği öngörülmüştür. Ancak bu tespit kararının alınmasından önce Avrupa Birliği Zirvesi'nin ilgili üye devleti savunmasını sunmak üzere davet etmesi gerekmektedir. Avrupa Birliği Zirvesi tarafından oybirliğiyle alınacak bu kararın alınmasına ihlalle itham edilen devletin katılmaması gerekmektedir. Bunun dışında, Avrupa Birliği Zirvesi tarafından bu tür bir tespit kararının ancak değerlerin üye devletlerce ciddi ve sürekli biçimde ihlali halinde alınabileceği ifade edilmelidir. Dikkat çekilmesi gereken diğer bir nokta, askeri darbe gibi bazı özel durumlarda 1. fıkroda öngörülen erken uyarı mekanizmasına başvurulmadan da doğrudan 2. fıkroda öngörülen tespit kararının alınmasının mümkün olduğudur.⁷⁰ Ancak, bu tespit kararının 3. fıkradaki düzenlenen üye devletlerin haklarının askıya alınması yaptırımının uygulanabilmesinin önkoşulu olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla, bu tür bir tespit kararı alınmadan 3. fıkradaki yaptırımın uygulanması mümkün değildir.

ABA'nın 7. maddesinin 3. fıkrasında ise, 2. fıkra uyarınca alınan tespit kararının doğuracağı hukuki sonuca yer verilmiştir. Burada öncelikle, 2. fıkra uyarınca bir tespitte bulunulması halinde Konsey'in ilgili üye devletin hükümet temsilcisinin Konsey'deki oy hakları da dâhil olmak üzere kurucu antlaşmaların ilgili üye devlete uygulanmasından kaynaklanan haklardan bazılarının askıya alınmasına nitelikli çoğunlukla karar verebileceği ifade edilmiştir. Bunun devamında,

⁷⁰ Sandfort, s. 31; Hau, s. 99.

Konsey'in bu kararı verirken askıya alma işleminin gerçek ve tüzel kişilerin hak ve yükümlülükleri üzerindeki muhtemel etkilerini göz önünde bulunduracağı belirtilmiştir. 3. fıkra da ayrıca, ilgili üye devletin kurucu antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerinin her hâlükârda bu devlet için bağlayıcı olmaya devam edeceğinden söz edilmiştir. Dolayısıyla 3. fıkra da, Avrupa Birliği değerlerini ciddi ve sürekli olarak ihlal eden üye devlete karşı üyelikten kaynaklanan hakların belirli bir süre için askıya alınması biçiminde bir yaptırım öngörülmektedir. Bununla birlikte, Avrupa Birliği Zirvesi tarafından bir tespit kararı alınmış olması Konsey'in otomatikman üye devletlerin haklarının askıya alınmasına karar vereceği anlamına gelmemektedir.⁷¹ Konsey, yapacağı değerlendirme sonucunda Avrupa Birliği Zirvesinin tespit kararından bağımsız olarak kararını verecektir. Ayrıca ihlalle itham edilen devletin Konsey'deki kararın alınması sürecine katılmaması gerekir.

Konsey'in alacağı kararla öngöreceği yaptırımların kapsamına, kurucu antlaşmaların söz konusu üye devlete tanıdığı bazı hakların askıya alınması girmektedir. Askıya alınabilecek hakların kapsamına üye devletlerin özellikle katılım haklarının girdiği ifade edilmektedir.⁷² Üye devletlerin Konsey'deki oy haklarının askıya alınması 3. fıkra da bu bağlamda örnek olarak sayılmıştır. Bununla birlikte, üye devletlerin Avrupa Birliği'nin çeşitli organ, kurum ve kuruluşlarındaki oy kullanma, konuşma, öneride bulunma, oturumlara katılma ve başkanlık yapma haklarının bu kapsamda askıya alınması söz konusu olabilir. Aynı şekilde, üye devletlerin Avrupa Birliği'nin tarım, balıkçılık ve yapısal politikalar gibi alanlardaki finansal yardım ve teşviklerden mahrum bırakılması da mümkündür.⁷³ Bununla birlikte, üye devletlerin Avrupa Parlamentosu ve Komisyon'daki temsilcilerinin haklarının askıya alınması söz konusu olamaz. Askıya alınabilecek haklar konusunda 3. fıkra da herhangi bir sınırlama öngörülmemişse de, Konsey'in askıya alacağı üye devlet haklarını tespit ederken bilhassa ölçülülük ilkesini dikkate alması gerekmektedir. Öte yandan, Avrupa Birliği üyeliğinin söz konusu devlete sunduğu tüm hakların askıya alınması suretiyle üyeliğin askıya alınması mümkün görünme-

⁷¹ Streinz, EUV Art. 7, N. 17.

⁷² Bkz. Sandfort, s. 33.

⁷³ Bu konuda ayrıca bkz. Sandfort, s. 33; Calliess/Ruffert, EUV Art. 7, N. 24; Streinz, EUV Art. 7, N. 19.

mektedir.⁷⁴ Zira 7. maddenin 3. fıkrasında, üye devletlerin kurucu antlaşmalardan kaynaklanan haklarının tümünün değil aksine sadece bazılarının askıya alınabileceği ifade edilmiştir. Son olarak 4. fıkarda, koşulların değişmesi halinde Konsey'in 3. fıkra kapsamında aldığı tedbirlerin ağırlaştırılmasına, yumuşatılmasına veya tümünden kaldırılmasına karar verebileceği belirtilmiştir.

Doktrinde, 7. maddede öngörülen koruma mekanizmasının bazı noktalarda eksiklikler içerdiği ileri sürülmüştür.⁷⁵ Bu bağlamda öncelikle, ABA'nın 7. maddesinin oldukça karmaşık bir koruma mekanizmasına yer verdiği belirtilmiştir. Farklı menfaatleri temsil eden Avrupa Birliği organlarının 7. maddede öngörülen sürece katılımı ve oylamalarda aranan oranlar bu mekanizmanın işleyişini daha da zorlaştırmaktadır. Bunun dışında, Avrupa Birliği değerlerinin birden çok üye devlet tarafından ihlal edildiği hallerde 1. fıkradaki beşte dörtlük çoğunluk ile 2. fıkradaki oybirliği şartının sağlanması bakımından birtakım sıkıntıların söz konusu olabileceğini belirtmek gerekir. Diğer yandan, ABA'nın 7. maddesinde Avrupa Birliği'nin değerlerinin sadece üye devletlerce ihlal edilmesi durumu düzenlenmiştir. Bu noktada, bu değerlerin Avrupa Birliği bünyesinde yer alan organ, kurum veya kuruluşlarca veyahut üye devletlerdeki kamusal niteliğe sahip olmayan gerçek veya tüzel kişilerce ihlal edilmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesinin bir eksiklik olduğu ifade edilmelidir.

6.3. İhlal Davası

ABA'nın 2. maddesinde yer alan değerleri ihlal eden üye devletlere karşı ayrıca ABİA'nın 258-260. maddelerinde düzenlenen ihlal davası na başvurulması mümkündür.⁷⁶ İhlal davası, bir üye devletin kurucu antlaşmalardan doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda açılan ve üye devletin bu antlaşmalara uygun hareket etmesini sağlamayı amaçlayan bir dava türüdür.⁷⁷ İhlal davası, üye devletlerin Avrupa Birliği'nin birincil veya ikincil hukukuna aykırılık teşkil edecek tarzda bir yükümlülüğünü ihlal ettiği durumlarda açılabilir. Bu

⁷⁴ Sandfort, s. 32; Hau, s. 64.

⁷⁵ Bu konuda özellikle bkz. Sandfort, s. 35 vd.

⁷⁶ Bkz. Sandfort, s. 18 vd.; Murswiek, NVwZ 2009, s. 482 vd.; Hau, s. 52 vd.

⁷⁷ Bu dava türü hakkında ayrıca bkz. Güneş, s. 205 vd.; Haratsch/Koenig/Pechstein, N. 423 vd.; Michael Ahlt/ Daniel Dittert, *Europarecht*, 4. Auflage, München 2011, s. 154 vd.

bağlamda, ABA'nın 2. maddesinde yer alan değerlerin üye devletlerce ihlalinin de ihlal davasına konu edilebilmesi gerekir. ABA'nın 2. maddesine yönelik ihlallere karşı Komisyon veya herhangi bir üye devlete dava açma yetkisinin tanındığı ifade edilmelidir. Bununla birlikte, ihlal davalarının uygulamada genellikle Komisyon tarafından açıldığı görülmektedir. Davanın açılması bakımından Avrupa Birliği hukukunun ihlal edilmiş olması yeterli olup davacıların ayrıca bir menfaatlerinin ihlal edilmiş olması gerekmemektedir. Bunun haricinde, ihlal davasının idari ve yargısal olmak üzere iki aşamalı olduğu belirtilmelidir. İlgili ihtilafa mahkeme dışında bir çözüm bulmaya yönelik olan idari aşama, ihlalle itham edilen devlete Adalet Divanı'nın devreye girmesine gerek kalmadan ihlali bertaraf etme imkânı sunmaktadır. Ancak bu aşamadan bir sonuç alınamaması durumunda, uyuşmazlığın Adalet Divanı'nın önüne taşındığı yargısal aşamaya geçilmektedir.

İhlal davasında, davalının mahkûm edilebilmesi için kusurlu olması şart değildir. Üye devletin herhangi bir eylem veya tasarrufu ile Avrupa Birliği hukukunu ihlal etmesi mahkûmiyet için yeterlidir. İhlale konu olan eylem veya tasarrufun devletin egemenlik yetkilerini kullanan bir organa veya bu tür bir organın herhangi bir süjesine atfedilebilmesi, ihlalle itham edilen devletin bu dava sonucu mahkûm edilebilmesi bakımından yeterlidir. Yargılama sonunda ilgili üye devletin yükümlülüklerini yerine getirilmediği sonucuna varılması halinde mahkûmiyet kararı verilecektir. Adalet Divanı'nın aldığı mahkûmiyet kararı iki kısımdan oluşmaktadır. Kararın ilk kısmı ihlalin tespiti niteliğinde iken, ikinci kısım ihlalin giderilmesi için alınacak tedbirleri saptamaktadır. İlgili üye devlet, ihlalin giderilmesi için gerekli tedbirleri en kısa zamanda almak zorundadır. Komisyon, mahkûm edilen devletin kararda öngörülen tedbirleri zamanında almaması halinde ilgili devlete kendi görüşlerini bildirme fırsatı sunduktan sonra kararın gereklerini belli bir süre zarfında yerine getirmesi gerektiğini içeren bir uyarı yazısı gönderir. Uyarı yazısının icapları bu yazıda saptanan süre zarfında yerine getirilmezse, Komisyon olayın özelliklerine göre üye devletçe ödenmesinin uygun olduğunu düşündüğü bir tutarı veya para cezasını da göstererek Adalet Divanı'na dava açabilir. Adalet Divanı ilgili devletin kararda belirtilen tedbirleri almadığı kanısına varırsa, bu devletin bir tutar ya da para cezası ödemesine karar verebilir. İhlal davası ve ABA'nın 7. maddesinde öngörülen usul arasında bir ön-

celik sonralık ilişkisi bulunmamaktadır.⁷⁸ Bununla birlikte, ihlal davasının ikamesi için ABA'nın 7. maddesinden farklı olarak Avrupa Birliği değerlerinin ihlalinin ciddi ve sürekli olma koşulu aranmamaktadır. İlgili değerlerin üye devletlerce herhangi bir biçimde ihlali davanın kabulü bakımından yeterlidir. Ancak doktrinde, özellikle yargılama sürecinin uzunluğu ve hükmedilebilecek yaptırımların yeterince ağır olmaması nedeniyle ihlal davalarının Avrupa Birliği'nin ortak değerlerinin korunmasında yeterince etkili olmadığı ifade edilmiştir.⁷⁹

6.4. Değerlerin İhlali Nedeniyle Üyelikten Çıkarılma

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ABA'nın 7. maddesinde Avrupa Birliği'nin ortak değerlerini ciddi ve sürekli biçimde ihlal eden üye devletlere karşı üyelikten kaynaklanan belli bazı hakların askıya alınması tarzında bir yaptırım öngörülmüştür. Avrupa Birliği değerlerini ihlal eden üye devletlerin üyeliğe ilişkin haklardan yalnızca bazılarının askıya alınabileceğinden söz edilmesi nedeniyle, ABA'nın 7. maddesi kapsamında üye devletlerin üyelikten kaynaklanan tüm haklarının askıya alınması veya söz konusu devletin üyeliğinin askıya alınması veyahut Avrupa Birliği'nden atılması mümkün değildir. Avrupa Birliği'nin temel değerlerini ihlal nedeniyle açılan ihlal davasında mahkûm olup mahkûmiyet kararının gereğini yerine getirmeyen üye devlet ise, uygun bir tutarın veya bir para cezasının ödenmesi biçiminde bir yaptırımın muhatabı olabilir. Dolayısıyla, ihlal davasının da üyeliğin veya üyelik haklarının kısmen ya da tamamen askıya alınması biçiminde hukuki bir sonuç doğuramayacağı belirtilmelidir. Öte taraftan, 1969 yılında kabul edilen Viyana Uluslararası Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 60. maddesinin Avrupa Birliği değerlerinin üye devletlerce ihlal edilmesi halinde uygulanma olanağına sahip olup olmadığı tartışılabilir. Bu sözleşmenin 60. maddesinde, iki taraflı bir antlaşmanın akit taraflardan biri tarafından esaslı bir şekilde ihlal edilmesinin diğer tarafa antlaşmayı sona erdirmeye veya tamamen ya da kısmen askıya alma hakkını tanıdığı öngörülmektedir. Bir devletin Avrupa Birliği'ne üyeliğinin söz konusu devletle Avrupa Birliği arasında akdedilen uluslararası antlaşma niteliğinde olan bir üyelik antlaş-

⁷⁸ Streinz, EUV Art. 7, N. 22.

⁷⁹ Bu bağlamda karşı. Sandfort, s. 20 vd.; Hau, s. 54 vd.

masına dayandığı ve bu antlaşma ile ilgili devletin Avrupa Birliği'nin temel değerlerine saygı göstereceğini taahhüt ettiği düşünüldüğünde, Viyana Sözleşmesi'nin 60. maddesinin bu bağlamda uygulanabilmesinin gerektiği ifade edilmelidir.⁸⁰ Bununla birlikte, 60. madde uyarınca üyelik antlaşmasının feshi suretiyle üye devletin Avrupa Birliği üyeliğinin sona erdirilmesi veya üyeliğin kısmen ya da tamamen askıya alınabilmesi için söz konusu antlaşma hükümlerinin esaslı bir şekilde ihlal edilmiş olması gereklidir. Bir üye devlette faşist veya diktatöryal bir rejime geçilmesi, söz konusu devletin Avrupa Birliği değerlerini esaslı bir şekilde ihlal ettiği gerekçesiyle üyelikten çıkarılmasını haklı kılacak nedenlere örnek gösterilebilir.

7. Sonuç

Ekonomik bir bütünleşme modeli olarak ortaya çıkmışsa da, özellikle faaliyet gösterdiği alanların çoğalmasıyla birlikte Avrupa Birliği zamanla siyasi bir örgüte dönüşmüştür. Siyasi bir örgüt halini alması, Avrupa Birliği'nin birtakım politik, hukuki ve felsefi değerleri esas almasını kaçınılmaz hale getirmiştir. Bu bağlamda, ABA'nın 2. maddesinde Avrupa Birliği'nin insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dâhil olmak üzere insan haklarına saygı değerleri üzerine kurulu olduğu öngörülmüştür. Avrupa Birliği'nin anayasal düzeninin temel unsurlarından birini oluşturan bu değerler, Avrupa'da bütünleşme sürecinin dayandığı temel zemini oluşturmanın yanında Avrupa Birliği ve üye devletlere girecekleri faaliyetlerde yol göstermekte ve üye devletler bakımından sahip olunması gereken müşterek bir paydayı ortaya koymaktadır. Bu yönüyle bu değerler, Avrupa Birliği'nde ortak bir kimliğin oluşumuna ve homojenliğin sağlanmasına önemli bir katkı sunmaktadır. Bunun dışında, ABA'nın 2. maddesinde öngörülen bu değerlerin Avrupa Birliği ve üye devletler bakımından hukuki bağlayıcılığa sahip olduğu belirtilmelidir. Bu bakımdan, üye devletler bu değerlerin ihlali durumunda Avrupa Birliği üyeliğinin sona erdirilmesinin de aralarında bulunduğu birtakım yaptırımların muhatabı olabilir.

⁸⁰ Bu konuda bkz. Sandfort, s. 36 vd.; Streinz, EUV Art. 7, N. 23. Ayrıca karşı. Calliess/Ruffert, EUV Art. 7, N. 32.

Kaynakça

- Ahlt Michael/ Dittert Daniel, Europarecht, 4. Auflage München 2011
- Calliess Christian, Die Menschenwürde im Recht der Europäischen Union, in: Gröschner/Lembcke, (Hrsg.): Das Dogma der Unantastbarkeit, Tübingen 2006
- Calliess Christian, Europa als Wertegemeinschaft, Juristen Zeitung 2004, s. 1033 vd.
- Calliess Christian/ Ruffert Matthias, EUV/AEUV Kommentar, 4. Auflage, München 2011
- Di Fabio Udo, Grundrechte als Werteordnung, Juristen Zeitung 2004, s. 1 vd.
- Frenz Walter, Handbuch Europarecht-6, Berlin 2010
- Frenz Walter, Handbuch Europarecht-4, Berlin 2009
- Frenz Walter, Werte der Union, Rechtstheorie 2010, S. 41, s. 400 vd.
- Grabitz Eberhard/ Hilf Meinhard/ Nettesheim Martin, Das Recht der Europäischen Union, 52. Ergänzungslieferung, München 2014
- Güneş Ahmet M., Avrupa Birliği Hukukuna Giriş, İstanbul 2013
- Haratsch Andreas/ Koenig Christian/ Pechstein Matthias, Europarecht, 9. Auflage, Tübingen 2014
- Hau André, Sanktionen und Vorfeldmaßnahmen zur Absicherung der europäischen Grundwerte, Baden-Baden 2002
- Hummer Waldemar/ Obwexer Walter, Die Wahrung der "Verfassungsgrundsätze" der EU, EuZW 2000, s. 485 vd.
- Mandry Christof, Europa als Wertegemeinschaft, Baden-Baden 2009
- Meyer Jürgen, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage, Baden-Baden 2014
- Murswiek Dietrich, Die heimliche Entwicklung des Unionsvertrages zur europäischen Oberverfassung, NVwZ 2009, s. 481 vd.
- Prümm Hans Paul, Werte der Europäischen Union, Berlin 2014
- Sandfort Kristin, Der Schutz der gemeinsamen Werte (Art. 2 EUV) innerhalb der EU am Beispiel Ungarns, Chemnitz 2014
- Schorkopf Frank, Homogenität in der Europäischen Union, Berlin 2000
- Speer Benedikt, Die Europäischen Union als Wertegemeinschaft, DÖV 2001, s. 980 vd.
- Streinz Rudolf, EUV/AEUV Kommentar, 2. Auflage, München 2012
- Streinz Rudolf/ Ohler Christian/ Herrmann Christoph, Der Vertrag von Lissabon, 3. Auflage, München 2010
- Thiele Alexander, Europarecht, 10. Auflage, Altenberge 2013
- von der Groeben Hans/ Schwarze Jürgen, Kommentar zum EU-/EGVertrag, 6. Auflage, München 2003
- Vorländer Hans, Demokratie, 2. Auflage, München 2009

İNSANSIZ HAVA ARAÇLARININ/DRONE'LARIN TÜRK SİVİL HAVACILIK HUKUKUNA GÖRE STATÜSÜ, UNSURLARI ve CEZA HUKUKU BOYUTUYLA GÜNCEL SORUNLAR

THE STATUS AND ELEMENTS OF UNMANNED AERIAL VEHICLES / DRONES ACCORDING TO THE TURKISH CIVIL AVIATION LAW AND CURRENT PROBLEMS WITH CRIMINAL LAW DIMENSION

Halid ÖZKAN*

Özet: Son zamanlarda sivil hava araçlarının sayısı hızla artmıştır. Özellikle uzaktan kumanda edilebilir, pilotsuz/insansız olanları ise yaygın şekilde kullanılır hale gelmiştir. İnsansız hava araçları veya Dünyaca bilinen ismiyle “drone”lar ile ilgili neredeyse her gün bir haber yayımlanmaktadır. Özellikle ilk olarak askeri araç olarak projelendirilen daha sonra siviller tarafından kullanılmaya başlanan “insansız hava araçları” günümüzde perakende olarak herkes tarafından satın alınabilir bir duruma gelmiştir. Herkes tarafından satın alınabilir ve ulaşılabilir hale gelen insansız hava araçları, hukuki uyumsuzlukları ve bu uyumsuzluklarla birlikte zorunlu olarak hukuki düzenlemeleri beraberinde getirmiştir. Ben de bu çalışmamızda hava aracı ve insansız hava aracı kavramlarını, insansız sivil hava araçlarının hava araçları içerisindeki yerini, hukuki niteliğini, kullanım ve uçuş şartlarını inceleyeceğim. Bunların yanında Türk Sivil Havacılık Hukukuna göre insansız hava araçlarının unsurlarını ve uygulamadaki bazı güncel sorunları da ceza hukuku boyutuyla incelemeye çalışacağım.

Anahtar Kelimeler: İnsansız Hava Aracı, Drone, Türk Sivil Havacılık Kanunu, İHASavar, Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma

Abstract: Recently, the number of civil aircrafts has rapidly increased. Particularly unpiloted/unmanned and remote controllable ones have become widely used. There is news about unmanned aerial vehicles or aka world-wide-known “drones” almost every day. “Unmanned aerial vehicles” which were initially projected as military vehicles and then started to be used by civilians have become purchasable at retail by almost everyone nowadays. Unmanned aerial vehicles that are reachable and can be purchased by anyone today, have brought legal disputes along and hence mandatory legal arrangements. In this study, we are going to review the concepts of aerial vehicles and unmanned aerial vehicles, the status

* Yrd. Doç.Dr., Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: halidozkan@yahoo.com

of unmanned aerial vehicles in air vehicles, legal characteristics as well as usage and flight conditions. We are also going to try to study elements and certain current problems of unmanned aerial vehicles in operation according to the Turkish Civil Aviation Law and Criminal Law.

Keywords: Drone, Turkish Civil Aviation Code, Unmanned Aerial Vehicles, Drone defender, Endangerment of Traffic Safety

GİRİŞ

Teknolojinin son zamanlarda hızla gelişmesiyle birlikte sivil hava araçlarının sayısı hızla artmış, uzaktan kumanda edilebilir, pilotsuz ve insansız olanları ise yaygın şekilde kullanılır hale gelmiştir. Özellikle ilk olarak askeri araç olarak projelendirilen daha sonra siviller tarafından kullanılmaya başlanan “insansız hava araçları” günümüzde perakende olarak herkes tarafından satın alınabilir bir duruma gelmiştir. Herkes tarafından satın alınabilir ve ulaşılabilir hale gelen insansız hava araçları, hukuki uyumsuzlukları ve bu uyumsuzluklarla birlikte zorunlu olarak hukuki düzenlemeleri beraberinde getirmiştir.

İnsansız hava araçları, hava araçlarının bir çeşididir. İnsansız hava araçlarının siviller tarafından kullanılmaya başlanması ve uçuş bölgelerinin belirsizliği bu araçların kullanımında uyulması gereken kural- ların belirlenmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır.

Bu çalışmada insansız sivil hava araçlarının, hava araçları içeri- sindeki yeri ve kullanım ve uçuş şartları mevcut ve olması gereken po- zitif hukuk kuralları nezdinde açıklanmaya çalışılacaktır. Bu neden- le çalışmamızda öncelikle bir giriş niteliğinde hava aracı ve insansız hava aracı (*drone*) kavramları hakkında kısa bilgi verilecektir. Ardın- dan çalışma konumuzun ana sütununu oluşturan insansız sivil hava araçlarının hava araçları içerisindeki yeri, hukuki niteliği, Türk Sivil Havacılık Hukukuna göre insansız hava araçlarının unsurları çeşitli açılardan ele alınacaktır. Söz konusu unsurlar bazı noktalar açısından hem yeni yürürlüğe giren mevcut talimat hem de daha önce yürürlük- te bulunan talimat dikkate alınarak karşılaştırmalı olarak yapılmıştır. Son bölümde ise ceza hukuku boyutuyla uygulamadaki bazı güncel sorunlara cevap verilmeye çalışılacaktır.

Çalışmanın hakem incelemesi sürecinde hâlihazırda askıda olan talimat taslağı askıdan alınmış, ikinci bir taslak hazırlanarak görüşe sunulmuş ve ardından bazı güncelleme ve değişikliklerle yayımlanmıştır.

30.10.2013 tarihinden beri yürürlükte olan “İnsansız Hava Aracı Sistemlerinin Ayrılmış Hava Sahalarındaki Operasyonlarının Usul ve Esaslarına İlişkin Talimat”, (**Eski İHA Talimatı** olarak anılacaktır) Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından 22.02.2016 tarihinde yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren “İnsansız Hava Aracı Sistemleri Talimatı” ile yürürlükten kaldırılmıştır. İHA Talimat taslağı yürürlüğe girmeden iki farklı versiyonda askıya^{1,2} çıkmıştır. İlk versiyon **İnsansız Hava Aracı Sistemlerinin Tescil, Operasyon, Seyrüsefer, Bakım Ve Uçuşa Elverişlilik Usul Ve Esaslarına İlişkin Talimat Taslağı**³, İHA talimatı taslak-1 olarak; güncellenmiş ve bazı değişikliklerle kabul edilmiş versiyon olan İnsansız Hava Aracı Sistemleri Talimatı Taslağı⁴ (**SHT-İHA Rev.01**) ise İHA talimatı taslak-2 olarak anılacaktır. 22.02.2016 tarihinde yürürlüğe giren “**İnsansız Hava Aracı Sistemleri Talimatı**» ise **yeni İHA talimatı** olarak çalışmamızda ifade edilecektir.

¹ 11 Haziran 2015 tarihli Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü duyurusuna göre; “Türk Hava Sahasında işletilecek veya kullanılacak sivil İnsansız Hava Aracı (İHA) sistemlerinin operasyonlarını, sistemleri kullanacak kişilerin sahip olması gereken nitelikleri, İHA’ların uçuşa elverişliliklerine dair hususları ve İHA operasyonları sırasında verilecek hava trafik hizmetlerine ilişkin usul ve esasları belirlemek üzere İnsansız Hava Aracı Sistemlerinin Tescil, Operasyon, Seyrüsefer, Bakım Ve Uçuşa Elverişlilik Usul Ve Esaslarına İlişkin Talimat (SHT-İHA) taslağı hazırlanmıştır. Bu taslak talimat ile ilgili görüşler 10.07.2015 tarihi mesai bitimine kadar “Görüş Bildirme Formu”nu doldurmak suretiyle mevzuat@shgm.gov.tr adresine iletebilecektir.”

² 11 Aralık 2015 tarihli Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü duyurusuna göre; “Türk Hava Sahasında işletilecek veya kullanılacak sivil İnsansız Hava Aracı (İHA) sistemlerinin operasyonlarını, sistemleri kullanacak kişilerin sahip olması gereken nitelikleri, İHA’ların uçuşa elverişliliklerine dair hususları ve İHA operasyonları sırasında verilecek hava trafik hizmetlerine ilişkin usul ve esasları belirleyen İnsansız Hava Aracı Sistemleri Talimatı (SHT-İHA) yeniden hazırlanmıştır. Taslak talimat ile ilgili görüşlerinizi 11.01.2016 tarihi mesai bitimine kadar “Görüş Bildirme Formu”nu doldurmak suretiyle mevzuat@shgm.gov.tr adresine iletebilirsiniz.”

³ <http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/taslaklar/SHT-IHA.pdf> Er.Tar.11.06.2015

⁴ [http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/taslaklar/SHT-IHA\(1\).pdf](http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/taslaklar/SHT-IHA(1).pdf) Er.Tar.10.01.2016

İnsansız hava aracı kavramı ve Türk Sivil Havacılık hukukundaki yerini ele almadan önce “hava aracı” kavramına değinmekte fayda vardır.

I. İnsansız Hava Aracı (Drone)

A. Kavram - Tanım

Yabancı dildeki karşılığı “*drone*”⁵⁻⁶ olan kavram, Türk literatüründe ve özellikle medyada “İnsansız Hava Aracı” (İHA) olarak kullanılmaktadır. Teknik anlamda **İnsansız hava aracı**; uzaktan kumanda, otomatik pilot veya seyrüsefer cihazı ya da bir bilişim sistemi vasıtasıyla otonom veya yapay zekâ ile yönetilen, içinde veya üzerinde herhangi bir insan/pilot/uçuş personeli/mürettebat olmaksızın havalanabilen ve havada seyredebilen/kalabilen hava araçlarına verilen genel ve ortak addır⁷. Diğer bir tanıma göre kendi güç sistemi olan, tehlikeli veya tehlikesiz faydalı yük taşıyan, otomatik olarak veya uzaktan komuta sistemi ile uçurulan pilotsuz hava araçlarına insansız hava aracı (İHA) /*drone* denir.⁸⁻⁹

⁵ Eski İngilizce bir kelime olan “*drone*” kavramı, kraliçe arıya karşı eş yükümlülüğü olan erkek bal arısıdır. İşçi arı olmayan ve nektar veya polen toplamakla yükümlü olmayan bu arıların çıkarmış olduğu vızıltı sesi, uçak pervanelerinin çıkarmış olduğu sese benzetilmiştir. Bkz. Ben Zimmer, “The Flight of ‘Drone’ From Bees to Planes” July 26, 2013, The Wall Street Journal. <http://www.wsj.com/articles/SB10001424127887324110404578625803736954968> Er.Tar. 07.12.2015

⁶ Almanca: Drohnen

⁷ Sinan Sami Akkurt, Türk Sivil Havacılık Mevzuatı ve Uluslararası Konvansiyonlar Kapsamında Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, 1. Baskı, Ankara Ekim 2014, s.82-83.

⁸ The 2015 Florida Statutes Title XLVII, Criminal Procedure And Corrections, Chapter 934, Security Of Communications, Surveillance, 934.50 “Searches and seizure using a drone” a) “Drone” means a powered, aerial vehicle that:

1. Does not carry a human operator;
2. Uses aerodynamic forces to provide vehicle lift;
3. Can fly autonomously or be piloted remotely;
4. Can be expendable or recoverable; and
5. Can carry a lethal or nonlethal payload.

http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0900-0999/0934/Sections/0934.50.html Er.Tar. 14.12.2015

⁹ ABD’de farklı eyaletlerde birbirinden farklı ama benzer tanımlamalar yapılmıştır. Bkz. Illinois Statute and Indiana Statute.

İnsansız hava araçlarının ilk zamanlarda, “robot uçak”, “pilotsuz uçak”, “uzaktan pilotlu uçak” gibi terimlerle de adlandırıldığı söylenmektedir.¹⁰ İnsansız hava araçları (Unmanned aerial vehicles: UAV) için, “uzaktan işletilen hava aracı” - remotely operated aircraft (ROA),¹¹ “uzaktan yönlendirilen taşıt” - uzaktan yönlendirilen hava araçları sistemleri - Remotely Piloted Aircraft System (RPAS)¹² gibi kavramlar da kullanılmıştır.

Uluslararası mevzuatta; “Küresel Hava Trafik Yönetimi Operasyonel Konsepti (The Global Air Traffic Management Operational Concept) Doc.9854 uyarınca; **İnsansız hava aracı**, Şikago Konvansiyonu’nun 8. maddesinde düzenlenmiş olan ve pilotu bulunmayan ve bordasında sorumlu kaptan pilotun olmadığı araçlardır. Bu tanım, Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü¹³ tarafından da Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü Genel Kurulu’nun 35. oturumunda desteklenmiştir.”¹⁴

Eski İHA talimatı m.4/1-ş’ye göre; “İnsansız hava aracı (İHA): Spor veya eğlence amacıyla kullanılan model uçaklar hariç, içinde insan olmadan motor gücü ile uçuş yapabilen ve bir kontrol bağlantısı ile İHA pilotu tarafından kontrol edilen veya otonom operasyonu İHA pilotu tarafından planlanarak takip edilen hava aracını” ifade etmekteydi.

İnsansız Hava Aracı Sistemlerinin Tescil, Operasyon, Seyrüsefer, Bakım Ve Uçuşa Elverişlilik Usul Ve Esaslarına İlişkin Talimat Taslağı m.4/1-j hükmüne göre ise; “İnsansız hava aracı (İHA): İHAS’ın bir bileşeni olarak işletilen hava aracı; aerodinamik kuvvetler aracılığıyla sürekli uçuş yapma yeteneğinde olan, üzerinde (insan) pilot bulunmaksızın uzaktan İHA pilotu tarafından kontrol edilerek veya otonom operasyonu İHA pilotu tarafından planlanarak uçurulan ya da havada kalabilen hava aracı,” olarak ifade edilmişti. İHA talimat taslağı 1 ve 2’de İHA tanımı yapı-

¹⁰ Bkz. Salih Akyürek - Mehmet Ali Yılmaz - Mustafa Taşkiran, İnsansız Hava Araçları Muharebe Alanında ve Terörle Mücadelede Devrimsel Dönüşüm, BİLGE-SAM, Rapor No:53, Ankara Aralık 2012, s.1.

¹¹ Mark LaFay, Drones For Dummies, New Jersey 2015, s.11

¹² Manual on Remotely Piloted Aircraft Systems (RPAS), International Civil Aviation Organization, Doc 10019 AN/507, First Edition 2015, s.12 vd.

¹³ International Civil Aviation Organization:Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü.

¹⁴ Nazlı Can, “Sivil Havacılığa Yön Veren Kuruluş Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü: ICAO”, *Kokpit’ten Bakış Dergisi*, Yıl:5 Sa.27, Temmuz/Ağustos/Eylül 2013, s.10 (ICAO olarak anılacaktır.)

lırken hem “**insansız hava aracı sistemleri**” (İHAS) hem de **insansız hava aracı (İHA)** kavramları tercih edilmişti. Bu tercih bilinçli olarak yapılmış olup, Amerikan Federal Havacılık Dairesi¹⁵ tarafından yapılmış “insansız uçuş sistemleri sınıfı” kavramına benzer kapsayıcı bir İHAS kavramı oluşturulmak istenmiştir.

22.02.2016 tarihli **yeni İHA talimatı** ise yapılan bu tanımlardan farklı olarak 4/1-j bendinde “İnsansız hava aracı (İHA): İHAS’ın *bir bileşeni olarak işletilen, aerodinamik kuvvetler aracılığıyla sürekli uçuş yapma yeteneğinde olan, üzerinde pilot bulunmaksızın uzaktan İHA pilotu tarafından kontrol edilerek veya otonom operasyonu İHA pilotu tarafından planlanarak uçuşurulan ya da havada kalabilen hava aracını, ifade eder*” şekliyle yürürlüğe girmiştir. Görüldüğü üzere İHA ve İHAS ayrımı yeni talimatta da yer almıştır.

İnsansız hava aracı, sivil veya askeri olabilir. Bu nedenle, aslında İnsansız Sivil Hava Aracı Sistemleri (İSHAS) daha doğru bir ifade şeklidir. Buna karşın yerleşmiş olması nedeniyle Türkçe okunuşuyla “dıron” veya insansız hava aracı (İHA) kavramları tercih edilebilir. Bu çalışmada insansız hava aracı (İHA) kavramı tercih edilmiş olup, bu kullanım sadece sivil insansız hava araçlarını işaret edecektir.

B. İnsansız Hava Araçlarının (Drone'ların) Hava Araçları İçerisindeki Yeri

1. Hava Aracı Kavramı

Hava aracıyla ilgili sözlük ve teknik anlamıyla birçok çeşitli tanım yapılmıştır. Sözlük anlamıyla “hava aracı (aircraft) (Luftfahrzeuge)¹⁶” kavramı, “uçak, helikopter veya diğer uçuşa elverişli makinelerdir”.¹⁷ Diğer bir kısa tanımla hava aracı, “havada durabilen araçtır”.¹⁸ Teknik anlamıyla hava aracı ise sabit veya hareketli kanatlarından yardım almak suretiyle ya da atmosferden hafif olmasından yararlanarak hava-

¹⁵ Federal Aviation Administration (FAA)

¹⁶ “Luftfahrzeuge” kavramı Alman Hava Trafığı Kanunu §1/2’de tanımlanmış olup, ayrıca bu hükümde hava araçları sınıflandırılması yapılmıştır.

¹⁷ <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/aircraft>, Er.Tar. 25.11.2015.

¹⁸ Hüseyin Ülgen, Hava Taşıma Sözleşmesi, İstanbul 1987, s. 16.

lanabilen veya havada seyredabilen araçları ifade eder.¹⁹ Bir diğer tanıma göre ise; hava aracı, hava hukukunun kurallarına tabi ve havada hareket etme yeteneğine sahip olan araçlardır.²⁰

Türk Sivil Havacılık Kanunu m.3/1-b düzenlemesine göre hava aracı terimi, “*havalanabilen ve havada seyredebilme kabiliyetine sahip her türlü aracı*” ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere hava aracı havalanabilme ve havada seyredebilme özelliklerine sahip olmalıdır.²¹ Bu özelliklerin geçici olarak kaybedilmesi halinde de hava aracı niteliği ortadan kalkmaz.²² Bunların dışında; ayrıca hava aracının havada seyretmesi kontrollü olmalıdır.²³

2. Hava Araçlarının Sınıflandırılması

Hava araçları “kalkış metotları”, “itici kuvvetleri”, “kullanım alanları”, “aidiyeti” gibi farklı çeşitlerde sınıflandırmalara tabi tutulurlar.²⁴ Kalkış metotlarına göre, “havadan hafif olanlar” veya “havadan ağır olanlar” şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulabilirler.²⁵ Havadan hafif olan hava araçlarına hava balonu²⁶ örnek olarak gösterilebilir.²⁷ Havadan ağır olanlara ise planör, uçak gibi araçlar örnek gösterilebilir. İtici kuvvetlerine göre baktığımızda ise “güç kaynağı ile çalışan” ve “güç kaynağına ihtiyaç duymadan çalışanlar” olmak üzere ikiye ayrılabilir.

¹⁹ Akkurt, s.60.

²⁰ İnci Kaner, Hava Hukuku(Hususi Kısım), Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2004, s. 14.

²¹ Hasan İşgüzar, Türk Sorumluluk Hukukuna Göre Sivil Hava Aracı İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu, Ankara 2003, s.62-63; Ayhan Sorgucu, Hava ve Uzay Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2014, s.28; Akkurt, s.63.; Kaner, s.14.

²² Kaner, s.15; Sorgucu, s.28.

²³ Akkurt, s.65.

²⁴ Sivil hava aracı türleri ve ayrımları hakkında geniş bilgi için bkz. Akkurt, s.70 vd.

²⁵ Uluslararası Sivil Havacılık Birliği/Örgütü (The International Civil Aviation Organization) 1944 tarihli Chicago Konvansiyonuna ek (Annex) 7 belgesinde sivil hava araçlarını havadan hafif hava araçları (lighter than air aircraft) “havadan ağır hava araçları (heavier than air aircraft) şeklinde ikili bir ana ayrıma tabi tutmuştur. Akkurt, s.70.

²⁶ Balonların hava aracı olduğu görüşü için bkz. Kaner, s.14.

²⁷ Akkurt, s.70.

lir.²⁸ Kullanım alanları ve aidiyetine göre ise **sivil, devlete ait olan²⁹/ olmayan,³⁰ askeri,³¹ deneysel, ticari** hava araçları gibi ayrımlar da vardır.

Yapılan sınıflandırmalar bakımından bir ön değerlendirme yapıldığında insansız hava araçlarının; “havadan hafif olan hava araçları”³² hariç neredeyse her hava aracı kategorisine sokulabileceği görülmektedir. Çünkü insansız hava araçları motorlu ya da motorsuz, bir güç kaynağına bağımlı ya da bağımsız, sivil, askeri, deneysel veya ticari olabilmesi mümkün gözükmemektedir. Ayrıca bu ayrımların yanı sıra günümüzde insansız hava araçları ağırlık, boyut ve sensör tiplerine göre de sınıflandırılabilir.³³

3. Türk Sivil Havacılık Mevzuatına Göre İHA

a. Genel Olarak

Hava araçları hukuki açıdan öncelikle ikili bir ön ayırıma tabi tutulur.³⁴ Sivil ve sivil olmayan/devlet hava aracı³⁵ ayırımı, en fazla baş-

²⁸ Uluslararası Sivil Havacılık Birliği 1944 tarihli Şikago (Chicago) Konvansiyonuna ek (Annex) 7 belgesinde motor gücüyle çalışan ve motorsuz çalışan olmak üzere ikili bir ayırım da bulunmaktadır. Akkurt, s.71.

²⁹ Nitekim Amerikan doktrinde devlet İHA'larının delil elde amacıyla kullanılabilmesi de söylenmektedir. M.Ryan Calo, “The Drone as Privacy Catalyst”, Stanford Law Review Online, Vol.64, Aralık 2011 s.31.

³⁰ Sorgucu, s.28.

³¹ İnsansız hava araçlarının askeri olarak faaliyet gösterse bile sivil hava trafiğini etkileyebileceğinden Şikago Konvansiyonu'nun tatbiki edilmesi gerektiği görüşü için bkz. Can, ICAO, s.11.

³² Burada havadan hafif element ile üretilmesi mümkün olabilecek insansız hava araçları ihtimali nedeniyle bir şerh koymak isabetli olacaktır.

³³ Utalk Guilhem de Marliave Röportajı. <http://tr.euronews.com/2015/03/06/insansiz-hava-arac-lari-dronelarin-kullanimina-iliskin-yasal-duzenleme-nedir/> Er.Tar. 08.12.2015.

³⁴ Sorgucu, s.28.

³⁵ Doktrinde yapılan bir ayırıma göre; hava araçları, devlet ve sivil hava araçları olarak ikiye ayrılırlar. Bir kamu hizmetine tahsis edilmiş hava araçlarına devlet hava aracı, kamu hizmetine tahsis edilmemiş hava araçlarına ise sivil hava aracı denmektedir. Bkz. Sorgucu, s.28 Kanaatimce kamu hizmetine kavramının çok muğlak ve soyut olması ve sivil hava aracı olmasına rağmen kamu hizmeti niteliğindeki hizmetleri de görebilecek hava araçları bulunabileceğinden bu tanımlar ve kamu hizmeti ölçütü yetersiz kalmaktadır. Örneğin sivil toplum kuruluşları kamu hizmeti gören kuruluşlardır ve fakat kullanımlarında olan İHA'lar sivil hava aracı niteliğinde olacaktır.

vurulan ayırımdır. Türk Sivil Havacılık Kanunu'nda yukarıda bahsi geçen hava araçları tasniflerinden devlet ve sivil hava aracı ana ayırımının kısmen benimsendiği görülmektedir.

“Sivil hava aracı” terimi 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu m.3/1-d’de tanımlanmıştır. Bu düzenlemeye göre “*Türk Sivil Hava Aracı*” terimi: “*Devlet hava araçları tanımı dışında kalan ve mülkiyeti Türk Devletine veya kamu tüzelkişilerine veya Türk vatandaşlarına ait araçları*” kapsar. Devlet hava araçları ise Türk Sivil Havacılık Kanunu m.3/1-c’de³⁶ tanımlanmıştır. Bu maddeye göre “*Devlet Hava Aracı*” terimi: *Devletin askerlik, güvenlik, gümrük ve orman yangınları ile mücadele hizmetlerinde kullandığı hava araçları*” olarak tanımlanır. Anılan maddenin (b) bendinde de “*Hava Aracı*” terimi: *havalanabilen ve havada seyredibilme kabiliyetine sahip her türlü aracı*” ifade ettiği belirtilmiştir.

Böylelikle insansız hava araçlarının Türk Sivil Havacılık Kanunu 3.maddesine göre bir hava aracı olduğu aşikârdır. Demek ki; bir hava aracı sayılabilmenin ön şartları “**havalanabilme**” ve “**havada seyredibilme**”dir. Bu iki unsuru barındıran her araç, hava aracı niteliğindedir. İnsansız veya uzaktan kumanda edilebilir olmasına rağmen bu iki şart olmadan İHA söz konusu olmaz.

TSHK lafzına bakıldığında; insansız hava araçlarının aidiyetine göre bir sınıflandırma yapıldığı söylenebilir. İHA’lar devlete ait olabileceği gibi üçüncü kişilere de ait olabilir. Yine devlete ait olanlar da kendi içerisinde; devletin özel amaçlarına hizmet eden İHA’lar (TSHK m.3/1-c) ve diğer mülkiyetdeki İHA’lar (TSHK m.3/1-d) olmak üzere ikiye ayrılabilir. Özellikle son dönemde devletlerin, üzerinde insan olmayan hava araçlarını istihbari, askeri veya toplumsal olaylarda kullandığı görülmektedir.

Eski İHA Talimatı uyarınca yapılan İHA tanımı «... *model uçaklar hariç, içinde insan olmadan motor gücü ile uçuş yapabilen...*” hava araçları şeklindeydi. İHA’ların motor gücüyle çalışmaması halinde İHA kapsamında değerlendirilemeyeceği gibi bir yorum yapılabileceğinden yeni İHA talimatında bu tanım değiştirilmiş ve motor gücü ile uçuş yapabilme şartı isabetli şekilde kaldırılmıştır. Böylece

³⁶ (Değişik: 12/7/2013-6495/25 md.)

motorsuz insansız hava araçları için var olan hukuki boşluk doldurulmuştur.

b. İHA - Model Uçak/Model Hava Aracı Ayırımı

Bu başlık altında yapılması gereken bir diğer ayırım ise model uçaklara/model hava araçlarına ilişkindir. Model uçaklar (Flugmodelle) / model hava araçları, uç(a)mayan maketler dışında, "serbest uçuş yapan, kablo veya radyo dalgalarıyla kontrol/kumanda edilen yani uzaktan kumandalı ve genellikle hobi, araştırma, spor amaçlı gibi ticari olmayacak şekilde işletilen görece küçük nitelikli hava araçlarıdır".³⁷

2013 tarihli eski İHA Talimatına göre; «*Model uçak: Açık alanda kullanılabilen, azami kalkış kütlesi 20 kilogramı geçmeyen, otonom uçuş kabiliyeti olmayan, kullanıcının görüş sahası içinde uçurulan ve sadece spor ve eğlence amacıyla kullanılan insansız hava araçlarını*» ifade etmekteydi. Model uçaklar, isabetsiz şekilde bir insansız hava aracı türü olarak tanımlanmıştı. Bu tanıma rağmen, model uçakların İHA olarak nitelendirilmeyeceği ilgili talimatın 2.maddesinde³⁸ açıkça düzenlenmişti. Daha sonra askıda ilan edilen İHA talimat taslağı-1'de yapılan bu tanım değiştirilmişti. İHA talimat taslağı-1 m.4/1-ö uyarınca; «*Model uçak: Açık alanda kullanılan, azami kalkış ağırlığı 25 kg'ı geçmeyen, otonom uçuş kabiliyeti olmayan, ticari faaliyet yapmaksızın eğlence ve sportif amaçlı kullanılan, yardımcı araçlar olmadan kullanıcının doğrudan ve sürekli görme sahasında uçurulması tasarlanan ve içinde herhangi bir şahıs olmadan uzaktan kumanda edilen hava aracı*» olarak tanımlanmıştı. İHA talimatı taslak-2'de ise; «*Model hava aracı: Açık alanda kullanılan, ağırlığı 25 kg'ı geçmeyen, otonom uçuş kabiliyeti olmayan, ticari faaliyet yapmaksızın eğlence ve sportif amaçlı kullanılan, 400 ft uçuş tavanını ve 2 km uzaklığı geçmemek üzere görüş mesafesinde uçurulan ve içinde herhangi bir şahıs olmadan uzaktan kumanda edilen hava aracı, ifade eder*» şeklinde tanımlanmıştı. İHA talimat taslakları 1 ve 2'de model uçak ve model hava aracı tanımları yapılmış olsa da isabetsiz şekilde yeni İHA talimatında bu tanımlara yer

³⁷ Akkurt, s.84.

³⁸ Eski İHA talimatı m.2/2: "Model uçaklar ve kapalı mekânlarda kullanılmak üzere üretilmiş uçabilen oyuncak veya araçlar bu talimatın kapsamı dışındadır."

verilmemiştir. Yeni İHA talimatının taslak halinde dahi tanımlanmış olan model hava aracının neden yürürlüğe giren talimatta yer almadığı soru işaretidir.

İnsansız hava araçları bakımından somut bir kapsam öngörmesi ve model uçak/hava aracı-İHA ayrımı için kriterlerin belirlenmesi bakımından model hava aracı tanımının İHA talimatında düzenlenmesine gereksinim bulunmaktadır. Çünkü İHA ve model uçaklar/hava araçları arasındaki farkın belirlenmesi ve bazı kriterler konulması gerekmektedir. Aksi takdirde model uçak/hava aracı ve İHA ayrımı ortadan kalkacak olup, hobi ve spor amaçlı olsa bile model uçak/hava araçlarının İHA kapsamında mütalaa edilmesi gerekecektir.

Model uçaklar/hava araçları, İHA kapsamında olup-olmadığından bağımsız olarak, özellikle üçüncü şahıslara ve diğer hava araçlarına zarar vermesi halinde Borçlar, Ceza ve TSHK hükümleri çerçevesinde hava aracı olarak değerlendirilmesi amaca daha uygun olacaktır.³⁹ Mukayeseli hukuka bakıldığında örneğin Almanya'da "Hava Trafik Kanunu" Prg.1 - Luftverkehrsgesetz (LuftVG) §1 - uyarınca model uçaklar, hava aracı (Luftfahrzeuge) olarak kabul edilmiştir.

c. İnsansız Hava Araçlarının Hava Trafikine Dâhil Olup-Olmadığı Hususu

İnsansız hava araçlarına ilişkin konular üç ana başlıkta toplanabilmektedir. Bunlar:

- İHA pilot/operatör/işletmecisi lisanslama ve sertifikasyonu,
- İHA uçuşa elverişlilik sertifikasyonu ve
- Hava sahasına entegrasyon/Hava trafik yönetimidir.⁴⁰

³⁹ İşgüzar, s.66; Akkurt, s.84.

⁴⁰ Filippo Tomasello, "Regulation of RPAS: from ICAO to EASA Rulemaking Official (R4.1)" 07 June 2012, (http://uvsinternational.org/phocadownload/04_1cca_Presentations_PvB/33_Tomasello-Filippo_EASA_Europe_V3.pdf) Er.Tar. 07.12.2015; Mustafa Dikmen; "İnsansız Hava Aracı (İHA) Sistemlerinin Hava Hukuku Bakımından İncelenmesi" Savunma Bilimleri Dergisi Mayıs 2015, Cilt 14, Sayı 1, s.152.

İnsansız hava araçlarının genel hava trafiğine dâhil olup-olmadığı hususu, hava trafik yönetimine ilişkin bir konudur. **Hava trafiği yönetimi** (ATM)⁴¹; hava araçlarının, bir noktadan ulaşmak istedikleri başka bir noktaya gerçekleştirdikleri uçuşların öncelikle emniyetli olarak gerçekleşmesi için tüm aşamalarını yönetme, başka bir ifade ile hava araçlarının havadaki ve havaalanındaki trafiğinin emniyetli, düzenli, hızlı bir şekilde akışını sağlamadır.⁴²

Yeni/mevcut İHA Talimatı; İHA operasyonları sırasında verilecek hava trafik hizmetlerine ilişkin usul ve esasları belirlemiştir. Böylece insansız hava araçları genel hava trafiğinden ayrı ve fakat genel hava trafiğine entegre edilebilir olarak ele alınmalıdır. Çünkü İHA hava trafiği, genel hava trafiğini engellemeyecek şekilde, diğer hava araçlarına zarar vermeden ve diğer hava araçlarını engellemeden düzenlenmelidir.

İnsansız hava araçları trafiği, İHA operasyonları için geçerli olan Standart Harekât Usullerine dayalı olarak düzenlenmekteydi (Eski İHA talimatı m.10/4). Yeni İHA talimatında ise İHA operasyonlarının "Uçuş Operasyon El Kitabına" uygun olarak ve aynı zamanda Standart Harekât usullerine riayet edilmesi suretiyle yapılması gerekmektedir (Yeni İHA talimatı m.13,17/2-d). İHA'lar için hava trafiği yönetimi «ATC⁴³ ünitesi" tarafından yapılacaktır. Eski talimat gereği İHA uçuş öncesi planını AIM⁴⁴ ofisine sunma zorunluluğu kaldırılmıştır. Yeni talimata göre; İHA sınıfı ve yapılacak faaliyetin niteliğine (ticari/ticari olmayan) göre ayırım yapılmıştır. İHA0 ve İHA1 sınıfları için ilgili mevzuata ve Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü ve ilgili Mülki İdare Amirliklerince verilen talimat ve prosedürlere uyma, ticari faaliyet nedeniyle İHA uçuşları ve İHA2/İHA3 sınıfları için ise uçulacak bölge ile ilgili Genel Müdürlükten uçuş izni alma ve hava trafik usulleri açısından VFR uçuş gerçekleştirilen hava aracı statüsünde kabul edilmesi sebebiyle, uluslararası kurallar ve Türkiye AIP'sinde yer alan hüküm-

⁴¹ Hava Trafik Hizmetleri İle Bağlantılı Emniyet Olaylarının Rapor Edilmesi Ve Değerlendirilmesine Dair Yönetmelik m.4/1-e

⁴² <http://web.shgm.gov.tr/tr/havacilik-personeli/2129-hava> Er.Tar. 09.12.2015.

⁴³ İHA Talimatı m.4/2-c: ATC: Hava Trafik Kontrolü.

⁴⁴ Eski İHA Talimatı m.4/1-c) AIM: Havacılık Bilgi Yönetimini.

ler ve olabilecek diğer düzenlemelere uyma zorunluluğu getirilmiştir. Uçuşu izne tabi İHA, uçuş sahasına ilgili ATC ünitesinden izin almadan giriş ve çıkış yapamaz.⁴⁵ İHA'ların izin verilen uçuş alanlarındaki (TMA/CTR içerisindekiler gibi) uçuşlarına ilişkin usuller, ilgili ATC ünitesi tarafından belirlenebilir. Mevzuat gereği ATC ünitesi ile iletişimin zorunlu olduğu durumlarda İHA'ların telsiz sistemi⁴⁶ ile donatılması zorunludur (Yeni İHA Talimatı m.19/3).

C. Hukuki Mahiyeti

"Hava araçlarının hukuki niteliği" başlıklı TSHK m.65 gereği "Bu Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, hava araçları menkul mal hükümlerine tabidir." Böylelikle; insansız hava araçları hukuki mahiyeti itibariyle medeni hukuk genel kuralları ve hükümleri çerçevesinde **taşınır maldır**.⁴⁷

İnsansız hava araçlarının teferruat ve mütemmim cüz'leri hakkında Medeni Kanunun ilgili maddeleri uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte TSHK'a eklenen 68/A maddesine⁴⁸ göre; "*Türkiye Cumhuriyeti adına 16/11/2001 tarihinde Cape Town'da imzalanan ve 10/3/2011 tarihli ve 6192 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan "Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşme" ve "Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşmeye İlişkin Hava Aracı Donanımına Özgü Konulara Dair Protokol" ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda "Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşme" ve "Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşmeye İlişkin Hava Aracı Donanımına Özgü Konulara Dair Protokol" hükümleri esas alınır.*"

⁴⁵ İHA Talimat taslağı-1'de ATC ünitesi yetkili kılınmış olup, İHA işletmecisi veya sahibi, başvurunun onaylanmasını takiben uçuşların düzenleneceği NOTAM'lanmış hava sahasından sorumlu ATC ünitesi ile acil durumlar haricinde operasyondan en az bir gün önce uçuşa ilişkin usuller üzerinde mutabakat sağlamakla yükümlü kılınmıştı. (İHA2 ve İHA3 sınıfı için) (İHA talimat taslak-1 m.17/2).

⁴⁶ UHF ve VHF kanallarda iletişim sağlayan telsiz sistemi olması gerekmektedir.

⁴⁷ Hava araçlarının taşınır/menkul mal olduğu hususunda bkz. Kaner, s.17; Sorgucu, s.28.

⁴⁸ (Ek: 4/7/2012-6353/15 md.)

İnsansız hava aracı gövdesine takılmış, kurulmuş ve iştirilmiş diğer taşınır mallar hakkında da adı geçen Uluslararası Sözleşme ve protokoller uygulama alanı bulacaktır.

TSHK'nın 146.maddesi gereğince; insansız sivil hava araçları cebri icra yönünden 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun hükümlerine tabidir. Ayrıca anılan İcra ve İflas Kanun'a 2014 yılında eklenen⁴⁹ **Ek Madde 2** uyarınca; *"Türkiye Cumhuriyeti adına 16/11/2001 tarihinde Cape Town'da imzalanan ve 10/3/2011 tarihli ve 6192 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan "Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşme" ve "Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşmeye İlişkin Hava Aracı Donanımına Özgü Konulara Dair Protokol" çerçevesinde, "Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşme"nin 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında haklarını kullanan güvence lehtarı ve 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında haklarını kullanan şartlı satıcı veya kirala-yan, herhangi bir yargı kararı aranmaksızın, hak sahibi olduğunu gösteren ve Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından düzenlenecek tescil belgesiyle Ankara İcra Dairesine başvurarak, tercih ettiği hakkın yerine getirilmesini talep edebilir.*

Talep üzerine icra müdürü tarafından başkaca herhangi bir araştırma yapılmaksızın, hak sahibi lehine üzerinde güvence tesis edilen nesnenin zilyetliği veya kontrolünün devrine ilişkin karar verilir ve karar borçluya tebliğ edilir. Tebliğ tarihinden itibaren üç iş günü içinde borçlu taraf, bu emri yerine getirmese icra müdürü, Sözleşme'nin anılan 8 inci ve 10 uncu maddeleri çerçevesinde gereğini yerine getirmesi için almış olduğu kararı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğüne gönderir.

Bu madde gereğince İcra Dairesince yapılan işlemler nedeniyle, 492 sayılı Harçlar Kanununun hükümlerine göre 10.000 Türk Lirası maktu harç dışında herhangi bir vergi, resim ve harç alınmaz. Harç ve giderler, talep edene aittir.

İcra Dairesince, Sözleşme ve Protokol çerçevesinde yapılacak iş ve işlemler ile takibe ilişkin esas ve usuller Adalet Bakanlığı ile Ulaştır-

⁴⁹ (Ek: 6/2/2014-6518/2 md.)

ma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

D. Unsurları/Özellikleri

İnsansız hava aracı, bir hava aracının sahip olması gereken özelliklere ve bunlarında yanında bazı ek özelliklere sahip olmalıdır. Türk hukuku açısından bir aracın hava aracı olabilmesi için kanuni şart olarak “havalanabilme” ve “havada seyredebilme” özelliklerine sahip olması gerekmektedir.⁵⁰ Bunun yanında konumuz kapsamı sivil havacılık kapsamındaki insansız hava araçları olduğundan Türk Havacılık mevzuatı ve kuralları dikkate alındığında;

bir insansız hava aracının **ana unsurları**;

- havalanabilme,
- havada seyredibilme/kalabilme,
- insansız (mürettebatsız) olma,
- sivil nitelik arz etme ve
- uzaktan veya otonom operasyon ile İHA pilotu tarafından kontrol edilmedir.

1. Havalanabilme

Bir aracın, Türk Sivil Havacılık Kanunu kapsamında “hava aracı” olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle “havalanabilme” (take-off) özelliğine sahip olması kanuni şarttır. İnsansız hava araçlarının da bu bağlamda evleviyetle havalanabilme özelliğine sahip olması gerekmektedir. Havalanabilme, bir hava aracının sabit bir yüzeyde sabit bir konumdayken,⁵¹ bu konumdan ayrılarak uçuş veya havada kalabilme evresine geçme eylemi veya “uçuşa başlama”⁵² olarak tanımlanabilir.

Havalanma fiili, farklı hava araçları için farklı şekillerde olabilmektedir. Örneğin son gelişmelerle birlikte hibrid insansız hava araç-

⁵⁰ İşgüzar, s.62-63; Sorgucu, s.28 ; Akkurt, s.63.; Kaner, s.14.

⁵¹ Akkurt, s.63.

⁵² <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/take-off> Er.Tar.1.12.2015.

ları, çift pervane sistemine sahip olup, bunlardan biri iniş ve kalkış sırasında dikey; diğeri ise yolculuk sırasında yatay uçuşu desteklemektedir.⁵³ Bu itibarla havalanabilme şartı, dikey veya yatay olarak gerçekleştirilebilir.

İHA'nın bu bağlamda kendi gücüyle hareket edip-etmemesi veya yerden kumanda ile uçuş sırasında veya uçuştan önce programlama yoluyla komuta edilmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin bir online alışveriş web sitesi; müşterileri henüz siparişlerini vermeden ürünlerin insansız hava araçları ile taşınarak/kargolanarak gönderilebileceği bir sezgisel sipariş otomasyon programı da kullanabilecektir.⁵⁴ Bu program vasıtasıyla İHA'nın havalanabilmesi ya da online bir İHA pilotu ile komuta edilebilmesi mümkündür.

2. Havada Seyredebilme/Kalabilme

Bir insansız aracın İHA olabilmesi THSK kapsamında havalanabilmesi yeterli olmayıp aynı zamanda havada seyredebilme özelliğine de sahip olması gerekmektedir. Havada seyredebilme; bir hava aracının atmosfer içindeki bir noktadan yine atmosfer içindeki diğer bir noktaya doğru hareket etmesidir.⁵⁵ Her ne kadar TSHK havada seyredebilme ifadesini tercih etmiş olsa da, seyredebilme özelliğinin havada kalmayı da kapsadığı kabul edilmelidir. Zaten yeni İHA talimatında da İHA tanımı yapılırken isabetli olarak "...uçurulan ya da havada kalabilen hava aracı," ifadeleri tercih edilmiştir.

Yere yakın olarak havanın itme gücüyle veya manyetik alan oluşturmak suretiyle zemine yakın aralıkta seyreden araçların (raya temas etmeden giden hızlı trenler =manyetik raylı tren⁵⁶ gibi), madde ile araç arasında çok yakın aralık olması sebebiyle havalanabildikleri ve havada seyredebildiklerinin kabul edilemeyeceği doktrinde savunulmak-

⁵³ <http://webrazzi.com/2015/11/30/amazon-yeni-nesil-teslimat-drone/> Er.Tar.01.12.2015.

⁵⁴ <http://webrazzi.com/2014/01/20/amazon-sezgisel-teslimat-lojistik/> Er.Tar.01.12.2015.

⁵⁵ Akkurt, s.65 Yazar bu seyrin kontrollü olması gerektiğini söylemektedir. Kanaatince kontrol şartı aranmasına gerek bulunmamaktadır. Çünkü; kontrolünü kaybetmiş ya da hacklenmiş iHA'lar söz konusu olabilir.

⁵⁶ https://tr.wikipedia.org/wiki/Manyetik_raylı%C4%B1_tren Er.Tar.01.12.2015.

tadır.⁵⁷ Kanaatimce manyetik alan oluşturularak yapılan havada kalma ve uçuşlar aksi mevzuatta düzenlenmedikçe havalanma ve havada seyretme olarak kabul edilmelidir. Çünkü gelişen teknoloji ile birlikte oluşturan manyetik alanlar ile uçuş alanı ve süresi genişleyebilecektir. Bu noktada aracın bulunduğu sabit konum ile oluşturulan manyetik alan için bir yükseklik mesafesi konulabilir. Araç ile sabit yer/yüzey arasındaki mesafenin belirli bir yüksekliği aşmaması halinde aracın havalanabilme ve havada seyredebilme kabiliyetinin olmadığı böylelikle kabul edilebilir (Örneğin 1 metre gibi).

Havada seyredebilme için kullanılan yöntem ve aracın hacimsel büyüklüğü önemsizdir. Bununla birlikte yeni İHA talimatında havada seyredebilme/kalabilme için *"... aerodinamik kuvvetler aracılığıyla sürekli uçuş yapma yeteneğinde olan..."* ifadesi kullanılmıştır. Böylelikle İHA'lar için Türk Hukuku'nda aerodinamik kuvvetler aracılığıyla havada seyredebilmesi gerektiği söylenebilir. Kanaatimce bu tarz bir sınırlama isabetli olmamıştır.

Yeni İHA talimatında İHA'lar için **sürekli uçuş yapma yeteneği**nin gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Bu tanımdan çok kısa süreli havada kalabilen nitelikteki İHA'ların talimat kapsamı dışında bırakılmak istediği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte sadece bir kez havada seyretmeye programlanmış İHA'nın sürekli uçuş yapma yeteneğine sahip olduğu kabul edilmelidir.

3. İnsansız / Mürettebatsız Olma

Uzaktan kumanda edilerek ya da kendisine tayin edilen rotayı takip ederek otomatik veya manüel olarak uçabilen insansız hava araçlarının en önemli özelliği **insansız** yani **mürettebatsız** olmasıdır. İnsansız olmadan kasıt, **içinde** ve üzerinde insan olmamasıdır. İnsansız olma, havalanma ve havada seyretme/kalma ve iniş eylemlerini kapsayacak şekilde olmalıdır. Bu sürecin herhangi bir aşamasında içinde veya üzerinde insan olması halinde artık İHA söz konusu olmayacaktır. İHA içindeki veya üzerindeki kişinin insan olması yeterli olup pilot niteliğinde olması gerekmez.

⁵⁷ İşgüzar, s.63; Akkurt, s.66

4. Sivil Nitelik Arz Etme

1944 tarihli Şikago Konvansiyonu ve 1952 tarihli Roma Konvansiyonu "devlet hava aracı" (state aircraft) kavramını, devletin askerlik, gümrük ve güvenlik/polis hizmetlerinde⁵⁸ kullandığı hava araçlarını kapsar şeklinde düzenlemiştir. Aynı yönde TSHK m.3-c "*Devlet Hava Aracını; Devletin askerlik, güvenlik, gümrük ve orman yangınları ile mücadele hizmetlerinde kullandığı hava araçları,*" olarak tanımlamıştır. Dolayısıyla devlet hava araçları, kanunda öngörülmüş sayılı kamu hizmetlerine tahsis edilmiş hava araçlarıdır. Bu bağlamda kanunda sayılı kamu hizmetleri için tahsis edilmiş insansız hava araçları da devlet hava aracıdır. Örneğin son dönemde insansız hava araçları orman yangınları ile mücadele için kullanılmaktadır.⁵⁹

TSHK düzenlemeleri dikkate alınarak; devlet tarafından kanunda sayılan (askerlik, güvenlik, gümrük ve orman yangınları ile mücadele) hizmetlerine özgülenmiş olanlar dışındaki tüm insansız hava araçları ister mülkiyeti devlete, ister kamu tüzel kişilerine isterse de özel hukuk kişilerine ait olsun, sivil nitelik arz etmektedir.⁶⁰

Yeni İHA talimatı da kanunla paralel şekilde bir düzenleme içermektedir. Talimatın m.4/1-ç bendine göre; "*Devletin askerlik, güvenlik, istihbarat, gümrük ve orman yangınları ile mücadele hizmetlerinde kullandığı hava araçları*" olarak tanımlanmıştır. Yine talimatın m.2/2-a hükmüne göre; "*Devlet insansız hava araçları*" İHA talimatının kapsamı dışında bırakılmıştır.

Örneğin devletin haşerat ile mücadele için tarım alanında İHA'lar ile yaptığı ilaçlama sivil nitelik arz etmektedir.⁶¹

⁵⁸ Amerikan hukukunda kolluk hizmeti olarak gökyüzünden kolluk birimlerinin fiziki olarak gözlem yapabileceği örneğin helikopterden aşağıyı seyredebileceği söylenmiş, buna karşın delil elde amacıyla mahkeme kararı olmaksızın teknik araçlarla rutin ve sürekli olarak izleme ve gözlemleme yapılmasının Anayasayı ihlal edeceği belirtilmiştir. Calo, s.44.

⁵⁹ <http://www.teknokulis.com/haberler/guncel/2014/01/21/ihalar-yanigin-son-durecek> Er.Tar.09.09.2015.

⁶⁰ Akkurt, s.67.

⁶¹ Benzer örnek için bkz. Akkurt, s.68.

5. Uzaktan veya Otonom Operasyon İle İHA Pilotu Tarafından Kontrol Edilme

Günümüzde İHA'ların uçuşunu tek başına gerçekleştiremeyeceği, mutlaka bir komuta sistemi veya kontrol istasyonuna bağlı hareket ettiği kabul edilmektedir. Yer Kontrol İstasyonu, Yer Veri Terminali ve diğer teçhizatlardan oluşan ve İHA'ların uçuşunu sağlayan sisteme "İHA Sistemleri" denir.⁶²⁻⁶³

Hem eski İHA talimatında hem de İHA talimatı taslak-1'de; İHA'nın kontrolünden bahsedilmekteydi. Yeni İHA talimatında kontrolden bahsetmese de İHA operasyonları uzaktan veya "otonom operasyon"⁶⁴ ile uçuş öncesinde planlanarak yapılabilecektir. Bu noktada İHA talimatı bir İHA'nın bir İHA pilotu tarafından kontrol edilmesini ya da otonom operasyonu İHA pilotu tarafından planlanarak "otonom sistem" ile uçurulmasını öngörmüştür. Otonom sistem, İHA pilotunun herhangi bir müdahalesi olmadan, uçuşu kendi başına gerçekleştirebilen (kontrol veri bağı olmadan yapılan veya veri bağı menzilinin ötesinde önceden belirlenmiş parametrelere göre yapılan uçuşlar), karar-kontrol döngüsünde insan olmadan kendi kendine görev icra edebilme yeteneğinde olan sistemlerdir⁶⁵ (İHA talimat taslağı-1 m.4/1-t ve yeni İHA talimatı 4/1-p).

Her ne kadar Türk hukuk Mevzuatında düzenlenmemiş olsa da; yapay zekânın İHA'larda kullanılmasıyla, bir kez gelecek uçuşlarla ilgili olarak programlanan İHA'nın birçok uçuşu kendisinin öngörülerıyla gerçekleştirilmesi mümkün olabilecektir. Bu ihtimalde de ilk

⁶² Akyürek - Yılmaz - Taşkiran, s.1.

⁶³ Teknik olarak İHA sistemi ile İHA'nın birbirinden farklı olduğu açıklaması için bkz. Cengiz Karaağaç, "İnsansız Hava Aracı Sistemleri: Gökyüzünün Yeni Yırtıcı Kuşları", s.3 http://www.academia.edu/2004387/%C4%B0nsans%C4%B1z_Hava_Arac%C4%B1_Sistemleri_G%C3%B6ky%C3%BCz%C3%BCn%C3%BCn_Yeni_Y%C4%B1rt%C4%B1c%C4%B1_Ku%C5%9Fflar%C4%B1 Er.Tar.08.10.2015.

⁶⁴ Yeni İHA talimatı m.4/1-p "Otonom operasyon: Pilot kontrolü olmadan otomatik uçuş kontrol sistemi ile gerçekleştirilen operasyonları".

⁶⁵ Söz konusu uçuş İHA pilotu kontrolünde gerçekleştirilirken, İHA ile sistem arasında veri bağının kopması gibi olası sorun nedeniyle kısa süreli İHA pilotunun kontrolünden çıkarak ön tanımlı görev planına göre uçuşu sürdürebilen ve yeniden pilot kontrolüne alınabilen İHA sistemleri, otonom sistem olarak değerlendirilmemektedir (İHA talimatı taslağı-1 m.4/1-t).

uçuş program ve planını yapan kişi İHA pilotu olarak kabul edilmeli ve kendisinde hukuki olarak aranması gereken özellikleri taşıması gerekmektedir.

E. İHA Talimatı Gereği İHA Sayılabilme Şartları - İHA Ek Unsurları

Yukarıda sayılan İHA unsurlarının/özelliklerinin yanı sıra; İHA talimatının 2.maddesi uyarınca, insansız hava aracı kapsamı belirlenmiştir. **Yeni İHA talimatı** 2.maddesi gereği insansız hava araçlarının kapsamı;

- Türk Hava Sahasında uçuş;
- Devlet insansız hava araçları kapsamına girmeme,
- Yalnızca kapalı alanlarda kullanılan İHA ve sistemlerinden olmama,
- Yere veya herhangi bir platforma bağlı olan insansız balon ve benzeri sistemlerden olmama ve
- Azami kalkış ağırlığı 500 gr'dan daha az İHA olmamadır.

2013 tarihli eski İHA talimatının 2.maddesi uyarınca belirlenen İHA kapsamına göre⁶⁶, yeni İHA talimatı kapsamı daha geniş tutulmuştur.

Bir İHA'nın sahip olması gereken ana unsurlara ek olarak yukarıda sayılan şartların da varlığı aranacaktır. Bu sayılan İHA sayılabilme şartlarını daha geniş inceleyecek olursak:

1. Türk Hava Sahası'nda Uçuş

Bir insansız hava aracının, talimat gereği, İHA sayılabilme şartlarından ilki, **Türk Hava Sahası'nda** uçacak bir İHA olmasıdır. Türk

⁶⁶ Bir insansız hava aracının eski İHA talimatı gereği İHA sayılabilme şartları yani İHA ek unsurları;

- Türk Hava Sahası'nda ayrılmış hava sahalarında uçacak sivil İHA olma,
- Model uçaklar ve kapalı mekânlarda kullanılmak üzere üretilmiş uçabilen oyuncak veya araçlardan olmama,
- Azami kalkış kütlesi 4 kg'dan ve azami hızı da saatte 50 km'den daha az olmama ve
- Azami irtifası yer yüzeyinden 100 metreyi geçmesidir.

Hava Sahası'ndan kasıt TSHK m.3/1-a gereği; «*Türkiye Cumhuriyetinin egemenliği altındaki ülke ile Türk karasuları üzerindeki*» hava sahasıdır. Bu hava sahası, ülke toprağı ve Türk Karasuları üzerinden uzaya kadar iz düşümü alınmak suretiyle, atmosferin bittiğı yere kadardır.⁶⁷

İnsansız hava araçlarının uçurulabilmesi açısından gerekli olan şartlar için; ayrılmış ve ayrılmış olmayan hava sahaları bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekmektedir. Ayrılmış hava sahaları; spor, eğlence ve deneme uçuşu gibi amaçlarla özel kullanımlar için sınırları belirlenerek ayrılmış olan hava sahalarını belirtir. Ayrılmış olmayan hava sahaları ise ayrılmış hava sahaları dışında kalan hava sahasıdır.

a. Ayrılmış Hava Sahalarındaki Uçuşlar

İHA Talimatı m.4/1-b uyarınca; “*Ayrılmış hava sahası: İHA operasyonu için NOTAM ile yayımlanan sahayı*” ifade etmektedir.⁶⁸ Tanımda geçen NOTAM kavramı ise aynı fıkranın (ö) bendinde “*NOTAM: Uçuş harekâtı ile ilgili görevlileri, herhangi bir havacılık hizmetine, kolaylığına, yönetimine veya tehlikesinin varlığına, koşullarına ya da bunlardaki herhangi bir değişikliğe ilişkin bilgilerden zamanında haberdar etmek amacıyla özel bir formatta hazırlanmış havacılara uyarı yayını*” olarak tanımlanmıştır.

Yeni İHA talimatında, eski İHA talimatı m.14/1'de yer alan ayrılmış hava sahasında tahsis edilen yer dışında uçuş yasağı aynen korunmuş olsa da (yeni İHA talimatı m.21); bazı İHA sınıfları için (İHA0,İHA1) bazı hallerde uçuş izninin mülki idareye bırakılmış olması nedeniyle, uçuşa yasak bölgeler dışında ayrılmış hava sahasının dışında da uçuş yapılabileceğı yorumunu yapmak mümkündür.

Ayrılmış hava sahalarındaki İHA uçuş ve operasyonları için eski İHA talimatında model uçaklar ve kapalı mekânlarda kullanılmak üzere üretilmiş uçabilen oyuncak veya araçlar ile azami kalkış kütlesi 4 kg'dan ve azami hızı da saatte 50 km'den daha az olan ve azami irtifası yer yüzeyinden 100 metreyi geçmeyen İHA'lar talimatın kap-

⁶⁷ Doktrinde hava sahasının yüksekliğinin ne kadar olacağı hakkında “uçakların erişebildiğı yükseklik kabulü” vardır. Bkz. Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17.Baskı, Ankara 2014, s.85.

⁶⁸ Aynı tanım İHA talimat taslağı 1 ve 2'de de bulunmaktadır.

samı dışında tutulmuştu. Böylece çoğu İHA, kapsam dışında kalmıştı. Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü uygulamadaki sorunları yakından gözlemleyerek yeni İHA talimatında, İHA kapsamını oldukça genişletmiştir.

İzin alınmadan İHA uçuşu yapılması ve tespit edilmesi halinde ilgili şahıs ve işletmelere 2920 sayılı Kanunun 5 inci kısmında yer alan ceza hükümleri⁶⁹ (TSHK 141.142.143) uygulanır.⁷⁰

b. Ayrılmış Olmayan Hava Sahalarındaki Uçuşlar

Eski İHA talimatı sadece ayrılmış olan hava sahalarındaki uçuşları düzenlediğinden ayrılmış olmayan hava sahalarındaki uçuşlar için diğer sivil havacılık mevzuatına ve genel kurallara bakmak gerekmektedir. Bu genel kurallara göre; genel olarak beş uçuş türü bulunmaktadır. Bunlar ticari uçuş, genel havacılık uçuşları, özel izne tabi uçuşlar, diplomatik uçuşlar ve askeri havalimanına yapılacak uçuşlardır.⁷¹ Genel havacılık uçuşları, ticari amaçlı uçuşlar olmayıp, özel uçuş,

⁶⁹ Suç oluşturan davranışlar

Madde 141 - (Değişik: 23/1/2008-5728/434 md.)

Bu Kanunun 7, 36, 91, 92 ve 94 üncü maddeleri ile 93 üncü maddenin (b), (c), (e) ve (g) bentlerine aykırı davranışta bulunanlar, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu Kanunun 31 ve 32 nci maddeleri ile 9 uncu maddesinin birinci fıkrası ve 93 üncü maddesinin (a), (d), (f) ve (h) bentlerine aykırı davranışta bulunanlar, iki aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Madde 142 - (Mülga: 23/1/2008-5728/578 md.)

Kabahat oluşturan davranışlar

Madde 143 - (Değişik: 23/1/2008-5728/435 md.)

Bu Kanunun;

a) 11, 18, 19, 26, 28, 29, 54, 58 ve 89 uncu maddeleri ile 9 uncu maddesinin üçüncü, 95 inci maddesinin birinci ve 102 nci maddesinin ikinci fıkrasına aykırı davranışta bulunanlara bin Türk Lirasından onbin Türk Lirasına kadar,

b) 23, 24 ve 25 inci maddeleri ile 57 nci maddesinin son fıkrasına aykırı davranışta bulunanlara beşyüz Türk Lirasından onbin Türk Lirasına kadar,

idari para cezası verilir.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilenler dışında kalıp da Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünün sivil havacılığı düzenlemek maksadıyla alacağı önlemlere uymayanlara, beşyüz Türk Lirasından onbin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.

Bu madde hükümlerine göre idari para cezasına karar vermeye Ulaştırma Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürü yetkilidir.

⁷⁰ Yeni İHA talimatı m.26.

⁷¹ <http://web.shgm.gov.tr/tr/ucus-izinleri/3893-index> Er.Tar.09.10.2015.

ambulans uçuşu veya doğal afetlerde yardım malzemesi taşınmasına yönelik uçuşlardır.⁷² Özel izne tabi uçuşlar genel havacılık uçuşlarına nazaran istisnai durumdadır. Özel uçuş izni işlemleri, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Hava Seyrüsefer Daire Başkanlığı tarafından yürütülmektedir.

Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünün yayımladığı Hava Aracı ve İlgili Ürün, Parça ve Cihazın Uçuşa Elverişlilik Ve Çevresel Sertifikasyon Talimatı Ek-1 Tablo-13'e göre azami kalkış kütlesi 4 kg'dan 150 kg'a kadar olan insansız hava araçlarının uçuş faaliyetleri için özel uçuş izni almak gerekmektedir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere azami kalkış kütlesi 4 kg'dan az olan insansız hava araçları ile yapılan uçuşlar genel havacılık uçuşları kapsamına girmektedir ve özel uçuş iznine gereksinim yoktur. Yeni İHA talimatı ise; İHA0 sınıfındaki İHA için "SHY-21 kapsamında Özel Uçuş İzni Belgesi düzenlenmeyeceğini" ve İHA1 sınıfındaki İHA için ise "Özel Uçuş İzni Belgesi düzenlenmemekle birlikte bu evrakların yerine Genel Müdürlük resmi internet sayfasında örnekleri verilen Emniyet ve Uygunluk Beyanları kabul edileceğini" düzenlemiştir (Yeni İHA talimatı m.8). Bu yüzden bu uçuşlar için uçuş izni almaya gerek yoktur.⁷³

Ayrılmış olmayan hava sahalarında özel uçuş iznine tabi olmayan insansız hava araçlarının uçurulması ile ilgili olarak gerekli entegrasyon ve online kayıtlar yapılmaya başlanmıştır. Bu kayıt ve tescil işlemleri yapılana kadar uygulamada birçok sorunla karşılaşmaya devam edilmesi olasıdır. İHA uçuşu için özel uçuş izni alınması gereken hallerde izin alınmazsa yeni İHA talimatı 26.maddesi ve Hava Aracı ve İlgili Ürün, Parça ve Cihazın Uçuşa Elverişlilik Ve Çevresel Serti-

⁷² Adı geçen web sayfası. (agws.) Avrupa Sivil Havacılık Konferansı (ECAC) kapsamında gerçekleştirilecek genel havacılık uçuşları için Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nden uçuş müsaadesi alınmasına gerek olmayıp, kalkış saatinden en az 3 saat önce Hava Trafik Ünitesine uçuş planı çekilmesi yeterlidir.

⁷³ Yabancı sivil hava araçlarının bu bağlamda izin alması gerekmektedir. Çünkü "Şikago Konvansiyonu'nun 8.maddesi uyarınca pilot olmaksızın uçabilmek kapasitesine sahip hiçbir hava aracı üzerinden uçacağı ülkenin açık izni olmadan uçamaz." Bkz. Nazlı Can, "İnsansız Hava Araçları Hakkında Uluslararası Mevzuat" http://www.can.aero/index.php?option=com_content&view=article&id=79:nansanz-hava-araclar-hakknda-uluslarar-as-mevzuat&catid=21:articles&Itemid=13 Er.Tr. 07.12.2015.

fikasyon Talimatı 23. maddesi gereği 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununun 143. maddesine göre işlem yapılır.

2. Devlet İnsansız Hava Araçları Kapsamına Girmeme

Devlet insansız hava araçları, yeni İHA talimatı dışında bırakılmıştır (Yeni İHA talimatı m.2/2-a). Sadece devlet tarafından yerine getirilmesi mümkün olan kamu hizmetleri ve faaliyetlerine tahsis edilmiş insansız hava araçları, **devlet insansız hava aracı** olarak adlandırılabilir.⁷⁴ Kamu hizmetine tahsis edilmemiş insansız hava araçları ise sivil insansız hava araçlarıdır.

Yeni İHA talimatına göre ise; *“Devlet insansız hava aracı: Devletin askerlik, güvenlik, istihbarat, gümrük ve orman yangınları ile mücadele hizmetlerinde kullandığı hava araçlarını”* ifade etmektedir (İHA talimatı m.4/1-ç).

3. Yalnızca Kapalı Alanlarda Kullanılan İHA ve Sistemlerinden Olmama

Türk Sivil Havacılık mevzuatına göre kapalı mekân tanımı yapılmamıştır. Kapalı mekân (indoor) kavramından bina, konut, ev, işyeri ve benzeri etrafı duvarlarla örülü ve gökyüzü ile doğrudan teması olmayan yapılar anlaşılmalıdır. Cafe ve alışveriş merkezleri bu bağlamda kapalı alana örnektir. Kapalı alanlar için üretilmiş uçuş kabiliyetine sahip oyuncak veya diğer hava araçları İHA kapsamında değerlendirilmez. Ayrıca 500 gr'dan daha hafif uçabilen oyuncak veya model uçak/hava araçları İHA kapsamına dâhil değildir.

4. Yere veya Herhangi Bir Platforma Bağlı Olan İnsansız Balon ve Benzeri Sistemlerden Olmama

“Yer” kavramından; coğrafi anlamda üzerinde gezinme ve ayak basma ihtimali olan yerküre anlaşılmalıdır.⁷⁵ Bir insansız hava aracı, eğer yere veya yerle bağlantılı herhangi bir sabit platforma bağlıysa

⁷⁴ Sorgucu, s.28

⁷⁵ Bkz. TDK Online Güncel Sözlük.

artık İHA talimatı kapsamı dışında kalmaktadır. Buna karşın insansız hava araçlarının ip, kurdele vb. cisim ile yere veya bir insana bağlantılı olması halinde İHA talimatı kapsamında İHA kabul edilmelidir. Sonuç olarak; insansız balon, lunaparklardaki insansız alet ve oyuncaklar ve buna benzer yerküre ile bağlantılı sistemler İHA olarak değerlendirilmezler.

5. Azami Kalkış Ağırlığı 500 Gr'dan Daha Az Olmama

Eski İHA talimatında, kapsam olarak sadece 4 kilogramdan fazla ve azami hızı 50 km/s'den fazla olan ve azami irtifası yer yüzeyinden 100 metreyi geçen İHA'lar için düzenleme yapılmıştı. Azami kalkış kütlesi 4 kg'dan az olan ve azami hızı 50 km/s'den az olan ve azami irtifası 100 metreyi geçmeyen insansız hava araçlarını uçurabilmek için herhangi bir izne gerek yoktu ve bu araçlar serbestçe uçurulabilmekteydi. Yeni İHA talimatında ise azami kalkış ağırlığı 500 gr'dan daha az olan mini-İHA veya küçük *drone*⁷⁶ olarak da adlandırılan bu sınıf hava araçları İHA talimatı kapsamı dışında bırakılmıştır.

Yeni İHA talimatında;

İHA'lar azami kalkış ağırlıkları referans alınarak göre 4 ayrı sınıfa ayrılmıştır. Talimata göre, en az 500 gram⁷⁷ (dâhil) ağırlığından fazla olan her *drone*/İHA modeli, sivil kullanım amaçlı insansız hava aracı olarak kabul görmektedir.⁷⁸ Ayrıca insansız hava araçlarının hızı yeni talimatta referans alınmamıştır.

Yeni İHA talimatı m.5/1 uyarınca İHA'lar;

a) İHA0: Azami kalkış ağırlığı 500 gr (dâhil) – 4 kg aralığında olan İHA'lar,

⁷⁶ Gökhan Ahi, "Drone'lar ve Hukuk" 02.10.2014 <http://www.digitalage.com.tr/makale/dronelar-ve-hukuk/> Er.Tar. 11.09.2015

⁷⁷ 500 gram tercihinin Almanya'da da uygulamaya geçirilmesi planlanmaktadır. Bkz. "Regierung plant Führerschein und Kennzeichenpflicht für Drohnen" Frankfurter Allgemeine, 08.11.2015 <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/verkehrsministerium-regierung-plant-fuehrerschein-und-kennzeichenpflicht-fuer-drohnen-13900555.html> Er.Tar. 09.12.2015.

⁷⁸ Tuğba İncel, "İHA'ların Sivil Kullanımıyla İlgili Hukuki Düzenlemeler" Yayın Tarihi: 18.06.2015, <http://m.airkule.com/yazar/IHA-Larin-Sivil-Kullanimiyla-Ilgili-Hukuki-Duzenlemeler/1042> Er.Tar. 27.11.2015.

b) İHA1: Azami kalkış ağırlığı 4 kg (dâhil) – 25 kg aralığında olan İHA'lar,

c) İHA2: Azami kalkış ağırlığı 25 kg (dâhil) – 150 kg aralığında olan İHA'lar,

ç) İHA3: Azami kalkış ağırlığı 150 kg (dâhil) ve daha fazla olan İHA'lar, olmak üzere 4 sınıf olarak belirlenmiştir.

Talimatta ithal teknik uygunluğu, zorunlu teçhizatı, uçuşa elverişlikleri, özel uçuş iznine tabi olup-olmadığı, bakım ve onarım gereklilikleri, kayıt-tescil işlemleri ve uçuş izin gereklilikleri bu sınıflandırmaya göre ayrı ayrı belirlenmiştir.

F. Yeni İHA Talimatıyla Gelen “Kayıt Zorunluluğu”

İnsansız hava araçlarının kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte bilinçsizce, tehlikeli ve kötü niyetli (terör saldırısı gibi) uçuşların sayısı azımsanmayacak bir konuma gelmiştir. Örneğin havaalanlarına yakın yerlerde gerçekleştirilen uçuşlar havayolu güvenliğini büyük tehlikeye sokmaktadır.⁷⁹ Böylece İHA'ların daha fazla kontrol altında tutulması gerektiği yönünde kolektif bir görüş oluşmuştur.

Uygulamada böyle tehlikelere önlem almak amacıyla bazı Valilikler genelge yayımlamış ve izinsiz olarak uçurulan insansız hava araçları hakkında tutanak tutularak eylemin niteliğine göre hareket edileceği hususunda bilgilendirme yapılmıştır.⁸⁰ Hatta bir Valilik, uçuş yasağı kararı alarak; *“her türlü İnsansız Hava Araçlarını (DRONE) alan/temin eden/kullanan şahısların en yakın Kolluk Birimlerine giderek kullanım amacı, markası ve modelini bildirmesi gerekmektedir”* demek suretiyle mevzuatta yer almayan kayıt ve bildirim zorunluluğunu idarenin düzenleyici işlemi ile tesis etmeye çalışmıştır.⁸¹

⁷⁹ <http://www.haberturk.com/video/amator/izle/ucagin-kanadina-carp-ti/143219> Er.Tar.04.12.2015; <http://www.webteknoloji.com/video/ataturk-havalimani-drone-h4829.html> Er.Tar. 04.12.2015

⁸⁰ T.C Ankara Valiliği Özel Kalem Müdürlüğü'nden 18/05/2015 tarih, 42860840/889-209 sayı ve “İnsansız Hava Araçları” konulu Genelge. <http://www.ankara.gov.tr/insansiz-hava-arac-lari> Er.Tar. 04.12.2015

⁸¹ T.C Erzurum Valiliği, 05.02.2016 günü ve 17098547-13903-2016/168 sayılı kararı. <http://www.erkurum.gov.tr/detay.asp?id=1261> Er.Tar.15.03.2016

Yürürlüğe giren yeni İHA talimatı, İHA kapsamında olan tüm hava araçları için “kayıt zorunluluğu” getirmiştir (yeni İHA talimatı m.11). İnsansız hava araçlarının kayıtları Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından elektronik ortamda oluşturulan bir “Kayıt Sistemi” üzerinden yapılacaktır. Bu elektronik kayıt sistemi 23.02.2016 tarihiyle birlikte çevrimiçi/online kayıt almaya başlamıştır. Ayrıca yeni İHA talimatı geçici madde 1 uyarınca; bu talimatın yayımlanmasından önce faaliyette bulunan İHA sahiplerinin **en geç 01.05.2016 tarihine kadar**, sahip oldukları İHA’ları Genel Müdürlük tarafından oluşturulan internet tabanlı sisteme kayıt ettirmesi gerekmektedir.⁸² İHA2 ve İHA3 sahipleri ise yine aynı tarihe kadar tescil işlemlerini tamamlamak zorundadır. Aksi halde söz konusu İHA’lar ile uçuş yapıl(a)maz (Yeni İHA talimatı geçici madde 2).

Ülkemizde üretim yapılan, yurtdışından bireysel olarak getirilen veya ithalatçı firmalardan satın alınan her bir İHA **7 gün içerisinde** “Kayıt Sistemi”ne kayıt edilmek zorundadır (Yeni İHA talimatı m.11/2). **İnsansız Hava Araçları Kayıt Sistemi’ne** İHA talimatı kapsamında Türk Hava Sahasında işletilecek veya kullanılacak sivil İnsansız Hava Aracı sistemlerinin kayıt ettirilmesi gerekmektedir. Bu kayıt sisteminde İHA talimatı m.11/3 uyarınca;

- a) İHA ve sistemlerinin üreticisi, marka ve modeli, seri numarası,
- b) İHA ve sistemlerinin üretim yeri ve tarihi,
- c) **İHA’nın** maksimum kalkış ağırlığı,
- ç) İHA ve sistemleri sahibinin/işleticisinin adı, TC Kimlik Numarası/Vergi Numarası, adresi ve iletişim bilgileri,**
- d) İHA ve sistemlerinin sahibine ve pilotuna ait arşiv kayıtlı Adli sicil kaydı,
- e) 18 yaşından küçükler için ileride doğabilecek hukuki ve cezai

⁸² Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü 22 Şubat 2016 tarihli duyurusu. <http://web.shgm.gov.tr/tr/genel-duyurular/5081-ih-talimatı-yayimlanmıstır> Er.Tar.09.03.2016 Duyuru uyarınca; “500 gr ile 25 kg ağırlığındaki İHA’lar için oluşturulan internet tabanlı kayıt sistemi, 23 Şubat 2016 tarihinden itibaren iha.shgm.gov.tr adresinden hizmete açılacaktır.”

sorumlulukları kabul ettiklerine dair kanuni mümessillerince noterde tanzim ve tasdik edilmiş taahhütname gibi bilgiler girilmek zorundadır.

Ayrıca talimatta bir zorunluluk olmamasına rağmen kayıt sisteminde insansız hava aracının **3 adet fotoğrafının** eklenmesi gerekmektedir.⁸³

İHA0/İHA1 ve sistemlerinin sahibi/işleticisi/pilotu “Kayıt Sistemi” tarafından oluşturulacak etiketi İHA ve sistemlerinin üzerine ayrı ayrı yapıştırmaktan veya verilen kodu silinmeyecek şekilde yazmaktan sorumlu tutulmuştur (Yeni İHA talimatı m.11/5). Uygulamada ise kayıt sistemi üzerinden insansız hava aracı için oluşturulan profil, bir uzman tarafından onaylandıktan sonra araca bir plaka tahsis edilmektedir. Örneğin [Plaka : TR-İHA03400001 (TR : Türkiye , İHA0 : Kategorisi , 34 : İli , 00001 Plaka kodu.]] gibi.⁸⁴ Talimatta etiket olarak zikredilen aslında bu plakadır. Bu plaka ister etiket olarak yapıştırılsın isterse metal olarak insansız hava aracına monte edilsin, araç üzerinde silinmeyecek şekilde yani yağmur, kar ve diğer dış etmenlerden etkilenmeyecek şekilde bulunmalıdır.

G. Yeni İHA Talimatında Uçuşa Elverişlilik ve Uçuşa Yasak Bölgeler

İHA0 sınıfındaki İHA'lar için herhangi bir sertifika (Tahditli Tip veya Uçuşa Elverişlilik Sertifikası) düzenlenmesi ya da özel uçuş izni belgesi gerekmemektedir (yeni İHA talimatı m.8/1). İHA1 sınıfındaki İHA'lar için de herhangi bir sertifika ya da özel uçuş izni belgesi almak gerekmemekle birlikte “Emniyet ve Uygunluk Beyanı” gerekmektedir. Emniyet beyanının şartları m.8/2'de düzenlenmiştir.⁸⁵ İHA2 sınıfında-

⁸³ [http://iha.shgm.gov.tr/tr/22-neden-kayit-olmaliyim-/](http://iha.shgm.gov.tr/tr/22-neden-kayit-olmaliyim/) Er.Tar. 15.03.2016

⁸⁴ Örnek için bkz. [http://iha.shgm.gov.tr/tr/22-neden-kayit-olmaliyim-/](http://iha.shgm.gov.tr/tr/22-neden-kayit-olmaliyim/) Er.Tar. 15.03.2016

⁸⁵ Yeni İHA talimatı m.8/2: “İHA1 sınıfındaki İHA için Genel Müdürlük tarafından Tahditli Tip Sertifikası, Uçuşa Elverişlilik Sertifikası ve Özel Uçuş İzni Belgesi düzenlenmemekle birlikte bu evrakların yerine Genel Müdürlük resmi internet sayfasında örnekleri verilen Emniyet ve Uygunluk Beyanları kabul edilmektedir. Emniyet Beyanının geçerli olabilmesi için aşağıdakiler yerine getirilir:

a) İmalatçı/ithalatçı tarafından düzenlenen Uygunluk Beyanı eklerinde, İHA ve sistemlerinin imalatında kullanılan standartlar belirtilir.

ki İHA'lar için İHA1 sınıfı için uygulanan kurallar ile birlikte talimatta belirtilen doküman ve belgelere göre⁸⁶ güvenli ve emniyetli operasyon yapma kabiliyeti değerlendirilerek 3 yıl süreli "Özel Uçuş İzni Belgesi" düzenlenir. İHA3 sınıfındaki İHA'lar için Uçuşa Elverişlilik Sertifikası düzenlenir ve 3 yılda bir yenilenir (yeni İHA talimatı m.8/4).

Yeni İHA talimatında uçuşa yasak bölgeler açıkça düzenlenmiştir. Böylelikle, aşağıda yazılı bölgelerde Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünden izin alınmadan ve risk analizi yapılmadan **herhangi bir sınıftaki İHA** ile uçuş yapılması yasaklanmıştır:

- İrtifaya bağlı olmaksızın havalimanlarında, en yakında bulunan pistin kenarından 5 NM (9 km) mesafeden daha yakın sahada,
- İrtifaya bağlı olmaksızın seyrüsefer yardımcı cihazları, heliport, heliped, hava parkı, Genel Müdürlük resmi internet sitesinde yayımlanmış olan denize/iniş kalkış alanları, vb. merkez olmak üzere 5 NM (9 km) yarıçaplı sahada,
- İrtifaya bağlı olmaksızın çok kalabalık bölgeler ve kalabalık bölgeler üzerinde,

b) İHA ve sistemlerinin belirtilen teknik özelliklere, ekipmanlara ve sistem bileşenlerine çalışır halde sahip olduğu, bakımlarının uygun şekilde yerine getirildiği hususunda İHA pilotu tarafından Emniyet Beyanı yayınlanır ve bu beyan her yıl yenilenir.

c) İHA ve sistemlerinde kullanılacak frekanslar için, 05/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumundan gerekli kullanım izinleri İHA işleticisi/sahibi/pilotu tarafından alınır. Emniyet Beyanında, alınan frekans kullanım izninin tarihi, sayısı, tahsis edilen frekans bilgileri yer alır. İzin verilen frekansın kullanılması, her türlü girişime karşı gerekli tedbirlerin alınması İHA pilotu sorumluluğundadır. İHA ve sistemlerinde kullanılacak elektronik haberleşme cihazları Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından belirlenen teknik düzenlemelere uygun olur.

ç) Bakım onarımı yapan gerçek/tüzel kişinin ismi ve iletişim bilgileri de Emniyet Beyanında yer alır.»

⁸⁶ İHA Talimatı m.8/3: "a) Teknik özellikleri açıklayan İHA ve sistemlerine ait ürün kataloğu,

b) Satın alma faturası ve imalatçı tarafından yayımlanan Uygunluk Beyanı, ürünün imal tarihi, marka, model ve seri numarası,

c) Tüm uçuş ve bakımların ayrıntılarıyla gösterileceği kayıt defteri,

ç) İHA'nın sürekli uçuşa elverişliliğini sağlamak için üreticinin ve/veya tasarımcının uçuş ve bakım el kitaplarının uygulama kayıtları,

d) Kullanım sınırlamaları, sağlanması gereken özel prosedürler ve teknik koşullar,

e) Ömürlü parçaların, sistem bileşenlerinin ve faydalı yüklerin durumu ve değişim kayıtları ile birlikte bakım ve tamir kayıtları,"

- c) Türkiye AIP'si ENR 5.1 bölümünde yer alan "Yasak, Tahditli ve Tehlikeli Sahalar"da,
- d) Askeri binalar ve tesisler, cezaevi, akaryakıt depoları ve istasyonları, silah/fişek fabrika ve depoları gibi kritik yapı, tesis ve varlıkların çevresinde;
- e) NOTAM ile ilan edilen sahalarda,

Arama, kurtarma ve afet gibi öngörülemeyen acil durumlarda, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü ile gerekli koordinasyonun sağlanması kaydıyla istisnai olarak Uçuş İzni verilebilecektir (Yeni İHA talimatı m.18/2).

Ayrıca İHA0 ve İHA1 sınıfındaki İHA'lar ile NOTAM alınmadan, uçuşa yasak olmayan bölgelerde ve mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından yasaklanmayan yer ve zamanlarda uçulması durumunda;

- a) Sadece görerek meteorolojik koşulların sağlandığı durumlarda, gündeğümü-günbatımı saatleri arasında ve en az 2 km görüşe açık havalarda uçuş gerçekleştirilebilir,
- b) İHA, yatayda 500 metreyi geçmeyecek şekilde pilotun görüş alanında olmalıdır,
- c) Yerden (AGL)⁸⁷ 400 feet (120 metre) yüksekliğin üzerine çıkılmamalıdır,
- c) İnsan ve yapılardan en az 50 metre uzaklıkta uçuş gerçekleştirilmelidir.

İHA2 ve İHA3 sınıfındaki İHA'lar için ise

- a) Hava trafik usulleri açısından VFR88 uçuş gerçekleştirilen hava aracı statüsünde kabul edilmesi sebebiyle, uluslararası kurallar ve Türkiye AIP'sinde yer alan hükümler ve olabilecek diğer düzenlemeler dâhilinde uçuş gerçekleştirebilirler,
- b) Uygun ekipmanlara sahip ve gerekli izinleri alınmış İHA'lar ile

⁸⁷ AGL (Above Ground Level): Yer Yüzeyinden Yükseklik.

⁸⁸ Visual Flight Rules (Görerek Uçuş Kuralları).

yapılan uçuşlar hariç tutulmak üzere, gece VFR uçuş gerçekleştirmez (Yeni İHA talimatı m.19)

Tüm kategorilerdeki İHA sistemleri için özel mülkiyet sahası üzerinde mülkiyet sahibinden izin alınmadan uçuş yapılamayacağı düzenlenmiştir (Yeni İHA talimatı m.19/4). Bu düzenleme isabetli olmakla birlikte dikey ve yatay düzlemde bir **mülkiyet sahası tanımı** yapılması uygun olurdu. Çünkü bu mülkiyet sahası kişilerin meşru müdafaa ve diğer hakkın kullanılması müesseseleri için belirleyici olacaktır.

II. Ceza Hukuku Boyutuyla Uygulamada Karşılaşılan Güncel Sorunlar

A. İzinsiz İHA Uçurmanın Yaptırımını Nedir?

Çalışmamızda belirtildiği üzere her İHA, Türk hukuk sisteminde İHA olarak kabul edilmemekte İHA talimatı gereği bazı özellikler aranmaktadır. Yukarıda bahsi geçen bu özellikleri taşımayan insansız hava araçları ise Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun genel hükümlerine tabidir. İHA talimatı kapsamında yer alan bir insansız hava aracının izin almadan uçuş yapması halinde hem uçuşu yapan ilgili kişiye hem de İHA'nın sahibi bulunduğu işletmeye cezai hükümlerin uygulanacağı İHA Talimatı m.26'da düzenlenmiştir. Bu bağlamda İHA Talimatı kapsamında yukarıda şartları belirtilen İHA'ların, talimatta belirtilen şartları taşımadan ve izinsiz olarak uçuş yapması halinde ihlalin niteliği ve fiilin nasıl gerçekleştiğine göre TSHK m.141-142 veya 143 ve "Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Tarafından Verilecek İdari Para Cezaları Hakkında Yönetmelik (SHY-İPC)" uygulama alanı bulacaktır. Örneğin TSHK m.93/1-d kapsamında fotoğraf çekme yasağı olan yerlerin fotoğrafının bir insansız hava aracı uçuşu ile çeken kişiye TSHK m.141/2 uyarınca iki aydan iki yıla kadar hapis cezası verilecektir.

Bunun dışında İHA talimatı gereği, İHA statüsünde olmayan (azami kalkış ağırlığı 500 gr'dan daha az olan) hava araçlarının durumu ise tartışmalıdır. İHA talimatı kapsamında yer almayan İHA'lar, her ne kadar talimat kapsamı dışında bırakılmış olsalar da eğer TSHK

kapsamında hava aracı niteliğinde iseler, TSHK 141 vd. maddelerindeki cezai hükümlere muhatap olabilirler. Çünkü izne tabi olmadan uçuş yapan İHA'lar belirli bir hava trafiği kontrolüne (ATC) tabi olmadan uçuş gerçekleştirebilirler bile TSHK kapsamında sivil hava aracı niteliğinde olabileceklerdir.

B. İHA/Drone'lar ile Trafik Güvenliğinin Tehlikeye Sokulması Suçu İşlenebilir Mi?

Türk Ceza Kanunu'nun 179.maddesinde "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu" düzenlenmiştir. TCK m.179 ile korunmak istenen hukuki değerler; **hava "trafik güvenliği"**⁸⁹ ile kişilerin yaşam hakkı, vücut bütünlüğü ve mülkiyet hakkıdır.⁹⁰

TCK m.179/1'e göre; "Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için konulmuş her türlü işareti değiştirerek, kullanılamaz hale getirerek, konuldukları yerden kaldırarak, yanlış işaretler vererek, geçiş, varış, kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey koyarak ya da teknik işletim sistemine müdahale ederek, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olan kişiye bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir."

TCK m.179/2'ye göre; "Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

TCK m.179 3.fıkraya göre ise; "Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır."

Görüldüğü üzere TCK m.179/1 ve fıkra 2'de "kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarından» bahsedilmektedir. Öncelikle maddede geçen "hava ulaşım aracı" kavramının kapsamına insansız hava araçlarının girip-girmediği irdelenmelidir.

⁸⁹ R.Murat Önok, " Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 121. Sayı , Kasım-Aralık 2015, s.161.

⁹⁰ Veli Özer Özbek - Mehmet Nihat Kanbur - Koray Doğan - Pınar Bacaksız - İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7.Baskı, Ankara 2014, s.713, s.; Önok, s.161.

Ulaşım, bir nesnenin veya bir kişinin bulunduğu yerden farklı bir yere aktarılmasıdır.⁹¹ Bir ulaşım türü olan “havayolu ulaşımı” ise, hava araçları ile ulaşımın sağlanmasıdır. Bu kapsamda doktrinde ulaşım aracının yük ve yolcu taşımaya yarayan araçları ifade ettiği söylenmiştir.⁹² Hava ulaşım aracı TCK’da tanımlanmamıştır. Diğer yandan TSHK’da sadece hava aracı tanımına yer verilmiş olup, ulaşımında kullanılması bir şart olarak öngörülmemiştir. Keza TSHK’da yapılmış olan “hava aracı” tanımının “ulaşım aracı” tabiri yerine kullanılması da olanaklı değildir.⁹³

İnsansız hava araçlarının, hava aracı olduğunda tereddüt yoktur. Fakat TCK anlamında insansız hava araçlarının hava ulaşım aracı olarak kabul edilebilmesi hususu tereddütlüdür. Uygulamada kamu idaresi (Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü), Valiliklere göndermiş olduğu yazıda⁹⁴ TCK’nın Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma başlıklı m.179 uyarınca suç duyurusunda bulunulabilmesi amacıyla tespit edilen izinsiz, can ve mal güvenliğini riske eden, müsaadesiz olarak havalimanlarının iniş/kalkış paternleri de dâhil olmak üzere İHA uçuşu gerçekleştiren kişilerin kimlik ve adres bilgileri ile birlikte tutanak altına alınması ve söz konusu tutanakların Genel Müdürlüğüne gönderilmesini arz etmiştir. Görüldüğü üzere kamu idaresi, insansız hava araçlarını TCK 179 anlamında hava ulaşım aracı olarak kabul ettiğini ortaya koymuştur.

Doktrinde ise TCK m.179 kapsamında ulaşım aracından bahsedilmiş olmasına rağmen aracın mutlaka ulaşım amacına tahsis edilmiş olması gerekmediği görüşü mevcuttur.⁹⁵ Bu görüşün sonucu olarak ulaşım amacına tahsis edilsin veya edilmesin insansız hava araçları ile TCK m.179’un ihlal edilebileceği söylenebilecektir.

Yukarıdaki tüm bilgiler ve görüşler ışığında bir **değerlendirme** yapıldığında;

⁹¹ <https://tr.wikipedia.org/wiki/Ula%C5%9F%C4%B1m> Er.Tar.08.12.2015.

⁹² Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe, s.721.

⁹³ Zeki Hafizoğulları - Ezgi Aygün Eşitli, “Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar” *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/1, s.18-19.

⁹⁴ <http://www.teknoajans.net/wp-content/uploads/2015/06/drone-duyurusu.jpg> Er.Tar.08.12.2015.

⁹⁵ Onok, s.166; Mahmut Koca, “Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçu (TCK 179/2,3)” , *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Sayı 11, Temmuz 2005, s.102.

Türk Ceza Kanunu'nda "hava ulaşım aracı" kavramının tercih edilmesinin bilinçli olarak yapıldığı ve ulaşım için kullanılan hava araçlarının ilgili suçlara konu edildiği düşüncesindeyim (bkz. TCK 179-180 ve TCK m.223).⁹⁶ Aksi takdirde TCK m.8'de geçtiği gibi "hava aracı" kavramı tercih edilebilirdi.⁹⁷

İHA talimatı kapsamında yer almayan model uçak/hava araçları, oyuncaklar ve İHA statüsünde olmayan (azami kalkış ağırlığı 500 gr'dan daha az olan) hava araçları ile TCK m.179'da yer alan Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma ve TCK 180 Trafik Güvenliğini Taksirle Tehlikeye Sokma suçlarının işlenemeyeceğini düşünmekteyim. Örnek üzerinden aksinin kabulü halini açıklayacak olursak, model oyuncak arabaların karayolları trafiğine dâhil olduğu gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Buna karşın hava trafiğine veya kendine has hava trafiğe mensup, "yük, hayvan ya da yolcu taşıyan, kamuya ya da özel kişiye ait, motorlu veya motorsuz"⁹⁸ herhangi bir insansız hava aracı ile TCK m.179 ihlal edilebilecektir.

Sonuç itibariyle TSHK'na İHA ve benzeri hava araçları için özel bir suç tipinin konulması bir ihtiyaçtır. Bu suç tipi ile belirlenen sınıftaki İHA'lar ile ancak Hava Trafiğinin Kasten Tehlikeye Sokulması suçu işlenebilmelidir. Böylece doktrinde yaptığımız ayırım hukuki bir alt yapıya kavuşmuş olacaktır.

C. İHASavar Nedir? İHASavar Kullanılması Meşru Müdafaa Kapsamında Mıdır?

İnsansız hava araçlarının kullanımı ile ortaya çıkan birçok sorundan sonra bu araçların durumu tartışılır hale gelmiştir. Örneğin üze-

⁹⁶ Mukayeseli hukukta ise TCK m.223'e karşılık gelen İtalyan Ceza Kanunu'nun 432. maddesinin gerekçesinde ulaşım aracı; "kamu taşımacılığına tahsis edilmiş olan, paralı ya da parasız her türlü araç" olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca yazarlar kişilerin bizzat kendisine özel hizmet ve kullanımına tahsis edilmiş araçların her ne kadar ulaşım fonksiyonu görmekteyseler de ulaşım aracı olarak değerlendirilmeyeceği söylemektedirler. Hafizoğulları - Aygün Eşitli, s.19.

⁹⁷ Doktrinde "ulaşım aracı yerine "taşıt" teriminin daha kapsayıcı olduğu için tercih edilmesi gerektiği söylenmektedir. Bkz. Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe, s.722

⁹⁸ Önok, s.166.

rinde kameralar olan bir İHA ile bir kız öğrenci yurdunun yakınında bir uçuş gerçekleştirilmiş ve iddiaya göre akşam saatlerinde gerçekleşen uçuş ile öğrenci yurdundaki kız öğrencilere ait video görüntülerinin kaydedilmesi amaçlanmıştır.⁹⁹ Söz konusu ve benzeri eylemlerin tespiti ve engellenmesi ise bireysel İHA kullanımının oldukça arttığı bu günlerde oldukça zordur.

Burada tartışılması gereken, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale eden ve haksız saldırı niteliğindeki eylemler için başvurulabilecek yollardır. Son dönemde sıklıkla zikredilen “İHASavar”¹⁰⁰ (*Drone defender*,¹⁰¹ *anti-drone*, *anti-UAV*, *anti-piracy drone*¹⁰²) kavramı bu yollardan birisidir. İHASavar, gerek kendisine ve gerek başkasına ait her türlü hakkın korunması amacıyla, bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile istenmeyen İHA fiillerine karşılık olarak İHA’nın düşürülmesi, işlevsiz bırakılması, kontrolünün kaybedilmesine yarayan araçtır. Bu araç teknolojik yöntemler (radyo dalgaları, lazer sistemi) kullanabileceği gibi fiziki müdahalede bulunacak şekilde de dizayn edilebilecektir. Hatta bir hayvan (**kartal**) bile İHASavar olarak kullanılabilir.

Özellikle son dönemde özel hayatın gizliliğini ihlal eden İHA aktiviteleri gündemdedir.¹⁰³ Örneğin bu başlığın giriş kısmında verilen

⁹⁹ (<http://www.hurriyet.com.tr/cevizlibag-yurdunda-kiz-ogrencilere-drone-ile-taciz-40019122>), (<http://www.ihacom.tr/haber-kiz-ogrenci-yurdunda-dronelutaciz-515019/>), (<http://www.haberturk.com/gundem/haber/1158862-kiz-ogrenci-yurdunda-droneli-taciz>), (Er.Tar. 26.11.2015).

¹⁰⁰ “Drone-savar” Alternatif kavram kullanımı için bkz. <http://shiftdelete.net/boeing-drone-savar-silahini-duyurdu-63468> Er.Tar. 08.12.2015.

¹⁰¹ Yeni geliştirilen bir tüfek ile gökyüzündeki bir insansız hava aracı tek kurşun atılmadan radyo dalgaları ile düşürülebilecektir. Bkz. Zach Epstein, “New rifle shoots drones out of the sky without firing a single bullet” 16 Ekim 2015, <http://bgr.com/2015/10/16/drone-defender-rifle-radio-wave-gun/> Er.Tar. 08.12.2015.

¹⁰² <http://atacglobal.com/atac-anti-piracy-drone-uav-advantage/> Er.Tar. 08.12.2015.

¹⁰³ Hatta Amerika’da Wisconsin eyaleti İHA uçurmak suretiyle özel hayatı ihlal edecek şekilde fotoğraf, video çekilmesini ve kameralarla izleme yapılmasını özellikle cezalandıran kanuni düzenlemeleri kabul etmiştir. Kurt W. Smith, “Drone Technology: Benefits, Risks, and Legal Considerations” *Seattle Journal of Environmental Law* Volume 5, Issue 1, Article 12, 5-31-2015, s.297.

örnek bağlamında görüntülerinin çekildiği gören bir öğrenci kendi elinde bulunan İHASavar ile haksız saldırıyı gerçekleştiren İHA'yı etkisiz hale getirebilecektir. Bu etkisiz hale getirme eyleminin hukuka uygun sayılabilmesi için hâlihazırdaki saldırıya karşı bir hukuka uygunluk sebebi içinde hareket edilmesi gerekmektedir. Bu hukuka uygunluk sebebi¹⁰⁴ TCK m.25/1 anlamında meşru müdafaadır. Kanunumuz meşru savunma konusu olabilecek hakları sınırlamamış olduğundan hayata, vücut bütünlüğüne, cinsel özgürlüğe, malvarlığına yönelik saldırılarda meşru müdafa hükmünün uygulanması mümkündür. Dolayısıyla bir İHA ile özel hayatın gizliliğini ihlal edecek şekilde ya da cinsel özgürlüğe yönelik fiillere karşılık yapılan saldırıyı uzaklaştıracak şekilde hareket eden bir kişi meşru müdafa halinde bulunmaktadır.

Meşru müdafaanın saldırı ve savunmaya ilişkin olmak üzere toplam beş şartının bulunduğu kabul edilmektedir. Bu şartlar; bir saldırının varlığı, saldırının fil hal olması, saldırının haksız olması, savunmada zorunluluk bulunması ve saldırı ile savunma arasında oran olmasıdır.¹⁰⁵ Herhangi bir hakka yönelik haksız saldırının söz konusu olması halinde, İHASavar ile mevcut yani fil hal saldırıya karşı, saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde savunmaya ilişkin bir saldırı yapılabilecektir. Örneğin; zilyedinin rızası olmaksızın bahçesindeki kiraz kasasını bir İHA vasıtasıyla bulunduğu yerden almaya çalışılması halinde, radyo dalgaları veya lazer sistemiyle donatılmış İHASavar, haksız saldırıyı gerçekleştiren İHA'yı etkisiz hale getirebilecektir. Bu bağlamda haksız saldırıyı gerçekleştiren İHA'ya zarar vermeden etkisiz kılma metodu söz konusu ise öncelikli olarak o metodun tercih edilmesi yerinde olacaktır.

Mukayeseli hukukta "İHA avlama lisansı" (*drone-hunting license*) verilmesi planlanan araçlarla İHA'lara karşı meşru müdafaanın

¹⁰⁴ Hukuka uygunluk nedenleri ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran objektif ve genel nedenlerdir. Hukuka uygunluk sebeplerinin özellikleri hakkında geniş bilgi için bkz. Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III*, Yenilenmiş 2.Baskı, İstanbul 1992, s.145-146.

¹⁰⁵ Hakeri, s.299 vd.

mümkün kılınmasına ilişkin bir hukuki düzenleme Colorado da oynanmıştır.¹⁰⁶

Bir diğer tartışılması gereken ise İHASavar sistemler ile “önleyici meşru müdafaada” bulunulmasının mümkün olup-olmadığıdır. Kanunumuzda yer verilmeyen ve fakat doktrinde özel bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilen önleyici meşru müdafa (Offendicula) yani “otomatik savunuculuk” bir meşru müdafa şeklidir.¹⁰⁷ Doktrinde önleyici meşru müdafa, “bir kimsenin, malına yönelik muhtemel saldırılara karşı bazı mekanizmaların kurulması suretiyle aldığı ve fakat saldırı anında kendiliğinden, otomatik olarak fonksiyon görecektir olan tedbirlerle malını savunması” olarak tanımlanmaktadır.^{108,109} Önleyici meşru müdafaada kullanılan mekanizma/sistem, gelecek olası saldırıdan önce ayarlanmakta fakat saldırı ile eş zamanlı olarak savunmaya geçmektedir.¹¹⁰ Böylelikle sinyal kesici olarak sadece kendi evinin pencerelerinin önünde İHA uçuşunu engelleyecek şekilde İHASavar sistemi kuran kişi meşru müdafa hükümlerinden yararlanacaktır.

Sonuç itibarıyla İHA'ların haksız saldırı niteliğindeki fiilleri nedeniyle saldırı ile orantılı olarak etkisiz hale getirilmesi meşru müdafa kapsamında mütalaa edilmelidir.

III. SONUÇ

Hukukumuzda hâlihazırda yürürlüğe girmiş olan yeni İHA talimatı yayımlanmadan önce sivil insansız hava araçlarıyla ilgili olarak sadece ayrılmış hava sahalarında uygulanacak kurallar düzenlenmişti

¹⁰⁶ A. Michael Fromkin - Zak Colangelo, “Self-defense against overflying drones” The Washington Post, 3 Ekim 2014, <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/10/03/self-defense-against-overflying-drones/> Er.Tar. 08.12.2015.

¹⁰⁷ Halid Özkan, Ceza Hukukunda Azmettirme, Ankara 2013, s.134.

¹⁰⁸ Hakan Hakeri - Recep Gülşen, “Offendicula ve Yeni Türk Ceza Kanunu” Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi C.IX Sayı.1-2, s.41.

¹⁰⁹ Yazarlar tarafından yapılan tanımla katılmakla birlikte Bu tanımla isabetli bulmakla katılmakla birlikte mal haricindeki herhangi bir hakkın korunmasına yönelik olarak da önleyici meşru müdafaadan yararlanılabileceği görüşündeyim.

¹¹⁰ Hakeri- Gülşen, s.42.

(Eski İHA talimatı). Ayrılmış olmayan hava sahalarında insansız hava aracı (*drone*) kullanımıyla ilgili olarak Türk Sivil Havacılığı'nın genel kurallarına bakmak gerekmektedir. İnsansız hava araçlarının ayrılmış olmayan hava sahalarında uçurulması ile ilgili özgülenmiş herhangi bir talimat veya hukuki düzenleme bulunmaması bir eksiklik oluşturmaktaydı. Bu nedenle İHA talimat taslağı hazırlanmış yürürlüğe girmeden iki farklı versiyonda askıya çıkmıştı. İlk versiyon **İnsansız Hava Aracı Sistemlerinin Tescil, Operasyon, Seyrüsefer, Bakım Ve Uçuşa Elverişlilik Usul Ve Esaslarına İlişkin Talimat taslağı bazı ihtiyaçlara cevap vermediği için büyük ölçüde değişikliğe uğramış**, güncellenen İnsansız Hava Aracı Sistemleri Talimatı taslağı ise bazı değişikliklerle kabul edilmiş ve yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Yeni İHA talimatıyla Türk Hava Sahasında uçurulacak, havalandırılacak, kullanılacak veya işletilecek sivil İnsansız Hava Aracı (İHA) sistemlerinin ithali, satışı, kayıt ve tescili, uçuşa elverişliliğin sağlanması, sistemleri kullanacak (İHA pilotlarının) kişilerin sahip olması gereken nitelikleri, lisanslamaları, hava trafik hizmetleri ve İHA operasyonlarına ilişkin usul ve esaslar belirlenmiş, talimat taslağı-2 (SHT-İHA Rev.01) güncellenerek yayımlanmıştır. Talimatın güncellenmesi ile birlikte; azami kalkış ağırlığı 0,5 kg'dan 25 kg'a kadar olan İHA sahiplerine çevrimiçi kayıt ve belirli şartlarda uçuş kolaylığı getirilmiş; uçuş yasağı getirilen alanlar belirlenmiş, özel uçuş izni gerektiren haller tanımlanmış, İHA'lar ile ticari faaliyet yapmak isteyen kişiler için gereklilik şartları belirlenmiş, İHA kontrolünü sağlamak adına tedbir niteliğinde düzenlemeler getirilmiştir. Bunların dışında ayrıca ticari İHA uçuşlarında İHA pilotlarının eğitim müfredatı belirlenerek talimata konmuştur. Ayrıca talimatın uygulanabilirliğini ve anlaşılabilirliğini artırmak adına İHA başvuru akış şeması da talimat ekine konmuştur.

Böylelikle; bu çalışmada elde ettiğimiz ilk ve en önemli sonuç; eski İHA talimatının güncellenerek ve değiştirilerek, çoğu insansız hava aracını kapsayıcı şekilde ve kayıt sistemi ile entegre olacak şekilde modern teknikler içermek suretiyle yürürlüğe girmesinin çok yerinde olduğudur.

Teorik açıdan bu çalışmada ulaştığımız veya ilgili yerlerde değindiğimiz sonuçları maddeler halinde ve özet şekilde sıralayacak olursak;

- Yeni İHA talimatı, çok özenli şekilde çoğu ihtimal düşünülerek hazırlanmıştır ve bu yönüyle başarılıdır. Yalnız kazuistik metodun benimsendiği talimat uygulanabilirliği zorlaştırdığı ve birçok ekstra yükümlülük içerdiği için kaçak ve izinsiz şekilde uçuş gerçekleştirilmesine sevk edebilecek niteliktedir. Buna karşın kayıt ve bildirim yükümlülüğünün kolaylaştırıcı şekilde çevrimiçi yapılabilir olması modern çağın bir gereği olarak isabetli bir tercihtir. Bununla birlikte İHA talimatının ufak rötuşlara da ihtiyacı bulunmaktadır.
- İster İHA talimatı gereği İHA sayılsın, ister bu kapsam dışındaki İHA söz konusu olsun, ithali ve satışı itibarıyla ülkeye girişi ya da üretiminden itibaren cep telefonlarında olduğu gibi (bkz. IMEI) insansız hava araçlarının da bir kayıt kodu (Register Identity Number: RIN) olmalıdır.¹¹¹ Bu kod başvuru sırasında İHA sahibi tarafından değil üretici tarafından konulmalı ve araç üzerine silinmez şekilde işlenmelidir.
- Eski İHA Talimatı uyarınca yapılan İHA tanımı “... *model* uçaklar hariç, içinde insan olmadan motor gücü ile uçuş yapabilen...” hava araçları şeklinde olduğundan; İHA’ların motor gücüyle çalışmaması halinde İHA kapsamında değerlendirilemeyeceği eleştirilmekteydi. Böylece motorsuz insansız hava araçları için hukuki bir boşluk oluşabilecekti. Bu isabetsiz tanım yeni İHA talimatında isabetli şekilde değiştirilmiştir.
- Son zamanlarda artan kötü niyetli, hava trafiğini veya özel hayatın gizliliğini ihlal edici uçuşlar nedeniyle kamu idaresi (Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü), Valiliklere gönderilen hukuki metin ile “herhangi bir sınıflandırmaya tabi tutulmaksızın” izin alınmadan yapılan can ve mal güvenliğini riske eden, müsaadesiz olarak ha-

¹¹¹ Billing Code 4910-13-P RIN 2120-AK82 Registration and Marking Requirements for Small Unmanned Aircraft, s.7, http://www.faa.gov/news/updates/media/20151213_IFR.pdf Er.Tar. 14.12.2015

valimanlarının iniş/kalkış paternleri de dâhil olmak üzere İHA uçuşu gerçekleştiren kişilerin kimlik ve adres bilgileri ile birlikte tutanak altına alınması ve söz konusu tutanakların Genel Müdürlüğüne gönderilmesini arz etmiştir. Ayrıca bu tutanaklar ile TCK m.179 bağlamında suç duyurusunda bulunulacağı ifade edilmiştir. Burada ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Mevzuat gereği İHA olarak nitelendirilmeyen araçlar için TCK m.179 uyarınca suç duyurusunda bulunulması kanımca isabetsizdir. Çünkü "hava ulaşım aracı" niteliğinde olmayan İHA talimatı dışındaki araçlar ile TCK m.179'un ihlal edilemeyeceği kanısındayım. Kamu idaresi, insansız hava araçlara uçuş izni verme ve bu uçuşların yapılacağı alanları belirleme yetkisine sahiptir. Buna karşın, yasaklayıcı bir norm bulunmadan külli şekilde İHA kullanımını kısıtlayıcı tedbirler almak ise hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

- Yeni yürürlüğe giren İHA talimatı mülki idare amirine İHA0 ve İHA1 sınıfı İHA'lar için uçuş izni vermeme yetkisi verilmiştir. İsaletli bir düzenleme olmakla beraber mülki idare amirinin bu sınıftaki İHA'ların uçuş denetim ve engellemesi işlemlerini nasıl yapacağı ise soru işaretidir!
- Son dönemde Sivil Havacılık hukuki düzenlemelerine ilişkin Dünya genelindeki eğilim, insansız hava araçlarının genel hava trafiğine intibakının sağlanması yönündedir. Yine teknolojik havacılık ile uğraşan kurum ve kuruluşlar (NASA gibi) alçak uçuş gerçekleştiren mini-İHA'ların hava trafiğini, genel hava trafiğine entegre etmeye çalışmaktadırlar.¹¹² İHA'ların sadece ayrılmış hava sahalarına hapsedilemeyeceği, hukuki olarak sınırlandırmalar olsa da kesinlikle bu sınırların aşılacağı daha şimdiden söylenebilir. Bu nedenle hukuki düzenlemelerin, sınırlayıcı hükümlerinin önleyici teknolojiyi destekleyen ve zorunlu tutan şekilde olması gerekmektedir. Örneğin "algıla - hisset/kaçın" teknolojisi (**Detect And Avoid System**) belirli kültede insansız hava araçları için ma-

¹¹² Kimberly Williams, "NASA leads development of a new system to manage low-altitude drones", 12 Haziran 2015, <http://phys.org/news/2015-06-nasa-low-altitude-drones.html> Er.Tar.08.12.2015; Yüksel Kenaroğlu, "İnsansız Hava Aracı: Ne Kadar Güvenilir?" Mühendis ve Makina, Cilt 54, Sa.636, 2013, s.69.

liyeti ne olursa olsun zorunlu tutulmalıdır.¹¹³ Nitekim yeni İHA talimatında İHA3 sınıfı İHA'lar için algıla-sakin sisteminin kullanılması isabetli şekilde zorunlu tutulmuştur.

- Tüm sınıflardaki İHA sistemleri için özel mülkiyet sahası üzerinde mülkiyet sahibinden izin alınmadan uçuş yapılamayacağı yeni İHA talimatı m.19'da düzenlenmiştir. Bu düzenleme isabetli olmakla birlikte İHA'lar için dikey ve yatay düzlemde bir **mülkiyet sahası tanımının** talimatta yer alması daha uygun olurdu.
- 2013 tarihli eski İHA Talimatına göre; *“Model uçak: Açık alanda kullanılabilen, azami kalkış kütlesi 20 kilogramı geçmeyen, otonom uçuş kabiliyeti olmayan, kullanıcının görüş sahası içinde uçurulan ve sadece spor ve eğlence amacıyla kullanılan insansız hava araçlarını”* ifade etmekteydi. Model uçaklar, isabetsiz şekilde bir insansız hava aracı türü olarak tanımlanmıştı. Bu tanıma rağmen, model uçakların İHA olarak nitelendirilmeyeceği ilgili talimatın 2.maddesinde açıkça düzenlenmişti. Daha sonra askıda ilan edilen İHA talimat taslağı-1'de yapılan bu tanım değiştirilmişti. İHA talimat taslağı-1 m.4/1-ö uyarınca; *“Model uçak: Açık alanda kullanılan, azami kalkış ağırlığı 25 kg'ı geçmeyen, otonom uçuş kabiliyeti olmayan, ticari faaliyet yapmaksızın eğlence ve sportif amaçlı kullanılan, yardımcı araçlar olmadan kullanıcının doğrudan ve sürekli görme sahasında uçurulması tasarlanan ve içinde herhangi bir şahıs olmadan uzaktan kumanda edilen hava aracı”* olarak tanımlanmıştı. İHA talimatı taslak-2'de ise; *“Model hava aracı: Açık alanda kullanılan, ağırlığı 25 kg'ı geçmeyen, otonom uçuş kabiliyeti olmayan, ticari faaliyet yapmaksızın eğlence ve sportif amaçlı kullanılan, 400 ft uçuş tavanını ve 2 km uzaklığı geçmemek üzere görüş mesafesinde uçurulan ve içinde herhangi bir şahıs olmadan uzaktan kumanda edilen hava aracı, ifade eder”* şeklinde tanımlanmıştı. İHA talimat taslakları 1 ve 2'de model uçak ve model hava aracı tanımları yapılmış olsa da isabetsiz şekilde yeni İHA talimatında bu tanımlara yer verilmemiştir. Yeni İHA talimatının taslak halinde dahi tanımlanmış olan model hava aracının neden yürürlüğe giren talimatta yer almadığı eleştirilebilir. Çünkü insansız hava araçları bakımından somut bir kapsam öngörmesi ve model uçak/

¹¹³ Dikmen, s.168-169.

hava aracı-İHA ayrımı için kriterler belirlenmesi bakımından model hava aracı tanımının İHA talimatında düzenlenmesine kanaatimce gereksinim bulunmaktadır. Aksi takdirde model uçak/hava aracı ve İHA ayrımı ortadan kalkacak olup, hobi ve spor amaçlı olsa bile model uçak/hava araçlarının İHA0 ve İHA1 kapsamında mütalaa edilmesi gerekecektir.

- İHA'lar için havada seyredebilme için kullanılan yöntem ve aracın hacimsel büyüklüğü önemsizdir. Bununla birlikte yeni İHA talimatında havada seyredebilme/kalabilme için "... aerodinamik kuvvetler aracılığıyla sürekli uçuş yapma yeteneğinde olan..." ifadesi kullanılmıştır. Böylelikle İHA'lar için Türk Hukuku'nda aerodinamik kuvvetler aracılığıyla havada seyredebilme özelliği aranacaktır. Kanaatimce bu tarz bir sınırlama sürekli gelişen ve değişen teknoloji karşısında isabetli olmamıştır.

Kaynakça

- Ahi Gökhan, "Drone'lar ve Hukuk" 02.10.2014 <http://www.digitalage.com.tr/makale/dronelar-ve-hukuk/> Er.Tar. 11.09.2015
- Akkurt Sinan Sami, Türk Sivil Havacılık Mevzuatı ve Uluslararası Konvansiyonlar Kapsamında Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Ankara Ekim 2014
- Akyürek Salih - Yılmaz Mehmet Ali - Taşkiran Mustafa, İnsansız Hava Araçları Muharebe Alanında ve Terörle Mücadelede Devrimsel Dönüşüm, BİLGESAM, Rapor No:53, Ankara Aralık 2012
- Calo M.Ryan, "The Drone as Privacy Catalyst" Stanford Law Review Online, Vol.64, Aralık 2011
- Can Nazlı, "İnsansız Hava Araçları Hakkında Uluslararası Mevzuat» http://www.can.aero/index.php?option=com_content&view=article&id=79:nsansz-hava-aracilar-hakknda-uluslararar-mevzuat&catid=21:articles&Itemid=13 Er.Tr. 07.12.2015
- Can Nazlı, "Sivil Havacılığa Yön Veren Kuruluş Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü: ICAO", *Kokpit'ten Bakış Dergisi*, Yıl:5 Sa.27, Temmuz/Ağustos/Eylül 2013 (ICAO)

- DHMi Genel Müdürlüğü Havacılık Terimleri Sözlüğü, Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü APK Daire Başkanlığı, Ankara Mayıs 2011,s.347 <http://www.dhmi.gov.tr/dosyalar/pdf/DHMi-Havacilik-Terimleri-Sozlugu.pdf> Er.Tar.10.10.2015
- Dikmen Mustafa, “İnsansız Hava Aracı (İHA) Sistemlerinin Hava Hukuku Bakımından İncelenmesi” *Savunma Bilimleri Dergisi* Mayıs 2015, Cilt 14, Sayı 1.
- Epstein Zach, “ New rifle shoots drones out of the sky without firing a single bullet” 16 Ekim 2015, <http://bgr.com/2015/10/16/drone-defender-rifle-radio-wave-gun/> Er.Tar. 08.12.2015
- Froomkin A. Michael - Colangelo Zak, “Self-defense against overflying drones” The Washington Post, 3 Ekim 2014, <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/10/03/self-defense-against-overflying-drones/> Er.Tar. 08.12.2015.
- Hafızoğulları Zeki - Aygün Eşitli Ezgi, “ Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar” *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/1
- Hakeri Hakan – Gülşen Recep, “Offendicula ve Yeni Türk Ceza Kanunu” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* C.IX Sayı.1-2
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17.Baskı, Ankara 2014
- ICAO, Manual on Remotely Piloted Aircraft Systems (RPAS), International Civil Aviation Organization, Doc 10019 AN/507, First Edition 2015
- İncel Tuğba, “İHA’ların Sivil Kullanımıyla İlgili Hukuki Düzenlemeler” Yayım Tarihi: 18.06.2015, <http://m.airkule.com/yazar/IHA-larin-Sivil-Kullanimiyla-Ilgili-Hukuki-Duzenlemeler/1042> Er.Tar. 27.11.2015
- İşgüzar Hasan, Türk Sorumluluk Hukukuna Göre Sivil Hava Aracı İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu, Ankara 2003
- Kaner İnci, Hava Hukuku(Hususi Kısım), Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2004
- Karaağaç Cengiz, “ İnsansız Hava Aracı Sistemleri: Gökyüzünün Yeni Yırtıcı Kuşları», http://www.academia.edu/2004387/%C4%B0nsans%C4%B1z_Hava_Arac%C4%B1_Sistemleri_G%C3%B6ky%C3%BCz%C3%BCn%C3%BCn_Yeni_Y%C4%B1rt%C4%B1c%C4%B1_Ku%C5%9Flar%C4%B1 Er.Tar.08.10.2015
- Kenaroğlu Yüksel, “ İnsansız Hava Aracı: Ne Kadar Güvenilir?” Mühendis ve Makina, Cilt 54, Sa.636, 2013

- Koca Mahmut, " Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçu (TCK 179/2,3)" , *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Sayı 11, Temmuz 2005
- Lafay Mark, *Drones For Dummies*, New Jersey 2015
- Önder Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III*, Yenilenmiş 2.Baskı, İstanbul 1992
- Önok R.Murat, " Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179), *Türkiye Baskılar Birliği Dergisi* 121. Sayı , Kasım-Aralık 2015
- Özbek Veli Özer - Kanbur Mehmet Nihat - Doğan Koray - Bacaksız Pınar - Tepe İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7.Baskı, Ankara 2014
- Özkan Halid, *Ceza Hukukunda Azmettirme*, Ankara 2013
- Smith Kurt W., "Drone Technology: Benefits, Risks, and Legal Considerations" *Seattle Journal of Environmental Law* Volume 5, Issue 1, Article 12, 5-31-2015
- Sorgucu Ayhan, *Hava ve Uzak Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2014
- T.C Ankara Valiliği Özel Kalem Müdürlüğü'nden 18/05/2015 tarih, 42860840/889-209 sayı ve "İnsansız Hava Araçları" konulu Genelge. <http://www.ankara.gov.tr/insansiz-hava-aracлари> Er.Tar. 04.12.2015
- T.C Erzurum Valiliği, 05.02.2016 günü ve 17098547-13903-2016/168 sayılı kararı. <http://www.erkurum.gov.tr/detay.asp?id=1261> Er.Tar.15.03.2016
- Tomasello Filippo, "Regulation of RPAS: from ICAO to EASA Rulemaking Official (R4.1)" 07 June 2012, http://uvs-international.org/phocadownload/04_1cca_Presentations_PvB_/33_Tomasello-Filippo_EASA_Europe_V3.pdf Er.Tar. 07.12.2015;
- Utalk Guilhem de Marliave Röportajı. <http://tr.euronews.com/2015/03/06/insansiz-hava-aracлари-dronelarin-kullanimina-iliskin-yasal-duzenleme-nedir/> Er.Tar. 08.12.2015
- Ülgen Hüseyin, *Hava Taşıma Sözleşmesi*, İstanbul 1987
- Williams Kimberly, "NASA leads development of a new system to manage low-altitude drones", 12 Haziran 2015, <http://phys.org/news/2015-06-nasa-low-altitude-drones.html> Er.Tar.08.12.2015
- Zimmer Ben, "The Flight of 'Drone' From Bees to Planes" July 26, 2013, *The Wall Street Journal*. <http://www.wsj.com/articles/SB10001424127887324110404578625803736954968> Er.Tar. 07.12.2015

Anonim İnternet Kaynakları

<http://web.shgm.gov.tr/tr/ucus-izinleri/3893-index> Er.Tar.09.10.2015

(<http://www.hurriyet.com.tr/cevizlibag-yurdunda-kiz-ogrencilere-drone-ile-taciz-40019122>), (<http://www.iha.com.tr/haber-kiz-ogrenci-yurdunda-droneli-taciz-515019/>), (<http://www.haberturk.com/gundem/haber/1158862-kiz-ogrenci-yurduna-droneli-taciz>), Er.Tar. 26.11.2015

<http://atacglobal.com/atac-anti-piracy-drone-uav-advantage/> Er.Tar. 08.12.2015.

<http://shiftdelete.net/boeing-drone-savar-silahini-duyurdu-63468> Er.Tar. 08.12.2015

<http://www.teknoajans.net/wp-content/uploads/2015/06/drone-duyurusu.jpg>
Er.Tar.08.12.2015

<https://tr.wikipedia.org/wiki/Ula%C5%9F%C4%B1m> Er.Tar.08.12.2015

<http://web.shgm.gov.tr/tr/havacilik-personeli/2129-hava> Er.Tar. 09.12.2015

“Regierung plant Führerschein und Kennzeichenpflicht für Drohnen” Frankfurter Allgemeine, 08.11.2015 <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/verkehrsministerium-regierung-plant-fuehrerschein-und-kennzeichenpflicht-fuer-drohnen-13900555.html> Er.Tar. 09.12.2015.

<http://www.haberturk.com/video/amator/izle/ucagin-kanadina-carpti/143219>
Er.Tar.04.12.2015

<http://www.webtekno.com/video/ataturk-havalimani-drone-h4829.html> Er.Tar. 04.12.2015

<http://www.teknokulis.com/haberler/guncel/2014/01/21/ihalar-yangin-sondurecek> Er.Tar.09.09.2015

https://tr.wikipedia.org/wiki/Manyetik_ray%C4%B1_tren Er.Tar.01.12.2015

<http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/take-off> Er.Tar.1.12.2015

<http://webrazzi.com/2015/11/30/amazon-yeni-nesil-teslimat-drone/>
Er.Tar.01.12.2015

<http://webrazzi.com/2014/01/20/amazon-sezgisel-teslimat-lojistik/> Er.Tar. 01.12. 2015

<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/aircraft>, Er.Tar. 25.11.2015

<http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/taslaklar/SHT-IHA.pdf> Er.Tar.11.06.2015

[http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/taslaklar/SHT-IHA\(1\).pdf](http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/taslaklar/SHT-IHA(1).pdf) Er.Tar.10.01.2016

<http://iha.shgm.gov.tr/tr/22-neden-kayit-olmaliyim-/> Er.Tar. 15.03.2016

Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü 22 Şubat 2016 tarihli duyurusu. <http://web.shgm.gov.tr/tr/genel-duyurular/5081-iha-talimati-yayimlanmistir> Er.Tar.09.03.2016

The 2015 Florida Statutes; http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0900-0999/0934/Sections/0934.50.html Er.Tar. 14.12.2015

BILLING CODE 4910-13-P RIN 2120-AK82 Registration and Marking Requirements for Small Unmanned Aircraft, s.7, http://www.faa.gov/news/updates/media/20151213_IFR.pdf Er.Tar. 14.12.2015

GERİ KABUL VE VİZE SERBESTİSİ ANLAŞMASI

THE READMISSION AGREEMENT AND VISA LIBERATION AGREEMENT

Kutluhan BOZKURT*

Özet: Suriye iç savaşının etkilediği ve şekillendirdiği “Geri Kabul ve Vize Serbestisi Anlaşması” hem Avrupa Birliği’ne üye ülkelerde, hem de Türkiye’de oldukça ses getiren ve tartışılan bir konu olarak dikkat çekmektedir. Anlaşmadan sonra taraflarca çok sayıda açıklama ve değerlendirmeler yapılmıştır. Anlaşmanın yerine getirileme riski ve olasılığı oldukça fazladır. Bu çalışma ile ilgili anlaşmanın getirdikleri ile anlaşmanın Uluslararası ve AB hukuklarına göre analizi ve değerlendirilmesi yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Suriye iç savaşı, Mültecilik, Geri Kabul ve Vize Serbestisi, AB-Türkiye ilişkileri, Non-refoulement İlkesi, AİHM ve ABAD’ın Mültecilik ile ilgili içtihatları

Abstract: The Readmission Agreement and Visa liberation Agreement/roadmap between EU and Turkey as a result of the Syrian Civil War is a delicate subject, discussed not only in Turkey, but also in the European Union member states. Both parties have made various statements and evaluations following the agreement. The risks and prospect of non-fulfillment of the conditions of the agreement of agreement is very real. This article will analyze and evaluate the content of the agreement accordingly international and EU law.

Keywords: Syrian Civil War, Refugee, the Readmission Agreement and Visa liberation, EU-Turkey Relations, the principle of non-refoulement, the rulings of European Court of Human Rights and Court of Justice of the European Union on refugee law.

Giriş

Avrupa Birliği ile Türkiye arasında uzun siyasi görüşmeler sonucunda kabul edilen Geri Kabul ve Vize Serbestisi Anlaşması, özellikle Suriye iç savaşının ve bu savaşın yıkıcı etkilerinin şekillendirdiği ve güncel hale getirdiği kavramlar olarak dikkat çekmektedir. Arap baha-

* Yrd. Doç. Dr., LL.M. Eur., Özyeğin Üniversitesi

rı ile başlayan süreç güçlü bir göç dalgası hareketi yaratarak Arap ülkelerinin bulunduğu coğrafyayı kısa süre içinde etkisi altına almış ve bu dalganın en son uğradığı ülke ise Suriye olmuştur. Öngörülenin aksine, bu dalga Suriye’de kısa süre içinde göreceli bir değişim getirmemiş ve yaklaşık 5 yıldan beri sadece Ortadoğu’yu etkilen bir kriz olmaktan çıkıp, tüm Avrupa’yı etkilemeye başlayan bir iç savaşa yol açmıştır.

Öylesine bir savaştır ki bu sonuçta, 3 milyona yaklaşan sığınmacı Türkiye’ye gelmiş ve burada yaşamaya başlamış ve yaklaşık olarak 1 milyon Suriyeli mülteci ise Avrupa ülkelerine akın etmiştir. Bu kadar yoğun mülteci akını, hem Türkiye açısından, hem de Avrupa ülkeleri açısından ender görülebilecek bir yoğunlukta olmuş ve olmaya da devam etmektedir. Suriye iç savaşı çok bilinmeyenli ve çok faktörlü bir denklemdir ve majör ülkelerin soruna yaklaşımı ve beklentileri birbirinden tümüyle farklıdır. Bu ise çözümü veya çözüm olasılığını daha da zorlaştırmaktadır.

Suriye savaşına bağlı olarak artan mülteci akını artık sadece Türkiye’yi etkilememekte, doğrudan Avrupa’yı da hem politik, hem de ekonomik anlamda etkilemeye başlamıştır. Bu etkilenme ve değişim, sonuç itibariyle, Türkiye-Avrupa Birliği (AB) ilişkilerini de şekillendirmeye başlamıştır. Özellikle mevcut mülteci akını ve gelebilecek yeni dalgalar Türkiye açısından ve de AB açısından yeni bir siyasi ve hukuki sürece neden olacaktır. Düne kadar Türkiye’yi AB’nde istemeyen üye ülkelerin, mülteci akını nedeniyle, Türkiye’yi adeta yeniden keşfetmiş olması, bu değişimin en basit yansıması olarak dikkat çekmektedir. Bu çalışma ile Suriye savaşı, Türkiye ve AB’ne yönelik mülteci akını sürecinin tetiklemiş ve etkilemiş olduğu Geri Kabul ve Vize Serbestisi Anlaşması ağırlıklı olarak hukuki düzlemde ele alınacaktır. Bu yaklaşımda tespit ve analizler aynı zamanda Türkiye-AB ilişkilerinin mevcut durum itibariyle nasıl şekilleneceğinin de bir göstergesi olacaktır.

Mülteci Akını ve Suriye İç Savaşı

Arap Baharı¹ sürecinde Suriye’de protestolar Mart 2011’de başla-

¹ Arap Baharı olarak adlandırılan 2010 yılında Tunus’ta başlayan ve kısa süre içinde diğer Arap ülkelerine yayılan protestoların an ekseninde işsizlik, enflasyon, tek adam yönetimi, temel hak ve özgürlüklerin yetersizliği, özellikle ifade özgürlüğü-, siyasi yozlaşmalar, kötü yaşam koşulları gibi unsurlar yer almaktaydı. Ağırlıklı ve yaygın olarak, Tunus, Mısır, Libya, Yemen, Suriye, Bahreyn gibi ülke-

mıştır.² Zamanla bu protestolar bir iç savaşa neden olmuş, savaş sadece Suriye'yi etkilemekten çıkmış, komşu ülkeleri, nihayetinde de diğer Avrupa ülkelerini de doğrudan etkiler hale gelmiştir. Savaşın askeri-politik, ekonomik, hukuki ve sosyolojik etkilerini başlangıçta Ortadoğu da görmekte iken, Paris ve Brüksel'deki terör saldırılarıyla yoğun mülteci akınını farklı bir boyutuyla Avrupa da derinden hissetmeye başlamıştır.

Kriz, çatışma ve sonrasında başlayan iç savaş nedeniyle Suriye bugün farklı güçlerin elinde bölünmüş durumdadır. Bir savaşın en yıkıcı tarafı, sivil ve masum insanların bundan doğrudan ve en ağır tahribatı almalarıdır. Suriye İnsan Hakları Gözlemevi'nin raporlarına göre savaşın başlamasından bu yana 200.000'den fazla kişi hayatını kaybetmiştir.³ Buna karşılık ise Suriye Siyasi Araştırma Merkezi'nin (SCPR) verilerine göre ise 470.000'den fazla insan bu savaşta yaşamını yitirmiştir, yaralı sayısı ise 1 milyon 900 bin olarak açıklanmaktadır.⁴ Bu kanlı sürecin bir diğer faturası ise çok sayıda insanın, Suriye'yi terk etmek zorunda kalmasıdır.

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR) verilerine göre, savaştan komşu ülkelere kaçan mültecilerin sayısı 4 milyonu geçmiş, bunun ise son 25 yıldır UNHCR'in yetki alanındaki, tek başına dünyadaki en büyük mülteci krizi olduğu açıklanmıştır.⁵ Bu sayıya ilave olarak en az 7,6 milyon kişinin de Suriye içinde yerlerinden edilmiş durumda olduğu UNHCR tarafından açıklanmaktadır.⁶ Bu rakamlar, BM Mülteciler Yüksek Komiserliğine (UNCHR) göre, "bu bir nesilde tek bir çatışma nedeniyle yerlerinden edinilmiş en büyük mülteci nüfusu" olarak kayıtlara geçmiş durumdadır.⁷

lerde yaygın ve çok şiddetli protestolar ile başlayıp şekillenmiştir. Buna karşılık ise Cezayir, Fas, Irak, Kuveyt, Lübnan, Sudan, Suudi Arabistan ve Umman gibi ülkelerde küçük çaplı protestolar gerçekleşmiştir. Bkz. http://www.sourcewatch.org/index.php/Arab_Spring

² <https://www.hrw.org/report/2011/06/01/weve-never-seen-such-horror/crimes-against-humanity-syrian-security-forces>

³ <http://www.syriahr.com/en/> bkz. ayrıca: <http://www.syriahr.com/en/>

⁴ Syrian Centre for Policy Research (SCPR), "Syria Alienation and Violence impact of syria Crisis Report 2014, March 2015, Damascus - Syria". Bkz. ayrıca: http://www.unrwa.org/sites/default/files/alienation_and_violence_impact_of_the_syria_crisis_in_2014_eng.pdf

⁵ <http://www.unhcr.org/turkey/home.php?content=648>

⁶ A.g.e.

⁷ UNHCR Yüksek Komiseri Antonio Guterres. Bkz. <http://www.unhcr.org/tur->

Ekonomik Etkileri ve Sonuçları

Savaşın ve sığınmacıların getirmiş olduğu bir ekonomik maliyet, şüphesiz ki sadece Türkiye'yi etkileyen bir olgu değildir. Başta Suriye⁸ ve diğer komşu ülkeler (Irak, Lübnan, Ürdün ve Mısır)⁹ ile Avrupa Birliği ülkeleri de, yoğun mültecilik akını sebebiyle, ekonomik olarak etkilenmişlerdir. Ancak ağırlıklı olarak Türkiye, Suriye ile olan dış ticaretini kaybetmiş, ilave olarak, sığınmacıların sayısının 3 milyona yaklaşması ile de ciddi bir maliyetle karşılaşmıştır. 2015 yılı sonu itibarıyla, sadece sığınmacıların Türkiye'ye maliyeti 8 milyar Doları geçmiştir.¹⁰ Üstelik askeri müdahaleler, güvenlik tedbirler ile ayrıca Suriye ve bölge ülkeleri ile yapılamayan dış ticaretten kaynaklı kayıplar da bu maliyete dahil değildir. Bunlar da ilave edildiğinde çok ciddi bir ekonomik bedelin de ödenmekte olduğu ortaya çıkmaktadır. Savaşın Suriye ekonomisine etkisi ise Suriye Siyasi Araştırma Merkezi'nin (SCPR) verilerine göre 255 milyar Dolar civarında olduğu açıklanmıştır.¹¹ Yoğun mültecilik akını nedeniyle Avrupa'nın da ciddi bir mali yük altına girdiğini unutmamak gerekmektedir. Hatta bu sürecin üye ülkelere maliyetinin her geçen gün daha da arttığını, bunun da üye ülkeler içinde soruna ve çözümüne farklı yaklaşmaya neden olduğu da ortaya çıkmıştır.¹²

Hukuki Etkileri ve Sonuçları

Tartışmasız Suriye savaşı ve mültecilerin sayısının çokluğu nedeniyle, sürecin hukuki etkilerin de olacağı açıktır. Hukuki etkiler ekleninde öncelikle, iç hukuk açısından mültecilerin hukuki durumu ve statüleri, Türkiye'nin uluslararası hukuktan, doğal olarak antlaşmalardan, iki taraflı ve çok taraflı olmak üzere, kaynaklanan huku-

key/home.php?content=648
⁸ http://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/06/150624_suriye_ekonomi
⁹ Bu ülkelerin kaybı Dünya Bankası verilerine göre 35 Milyar Doları aşmaktadır. Bkz. <http://europe.newswweek.com/high-cost-turkey-syrian-civil-war-403535?rm=eu> Bkz. ayrıca: <http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/MNA/extended-summary-impact-of-ISIS.pdf>
¹⁰ <http://europe.newswweek.com/high-cost-turkey-syrian-civil-war-403535?rm=eu>. Bkz. ayrıca Oytun Orhan, "Effects of the Syrian Refugees on Turkey", Orsam Report No. 195, January 2015.
¹¹ Bkz. Syria Alienation and Violence impact of syria Crisis Report 2014, March 2015, Syrian Centre for Policy Research (SCPR), Damascus - Syria.
¹² <http://www.publicfinance.co.uk/feature/2016/01/counting-cost-refugees>

ki yükümlükleri de yer almaktadır. İlave olarak; sürecin, Türkiye'nin AB'ne üyelik için aday bir ülke konumunda olmasından dolayı, AB ve Ortaklık hukuku açısından da hukuksal etki ve dönüşümlerinin de olacağı açıktır. Türkiye'nin AB ile "Vize Muafiyeti ve Geri Kabul Anlaşmasını"¹³ imzalaması nedeniyle; hem Türkiye açısından, hem de AB açısından hukuksal bir metin ortaya çıkmıştır.¹⁴ Türkiye, Suriye iç savaşı ve yoğun sığınmacı akını nedeniyle, AB'nin uzun zamandır Türkiye'den talep etmiş olduğu "Geri Kabul Anlaşmasını" en nihayetinde imzalayarak, ortaklık hukuku ve üyelik müzakereleri açısından hukuksal sorumluluk altına girmiştir.

Tüm bunların haricinde, AB'de ise yoğun mülteci akını nedeniyle, sınır kontrollerinin tekrar başlaması Schengen¹⁵ anlaşmasının üye ülkelerde fiilen dikkate alınmaması sonucu doğurmuş, hatta Schengen anlaşmasının hukuki durumu yüksek sesle AB içinde tartışılır hale gelmiştir. Bu sonuç ise AB'nin hukuksal olarak büyük sıkıntılar yaşamaya başladığının da bir göstergesi olmaktadır. Sonuç itibarıyla; savaşın ve sığınmacıların yaratmış olduğu en önemli hukuksal etki ve neticeler, AB ve Türkiye arasında imzalanan "Vize Muafiyeti ve Geri Kabul Anlaşması" ile Schengen Anlaşmasının AB üye ülkelerince askıya alınması ve bağlayıcılığını -yasallığının- tartışmaya açılması olarak dikkat çekmektedir.

Türkiye'deki Suriyelilerin Hukuksal Durumu

İncelenmesi gereken bir diğer husus ise Türkiye'deki Suriyelilerin hukuksal statüsüdür. Her şeyden önce "iltica ve sığınma taleplerinin" ortaya çıkmasına neden olan temel unsur devletlerin vatandaşlarını korumamaları veya koruyamamalarıdır.¹⁶ Çatışma ve şiddet ortamı insanların ülkelerinde karşılaştıkları (savaş, şiddet, yoksulluk, işsizlik, dinsel, etnik, ideolojik baskılar, ekolojik ve doğal afetler vb.) gibi farklı

¹³ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss554.pdf>.

¹⁴ Bkz. "Council Decision 2014/252/EU of 14 April 2014" ayrıca bkz. "International Agreement between the European Union and the Republic of Turkey on the readmission of persons residing without authorisation", Official Journal Of the EU of 07 Mai 2014 L134/3.

¹⁵ Schengen Anlaşması. Bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3A133020>

¹⁶ Bülent Çiçekli, Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, Seçkin Ankara 2009, S.15.

nedenlerle maruz kaldıkları baskılar, yaşam ve özgürlüklerine yönelik hayati tehditler, bu kimselerin başka ülkelere göç etmelerine neden olmuştur ve olmaya devam etmektedir.¹⁷ Her devlet 1993 Viyana Deklarasyonu ve Eylem Planı'na¹⁸ göre temel hak ve özgürlükleri korumakla yükümlüdür.¹⁹ Ağır insan hakları ihlalleri, politik hakların tanınmaması ve temel hak ve özgürlüklerin evrensel ölçütte korunmaması da mültecilik için bir başka önemli etmen olarak ortaya çıkmaktadır.

1950-51'de BM Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin kurulması ve Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesinin kabul edilmesi "mültecilerin uluslararası" hukuk düzleminde korunması bir dönüm noktası olmuştur.²⁰ Sözleşme, bu sözleşmeyi imzalayan ülkeler açısından bağlayıcılık yükümlülüğü getirmektedir.²¹ Türkiye sözleşmeyi 29 Ağustos 1961 tarihinde, 359 sayılı Kanun'la onaylamıştır.²² Ayrıca 1951 Cenevre Sözleşmesine ek 1967 tarihli Protokol ile Sözleşmedeki "coğrafi ve zaman" sınırlamaları kaldırılmış ve böylece Sözleşmede uluslararası koruma fikri daha evrensel boyuta taşınmıştır.²³ Türkiye, 1967 Protokolünü 1 Temmuz 1968 tarihinde onaylamış ancak Cenevre Sözleşmesi ile düzenlenen coğrafi sınırlama ilkesini²⁴ sürdürmeyi seçmiştir.²⁵ Türkiye şu anda Avrupalı ve Avrupalı olmayan mülteciler arasında bu ayrımı etkin bir şekilde uygulayan tek ülkedir.²⁶ Devamla, Türkiye'de bu kavramlar 2014 tarihli, 6458 sayılı *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu*'nda düzenlenmiş durumdadır.²⁷ Ayrıca, 5683 sayılı *Yabancıların Türkiye de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun* ile 5682 sayılı *Pasaport Kanunu*'nda da mültecilerin hukuki durumuna ilişkin bazı ikincil hükümler de bulunmaktadır.²⁸

¹⁷ Mesut Hakkı Caşın, "Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları", Legal İstanbul 2013, S.1373.

¹⁸ Bkz. 1993 Viyana Deklarasyonu ve Eylem Planı.

¹⁹ Ademola Abass, "International Law, Text, Cases and Materials" Oxford Press 2012, S. 676.

²⁰ Çiçekli, 2009, S.15.

²¹ Thomas Musgrave, "Refugees", in; "Public International Law, an Australian Perspective", Edited by Sam Blay/Ryszard Piotrowicz/B. Martin Tsamenyi, Oxford Press, Melbourne 1997, S. 302.

²² <https://www.amnesty.org.tr/icerik/37/1122/turkiye-1951-cenevre-sozlesmesi>

²³ Çiçekli, 2009, S.15.

²⁴ Protokolün 7. Maddesi.

²⁵ Caşın, 2013, S.1385. Bkz. ayrıca Nazlı Töre, "Uluslararası Göç Hukuku", Turhan Kitabevi Ankara 2016, S.93.

²⁶ <https://www.amnesty.org.tr/icerik/37/1122/turkiye-1951-cenevre-sozlesmesi>

²⁷ Bkz. 2014 tarihli, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu.

²⁸ Caşın, 2013, S.1385.

Düzenlemeye göre Türkiye, Avrupa dışından gelenleri mülteci olarak kabul etmiyor. Avrupa dışından gelenlerin üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, şartlı mülteci statüsünde geçici olarak Türkiye’de kalmasına izin veriliyor. Uluslararası koruma arayan yabancılar Türkiye’ye adım attığında **mülteci veya şartlı mülteci statülerini** almak için başvuruyor. Bu kişilerin statüsü verilene kadar kendilerine **“uluslararası koruma başvuru sahibi”** deniyor. Bu noktada hatırlatmada fayda var ki Türk hukukunda şartlı mülteci statüsü verilen yabancılar güvenli üçüncü bir ülkeye yerleştirilmektedirler.²⁹ Türkiye hukuk sisteminde sığınmacı kavramı bulunmamaktadır. Ancak 2014 yılında yayımlanan Geçici Koruma Yönetmeliğinde,³⁰ 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesine Türkiye tarafından konulan çekince gözetilerek **“mülteci”** kavramının yanına **“şartlı mülteci”** kavramı eklenmiştir.³¹ Bu noktadan hareketle, Türkiye’deki Suriyeliler **“geçici koruma”** statüsündedirler. Geçici koruma, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen ve haklarında bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemi yapılamayan yabancılar sağlanan korumayı ifade etmektedir.

6458 sayılı Kanun kapsamında yayımlanan Geçici Koruma Yönetmeliğine³² göre; Suriye’den Türkiye’ye gelen yaklaşık 3 milyon kayıtlı kişinin statüsü **“Geçici Koruma”** olarak tanımlanmaktadır ve bu kişiler **bireysel prosedür olan şartlı mülteci statüsü için başvuru yapamazlar**. Sonuç itibariyle; Türk Hukuku açısından bir kavramlar karmaşası olduğu açıktır ve gerçek olan Suriyelilerin hukuksal olarak **“Geçici Koruma”** kapsamında tanımlanmaları ve **“şartlı mülteci”** başvurusu yapmaya haklarının olmadığıdır. Buna karşılık, Uluslararası Af Örgütü’nün yayınladığı rapor ve açıklamalarda Türkiye’deki bu kavram karmaşasından uzak durarak uluslararası literatür, **“mülteci/sığınmacı” hukuksal tanımlaması** kullanılmaktadır.³³

²⁹ Töre, 2016, S.93

³⁰ 6458 sayılı Kanun kapsamında yayımlanmıştır.

³¹ Töre, 2016, S.99

³² 6458 sayılı kanun kapsamında yayımlanan Geçici Koruma Yönetmeliği.

³³ Uluslararası Af Örgütü Mülteci Hakları Koordinatörü Volkan Görendağ’ın açıklaması. <http://bianet.org/bianet/toplum/167434-multeci-gocmen-siginmaci-arasindaki-farklar>

Suriyeli Mülteciler ve Avrupa Birliği

Yoğun mülteci akını Avrupa'yı ciddi anlamda etkilemeye başlamıştır ve en fazla etkilenen ülkelerin başında ise Almanya, İsveç, Macaristan, Avusturya, İtalya gelmektedir.³⁴ BM Mülteciler Yüksek Komiserliği verilerine göre Suriyelilerin en çok iltica başvuru yaptığı Avrupa ülkeleri, Nisan 2011-Kasım 2015 dönemi için, Almanya (184.053 sığınmacı), İsveç (102.870 sığınmacı) olarak tespit etmiştir.³⁵ Avusturya ise 2015 yılı içerisinde 90 bin mülteci kabul etmiş, 2016 başından bu yana ise 11 bin seviyesinde mülteci kabul etmiştir.³⁶ Sayıca çok daha az mülteci kabul eden diğer Avrupa ülkeleri ise Norveç, Danimarka, İngiltere, Hollanda, Fransa, İsviçre, İspanya, Macaristan, Sırbistan, Bulgaristan ve Yunanistan'dır. Buna karşılık Türkiye'nin kabul ettiği Suriyeli sayısı BM Mülteciler Yüksek Komiserliği verilerine göre 2.500.000'den fazladır. Lübnan'ın ise kabul ettiği mülteci sayısı 1 milyon 70 bin, Ürdün'ün ise 635 bin civarındadır.³⁷ Verilerden de anlaşıldığı üzere, Suriyeli mülteciler Avrupa'da yoğun olarak Almanya'yı tercih etmektedirler.

Avrupa'da Suriyeli mültecilerin sayısının artması her şeyden önce bir politik süreci de beraberinde getirmiştir. Başlangıçta Suriyeli mültecilere karşı Avrupa'da görece bir hoş görü varken, mülteci sayısının artmasına paralel olarak politik karşı tepkiler de gelmeye başlamıştır. Bu karşı politik tepkinin yaygınlaşmasına ISIS (İŞİD)'in Avrupa'da terör eylemlerine başlamasının da ayrıca bir katkısının olduğu açıktır.³⁸ Mültecilerin AB üye ülkelere ayrıca bir maliyet de getirdikleri ve bu durumun sonuçta üye ülkelerin vatandaşlarına da yansıtacağı ortaya çıkınca, bu kere de mültecilik akının durdurulması için arayışlara girilmiştir. Bu girişimin en somut yansıması ise AB tarafından Türkiye'ye biçilen bir nevi "Jandarmalık" rolü olmuştur. Bu rolde Türkiye'ye verilecek 3 milyar Euro yardım fonu karşılığında, Türkiye'deki sığınmacıların ülkede tutulması, bir başka ifade ile AB'ne gönderilmemesinin

³⁴ <http://www.publicfinance.co.uk/>

³⁵ <http://data.unhcr.org/syrianrefugees/regional.php>. Bkz. ayrıca: http://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/02/160219_ab_turkiye_multeci_zirve

³⁶ A.g.e.

³⁷ A.g.e.

³⁸ Özellikle Paris ve Brüksel'deki saldırıları ciddi bir kınılma etkisi yaratmıştır.

sağlanması, AB ve Türkiye tarafından kabul edilmiştir.³⁹ Türkiye ile AB arasında, Brüksel 2015 Zirvesi ile açıklanan Geri Kabul Anlaşmasıyla, Avrupa'daki işe yaramayacak veya riskli-sorunlu- olan mültecilerin Türkiye'ye geri yollanmasının, uluslararası hukuka ve AB hukukuna aykırı olarak, alt yapısı da sağlanmıştır.

Avrupa ülkelerine mülteci olarak giden Suriyelilerin başvurularının, her ülkenin kendi iç hukuk mevzuatı ve taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve AB hukuku çerçevesinde değerlendirileceğini söylemek gerekmektedir. Başka bir ifade ile uluslararası koruma sağlama konusundaki temel sorumluluk bireyin iltica/sığınma talep ettiği devlete ait bulunmaktadır.⁴⁰ İlave olarak; AB üyesi ülkelerin AB Hukukundan kaynaklanan hukuki sorumluluklarının da var olduğunu göz ardı etmemek gerekmektedir. AB Hukuku genelinde, Schengen Anlaşması⁴¹ ve Dublin II Tüzüğü⁴² özellerinde mültecilik düzenlemeleri gereği, hukuksal koşul ve unsuru taşımayan sığınmacıların geldikleri ülkeye iadesi söz konusu olacaktır. Bu kapsamda, yakın zamanda AB üye ülkeleri, diğer üye ülkelere giriş yapan bir kısım mültecileri geldikleri üye ülkelere geri göndermeye başlamıştır.⁴³

AB'nin sınır kontrolü, sığınma ve göç konusundaki yetkisi, Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanının bir parçasıdır.⁴⁴ Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİA) 67. Maddeye göre, AB temel haklara, üye devletlerin farklı hukuk sistem ve geleneklerine göre saygılı olarak özgürlük, güvenlik ve adalet alanı yaratır.⁴⁵ (ABİA 67/1)⁴⁶ İç sınırlarda kontrol olmamakla birlikte, dış sınırlar üye devletlerarasındaki dayanışma prensibine göre 3. ülke vatandaşlarına karşı sığınma,

³⁹ <http://www.dw.com/tr/%C3%BC%C3%A7-milyar-euro-t%C3%BCrkiye-gidiyor/a-19025629>

⁴⁰ Çiçekli, 2009, S.15.

⁴¹ Schengen Anlaşması, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3A133020>

⁴² Dublin II COUNCIL REGULATION (EC) No 343/2003 of 18 February 2003. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:050:0001:0010:EN:PDF>

⁴³ http://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/01/160112_almanya_gocmen_geri
⁴⁴ Işıl Özkan, Avrupa Birliği Kamu Hukuku, Seçkin Ankara 2011, S.298.

⁴⁵ Bkz. Art. 67/1 des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>

⁴⁶ Özkan, 2011, S.298. Bkz. ayrıca: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>

göç ve dış sınırların kontrolü konusundaki ortak politikalara göre korunur.⁴⁷ (ABİA 67/2).⁴⁸ İlave olarak, Dublin II Tüzüğü ve 2013/32/EU direktifi de bu bağlamda dikkate alınması gereken önemli AB hukuku kaynakları olarak dikkat çekmektedir.⁴⁹

Mevcut olağanüstü gelişmeler ve yoğun mülteci akını nedeniyle Avrupa ülkeleri, bu mülteci akınına karşı, kendi iç mevzuatlarını ve kurallarını da gözden geçirmeye başlamışlardır. Keza aynı şekilde; AB’de yeni düzenlemeler için görüşmelere başlamıştır. Mülteci akınıyla baş edebilmek için yeni düzenleme ve kuralların birer birer AB üyesi ülkelerde yakında yürürlüğe gireceğini söylemek pekâlâ da mümkün görünmektedir.⁵⁰ Hatta konuyla ilgili Avrupa’da bu alanda bilimsel değerlendirmelerin sayısının arttığını da söylemek gerek.⁵¹ Sonuç itibarıyla; bu kadar yoğun bir göçmen akının Avrupa’nın (AB ve üye ülkelerin) mülteci ve göçmenlik politikalarının ve yasal mevzuatlarının üzerinde derin değişimler yapılacağını öngörmek gerekecektir.

Geri Kabul Anlaşması ve Vize Serbestisi

Açıktır ki Türkiye, AB’ye aday ülkeler arasında vatandaşlarına vize uygulanan tek ülkedir. Türkiye ile AB arasında Vize Serbestisi Diyalogu 16 Aralık 2013 tarihinde Ankara’da başlatılmış ve aynı tarihte Geri Kabul Anlaşması (GKA) imzalanmıştır. GKA 1 Ekim 2014 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Anlaşmanın 3. ülke vatandaşlarına yönelik uygulanmasına 1 Ekim 2017 tarihinde başlaması kararlaştırılmıştır. Anlaşma ile vatandaşlar için AB ülkelerinde vize serbestisini teminen, Vize Serbestisi Yol Haritası sürecinin Ekim/Kasım 2016’da tamamlan-

⁴⁷ A.g.e.

⁴⁸ Der Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

⁴⁹ Bkz. ileride Dipnot no: 64 ve 67.

⁵⁰ Karl Brenke, “Distribution of refugees very uneven among EU member states-even when accounting for economic strength and total population”, DIW Economic Bulletin 39.2015, S.511-523.

⁵¹ Hannes Schamman, “Wenn Variationen den Alltag besittimmen. Unterschied lokaler Politikgestaltung in der Leistungsgewährung für Asylsuchende” Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft, Springer, Z. Vgl Polit Wiss (2015) 9:161-182. Bkz. ayrıca: Roland Bank, “Receptions for Asylum Seekers in Europe: An Analysis of Provision in Austria, Belgium, France, Germany and the United Kingdom”, Nordic Journal Of International Law 69:257-288, 2000.

ması öngörülmektedir.⁵² Dikkate almakta fayda vardır ki, AB ile Mutabakat Zaptı ve Geri Kabul Anlaşması imzalanarak nihai hedefi Türk vatandaşlarına uygulanan Schengen vizesinin kaldırılması olan Vize Muafiyeti Süreci resmen başlamıştır. Tüm bunların haricinde, 2015 yılı içinde ve yaz aylarında Suriye'den kaçan mültecilerin sayısının da artması sonucu, AB tarafıyla özellikle Eylül ayından itibaren artan bir temas trafiği yaşanmış, görüşmeler 29 Kasım 2015 tarihinde Türkiye-AB Zirvesi'nde **Ortak Göç Eylem Planı**'nın uygulamaya geçirilmesiyle sonuçlanmıştır.⁵³

Avrupa'daki mültecilik akını nedeniyle AB, yoğun akını engellemek için tek çare olarak Türkiye'yi hatırlamış ve duran üyelik görüşmelerini tekrar canlandırmayı ve 3 milyar Euro yardım önererek, bir nevi "mali-siyasi rüşvet" yöntemi ile Türkiye'yi ikna etmeye çalışmıştır.⁵⁴ Açıkçası bu girişimlerinde de AB, Türkiye ile ortak yol haritası belirleyerek 2015 Brüksel Zirvesinde anlaşma zeminini yaratmış ve taraflar yol haritası çizmişlerdir.⁵⁵ Bu girişimde dikkate alınması

⁵² <http://www.mfa.gov.tr/turkiye-ab-iliskilerine-genel-bakis.tr.mfa>

⁵³ A.g.e.

⁵⁴ <http://t24.com.tr/haber/ab-turkiyeye-vize-serbestisi-ekim-2016da-baslayacak,318469>

⁵⁵ Brüksel Zirvesinde tarafların anlaştığı kamuoyu ile paylaşılmış, ancak bu anlaşmanın orijinali henüz yayımlanmamış, ancak basına servis edildiği kısımlarıyla 72 Kriterden oluşan bir yol haritasıyla anlaşma- sağlandığı açıklanmıştır. Basına ve kamuoyuna yansıdığı kadarıyla anlaşmanın içeriğindeki başlıca hususlar şöyledir: " - 15 Ekim tarihli AB Konseyi Sonuçlarına uygun olarak, Türkiye'nin katılım sürecinin yeniden canlandırılmasının gerekliliği hususunda mutabık kalmışlardır.

- Türkiye ve AB, Antalya'da düzenlenen G-20 Zirvesi Ortak Bildirisi ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 2249 sayılı kararına atıfla, terörizmle mücadelenin öncelik olmaya devam ettiğini teyit ederler.

- Her iki taraf, 17. faslın açılmasını teminen, Hükümetler arası Konferans toplanmasına ilişkin açıklamayı memnuniyetle karşılamıştır.

- AB, Vize Yol Haritası unsurlarının tüm katılımcı Üye Devletler nezdinde karşılanmasının hızlandırılması konusunda Türkiye'nin taahhüdünü memnuniyetle karşılamıştır. Avrupa Komisyonu, Türkiye'nin Vize Serbestisi Yol Haritasını uygulamasına ilişkin ikinci ilerleme raporunu 2016 Mart ayının başında açıklayacaktır. Komisyonun 2016 sonbaharında üçüncü ilerleme raporunu sunabilmesini teminen Türkiye-AB Geri Kabul Anlaşmasının 2016 Haziran ayından itibaren tam olarak uygulanması konusunda her iki taraf anlaşmaya varmıştır.

- Söz konusu üçüncü ilerleme raporu, Vize Serbestisi Sürecini tamamlamak, başka bir deyişle, Yol Haritasında yer alan unsurlar karşılandığında, Türk vatandaşlarının Schengen bölgesine seyahatlerinde vize uygulamasının Ekim 2016'ya kadar kaldırılmasını teminen yayınlanacaktır.

-AB, Türkiye'de, acil ve sürekli insani yardım sağlayacaktır. Aynı zamanda, genel

gereken husus ise AB'nin yoğun mülteci akınını durdurma niyeti ile Türkiye'ye "vize serbestisi" karşılığı biçilen roldür. Tabii burada, Türkiye'nin bu biçilen rol karşılığında, sayıları her geçen gün artan mültecilerle baş başa kalacak olmasıdır. Bu anlaşma sorunu gerçekten çözen bir anlaşma değildir. Her iki taraf için de "çıkarlar" söz konusudur ki, bu kapsamda, AB içinde ve üye ülkelerdeki ve Türkiye içindeki "baskıları azaltmaya" ve "iç politikaya yönelik girişimler" olarak görmek önemlidir. Bunların haricinde; şüphesiz ki bu anlaşma, her an taraflarca bozulabilecek, rafa kaldırılabilir bir noktadır. Tarafların söylemlerinden de bu açıkça anlaşılmaktadır. Yakın zaman içinde bu anlaşma bozulursa-ki böyle bir olasılık oldukça güçlüdür ve beklenmelidir- veya "vize serbestisi" için tamamlanması zorunlu olan 72 Kriter⁵⁶ yerine getirilmez ise anlaşmanın fiilen yerine getirilmesi olanaksız olacağından, bu ihtimalde dahi, taraflar arasındaki anlaşmanın işlevsiz hale geleceği açıktır. Şu ana kadar 5 Kriterin tamamlanamadı-

mali desteğini önemli ölçüde artıracaktır. Komisyon tarafından, Türkiye'de geçici koruma altındaki Suriyelilere ve ev sahibi topluluklara etkin ve tamamlayıcı destek sağlamak amacıyla finanse edilen faaliyetlerin eşgüdümünü sağlamak ve etkin hale getirmek için Türkiye için bir Sığınmacı Mali İmkânı oluşturulmuştur. -AB Türkiye'ye, başlangıç olarak, Birlik bütçesinden ve üye ülkelerin katkılarıyla 3 milyar Euro ilave kaynak sağlamayı taahhüt etmiştir.

-Türkiye ve AB, Suriye'deki durumun yarattığı krizle mücadele etmek amacıyla, geçici koruma altındaki Suriyelilere destek verilmesi ve göç yönetimi çerçevesindeki mevcut işbirliğinin ilerletilmesini teminen, 15 Ekim 2015 tarihinde kabul edilen ve bugüne kadar ad referenda niteliğini haiz Ortak Eylem Planının hayata geçirilmesine karar vermişlerdir.

- Özellikle düzensiz göçmen akımına karşı sonuç alınmalıdır. Türkiye ve AB göçmen akınlarını düzenleyecek ve düzensiz göçün engellenmesine katkıda bulunacak Ortak Eylem Planını uygulama konusunda anlaşmışlardır. Türkiye ve AB göç akımlarına düzen getirmek ve düzensiz göçü engellemek üzere Ortak Eylem Planını uygulamak konusunda anlaşmışlardır.

- Sonuç olarak, her iki taraf, anlaşmaya varılmış olduğu üzere ve ivedilikle uygulanması kaydıyla, uluslararası korumaya ihtiyacı bulunmayan göçmenlerin Türkiye'ye ve AB'ye seyahatlerini engelleyerek, mevcut ikili geri kabul yükümlülüklerinin yerine getirilmesini temin ederek ve hızlı bir şekilde kaynak ülkelerine geri göndererek uluslararası korumaya ihtiyacı bulunmayan göçmenler konusundaki aktif işbirliğini ilerleteceklerdir." Bkz. <http://t24.com.tr/haber/ab-turkiyeye-vize-serbestisi-ekim-2016da-baslayacak,318469> ayrıca bkz. <http://www.dw.com/en/eu-leaders-to-sign-agreement-with-turkey-over-migrant-flow/a-18883111>

⁵⁶ Bkz. bu kriterler için: <http://www.dw.com/en/eu-leaders-to-sign-agreement-with-turkey-over-migrant-flow/a-18883111> ayrıca: <http://t24.com.tr/haber/ab-turkiyeye-vize-serbestisi-ekim-2016da-baslayacak,318469> <http://www.dw.com/de/kommentar-historischer-eu-t%C3%BCrkei-gipfel/a-18884282> <http://www.turkishpress.co.uk/gundem/abden-turkiyeye-3-milyar-euro-h8493.html>

ğı açıklanmıştır. Bunlar ise “Yolsuzlukla Mücadele, Suçluların İadesinde İşbirliği, EUROPOL ile İşbirliği ve Kişisel Verilerin korunmasında AB Standartlarında Denetim Mekanizmasının Kurulması, Terörle mücadele Mevzuatına Avrupa Standardı” olarak açıklanmıştır.⁵⁷

Türkiye açısından “Geri Kabul Anlaşması” kapsamında kabul edilen, AB ülkeleri tarafından iade edilecek sığınmacılar için uygun yerlerin hazırlanması⁵⁸ ile aynı anlaşmaya göre, iç hukuk mevzuatının ve uygun hale getirmesi ve sığınmacıların hukuksal statülerinin tespiti ve tayinine yönelik düzenlemelerin hazırlanması, önemli bir gereklilik olarak ortaya çıkacaktır. Türkiye açısından bir diğer hukuki yükümlülük ise “vize muafiyeti sürecinde” yükümlülüklerin yerine getirilmesi halinde Ekim 2016 da vize muafiyetine onay verecekleri taahhüdüdür. Türkiye’nin yerine getirmesi gereken bazı hukuksal yükümlülükler ise şu şekilde özetlenebilir: Türkiye kabul edeceği kaçaklar için barınma merkezleri yapacak, vize muafiyeti için Türkiye Cumhuriyeti pasaportları AB normlarına tam uyumlu hale getirilecektir. Türkiye kendisinin uyguladığı elektronik vize sisteminden vazgeçecek; AB’nin vize istediği, Türkiye’nin vize istemediği ülkelere de yeniden vize uygulamak zorunluluğu getirecektir. Türkiye’nin tüm bu yükümlülüklerini Temmuz 2016’ya kadar yerine getirmesi beklenmektedir. Üç ay süreyle Türkiye’yi izleyecek olan AB, yükümlülüklerin yerine getirildiğine kanaat getirirse, Ekim 2016’da vize muafiyetine onay verecektir.⁵⁹

Geri Kabul Anlaşmasının Uluslararası Hukuka Aykırılığı

AB ile Türkiye arasındaki Geri Kabul Anlaşması öncelikli olarak Uluslararası hukuka aykırılık içermektedir. Dikkate alınması gereken husus 1952 tarihli Cenevre Sözleşmesidir ve mültecilerin statüsüne ilişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin arkasındaki temel fikir yaygın olarak kabul görmektedir: “zulümden kaçan kişilere güvenli bir sığınak sağlanmalıdır”. Ne var ki, korumayı kimin sağlayacağı konusunda büyük bir anlaşmazlık vardır. “**Güvenli üçüncü ülke**” veya “**güvenli**

⁵⁷ <http://www.dw.com/tr/ab-vize-serbestisi-i%C3%A7in-ne-istiyor/a-19252576>

⁵⁸ Kaçak Göçmen merkezleri. <http://www.hurriyet.com.tr/vize-muafiyeti-icin-72-sart-40021126>

⁵⁹ Kaçak Göçmen merkezleri. <http://www.hurriyet.com.tr/vize-muafiyeti-icin-72-sart-40021126>.

sığınma ülkesi” kavramları, sığınmacıların kendi seçtikleri bir yere gidebilmelerine değil, koruma bulabilecekleri ilk ülkeye vardıklarında koruma talep etmeleri gerektiğine işaret eder.⁶⁰ Bilindiği üzere, bir ülkenin güvenli sığınma ülkesi sayılması için iki temel şart vardır: ülkenin gerçek anlamda etkin koruma sağlaması ve o ülkede, kişilerin hayatlarına veya özgürlüklerine tehdit oluşturabilecek menşe ülkeye veya bir başka ülkeye gönderilme riski bulunmamasıdır. Bu koşulda, *non-refoulement*, yani geri göndermeme (iade edilmeme) yükümlüğü olarak bilinir.⁶¹ **Türkiye’ye güvenli bir ülke statüsü verilmesinin Cenevre Konvansiyonu’na taraf olmasına bağlı olması, uluslararası hukuk açısından gereklilik arz etmektedir.** Türkiye’nin 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu’nu coğrafi kısıtlama ile uyguladığına, yani Batı’dan gelenleri mülteci olarak gördüğü, Doğu’dan ya da Afrika’dan gelenleri ise mülteci olarak kabul etmediği açıktır. Böyle bir çekince varken, Türkiye Cenevre Sözleşmesi’ne tam taraf olma koşulunu ne ölçüde yerine getirmiştir?

Hatırlamakta fayda var ki, Türkiye 1951 Mülteci Sözleşmesi’ni ve 1967 ek Protokolü’nü onaylasa da, Avrupa ülkelerinden olmayan kişileri iltica sisteminden muaf tutan coğrafi sınırlamayı henüz kaldırmış değil. Bu da, Avrupa ülkesi olmayan herhangi bir ülkedeki şiddetten veya zulümden kaçanların Türkiye’de mülteci olarak tanınmamları ve koruma elde edememeleri anlamına geliyor. Bakıldığında, Türkiye’den Yunanistan’a geçen sığınmacıların birçoğu Orta Doğu ve Asya’dan geldiği görülmektedir.⁶² Bu durumda Türkiye’nin güvenli bir ülke statüsünde olmadığı açıktır. Sonuç itibarıyla, Geri Kabul Anlaşması ile Türkiye’ye AB ülkelerinden geri gönderilecek mülteciler açısından **non-refoulement (iade edilmeme) ilkesinin ihlali söz konusu olacaktır.** Vurgulamakta fayda var ki, **non-refoulement ilkesi** kendiliğinden kabul yükümlülüğü oluşturmamakta, fiili sığınmacılar için, mülteciliğe kabul yönünde bir adım olarak kabul edilmektedir. Ayrıca ilkenin ağırlıklı olarak ileri sürülmesi 1951 Mülteci Sözleşmesi ile değil 1984 tarihli İşkenceye Karşı Sözleşme⁶³ kapsamında başarıya

⁶⁰ <https://www.hrw.org/tr/news/2016/03/07/287376>

⁶¹ A.g.e.

⁶² <https://www.hrw.org/tr/news/2016/03/07/287376>

⁶³ İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muameleye veya Cezaya Karşı Sözleşme. Bkz. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin1310.

ulaşmaktadır.⁶⁴ Ancak ilke, her iki sözleşme kapsamında -bağılantılı olarak uygulama alanı bulmaktadır.

Geri Kabul Anlaşmasının AB Hukukuna Aykırılığı

Geri Kabul Anlaşması AB hukuku açısından da sıkıntılı bir durum yaratmaktadır. AB hukuku belirli şartlar gerçekleştiğinde mültecilerin/sığınmacıların “güvenli üçüncü ülkeye” geri gönderilmelerine izin verir: **“Ülkenin geri göndermeme ilkesine uyması; ülkenin kişileri işkence ya da zalimane, insanlık-dışı veya onur kırıcı muameleye uğrama riskinin olduğu ülkelere geri göndermemesi veya iade etmemesi; sığınmacının yaşamına ve özgürlüklerine yönelik herhangi bir tehditle karşı karşıya kalmaması, sığınmacının iltica başvurusunda bulunabilmesi ve mülteci statüsünün tanınması durumunda Mülteci Sözleşmesi’nin sağladığı tüm korumalardan faydalanabilmesi”** hallerinde iadeye izin verilmektedir.⁶⁵ Geri Kabul Anlaşması uyarınca, AB ülkeleri, Türkiye’den AB üyesi ülkelere giden yasadışı tüm kişileri Türkiye’ye geri gönderme hakkına sahip olduğu öngörülmelidir. Hatta bu kişiler, AB üyesi ülkelere birine gittiklerinde, orada iltica talebinde bulunsalar bile, AB üyesi devlet onları geldikleri güvenli ülke (!) olan Türkiye’ye geri gönderecektir. Dolayısıyla iltica taleplerini kayda almayacaktır. İltica taleplerini kayda almadığı için de, bu kişilerin AB üyesi ülkelere mülteci olarak bulunmalarının önüne geçilecektir. Ancak Türkiye’nin Güvenli Ülke Statüsünde olmadığı, durumun hukuken sıkıntılı ve tartışmalı bir alan olduğu yukarıda açıklanmıştır.

AB yasaları, bir ülkenin ancak “Cenevre Sözleşmesi’nin hükümlerini, **hiçbir coğrafi kısıtlama koymadan** onaylamışsa” güvenli sayılabileceğini özellikle belirtir.⁶⁶ Bununla birlikte Türkiye, bütün dünyada Mülteci Sözleşmesi’ne coğrafi kısıtlama uygulayan tek ülkedir. Cenevre Sözleşmesi ve Ek Protokol açısından Türkiye “güvenli ülke” konumunda değildir. Hatta yoğun terör saldırıları, Suriye iç savaşının artık

⁶⁴ pdf
Bkz. Gökhan Taneri, Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (Non-Refoulement) İlkesi, Bilge Ankara 2012, S.45.

⁶⁵ <https://www.hrw.org/tr/news/2016/03/07/287376>

⁶⁶ 2013/32/EU Direktifi (yönergesi), 39 2(a) maddesi. Bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=celex%3A32013L0032>

daha fazla olarak Türkiye içinde hissedilmesi-yaşanması-, Türkiye'nin komşuları ile ciddi sorunlarının olması dikkate alındığında "güvensiz ülke" konumunda olduğu pratikte görülmektedir. İlave olarak, gelen mültecilerin Türkiye'de kalmayıp bir şekilde Avrupa ülkelerine geçmeye çalışmalarının altında da ülkenin "sorunlu" bir halinin olduğu görülmektedir. Bu sonuçlar neticesinde de, Geri Kabul Anlaşmasının AB hukukunun yaratmış olduğu, yukarıda belirtilen ilkelere, Dublin II Tüzüğü ile 2013/32/EU sayılı Direktif 39 2(a) maddesine aykırı olduğu görülmektedir. Bu nedenlerle, Geri Kabul ve Vize Serbestisi Anlaşmanın uygulanması sırasında hukuksal sorun, itiraz ve davalarla karşılaşılma olasılığı mevcuttur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Açısından Geri Kabul Anlaşması

Geri Kabul Anlaşmasına bir de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararları kapsamında bakmak yararlı olacaktır. Mültecilerin (sığınmacıların) toplu halde göndermelerine karşı AİHM'de alınmış bir karar bulunmaktadır, **Hirsi Jamaa ve Diğerleri / İtalya Davası, Büyük Daire Kararı**.⁶⁷ AİHM, bu kararında başvurulara uygulanan işlemin toplu sınır dışı niteliği taşıdığına ve 4 Numaralı Protokolün 4. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Geri Kabul Anlaşmasında, "İltica/Sığınma" ile ilgili prosüdürel güvenceler görülebildiği kadarıyla yoktur. AİHS ve Cenevre Sözleşmesine göre ilticacının başvurusunu yapabilmesi lazım. Türkiye'den AB ülkesine-Yunanistan'a- geçti diye mülteciler toplu halde iade edilince, böyle bir iltica/sığınma başvurusu yapılamayacaktır. Sığınmacının/ilticacının başvurusunun o ülkedeki yargı tarafından incelenip bir karara bağlanması hukuken gereklidir. Bu durumda ülke mahkemesi karar verinceye kadar, ilticacının o ülkede bulunması lazım ki mahkemeye çıkıp sığınma iltica talep ettiğini, hem AİHM içtihatları, hem de uluslararası hukuktan doğan haklarını savunabilme haklarına sahip olsun. Geri Kabul Anlaşması ile tüm bunlara olanak sağlanmayacaktır ve bu da "hak ihlali" neticesini doğuracaktır.

⁶⁷ Başvuru no: 27765/09. 23.02.2012 tarihli karar. Bkz. ayrıca: http://madde14.org/index.php?title=Hirsi_Jamaa_ve_Di%C4%9Ferleri/_%C4%B0talya http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/sinirdisi/toplu_sinirdisi.pdf

AİHM'nin **M.S.S. / Belçika ve Yunanistan Davası Kararı**⁶⁸ da oldukça önemlidir. Mahkeme Yunanistan'ı Sözleşmenin 3. ve 13. maddelerine (İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Muamele Yasağı ve Etkili Başvuru Hakkı) aykırılıktan, Belçika'yı mülteciyi Yunanistan'a gönderdiği için 3. ve 13. maddeye aykırılıktan tazminata hükmetmiştir. Bu kararın gerekçesini ise **non-refoulement** (iade edilmeme) ilkesinin ihlali şeklinde yorumlamak mümkündür. **M.S.S. / Belçika ve Yunanistan davası**, AB hukuku açısından önem arz eden, sığınmacıların Dublin II Düzenlemesi⁶⁹ gereğince Yunanistan'a gönderilmesi ile AİHS hükümlerinin birbirine uygunluğu bakımından, AİHM için yol gösterici bir davadır. Mahkemenin bu kararı ile Dublin II Düzenlemesinin dayandığı temel varsayımın bir kurgu olduğunu onaylar niteliktedir: Sığınmacılara yönelik muamele, iltica belirleme prosedürlerine erişim dâhil olmak üzere, tüm Avrupa Birliği içerisinde değişiklik göstermektedir. Açıkça ki Dublin II Tüzüğü kapsamında, AB üyesi pek çok devlet ve başka ülkeler – Dublin II sistemine göre kendi takdirleriyle bunu yapabilecek olmalarına rağmen– uluslararası korumanın gerektirdiği sorumlulukları yüklenmektense, sığınmacıların Yunanistan'a iadesinde ısrarcı olarak durumu daha da vahimleştirmektedirler.⁷⁰ Yukarıdaki kısaca açıklanan AİHM'nin kararları çerçevesinde, Ankara ile Brüksel arasındaki Geri Kabul Anlaşmasının AİHS ilkelerine ve AİHM kararlarına da aykırı olacağı hukuksal olarak nettir. Bu noktada, Geri Kabul Anlaşmasının hukuksal olarak yeni bir sıkıntılı alan yaratacağı da öngörülmalıdır.

Son nokta olarak, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) görüşüne de bakmak yararlı olacaktır. Dikkate alınması gereken bir dava bulunmaktadır. **Elgafaji davasında**⁷¹ ABAD, AİHS'nin 3. maddesine gönderme yaparak 2004/83 sayılı Direktifin (Konsey Yönergesi 2004/83/EC (AT) Üçüncü ülke uyruklularının ya da vatansız kişilerin mülteci olarak ya da başka şekilde uluslararası korumaya muhtaç kişiler olarak nitelendirilmeleri ve statüleri ve sağlanacak korumanın

⁶⁸ Başvuru no: 30696/09/09. 21 Ocak 2011 tarihli karar.

⁶⁹ Bkz. Dublin II Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:050:0001:0010:EN:PDF>

⁷⁰ <https://amnesty.org.tr/icerik/37/449/avrupa-insan-haklari-mahkemesi-avrupa-birligi%E2%80%99ndeki-siginmacilarin-haklarini-koruyor>

⁷¹ Bkz. ABAD Kararı C.465/07 Rec. 2009.

içeriği için asgari standartlara ilişkin) 15. ve 2. maddelerinin AİHS'nin 3. maddesine göre yorumlanması gerektiğine karar vermiştir.⁷² Bu yorum ile ABAD, AİHS'ne doğrudan atıf yapmış ve bu noktada AİHM kararlarını da gözetmiştir. Anılan bu karar çerçevesinde mülteci ya da başka şekilde uluslararası korumaya muhtaç kişiler olarak nitelendirilmeleri, statüleri sağlanacak koruma için AİHS'nin vurgulanan ilgili maddelerinin ve AİHM'nin kararlarının gözetilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu karar dahi Geri Kabul Anlaşmasını hukuken tartışmalı hale getirmektedir.

Sonuç

Suriye iç savaşına bağlı olarak artan mültecilik akını artık sadece Türkiye'yi etkilememekte, doğrudan Avrupa Birliği'ni hem politik hem de ekonomik anlamda etkilemeye başlamıştır. Bu etkilenme ve değişim, sonuç itibarıyla Türkiye-AB ilişkilerini de şekillendirmeye başlamıştır. Özellikle mültecilik akını ve gelebilecek yeni dalgaların, hem Türkiye açısından, hem de AB üyesi ülkeler açısından yeni bir siyasi ve hukuki sürece neden olduğu görülmektedir. AB'nin (ağırlıklı olarak Alman Şansölyesi Merkel'in inisiyatifinde) mültecilik akınına durdurma ve çözüm planında, aslında Türkiye'ye biçilen rol, mülteci akınının durdurulması karşılığında Türkiye'ye "vize serbestisi ve AB'ne üyelik sürecinde Ankara'ya destek" vaadinin ne kadar temiz bir yaklaşım olduğu tartışmalıdır. Hatta açık bir şekilde, Türkiye'ye biçilen rolün "sınır devriyesi" veya "mültecilere karşı sınır polisliği-jandarmalık" görevi olduğunu söylemek mümkündür. Aslında hem AB, hem de Türkiye açısından öngörülen çözüm modeli, Geri Kabul ve Vize Serbestisi, gerçek bir çözüm modeli olmayıp, sadece geçici, her iki taraf açısından, kendi iç politikalarına yönelik bir girişim olduğunu, her an başarısızlıkla sonuçlanabileceğini hatırlamakta fayda bulunmaktadır.

Geri Kabul Anlaşması ve Vize Serbestisi Anlaşması, AB hukuku ve Uluslararası hukuk açısından tartışmalı ve gri alanlar yaratmaktadır. Anlaşma öncelikli olarak Cenevre Sözleşmesi ve Ek Protokol hükümlerine aykırıdır ve doğrudan **non-refoulement** kuralını ihlal

⁷² Özkan, 2011, S.257.

etmektedir. Türkiye uluslararası hukuk açısından “güvenli ülke statüsünde” değildir. Taraflar arasındaki anlaşma AB hukuku ve Dublin II Tüzüğü kapsamında da aykırılıklar içermektedir. Zira AB yasaları bir ülkenin ancak “Cenevre Sözleşmesi’nin hükümlerini, **hiçbir coğrafi kısıtlama koymadan** onaylamışsa” güvenli sayılabileceğini özellikle belirtir. Mevcut veriler ışığında, Türkiye’nin Cenevre Sözleşmesinin hükümlerine “coğrafi sınırlama” şartı koyması sebebiyle, anlaşmanın AB hukukuna aykırı olduğunu söylemek gerekliliktir.

Son noktada, AİHM ve ABAD kararları uyarınca da ilgili anlaşmanın yargı kararlarına açıkça aykırı düzenlemeler içerdiğini söylemek mümkündür. Hem AİHM, hem de ABAD mültecilik ile ilgili doğrudan AİHS’nin 3 maddesine ve ilave olarak 2 ve 15. maddelerine atıfta bulunmaktadır. Taraflar arasındaki anlaşmada, AİHS hükümleri ve ilgili uluslararası yargı organlarının kararlarının ne ölçüde gözetil(me)diği de ayrı bir husus, önemli bir eksiklik olarak dikkat çekmektedir. AB ile Türkiye arasındaki bu anlaşmanın, her an sona ermesi veya anlaşma koşullarının taraflarca (özellikle Türkiye tarafından) yerine getiril(e)me ihtimalini de sonuç itibarıyla ön görmek yararlı olacaktır.

Kaynakça

- Ademola Abass, “International Law, Text, Cases and Materials” Oxford Press 2012.
- Antonio Guterres, UNHCR Yüksek Komiseri <http://www.unhcr.org/turkey/home.php?content=648>
- Bülent Çiçekli, Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, Seçkin Ankara 2009.
- Gökhan Taneri, Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmesi (Non-Refoulement) İlkesi, Bilge Ankara 2012.
- Hannes Schamman, “Wenn Variationen den Alltag besitzimmen. Unterschied lokaler Politikgestaltung in der Leistungsgewährung für Asylsuchende” Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft, Springer, Z. Vgl Polit Wiss (2015) 9:161-182.
- Işıl Özkan, Avrupa Birliği Kamu Hukuku, Seçkin Ankara 2011.
- Karl Brenke, “Distribution of refugees very uneven among EU member states-even when accounting for economic strength and total population”, DIW Economic Bulletin 39.2015.
- Mesut Hakkı Caşın, “Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları”, Legal Istanbul 2013.
- Nazlı Töre, Uluslararası Göç Hukuku, Turhan Kitabevi Ankara 2016.

Oytun Orhan, "Effects of the Syrian Refugees on Turkey", Orsam Report No. 195, January 2015.

Roland Bank, "Receptions for Asylum Seekers in Europe: An Analysis of Provision in Austria, Belgium, France, Germany and the United Kingdom", Nordic Journal Of International Law 69:257-288, 2000.

Syrian Centre for Policy Research (SCPR), Syria Alienation and Violence impact of syria Crisis Report 2014, March 2015, Damascus – Syria.

Thomas Musgrave, "Refugees", in; "Public International Law, an Australian Perspective", Edited by Sam Blay/Ryszard Piotrowicz/B. Martin Tsamenyi, Oxford Press, Melbourne 1997.

Volkan Görendag, Uluslararası Af Örgütü Mülteci Hakları Koordinatörü <http://bianet.org/bianet/toplum/167434-multeci-gocmen-siginmaci-arasindaki-farklar>

Resmi Belge-Mevzuat, İctihatlar ve Antlaşmalar

1993 Viyana Deklarasyonu ve Eylem Planı.

6458 sayılı Kanun kapsamında yayınlanan Geçici Koruma Yönetmeliği.

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu.

359 sayılı Kanun.

ABAD Kararı C.465/07 Rec. 2009.

AİHM Kararı, Başvuru no: 30696/09/09, 21 Ocak 2011 tarihli karar.

AİHM Kararı, Başvuru no: 27765/09, 23.02.2012 tarihli karar.

Council Decision 2014/252/EU of 14 April 2014.

Der Vertrag über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Art. 67/1.

Der Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

Directive 2013/32/EU.

Dublin II, Council Regulations (EC) No 343/2003 of 18 February 2003.

International Agreement between the European Union and the Republic of Turkey on the readmission of persons residing without authorisation, Official Journal Of the EU of 07 Mai 2014 L134/3.

İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muameleye veya Cezaya Karşı Sözleşme.

Schengen Agreement.

The 1951 Refugee Convention and its 1967 Protocol.

İnternet Kaynakları

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:050:0001:0010:EN:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=celex%3A32013L0032>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3A133020>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>

http://www.sourcewatch.org/index.php/Arab_Spring

<https://www.hrw.org/report/2011/06/01/weve-never-seen-such-horror/crimes-against-humanity-syrian-security-forces>

<http://www.syriahr.com/en/>

http://www.unrwa.org/sites/default/files/alienation_and_violence_impact_of_the_syria_crisis_in_2014_eng.pdf

<http://www.unhcr.org/turkey/home.php?content=648>

<https://www.hrw.org/tr/news/2016/03/07/287376>

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin1310.pdf

<https://www.amnesty.org.tr/icerik/37/1122/turkiye-1951-cenevre-sozlesmesi>

http://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/06/150624_suriye_ekonomi

<http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/MNA/extended-summary-impact-of-ISIS.pdf>

<http://www.publicfinance.co.uk/feature/2016/01/counting-cost-refugees>

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss554.pdf>

<http://www.mfa.gov.tr/turkiye-ab-iliskilerine-genel-bakis.tr.mfa>

<http://www.publicfinance.co.uk/>

<http://data.unhcr.org/syrianrefugees/regional.php>

<https://amnesty.org.tr/icerik/37/449/avrupa-insan-haklari-mahkemesi-avrupa-birliigi%E2%80%99ndeki-siginmacilarin-haklarini-koruyor>

http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/sinirdisi/toplu_sinirdisi.pdf

http://maddel4.org/index.php?title=Hirsi_Jamaa_ve_Di%C4%9Ferleri/_%C4%B0talya

http://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/02/160219_ab_turkiye_multeci_zirve

<http://www.dw.com/tr/%C3%BC%C3%A7-milyar-euro-t%C3%BCrkiyeye-gidiyor/a-19025629>

<http://europe.newsweek.com/high-cost-turkey-syrian-civil-war-403535?rm=eu>.

http://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/01/160112_almanya_gocmen_geri

<http://t24.com.tr/haber/ab-turkiyeye-vize-serbestisi-ekim-2016da-baslayacak,318469>

<http://www.dw.com/en/eu-leaders-to-sign-agreement-with-turkey-over-migrant-flow/a-18883111>

<http://t24.com.tr/haber/ab-turkiyeye-vize-serbestisi-ekim-2016da-baslayacak,318469>

<http://www.dw.com/de/kommentar-historischer-eu-t%C3%BCrkei-gipfel/a-18884282> <http://www.turkishpress.co.uk/gundem/abden-turkiyeye-3-milyar-euro-h8493.html>

<http://www.dw.com/tr/ab-vize-serbestisi-i%C3%A7in-ne-istiyor/a-19252576>

<http://www.hurriyet.com.tr/vize-muafiyeti-icin-72-sart-40021126>

TÜRBANLI YARGIÇ OLUR MU?

Başar YALTI*

Yargıtay'da bir tetkik hakimi, başında türban olduğu halde görev yaptığı için Yargıtay Başkanlığı, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulundan (HSYK) görüş istemiş, Kurul, yargıçların türban takmasında sakınca bulunmadığı yönünde görüş bildirmiştir.

Bu yazıda, bir yargıcın türban ya da dinsel / siyasi bir simge taşıyıp taşıyamayacağını tartışacağız.

Türkiye Cumhuriyeti; Anayasasının 2. Maddesine göre demokratik, **laik** ve sosyal bir hukuk devletidir.

Anayasanın 14. Maddesinde; Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirinin, ... insan haklarına dayanan demokratik ve **laik** Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamayacağı, temel bir ilke olarak yer almıştır.

Anayasanın 24. Maddesinde ise, kimsenin, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma ... amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemeyeceği ve kötüye kullanamayacağı, açıkça belirtilmiştir.

Anayasanın her üç maddesinde yer alan laiklik ilkesi, Cumhuriyetin üzerinde kurulu olduğu temel niteliğini oluşturmaktadır.

Laiklik, devletin bütün inanç sistemlerine hukuken eşit davranacağına ilişkin bir taahhüt ilkesidir. Laiklik bu yönüyle demokrasinin, düşünce ve ifade özgürlüğünün ve vicdan özgürlüğünün güvencesidir.

* Avukat, Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı

Laik bir hukuk düzeninde devlet ve yurttaşlar, (toplumsal / dinsel) değerlere göre değil, anayasal kurallara göre hareket etmek zorundadırlar. Bunun nedeni, belli bir inanca sahip olanların devleti / iktidarı ele geçirerek diğer inanç sahipleri veya inançsızlar üzerinde baskı yapmalarının önüne geçilmesi arzusudur. Bu bakımdan inançlar karşısında sadece tarafsız kalmak, laik bir devlet için yeterli değildir. Devlet aynı zamanda, yurttaşların temel hak ve özgürlüklerden tam olarak yararlanmalarını, hak ve özgürlüklerini kullanmalarını, inanç farklılıkları arasında eşitsizlik yaratılmamasını garanti etmelidir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin değiştirilemez niteliklerinden olan laiklik, demokratiklik ve hukuk devleti olma özellikleri ile birlikte değerlendirildiğinde, **Türkiye'nin anayasal düzenin, seküler bir toplum yapısı öngörülerek kurgulandığını kabul etmek gerekir. Seküler toplum yaratma düşüncesi Cumhuriyetin kurucu ideolojisidir.** Zaten çağdaş demokrasilerde toplumsal yapının başka türlü düşünülmesi mümkün değildir. Kaldı ki sekülerliğin kimi öğelerinin Osmanlı devlet geleneğinde de bulunduğu bilinmektedir.

Toplumun seküler bir anlayışla biçimlendirilmesi, batı uygarlığının bir ürünüdür. Seküler toplum dinden arındırılmış bir toplumsal yapıyı değil, ilişkilerini rasyoneliteye göre düzenleyen bir toplumsal düzeni anlatır. Hristiyanlık; Reform, Rönesans ve genel olarak 'aydınlanma' olarak nitelenen süreç sonunda seküler toplum anlayışıyla uyum sağlamıştır. İslam dini açısından böyle bir sürecin yaşanmadığı bilinmektedir.

Cumhuriyetin kuruluş döneminde laik devlet / seküler toplum tercihi belirginleşip Fransız laisizmi örnek alınınca, bir İslam toplumu olan ülkemizde birtakım çevrelerin itirazıyla karşılaştı. Cumhuriyetin seküler toplum tasarımı ile İslam dini arasında; devlet yapılanması, kamu alanının düzenlenmesi ve kişilerin özel yaşantıları bakımından birtakım sürtüşmeler yaşanmaya başladı. Demokrasiye geçişle birlikte, siyasal alanın başlıca malzemesi din ve dinden kaynaklı politikalar olunca ortaya çıkan huzursuzluklar kaçınılmaya başladı. Kişilerin özel alanlarının düzenlenmesiyle ilgili olarak çok yaşanmasa da, kamusal alanın düzenlenmesi, özellikle de devlete ait resmi alandaki işlemler-

rin yürütülmesi bakımından ağırlığı gittikçe artan sorunlar varlığını gösterdi. 2002 yılında iktidarın İslamcı karakteri belirgin bir partinin eline geçmesinden sonra, din / devlet çatışısındaki sorunlar şiddetlendi.

Oysa Cumhuriyet döneminin tüm anayasaları, bu arada 1982 Anayasası, laik bir devlet yapısı öngördüğünden, resmi alana dinsel etkilerin yansıtılması hukuken mümkün olmadığı gibi haklılık da taşıyor. Dolayısıyla, Türk toplumunun çok büyük bir çoğunluğunun Müslüman inancına sahip bulunmasının, İslam dininin aynı zamanda bir devlet sistemi öngörmüş olmasının ya da bazı dünyevi düzenlemeleri kapsıyor olmasının, mevcut Anayasal ilkeler karşısında bir önemi yoktur. Anayasal düzenimiz, kamusal alanın, özellikle de devletin yapısı ile ilgili resmi alanın dinsel gereklere göre düzenlenmesine, din kurallarına dayandırılmasına olanak tanımamaktadır.

Elbette, din ve inanç özgürlüğü çerçevesinde, yurttaşların inancına göre ibadet etme haklarının bulunduğu tartışma dışıdır. Yurttaşlar bu haklarını inançlarının gereklerine göre kullanabilirler. Ama bu durum, din ve inanç özgürlüğünün bütün hakların önünde olacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. **Laik bir devlet düzeninde din özgürlüğü, temel hak ve özgürlüklerden ayrı, onların üzerinde özel bir özgürlük olarak görülemez.** Din ve inanç özgürlüğü, hukuksal açıdan, düşünce özgürlüğüyle aynı nitelikte kabul edilir.

Kaldı ki, hiçbir hak sınırsız değildir. Her hakkın aslında kendisinde içkin olan bir sınırı bulunmaktadır. Örneğin, toplantı ve gösteri yapma özgürlüğü silahsız, saldırsız ve barışçı olmak zorundadır. Hukukun temelini oluşturan, kötüye kullanmama ilkesi de haklar için doğal bir sınırlama nedenidir. Ayrıca bir hakkın kullanılması başka bir hakkın kullanılmasına engel oluyorsa, doğal olarak diğer hakkın sınırlandırılması gerekecektir. Çünkü demokrasilerde hiç kimse, kendi doğrularında ısrar etme ve dayatma hakkına sahip değildir. Belirtmeliyiz ki, hakların kullanılması konusunda açık bir düzenleme yapılmamış olması, özgürlüğün kullanılmasında bir sınırlama olmadığını göstermez. Dolayısıyla laiklikle bağdaşmadığı yönünde bir mevzuat hükmü olmadığı için o konuda serbestlik bulunduğu şeklindeki kazuistik yorum, doğru bir bakış açısı olarak değerlendirilemez.

Anayasamızın 138. Maddesine göre ‘Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.’ Md. 140/2 gereğince de ‘Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.’

Anayasal lçler dikkate alındığında, mahkemeler ve yargıçlar için temel nitelik, bağımsız olma ve tarafsız davranma ilkeleridir. Bu ilkeler, bütün demokrasilerde ve hukuk devletlerinde kabul edilmiş, hatta dikta yönetimlerinde dahi göstermelik olarak varlığına itiraz edilemeyen ilkelerdir.

Bir yargıcın tarafsız ve bağımsız olmasının amacı, yargıladığı kişilerde tarafsız davranacağı yönünde bir kanaat oluşmasını sağlamaktır. Çünkü mahkeme kararına, yargılananların rıza göstermelerini sağlayan husus, kararın tarafsız bir kişi tarafından verildiği yönündeki inançtır. Mahkeme kararlarına uyulmasında ikna edici temel unsur yargıcın tarafsız davranacak üçüncü kişi olmasıdır. Bu nedenle, mahkemelerin ya da bir yargıcın sadece içsel olarak bağımsızlık yaşaması ve duyumsaması yetmemekte, aynı zamanda görünür olarak da tarafsız ve bağımsız olduklarını ortaya koymaları gerekmektedir. Tarafsızlığın görünürde sağlanması için yargıçların, yargıladıkları kişilerde ve onları temsil eden avukatlarda, tarafsız olamayacağı kanısını uyandıran görsel simgeler taşımamaları gerekir. Yargıçların cübbe giymelerinin, peruk takmalarının bir amacı da budur. Herkes için ‘aynı’ olan nesnel, objektif bir yargıç görüntüsünün verilebilmesidir. **Bu görüntüyü bozacak her simge, ister türban gibi dinsel bir simge olsun, ister siyasal bir simge olsun, yargılanan kişinin zihinsel dünyasında, objektif olunamayacağına ilişkin bir algı yaratıyorsa, tarafsızlığı bozacak o simgenin kullanılmaması gerekir.**

Yargıçlar da her yurttaş gibi din ve inanç özgürlüğüne sahiptir. Ama yargıçlar aynı zamanda devletin asli  görevinden birisi olan yargılama görevini yerine getiren kişilerdir. Bu nedenle yargıçların, kişisel hak ve özgürlükleriyle, yaptıkları kamusal görevin gerekleri arasında bir denge tutturmaları, tutum ve davranışlarını buna göre düzenlemeleri gerekmektedir. **Bu çerçevede bir yargıç, eğer inancına göre yaşamak istiyorsa, görevini yaparken hakların yaşışması olgu-**

suyla kaçınılmaz olarak karşılaşır. Yargıç bir yandan, bireysel bir hak olan inanç özgürlüğünün gereklerine göre davranmak isterken, diğer yandan yürüttüğü görevin sonucu olan kamusal bir hakkın, yurttaşlar için tanınan, 'tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılanma hakkı' nın çatışmasını yaşar. Bu durumda haklardan birisine üstünlük tanınacağı tabiidir. Yargıcılık mesleğini tercih eden birisinin, laik bir devlet düzeninin yargıcı olarak görev yaptığının bilincinde olduğu, görevin kamusal / resmi bir nitelik taşıdığını bildiği kuşkusuzdur. Eğer böyle ise, yukarıda açıklamaya çalıştığımız laik anayasal düzende, bireysel bir hak olan inanç özgürlüğü ile kamusal bir hak olan 'tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılanma hakkı' çatıştığında (böyle bir çatışmanın olmadığı iddia edilemez), öncelikle **yargıcın kendisinin, yarışan bu haklardan hangisinin üstün olduğuna karar vermesi gerekecektir.** Bir yargıç, 'ben görevimi yaparken 'vicdani kanaatime' göre karar veriyor ve tarafsız davrandığıma inanıyorum', diyerek, belki kendisini tatmin eden bir argümantasyon üretebilir. Ancak soruna objektif yaklaşıldığında, görünürde tarafsızlığın sağlanabilmesi açısından bu argümanın tatmin edici olmadığı ortadadır. Çünkü yargılamada dikkate alınacak şey, sadece yargıcın kendi duygu ve düşünce dünyası değil, yargıladıklarının düşünce dünyalarında neler yaşandığıdır. **Yargıç, yargılama sırasında kendi 'ben'i olmaktan çıkar, kamusal bir 'ben'liğe bürünür.** Ayrıca yargıcın, 'vicdani kanaatine' göre karar verirken dayandığı vicdan, kendi vicdanı değil, kamusal vicdandır.

Kaldı ki tarafsızlık, davada nesnel değerlendirme yapılmasını, yargılama sürecinde nesnel davranmayı gerektiren bir özellik taşıır. Nesnellik, kişilerin düşünce dünyalarıyla ilgili olup, bir kişinin olay ve olgular karşısında kendi inanç ve ideolojisine göre tutum takınmaması demektir. Yargıç böyle bir kişidir. Yargıç, **n e s n e l** davranmak zorunda olduğundan yargılananlarda kuşku üretecek bir tutum içinde olamaz. İnancına ve ideolojisine göre davranamaz.

Anayasa Mahkemesi, 2010 referandumuyla yeniden yapılandırılmasından sonraki kararlarında, 'katı laiklik' olarak nitelendirdiği, yaklaşık elli yıllık anlayışı terk ederek, daha 'esnek ve özgürlükçü' bir laiklik tanımına yönelmiştir. Buna bağlı olarak Anayasa Mahkemesi, yaşam tarzının devletin müdahalesi dışında olacağı ve kimliklerin toplumsal görünürlüğüne imkan tanınması şeklinde yeni bir anlayışı be-

nimsemıştır. Bu anlayışa bağlı olarak Anayasa Mahkemesi, bir kararında, avukatın başörtülü olarak duruşmaya katılmasının engellenmesine yönelik uygulamanın din ve vicdan özgürlüğü ile ayrımcılık yasağını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. **‘Hak eksenli’ olarak nitelenen bu yaklaşımın eleştirilecek birçok yönü bulunduğu kuşkusuzdur.** Biz, avukatların duruşmalara başörtülü olarak girmelerinin de adil yargılama ilkelerine ve tarafsız yargılama sürecine aykırı olduğu görüşündeyiz. Ancak, **Anayasa Mahkemesinin eleştirilen bu yeni yaklaşımı dahi, ‘özel statüye’ sahip olarak ‘yargılama’ görevini yerine getiren bir ‘yargıç’ için ‘esneklik’ sağlayacağı şeklinde değerlendirilemez.** Çünkü **Anayasanın 24. Maddesinde belirtilen yasakları istismar edemeyecek ‘kimse’ler arasında hiç kuşkusuz yargıçlar önde gelmektedir.**

Yargıçların, görevlerini mahkemelerin bağımsızlığı esasına göre yerine getirecekleri bir anayasal kural olarak belirlendiğinden, hakim tarafsızlığının ön koşulu olan bağımsızlığın sağlanabilmesi için yargıcın görevini yaparken, kendisini, inancına (dini esaslara) göre davranmaktan alıkoyması gerekmektedir. **Yargıç, inancının değerlerine göre değil, anayasal düzen kurallarına göre davranacağını bilen / bilmesi gereken birisidir.**

Bilindiği üzere, hukuk kurallarını yorumlama imkanına herkes sahip olmakla birlikte, geçerli yorumun mahkemelerce yapılacağı hukuk devletinin bir gereğidir. Aynı şekilde mahkeme kararlarının devleti ve herkesi bağlayacağı bir Anayasa kuralıdır (m.138/son). Ancak son yıllarda, özellikle 2010 Anayasa referandumuna bağlı olarak, yargı sisteminin tümüyle yeniden yapılandırılarak siyasal iktidara bağlanmasından sonra, yüksek mahkemeler, mevcut siyasal iktidarın dinsel ve siyasal görüşlerine ‘paralel’ karar ve içtihatlar üretmeye başlamıştır. Türban yasağı ile ilgili Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları da bu süreç sonucunda değişmiştir. **Laiklik ilkesi, özgürlük adına, yargısal yorum yoluyla oldukça törpülenmiştir. Ancak, yargı yetkisinin kabul ettiğimiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Türkiye ile ilgili olarak laiklik konusunda verdiği kararlarında herhangi bir değişiklik olmamıştır.** AİHM kararlarında; laiklik ilkesinin, kamu hizmetinin tarafsızlığını sağlama ve kamu düzenini koruma amaçlı olduğu belirtilmekte, türbanın, eşitlik ve ayrımcılık yapmama davranışıyla kolayca bağdaştırılamayacak bir simge olduğu vurgulanmaktadır.

Bu nedenle; geçerliğini korumakta olan 13.02.2013 tarihli AHİM Büyük Daire kararında belirtilen, devletin, 'dini inancını başörtüsü takarak sergileme özgürlüğünü, eğer bu özgürlüğün uygulaması, başkalarının hak ve özgürlüklerini, kamu düzeni ve güvenliğini koruma amacıyla çatışıyor ise sınırlayabileceği' görüşünün dikkate alınması Anayasa m.90/son gereğince zorunludur. **Bu durumda, yukarıda sözü edilen çatışan iki haktan, kamusal karaktere tartışmasız şekilde sahip olan, 'tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı' na öncelik verilmesi gerekeceğinden, bir yargıcın türban takması görmezden gelinecek, hoş görülecek bir davranış olarak kabul edilemez.**

Sorun yargı etiği açısından değerlendirildiğinde de benzer sonuca ulaşılması kaçınılmazdır. 2003/43 Sayılı Birleşmiş Milletler BANGALOR YARGI ETİĞİ İLKELERİ (BYEİ), yargıçların uyması gereken ana kuralları; tarafsızlık, doğruluk ve dürüstlük ilkeleri olarak belirlemiştir. Birleşmiş Milletler BANGALOR YARGI ETİĞİ İLKELERİ'ne göre (Değer 2) tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin temelidir ve tarafsızlık ilkesi, sadece karar için değil, aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da gerekli görülmektedir. BYEİ gereğince, yargıçların makul şekilde düşünen bir kişide tarafsız olarak karar veremeyeceği izlenimi bırakmaması gerekmektedir. Dolayısıyla üzerinde taşıdığı simgeler bir yargıcın tarafsızlığı konusunda kuşku yaratıyor ise o yargıcın simgeleri taşımaya hakkı bulunmamaktadır.

Ayrıca, yargılama süreci aynı zamanda bir iletişim ortamıdır. Bu ortamın davranış kodları yasalarla ve evrensel kabullerle, tarafsızlık ve bağımsızlık olarak belirlenmiştir. Yargılama mizanseninde, özellikle yargılamayı görünür kılan duruşmalarda, temel kodun dışına taşacak, simgesel uyarıcıların bulunması kabul edilemez. Örneğin yargılama sırasında taraflardan birisinin yargıçı etkileyebilecek özel bir yöntem kullanması nasıl mümkün değilse, yargıcın da taraflarda böyle bir izlenim yaratması kabul edilemez. Çünkü yargıcın kullanacağı simgeler, iletişim tekniği bakımından '**belirtken uyarı**' ya dönüşür ve o simgenin taraflarda bırakacağı izlenim ve algı ister istemez öne çıkar. Bu bakımdan, yargıcın kullanacağı simgelere dikkat etmesi, taraflarda tarafsız olmadığı algısını uyandıracak simgeleri kullanmaktan kaçınması gerekir. Adaletin sembolü olan Themis'in gözlerinin bağlı olarak resmedilmesi de bundandır.

Yargıcın tarafsız olması ve tarafsız bir görüntü vermesi, adil yargılanma ilkesinin de (Sözleşme m.6/1) zorunlu bir sonucudur. AİHM kararlarında sıklıkla vurgulanan, mahkemenin / yargıcın tarafsızlığı olgusu, yargıcın, davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı taşımaması gerektiği anlamındadır. AİHM kararlarında, mahkemenin hem objektif, hem sübjektif açıdan tarafsızlık koşullarını sağlaması gerektiği vurgulanır. Yargıcın tutumu ve görünüşüyle, taraflı davranacağından kuşku duyulmasını haklı gösterecek şekilde bir izlenim yaratması, adil yargılanma ilkesinin açık ihlalidir. Bu açıdan da yargıçların dinsel ve siyasal simge taşımaları mümkün gözükmemektedir.

Sonuç olarak, laiklik ilkesi gereğince, dinin veya din duygularının yahut dince kutsal sayılan şeylerin istismar edilemeyeceği ve kötüye kullanamayacağının kabulü gerekmektedir. Özgürlükler adına da böyle bir savunu ileri sürülmesi mümkün değildir.

Yargıçlık, özelliği olan, devletin temel işlevlerinden yargılama yetkisinin kullanıldığı bir meslek olarak tarafsızlık ve bağımsızlık gerektirmektedir.

Tarafsızlık; yargıcın, sadece karar verirken tarafsız olmasını değil, yargılama sürecinde ve hatta özel yaşantısındaki davranış ve görünüşüyle de, biçim ve öz olarak, kuşku yaratmayacak bir tutum içinde olmasını zorunlu kılmaktadır.

Yargıç, herhangi bir kamu görevlisi değildir. Yargıç, Anayasa Mahkemesinin / Danıştay'ın değişen yeni içtihatları dikkate alınsa dahi, inancına göre giyinme veya dinsel simgeler taşıma hak ve yetkisini kendisinde göremez.

Yukarıdaki açıklamalar, bir yargıcın görevini yaparken inancına göre giyinmesine ve davranmasına haklılık tanımamaktadır. Bir yargıç eğer inancına göre yaşamak istiyorsa, tarafsız olamayacağından, etik olarak ve dürüstlük kuralı gereği, öncelikle kendiliğinden yaptığı görevden çekilmelidir. Eğer bunu yapmıyorsa, HSYK'nın, görevini anayasal ve evrensel ilkelerle bağdaşmayacak şekilde sürdüren türbanlı bir yargıca izin vermemesi gerekmektedir. Aksi taktirde HSYK'nın bu duruma göz yuman, destekleyen tutumu görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır.