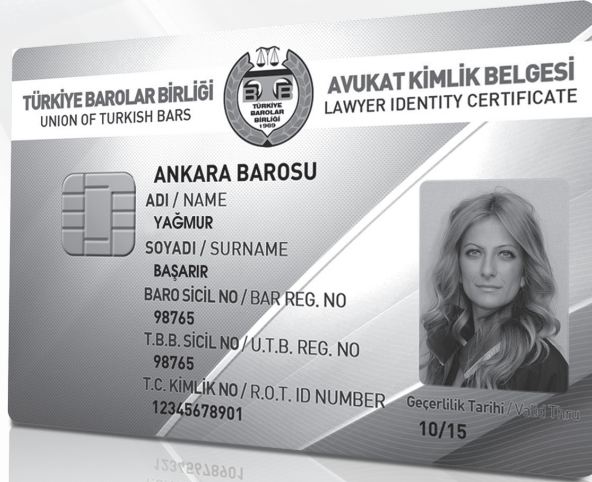




TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

BAROKART

Tek Kartla, Çok Hizmet!



Ön yüklemeli ödeme aracı olarak kullanılan akıllı kart sistemi BaroKart ile Adliyeye gitmeden, internet bağlantısının olduğu her yerden UYAP Avukat Portalına bağlanarak;

- ***dava açabilir,***
- ***her türlü dosya giderini yatırabilir,***
- ***sorgulama yapabilirsiniz.***

www.barobirlik.org.tr

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

Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı / Vice-President Head of the Publishing Department

Av. Başar Yalıtı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Teoman Ergül

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Başar Yalıtı, TBB Başkan Yrd.
Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Teoman Ergül
Av. Özgecan Yanlı

Yayın Kurulu / Board of Editors

Av. Dr. Serkan Açar
Av. Olcay Küçükpehlivan
Av. Özgecan Yanlı
Sezercan Bektaş

Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu,
Çankaya Ü. Hukuk Fak.

Prof. Dr. Haluk Günuğur,
Türkiye-AB Derneği Bşk.

Prof. Dr. Hamit Hancı,
AÜ Tıp Fak. Adli Tıp ABD Bşk.

Sabih Kanadoğlu,
Onursal Yargıtay C. Başsavcısı

Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu
Prof. Dr. Erdal Onar,
Bilkent Ü. Hukuk Fak.

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz,
Akdeniz Ü. Hukuk Fak.

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez,
Galatasaray Hukuk Fak.

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.

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 Özak Sokağı No: 8
06650 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www.barobirlilik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlilik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 60 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

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından beri çıkmakta olan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmaktadır. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nde, makaleler; Yargıtay, Danıştay, AİHM, Anayasa Mahkemesi kararları, kritikler ve yayın tanıtım yazıları yer almaktadır.

2. Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.

3. **Yazılar, 7. 500 sözcüğü geçmeyecek şekilde, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.**

Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (en fazla 50 sözcük) ve anahtar sözcükleri (en fazla 10 sözcük) Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır.

Yazıların sonunda kaynakça bulunmalıdır.

Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak yazılmalıdır.

Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnot ve 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 *İTALİK* verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.

Örneğin: Yazar Adı, "Makale Adı", Eser Adı, Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. xx.

Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.

4. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası "yayin@barobirlilik.org.tr" adresine gönderilmelidir.

Yazılar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yayın Kuralları'na uygun olmaması durumunda reddedilir.

5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini göndermelidirler.

6. **Yazıların "hakemli makaleler" bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir;** açıklama yer almayan durumlarda "makaleler" bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.

7. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.

Hakem tarafından uygun bulunmadığı için yayımlanmayan yazılar, istenildiği takdirde hakem adı belirtilmeksizin yazarlara geri gönderilir. Hakem raporuna itiraz hakkı vardır.

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.

8. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.

9. Dergiye gönderilen yazıların yazım denetimlerinin yapılmış olduğu, gönderildiği biçimiyle yayımlanmasına "*olur*" verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra, baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmez. Yazım yanlışlarının fazla olması yazının yayımlanmaması için yeterlidir.

10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yazı dili Türkçe'dir.

11. Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Kılavuzu* esas alınmaktadır.

12. Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayın haklarına TBB sahip olur.

13. Yazarlara Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtım Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

11 HABERLER / NEWS

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

19 Esra KATIMAN

Bir İç Hukuk Yolu Olarak Bireysel Başvuru ve Etkinliği Sorunu / Individual Application As a Domestic Remedy and Its Effectiveness

51 Selami DEMİRKOL

Kamu Yönetiminde Bir İlk; ÇED Raporu Uygulaması ile İşlem Üretme Sürecine Halkın Katılımının Sağlanması / A Premier In Public Administration, Contribution of The Public to Application of Environmental Impact Assessment Report and The Process of Production

75 Umut YENİOCAK

Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi / According To Code Of Obligations Judicial Audit Of General Terms And Conditions

97 Zeynep Derya TARMAN

Montreal Sözleşmesi'nin Yetki ve Tahkime İlişkin Hükümleri / Jurisdiction and Arbitration Under The Montreal Convention

119 Nazile İrem YEŞİLYURT

TBMM'nin Kamu Başdenetçisi Seçme İşlemlerinin Yargısal Denetimi Üzerine Bir Çözümleme / An Analysis of The Judicial Review of The Grand National Assembly of Turkey's Election Decision on The Head Ombudsman

143 Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU

Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye'nin Model İkili Yatırım Anlaşması Taslağı / Model Bilateral Investment Agreements and Turkish Draft Model Bilateral Investment Agreement

173 Seda YURTCANLI DUYSUZ

Çevre Örgütlerinin Çevresel Yönetime Katılma Sürecinde Dayandığı Haklar / The Rights Of Environmental Organizations To Participate In Environmental Administration Process

199 Mehmet YAYLA

Uluslararası Hukukta Siber Saldırlara Karşı Kuvvet Kullanma / Cyber War And Use Of Force Against Cyber Attacks in International Law

221 Nimet ÖZBEK HADİMOĞLU - Barış TEKSOY

Vatansızlığın Azaltılmasına Dair BM Sözleşmesi (1961) Karşısında Türk Vatandaşlığı Kanunu / The Turkish Citizenship Law Towards The UN 1961 Convention on The Reduction of Statelessness

245 Özlem TÜZÜNER

Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege Ferenda Düşünceler / De Lege Ferenda Thoughts About Gambling And Betting Debt

273 Huriye KUBİLAY - İbrahim Atakan KUBİLAY

Seyahat Acentaları Sorumluluk Sigortalarında Sigortanın Kötüye Kullanılması: Sigortanın Kapsamı Yönünden Uygulamadan Bir Örnek / Misuse Of Travel Agency's Liability Insurance Contracts: An Example on Insurance Coverage From Pactice

297 Ali İbrahim AKKUTAY

Uluslararası Yatırımdan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde ICSID Sözleşmesinin 27. Maddesi / Article 27 Of The Icsid Convention On The Settlement Of Disputes Arising From International Investment

MAKALELER / ARTICLES

321 Tunay KÖKSAL

Uluslararası İnşaat ve İş Ortaklığı Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Hukuki Çözüm Yolları /Legal Settlement Methods For The Disputes Resulting From International Construction Contracts and Business Partnership Contracts

353 Hacı KARA

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeni Düzenlemeler / The New Regulations Brought With Turkish Code of Obligations Numbered 6098

389 Hüseyin BİLGİN

Polonya Yargı Sistemi Üzerine İzlenimler

431 Hans KELSEN Çeviren: Ali Acar

Adalet Nedir? / What Is Justice?

455 İlker Hasan DUMAN

İnşaatın Yasallık Kazanması için Mahkemenin Tarafalara Süre ve Yetki Vermesi

459 Yargıtay Kararları / Decisions of the Court of Cassation

495 Disiplin Kurulu Kararları / Decisions of the Disciplinary Committee

504 Kitaplar, Dergiler / Books, Periodicals

başkan'dan

Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu'nun ardından; hukuk devleti, demokrasi, insan hakları adına büyük bir mücadele vereceğimiz çok önemli bir görevi teslim aldık.

Biz avukatlar, 80 bin kişilik dev bir aileyiz. Aile fertlerimizin her birinin kuşkusuz ayrı kişilikleri, siyasi görüşleri, hayata bakış açıları var. Ancak iş ailemizi korumaya gelince biz birlik oluruz, bütünleşiriz. Bu ailenin çatısı Türkiye Barolar Birliği'dir. Türkiye Barolar Birliği 79 baronun ve 80 bin avukatın arkasındadır.

Türkiye Cumhuriyeti'nin çağdaşlığı, insan haklarını, özgürlükleri temsil eden bütün değerleri, demokrasi, hukuk devleti ve üniter yapı büyük bir saldırı altındadır. Bu saldırıdan en ağır şekilde etkilenen meslek, çağlar boyunca hak ve özgürlüklerin mücadelesinin öncü kuvveti, lokomotif olmuş olan avukatlıktır. Adil yargılanma hakkına aykırı uygulamalar, her gün, ama her gün artarak devam etmektedir. Adalet mülkün temeliyse, mülk temelsiz kalmak üzeredir.

Savunma hakkı artık yalnızca siyasi davalarda değil, bütün davalarda sıklıkla askıya alınmakta, avukat yargının kurucu unsuru olmasına rağmen sistemin içindeki bir engel olarak görülmektedir. Avukatlar müvekkillerinin haklarını savunur. Bir avukat görevini yaparken kendini savunmak zorunda kalıyorsa, bu, hukuksuzluğun geldiği son noktadır. Bugün Türkiye'de geldiğimiz nokta işte budur.

Siyasi görüşleri, ideolojileri ne olursa olsun, kim olursa olsunlar, sadece mesleklerini icra ettikleri, savunma hakkını kullandıkları, sa-

vunma hakkını *savundukları* için haksız müdahaleyle karşılaşan meslektaşlarımızın sonuna kadar yanında olacağız.

Türkiye Barolar Birliği'nin; mesleği, ülkeyi ve hukukun üstünlüğünü ilgilendiren hiçbir konuda sessiz kalma, tepkisizliği meşrulaştırma hakkı yoktur. Türkiye Barolar Birliği hak ihlallerine karşı sessiz ve duyarsız kalamaz.

Geldiğimiz noktada, Cumhuriyet tarihinde eşi benzeri görülmemiş sayıda avukat, gazeteci, sendikacı, öğretim üyesi, subay, milletvekili, yerel yönetici, her kesimden muhalif duruş sergileyen aydın gerekçesiz olarak tutukludur, zindanlardadır. Yalnızca kaçma veya delilleri karartma tehlikesi karşısında uygulanabilecek tutuklama tedbiri, kişi özgürlüğünün değerini inkar eden, vicdanları yaralayacak şekilde keyfilik ve zulme dönüştürülmüştür.

Hak ve özgürlüklerin en önemli güvencesi olan avukat, yargının diğer kurucu unsurları başta olmak üzere idareciler, kolluk, kamu görevlileri ve hatta siyasi iktidar tarafından yargının önünde bir engel olarak görülmekte ve öyle muamele edilmektedir. Adil yargılanma hakkının ortadan kalktığını mahkemelerde haykıran sanık avukatları, yaptıkları savunmalar sebebiyle soruşturulmakta ve yargılanmakta, adil yargılama talep eden baro yöneticileri kendilerini sanık olarak bulmaktadır.

Adliyelerde artık avukatları coplu, kalkanlı polisler karşılamaktadır. Avukatlar savundukları müvekkillerinin kim olduğuna, aldıkları dava türlerine ve sorgularda müvekkillerine önerdikleri hukuki yardımlara göre fişlenmekte, yaptıkları savunmalar sebebiyle yargılanmaktadır.

Bütün bunların üzerine; 11 Haziran 2013 tarihinde İstanbul'da Çağlayan Adliyesi'nde 50'ye yakın meslektaşımız çevik kuvvet ve özel güvenlik görevlileri tarafından yerlerde sürüklenerek, üstleri başları parçalanarak, darp edilerek, elleri kelepçelenerek dışarı çıkarılmış, otobüslere doldurulup Emniyet Müdürlüğü'ne götürülmüştür.

Meslektaşlarımız, Türkiye'deki Gezi Parkı olaylarında polisin uyguladığı şiddeti protesto ettikleri ve bu şiddetin sorumluları hakkında savcılarını göreve çağırarak sırada, *kendileri* şiddet mağduru olmuşlardır. Esasen, Çağlayan Adliyesi'nde yerlerde sürüklenen avukatlar değil, adalet ve avukatların temsil ettiği yurttaşlar olmuştur. Avukatlara yönelik baskı ve şiddetin sorumluları hakkında gereğinin yapılmasının takipçisi olacağımızı bir kez daha ilan ediyoruz.

Avukatlık Kanunu, Türkiye Barolar Birliği'ne "*Hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumak, bu kavramlara işlerlik kazandırmak*" görevini vermiştir. Avukatlar, barolar ve Türkiye Barolar Birliği daima özgürlükler ve insan haklarından yana taraf olmuştur; bu uğurda, hukuki mücadeleye kararlılıkla devam edilecektir.

Bu çerçevede; Türkiye Barolar Birliği ve barolar olarak yetkililere gerekli uyarıları yaptık, meslektaşlarımıza ve yurttaşlarımıza uygulanan şiddetle ilgili olarak sorumlular hakkında suç duyurularında bulduk, meslektaşlarımızın yaşadığı sistematik savunma hakkı ihlalleriyle mücadele ettik, pek çok şehirde binlerce avukatın katıldığı yürüyüşler düzenledik, basın açıklamaları yaptık, toplumu daha da gelecek ve kutuplaştıracak bir "cadı avı" başlatılmaması konusundaki uyarılarımızı dile getirdik ve can kurtarmak için çırpınan gönüllü hekimlere uygulanan baskıların karşısında durduk.

Bu süreçte Sayın Cumhurbaşkanıyla, Sayın Adalet Bakanıyla, sahadaki polislerimizle, onların amirleriyle de görüştük; demokratik protesto hakkını kullanan vatandaşlarımızla, gözaltına alınanlarla, yaralananlarla ve maalesef bu olaylar sırasında hayatlarını kaybedenlerin aileleriyle de beraber olduk. Özgürlükleri hukuka aykırı şekilde kısıtlanan, gerek fiziksel gerek manevi olarak mağdur edilen yurttaşlarımızı kucakladık; hastanelerde, polis merkezlerinde, baro binalarında, adliyelerde sabahladık; mağdurların ve mazlumların sığındığı güvenli bir liman, ayrıştırılmak istenen toplumu birleştiren güç olduk.

Bizim yaptığımız; hem yurttaşlarımızın canlarının yanmasını önlemek hem de devletin polisiyle halk arasına daha sonradan giderilmesi

mümkün olmayan bir nefret duvarının çekilmesini önlemeye çalışmak oldu. Biz, yetkililere, şiddete son vermeleri çağrısı yaparken, protesto hakkını kullanan yurttaşlarımıza da, şiddete başvuranları aralarına almamaları çağrısında bulunduk.

İçlerinden biri olmakla hayatım boyunca gurur ve geçtiğimiz süreçte yaşadıklarımızı düşündüğümde tarifsiz bir onur duyduğum, insanı; dinine, diline, mezhebine, ırkına, rengine, cinsiyetine bakmaksızın sadece insan olduğu için koruyan, haksızlıklara göğsünü siper eden meslektaşlarıma ve onların arkalarında zaptedilmez birer kale gibi dimdik duran Türkiye'nin bütün barolarına şükranlarımı sunuyorum.

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

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

32. OLAĞAN GENEL KURULU YAPILDI: AVUKAT PROF. DR. METİN FEYZİOĞLU BAŞKANLIĞA SEÇİLDİ

Türkiye Barolar Birliği'nin 32. Olağan Genel Kurulu, 25-26 Mayıs 2013 günleri Ankara'da Av. Özdemir Özok Kültür ve Kongre Merkezi'nde yapıldı.

İlk gün gündem gereğince TBB'nin son iki yıllık çalışmaları üzerinde çok sayıda delege eleştiri ve dileklerde bulundular Yönetimin eleştirilere cevap vermesinden sonra yönetim kurulu oybirliği ile aklandı.

İlk gün son olarak TBB Başkan adayları Av. Vedat Ahsen Coşar, Av. Kazım Kolcuoğlu ve Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu birer konuşma yaptılar, düşüncelerini delegelerle paylaştılar.

İkinci gün seçimler yapıldı. Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu 209, Av. Vedat Ahsen Coşar 159, Av. Kazım Kolcuoğlu 59 oy aldılar. Başkanlığa Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu seçildi. Yönetim, Disiplin, Denetim Kurulu üyeliklerine seçilen meslektaşlarımızı aşağıda tanıtılmaktayız.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ YÖNETİM KURULU

TBB BAŞKANI

AVUKAT PROF. DR. METİN FEYZİOĞLU

Avukat Prof. Dr. Metin Feyzioğlu (1969), Ankara Hukuk Fakültesini 1990 yılında bitirdi. 1992 yılında Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku dalında Yüksek Lisans, 1995 yılında doktorasını yaptı. 1996 yılında yardımcı doçent, 2000 yılında Ankara Üniversitesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalında doçent oldu. 2007 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Profesörü oldu. 2010-2013 yılları arasında Ankara Barosu Başkanlığı yaptı. Akademik çalışmaları dolayısıyla pek çok bilimsel toplantıya katıldı, temsilcilik yaptı. Karadeniz Ülkeleri Barolar Birliği Başkanlığı görevi üstlendi. Çok sayıda ceza ve anayasa hukuku alanlarında yazılmış kitap, makale ve bildirisi bulunmaktadır.



TBB BAŞKANLIK DİVANI

TBB BAŞKAN YARDIMCISI

AVUKAT BERRA BESLER

Avukat Berra Besler, 1967 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunudur. İstanbul Barosu'na kaydolup serbest avukatlığa başlamıştır. 1983-1989 yılları arasında İstanbul Barosu yönetim kurulu üyeliği ve genel sekreterlik görevlerinde ve 1985-89-2002-2013 TBB delegeliğinde bulundu. İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi kurucuları arasındadır. 1996-2008 Staj Eğitim Merkezi bölüm başkanlığı ve Staj Eğitim Merkezi başkanlığı yapmıştır. 2009-2013 döneminde TBB Başkan Yardımcılığı ve TBB Eğitim Merkezi Başkanlığı yapmış olan avukat Berra Besler'in bu dönem ikinci dönemidir. Kıbrıs Uluslararası Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu ve Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu'nda Avukatlık Hukuku, Yargı Örgütü, Noterlik Hukuku dersleri vermektedir.



TBB BAŞKAN YARDIMCISI

AVUKAT BAŞAR YALTI

Avukat Başar Yaltı (1954) Erzurum Aşkale doğumludur. 1974 yılında Kara Harp Okulu'ndan mezun oldu. 12 yıl Subay olarak görev yaptıktan sonra istifa ederek TSK'dan ayrıldı. 1980 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirmiş olup subaylıktan ayrıldıktan sonra İstanbul Barosu'na kaydolarak serbest avukatlığa başlamıştır. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde kamu hukuku dalında yüksek lisans yapmış, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimsel Enstitüsünde aynı dalda doktora yapmaktadır. 2005-2009 yılları arasında TBB Disiplin Kurulu üyeliği, 2010-2012 yıllarında İstanbul Barosu Yönetim Kurulu üyeliği yapmıştır.



TBB GENEL SEKRETERİ

AVUKAT İZZET GÜNEŞ GÜRSELER

Avukat İzzet Güneş Gürseler (1952) İstanbul doğumludur. 1973 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirmiş; Tekirdağ Barosu'na kaydolarak serbest avukatlığa başlamıştır. 1974-1987 yılları arasında Tekirdağ Barosu Genel Sekreterliği, 1996-1998; 2000-2004 yılları arasında Tekirdağ Barosu Başkanlığı yapmıştır. 1987-1991 yılları arasında Tekirdağ milletvekili seçilmiş; 1992-1995 yılları arasında Büyükelçi unvanlı Başbakan Baş Danışmanı görevlerinde bulunmuştur. 2005-2009 yılları arasında TBB Genel Sekreterliği görevinde bulunan Gürseler, bu göreve ikinci defa gelmiş bulunmaktadır.



TBB SAYMAN ÜYE

SABRİ ERDAL GÜNGÖR

Avukat Sabri Erdal Güngör (1951) Elazığ doğumludur. 1973 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirmiş; Ankara Barosu'na kaydolmuştur. 1980-1984 döneminde Ankara Barosu Sayman üyeliği görevinde bulunmuştur.



YÖNETİM KURULU ÜYELERİ

AVUKAT ALİ ARABACI

Avukat Ali Arabacı (1950), Bulgaristan doğumludur. 1973 yılında Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirmiş, Bursa Barosu'na kaydolarak avukatlığa başlamıştır. 1996-1999 yılları arasında Bursa Barosu Başkanlığı yapmış, 1999 yılında milletvekili seçilmiştir. TBMM Adalet Komisyonu ve Çevre Komisyonu üyeliği yapmıştır. 2001 Avukatlık Kanunu değişikliği sürecinde Adalet Alt Komisyonu Başkanı olarak yasanın geçmesi için büyük çaba göstermiştir.



AVUKAT EYÜP SABRİ ÇEPİK

Avukat Eyüp Sabri Çepik (1950) Siverek doğumludur. 1975 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirmiş, Şanlıurfa Barosu'na kaydolarak avukatlığa başlamıştır. 1998-2002 yılları arasında iki dönem Şanlıurfa Barosu Başkanlığı yapmıştır.



AVUKAT GÜLCİHAN TÜRE

Avukat Gülcihan Türe Burdur/Bucak doğumludur. 1981 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. 1985-1988 yılları arasında adli yargı hakimliği yapmış, sonra Antalya Barosu'na kaydolarak serbest avukatlığa başlamıştır. 2000-2002 yılları arasında Antalya Barosu Yönetim Kurulu üyeliği yapmıştır.



AVUKAT KÜRŞAT KARACABEY

Avukat Kürşat Karacabey (1963) Yozgat doğumludur. 1987 yılında İstanbul Hukuk Fakültesi'ni bitirmiş Ankara Barosu'na kaydolarak serbest avukatlığa başlamıştır.



AVUKAT YURDAGÜL GÜNDOĞAN

Avukat Yurdagül Gündoğan, Adana Tufanbeyli doğumlu olup 1987 yılında Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirmiş, Adana Barosu'na kaydolmuştur. 1996-2000 yıllarında Adana Barosu Yönetim Kurulu üyeliği yapmıştır.



AVUKAT İZZET VARAN

Avukat İzzet Varan (1964) Ankara doğumlu olup, (1988) yılında Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirmiş ve Artvin'de serbest avukatlığa başlamıştır. 2002-2006 ve 2008-2013 yılları arasında Artvin Barosu Başkanlığı yapmıştır.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DİSİPLİN KURULU

DİSİPLİN KURULU BAŞKANI

AVUKAT HAŞİM MISIR

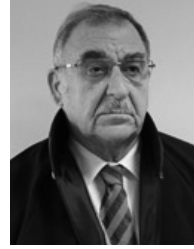
Avukat Haşim Mısır (1948) Urfa doğumlu olup 1970 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirmiş, Gaziantep Barosu'na kaydolarak serbest avukatlık yapmaya başlamıştır. 1984 yılında Gaziantep Barosu Yönetim Kurulu üyeliğine seçilmiş 1992-1996 yılları arasında Gaziantep Barosu Başkanlığı yapmıştır. 2002-2009 yılları arasında iki dönem TBB Disiplin Kurulu üyeliği görevinde bulunmuştur.



ÜYELER

AVUKAT PROF. DR. RONA AYBAY

Avukat Rona Aybay (1935) İstanbul doğumlu olup 1959 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. İstanbul Üniversitesi'nde hukuk doktorası ve New York Columbia Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Karşılaştırmalı Hukuk derecesi yapmıştır. 1980 yılında Milletler Özel Hukuku Profesörü olan Aybay, ODTÜ Kamu Yönetimi Bölümü Başkanlığı ve ODTÜ İdari İlimler Fakültesi Dekanlığı ve Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dekanlığı, Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve KKTC Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesinde öğretim üyeliği yapmıştır. 2006-2011 yılları arasında TBB İnsan Hakları Merkezi Başkanlığı ve 1996-2003 yılları arasında da Bosna Hersek İnsan Hakları Mahkemesi yargıçlığı görevlerinde bulunmuştur.



AVUKAT RUHİ BACANLI

Avukat Ruhi Bacanlı (1944) Yozgat doğumlu olup 1970 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. Yozgat Barosu'na kayıtlı serbest avukatlık yapmaktadır. 1992-1994 ve 1998-2000 yılları arasında Yozgat Barosu Başkanlığı yapmıştır.



AVUKAT FAİK YILDIZ

Avukat Faik Yıldız (1958) Senirkent doğumludur. 1980 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirmiş, Isparta Barosu'na kaydolmuş, serbest avukatlığa başlamıştır. 1998-2002 yılları arasında iki dönem Isparta Baro Başkanlığı görevinde bulunmuştur.



AVUKAT ÖZKAN BULGU

Avukat Özkan Bulgu (1953) Eskişehir Sivrihisar doğumludur. 1976 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirmiş, Eskişehir Barosu'na kayıtlı serbest avukatlığa başlamıştır. Eskişehir Barosu Yönetim Kurulu üyeliği, genel sekreterliği, başkan yardımcılığı ve disiplin kurulu üyelik ve başkanlığı yapmıştır.



AVUKAT ÜNAL DİNÇ

Avukat Ünal Dinç (1944), Iğdır doğumludur. 1971 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. Ankara Barosu'na kayıtlı serbest avukatlık yapmaktadır. 1992-1994 yıllarında Ankara Barosu Yönetim Kurulu üyeliği yapmıştır.



AVUKAT DİLAVER ERDOĞAN

Avukat Dilaver Erdoğan (1963) Çankırı Dereçatı köyünde doğmuştur. 1982 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirmiş; Çankırı Barosu'na kayıtlı avukatlık yapmaktadır. 2002-2008 yılları arasında üç dönem Çankırı Barosu Başkanlığı görevinde bulunmuştur.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DENETLEME KURULU

AVUKAT AYÇA ÖZOK ENER

Avukat Ayça Özok Öner Ankara doğumludur. 1999 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. Halen İstanbul Barosu'na kayıtlı serbest avukatlık yapmaktadır. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Anabilim Dalında Devletler Özel Hukuku alanında yüksek lisans yaptı. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Ticaret Hukuku doktora öğrencisi ve Avrupa Birliği Baroları (CPEJ) PECO Komitesi üyesidir.



AVUKAT MEHMET CUMHUR ARIKAN

Avukat Mehmet Cumhuri Arıkan (1961) Kırklareli Lüleburgaz doğumludur. 1985 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi, Kocaeli Barosu'na kayıtlı serbest avukatlık yapmaktadır. Kocaeli Barosu yönetim kurulu üyeliği, saymanlık görevlerinde bulunduktan sonra 2008-2010 yıllarında Kocaeli Barosu Başkanlığına seçildi.



AVUKAT BÜLENT ÖZAŞÇI

Avukat Bülent Özaşçı (1965) Balıkesir doğumludur. 1986 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi, Balıkesir Barosuna bağlı serbest avukatlık yapmaktadır. 1993-2001 yılları arasında Balıkesir Barosu Yönetim Kurulu Üyeliği ve genel sekreterliği görevlerinde bulundu.





TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Bilgi - Belge Merkezi



Güvenilir ve doğru bilginin adresi

BİR İÇ HUKUK YOLU OLARAK BİREYSEL BAŞVURU VE ETKİNLİĞİ SORUNU

INDIVIDUAL APPLICATION AS A DOMESTIC REMEDY AND ITS EFFECTIVENESS

Esra KATIMAN*

Özet: Bu makalede, bir iç hukuk yolu olarak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu ve etkinliği konusu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları ışığında, iki temel açı altında incelenmektedir : bireysel başvuru yolunun, AİHS yönünden tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu olup olmadığı ve Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru sürecinde, Sözleşme'nin 6. maddesindeki adil yargılanma güvencelerinin uygulanabilirliği konusu iç hukuk düzenlemeleri de dikkate alınarak ele alınmıştır. Bir iç hukuk yolu olarak, bireysel başvuru yolunun “etkin”, “faydalı” ve “uygun” olması, bir yandan ilgililere uluslararası başvuru organlarına yönelmeden önce bu yola gitmeleri yükümlülüğünü getirirken diğer yandan, başta adil yargılanma hakkı olmak üzere, AİHM önündeki insan hakları ihlâl vakalarını önleyecektir. Bu durum ise, iç hukukta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının doğru biçimde anlaşılıp özümsemesi ile mümkündür.

Anahtar Sözcükler : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yolu, anayasal yol, iç hukuk yolu tüketme şartı, etkinlik, adil yargılanma hakkı.

Abstract: The essay evaluates the subject of individual application before the Constitutional Court and the effectiveness of that recourse, in the light of the case-law of the European Court of Human Rights, under two perspectives: It assesses whether the individual application is a domestic remedy which must be exhausted from the point of view of the European Court of Human Rights and whether it would be subject to the protection provided by the right to a fair trial, having regard to the domestic legislation. The “effectiveness”, “instrumentality” and “availability” of the individual application as a domestic remedy would on the one hand impose on those concerned a liability to exhaust that remedy and on the other, help prevent findings of possible violations of human rights, in particular the right to a fair trial, by the European Court of Human Rights. This would only be possible by a correct understanding and application of the judgments of the European Court of Human Rights.

Keywords: European Court of Human Rights, Constitutional Court, individual application, constitutional recourse, exhaustion of domestic remedies, effectiveness, right to a fair trial.

* Avukat, İzmir Barosu, Dr., Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın¹ 148. Maddesiyle² bireysel başvuruları karara bağlama görev ve yetkisi verilen Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun³ 45 ila 51. maddelerinin 23.09.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, bireysel başvuru alanındaki ilk kararlarını vermeye başlamıştır⁴. Türk hukuk sistemi içinde yeni bir yargı yolu olarak ortaya çıkan bireysel başvuru mekanizması, Anayasa Mahkemesi'nin bu alanda verdiği ilk kararlarla birlikte, başvuru yolunun etkinliği konusu başta olmak üzere, daha bir çok yeni soruyu da beraberinde getirmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun açılmasının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi⁵ kararlarının türk hukukundaki bugüne kadar olan mevcut etkilerine ve uluslararası insan haklarını denetleme organlarının ulusal yargı organlarımız ile olan karşılıklı etkileşimine yeni bir boyut katacağı tartışmasıdır. Anayasa'nın 148 Maddesi ile "herkese" tanınan, "Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme⁶ kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla "Anayasa Mah-

¹ *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, (Kurucu Mecliste Kabul Tarihi : 18.10.1982; Halkoyuna Sunulmak Üzere Tasarının Resmî Gazetede İlanı: 20.10.1982-17844; Kanununun Halkoyu ile Kabul Tarihi: 7.11.1982; Halkoyu Sonucunun Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi: 9.11.1982-17863 Mükerrer), Kanun No.: 2709, Kabul Tarihi: 7.11.1982.

² Anayasa 148/3 şu düzenlemeye sahiptir : "(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/18 md.) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır «.

³ *6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun*, Resmi Gazete Tarihi: 03.04.2011, Sayısı: 27894.

⁴ *Anayasa Mahkemesi* bugüne kadar (30.05.2013), 25.12.2012 tarihinde 4, 12/02/2013 tarihinde 11, 05/03/2013 tarihinde 11 ve 26/03/2013 tarihinde 13 ve 16 Nisan ve 16 Mayıs 2013 tarihlerinde de 26 dosya üzerinde verdiği toplam 65 bireysel başvuru kararını yayınlamıştır. Bu kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> adresinden ulaşılabilir.

⁵ *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*, bundan sonra, "AİHM" veya "Mahkeme" olarak anılacaktır.

⁶ *Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme* (bundan sonra, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" veya kısaca "AİHS" olarak anılacaktır), 11 ve 14. Protokollerle değiştirilen, Ek Protokol ile Protokol 4, 6, 7, 12 ve 13 eklenmiş metin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Konseyi, Strazburg. Metne ayrıca şu adresten ulaşmak mümkün : <http://www.echr.coe.int> .

kemesine başvuru hakkının, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve denetimi olarak adlandırabilecek geniş bir sistemin içinde görülmesi ve gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde bu sistemlerin bir parçası olarak kabul edilmesi, hiç kuşkusuz, bu yolun etkinliği konusuna sıkı sıkıya bağlıdır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun bu koruma sistem içinde yerini alması her şeyden önce, uluslararası temel hak ve özgürlüklerin korunması ve denetimi sistemi içinde en çok ilişki içinde olduğu ve Anayasa tarafından da açıkça konu yönünden yetki ölçütü (*ratione materiae*) tayin edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ışığında ilerleme ve gelişim sağlamasıyla mümkündür.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu ve etkin hukuk yolu sorununun irdelenmesinde iki temel açı, konunun, özellikle, AİHS içinde yer alan iki maddenin konusu içinde kaldığı için gereklidir. Bireysel başvuru yolunun, AİHS yönünden tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu olup olmadığı (I) ve Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru sürecinde, Sözleşme'nin 6. Maddesindeki adil yargılanma güvencelerinin uygulanabilirliği konusu (II), gerek Anayasa Mahkemesi önünde gerek AİHM önündeki başvurular yönünden, yanıtlanması gerekli öncelikli sorulardır.

I- AİHS ÇERÇEVESİNDE, BİR İÇ HUKUK YOLU OLARAK ANAYASAL BAŞVURU YOLU

“AİHS'nin 35/1 Maddesi gereği⁷, başvuru yapanların tüm iç hukuk yollarını tükettikten sonra AİHM'ye başvuru yapmaları gerektiğinden, Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru yoluna müracaat edilmemiş olması, AİHM tarafından, başvuruların kabuledilmez bulunmasına yol açabilecektir”, demek yanlış olmamakla birlikte, yeterince kapsamlı bir ifade değildir. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel müracaatın, tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu olduğu sonucu, onun sadece bir müracaat yolu olarak yasa ile var kılınmış olmasından ileri gelmeyecektir. Bunu sağlayacak olan unsurlar, müracaat yolunun te-

⁷ AİHS'nin 35. Maddesinin birinci fıkrası şu hükmü içerir : “1. Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilir”.

orik olarak varolmasından ziyade, öncelikle ulaşılabilir işlevselliğinde bulunmakta (A), ancak AIHS'nin 35. Maddesinde geçen "iç hukuk yollarının tüketilmesi" kavramının, etkin ve faydalı olma ölçütleri dahilinde, AIHM tarafından, genel olarak nasıl değerlendirildiği de bu konuda ayrıca önem taşımaktadır (B).

A- ANAYASAL BAŞVURU YOLUNUN ULAŞILABİLİR İŞLEVSELLİĞİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 14 Mayıs 2013 tarihli kararıyla, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun "tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu" olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır. Ancak bu kararın⁸, insan hakları ihlallerin giderilebilmesi amacıyla ulusal hukukta yaratılmış kanun yollarının bazı özelliklere sahip olmaları ve bu özelliklerin tüm denetleme süreci içinde korunmaları şartının bir ifadesi olduğunun gözden kaçırılmaması gereklidir.

Bu nedenle öncelikle belirtmek gerekir ki, anayasal başvuru yolunun, başvuranın kullanımına yapısal olarak aracısız şekilde ve erişiminde herhangi bir merci veya makama takdir hakkı bırakmaksızın kanunen açık oluşu (1) ve bu durumun düzenli devamlılığı ile gelişen içtihatlarla uyumu (2), başvuruculara uluslararası yargı merciilerine başvuruda bulunmadan önce bu yolu kullanmaları yükümlülüğünü getirmektedir.

1- Doğrudan ulaşılabilirlik

Yasal olarak mevcut olan bir insan hakkı ihlâlini giderici veya onarıcı olan yolun yapısal hukuki niteliği, AIHS 35. Madde anlamında tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu olarak kabulünde ilk değerlendirmeye alınan noktadır. Mevcut yolun, yapısal olarak, kişilerin doğrudan erişimine uygun olması gereklidir. 1412 sayılı Ceza Muakemeleri Kanunu'nun (mülga) 322 Maddesinde düzenlenen tashihi karar yolunun, AIHS 35. Maddesi gereğince, tüketilmesi gereken bir yol olmadığı yönündeki kararında⁹ AIHM'nin, başvuru yolunun bu yola dolaysız ulaşamadığını, karar düzeltilmesini istemek yetki ve takdirinin Cum-

⁸ AIHM, Hasan Uzun/Türkiye (n° 10755/13), 14.05.2013 tarihli karar.

⁹ Erdoğdu/Turquie, 15 Haziran 2000, n° 25723/94, § 34.

huriyet Başsavcısına ait olduğunu tespit etmekle vardığını hatırlamak gerekir.

Anayasa'nın 148 Maddesi ile tanınmış bireysel başvuru yolu özü itibarıyla anayasal bir hak arama yoludur. Anayasa'nın ifadesiyle, "Herkes" ve "doğrudan" açıktır. Bu nedenle, anayasaya aykırılık iddiasının bir ön mesele ya da bekletici sorun olarak değerlendirildiği¹⁰, karar merciine takdiri yetki alanı bıraktığı için, kişiler tarafından dolaylı yoldan kullanılabilen ve, bu nedenle de, olağanüstü bir kanun yolu olarak kabul edilen kimi anayasal başvuru yollarından biri sayılamayacağından, kişilerin dolaysız olarak kullanabilecekleri bu yeni anayasal yolun, konu ile ilgili yerleşik içtihatları gereği, AİHM tarafından, tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu olarak kabulü doğaldır. Zira, AİHM, Ringeisen kararından¹¹ beri Avusturya, İspanya, Almanya örneklerinde olduğu gibi anayasa mahkemelerine bireyler tarafından *doğrudan başvuru yolunu*, 35. Madde anlamında tüketilmesi zorunlu bir hukuk yolu olarak görmüştür. Buna karşılık anayasaya aykırılık iddiasının, Anayasa Mahkemesi tarafından dolaylı olarak incelenmesine imkan tanıyan İtalya'da mevcut olan sisteme benzer kanun yollarının ise tüketilmesi gereken olağan kanun yollarından olmadığı Mahkeme'nin yerleşik içtihadını oluşturmaktadır¹². Diğer yandan, mevcut uluslararası hukuk ortamının da gözardı edilmemesi gerekir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel müracaat yolunun açılmasında etkin olan gelişmeler not edilmelidir. AİHM'nin ağır işyükü nedeniyle verimsizliğe gidişini önleyici tedbirler alınması konusunda var olan çalışmalar son on yılda yoğunluk kazanmıştır. Bu

¹⁰ David SZYMCZAK, «Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme, *Nouveaux Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 32, Dossier : Convention européenne des droits de l'homme, Juillet. Bkz. ayrıca, Joël ANDRANTSIMBAZOVINA, « La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel, continuité et évolution » *Cahier constitutionnel*, n° 18, Juillet 2005 ; Marc GUILLAUME, «Question prioritaire de constitutionnalité et la Convention européenne des droits de l'homme » *Nouveaux Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 32, Dossier : Convention européenne des droits de l'homme, Juillet 2011.

¹¹ *Ringeisen/Avusturya*, 16 Temmuz 1971, n° 2614/65.

¹² *Spadea&Scalabrino/İtalya* (seri A, n° 315) 28 Eylül 1995 ; *Immobiliare Saffi/İtalya*, 28 Temmuz 1999, n° 22774/93. Bkz. ayrıca, Vincent BERGER, "Les cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme", *Nouveaux Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 32, Dossier : Convention européenne des droits de l'homme, Juillet 2011.

çalışmalara, somut olarak, Avrupa Konseyi bünyesinde çalışmalar yürüten Venedik Komisyonu'nun konu ile ilgili tavsiye kararları örnek gösterilebilir¹³. Diğer yandan AİHM'nin önüne gelen başvurularda filtre işlevini etkin kılacak yenilikler, Protokol 14'ün yürürlüğe girmesiyle geçerlik kazanmıştır¹⁴.

Bu nedenlerle, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel müracaatın başvuru için iç hukukta tüketilmesi zorunlu bir yol olarak kabulü ve bu yolun kullanılmamış olmasının başvurunun kabuledilmemesi¹⁵ ile sonuçlanacağı AİHM'nin *Hasan Uzun/Türkiye* başvurusunda da belirttiği gibi, *kural olarak* kabul edilmelidir.

2- Düzenli devamlılık ve gelişen içtihatlarla uyum gerekliliği

Ancak, bireysel başvuru yolunun kural olarak tüketilmesi gereği sadece dolaysız erişimine bağlı değildir. AİHM'nin konu ile ilgili içtihatları bir dizi gerekliliğin daha birarada olması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Unutulmamalıdır ki, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı otomatik ve tek tip bir uygulama kuralı olarak görülemez ve mutlak bir kesinliği de sahip değildir. Nitekim, *Hasan Uzun/Türkiye* başvurusunda verdiği kararda AİHM, anayasal yolun tüketilmesi zorunlu bir iç hukuk yolu olarak kabulü hakkındaki kararının kesin bir karar olmadığını ve bu konudaki denetim yetkisini saklı tuttuğunu açıkça ifade etmiştir¹⁶. Bu nedenle, bu kurala uygun davranılıp davranılmadığının

¹³ *Hukuk yoluyla Demokrasi için Avrupa Komisyonu (Venedik Komisyonu)*, « Uzun süren yargılama alanında iç hukuk yollarının etkinliği üstüne rapor », 15-16 Aralık 2006, 69. Genel Toplantı, Çalışma n° 316/ 2004, CDL-AD(2006)036rev.

¹⁴ 13 Mayıs 2004 kabul ve 1 Haziran 2010 yürürlük tarihli *Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye ek 14 numaralı Protokol*, STCE n° : 194.

¹⁵ *Riera Blume ve diğerleri/İspanya*, n° 37680/97, Karar ve ilâmlar Külliyatı 1999-II (bundan sonra "CEDH" olarak anılacaktır), p. 565.

¹⁶ " La Cour a souligné qu'elle conserve sa compétence de contrôle ultime pour tout grief présenté par des requérants qui, comme le veut le principe de subsidiarité, ont épuisé les voies de recours internes disponibles et qu'elle se réserve la possibilité d'examiner la cohérence de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle avec sa propre jurisprudence. La présente décision ne constitue donc pas une prise de position sur l'effectivité du recours en question. Il appartiendra au gouvernement défendeur de prouver que la voie de recours est effective, tant en théorie qu'en pratique. « (*Hasan Uzun/Türkiye*, n° 10755/13, 14.05.2013)

denetiminde, AİHM tarafından olayın özellikleri dikkate alınarak teoride mevcut yolun uygulamada da gerçekçi bir biçimde işlevselliği denetlenecek, bu denetimde ise, sadece hukuk kuralları değil, olayların geçtiği anda hakim olan hukuksal ortam ve mevcut politik koşullar da hesaba katılarak, gerektiğinde başvuruçuların kişisel durumları da gözönünde bulundurulacaktır¹⁷.

Bu denetim, donuk olmayan bir mekanizaya sahip bir denetim şeklidir. Burada, mutlak, süreklilik arzeden kazanılmış duruma yer yoktur. Bugün tespit edilen ileride değişebilir. Zira, her ne kadar etkin ve mevcut bir kanun yolunun varlığına dair ispat yükü savunma yapan Devlet'in üzerinde de olsa, başvuruçucu, Devletin bu konuda gösterdiği delillerden sonra dahi, hâlâ bazı özel nedenlerden ötürü, mevcut yolu tüketme zorunluluğu olmadığını ispat hakkına sahiptir¹⁸.

Bir anayasal yolun belli bir şikayet için uygun bir yol olarak kabul edilmiş olması, bu başvuru yolunun mutlak biçimde ve her durumda tüketilmesi gerektiği sonucuna varmaz. Yargılama uzunluğu nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlâli konusundaki örnek üzerinden gidersek, *Sürmeli/Almanya*¹⁹ davası konuyu aydınlatıcı nitelikte önemli bilgiler içermektedir. Bu davada AİHM, daha önceki kararlarında "ivedi yargılamanın" anayasal bir hak olarak Alman Anayasa Mahkemesi önünde ileri sürebilmesini dikkate alarak, uzun süren yargılama şikayetleri açısından, kural olarak, etkin bir iç hukuk yolu olarak gördüğü anayasal başvuru yolunu²⁰, gittikçe artan sayıda önüne gelen ve ana şikayet konusunu uzun süren yargılama nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlâli iddialarının oluşturduğu başvurular nedeniyle, *Kudla* kararı²¹ ışığında, bir kez de 13. Madde altında (etkin iç hukuk yolu) tekrar inceleme gereği duymuştur.

¹⁷ *Van Oosterwijk/Belçika*, 6 Kasım 1980, § 35, CEDH seri A n° 40 ; *Akdıvar ve diğerleri/Türkiye*, 16 Eylül 1996, CEDH 1996-IV, s. 1210, §§ 65-69.

¹⁸ *Merit/Ukrayna*, n° 66561/01, § 57, 30 Mart 2004.

¹⁹ *Sürmeli/Almanya* [BD], n° 75529/01, CEDH 2006-VII.

²⁰ *W. /Almanya*, n° 10785/84, 18 Temmuz 1986 tarihli Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararı, DR 48, p. 104.

²¹ *Kudla/Polonya* [BD], n° 30210/96, § 152, CEDH 2000-XI. AİHM, *Kudla* içtihadı ile birlikte uzun süren yargılama nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlâli iddialarını 6. Maddede düzenlenen adil yargılanma hakkı çerçevesinden ayrı olarak ayrıca 13. Madde alanında da incelemeye başlamıştır.

Bu davada, Alman Anayasa Mahkemesi'nin, anayasaya aykırılık saptaması ile birlikte hak ihlâlini saptayabilmesine, ilgili yargı organından prosedürü hızlandırmasını veya bitirmesini isteme yetkisine sahip olmasına, hatta alınacak tedbirleri içeren detaylı bir içtihadının da bulunmasına rağmen, tazminat ödeme yetkisi olmadığından, alt mercilere süre verme ve yargılamayı hızlandırıcı tedbirler emretme konusundaki yetkisizliklerinden, AİHM, mevcut bu anayasal şikayet yolunun, uzun süren yargılama şikayetleri yönünden, 13. Madde'nin aradığı etkin hukuk yolu olma özelliğine sahip olmadığını saptamıştır.

Belirtmek gerekir ki, AİHM bu sonuca, Anayasa Mahkemesi önündeki benzer davalardaki gelişmeleri dikkate alarak ulaşmıştır. Alman Hükümeti'nin savunmalarında sunduğu Anayasa Mahkemesi'nin konu ile ilgili detaylı içtihadı ise, istisna teşkil eder niteliği nedeniyle, davalı Devlet'e yeterli bir savunma unsuru sağlayamamıştır²². Alman Anayasa Mahkemesi'nin benzer davalardaki soyut, genel ifadeler (dava konusunun taraflar için önemi nedeniyle, hızlı bir yargılamanın öncelik hakkı olduğuna dair atf gibi) içeren kararları, alt yargı organlarına yargılamayı hızlandırıcı tedbirler dayatma yetkisinin olmadığını ve bu konudaki takdirin davaya bakan mahkemeye ait olduğunu belirttiği Anayasa Mahkemesi'nin kendi yerleşik içtihadı, savunma kapsamında Davalı Devlet tarafından sunulan kararın, emsal değil, istisna teşkil ettiğinin tespitine yaramıştır.

B- ETKİN İŞLEVSELLİK VE FAYDALI OLMA ÖLÇÜTÜ

AİHM'nin bir iç hukuk yolunun 35. Madde anlamında tüketilmesi gerekli bir yol olup olmadığının tespitinde uyguladığı kriterlerden olan kanun yolunun doğrudan doğruya başvurucunun kullanımına sunulması ölçütü ancak, "etkin" (*effectif*) olma, "faydalı" (*utile*) olma, "uygun" (*adéquat*) olma ölçütlerinin, hem uygulamaya dayalı, hem de yasayla bağlantılı olarak birarada sağlanması ile mümkündür. Bu nedenle *etkinlik ve fayda* ölçütünü yasal yönden (1) ve uygulama yönünden (2) olmak üzere iki açıdan ele almak mümkündür.

²² Sürmeli/Almanya, (op.cit.), §§ 105-106.

1- Kanuni yönden etkinlik ve fayda

AİHM'nin, anayasa mahkemelerine bireyler tarafından *doğrudan başvuru yolunu* 35. Madde anlamında tüketilmesi zorunlu bir kanun yolu olarak kabul ettiği içtihadının, 35. Madde konusundaki genel içtihadından ayrı okunmaması gerekir. AİHM, 35 Madde hakkındaki içtihatlarında, kanun yolunun teoride olduğu kadar uygulamada da "etkin" ve "mevcut/açık", yani "ulaşılabilir" ve "başvurucunun şikayetlerini giderebilir", "makul bir başarı imkânı sunabilir" nitelikte olmasına bağlamıştır²³.

AİHM, Sözleşmenin 35 § 1 Maddesinde geçen iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının, başvurucuya, iddia ettiği ihlallerin giderilmesi için, kendi hukuk düzeni içinde normal olarak sunulmuş ve yeterli olan yolları öncelikli olarak kullanma zorunluluğu yüklediğini kararlarında defalarca kez dile getirmiştir. "Bu başvuru yolları yalnız kanunda (teorik olarak) değil, uygulamada da mevcut, yeterli düzeyde kesinliğe sahip yollar olmalıdır. Aksi halde kendilerinden beklenen ulaşılabilirlik ve etkinlikten yoksun olurlar" dediği kararlarında AİHM, ayrıca, başvurucunun, yetkili ulusal organının önünde, yasal usûli şartlar dahilinde, ileride Mahkeme önünde ileri süreceği şikayetini, en azından hakkın özü itibarıyla dile getirmesi borcu olduğunu belirtirken, uygun ve etkin olmayan başvuru yollarını kullanmaktan da başvurucuyu muaf gördüğünü belirtmiştir²⁴.

Hatırlatmak gerekirse, AİHM, kullanılan bir kanun yolundan sonra, aynı amaca giden bir diğer kanun yolunun ayrıca kullanılmasını şart koşmamaktadır²⁵. Bu içtihadını türk hukukunda, kural olarak, Yargıtay (hukuk) ve Danıştay kararlarına karşı gidelebilecek karar düzeltme yolları ile ilgili olarak geliştirmiş ve defalarca kez yinelemiştir²⁶. Anayasal başvuru yolunun bu içtihat çerçevesi içinde görülmesi mümkün müdür ? AİHM'nin mevcut içtihatları karşısında bu soruyu olumsuz yanıtlamak gerekir.

²³ *V/ Birleşik Krallık [BD]*, n° 24888/94, § 57, CEDH 1999-IX.

²⁴ *Aksoy/Türkiye*, 18 Aralık 1996, CEDH 1996-VI, sayfa 2275 ve 2276, §§ 51-52 ; *Akdvoar ve diğerleri/Türkiye* 16 Eylül 1996, CEDH 1996-IV, s. 1210, §§ 65-67.

²⁵ *Patricia Raquel Real Alves/Portekiz* (Kabuledilebilirlik Kararı, bundansonrakısaca "Kbl. Kr." olarak geçecektir), n° 19485/02, 9 Kasım 2004; *Medya Fm Reha Radyo ve İletişim Hizmetleri A.Ş./Türkiye*, n° 32842/02, 14 Kasım 2006.

²⁶ *İsmail Çınar/Turquie* (Kbl. Kr.), n° 28602/95, 13 Kasım 2003, ve *mutatis mutandis, Karaduman/Türkiye* (Kbl. Kr.), n° 16278/90, 3 Mayıs 1993.

Şöyle ki, HUMK 440 ve idari yargıda karar düzeltme yolları AIHM'nin içtihatlarında, basit ve kendi kararını ikincil bir gözden geçirme prosedürü olarak değerlendirilmiştir. Oysa ki, anayasal başvuru böylesi bir ikincil niteliğe sahip bir gözden geçirme prosedürü değildir. Bu nedenle, yargılamayla ilgili yeni unsurlar ortaya çıkmasa dahi bireysel başvuru yolunun kullanılması gerekecektir, meğer ki şu unsurların varlığı şüphe götürsün : bireysel başvuruyu inceleyen anayasa mahkemesi temel hak ve özgürlükleri ihlal eden hukuki işlemi iptal edebiliyor ve aynı zamanda kamu gücünü kullanan kişilerin neden olmuş oldukları ihlalleri giderebiliyor mu ? Kişilere ilişkin uygulanmış bir işlemi iptal edemeyen, değiştiremeyen, bireylere açık olmakla birlikte soyut bir anayasal denetim öngören anayasal şikâyet yollarından farklı olarak²⁷, eğer temel hak ve özgürlük konusunda hukuken bağlayıcılığı olan bir karar verebiliyor, ihlâl edilmiş bir hak sözkonusu ise sonuçlarını ortadan kaldırabiliyor veya ihlâlın devamını engelleyebiliyor ise bu anayasal yolun etkin olduğundan bahsedebileceğiz²⁸.

Bu durumda, kanun yolu ile ilgili iç hukuk düzenlemeleri, sağlanan korumanın niteliğini tespit etmekte önem taşır. Anayasa'nın 148 Maddesinde düzenlenen bireysel başvuru yolunda, esas hakkındaki inceleme, 6216 sayılı Kanun'un 49. Maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre: "Komisyonlar ve bölümler bireysel başvuruları incelerken bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğine yönelik her türlü araştırma ve incelemeyi yapabilir. Başvuruyla ilgili gerekli görülen bilgi, belge ve deliller ilgililerden istenir (m. 49/3). Mahkeme, incelemesini dosya üzerinden yapmakla birlikte, gerekli görürse duruşma yapılmasına da karar verebilir (m. 49/4). Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvuru sahibinin temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvuru sahibinin talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar (m. 49/5).

Anayasa Mahkemesinin esastan yapacağı inceleme ile vereceği kararlar ise, 6216 sayılı Kanun'un 50. Maddesinde düzenlenmiştir²⁹.

²⁷ *Vén/Macaristan*, n° 21495/93, 30 Haziran 1993 tarihli Komisyon Kararı.

²⁸ *Apostol/Gürcistan*, n° 40765/02, 28 Kasım 2006, CEDH 2006-XIV, §§ 42-46.

²⁹ Bkz. ayrıca, Ece GÖZTEPE, « Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının (anayasa şikâyeti) 6216 sayılı kanun kapsamında değerlendirilmesi », *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011 (95).

Maddeye göre: “(1) Esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez. (2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir”.

Bu hükümler karşısında, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolu, kişilerin yürürlükte olan kanunların anayasal uygunluğunu, kendilerine dönük bir işlem olmaksızın, “ soyut olarak “ denetlenebilecekleri bir anayasal başvuru yolu olarak değil, -ki bu iç hukuk yolları, AİHM tarafından, AİHS 35 Maddesi anlamında etkin hukuk yolu olarak değerlendirilmemektedir³⁰-, doğrudan ve özel olarak oluşturulmuş bir müracaat yolu olarak karşımıza çıkmaktadır³¹.

Görüldüğü üzere, 50. Madde ile birlikte, Anayasa Mahkemesi’nin ihlalin tespiti ile yetinmeyeceği, ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedeceği, tazminata karar verebileceği belirtildiğine göre, bireysel başvurunun AİHM’nin anladığı anlamda kişiye özel bir koruma sağlaması kanunen mümkündür³². Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru yolunun, 6216 sayılı Kanun’un 49 ve 50 maddeleri ile, teorik olarak, AİHM içtihadının aradığı etkin hukuk yolu şartlarını teorik olarak sağlamaktadır. Nitekim AİHM, *Hasan Uzun/Türkiye* kararında, “ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama

³⁰ *Apostol/Gürcistan*, (op.cit.), § 40.

³¹ *Hartman/Çek Cumhuriyeti*, n° 53341/99, § 49, CEDH 2003-VIII ; *Sürmeli/Almanya* (op.cit.) § 62 ; *Voggenreiter/Almanya*, n° 47169/99, § 23, CEDH 2004-I) ; *Švarc ve Kavnik/Slovenya*, n° 75617/01, §§ 15-16, 8 Şubat 2007 ; *Eberhard ve M./Slovenya*, n° 8673/05 ve n° 9733/05, §§ 103-107, 1 Aralık 2009.

³² Konu ile ilgili olarak, bkz. örneğin, Özcan ÖZBEY, *Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkı*, Ankara, Adalet, 2012.

yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderme” gibi, Anayasa Mahkemesi’ne kanunen tanınmış yetkilere vurgu yaparak bu yolun etkinliğinin teorik olarak var olduğu sonucuna ulaşmıştır.

2- Uygulamada faydalı olma

Başvuru yolunun, hem kanunen hem de uygulamada faydalı olması ihlâli tespit ederek ortadan kaldıracabilecek veya mağduriyeti giderebilecek bir yol niteliğinde olması anlamını taşır. AİHS’si hayali bir umut yaratacak bir yoldan bahsetmemektedir. Öngörülecek yolun, sadece hukuken, teoride, varolması değil, ihlâlin giderebilmesi için yeterli bir kesinliğe sahip, gerçek bir imkan sunması gerekmektedir. Bu nedenle, takdiri yollar veya olağanüstü kanun yolları 35. Madde yönünden tüketilmesi zorunlu iç hukuk yolları olarak görülmemiştir.

Dava uzunluğu şikayetleri uygulamada faydalı olma konusuna ışık tutacak özelliklere sahiptir. Bu nedenle, konunun bu örnek altında açıklanması uygun olacaktır : AİHM, Çek Cumhuriyeti’ne yöneltilmiş dava uzunluğu şikayetlerinin konu olduğu başvurularda, anayasa başvuru yolundaki yetersizlikleri şu şekilde saptamıştır : bir yargı merciinin neden olduğu gecikmeleri saptayan anayasa mahkemesi, bu merciden gecikmeye son vermesini ve derhal davaya devam etmesini isteyebilir ; bu uyarının ilgili yargı makamu tarafından hemen dikkate alınması halinde, mevcut prosedüre hızlandırıcı bir etki yapacağı kabul edilmelidir ; ancak uyulmaması halinde, uygulanabilecek bir yaptırım öngörmemekte, somut tedbirler getirememekte, oluşan gecikme için ilgililere tazminat elde etme hakkı vermemektedir³³.

Bu nedenledir ki, “Mahkeme önünde derdest olan ve bireysel başvuru hakkının Anayasa Mahkemesi önünde yürürlüğe gireceği 23 Eylül 2012 tarihinden önce işleme konulacak olan başvurular hakkında, davalı devlet, Mahkeme’nin içtihadında ifade edilen Sözleşme’nin ilkelerine uygun olarak, diğerlerinin yanı sıra, idari, sivil, ceza, iş, ticaret ve kadastro mahkemeleri önünde devam eden davaların -Sözleşme’nin 6 § 1. Maddesi anlamında-, makul süreyi aşması durumunda yeterli ve uygun tazmin sunan etkili bir iç hukuk yolunu Sözleşme’nin 44 § 2. Maddesi gereğince, kararın kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içeri-

³³ Hartman/Çek Cumhuriyeti, (op.cit.), §§66-69.

sinde uygulamak zorunda kalacağına “karar verdiği *Ümmühan Kaplan/Türkiye*³⁴ (pilot davası³⁵) başvurusunun ilan ettiği yargı yolunun gecikmeyi engelleyici ve önleyici somut tedbirlere, tazminat elde etme hakkına kadar uzanması gerekmektedir. Kararda “ 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren Anayasa Mahkemesi’ne, yargılama süresi hususunda yapılacak olan bireysel başvuruların etkinliği konusunda önyargılı davranmaksızın, davalı devletin dikkatini, bu tarihten önce incelenecek olan mahkeme önündeki derdest başvurularla ilgili olarak, aşırı uzun yargılama süreleri ile ilgili olan yapısal soruna çekmek gereği “ duyan Mahkeme’nin bu tedbirli tutumunun nedeni ise, kanımızca Anayasa Mahkemesi’nin henüz o tarihte uygulamalarına ilişkin kararlarının bulunmamasından kaynaklanmaktadır³⁶.

AİHM yine aynı kararında, yargılama süresinin uzunluğundan kaynaklı tazminat taleplerine ilişkin kabul edilmesi gerekli kriterler bakımından, somut ve sıralayıcı bir yöntem seçmiştir : “ - tazminat davası makul süre içerisinde neticelendirilmelidir. (*Scordino v. İtalya* (1 sayılı), [BD], adı geçen, §§ 194 ve 200); - tazminat bedeli ivedi şekilde ödenmelidir. Prensip olarak, bu ödeme tazminata hükmedilen kararın kesinleşmesinden itibaren en geç 6 ay içerisinde yapılmalıdır (ibid., § 198); - Sözleşme’nin 6. Maddesinde belirtildiği gibi tazminat davasını yöneten usûl kuralları, hakkaniyet ilkesine uygun olmalıdır. (ibid. § 200); - Yargılama giderleri başvuru üzerinde ağır yük teşkil edecek derecede olmamalıdır. (ibid §201); - Tazminatın tutarı, Mahkeme’nin benzer olaylarda hükmettiği tazminat tutarının altında kalmamalıdır³⁷ “. Bu liste, *Scordino/İtalya* davasında³⁸, yapısal sorunlar-

³⁴ *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, Yıl 2, Sayı 5, Nisan 2012, sayfa 144-165. *Ümmühan Kaplan/Türkiye* kararının çevirisi dergiden alıntılanmıştır.

³⁵ AİHM, 50 soruda AİHM adlı kitapçık pilot davayı şu şekilde açıklamaktadır : “sistemik sorunlar” adı verilen, ulusal mevzuatın Sözleşme’yle uyumsuzluğundan kaynaklanan birbirine benzer problemlerin yoğun başvuru akınına neden olmasından ötürü yeni bir usûl geliştirdi. Bu yeni usûle göre, birbirine benzer olan başvuruların sadece bir ya da birkaç tanesi değerlendirilmeye alınır, benzer diğer başvuruların incelenmesi ertelenir. Mahkeme, bir pilot davada kararını vererek, ilgili Hükümeti ulusal mevzuatını Sözleşme’ye uyumlu hale getirmeye davet eder ve alınması gereken genel önlemleri belirtir. Bundan sonra benzer diğer davalar incelenir « (50 soruda AİHM, Temmuz 2012, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Halkla İlişkiler, Avrupa Konseyi).

³⁶ *Ümmühan Kaplan/Türkiye*, n°24240/07, 20 Mart 2012.

³⁷ *Ibidem*, paragr. 72

³⁸ *Scordino/İtalya* (1 sayılı) ([BD], 36813/97 sayılı §§ 182-189, AİHM 2006-V.

dan kaynaklı problemleri çözmek için kabul edilmesi gereken iç hukuk yollarına ilişkin olarak saptanmış temel ilkelerin bir sonucudur.

Bu nedenlerden ötürü, yargılamaların uzunluğundan kaynaklanan adil yargılanma hakkı ihlalleri için öngörülen iç hukuk yolunun, -ister Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru yolu olsun, ister tesis edilen özel yol olsun-, uygulamada somut olarak bu gerekliliklere yanıt vermesi şarttır³⁹. Aksi halde, hem adil yargılanma hakkı çerçevesinde, hem de AİHM Sözleşmesi'nin 13. Maddesi yönünden⁴⁰, Sözleşme taraf olan Türkiye açısından sorun devam edecek ve davanın Sözleşme'nin 6 § 1. Maddesi anlamında makul bir süre içinde görülmesine imkan tanıyan etkin bir iç hukuk başvuru yolu olmaması nedeniyle, AİHM'nin, ayrıca Sözleşme'nin 13. Maddesinin ihlal edildiği yönündeki çifte ihlâl saptamaları ile karşı karşıya kalılabilecektir⁴¹.

II) BİREYSEL BAŞVURU YOLU VE ADİL YARGILANMA HAKKI İLİŞKİSİ

Anayasa Mahkemesi artık kanunların anayasaya uygunluğunu soyut olarak inceleyen bir yargı makamı olmaktan çıkıp, kişilerin te-

³⁹ Not etmek gerekir ki, *Müdür Turgut ve diğeri/Türkiye*, (4860/09 n° lu) başvurusu ile ilgili 26/03/2013 tarihli kararında AİHM, 6384 sayılı kanunu incelemiş (R.Gazete, Tarih: 19/1/2013, Sayı : 28533, Tertip 5, Cilt 53) ve kurulan tazminat komisyonu ile bu yolun, Mahkeme önünde derdest olan, 23 Eylül 2012 öncesinde yapılmış ve henüz Hükümete bildirilmemiş başvurular için, başvuruculara, Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında tüketilmesi gereken bir yol sunduğunu belirtmiştir. Mahkeme kararında ayrıca « Bu hüküm, tazminat komisyonu ve ulusal mahkemeler tarafından verilecek kararlar ışığında, bu kanunla kurulan hukuk yolunun etkinliği ve gerçekliğinin denetlenebilmesi ihtimalini hiçbir şekilde etkilememektedir « demek suretiyle, denetim yetkisini saklı tuttuğunu ifade etmeyi ihmâl etmemiştir. (Bkz. 11/04/2013 tarihli AİHM Yazı İşleri Müdürlüğü Basın Açıklaması notu : hudoc.echr.coe.int/.../pdf/003-4325437-5181283).

⁴⁰ AİHM 13 Maddesi şu düzenlemeye içerir : “Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.”. AİHM, gittikçe artan sayıda yapılan uzun süren yargılama nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlali iddialarını içerir başvurular nedeniyle, Kudla kararından beri yaklaşımını değiştirmiş ve, ilgililerin iç hukukta başvurabilecekleri bir yol olmadığında, ağır işleyen adalet mekanizmasının bir hukuk devleti için nasıl önemli bir tehlike oluşturduğuna dikkatleri çekmek istemiştir. Bu nedenle Kudla kararından beri 6/1 maddesinin yanısıra, ayrıca 13. madde ihlâl saptamalarına da yer vermektedir (*Kudla/Polonya* [BD], [GC], no 30210/96, § 148 ve devamı, CEDH 2000-XI).

⁴¹ *Ümmühan Kaplan/Türkiye*, n°24240/07, 20 Mart 2012, parag. 51-58.

mel hak ve özgürlüklerini subjektif olarak inceleyen bir yargı organı olarak AİHM'nin denetimine açıktır. Bunun doğal sonucu olarak, 6. Madde içinde yer alan tüm haklar Anayasa Mahkemesi önünde de geçerli olacak (A) ve, Sözleşme'nin 6. Maddesinin anayasal yargılamaya esas yönünden uygulanmasında, kural olarak, AİHM'nin olağan ve tam denetimi işleyecektir (B).

A- AİHS'NİN 6. MADDESİ VE ANAYASAL YARGILAMA

Anayasal yargılama ve AİHS'nin 6. Maddesi ilişkisi içinde öncelikli konu, bu maddenin anayasal yargılamaya uygulanabilirliği konusudur (1). Diğer yandan, anayasal başvuru yolu bir bireysel başvuru yolu olsa dahi, AİHM'nin, özellikle, adil yargılanma hakkının usûli yönleriyle ilgili denetimi sırasında, bu prosedürün anayasal yargılama prosedürü olmasından kaynaklanan özelliklerini dikkate aldığı görülmektedir (2).

1- Adil yargılanma hakkının anayasal yargılamaya uygulanabilirliği

Anayasal yargılamanın sözkonusu olduğu prosedüre 6. Madde'nin uygulanabilirliği⁴², bu prosedürün, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda yöneltilen suçlamaların esasına ilişkin olup olmamasına bağlıdır. AİHS'nin 6. Maddesinin anayasal prosedüre uygulanabilirliğinin tespitinde, AİHM, her olay için, anayasa mahkemesi önündeki sorunun esasına ve davanın bütününe bakarak bir sonuca ulaşmaktadır⁴³. Bu konu, bireysel başvuru yolu konusundan bağımsızdır. Nitekim, bireysel başvuru yolunun sözkonusu olmadığı, *Refah Partisi, Necmettin Erbakan, Şevket Kazan ve Ahmet Tekdal/Türkiye* başvurusunda, AİHM, kamuya açık duruşma yapılmasından ve adil yargılama hakkının ihlâl edilmesinden ötürü ileri sürülen 6. Maddenin, Anayasa Mahkemesi önündeki sözkonusu yar-

⁴² AİHS'nin 6. Maddesi şu düzenlemeye sahiptir : « Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir ».

⁴³ *Bock/Almanya*, 29 Mart 1989, seri A n° 150, p. 18, § 37.

gılamanın, medeni haklara veya cezai suçlamaya ilişkin değil, politik faaliyetleri sürdürme çerçevesinde politik bir hak konusunda olması nedeniyle, uygulanabilir olmadığına karar vermiştir⁴⁴. Aynı kararını, kapatılan siyasi partinin yönetici ve kurucularına uygulanan “ yeni bir siyasi partinin yöneticisi veya kurucusu olma yasağı ” ile ilgili olarak da yinelemiştir⁴⁵.

AİHM, Sözleşmenin 6. Maddesinin *uygulanabilirliği* yönünden, istinaf mahkemeleri, temyiz mahkemeleri ve anayasa mahkemele-ri arasında bir ayırım yapmamaktadır, yeter ki bu merciler saptanan ihlalleri giderebilecek yetki ile donatılmış olsunlar⁴⁶ : tartışmalı yasa hükmünü⁴⁷ veya alt derece mahkeme kararlarını⁴⁸ veya saptanan ihlâlê başka hukuki sonuçlar bağlamaya dair yetkiler gibi⁴⁹. Çünkü bu mahkemeler, her ne kadar alt derece mahkemelerin yerine geçmemekte ise de, esas hakkında hüküm veren mahkemenin kararını onama veya bozma yoluyla ilgililerin hukuki durumlarına değişik derecelerde etki etmektedirler⁵⁰.

Ruiz Mateos kararından beri oluşan içtihatlarında, AİHM, tereddü- te yer bırakmayacak şekilde, anayasal yargı olanağı sunan taraf devletin, hak arayanlara, bu organ nezninde adil yargılanma hakkının temel garantilerini sağlama borcunun olduğunu belirtmiştir⁵¹. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolunun 6. Madde gereklerine tabi tutulması, AİHM’nin yerleşmiş içtihatları gereğidir. Örneğin, *Soto Sanchez /İspanya*, kararında 5 yıl, 5 ay, 18 gün süren anayasal şikayet prosedürünün, AİHS’nin 6 Maddesinde teminat altına alınmış olan adil yargılanma hakkını, uzun süren yargılama nedeniyle ihlal edecek nitelikte bir uzunluk olduğunu saptamıştır⁵².

⁴⁴ *Refah Partisi, Necmettin Erbakan, Şevket Kazan ve Ahmet Tekdal/Türkiye*, n°41340/98 ve n° 41342/98, 3 Ekim 2000.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Bkz., *a contrario*, *Novotka/Slovakya* (Kbl. Kr.), n° 47244/99, 4 Kasım 2003.

⁴⁷ *Ruiz-Mateos/İspanya*, 23 Haziran 1993, § 59, seri A n° 262.

⁴⁸ *Süßmann/Almanya*, 16 Eylül 1996, CEDH 1996-IV, § 43.

⁴⁹ Bkz., *a contrario*, *Slovenské telekomunikácie, š.p., Herold Tele Media, s.r.o. ve František Eke/Slovakya* (Kbl. Kr.), n° 47097/99, 23 Mart 2004.

⁵⁰ *Delcourt/Belçika*, 17 Ocak 1970, CEDH seri A n°11, § 25.

⁵¹ *Süßmann/Almanya*, (*op.cit.*), § 39.

⁵² *Soto Sanchez /İspanya*, 66990/01, 25Kasım 2003.

2- Anayasal yargılamanın özelliklerinin dikkate alınması gerekliliği

Strazburg Mahkemesi'nin içtihatları anayasal yargılamanın bazı özellikleri olduğunu gözardı etmemektedir. Örneğin dava uzunluğu süresinin makul olup olmadığının tespitinde⁵³, anayasal başvuru yolunun da hesaba katılıp katılmayacağı konusunda karar vermeye yarayacak ölçütün, anayasal başvuru yolunun olağan yargı organlarının önündeki davanın sonucuna etki yapıp yapmadığının, yani bir cezai suçlamayı veya medeni hukuk alanındaki hak ve yükümlülükleri ilgilendirip ilgilendirmediğinin⁵⁴, araştırılmasına dayandığı ifade edilmiştir.⁵⁵ Yine bir başka başvuruda, Alman Anayasa Mahkemesi'nin dosya inceleme sırasını politik davalar lehine kullanması AİHM tarafından tolere edilmiştir⁵⁶.

Anayasal yargılamanın konu edildiği bir başka başvuruda ise, adil yargılanma hakkı unsurlarından kamuya açık duruşma yapılması temel ilkesi hakkında, dava konusunun önemli bir kamu çıkarı ile çatışmıyor olması nedeniyle, anayasa mahkemesini duruşma yapmaktan muaf görmüştür⁵⁷.

Diğer yandan, adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. Madde'nin anayasa mahkemeleri için de geçerli olması kabulüne karşılık, bu maddenin yorumunun konu anayasa mahkemesi olunca, olağan yargı yolları ile ilgili yorumlardan farklı olacağı düşüncesi içtihatlarla yön vermiştir. Anayasa mahkemelerinin anayasayı koruma bekliliği yapma ödevi, davayı sonuçlandırma görevini icra ederken davanın niteliği, siyasi ve sosyal yönlerden önemi gibi başka unsurları da dikkate almasını gerektirmektedir. Bu unsur sözleşmenin yorumunda etkili olacaktır, zira Sözleşmenin 6. Maddesindeki yargılamanın ivediliği şartı, AİHM'ye göre, adaletin iyi yönetim ilkelerini barındırması kuralı ile birlikte değerlendirilir⁵⁸.

⁵³ Hüseyin TURAN, « Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında makul sürede yargılanma hakkı », *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 3, Sayı 11, Ekim 2012.

⁵⁴ *Kraska/İsviçre*, 19 Nisan 1993, CEDH seri A n° 254-B, § 26.

⁵⁵ *Bock/Almanya*, (op.cit.), § 37

⁵⁶ *Gast&Popp/Almanya*, n° 29357/95, 25 Şubat 2000.

⁵⁷ *Pauger/Avusturya*, n° 16717/90, 28 Mayıs 1997.

⁵⁸ *Süßmann* kararı, op.cit., §§ 55-57.

Sözleşmenin 6. Maddesi çerçevesinde adil yargılanma hakkının unsurlarından olan “gerekçeli karar” şartı da anayasal yargılamanın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmiştir : uygulanacak hükmün özelliği ve verilecek kararın tüm yürürlükteki hukuk sistemi içindeki önemi ve anayasa mahkemesi önündeki başvuruların sayısal olarak yoğun ve çok değişik konular içerir başvurular olması, bu özelliklere örnek olarak vurgulanmıştır⁵⁹. AİHM içtihatlarına göre, kararların gerekçelendirilmesinde önemli olan, dava konusunu oluşturan sorunun ayrıntılı biçimde incelenmiş olup olmadığıdır, yoksa iddia veya savların ana itiraz noktalarından ayrı olarak incelenmemiş olması, tek başına, yargılamanın adil olmadığını, kararda keyfilik bulunduğunu göstermez.

Anayasa Mahkemesi’nin tarafsız ve bağımsız mahkeme olması gerekliliği konusuna gelince, şikayet konusu edilen anayasal yargılamaya 6. Maddenin uygulanabilirliğinin kabul edildiği andan itibaren bu şart da denetime açılmış olmaktadır. AİHM’nin yerleşik içtihatları konu üstünde tartışma yaratmayacak ölçüde açıktır⁶⁰. Bu noktada hatırlatmak gerekir ki, *Refah Partisi, Necmettin Erbakan, Şevket Kazan ve Ahmet Tekdal/Türkiye* kabuledilebilirlik kararında, Anayasa Mahkemesi’nin tarafsız ve bağımsız bir mahkeme olmadığı iddiaları 6 aylık süre kuralına uymadan başvuru konusu yapıldığı için kabul edilmemişti⁶¹.

Anayasa Mahkemesi prosedürü içinde, çekişmeli yargı şartı, silahların eşitliği kuralı⁶² gibi usûl konularının da adil yargılanma hakkı ile bağlantılı olarak, hem yasalar (Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’ de dahil olmak üzere⁶³) hem uygulama yönünden, Anayasa Mahkeme’nin özel yargı organı niteliği de dikkate alınarak, AİHM tarafından bir denetimden geçeceği mutlaklıdır.

⁵⁹ Ruiz-Mateos/İspanya, (op.cit.), § 63.

⁶⁰ Malhous/ Çek Cumhuriyeti, n° 33071/96, § 62, 12 Temmuz 2001 ; Ortenberg/Avusturya, 25 Kasım 1994, seri A no 295-B, § 31 ; Stefunec/Çek Cumhuriyeti, n° 75615/01, 18 Temmuz 2006.

⁶¹ Refah Partisi, Necmettin Erbakan, Şevket Kazan ve Ahmet Tekdal/Türkiye, n°41340/98 ve n° 41342/98, 3 Ekim 2000.

⁶² Brandstetter/Avusturya, 28 Ağustos 1991, seri A no 211, p. 27, par. 66

⁶³ 12/7/2012 gün ve 28351 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 59 ilâ 84. maddelerini bu çerçevede özel olarak anmak gerekir.

B- ANAYASAL YARGILAMAYA SÖZLEŞMENİN 6. MADDESİNİN ESAS YÖNÜNDEN UYGULANMASI

AİHS'nin 6. maddesinin uygulaması içinde anayasal yargılamaya esas yönden denetim uygulayan AİHM'nin (1), diğer yandan, usul kurallarına ilişkin ulusal mahkeme uygulamalarını, kimi zaman, esasa ilişkin bir denetim alanı olarak ortaya çıkardığı görülmektedir (2).

1- Esasa İlişkin Denetim

a- Korunan hak ve özgürlükler yönünden denetim

AİHM tarafından (Büyük Daire'de dahil olmak üzere) anayasa mahkemeleri önünde görülen yargılamanın adil olup olmadığının incelendiği içtihatları sırasıyla *Ruiz-Mateos/İspanya*⁶⁴; *Krčmář ve diğerleri*⁶⁵ ve *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein/Almanya*⁶⁶ davaları oluşturmaktadır. Bu davalarda AİHM, anayasa mahkemelerinin iç hukuk kurallarının yorum ve uygulamalarını inceleyerek esasa dair bir denetimde bulunmuştur.

Anayasa'nın 148/3 Maddesi gereği, bireysel başvuru yolu " Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği " iddiasını içerir başvurulara açıktır. Anayasa Mahkemesi'nin konu yönünden yetkisini düzenleyen bu hüküm, aslında anayasal şikâyet yolunun tüm anayasal haklar için geçerli olmadığını ve bireysel başvurunun AİHS ile paralellik taşıdığı müddetçe kullanılabileceğini açıkça düzenlemektedir.

Anayasa'nın bu düzenlemesi karşısında, yapılan sınırlamanın çerçevesinin klasik haklar ile çizildiği, sosyal ve ekonomik haklardan kullanılmaları devletin olumlu bir edimine bağlı olanların, ilke olarak Anayasa şikâyeti kurumu yolu ile korunmaya elverişli olmadığı ve bu hakların bireysel başvuru yolu dışında tutulduğu bugün için hâkim düşüncedir⁶⁷. Ancak, AİHM'nin içtihatlarının genel gelişimi incelen-

⁶⁴ *Ruiz-Mateos/İspanya*, (op.cit.).

⁶⁵ *Krčmář ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti*, 3 Mart 2000, n° 35376/97.

⁶⁶ *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein/Almanya* [GC], n° 42527/98, CEDH 2001-VIII.

⁶⁷ *Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*, geliştirilmiş gerekçeli yeni metin, Kasım 2007, 4. baskı, Madde 166, s. 292.

diğinde, AİHM'nin değişik yorum teknikleri kullanarak AİHS'nin me-deni ve siyasi haklar çerçevesini ; konu itibarıyla (*ratione materiae*), bazı sosyal, ekonomik ve kültürel hakları da içine alacak şekilde genişlettiği görülmektedir. Bir uluslararası Sözleşmenin çerçevesi o düzenlemenin uygulamalarından ayrı değerlendirilmeyeceğine göre, Anayasa'nın 148 Maddesi mevcut düzenleme ile, Anayasa Mahkemesi'ne aslında bir anlamda AİHM içtihatlarını da takip ödevi yüklemektedir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi konu yönünden yetkisini saptarken AİHM'nin Sözleşme'nin " uygulanabilirliği " (*applicabilité*) konusundaki görüşlerini de dikkate almak durumundadır. Bu dikkate alma, mutlaka birebir uyma demek olmamakla birlikte, benzer bir konuda ayrık kararlara varılması halinde bu durumun gerekçelendirilmesi ileride AİHM önündeki denetimde önemli bir unsur olarak karşımıza çıkacaktır.

b- Esasa ilişkin denetimin sınırı

Sözleşmenin 19. Maddesi gereği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Yüksek Sözleşmeci Tarafların Sözleşme ile yükümlendikleri sorumluluklara saygıyı sağlama görevi bulunmaktadır. Ancak, içtihatlarında defalarca kez belirttiği gibi, bir ulusal yargı organının yapmış olduğu iddia edilen vakıa bazında veya hukuki nitelikli hatalar hakkında Mahkeme'nin karar verme yetkisi yoktur, yeter ki bu hatalar Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklere dokunmamış olsun.

Sözleşme, 6. Maddesi ile adil yargılanma hakkını teminat altına almış olsa da, birinci dereceden ulusal hukuka bırakılmış olan delil toplama ve takdiri konusunu düzenlememiştir. Bu nedenle, Mahkeme'nin, kural olarak kimi delillerin, -ulusal hukukta, yasal olmayan yollarla elde edilmiş delillerde olduğu gibi-, delil olarak kabulü konusunda görüş bildirme görevi bulunmamaktadır⁶⁸. Delil toplama şekli de dahil olmak üzere, tüm yargılama safhasının bir bütün olarak adil yargılama özelliğine sahip olup olmadığı konusu, Mahkeme'nin yapacağı denetimdeki inceleme alanını oluşturmaktadır. Bu, Sözleşmece korunmuş bir hakkın ihlâli ölçüsünde, yasallık konusundaki incelemeyi de kapsar⁶⁹.

⁶⁸ *Schenk/İsviçre*, 12 Temmuz 1988, §§ 45-46, seri A no 140 ; *Teixeira de Castro/Portekiz*, 9 Haziran 1998, § 34, CEH 1998-IV ; et *Heglas/Çek Cumhuriyeti*, n° 5935/02, § 84, 1 Mart 2007.

⁶⁹ *Khan/Birleşik Krallık*, n° 35394/97 § 34, CEDH 2000-V ; *P.G. ve J.H./Birleşik Krallık*,

Esasa ilişkin denetimdeki kurallara ait iç hukuk düzenlemesi ile, konu ile ilgili AİHM'nin içtihatları benzerlik göstermektedir. Anayasa'nın 148/4 bireysel başvuru yolunda uygulanacak denetimin çerçevesini belirtir : "Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz". Maddenin gerekçesinde ise "Şu kadar ki, bireysel başvuru kurumunun niteliği dikkate alındığında, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların bu kapsamda incelenmeyeceği kuralı benimsenerek, diğer yüksek yargı organları ile Anayasa Mahkemesi arasındaki olası görev uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasının önlenmesi amaçlanmakta"⁷⁰ olduğu ifade edilmiştir. Aslında bu düzenleme ile, AİHM'nin kısaca "dördüncü yargı yolu" (*quatrième instance*) olarak adlandırılan içtihadı⁷¹, iç hukukta anayasa hükmü haline dönüştürülmüş olmaktadır.

Bu maddenin "salt lafzıyla anlaşılacak olursa, anayasa şikâyetinin konusu kalmayabilir"⁷² yolundaki doktrinindeki eleştirilerin yerinde olmayan eleştiriler olduğunu söylemek, bugün için henüz uygulamanın nerede olduğu tam görülemediği için, mümkün değildir. Bu maddenin hukuka uygun biçimde uygulanması, AİHM'nin temyiz mercii olmadığı konusundaki içtihatlarının -ki bu içtihatların da tartışma yaratan içtihatlar sınıflandırılması içinde olduğu unutulmamalıdır⁷³- Anayasa Mahkemesi tarafından, ne kadar içselleştirileceğine bağlıdır. Zira, "kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz" ifadesini bir denetimsizlik imkânı getirecek şekilde yorumlamamak

n° 44787/98, § 76, CEDH 2001-IX ; *Allan/Birleşik Krallık*, n° 48539/99, § 42, CEDH 2002-IX

⁷⁰ 7/11/1982 Tarihli ve 2709 Sayılı *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi*, Madde 19 gerekçesi, 2/656 E., 05/04/2010, s. 13 ve devamı.

⁷¹ Denetim yetkisini kullanımı esnasında, AİHM, ulusal yargı organlarının yerine kendini koyma işini üstlenmez fakat, tüm dosya kapsamını dikkate alarak, takdir yetkisi içinde verilmiş kararların, anılan Sözleşme hükümlerine uygunluğunu kontrol etmek yükümlülüğü altındadır. Bkz. *Petrenco/Moldovya*, no 20928/05, § 54, 30 Mart 2010 ; *Petrov/Bulgaristan* (Kbl. Kr.), n° 27103/04, 2 Kasım 2010.

⁷² Ece GÖZTEPE, « Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının (anayasa şikâyeti) 6216 sayılı kanun kapsamında değerlendirilmesi », *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011 (95), sayfa 23.

⁷³ Bkz. İç hukukta anayasal müracaat yolunun kullanıldığı ve Sözleşmenin 10. Maddesinin (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü) konu olduğu *Axel Springer AG/Almanya* davası kararı (n° 39954/08, 7 Şubat 2012) ve karardaki, hâkimlerden López Guerra, Jungwiert, Jaeger, Villiger Et Poalelungi'nin imzalarının bulunduğu, muhalefet şerhi.

gerekir. Bu çerçevede, hâkime tanınan takdir hakkının dahi, bireysel başvuruya konu olan temel hak ve özgürlüğe ve onun incelenme kriterlerine bağlı olarak, Anayasa Mahkemesi denetimine tabi tutulması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 12.2.2012 tarihinde vermiş olduğu kararı⁷⁴, tıpkı 24 Mart 2013 tarihli kararı gibi, Anayasa'nın 148/4 Maddesinin ilk uygulama örneklerinden biri olması yönünden önemlidir. Anayasa Mahkemesi bu başvuruda konuya açıklık getirici bir yaklaşım içine girmiş ve denetim çerçevesi ile ilgili kural hakkındaki ana prensipleri saptamıştır.

Anayasa Mahkemesi, her iki başvurunun da, "başvurunun kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olduğu, derece mahkemesi kararının açıkça keyfilik içermediği anlaşıldığından, başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin, "açıkça dayanaktan yoksun olması" nedeniyle ", kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi bu karara varmadan önce konu ile ilgili ilkeleri ortaya koymuştur. AİHM'nin konu ile ilgili içtihadlarının hemen hemen bire bir tercümesi diyebileceğimiz bir formata sahip bu paragraf, AİHM içtihadlarının Anayasa Mahkemesi üzerindeki etkisini göstermesi yönünde oldukça vurucudur :

"Bu kapsamda, ilke olarak bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyuşmazlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması, bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru kapsamında ele alınamaz. Bu durumda, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde bariz bir şekilde keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz ".

Bu kararlarda, Anayasa Mahkemesi'nin, bundan sonra düzenli bir biçimde uygulayacağına anlaşıldığı Anayasa'nın 148/4 Maddesinin uygulanma ilkelerinin tespitinden sonra, başvuru sahibinin şikayetinin ne

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru No: 2012/695, § 22, 12 Şubat 2012.

olduğu bir kez daha özetlenmiş⁷⁵ ve inceleme şu ifadelerle sonlanmıştır : “ Açıklanan nedenlerle, başvurunun kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olduğu, derece mahkemesi kararlarının açıkça keyfilik içermediği anlaşıldığından, başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin, “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir”.

Hatırlatmak gerekir ki, her ne kadar derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hataların bireysel başvuru kapsamında ele alınamayacağı ifade edilmiş olsa da, tıpkı AİHM içtihatlarında olduğu gibi, bunun sınırını, yargılamanın tamamının adil olup olmadığı⁷⁶ ve kararda bir keyfilik bulunmadığı şeklinde saptanmış iki temel alan çizmektedir⁷⁷.

Ancak bir çok davada AİHM'nin kararların keyfi olup olmadığı konusunda davanın esasına bakarak incelemelerde bulunduğu görülmektedir. Her ne kadar bir ihlal saptaması olmasa da, anayasal yargılamanın konu olduğu *Blücher/Çek Cumhuriyeti*, n° 58580/00, 11 Ocak 2005 kararı böyle bir incelemeye örnektir. Bu içtihatlarında, AİHM., özellikle Yüksek Mahkeme kararlarının, başvuruçunun şikayetine esas olan ihtilafli noktalarının, bu mahkemeler tarafından geliştirilerek uzun bir şekilde gerekçelendirilmesini dikkate almıştır⁷⁸. Bu açıdan

⁷⁵ *Anayasa Mahkemesi*, Bireysel Başvuru No: 2012/695 : « 23. Başvuru konusu olayda başvuru tarafından, ilk derece mahkemesince kendisine tazyik hapsi verilmesine rağmen aynı dosyada yargılanan ve kendisiyle aynı durumda olduğunu iddia ettiği bazı kişilere cezaya hükmedilmemesinin anayasal haklarının ihlaline yol açtığı belirtilmektedir. Dolayısıyla başvurunun iddialarının özü, derece mahkemesinin delilleri değerlendirme ve yorumlamada isabet edemediğine ve esas itibarıyla yargılamanın sonucuna ilişkindir».

Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru No: 2013/781 : «Başvuru konusu olayda başvuru tarafından, mahkemenin delilleri eksik ve hatalı değerlendirdiği iddiasıyla müracaatta bulunduğu yargılamanın yenilenmesi talebinin mahkemece kabule değer olmadığına karar verilerek anayasal haklarının ihlaline yol açtığı belirtilmektedir. Dolayısıyla başvurunun iddialarının özü, derece mahkemesinin delilleri değerlendirme ve yorumlamada isabet edemediğine ve esas itibarıyla yargılamanın sonucuna ilişkindir»

⁷⁶ *Edwards/Birleşik Krallık*, 16 Aralık 1992, seri A n° 247-B, s. 34- 35, § 34 ; *Mantovanelli/Fransa*, 18 Mart 1997, CEDH 1997-II, 436 ve devamı, § 34.

⁷⁷ *Tejedor García/İspanya*, 16 Aralık 1997, CEDH 1997-VIII, § 31; *Brualla Gómez de la Torre/İspanya*, 19 Aralık 1997, CEDH1997-VIII, §§31 ve 32; *Prince HansAdam II de Liechtenstein/Almanya* [GC],n° 42527/98, CEDH 2001-VIII.

⁷⁸ *Ullens De Schooten ve Rezabek/Belçika*, n° 3989/07 ve 38353/07, 20 Eylül 2011, §§ 63-64.

bakıldığında, yukarıda değinilen Anayasa Mahkemesi kararlarının yeterli ölçüde ayrıntı içermediği, uyumsuzluk konusunu ve Anayasa Mahkemesi denetimine konu olan yargı organı incelemelerini ise örneklemediği görülmektedir. Karar, incelenen kararlarda keyfilik olmadığı kanaatine varmaya yarayan unsurlara açıkça yer vermediğinden, kararı objektif bir biçimde okuyacak kişiye, başvuru dosyasının tüm ayrıntıları ile ele alınmış olduğu izlenimini uyandıracak gerekli açıklamalardan yoksun gözükmektedir.

2- Usûl hükümlerinin esasa ilişkisi

Usûle dair kurallar niteliğinde olan kabuledilebilirlik kriterlerinin, ihlâl iddialarının esası konusundaki inceleme ile biraradalık göstermesi (a) ve bu kuralların hakkın özüne dokunacak ölçüde sert uygulamalara tabi tutulması (b) esasa dair denetimi farklı yönleriyle ortaya çıkarmaktadır.

a- Kabuledilebilirlik kriterleri ve esasa ilişkin denetim

Kabuledilebilirlik kriterleri konusunda yapılan incelemeler, kimi zaman esasa ilişkin inceleme ile içiçelik gösterebilir. Buna dair en açık örnek, bir başvurunun Anayasa Mahkemesi tarafından açıkça dayanaktan yoksun bulunarak red edilmesi durumudur. Böyle bir red kararının AİHM önünde incelenebilme imkânı olduğu açıktır⁷⁹. Bu inceleme, her ne kadar kabuledilebilirlik kriteri ile ilgili olursa olsun, en azından, esasa dair bir ön inceleme niteliğindedir.

Benzer bir içiçelik, açıkça dayanaktan yoksun bulunarak red edilen bir başvuru için, daha sonradan AİHM önünde, uygun iç hukuk yolunun kullanılmamış olduğu itirazı yapıldığında ortaya çıkar. Her ne kadar, Anayasa Mahkemesi mevcut son iç hukuk yolunu temsil etse de, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılmasının, müracaat konusu yapılan hak ihlalini giderme konusunda uygun bir iç hukuk yolu olmadığı, yine de davalı Devlet tarafından ileri sürülebilir. Bu durumda, başvurucular için önemli olacak bir ayrıntı kendini göstermektedir. Anayasal müracaat yolu kullanılırken ihlâl edildiği belirtilen hakkın, başvurucular tarafından, Anayasa'ya ve/veya AİHS'ne açık atfı ile, Anayasa Mahkemesi önünde dile getirilmesi hak kayıpla-

⁷⁹ David Martinez Sala ve diğerleri/İspanya (Kbl. Kr.), n° 58438/00, 18 Kasım 2003.

rını önleyebilecek tedbirli bir davranış olacaktır. Çünkü uygun iç hukuk yollarının kullanılmadığı itirazı, davalı Devlet tarafından, AİHM önündeki kabuledilebilirlik aşamasında yapılabilir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bularak red etmesi halinde, eğer var olduğu iddia edilen uygun iç hukuk yolundan kararda ayrıca bahsedilmemişse, başvurusunun Anayasa Mahkemesi önünde ihlâl iddiasında bulunması ile uygun iç hukuk yolunu kullandığı ve bu durumun AİHS 35. Madde yönünden iç hukuk yolunun tüketilmesi şartı için yeterli olduğu söylenebilecektir.

Kimi zaman ise, bazı kabuledilebilirlik kriterleri iddia edilen hak ihlâlinin esasa ilişkin incelemesinden ayrı tutulamaz. Örneğin 3. (kötü muamele yasağı) ve 13. (etkin iç hukuk yolu hakkı) maddelerinin birarada ileri sürüldüğü başvurularda, esasa dair inceleme ile (mevcut yolların etkinliği konusu), iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazı ile iç içelik gösterir. Böyle durumlarda Mahkeme'nin uyguladığı çözüm, kabuledilebilirlik incelemesini, esasa ilişkin incelemeye bağlamaktır⁸⁰.

b- Hakkın özüne dokunacak ölçüde sert uygulanan usûl kuralları

Başta her ne kadar bir usûlî gereklilik olarak gözüксе de, bazı usûl kurallarının, mahkemeler tarafından, hakların etkin biçimde korunması hakkına aykırı olacak şekilde sert uygulamaları, AİHM'nin denetimini devreye sokabilmektedir⁸¹. Zira usûl alanında verilen bir karar, davaların esas yönden incelenmelerini engelleyebilecektir. Bu engel ise, adil yargılanma hakkına bağlı görülen " mahkemeye erişim hakkı" nı zedeleyebilir. Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvurulara uygulanan kabuledilebilirlik kriterlerinin AİHM tarafından incelendiği davalara örnek olarak *Soffer/Çek Cumhuriyeti* başvurusu gösterilebilir. Bu davada, AİHM., bireysel başvuruyu erken yapılmış bir başvuru olarak görüp red eden Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi kararının konu olduğu prosedürü, AİHM, 6. Madde altında incelemiş ve maddenin ihlâl edilmediği sonucuna varmıştır.

⁸⁰ *Sabou et Pircalab/Romanya*, 28 Eylül 2004.

⁸¹ *Miragall Escolano ve diğerleri/İspanya*, n^{os} 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98, 41400/98, 41446/98, 41484/98, 41787/98 ve 41509/98, § 37, CEDH 2000-I ; *Pérez de Rada Cavanilles/İspanya*, 28 Ekim 1998, CEDH 1998-VIII, 3256 ve devamı § 49.

Kararların gerekçeli olması usûl kuralı da, adil yargılanma hakkı unsuru olarak, bu anlamda önem taşır. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru incelemelerinde, özellikle kabuledilebilirlik aşamasında, Anayasa'nın 36. Maddesinde ve AIHS'nin 6. Maddesinde teminat altına alınan "mahkemeye erişim hakkı" na özel bir önem atfetmek zorundadır. Zira "mahkemeye erişim hakkı" sadece basit bir "kanunen dava açabilme hakkı" veya "hak arama yolu" değildir. Gereksiz veya tek tip, "kes, kopyala, yapıştır" tarzındaki kararların AIHS'nin 6 Maddesinin ihlaline gidebileceği bilinmelidir.

Bir diğer usûl kuralı olarak kanuni süreler de hakkın özüne dokunabilecek nitelikte olduğunda AIHM'nin denetimine tabidir. Bu çerçevede özellikle AIHM'ye başvuru için öngörülen altı aylık sürenin hesabında süre başlangıcı için dikkate alınacak nihai kararın tebliği konusu, özellikle türk hukukundaki uygulama nedeniyle, irdelenmeye değer niteliktedir. Öncelikle, AIHM içtihadından sözedelim : " iç hukuk kararının tebliğ edilmesi iç hukukta öngörülmediği durumlarda, kararın tarafların bilgisine sunulduğu ve tarafların kararın içeriğinden tam anlamıyla haberdar olabilecekleri tarihi değerlendirmeye almak uygun olacaktır. Bu nedenle AIHM, Yargıtay kararının ilk derece mahkemesi kalemine iletildiği tarihi dikkate almaktadır (Bkz. diğerleri arasında, Evin Yavuz ve diğerleri-Türkiye (Karar), no: 48064/99, 1 Şubat 2005 tarihli karar, Tahsin İpek-Türkiye (karar), no: 39706/98, 7 Kasım 2000 tarihli karar ve Seher Karataş-Türkiye (karar), no: 33179/96, 13 Mart 2001)⁸². Özellikle davanın bir avukat tarafından takip edilmiş olduğu durumlarda, dava neticesinden haberdar olmak konusunda ihmalkâr davranışlara, AIHM tarafından, fazla bir özür imkânı tanınmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin, "bir hükme karşı başvurulabilecek kanun yolunun kalmaması veya baştan böyle bir yolun bulunmaması ile hükmü[n] şekli anlamda kesinleş[tiğini]", "Yüksek İdare Mahkemesinin daireleri veya Daireler Kurulu kararları verildikleri tarihte kesin olup", "kararın tebliğinin hükmün kesinleşmesi üzerinde bir etkisi bulunmayıp tebliğ tarafların kararlardan haberdar olmalarını sağlar",

⁸² *Bülent Özpolat/ Türkiye başvurusu, n° 39200/02, 21 Kasım 2006, kabuledilebilirlik kararının özet çevirisi olup Yargıtay'ın internet sitesinden alıntılanmıştır : http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/39200_02.pdf.*

şeklinde görüş bildirdiği kararının, bu çerçevede, başvuru yanıtlanması gerekir. Söz geç kararda, Anayasa Mahkemesi “*zaman bakımından yetki*” (*ratione temporis*) yönünden yaptığı incelemede, Askeri İdare Mahkemesi’nin 19/9/2012 tarihli red kararının 28/9/2012 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmesini süre hesabında esas almamıştır. Bu durum, yukarıda alınan AİHM içtihadı ile bir çelişki yaratmamaktadır. Zira burada yapılan inceleme, bireysel başvuru yapabilmek için öngörülen otuz günlük başvuru süresinin hangi anda başlayacağına ilişkin değildir ve bu nedenle de tebliğ tarihinin bir önemi yoktur. Burada sözkonusu olan, kanunun (anayasal bireysel başvuru yolunun) zaman yönünden uygulanmasıdır ki, bu durum AİHS’nin zaman yönünden uygulanmasına benzer özellikler taşır.

Başvuru süreleri konusundaki uygulamaların hakkın özüne dokunabileceğine ilişkin durumu ise bir örnekle açıklamak uygun olacaktır. Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi’nin esasa girmeden red ettiği olduğu bir davanın değerlendirildiği bir başvuruda, AİHM, Anayasa Mahkemesi’ne başvuru süresi ile ilgili iç hukuk kurallarındaki belirsizliklerin, “mahkemeye erişim hakkı” ile “şekli başvuru şartlarına saygı” gösterilmesi konusundaki haklı kaygı arasındaki dengeyi bozarak, başvuru haklarına orantısız bir yük getirmek suretiyle, başvuru hakkının özüne dokunduğu saptamasında bulunmuştur. Tanınan kanun yollarını tamamen tüketmek ile, Anayasa Mahkemesine kanunla tanınan süre içinde başvuruda bulunmak zorunluluğu arasında sıkışıp kalan bir başvuru yapmış olduğu seçim nedeniyle hak kaybına uğraması hukuka uygun bulunmamıştır⁸³. Mahkeme tüm bu başvurularda, Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi’nin uygulamış olduğu anayasal bireysel başvuru kabul kriterlerini, kanundaki belirsizlik ve başvuru haklarına orantısız biçimde aşırı yük getirmesi nedenleriyle, anayasal başvuru yolunda mahkemeye erişim hakkı konusunda 6. Maddenin ihlâl edildiği sonucuna varmıştır⁸⁴. Nitekim, AİHM’nin ihlâl kararları üzerine Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi uygulamasını değiştirmiştir⁸⁵.

⁸³ *Zvoľský et Zvoľská/Çek Cumhuriyeti*, n° 46129/99, §§ 18-36, CEDH 2002-IX. Konu ile ilgili ayrıca, bkz. *Zborovský/Slovakya*, n° 14325/08, 23 Kasım 2012 ; *Běleš ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti*, n° 47273/99, 12 Kasım 2002.

⁸⁴ *Běleš ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti*, n° 47273/99, CEDH 2002-IX ; *Zvoľský et Zvoľská/Çek Cumhuriyeti*, n° 46129/99, (op.cit.)

⁸⁵ *Drahorád ve Drahorádová/Çek Cumhuriyeti*, Requête no 10254/03, 20 Mart 2008.

Ulusal düzeyde ilgililere açık olan kanun yolları çeşitlilik gösterir. Bir konuda açık olan anayasal başvuru yolu bir diğer konu da ilgiliye açık olmayabilir. Fakat bu bu durum bu konuların her ikisinin de AIHM önüne götürülmesini engellemez. Ancak bir tarafta, bir iddia ile ilgili olarak anayasal başvuru yolunu tüketme zorunluluğu varken, bir diğer yandan, bir başka iddia ile ilgili bireysel başvuru yolu açık olmadığından, 6 aylık süre nedeniyle, AIHM'ye başvurma gerekliliği aynı anda aynı prosedür içinde kendini gösterebilir. Örneğin, Mahkeme, mülkiyet hakkında anayasal başvuru yolunun kapalı olması, buna karşılık adil yargılanma ve ayrımcılığa tabi tutulma hakları için bu yolun açık olması karşısında, başvurucudan AIHM'ye iki ayrı tarihte başvurmasını istemeyi, başvuruya esas şikayetler içiçe iken ve 14. Madde ayrı değerlendirilemeyecek iken (ayrımcılık yasağı ancak garanti edilen bir başka hakla birlikte öne sürebilir), altı ay kuralının hesabında çok fazla şekilci bir yorum olarak değerlendirmiştir. Şikayetlerin tamamının değerlendirilmesini 6 ay hesabının başlangıcı noktasını tespitite Sözleşme'nin ruhuna ve amacına daha uygun bulmuştur⁸⁶.

Sonuç : Teorik olarak, bireysel başvuru sistemi içinde, Anayasa Mahkemesi'nin konu yönünden yetkisi ile AIHM'nin konu yönünden yetkisinin aynı olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu nedenle, AIHM içtihatlarının türk hukukunda dikkatle izlenmesi ve zengin birikiminden özünmesi yoluyla fayda sağlanması artık Anayasa Mahkemesi'nin ödevleri arasına girmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu durumu, Fransa'da olduğu gibi, değişik düzeydeki yargı organları arasında görev çekişmesi yaratan bir olgu olarak değerlendirmemesi, doğrudan AIHS'ni uygulamamakla birlikte, anayasal denetim içinde AIHM içtihatlarına yer açan, açıkça atıf yapan portekiz, ispanyol, italyan ve alman anayasa mahkemeleri örnekleri arasında yerini alması uygun olacaktır. Ancak, denetimin açık bir biçimde etkin olması her şeyden önce biricik şarttır. Bunun için ise, temel hakların korunması alanında, AIHM içtihatlarının atıf yapılacak ölçüde bilinmesi, ancak bu içtihatların özünsenerek uygulanması ile bir arada olduğunda bir anlam ifade eder. Son olarak belirtmek gerekir ki, ulusal yargı organları ve hukukçular için Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarının, avrupa içtihatlarına göre daha kolay erişilebilir niteliği vardır ve bu durum temel hak ve özgürlüklerin gelişimine doğrudan etki edecek önemli bir noktadır.

⁸⁶ *Arcadio Fernandez-Molina Gonzalez/İspanya ve diğer 369 kişi, 8 Ekim 2002.*

KAYNAKLAR

İÇ HUKUK MEVZUATI

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun.

6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılmış bazı başvuruların tazminat ödenmek suretiyle çözümüne dair Kanun.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü.

ULUSLARARASI HUKUK

Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme.

YAYINLAR

Ergin ERGÜL, *Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru ve uygulaması*, Ankara, Yargı Yayınevi, 2012, 389 s.

Özcan ÖZBEY, *Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı*, Ankara, Adalet, 2012, 483 s.

MAKALELER

David SZYM CZAK, "Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme", *Nouveaux Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 32, Dossier : Convention européenne des droits de l'homme, Juillet.

Ece GÖZTEPE, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının (anayasa şikâyeti) 6216 sayılı kanun kapsamında değerlendirilmesi ", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011 (95).

Hüseyin TURAN, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında makul sürede yargılanma hakkı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 3, Sayı 11, Ekim 2012.

Joël ANDRANTSIMBAZOVINA, " La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel, continuité et évolution ", *Cahier constitutionnel*, n° 18, Juillet 2005.

Marc GUILLAUME, " Question prioritaire de constitutionnalité et la Convention européenne des droits de l'homme ", *Nouveaux Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 32, Dossier : Convention européenne des droits de l'homme, Juillet 2011.

Vincent BERGER, " Les cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme ", *Nouveaux Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 32, Dossier : Convention européenne des droits de l'homme, Juillet 2011.

DEĞİŞİK

Hukuk yoluyla Demokrasi için Avrupa Komisyonu (Venedik Komisyonu), " Uzun süren yargılama alanında iç hukuk yollarının etkinliği üstüne rapor ", 15-16 Aralık 2006, 69. Genel Toplantı, Çalışma n° 316/ 2004, CDL-AD(2006)036rev.

Ümmühan Kaplan/Türkiye kararı, Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, Yıl 2, Sayı 5, Nisan 2012.

Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, geliştirilmiş gerekçeli yeni metin, Kasım 2007, 4. baskı.

7/11/1982 Tarihli ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi, 2/656 E., 05/04/2010.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Bireysel Başvuru No: 2012/695, 12/02/2012.

Bireysel Başvuru n° 2013/781, 26/03/2013.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

Delcourt/Belçika, 17 Ocak 1970, CEDH seri A n°11, § 25.

Ringeisen/ Avusturya, 16 Temmuz 1971, n° 2614/65.

Van Oosterwijck/ Belçika, 6 Kasım 1980, § 35, CEDH seri A n° 40.

W./Almanya, n° 10785/84 (Komisyon), 18 Temmuz 1986, DR 48, p. 104.

Schenk/İsviçre, 12 Temmuz 1988, §§ 45-46, seri A no 140.

Bock/Almanya, 29 Mart 1989, seri A n° 150, p. 18, § 37.

Karaduman/Türkiye (Kbl. Kr.), n° 16278/90, 3 Mayıs 1993.

Brandstetter/Avusturya, 28 Ağustos 1991, seri A no 211.

Edwards/Birleşik Krallık, 16 Aralık 1992, seri A n° 247-B.

Kraska/İsviçre, 19 Nisan 1993, CEDH seri A n° 254-B, § 26.

Ruiz-Mateos/İspanya, 23 Haziran 1993, § 59, seri A n° 262.

Vén/Macaristan, n° 21495/93, 30 Haziran 1993 tarihli Komisyon Kararı.

Ortenberg/Avusturya, 25 Kasım 1994, seri A no 295-B, § 31.

Spadea&Scalabrino/İtalya (seri A, n° 315) 28 Eylül 1995.

Akdıvar ve diğerleri/Türkiye, 16 Eylül 1996, CEDH 1996-IV, s. 1210, §§ 65-69.

Aksoy/Türkiye, 18 Aralık 1996, CEDH 1996-VI, sayfa 2275 ve 2276, §§ 51-52.

Süßmann/Almanya, 16 Eylül 1996, CEDH 1996-IV, § 43.

Mantovanelli/Fransa, 18 Mart 1997, CEDH 1997-II.

Pauger/Avusturya, n° 16717/90, 28 Mayıs 1997.

Tejedor García/İspanya, 16 Aralık 1997, CEDH 1997-VIII, § 31.

Brualla Gómez de la Torre/İspanya, 19 Aralık 1997, CEDH 1997-VIII.

- Teixeira de Castro/Portekiz*, 9 Haziran 1998, § 34, CEH 1998-IV.
- Pérez de Rada Cavanilles/İspanya*, 28 Ekim 1998, CEDH 1998-VIII.
- V/ Birleşik Krallık [BD]*, n° 24888/94, § 57, CEDH 1999-IX.
- Immobiliare Saffi/İtalya*, 28 Temmuz 1999, n° 22774/93.
- Gast&Popp/Almanya*, n° 29357/95, 25 Şubat 2000.
- Miragall Escolano ve diğerleri/İspanya*, n°s 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98, 41400/98, 41446/98, 41484/98, 41787/98 ve 41509/98, § 37, CEDH 2000-I.
- Krčmár ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti*, 3 Mart 2000, n° 35376/97.
- Erdoğdu c. Turquie*, 15 Haziran 2000, n° 25723/94, § 34.
- Refah Partisi, Necmettin Erbakan, Şevket Kazan ve Ahmet Tekdal/Türkiye*, n°41340/98 ve n° 41342/98, 3 Ekim 2000.
- Kudła/Polonya [BD]*, n° 30210/96, § 152, CEDH 2000-XI.
- Refah Partisi, Necmettin Erbakan, Şevket Kazan ve Ahmet Tekdal/Türkiye*, n°41340/98 ve n° 41342/98, 3 Ekim 2000.
- Khan/Birleşik Krallık*, n° 35394/97 § 34, CEDH 2000-V.
- Malhous/Çek Cumhuriyeti*, n° 33071/96, § 62, 12 Temmuz 2001.
- Prince Hans Adam II de Liechtenstein/Almanya [GC]*, n° 42527/98, CEDH 2001-VIII.
- P.G. et J.H./Birleşik Krallık*, n° 44787/98, § 76, CEDH 2001-IX.
- Běleš ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti*, n° 47273/99, CEDH 2002-IX.
- Zvolský et Zvolská/Çek Cumhuriyeti*, n° 46129/99, §§ 18-36, CEDH 2002-IX.
- Allan/Birleşik Krallık*, n° 48539/99, § 42, CEDH 2002-IX.
- Arcadio Fernandez-Molina Gonzalez/İspanya ve diğer 369 kişi*, 8 Ekim 2002.
- Běleš ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti*, n° 47273/99, 12 Kasım 2002.
- Hartman/Çek Cumhuriyeti*, n° 53341/99, § 49, CEDH 2003-VIII.
- Novotka/Slovakya (Kbl. Kr.)*, n° 47244/99, 4 Kasım 2003.
- İsmail Çınar/Turquie (Kbl. Kr.)*, n° 28602/95, 13 Kasım 2003.
- David Martinez Sala ve diğerleri/İspanya (Kbl. Kr.)*, n° 58438/00, 18 Kasım 2003.
- Soto Sanchez/İspanya*, 66990/01, 25 Kasım 2003.
- Slovenské telekomunikácie, š.p., Herold Tele Media, s.r.o. ve František Eke/Slovakya (Kbl. Kr.)*, n° 47097/99, 23 Mart 2004.
- Merit/Ukrayna*, n° 66561/01, § 57, 30 Mart 2004.
- Voggenreiter/Almanya*, n° 47169/99, § 23, CEDH 2004-I.

- Sabou et Pircalab/Romanya*, 28 Eylül 2004.
- Patrícia Raquel Real Alves/Portekiz*n° 19485/02, 9 Kasım 2004.
- Scordino/İtalya* (1 sayılı) ([BD], 36813/97 sayılı §§ 182-189, AİHM 2006-V.
- Sürmeli/Almanya* [BD], n° 75529/01, CEDH 2006-VII.
- Stefanec/Çek Cumhuriyeti*, n° 75615/01, 18 Temmuz 2006.
- Medya Fm Reha Radyo ve İletişim Hizmetleri A.Ş./Türkiye*, n° 32842/02, 14 Kasım 2006.
- Bülent Özpolat/ Türkiye başvurusu*, n° 39200/02, 21 Kasım 2006.
- Apostol/Gürcistan*, n° 40765/02, 28 Kasım 2006, CEDH 2006-XIV, §§ 42-46.
- Švarc et Kaonik/Slovenya*, n° 75617/01, §§ 15-16, 8 Şubat 2007.
- Heglas/Çek Cumhuriyeti*, n° 5935/02, § 84, 1 Mart 2007.
- Drahorád ve Drahorádová/Çek Cumhuriyeti*, *Requête no* 10254/03, 20 Mart 2008.
- Eberhard et M./Slovenya*, n°s 8673/05 ve 9733/05, §§ 103-107, 1 Aralık 2009.
- Petrenco/Moldovya*, no 20928/05, § 54, 30 Mart 2010.
- Petrov/Bulgaristan* (Kbl. Kr.), n° 27103/04, 2 Kasım 2010.
- Ullens De Schooten ve Rezabek/Belçika*, n° 3989/07 et 38353/07, 20 Eylül 2011.
- Axel Springer AG/Almanya* davası kararı (n° 39954/08, 7 Şubat 2012.
- Ümmühan Kaplan/Türkiye*, n°24240/07, 20 Mart 2012.
- Zborovský/Slovakya*, n° 14325/08, 23 Kasım 2012.
- Müdür Turgut ve diğerleri/Türkiye*, n° 4860/09, 26 Mart 2013.
- Hasan Uzun/Türkiye*, n° 10755/2013, 14 Mayıs 2013.

KAMU YÖNETİMİNDE BİR İLK; ÇED RAPORU UYGULAMASI İLE İŞLEM ÜRETME SÜRECİNE HALKIN KATILIMININ SAĞLANMASI

A PREMIER IN PUBLIC ADMINISTRATION, CONTRIBUTION OF THE PUBLIC TO APPLICATION OF ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT REPORT AND THE PROCESS OF PRODUCTION

Selami DEMİRKOL*

Özet: Türk Kamu Yönetimince başvuru ve alışlagelen bir usul olmadığı halde, halkın katılımının sağlanması ÇED Raporu sürecinde ve koruma amaçlı imar planlaması sürecinde mevzuat ile zorunlu kılınmış bulunmaktadır. Çevre hakkı içerisinde irdelenen katılma hakkı, kişi ve kitle örgütlerinin çevre konusunda alınacak kararlara katılabilme sürecini ifade etmektedir. Bu hakkın devamı ise başvuru hakkı olup, çevrenin bozulması veya ilgili kuralların ihlali durumunda birey ve gruplarına, idare ve yargı makamları önünde başvuru hakkı tanınmasını da içermektedir. Çevrenin birey-insan için olduğundan hareketle, çevre ile ilgili ÇED Raporu gibi hassas bir konuda karar verme mekanizmasında bulunan kamu yöneticileri, bireylerin-halkın görüş ve önerilerini almalı, karar, birey-idare ortak iradesi ile oluşturulmalıdır.

Günümüzde, Çevre hakkının yerleşmesi ve korunmasının gerekliliği ekonomik kalkınmadan önce aranılması gereken bir olgu olarak görülmelidir. Dolayısıyla kamuyu ilgilendiren konularda idarece işlem tesis olunurken halkın işlem üretme sürecine katılımının sağlanması görüş ve önerilerinin alınması gerekmektedir. Bu usul yaygınlaştırılmalı ve kamuyu ilgilendiren idari işlemler tesis olunurken halkın dinlenilmesi ve katılımının sağlanmasına önem verilmelidir. Nitekim, İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesiince geliştirilen ilkeler kamu ile ilgili idari işlemler tesis olunurken bireylerin katılımını ve görüş veya önerilerinin alınmasını gerekli kılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: ÇED Raporu, halkın katılımı, yönetime katılma, Avrupa İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar

Abstract: According to legislation, “public participation” has become a compulsory in “environmental impact assessment” EIA process and “zoning plan for protection” process unless it’s not an

* Dr., Danıştay Üyesi

applicable and consuetudinary procedure for public administration in Turkey . “Public Participation” is a kind of environmental right for individual and civil organization to participate or attend to decision making process about environmental issues. Furthermore, “Public Participation” also includes “the right of complaint” of individual and civil organization which means to apply to administrative court or administrative authorities in case of any environmental damages or any law breach. Based on the idea that “environment is existing for human”, administrative authorities shall ask individual and civil organization’s view/opinion regarding critical issue for environment like EIA process and environmental decision shall be made by a common will of both public and administry. At the present, settled and protected environmental rights shall be seen as a more required thing than economic development. Therefore administrative authorities shall ensure the “Public Participation” and ask individual and civil organization’s view/opinion regarding public issues especially in decision making process. Furthermore “Public Participation Procedure” shall be generalized and individual and civil organization’s view/opinion considered as an important factor than before. Thus, according to Council Of Europe Committee Of Ministers Resolution On The Protection Of The Individual In Relation To The Acts Of Administrative Authorities the administrative authorities is obliged to ensure the public participation” and ask individual and civil organization’s view/opinion as well as.

Keywords : Environmental İmpact Assessment Process, EIA Process, public participation, participation in administry, Council Of Europe Committee Of Ministers Resolution On The Protection Of The Individual In Relation To The Acts Of Administrative Authorities

GİRİŞ

1961 Anayasası’nın yürürlükte olduğu dönemde, birçok kanunda, çevre sorunlarına ilişkin muhtelif hükümlere yer verilmiştir.

Ancak, bu hükümler kişilerarası ilişkileri düzenlemiş olması nedeniyle çevre sorunlarını önlemede zamanla yetersiz kaldığı bir gerçek olarak kendini göstermiştir.

“Çevre olgusu” ilk kez Anayasal düzeyde 2709 Kanun numaralı 1982 Anayasasında yer almıştır.

“Temel Haklar ve Ödevler” üst, “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” alt başlıklı üçüncü ayırımında Anayasa’nın, “Sağlık Hizmetleri ve

Çevrenin Korunması" başlıklı 56.maddesinde "Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek, devletin ve vatandaşların ödevidir." kuralı getirilmiştir.

Anayasa'nın bu hükmü ile birlikte çevre ile ilgili olarak, 35, 43, 44, 45, 57, 63, 168 ve 169. maddeleride sayabiliriz.

1982 Anayasası'nın çevre hakkını düzenlemesinin ardından ilk kez 9 Ağustos 1983 tarihli 2872 sayılı Çevre Kanunu yürürlüğe konulmuştur.

Kanun, 6 Haziran 1984 günlü ve 222 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, (KHK) 3 Mart 1988 günlü ve 3416 sayılı Yasa, 10.04.1990 günlü ve 409 sayılı KHK, 21 Ağustos 1991 günlü ve 443 sayılı KHK ve 4 Haziran 1998 günlü ve 3301 sayılı Yasalar ile değiştirilmiştir.

Nihayet, 21 Şubat 2001 günlü ve 4629 sayılı Kanun ve ardından 26 Nisan 2006 günlü ve 5491 sayılı Kanun ile değişiklikler yapılmıştır.

2872 sayılı Çevre Kanunu (ÇK)'nin amacı 1.maddesinde bütün vatandaşların ortak varlığı olan çevrenin sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamak olarak belirlenmiştir.

Yasa yapıcı bu amaçla yürürlüğe koyduğu 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 10.maddesinde ise Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) Raporu hazırlanmasının dayanağını oluşturmuştur.

17.07.2008 tarihli ve 26939 sayılı Resmi Gazetede Yayımlanan Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin 8.9. ve 10.maddelerinde ÇED Raporlarının hazırlanması sürecine halkın katılımının sağlanması öngörülmüştür.

Bu öngörü, Türk Kamu Yönetiminde ilk uygulamalardan birisidir.

Zira, Kamu Yönetimince diğer işlemler halkın (kamunun) katılımı sağlanmadan tesis olunurken, bu uygulama ilklerden olup işlem üretimine halk katılarak yön verilebilmektedir.

Biz çalışmamızda bu sürecin ana hatlarını aktarıp önemini belirtmeye gayret göstereceğiz.

1- ÇEVRE HAKKI DUYARLILIĞI VE NİTEKLİ ÇEVRE YÖNETİMİNİN İNSAN İÇİN OLDUĞU GERÇEĞİ

1972 Haziran'ında gerçekleştirilen Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı sonrası yayınlanan Stockholm Bildirgesi'nde "İnsan, kendisine onurlu ve iyi bir yaşam sürmeye olanak veren nitelikli bir çevrede, özgürlük, eşitlik ve tatmin edici yaşam koşulları temel hakkına sahiptir." ifadesiyle ilk kez "Çevre Hakkı" olgusu işlenmiştir.

28 Ekim 1982 tarihli Dünya Doğa Şartı ise, çevre hakkının uygulamaya geçirilmesi konusunda devletlerin yükümlülüklerini ve bireylerin olanaklarını belirleyerek daha somut ilkeler getirilmiş ve 1992 Haziranında imzalanan Rio Toplantısı'nda ise Birleşmiş Milletler Çevre ve Gelişme Konferansında Dünya Çevre Sözleşmesi deklere edilmiştir.

Yine Afrika Şart'ında da, bütün halkların, gelişmelerine uygun olarak tatmin edici ve bütünüleyici bir çevre hakkına sahip oldukları vurgulanmıştır.

1970'li yıllardan itibaren ulusal düzeyde ise Anayasasını değiştiren veya yeni Anayasa İhdas eden ülkeler çevre hakkı ve çevrenin korunmasına dair ilkelere yer verme yoluna gitmişlerdir.

"Çevre Hakkı" doğal ortam ve yaşam koşullarına yönelik olumsuz etki ve zararları önlemek ve cezalandırmak amacıyla özellikle devletlerin gerekli önlemleri alma ve daha genel biçimde, her insanın sağlıklı ve ekolojik olarak dengeli bir çevre hakkına saygı içinde eşya ve malların kullanımını düzenleme yükümlülüğü öngörmektedir.

Bu teorik tanımın uygulamaya konulması sorunu ise beraberinde usule ilişkin hakları ve ödevleri gündeme getirmektedir. Önleyici tedbirlerden olan bilgilendirme hakkı; kişilerin ve ilgililerin, çevreyi bozma riski bulunan proje ve programlardan haberdar edilmesi olarak anlaşılmaktadır.

Yine, Çevre hakkı içerisinde irdelediğimiz katılma hakkı, kişi ve kitle örgütlerinin çevre konusunda alınacak kararlara katılabilme sürecinde ifade etmektedir.

Bir diğer olgu ise, başvuru hakkı olup, çevrenin bozulması veya ilgili kuralların ihlali durumunda birey ve gruplarına, idare ve yargı makamları önünde başvuru hakkı tanınmasını da içermektedir.¹

¹ KABAOĞLU, İbrahim., Çevre Hakkı, İletişim Yayınları, Cep Üniversitesi, İstanbul: 1992, ss.17-19.

Bu bağlamda, hukuka ve özellikle de yargı yerlerine önemli görevler yüklenilmiştir. Bilimsel ve teknolojik yenilikleri yönlendirmek, çevrelemek, insanın doğayla ilişkili davranışlarını sınırlandırmak ve yaptırıma bağlamak konularında fonksiyonel kılınmış olduklarını görmekteyiz.

Nitekim çevre hakkı bir olgu olarak kabul edilmekle, çevresel değerlerin muhafaza edilmesi ve korunmasında hukuksal araçların yaklaşımları ve uyumsuzlukları çözümlenmedeki duyarlılıkları gündeme gelmektedir.

Uluslararası toplantılar ve deklere olunan sözleşmeler elbette bunlardan ibaret değildir. Son zamanlarda oldukça yoğunlaştığını söyleyebiliriz.

Ancak, hemen belirtelimki, çevre olgusu ve hakkı konusunda ortak yaklaşımlardan birisinin de çevrenin korunması, sürdürülebilir bir çevrede yaşayabilme bağlamında halkın karar mekanizmalarında aktör konumunda yer alabilmelerinin sağlanmasıdır.

Yani, sağlıklı ve yaşanılabilir bir çevre, insan için olduğundan ve bu durum geniş insan topluluklarını yakinen ilgilendirdiğinden bu geniş insan topluluklarının – halkın çevre yönetimine katılımı ile sağlanması hedeflenmektedir.

2- ÇED RAPORLARININ HUKUKİ ZEMİNİ VE BİLEŞENLERİ

2-1- 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 10.maddesi

26.04.2006 günlü ve 5491 sayılı Yasa ile değişik 2872 sayılı Yasa'nın 10.maddesinde; *"Gerçekleştirmeyi plânladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler, Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu veya proje tanıtım dosyası hazırlamakla yükümlüdürler.*

Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu Kararı veya Çevresel Etki Değerlendirmesi Gereklî Değildir Kararı alınmadıkça bu projelerle ilgili onay, izin, teşvik, yapı ve kullanım ruhsatı verilemez; proje için yatırıma başlanamaz ve ihale edilemez." hükmü öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere Yasa, uygulama için Yönetmelik çıkarılması usul ve esasların yönetmelikte gösterilmesini vurgulamıştır.

2-2- Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği

2-2-1 Yönetmeliğin 8.maddesinde“(1) *Proje sahibi, dilekçesi ekinde bu Yönetmeliğin EK-III’ ünde yer alan Çevresel Etki Değerlendirmesi genel formatı esas alınarak hazırlanmış iki adet Çevresel Etki Değerlendirmesi Başvuru Dosyası ile Bakanlığa başvurur.*

(2) *Bakanlık, başvuru dosyasındaki bilgi ve belgeleri uygunluk bakımından inceler. Uygun hazırlanmadığı anlaşılan dosya tamamlanmak üzere proje sahibine iade edilir. Proje sahibi, eksikliklerini tamamlayıp dosyayı yeniden Bakanlığa sunar.*

(3) *İnceleme sonucunda dosyanın uygun hazırlandığına karar verilmesi halinde Bakanlık tarafından başvuru dosyasındaki bilgiler dikkate alınarak, ilgili kurum ve kuruluş temsilcileri, Bakanlık yetkilileri ile proje sahibi ve/veya temsilcilerinden oluşan bir komisyon kurulur.*

(4) *Proje ile ilgili olarak başvuru yapıldığına dair Çevresel Etki Değerlendirmesi başvuru dosyasının bir nüshası Bakanlık tarafından ilgili Valiliğe gönderilir. Valilik, halka yörede proje ile ilgili olarak başvurunun yapıldığını, Çevresel Etki Değerlendirmesi sürecinin başladığını ve Çevresel Etki Değerlendirmesi süreci tamamlanana kadar projeye ilişkin görüş, soru ve önerilerinin değerlendirilmek üzere Valiliğe veya Bakanlığa verilebileceğini anons, askıda ilan, internet gibi herhangi bir yöntemle duyurur. Ayrıca Bakanlık halka projeye ilişkin Çevresel Etki Değerlendirmesi sürecinin başladığını ve Çevresel Etki Değerlendirmesi süreci ile ilgili bilgilerin alınabileceğini internet aracılığı ile de duyurur. Halk projeye ilişkin görüş, soru ve önerilerini yukarıda belirtilen mercilere ulaştırabilir.*

(5) *Bakanlık, proje sahibinden başvuru dosyasını komisyon üyelerinin sayısı kadar çoğaltmasını ister. Bu maddede öngörülen işlemler üç işgünü içinde tamamlanır. “Çevresel Etki Değerlendirmesi Gereklidir” kararı verilen projeler için, proje sahibi bir dilekçe ekinde bu karar ve proje tanıtım dosyası ile Bakanlığa başvurur. Bu dosya başvuru dosyası olarak işlem görür. Bakanlık bu dosyayı inceler ve belirlediği komisyon üyelerinin sayısı kadar çoğaltılmasını proje sahibinden ister.*

(6) *Bakanlık başvuru dosyasının bir kopyasını halkın katılımı toplantısı ve kapsam belirleme toplantısının tarihini ve yerini belirten bir yazı ekinde komisyon üyelerine gönderir ve komisyonu ilk toplantıya çağırır. Komisyona Bakanlık temsilcisi başkanlık eder ve komisyonun sekretaryaya hizmetleri Bakanlıkça yürütülür.*

(7) Bakanlık, gerekli gördüğü hallerde, projenin konusu, türü ve proje için belirlenen yerin özelliklerini de dikkate alarak, üniversiteler, enstitüler, araştırma ve uzman kuruluşları, meslek odaları, sendikalar, birlikler, sivil toplum örgütlerinden temsilcileri de komisyon toplantılarına üye olarak çağırabilir.

(8) Komisyonunda kurum ve kuruluş temsilcisi olarak görev yapan üyelerin, yeterli mesleki bilgi ve deneyime sahip olmaları ve temsil ettikleri kurum ve kuruluşların görev alanlarıyla sınırlı olmak üzere görüş vermeye yetkili kılınmış olmaları esastır.“ kuralı getirilmiştir.

2-2-2 Yönetmeliğin 9.maddesinde de; “(1) Komisyonun kapsam belirleme toplantısından önce, halkı yatırım hakkında bilgilendirmek, projeye ilişkin görüş ve önerilerini almak üzere proje sahibi tarafından projenin gerçekleştirileceği yerde Bakanlık ile mutabakat sağlanarak belirlenen tarihte, halkın katılımı toplantısı düzenlenir.

(2) Çevresel Etki Değerlendirmesi sürecinden önce proje sahibi tarafından, halkı bilgilendirmek amacıyla anket, seminer gibi çalışmalar yapılabilir.

a) Toplantı yeri, Valilik ve proje sahibi tarafından belirlenir ve Valilik tarafından Bakanlığa bildirilir. Toplantı için projeden en çok etkilenmesi beklenen ilgili halkın kolaylıkla ulaşabileceği merkezi bir yerin seçilmesine özen gösterilir.

b) Proje sahibi, toplantı tarihini, saatini, yerini ve konusunu belirten bir ilanı ulusal düzeyde yayımlanan bir gazete ile o yörede yayımlanan yerel bir gazetede toplantı tarihinden en az on gün önce yayınlatır.

c) Toplantı İl Çevre ve Orman Müdürünün veya görevlendireceği bir yetkilinin başkanlığında yapılır. Toplantıda; halkın proje hakkında bilgilendirilmesi, görüş, soru ve önerilerinin alınması sağlanır. Başkan katılımcılardan görüşlerini yazılı olarak vermelerini isteyebilir. Toplantı tutanağı, bir sureti Valilikte kalmak üzere Bakanlığa gönderilir.

(3) Valilik, halkın katılımı toplantısı ile halkın görüş ve önerilerini bildirebileceği süreç ile ilgili zamanlama takvimini ve iletişim bilgilerini halka duyurur. Halkın görüş ve önerileri zamanlama takvimi içerisinde komisyona sunulur.

(4) Komisyon üyeleri, 8 inci madde de belirlendiği şekilde kendi isteklerine bağlı olarak kapsam belirleme toplantısı öncesinde proje uygulama yerini

inceleyebilir; kendilerine iletilen tarihe göre halkın katılımı toplantısına katılabilirler. Halkın katılımı toplantısı çalışmalarını ile ilgili sekreteryaya hizmeti, İl Çevre ve Orman Müdürlüğü tarafından yürütülür.” kuralı yer almıştır.

2-2-3 Yönetmeliğin 10.maddesinde ise; “ (1) Halkın katılımı, bilgilendirme, kapsam belirleme ve özel format verme işlemleri, on iki işgünü içerisinde tamamlanır.

(2) Komisyonun, kapsam ve özel format belirleme amaçlı ilk toplantısında;

a) Proje sahibi, proje hakkında komisyonu bilgilendirir.

b) Bakanlık ve/veya İl Çevre ve Orman Müdürlüğü halkın katılımı toplantısı hakkında komisyonu bilgilendirir. Ayrıca halkın katılımı toplantısına katılmış bulunan komisyon üyeleri de görüş ve önerilerini bildirirler.

c) Projenin hangi kapsamda ele alınmasının gerektiğini belirlemek üzere projenin önemli çevresel etkileri göz önüne alınarak bu Yönetmeliğin EK-III’ündeki Çevresel Etki Değerlendirmesi genel formatında ana başlıklar altında ele alınması gereken konular detaylandırılır, kapsam belirlenir.

ç) Komisyon tarafından formata ilave edilmesi ya da formattan çıkarılması gereken hususlar tespit edilir. Halkın katılımı toplantısındaki görüş ve öneriler de dikkate alınarak özel format ile Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporunu hazırlayacak çalışma grubu belirlenir.

d) Komisyon tarafından belirlenen özel format, proje sahibi ve/veya temsilcisine bu maddede belirlenen süre içerisinde Bakanlık tarafından verilir.

(3) Proje sahibi özel formatın verilmiş tarihinden itibaren bir yıl içinde Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporunu Bakanlığa sunmakla yükümlüdür. Bu süre içinde Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu sunulmaz veya gerekçesi belirtilerek ek süre isteminde bulunulmaz ise başvuru geçersiz sayılır. Proje sahibinin süre uzatım talebi Bakanlıkça uygun bulunması halinde altı ayı geçmemek üzere bir defaya mahsus ek süre verilir.” kuralı öngörülmüştür.

2-2-4 Yine Yönetmeliğin "Çevresel etki değerlendirme raporunun Bakanlığa sunulması" başlıklı 11.maddesinin 3.fıkrasında da “Proje ile ilgili inceleme, değerlendirme sürecinin başladığı ve Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporunun halkın görüşüne açıldığı Bakanlık ve Valilik tarafından anons, askıda ilan, internet gibi uygun araçlarla halka duyurulur.” kuralı yer almaktadır.

2-2-5 Ayrıca “Komisyonun çalışma usulü ve çevresel etki değerlendirmesi raporunun incelenmesi” başlıklı 12.maddesinin 9.fıkrasının (d) bendinde ise “*Halkın katılımı toplantısının usulüne uygun yapılp yapılmadığı, halkın katılımı toplantısında üzerinde durulan konulara yeterince çözüm getirilip getirilmediğine ilişkin inceleme ve değerlendirmeler yapılır.*” denilmektedir.

Bu kuralların birlikte okunmasından çıkarılabileceği üzere, ÇED Raporlarının hazırlanmasındaki yoğun süreçte asıl olan, halkın bu süreçte dahil edilmiş olmasıdır.

Yani, çevrenin birey-insan için olduğundan hareketle, çevre ile ilgili ÇED Raporu gibi hassas bir konuda karar verme mekanizmasında bulunan kamu yöneticileri, bireylerin-halkın görüş ve önerilerini almakta, karar, birey-idare ortak iradesi ile oluşturulabilmektedir.

3- ÇED RAPORU GEREKLİLİĞİ HAKKINDA

Yukarıda aktarıldığı üzere Yasa yapıcı 10.madde ile Türkiye’de ilk defa bir faaliyetin gerçekleşmesinden önce faaliyetin yol açabileceği olumsuz etkilerin belirlenmesini ve gerekli önlemlerin alınmasının gerekliliğini yasa düzeyinde öngörmüş ve uygulama için de Yönetmelik çıkarılmasını buyurmuştur.

Çevreyi etkileyen zararlı oluşumların önlenmesi ve toplum geleceği açısından bir tedbir olarak Yasa ile öngörülen Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) Raporu hazırlama yükümlülüğü çevre hukuku açısından çok olumlu bir aşama olarak nitelendirilebilir.

ÇED Raporları ile amaçlanan, tahmin edilebilen bir gelişmenin yol açabileceği olumsuz çevre ve sağlık etkilerinin önceden tespit edilip gerekli önlemlerin alınmasını sağlamaktadır.²

Genel olarak ÇED Raporları; planlanan faaliyetlerin çevreye olabilecek olumlu yada olumsuz etkilerinin belirlenmesinde olumsuz yöndeki etkilerinin önlenmesi, yada çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ve tekno-

² BOZYİĞİT, Recep - KARAASLAN, Tufan., Çevre Bilgisi, Nobel Yayın - Dağıtım, Ankara: 1998, ss.141-142.

loji alternatiflerinin tespit edilerek değerlendirilmesi ve faaliyetlerin uygulanmasının izlenmesi ve denetlenmesi süreci olarak tanımlanmaktadır.

Bunların yanı sıra ÇED, bir faaliyetin fiziksel, biyolojik, ekolojik ve sosyo-ekonomik etkilerinin kapsam ve şiddetlerinin uzman kişilerce ve bilimsel yöntemlerle belirlenmesi ve olumsuz etkilerin giderilmesi için gerekli önlemlerin ortaya konması gibi çeşitli bileşenlerden oluşmaktadır.

Denilebilir ki, ÇED, tahmin ve önleme stratejisi izlenerek kalkınma ve çevrenin bağdaştırılmasında kullanılan bir çevre yönetim aracı olmaktadır.

ÇED, kalkınmanın gereği olan faaliyetlerin çevre üzerinde olabilecek olumsuz etkilerini faaliyete başlanılmadan önce belirleyebilmek ve bu olumsuzlukları ortaya çıkmadan kalkınmanın sürdürülebilirliğini sağlayabilmek için geliştirilmiştir.

Nitekim 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun yukarıda aktardığımız 10.maddesi hükmü uyarınca 07.02.1993 günlü ve 21489 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak ÇED Yönetmeliği çıkarılmış ve 01.01.1994 tarihinden itibaren yürürlüğe konulmuş ve bilahare bu Yönetmelik yürürlükten kaldırılarak 1997 yılında yeni ÇED Yönetmeliği çıkarılmıştır.

Bilahare, 17.07.2008 günlü ve 26939 sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanan ÇED Yönetmeliği yeniden yazılarak yürürlüğe konulmuş ve bu Yönetmelikte 30.06.2011 tarihinde değişikliğe uğramıştır.

ÇED Raporlarının aranılması ve zorunluluk haline getirilmesi, kirletilmiş ve tahrip edilmiş bir çevrenin temizlenip yeniden onarılması ve sağlıklı hale getirilmesinin maliyetli ve güç bir iş olduğu, bunun yerine çevreyi kirletmeden ve tahrip etmeden önce alınacak tedbirlerin daha az maliyetli ve kolay olduğu gerçeğinin genel kabul görmüş olmasıdır.

Yine, önem arz eden bir husus ta, tabiatın kullanılmasını ya da sanayileşmenin gelişmesini durdurmak değil, aşırı ve yanlış kullanımı önleyerek, *koruyarak kullanma* prensibini tüm sektörlere benimsetme uğraşısı olmaktadır.

4- ÇED RAPORLARININ UYGULAMASI VE AŞAMALARI

4. 1. Uygulaması

Hukuki zeminini ikinci başlıkta belirttiğimiz ÇED Raporlarının uygulamaya konulabilmesi için Yönetmelik kapsamına giren bir faaliyeti gerçekleştirmeyi planlayan gerçek ve tüzel kişiler her türlü teşvik, onay, izin ve ruhsat almadan önce: kamu yatırımları Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı tarafından yatırım programına alınmadan, özel kesim faaliyetlerinde uygulama projeleri onaylanmadan veya mevzii imar planı onaylanmadan önce Yönetmeliğe EK1'deki faaliyetler için ÇED Raporu, EK II'deki faaliyetler için ise ÇED ön Araştırma Raporu hazırlamak, ilgili makamlara sunmak ve verilecek görüşe göre hareket etmekle yükümlüdürler.

EK I'deki Faaliyetler için ÇED Raporu hazırlanıp Bakanlıktan faaliyet hakkında olumlu görüş EK II'deki faaliyetler için ise ÇED ön Araştırma Raporu hazırlanıp Mahalli Çevre Kurulu'ndan faaliyet hakkında *„Çevresel Etkileri önemsizdir.“* kararı alınmadıkça bu faaliyetler için hiçbir teşvik, onay, izin ve ruhsat verilemez.

Yönetmeliğe tabi bir faaliyetin sahibi bir dilekçe ekinde faaliyetle ilgili proje özeti, faaliyet için önerilen yer veya yerlerin mülkiyetine ilişkin belge, imar veya vaziyet planı ile varsa faaliyeti tanıtıcı sair belgelerle birlikte faaliyetin gerçekleştirileceği ilin Valiliğine başvurur.

Valilik, planlanan faaliyetin yeri hakkında mevzuat açısından bir engel bulunup bulunmadığını, ilgili kamu kurum ve kuruluşları nezdinde taşra teşkilatı aracılığı ile araştırır. Valilik bu araştırma sırasında gerekli görürse uzman kişilerden bir komisyon teşkil ederek görevlendirebilir.

Valilik, otuz iş günü içinde araştırmasını tamamlar ve planlanan faaliyetin belirtilen yerde gerçekleştirilmesinin mevzuat açısından uygun olup olmadığına karar verir. Valilik bu kararını faaliyet sahibine bildirir.

Planlanan faaliyet birden fazla il sınırı içinde gerçekleştirilecek ise faaliyet sahibi başvurusunu ilgili illerin Valiliklerine aynı anda yapar. Her ilin Valiliği, faaliyetin kendi il sınırları içinde gerçekleştirilecek yeri hakkında bu maddeye göre araştırma yapar, karar verir ve kararını faaliyet sahibine bildirir.

Yönetmelik EK 1’de yer alan faaliyetler ile EK II’de yer alan faaliyetlerden Mahalli Çevre Kurulunca “Çevresel Etkileri önemlidir.” kararı verilen faaliyetler ÇED Raporuna tabidir.

Yönetmeliğe tabi birden fazla projeyi kapsayan entegre bir faaliyetin planlanması halinde bu faaliyetlerin tamamı için Bakanlıkça tek bir ÇED Raporu hazırlanması istenebilir.

Faaliyet sahibi bir dilekçe ekinde, Valilikten alacağı faaliyetin belirtilen yerde gerçekleştirilmesinde mevzuat açısından bir sakınca olmadığına dair karar verir ve 7’nci maddede belirtilen belgeleri ihtiva eden faaliyet dosyası ile birlikte Bakanlığa başvurur. Bakanlık faaliyet sahibine EK I’de yer alan faaliyetler ile EK II’de yer alan faaliyetlerden Mahalli Çevre Kurulunca Çevresel ÇED Raporu Formatını verir.Faaliyet sahibi bu formatı esas alarak gerekli işlemlere başlar.

Mahalli Çevre Kurulunca çevresel etkileri önemlidir. Kararı verilen faaliyetin sahibi bir dilekçe ekinde bu karar ve ÇED Araştırma Raporu ile Bakanlığa başvurur.Bakanlık faaliyet sahibine ÇED Raporu Formatını verir.Faaliyet sahibi de bu formatı esas alarak gerekli işlemlere başlayabilir.

ÇED Raporlarında, EK II’de yer alan ÇED Raporu Genel Formatındaki veya faaliyetin türü ve yerine göre Bakanlıkça hazırlanacak özel formattaki, bilgilerin yer alması zorunludur.

Formata uygun olarak hazırlanan ÇED Raporu faaliyet sahibi tarafından Bakanlığa sunulur.Bakanlık yedi iş günü içinde raporu formata uygunluk yönünden inceler.Formatı uygun bulunmayan rapor faaliyet sahibine iade edilir ve başvuru geçersiz sayılır. Formata uygun hazırlandığı anlaşılan ÇED raporu faaliyet sahibince yeterli sayıda çoğaltılır ve Bakanlık tarafından ilk toplantı tarihini belirten bir yazı ile inceleme Değerlendirme Komisyonu üyelerine gönderilir.

ÇED raporunu incelemek ve değerlendirmek üzere Bakanlıkça İnceleme Değerlendirme Komisyonu teşkil edilir. Bu Komisyon, Bakanlıkta şube müdürü ya da üst düzeyde bir yetkilinin başkanlığında faaliyetin konusun, türü ve faaliyet için seçilen yerin özellikleri dikkate alınarak merkezi ve yerel kurum ve kuruluş temsilcileri, faaliyet sahibi veya temsilcisi ÇED raporu hazırlayan kurum veya kuruluş temsilcilerinden oluşur. Komisyon çalışmalarına Bakanlıkça, Üniversite Enstitü, araştırma ve ihtisas kuruluşları ve meslek odaları temsilcileri ile gerçek ve tüzel kişiler de üye olarak çağırılabilir.

Komisyon üyeleri temsil ettikleri merkezi ve yerel kurum ve kuruluşları ilgilendiren konulardaki yasal yetki, görev ve sorumlulukları çerçevesinde görevlendirilirler, kurum ve kuruluşları adına görüş bildirirler.

Komisyonun sekreteryaya hizmetleri Bakanlıkça yürütülür. İnceleme Değerlendirme Komisyonu, ÇED raporunu, raporun Bakanlığa sunulmasından itibaren altmış iş günü içerisinde inceler ve değerlendirir. İnceleme Değerlendirme Komisyonu üyeleri komisyonun ilk toplantısını takiben faaliyetin gerçekleştirilmesi planlanan yerde topluca ya da görevlendirecekleri üyeler marifetiyle incelemelerde bulunurlar ve halkın katılımı toplantısına iştirak ederler.

İnceleme Değerlendirme Komisyonu, inceleme değerlendirme çalışmalarını belirtilen süre içinde tamamlar ve kararını üyeler tarafından imzalanmış bir tutanakla belirtirler.³

4.2. Aşamaları

ÇED Raporlarının uygulaması ile paralel olarak aşamalarını aşağıdaki şekilde ana hatlarıyla belirleyebiliriz.

- a) Hazırlık Çalışmaları ve Problemin tanımı,
- b) Eleme,
- c) Kapsam ve etkilerin belirlenmesi,
- d) Çevrenin mevcut duruşunun tespiti,
- e) Çevresel etkilerin niceliksel kestirimi ve değerlendirilmesi,
- e) Gerekli çevre koruma önlemlerinin belirlenmesi,
- f) Proje alternatiflerinin değerlendirilmesi ve önerilerin hazırlanması,
- g) Çevresel etki değerlendirme raporunun hazırlanması,
- h) Karar verme süreci,
- j) Proje sonrası izleme ve değerlendirme,

ÇED Raporlarının uygulama ve aşamaların bu şekilde aktarıldıktan sonra bazı sorunları emsal yargı kararları ile vermeye çalışalım.

³ Çevre Notları, Çevre Bakanlığı Yayınları, Mart-1998, ss.32-35.

5- ÇED RAPORLARININ UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLARI

ÇED, Dünya'da ilk kez Amerika Birleşik Devletlerinde uygulanmış ve 1970 yılında yürürlüğe giren ulusal çevre politikası kanunu ile federal projeler için zorunlu hale getirilmiştir.

Ülkemizde de 1993 yılında ve daha sonrada ve sonrası 1997 yılında aranan ÇED Raporları ile uygulamada karşılaşılan en önemli sorun; ilkleri beraberinde getirmiş olmasıdır. Zira Çevreyi kirletmeden ve tahrip etmeden önceden alınacak önlemleri ihtiva eden ÇED, aynı zamanda yatırım yapılmasını engellediği ve giderek ekonomik kalkınmanın önüne geçtiği yolunda bir göreceli sorun yaratmaktadır.

Günümüzde, Çevre hakkının yerleşmesi ve korunmasının gerekliliği ekonomik kalkınmadan önce aranılması gereken bir olgu olarak görülmelidir. Dolayısıyla bu sorun aşılmalı ve çevreyi kirletebilecek tüm yatırımlar gündeme geldiğinde öncelik çevre olgusuna verilmelidir.

Konu ile ilgili olarak yargıya intikal etmiş bir örnek verecek olursak; Bakanlar Kurulu tarafından Aliğa-Gencelli'de bir termik santral kurulmasına ilişkin verilen kararda herhangi bir ÇED Raporu tanzim olunmadığı gibi izin konusunda bir istemde de bulunulmadığından bölge halkının tepkileri üzerine bir milletvekilinin açtığı iptal davası nedeniyle yapılan yargılama sonrası konunun Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun önüne götürüldüğü ve 17.11.1989 günlü kararıyla Genel Kurul'ca yürütmeyi durdurma kararı verilmiştir. Danıştay 10.Dairesince bu karar uyarınca yapılan inceleme sonucu santralin kurulacağı yerde Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporunun hazırlanmaması üzerinde durularak Çevre Kanunu'nun 10.maddesindeki ÇED Raporunun alınma zorunluluğuna atıfta bulunularak Yasanın öngördüğü ÇED Yönetmeliği'nin henüz çıkarılmamış olmasının bu raporu hazırlamamak için bir gerekçe olamayacağı, Hava Kalitesinin Kontrolü Yönetmeliğinin 10.maddesine göre insan sağlığı ve çevre üzerinde önemli, olumsuz etkisi olan tesisler için kurulma ve işletilme izni alınması gerekirken ayrıca termik santrallerin de Yönetmelikte izne bağlı tesisler arasında gösterilirken, bu iznin alınmış olması gerektiğine dikkat çekilmiştir.

Dönemin hükümeti bu karara uyulduğunu ifade ederek yargıya karşı hile yolunu kullanmak suretiyle kısa bir süre sonra yeni bir kararname yayınlayarak bu kararından vazgeçmediği yolunda irade beyan edince tekrar dava açılış ve ikinci kez yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir. Nitekim yaptırılan keşif ve bilirkişi sonucu Danıştay Onuncu Dairesi 24.04.1992 günlü ve E:1990/2278, K: 1992/1672 sayılı kararında Bakanlar Kurulu kararıyla “... kurulması düşünülen enerji üretim tesislerinin yerinin ekolojik dengesini olumsuz yönde etkileyeceği ve bundan herhangi bir kamu yararı olmayacağı” gerekçesiyle işlem iptal edilmiştir.⁴

Bunlardan hareketle denilebilir ki; yatırımcıların belli ölçüde haklılık payı bulunan en büyük yakınmaları olan ve alt yapı eksikliği diye nitelendirilen durum, yani ülkenin çevresel varlıkları hakkında envanter ve çevre düzeni planları gibi resmi düzeyde güvenilir çalışmaların bulunmaması ya da yetersizliği olduğu anlaşılmaktadır.

Yatırımcıların yakınmalarının dışına çıkıldığında ise bu kez, katılıma ilişkin pratikte karşılaşılan sorunların ÇED’in işlerliğini azalttığı görülmektedir.⁵

Yine uygulamada karşılaşılan bu sorunların ötesinde ÇED Yönetmeliğindeki eksiklik ve yetersizliklerin de değerlendirmenin gereği gibi yapılmasını engellediği yolunda görüşlerde bulunmaktadır.

Raporların objektif olarak hazırlanmaması ve raporlara ilişkin değerlendirmenin de aynı objektif kıstaslarda yapılmaması da başlı başına bir sorun oluşturmaktadır. Yatırımcı kuruluş ile raporu hazırlamakla sorumlu tutulmanın ve kararı verecek olanın aynı kişi ya da kuruluş olması durumlarını da buna örnek olarak verebiliriz.

Uygulamada karşılaşılan sorunlar ile ilgili olarak yargı yerlerinin görüşlerini aktaracak olursak;

5-1- Anayasa Mahkemesi Kararı

Anayasa Mahkemesi, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun geçici 14.maddesinin 1.fıkrasına 6111 sayılı Yasa'nın 204. maddesi ile ek-

⁴ Aktaran; AKINCI, Müslüm., Oluşum ve Yapılanma Sürecinde Türk Çevre Hukuku, Kocaeli Kitap Kulübü Yayınları, Bilim Dizisi 1, Kocaeli: 1996, ss.286-287.

⁵ TURGUT, Nükhet., Çevre Hukuku (Karşılaştırmalı İnceleme), Savaş Yayınevi, Ankara: 1998, s.476.

lenen (f) bendini iptal eden 27.09.2012 günlü ve E:2012/6, K:2012/131 sayılı kararında “Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idarenin kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır.” gerekçesine yer verilmiştir.⁶

5-2- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı

Davacı şirkete 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca idari para cezası verilmesine ilişkin Edirne Valiliği işleminin iptali istemiyle açılan davada Edirne İdare Mahkemesi 06.07.1995 günlü ve E:1995/560, K:1995/588 sayılı kararı ile işlemi yetki yönünden hukuka aykırı bularak iptal etmiş ve bu işlemin Kaymakamlıkça tesis olması gerektiği vurgulanmıştır.

Edirne İdare Mahkemesi kararı Danıştay Altıncı Dairesinin 12.05.1994 günlü ve E:1993/873, K: 1994/327 sayılı kararı ile bozulmuş olup, idare mahkemesince bozma kararına uyulmayarak ısrar edilmesi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 01.03.1996 günlü ve E:1995/603, K:1996/110 sayılı kararında Valilik yetkili görülerek ısrar kararı bozulurken kararda yer verilen “...Bütün vatandaşların ortak varlığı olduğu 2872 sayılı Kanununun 1.maddesinde açıkça belirtilen çevrenin, korunması ve kirletilmesinin önlenmesi konusunda aynı kanunun 3. ve 30. maddeleriyle bütün vatandaşların gerçek ve tüzel kişilerin duyarlı olmaya çağrıldığı, görevli kılındığı ve alınacak önlemlere uymakla yükümlü tutulduğu göz önünde bulundurulduğundan ve ayrıca 30. maddedeki ifadeyle, çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olan gerçek ve tüzel kişilerin idari makamlara başvurarak bu faaliyetlerin durdurulmasını isteyebileceklerinin hükme bağlandığı bir konuda, il sınırları içinde mahallin en büyük mülki amiri olan valinin bu ilin bir ilçesinde yetkisiz olduğunu öne sürmek Çevre Kanununa uyun görülmediği gibi çevreye zararlı faaliyeti tesbit eden idari birimin valilik olması durumunda idari para cezasının da valilikçe verilmesi gerektiği kuşkusuzdur.” gerekçesiyle çevre konusunda vatandaşların ve özellikle, ilgili çevrede yaşayan insanların

⁶ Resmi Gazete, 13 Şubat 2013 günlü ve 28558 sayılı

duyarlı olmaları ve çevre konusunda tesis olunan idari işlemlere yönelik olarak hassasiyet gösterilmesinin haklı sebepleri vurgulanmıştır.

5-3- Danıştay Ondördüncü Dairesi Kararı

Danıştay Ondördüncü Dairesi'nin 15.02.2012 günlü ve E:2011/15596, K:2012/965 sayılı kararında da *"Çevresel etki değerlendirilmesi, gerçekleştirilmesi planlanan projenin, çevreye olabilecek olumlu ya da olumsuz etkilerinin belirlenmesi, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin belirlenerek değerlendirilmesi amacıyla yapıldığından)maktadır."* görüşüne yer verilmiştir.

Yani, gerçekleştirilmesi istenilen projeler hakkında olumsuz etkilerinin önlenmesi ve çevreye zarar vermeyecek asgari düzeye indirilmesi ÇED Raporu süreci ile sağlanmaktadır.

5-4 Danıştay Altıncı Daire Kararları

5-4-1 Çevre Bakanlığı'nın 23/06/1997 günlü ve 23028 sayılı Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin EK II. Çevresel Etki Değerlendirmesi Uygulanacak Faaliyetler Önerileri Listesi Madde 18'in iptali istemiyle açılan davada Danıştay Altıncı Dairesi 19/11/1998 günlü ve E:1997/4495, K:1998/5630 sayılı kararında yer verdiği *'Bu durumda çevreye yapılabilecek tüm etkiler göz önünde bulundurularak çevre kirlenmesine sebep olabilecek atık ve artıkların zararsız hale getirilmesi ve bu hususta önlemler alınması amacıyla doğada tahribatlar yapabileceği açık olduğundan"* gerekçesiyle davanın reddine hükmetmiştir.

5-4-2 Yine Çevre Bakanlığı'na hazırlanan ve 29/09/2000 günlü ve 24185 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanıp 23/06/1997 günlü 23028 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş olan Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'ne geçici madde eklenmesine ilişkin Yönetmeliğin iptali istemiyle açılan davada Danıştay Altıncı Dairesi 26/05/2002 günlü ve E:2000/7274, K:2002/3682 sayılı kararında yer verilen *'... amacı çevrenin korunması ve insanların sağlıklı bir çevrede yaşamlarına olanak sağlamak olan Çevre Kanunu ve Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği hükümlerine aykırı olarak getirilen düzenlemede kamu yararına ve hukuka uyarlık bulunmadağı"* gerekçeleriyle Yönetmelik iptal edilmiştir.

5-4-3 23/06/1997 günlü ve 23028 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği’nin 28. maddesine bir fıkra eklenmesine dair olan 14/04/2000 günlü ve 24020 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Yönetmeliğin iptali istemiyle açılan davda da Danıştay Altıncı Dairesi 06/11/2001 günlü ve E:2000/3626, K:2001/5220 sayılı kararında yer verilen, ‘Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinde öngörülen yükümlülüklerini yerine getirerek faaliyetine başlamış olanlarla, Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğini dikkate almadan faaliyete başlayıp üretime geçmiş olup da sonradan yükümlülüklerini yerine getirmeleri için kendilerine süre (yeteri kadar) verilenler arasında eşitsizlik yaratıldığı gibi çevresel etkileleri gözönüne alınmadan faaliyette bulunulması durumunda çevreye verilen zarar ile faaliyet ÇED olumsuz kararı verilecek türden ise faaliyete son verilmesinin sonuçları değerlendirilmeden kamu yararına ve hukuka aykırı düzenleme getirilmiştir.’ gerekçeleriyle iptal kararı verilmiştir.

6- AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİNİN 28/09/1977 GÜNLÜ KARARI İLE GETİRİLEN, BİREYİN İŞLEM ÜRETME SÜRECİNE KATILIMININ SAĞLANMASI İLKESİNİN TÜRK KAMU YÖNETİMİNCE UYGULAMAYA KONULMASINDA ÇED RAPORU ÖRNEĞİ

Günümüzde kamu yönetimi faaliyetleri gittikçe önem arzeden bir boyut oluşturmaktadır.

Kanuna uygunluğu sağlamak ve kamu düzenini tesis etmek gibi geleneksel Devlet görevlerinin yanında vatandaşların refahını geliştirme, sosyal ve maddi koşullarını düzeltmeye kadar birçok faaliyet te görevleri arasına girmiştir.

Bu aşama sonucu vatandaş da kamu yönetimi faaliyetleri içerisinde yer almaya başlamıştır.

Vatandaşın kendisini ilgilendiren faaliyetlerde, idareye karşı korunması, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ile ilgili de olmaktadır.

Bu konu ise, Avrupa Konseyi Statüsünün konseye yüklediği temel görevlerden biridir. Bu nedenle Avrupa Konseyi sorunla ilgilenmiş ve Konseyin Bakanlar Komitesi 1970 yılında idari işlemler karşısında bi-

reyin korunması konusunun incelenmesinin örgütün çalışma programında yer almasına karar vermiştir.⁷

Çalışmalar sonrası idarenin işlemleri karşısında Bireyin Korunması Hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince 28 Eylül 1977 günü (77) 31 sayılı karar alınmıştır.

Karar ile ilkeler getirilmiş ve bu ilkelerin işletilmesinde iyi ve etkin bir kamu yönetiminin gerektirdiği hususlar diğer kişilerin çıkarları ve kamu yararlarının dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır.

Getirilmiş olan ilkeler;

- Dinlenilme hakkı,
- Enformasyon kaynaklarından yararlanma hakkı,
- Katılma ve temsil,
- İdari işlemlerin nedeni,
- İtiraz yollarının belirtilmesi,

olarak sayılmıştır.

Konumuz açısından kısaca açıklayacak olursak, enformasyon kaynaklarından yararlanma hakkı ilkeleri ile ilgilinin isteği üzerine, idari işlem tamamlanmadan önce işlemin dayanakları olacak bütün verilen hakkında en uygun gerekçelerle bilgi verilmesi öngörülmektedir.

İlkenin alanı, sonuçlanmamış işlemlerle sınırlandırılmış olup, idari bir işlemin alınmasından sonra da bilgi edinmek ihtiyacını ilgililerin duyabileceği amaçlanmıştır.

Dinlenilme hakkı ile ilgili olarak, bireylerin hakları ve özgürlükleri ve çıkarlarını zedeleyeceği türdeki bütün idari işlemler hakkında ilgili kişiler idarenin dikkate almak durumunda olduğu olay ve delil gösterme ve son aşamada kanıtlayıcı belgeler önerme hakkına sahip oldukları belirtilmektedir.

Katılma ve temsil ilkesi ise, bireylerin işlemin oluşumuna katılabilmesi ve kendini temsil ettirebilmesini içermektedir.

⁷ İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar, Amme İdaresi Dergisi, C.II, s.4, Aralık, 1978

Bunların yanı sıra idari işlem üretilirken, hakkında işlem tesis olunacak kişiyi gerekli durumlarda dinlemeli ve işlem üretme sürecine ilgilinin de katılımı sağlanmalıdır. Nitekim bu durum, tesis olunacak işlemin doğruluğu ve güvenilirliği açısından önem arz etmektedir.

Ayrıca idare, işlem tesis ederken, ilgililerin işlem hakkında bilgi edinmesini sağlamalı, esrar perdesine bürünmemelidir.⁸

Bunlardan da çıkarılabileceği üzere olması gereken, kamuyu ilgilendiren konularda idarece işlem tesis olunurken halkın işlem üretme sürecine katılımının sağlanması görüş ve önerilerinin alınmasıdır.

Bu durum Türk Kamu Yönetimince başvuru ve alışılagelen bir usul değildir.

Ancak, ÇED Raporu sürecinde ve koruma amaçlı imar planlaması sürecinde buna tanıklık etmekteyiz.

Bizce bu usul yaygınlaştırılmalı ve kamuyu ilgilendiren idari işlemler tesis olunurken halkın dinlenilmesi ve katılımının sağlanmasına önem verilmelidir.

ÇED Raporu süreci bizce de bir ilk ve bir aşama oluşturmakta emsal alınmalıdır.

7- HALKIN ÇED RAPORU HAZIRLANMASI SÜRECİNE KATILIMININ SAĞLANMASI UYGULAMASI

Çevre sorunları hakkında duyarlı çözüm arayışlarını etkin kılmak amacıyla ÇED Raporu hazırlık sürecine halkın katılımına olanak verilmiştir.⁹

Görüldüğü üzere ÇED Raporu hazırlık sürecinin en önemli aşamalarından birisi “*Halkın Katılımı Toplantısı*”nın yapılmasının Yönetmelik ile koşul olarak getirilmiş olmasıdır.

Halkla yapılacak toplantı yerinin, gününün ve saatinin yayınlanan bir yöresel gazetelerde ve ulusal düzeyde yayımlanan gazeteden birin-

⁸ DEMİRKOL, Selami, *İdari Usul Yasası Oluşturulması Gereği - İdarenin Yargısal Denetiminde Etkinliğinin Sağlanması Yolunda Somut Bir Öneri*, İstanbul Barosu Dergisi, C:70, s.4-5-6, Nisan-Mayıs-Haziran, 1996, ss. 209-210

⁹ AKINCI, Age., s.211

de en az otuz gün önce duyuru ilanı yapılacağına belirtilmiş olması da konuya verilen ehemmiyeti göstermektedir.

Halkın görüşlerinin bir tutanakla belirlenmesi de konunun hassasiyetine yönelik bir uygulama olmaktadır.

Bu toplantının yapılması ile amaçlanan; halkı yatırım hakkında bilgilendirmek, görüş ve önerilerini almak üzere faaliyet sahibi tarafından düzenlenen “ÇED Sürecine Halkın Katılımı”nın sağlanmasıdır.

Toplantı tarihi, faaliyet sahibi ve Valilikçe belirlenir ve varılacak mutabakat sonucu Bakanlığa bildirilmektedir.

Bu toplantının yapılacağı yer, faaliyetin en çok etkilenmesi muhtemel yöre halkının kolaylıkla ulaşabileceği merkezi bir yerde olmasına dikkat edilmektedir.

Belirtmekte fayda görüyoruz ki; İl Mahalli Çevre Kurulunda ÇED önemlidir kararı üzerine hazırlanan ÇED Raporları için halkın katılımı toplantısı yapılmamaktadır.

ÇED Raporu sürecine halkın katılımının sağlanması uygulanması ÇED Ön Araştırma Raporları içinde geçerli olmaktadır.

Konumuz bakımından önemli bir hususta İl Çevre ve Orman Müdürünün (değişiklik ile İl Çevre ve Şehircilik Müdürlüğü olmuştur) veya görevlendireceği bir yetkilinin başkanlığında yapılan Halkın Katılımı Toplantısında,

- Halkın proje hakkında bilgilendirilmesi,
- Görüş, soru ve önerilerinin alınmasının sağlanması,
- Başkan tarafından katılımcılardan görüşlerini yazılı olarak vermelerini isteyebilmesi,
- Ayrıca toplantı tutanağının tanzim olunması,
- Tutanağın bir suretinin Valilikte kalmak üzere Bakanlığa gönderilmesine önem verilmektedir.

Bunlarla birlikte ayrıca,

- Valilik, halkın katılımı toplantısı ile halkın görüş ve önerilerini bildirebileceği süreç ile ilgili zamanlama takvimini
- İletişim bilgilerini halka duyurmakta

- Halkın görüş ve önerileri zamanlama takvimi içerisinde komisyona sunulmaktadır.
- Yine, komisyona sunulan bu görüş ve öneriler üzerine komisyon üyeleri de,
- Kendi isteklerine bağlı olarak kapsam belirleme toplantısı öncesinde proje uygulama yerini inceleyebilirler.
- Kendilerine bildirilen tarihe göre halkın katılımı toplantısına katılabilirler.

Halkın katılımı toplantısı çalışmaları ile ilgili sekreteryaya hizmeti de Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü tarafından yürütülmektedir.

Yine komisyon görüşmelerinde, halkın katılımı toplantısında hazır bulunan komisyon üyeleri görüş ve önerilerde bulunabilmektedirler.

Nihayetinde Halkın Katılımı toplantısındaki görüş ve öneriler de dikkate alınarak özel format belirlenir ve özel formatın verilmiş tarihinden itibaren bir yıl içinde ÇED Raporunun Bakanlığa sunulması gerekmektedir.

Bilahare Rapor hazırlandıktan ve komisyon üyelerine gönderildikten sonra halkın görüşüne açılır ve halka duyurulur.

Halkın katılımı toplantısının usulüne uygun yapıp yapılmadığı, halkın katılımı toplantısında üzerinde durulan konulara yeterince çözüm getirilip getirilmediğine ilişkin inceleme ve değerlendirmeler yapılmaktadır.

Bunların yanı sıra öğretide Yönetmeliğin ,15. maddesinde ÇED sürecinde halkın katılımı ile ilgili düzenleme, halkın salt bilgilendirilmesine yönelik olup karışmada (müdahalede) bulunma ve sonucu belirleyecek karara oy verme yoluyla katılımı sağlamaya açık değildir.”¹⁰ şeklinde yaklaşıldığını da belirtmekteyiz.

Ancak bunun karşısında; ,ÇED sürecinin niteliğine ve bundan beklenen amacın sağlanmasına yönelik nedenleri de vardır. Özellikle, kendi yerel çevrelerini yakından tanıyan ve önerilen projenin bu çevredeki etkilerini kendi bakış açlarına göre değerlendiren kesimle-

¹⁰ AKINCI, Age., ss.212-213

rin görüşlerinin ÇED sürecinde dikkate alınması, o bölgeye yabancı uzmanların göremedikleri ya da önemsiz saydıkları bazı yanların da sürece dahil edilmesini sağlayacaktır. Esasen bu durum, söz konusu kesimlerden, daha sonraki aşamalarda gelebilecek itirazları ortadan kaldırayabileceğinden, yatırımcıların da yararınadır.”¹¹ görüşünü de aktarmakta fayda görmekteyiz.

Ayrıca, ‘kamu yönetimi birimlerinin, katılımın gerçekten işlevini algılayıp buna inanmış olmaları gerekmektedir. Bu bağlamda katılımın daha çok Yönetmelikte yer alan ve bu nedenle gerçekleştirilmesi gereken bir şekil koşulu olarak görülmektedir.¹² eleştirisi de yapılmaktadır.

SONUÇ

Çevre olgusu, yeryüzünde ilk canlı ile birlikte var olmuştur. Aynı zamanda içerisinde organizma veya organizmaların bulunduğu koşulları da ifade etmektedir.

Yaklaşık 200 yıl öncesine kadar tüketici ve bozucu etkinliklerde bulunmayan insanlar, hızlı sanayileşme ile birlikte çevrenin kirlenmesi ve bozulması tehlikesini 50-60 yıl gibi yakın bir zaman sürecinde fark edebilmiştir.

Bugün için 7 milyar civarında olan dünya nüfusu her yıl ortalama 100 milyon katılımla doğal kaynaklar üzerinde büyük bir baskı oluşturmaktadır.

Nüfusun kentsel ve kırsal alanlardaki dağılımının da çevre koşullarını direkt etkilediği gerçeği ışığında, hava, su ve toprak kirliliğinin ilk kez kentlerde ve yoğunlukla endüstri merkezlerinde ortaya çıktığını belirtebiliriz.

Kirliliğin yayılmasında, çevrenin bozulmasına neden olmuş ve kirlilikten etkilenen doğal ortam ise beraberinde insanların beslenme, enerji ve hammadde gibi ekonomik kaynaklarını tehdit eder hal almıştır.

Denilebilir ki, çevre kaygısı taşımadan yürütülebilen sanayileşme çalışmaları doğayı ve giderek çevre olgusunu yok etme boyutuna yönelmiştir.

¹¹ TURGUT., Age., ss.462-463

¹² TURGUT., Age., s.474

Bu bilinçle, sorunun çözümü için öncelikle çeşitli kurallar geliştirilmiş ve konumuz bağlamında çevre hukuku yeni bir hukuk dalı olarak geliştirilirken bu hukuk dalı içerisinde “çevre hakkı” kuramı şekillenmiştir.

Çevre ile ilgili sorunların artmasına paralel olarak bu sorunların çözümü ve çevrenin korunması yolunda çevre hakkı bilincinin yerleştirilmesi bir aşama oluştururken, Çevre Etkileri Değerlendirme Rapor veya süreci çok önemli bir örnek geliştirmektedir diyebiliriz.

ÇED, günümüzün çevre koruma politikası ve hukukunda hemen hemen Dünya ölçeğinde kabul görmüş olup, gerek Yasa gerekse Yönetmelik düzeyinde de uygulamaya yansıtılmış teknik bir süreç olmaktadır.

ÇED, çevre sorununu ekolojik, ekonomik politik ve teknik boyutlarıyla değişik dozları da olsa uzaklaştırmaya çalışan bir araç olmakla birlikte, kısaca ekonomi ile ekolojiyi bağdaştıran bir olgu olarak da kendini göstermektedir.

Bireyler ve idare edenlere bu bağlamda görevler düşmekte ve ekonomik kalkınma ile çevre hakkı çeliştiğinde, yargı bir çözüm mercii olarak devreye girmektedir. Tabi ki kamu yararı olarak nitelendirdiğimiz “Maksat Unsuru” bağlamında yapılan hukuka uygunluk denetimi yetkisinin kullanımıyla, sorunun uygulamadaki boyutu irdelenmektedir.

İşte, yargı denetimine tabi kamu yönetimi faaliyetlerinden olan ÇED Raporu hazırlanmasında maksat unsuru sakatlığı oluşturulmasında, bireylerin veya Yasa ile adlandırıldığı üzere halkın bu sürece katılımının etkin olarak sağlanması iyi bir örnek vermektedir.

İdarenin işlemleri karşısında Bireyin Korunması Hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince geliştirilen ilkeler kamu ile ilgili idari işlemler tesis olunurken bireylerin katılımını ve görüş veya önerilerinin alınmasını gerekli kılmaktadır.

Kamu yönetimi disiplini yansımaları da bunu gerektirmekte, nitekim uygulamaya konulması gereken bir idari usul Yasası koşullarında da bu ilkeyi görmek istediğimizi önemle vurgulamaktayız.

BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YARGISAL DENETİMİ

ACCORDING TO CODE OF OBLIGATIONS JUDICIAL AUDIT OF GENERAL TERMS AND CONDITIONS

Umut YENİOCAK*

Özet: 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun getirdiği en önemli yeniliklerden biri genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerdir. Bu hükümler sözleşme özgürlüğüne önemli müdahaleler içermektedir.

Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem koşullarına ilişkin hükümler, genel nitelikli olmaları sebebiyle, aksine düzenleme bulunmadıkça tüm sözleşme ilişkilerinde uygulama alanı bulacak niteliktedirler.

Çalışmamızda, genel işlem koşulu kavramına ilişkin açıklamalardan başlanarak, Kanun'daki düzenlemelerin anlamı ve muhtemel sonuçları üzerindeki düşünceler paylaşılmıştır.

Ayrıca, hükümlere ilişkin eleştirilere ve Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde konuya ilişkin Yargıtay uygulamasına da yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: genel işlem koşulları, genel işlem şartları, 6098, borçlar kanunu, denetim

Abstract: The rules about general terms and conditions are one of the most important innovation in Code of Obligations No. 6098. These rules include important interventions about freedom of contract.

The general terms and conditions rules of the Code of Obligations can be use for all contractual relations, unless there are any special contrary rules.

In this study, starting with explanations of the concept of general terms and conditions and shared the thoughts of meaning and possible consequences of the regulations in the Code.

In addition, the criticism about the new rules and practice of Supreme Court about this issue before the new Code of Obligations are included.

Keywords: general terms and conditions, 6098, code of obligations, audit

* Avukat, Doktor.

A- Genel Olarak

Borçlar hukukuna egemen olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, bireylerin irade özerkliğinin bir gereğidir. Bunun sonucu olarak her bireyin, bir başkasıyla kuracağı sözleşmeye dayalı iradi ilişkinin kurallarını, kendi iradesiyle ve karşı tarafla anlaşarak belirleyebileceği kabul edilir.

Borçlar Kanunu'muzun sözleşme ilişkisini düzenleyen hükümleri, bireysel sözleşmeleri esas alan bir sistematiğe sahiptir. Kanun'un esasını oluşturan bu sistemde, sözleşmelerin ekonomik ve sosyal statü bakımından aşağı yukarı eşit kişiler arasında, eşit şartlar altında kurulduğu varsayılmıştır. Kanunun sistematiği, önerinin beyan edilmesi, buna karşılık kabul iradesinin ortaya konmasıyla sözleşmenin kurulması, yürütülmesi ve sona ermesi aşamalarında hep, sözleşme hükümlerinin belirlenmesi bakımından tarafların yaklaşık da olsa eşit söz hakkına ve etki gücüne sahip oldukları temeli üzerine inşa edilmiştir¹.

Ancak bu kabul, ekonomik ilişkilerin seyri içinde hiç de adil olmayan ve öyle görünse de gerçek anlamda bir irade özerkliğinden bahsedilemeyecek sonuçların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Daha doğru ifadeyle, sözleşme serbestisi ilkesi, kapitalist ekonomik işleyişte, güçlü sermaye gruplarının hâkimiyeti karşısında iradesini sağlıklı şekilde ortaya koyamayan, hatta içinde bulunduğu koşullar gereği sağlıklı bir irade oluşturamayan bireyleri koruyamamıştır. Bu önemli toplumsal sorun, "herkesin sözleşme özgürlüğü vardır" denilerek çözülememiştir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi özellikle, tüketici hukukunda tüketiciler yararına törpülenmeye başlanmış, bugün geline nokta sözleşmeye, tüketiciler yararına olmak üzere hâkimin, hatta önleyici olarak idarenin müdahalesi yaygın olarak kabul görmüştür.

Ancak, kanun yoluyla sözleşmelere müdahalenin, sadece tüketici hukukunda ve tüketiciler yararına öngörülmesi de yeterli olmamıştır. Büyük sermaye grupları karşısında küçük ve orta ölçekli işletmeler lehine sözleşmelere müdahale etme, bir denetim mekanizması kurma ihtiyacı da gün geçtikçe kendisini göstermiştir. Kapitalist sistem, kendisini koruyabilmek için bu müdahalenin kaçınılmaz olduğunu fark etmiştir.

¹ Necip Kocayusufpaşaoğlu, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 225-226

Nitekim Türkiye’de de hem tüketici hukuku alanında tüketiciler lehine hem de ticaret hukukunda küçük ve orta ölçekli işletmeler lehine sözleşmelere müdahale edilmesini sağlayacak mevzuat gelişmeleri, geç de olsa yaşanmaya başlamıştır. Bu gelişmelerden sonuncusu, yeni Borçlar Kanunu’na genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin girmesi olmuştur. Bu hususta yeni Ticaret Kanunu’nda da önemli yenilikler vardır.

Genel işlem koşullarına ilişkin Borçlar Kanunu’nda yer alan 6 maddelik düzenleme, yeni Borçlar Kanunu’nun getirdiği en önemli yeniliklerden biridir.

Yeni Borçlar Kanunu öncesinde de, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda açık bir düzenleme yer almamasına rağmen Yargıtay’ın, genel işlem koşulları içeren sözleşmelere hâkimin müdahale edebileceğini kabul ettiği kararlarına rastlanılmaktaydı. Ancak, bu kararlar, kamu düzeni, ahlâka aykırılık, kişiliğin korunması, sosyal adalet gibi farklı hukuki dayanaklarla verilmişti².

Yine, Borçlar Kanunu’ndan önce de mevzuatımızda, oldukça sınırlı sayıda ve dar kapsamda da olsa, genel işlem koşullarına ilişkin bazı hükümler yer almaktaydı³. Ancak, yeni Borçlar Kanunu’nda yer verilen bu hükümlerle genel işlem koşulları, her tür sözleşme ilişkisinde uygulama alanı bulacak, genel ve kapsamlı bir düzenleme olarak hukukumuzda girmiş oldu.

² “Kural olarak ekonomik bakımdan zayıf, güçsüz kişilerin karşı tarafça önceden hazırlanan genel işlem şartına katılma yolu ile girdikleri sözleşme ilişkilerinde edimler arasında dengesizlik bulunduğu takdirde; sözleşmenin aynen ifası borçlunun ekonomik varlığını önemli ölçüde etkilemekte ise, hakim özel hukuk düzeninin çerçeve hükümleri yoluyla sözleşmeye müdahale edebilir. Nitekim Anayasa, Borçlar Hukuku yönünden de temel üst normdur ve Anayasa ile öngörülen ekonomik bakımdan güçsüz olanların korunması lüzumu, özel hukuk ilişkilerinde de gözetilmen, hakim MK’nın 1. maddesinin kendisine tanıdığı kanun koyucu gibi hareket etme yetkisine dayanarak; özellikle hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde objektif iyiniyet kurallarına uyulmasını emreden MK 2/1; ekonomik varlığın yitirilmesinin kişilik hakları ile ilgisi itibarıyla, kişiliğin korunmasını düzenleyen MK’nın 24 ve BK’nın 19/2 gibi genel kurallara dayanarak sözleşmeye müdahale etmelidir.”, Yargıtay 3. HD, 07.04.2008, 5324/5974; aynı yönde Yargıtay 3. HD, 02.06.1998, 4263/6098; Yargıtay HGK, 04.12.1996, 3-717/850; Yargıtay 13. HD, 18.03.1996, 1734/2495, Kazancı

³ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6; 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 766, m. 1266; Banka ve Kredi Kartları Kanunu m. 24; Sermaye Piyasası Kurulunun Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği m. 47/3, gibi.

Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem koşullarına ilişkin hükümler, Alman Medeni Kanunu'nda 2002 yılında yürürlüğe giren değişiklikler esas alınarak düzenlenmişlerdir. Ancak, Alman Medeni Kanunu'ndaki bazı hükümler hiç alınmamış, bazıları ise değişiklik yapılarak Borçlar Kanunu'na aktarılmışlardır⁴.

B - Genel İşlem Koşullarının Tanımı ve Unsurları

Genel işlem koşulları Borçlar Kanunu'nda tanımlanmıştır. Buna göre, genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir (BK m. 20/1).

Bahsi geçen tanımdan yola çıkarak, genel işlem koşullarının unsurlarını belirlemek mümkündür. Buna göre, bir sözleşme metninin, önceden ve çok sayıda sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere hazırlanmış olması, karşı tarafla müzakere edilmeksizin tek taraflı olarak belirlenmesi, genel işlem koşullarının unsurları olarak karşımıza çıkmaktadır.

Temel hukuk kurumlarına ilişkin hemen her tanımda olduğu gibi, Borçlar Kanunu'ndaki bu tanımda da bazı aksayan yönler mevcuttur. "Düzenleyen" ibaresi kullanıldığı için tanım, bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu olarak değerlendirilebilmesi için, o sözleşmeyi mutlaka sözleşme taraflarından birinin düzenlemiş olması şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Hâlbuki bunun kabulü halinde, "düzenleyen" ibaresi, genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin uygulama alanını, amaca aykırı şekilde, daraltacaktır.

Buna örnek olarak, uygulamada sıkça kullanılan matbu kira sözleşmeleri verilebilir. Bu sözleşmeler, kiraya veren kişi tarafından hazırlanmayıp herhangi bir kırtasiyeden satın alındığı veya internet yoluyla edinildiği gerekçesiyle, diğer unsurların tartışılmasına gerek duyulmaksızın genel işlem koşulları kapsamı dışında mı sayılacaktır? Bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Aksine, üçüncü kişinin hazırladığı ve birden çok sözleşme ilişkisi için, birden çok kişinin

⁴ Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 71

kullanımına sunduğu matbu sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu sayılması ve yargısal denetime tabi tutulması daha kolay olacaktır⁵. Zira burada, önceden, çok sayıda sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşme koşullarının varlığı daha açıktır. Ancak, burada kastedilen durum, sözleşme taraflarından birinin üçüncü kişi tarafından hazırlanmış genel işlem koşullarını kullanarak karşı tarafa sunmasıdır. Yoksa her iki tarafın, üçüncü bir kişinin hazırladığı kurallar bütününe serbest iradeleriyle anlaşarak kabul etmeleri hâlinde, genel işlem koşulunun varlığını iddia etmek mümkün olsa da⁶, sözleşmenin gene işlem koşullarına ilişkin hükümlere göre denetlenmesi (müdahale edilmesi) kural olarak mümkün olmayacaktır. Bu sonuca varmak, özellikle tarafların tacir olduğu hâllerde çok daha kolaydır.

Bu terminoloji sorunu bakımından öğretide, “düzenleyen” ifadesi yerine “kullanıcı” ifadesi tercih edilerek, amaca daha uygun bir çözüm önerilmiştir⁷. Nitekim Ticaret Kanunu’nun 55/1/f hükmünde, aynı anlama gelmek üzere, ‘genel işlem şartlarını kullananlar’ ifadesi yer almaktadır. Yine, düzenleyen ibaresi yerine, aynı soruna çözüm bakımından “sunan” ibaresinin kullanılması da amaca daha uygun olurdu. “Genel işlem koşullarını karşı tarafa sunan” şeklindeki kullanımda da, koşulların kim tarafından düzenlendiği değil, kim tarafından karşı tarafa sunulduğu ön plana çıkmaktadır. Ancak, yasa metninde bu husus dikkate alınmamış ve madde gerekçesinde, tercih edilen terminolojiye ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. Uygulamada, tanımda geçen ‘düzenleyen’ ibaresi, genel işlem koşullarını kullanan, karşı tarafa sunan şeklinde anlamlandırılmalı ve hukuki nitelendirme bakımından sözleşme hükümlerini mutlaka sözleşme taraflarından birinin hazırlamış olması aranmamalıdır.

⁵ Yeşim M. Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2001, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, (Genel İşlem Şartları), s. 66 vd.

⁶ Bu hâllerde, genel işlem koşulunun varlığının dahi kabul edilemeyeceği yönünde aksi görüşte Yeşim M. Atamer, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak”, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu - 08.04.2011*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 18

⁷ Kocayusufoğlu, s. 225 vd.; Atamer, Genel İşlem Şartları , s. 6; Ayşe Havutçu, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Düzenleyenler: Legal Yayıncılık - Marmara Üniversitesi, Legal HD, C. 3, S. 34, 2005, (MÜ Sempozyumu), s. 3617

Tanım fıkrasında kullanılan “*tek başına*” ibaresi ise, genel işlem koşullarının kimseden yardım almaksızın anlamında değil, sözleşmenin karşı tarafıyla müzakere edilmeksizin, tek taraflı olarak hazırlanmış olması şeklinde anlaşılmalıdır.

Bir sözleşmenin içerdiği hükümlerin kısmen ya da tamamen genel işlem koşulu olarak nitelenebilmesi için, sözleşmenin hazırlık aşaması ve kurulma şekli dikkate alınır. Bu husus, BK m. 20’deki tanımdan da anlaşılmaktadır. Sözleşme hükümlerinin, önceden, birden fazla sayıda sözleşme kurmak amacıyla, tek taraflı olarak hazırlanmış olması, o hükümlerin genel işlem koşulu sayılmaları için gerekli ve yeterlidir.

Dikkat edilirse, bu aşamada asıl mesele, sözleşmeyi kuran iradelelerin gerçek anlamda özgür olup olmadıkları, her iki tarafın da sözleşme içeriğini belirleme, hükümlere müdahale etme imkânına sahip olup olmadıklarıdır.

Genel işlem koşullarının varlığının tespiti bakımından taraflar arasında sosyal ya da ekonomik güç dengesinin varlığı ya da yokluğu da, kural olarak önem taşımaz. Genel işlem koşullarının tespitinde dikkate alınacak ölçüt, sözleşme taraflarından birinin sözleşme hükümlerini önceden tek taraflı olarak belirleme imkânına sahip olup olmadığıdır.

Elbette, bir tarafın sözleşme içeriğini belirleme iktidarını elinde tutması, genellikle o tarafın diğerine nazaran sosyal ya da ekonomik bakımından güçlü olmasının sonucu olarak karşımıza çıkacaktır. Ancak, bu her zaman böyle olmayabilir. Örneğin, her iki tarafın sosyal ve ekonomik olarak aşağı yukarı eşit olmasına rağmen, bir tarafın tekel konumunda olması hâlinde de sözleşme içeriğini tek taraflı olarak belirleme iktidarı bir tarafın elindedir. Aynı şekilde, bir tarafın sırf sahip olduğu imtiyaz sebebiyle de sözleşme içeriğini belirleme iktidarına tek başına sahip olabilir.

Taraflar arasındaki sosyal ve ekonomik güç dengesi, özellikle, genel işlem koşullarının denetimi aşamasında, hâkimin bu koşullara (sözleşmeye) müdahalesi bakımından önem taşıyacaktır⁸.

Genel işlem koşulları içeren sözleşmeler çok büyük oranda matbu (tip, standart) sözleşme olarak karşımıza çıkarlar. Ancak, bu bir şekil şartı olarak algılanmamak gerekir. Aksine, genel işlem koşullarına iliş-

⁸ Atamer, Genel İşlem Şartları, s. 61

kin nitelendirilmesinden herhangi bir şekil şartı kabul edilemez. Nitekim bu husus Borçlar Kanunu'nda '*bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz*' şeklinde açıkça ifade edilmiştir (BK m. 20/1).

Bir sözleşmenin matbu olarak hazırlanmış olması, o sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulları içerdiği yönünde çok önemli bir karine teşkil etse de, aksinin ispatı teorik olarak mümkündür. Öte yandan bir sözleşmenin, örneğin, elle yazılmış olması, ilk bakışta o sözleşmenin bireysel bir sözleşme olduğu düşüncesini uyandırır da, bu durum tek başına, o sözleşmeyi genel işlem koşulu içermeyen bireysel bir sözleşme hâline getirmez.

Özetle, sözleşmenin şekli, genel işlem koşullarının varlığının tespiti bakımından fikir verse de, bu anlamda bir şekil şartı yoktur. Nitelendirilmesinden, sözleşme hükümlerinin tamamen ya da kısmen, BK m. 20'de geçen tanıma uyup uymadığına, tanımında geçen unsurları taşıyıp taşımadığına bakmak gerekir.

Hemen belirtelim ki, denetim kapsamında müdahale edilebilecek sözleşme hükümleri, sadece kanunun tamamlayıcı nitelikteki hükümlerine ilişkin sözleşmede yer alan düzenlemelerdir. Yoksa emredici hukuk kurallarını tekrar eden hükümlerin genel işlem koşullarının denetimi yoluyla etkisiz hâle getirilmesi zaten mümkün değildir⁹.

C- Yargısal Denetim

1- Yürürlük Denetimi

a- Kavram

Yürürlük denetimi, genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına dâhil (yürürlükte) olup olmadıklarının belirlenmesi anlamına gelmektedir¹⁰. Bir başka ifadeyle, bazı hükümlerin şeklen sözleşme metninde yer almasına rağmen, denetim sonucunda sözleşme kapsamından çıkarılmaları ya da bu sözleşme hükümlerinin sözleşme kapsamında (yürürlükte) olmadıklarının tespiti anlamına gelmektedir.

⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 226-227

¹⁰ Atamer, Yeşim M., "Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 324

Borçlar Kanunu'nun esas aldığı irade teorisine göre, bir sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde, tarafların gerçek ve ortak iradeleri dikkate alınır (BK m. 19). Genel işlem koşulları bakımından yapılan yürürlük denetimi aşamasında, irade teorisi doğrultusunda, tarafların iradelerinin birleştiği kapsamdaki sözleşme hükümlerinin belirlenmesi faaliyeti söz konusudur diyebiliriz.

b- Sonuca Etkili Müzakere

BK m. 20/1'de geçen tanıma uyan ve belirttiğimiz unsurları taşıması sebebiyle genel işlem koşulu olduğu tespit edilen sözleşme hükümlerinin, sözleşmenin kapsamında kalması için, bu hükümlerin, taraflar arasında sonuca etkili şekilde müzakere edilmiş olmaları gerekir.

Sonuca etkili müzakereden kasıt, öncelikle, genel işlem koşullarını kullanan tarafın, karşı tarafa, genel işlem koşullarının kendisi için doğurabileceği olumsuz sonuçlar hakkında açıkça bilgi vermesidir¹¹. Karşı tarafa, özellikle, bu koşulların, kendisine daha avantajlı sonuçlar yaratacak ilgili yedek hukuk kurallarından ne şekilde ayrıldığını belirtmesi gerekir. Ayrıca, bu koşulları değiştirme imkânı samimi ve etkili olarak karşı tarafa tanınmalıdır. Karşı tarafın, bu koşullar altında ilgili hükümleri kabul¹² etmesi gerekmektedir¹³.

¹¹ Erden Kuntalp, "Bankalar ve Genel İşlem Koşulları", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 08.04.2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 95; Aksi görüşte Atamer, Sempozyum, s. 28

¹² Buradaki kabul, bilgilendirme ve anlama imkânı sağlanması şartlarına bağlı olduğu için 'nitelikli kabul' olarak adlandırılmaktadır. Erden Kuntalp, Yeni Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Düzenleyenler: İstanbul Barosu - Kadir Has Üniversitesi, 23-24 Nisan 2011, (Kadir Has Üni. Sempozyumu) (Yayımlanmamıştır)

¹³ "a-Tasarı'nın 21'inci maddesinde Genel İşlem Şartlarının sözleşmelerde düzenlenebilmesi için, "... karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme olanağı sağlanmasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır." şeklinde getirilen düzenlemeye mukabil, bunun ispatının nasıl olacağı çözümlenmemiş bir konu olarak ortada durmaktadır.

21'inci maddenin ikinci fıkrasının metinden çıkarılması gerekmektedir. Zira Genel İşlem Koşullarının çok sayıda farklı işlemi aynı anda düzenlemesi bunların yapısında mevcuttur.

b-Kanunlar yapılış ve uygulanış biçimleri itibarıyla toplumun genelini kapsayacak şekilde düzenlenen hükümlerden meydana gelir. Dolayısıyla kanunların birey ve kurumlara eşit ve tarafsız olarak uygulanması gerekeğinden Tasarının gerekçesinde yalnızca bankaların örnek gösterilmesi kanunların herkese eşit ve

c- Açıkça Bilgi Verme

BK m. 21’de, yapılan bilgilendirmenin açık olması aranmaktadır. Bu sebeple, genel işlem koşullarını kullanan (Kanun’un deyimiyle düzenleyen) tarafın, karşı tarafa genel işlem koşulları hakkında örtülü olarak bilgi verildiğini ya da karşı tarafın bir şekilde bilgi sahibi olduğunu ileri sürerek yürürlük denetiminden kurtulma imkânı yoktur¹⁴.

Ancak, bazı hallerde müzakere etme, karşı tarafı bilgilendirme çabası sonuca etkili olmayabilir. Çünkü etkili olarak koşulları değiştirme imkânının verilebilmesi için karşı tarafın, bu koşulların anlam ve içeriğini algılayabilecek bilgi ve tecrübeye sahip olması gerekir. Burada, müzakere olgusunun fiilen gerçekleşmiş olmasının ötesinde, sonuca yönelmiş bir şart söz konusudur. Genel işlem koşullarına maruz kalan taraf, kendisiyle müzakere edilse de, bu koşulların anlam ve önemini, sonuçlarını algılayacak düzeyde bilgi ve tecrübe sahibi değilse, fiilen müzakere olgusunun gerçekleşmiş olması, tek başına, kanunun aradığı şartın yerine getirilmiş olması anlamına gelmeyecektir¹⁵. Bu anlamda, örneğin, müzakere sırasında genel işlem koşullarına maruz kalan kişinin bir avukattan ve/veya sözleşme konusu işin niteliğine göre bir uzmandan yardım almasının sağlanması, somut ihtilafın şartlarına göre, Kanun’un aradığı şartın gerçekleşmesi bakımından sonuca etkili olabilir.

Uygulamada genel işlem koşulları içeren sözleşmelerin kurulması genellikle, bu koşullara maruz kalan tarafın sözleşme metnini okumadan, sözleşme koşullarını genel olarak kabul ettiği (global kabul¹⁶) anlamında, sözleşmeyi imzalaması yoluyla gerçekleşmektedir. Bu sebeple, yukarıda izah edilen ve uygulaması ve ispatı çok zor olan müzakere yoluyla genel işlem şartlarını denetim dışı bırakmak aslında istisnai bir ihtimaldir.

tarafsız olarak uygulanması ilkesine aykırıdır. Bu nedenle Tasarının gerekçesinden çıkarılmalıdır.”, Türkiye Bankalar Birliği, (Çevrimiçi), <http://www.tbb.org.tr/tr/duzenlemeler/tbb-gorusleri/77>, 06.04.2013

¹⁴ 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nun m. 24/1’in ikinci cümlesinde de, müşteriye ‘ayrıntılı bilgi’ verilmesi zorunluluk olarak düzenlenmiş ancak, bilgi verilmemesi hâline ilişkin bir yaptırıma açıkça yer verilmemiştir.

¹⁵ Bu tür hükümlerin ‘şeffaflık (saydamlık)’ ilkesine aykırılık sebebiyle sözleşme içeriğine dâhil olamayacağı yönünde bkz. Kocayusufoğlu, s. 234

¹⁶ Kocayusufoğlu, s. 236 vd.; Atamer, Genel İşlem Şartları, s. 102

Global kabul olarak adlandırılan durumlarda ise, okunmadan imzalanılan belgelerin geçerliliğine ilişkin ilkelerin geçerli olacağı genel olarak kabul edilir¹⁷. Global kabul yoluyla kurulan sözleşmelerde genel işlem koşullarına maruz kalan tarafın korunması bakımından, genel işlem koşullarını bertaraf eden, taraflar arasındaki alternatif bireysel anlaşmalara öncelik verilmesi ve aşağıda değineceğimiz, şaşırtıcı şart niteliğindeki hükümlerin sözleşme kapsamı dışında bırakılması ilkelerinin uygulama alanı bulacağı kabul edilir¹⁸.

d- İspat Sorunu

Kanun'un aradığı şekle uygun olarak bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat yükü, elbette genel işlem koşullarını kullanan taraftır¹⁹. Bu ispat yükünün ne şekilde yerine getirilebileceği konusu oldukça zor ve tartışmalıdır.

Son günlerde bankaların bu konuda kendilerince ürettikleri bazı yöntemler dikkat çekmektedir. Örneğin, müşteriye bir hafta önceki tarihi taşıyan bir teslim tutanağı imzalatılarak sözleşme metninin (genel işlem koşullarının) önceden müşteriye verildiği izlenimi yaratılmaya çalışılmaktadır. Ardından, bir başka tutanak daha imzalatılarak, daha önce teslim edilen sözleşme metninin okunduğu ayrıca, banka tarafından gerekli bilgilendirmenin yapıldığı anlamına gelen ifadenin altına imza alınmaktadır. Aslında, bütün bu işlemler aynı anda yapılmaktadır. Böylece, genel işlem koşullarına ilişkin yaptırımlardan kaçınma yolu yaratılmak istenmektedir.

Esasen bahsi geçen yöntemin, özellikle sözleşme koşulları hakkında bilgilendirme yapıldığına ilişkin tutanağın. BK m. 20/3 hükmü gereğince tek başına bir ispat gücü olmadığı açıktır.

Bahsi geçen yönteme yargı tarafından değer verilip verilmeyeceğini önümüzdeki günlerde göreceğiz. Ancak, şunu söylemek gerekir ki, bu yöntemin genel işlem koşullarına ilişkin yaptırımları devre dışı bırakacağı görüşünün yargı tarafından kabul görmesi hâlinde, Bu kadar

¹⁷ Kocayusufoşpaşaoğlu, s. 236 vd.; Atamer, Genel İşlem Şartları, s. 102

¹⁸ Kocayusufoşpaşaoğlu, s. 236 vd.

¹⁹ Atamer, Sempozyum, s. 24. Yazara göre, buradaki ispat yükü bakımından, TKHK m. 6/3-5 hükümlerinin kıyasen uygulanması mümkündür.

tartışma yaratan yeni Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerin hiçbir anlamı ve önemi kalmayacaktır.

e- Yazılmamış Sayılma Yaptırımı

BK m. 21'in asıl tartışma yaratan yeniliği ise, maddenin başlığında ve birinci fıkranın ikinci cümlesinde geçen “yazılmamış sayılma” ibaresidir. “Yazılmamış sayılma” kavramının İsviçre Borçlar Kanunu'ndan tercüme edildiği, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 305c maddesinde de benzer bir ifadenin kullanıldığı, madde gerekçesinde ifade edilmiştir²⁰.

Borçlar hukukunda geniş anlamda hükümsüzlük başlığı altında sayılan yaptırımların arasında yer almayan ‘yazılmamış sayılma’ yeni bir hükümsüzlük hâli midir? Yoksa yokluk ya da kesin hükümsüzlük kavramlarından birini mi karşılamaktadır? Aşağıda, adı geçen hükümsüzlük türlerine ilişkin kavramsal açıklamalar yaparak bir sonuca varmaya çalışacağız.

Yokluk, bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının eksik olması hâli için kullanılır²¹. Her hukuki işlem bakımından geçerli olan kurucu unsur ise, hukuki işlemi yapmaya yönelik iradenin varlığıdır. Açık ya da örtülü irade beyanının varlığı dışında, bazı hukuki işlemler bakımından ek kurucu unsurlar da söz konusu olabilir²². Örneğin, evlilik sözleşmesi için öngörülen merasim, sözleşmenin varlığı bakımından kurucu unsur teşkil etmektedir. Kurucu unsurlardaki eksiklik o işlemin hukuken varlık kazanmasına engel olmaktadır. Bu sebeple, hukuki işlem yok sayılmaktadır.

²⁰ “BGB Pr.305c/II’de kullanılan “werden nicht Vertargsbestandteil” (“sözleşmenin bir parçası olmazlar” veya “sözleşme içeriğine dahil sayılmazlar” ya da “sözleşmenin kapsamına girmezler”) ifadesi yerine ve aynı anlama gelmek üzere “yazılmamış sayılır” ifadesine yer verilmiştir.”, Atilla Altop, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi” Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 257

²¹ Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Halûk Burcuoğlu / Atilla Altop, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 376; M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 184; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Bası, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 298

²² M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 188-189

Kesin hükümsüzlük ise, hukuki işlemin kurucu unsurlarında bir eksiklik olmamasına rağmen, işlemin geçerlilik şartlarında, kamu düzenini ilgilendirecek nitelikte bir eksikliğin varlığı hâlinde söz konusu olmaktadır²³. Bahsi geçen geçerlilik şartları; hukuki işlem ehliyetinin varlığı, işlemin konusunun emredici hukuk kurallarına ve genel ahlâka aykırı olmaması ve konusunun imkânsız olmaması, o hukuki işlem için öngörülen geçerlilik şartına uyulmuş olması ve işlemin muvazaalı olmaması şeklinde kabul edilmektedir²⁴. Ayrıca, tasarruf işlemleri bakımından, tasarruf yetkisinin varlığı ve sebebe bağlı tasarruf işlemlerinde, sebep teşkil eden borçlanma işleminin geçersiz olmaması gerekir²⁵.

İki kavrama ilişkin bu açıklamalar dikkate alındığında; ilk bakışta, “yazılmamış sayılma” yaptırımının, kesin hükümsüzlük anlamında kullanıldığı sonucuna varılabilir²⁶.

Ancak, yazılmamış sayılma esasen taraf iradesinin sözleşmeye yansımaması sonucuna bağlanmış bir yaptırımdır. Burada, sözleşmenin kurulmasını sağlayan kabul beyanı şeklen var olsa da, hakkında açıkça bilgi verilmeyen ya da sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı genel işlem koşulları bakımından ortada gerçek bir irade beyanı olmadığı kabul edilmektedir. Bu sebeple, yazılmamış sayılmanın, daha çok yokluk yaptırımına benzeyen ancak, kendine özgü bir yaptırım türü olduğu söylenebilir.

f- Şaşırtıcı Şart

Maddenin ikinci fıkrası ise, Borçlar Kanunu’nda yer alan genel işlem koşulları düzenlemesinin uygulamada önemli etkileri olacağını açıkça ortaya koyan hükümlerden biridir. Bu hüküm, yürürlük denetimi bakımından hâkime, çok geniş bir çerçevede sözleşmeye müdahale yetkisi vermektedir. Bir başka ifadeyle, bu hüküm, sözleşmenin hangi hükümlerden oluştuğu, hangilerinin sözleşme kapsamına dâhil olmadığını belirleme (yürürlük denetimi) bakımından, hâkimin kullanabileceği somut bir dayanaktır.

²³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 378; Oğuzman/Barlas, s. 189; Eren, s. 299

²⁴ Oğuzman/Barlas, s. 190; Eren, s. 299

²⁵ Oğuzman/Barlas, s. 190

²⁶ Erden Kuntalp, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, GSÜ Yayınları, İstanbul, 2005, (Tasarı Değerlendirmesi), s. 27

İkinci fıkrada geçen, “sözleşmenin niteliği” ve “işin özelliği” kavramları, her sözleşmenin türü, konusu ve amacı bakımından ayrı ayrı tespit edilecek ve bunlara aykırı (şaşırtıcı) hükümler yazılmamış sayılacaktır. Dolayısıyla, her somut olayda hâkim bu tespiti yaparak, sözleşmenin hangi hükümlerden oluştuğunu belirleyecektir.

Bu hükmün, özellikle, sözleşmede yer alan *şaşırtıcı* nitelikteki hükümler bakımından yürürlük denetimi yapma olanağı sağladığı, madde gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir.

Şaşırtıcı şart, denetim konusu genel işlem koşulunun yer aldığı sözleşme hükümleri dikkate alındığında, sözleşmenin diğer hükümleriyle anlamlı bir bütün oluşturmayan, sözleşmenin niteliğiyle bağdaşmayan şart anlamına gelmektedir²⁷. Diğer ifadeyle, genel işlem koşullarına maruz kalan tarafın o işlemle ilgili olarak dürüst bir kişinin sahip olması gereken makul beklenti çerçevesini aşan şartlardır diyebiliriz.

Hükümde geçen, *sözleşmenin niteliği ve işin özelliği* kriterleri, sözleşme hükmünün şaşırtıcı olup olmadığının tespiti bakımından, hâkimin kullanacağı ölçütler olacaktır.

Kredi sözleşmelerinde yer alan, kredi veren tarafa tek tarafı olarak hesabı kat yetkisi veren düzenlemeler, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı (şaşırtıcı) sözleşme hükmüne örnek olarak, madde gerekçesinde yer almıştır. Ancak, madde gerekçesinde yer alan diğer örnek isabetli değildir. Döviz tevdiat hesabı sözleşmesinde, bankanın hesap sahibine yapacağı ödemelerin Türk Lirası cinsinden olabileceğine ilişkin genel işlem koşulu şaşırtıcı şart değildir²⁸. Zira BK m. 99/2 (BK m. 83/2) hükmü açıkça, sözleşmede aynen ödeme kaydı ya da bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça, alacaklıya ülke parasıyla ödeme yetkisini zaten vermektedir. Dolayısıyla sözleşmede yer alacak böyle bir hüküm şaşırtıcı olmayacaktır.

Aynı hüküm bakımından dikkat çeken diğer husus, hâkimin yürürlük denetimi yaparken kullanacağı kriterler olarak yer verilen, sözleşmenin niteliği ile işin özelliği kriterlerinin “ve” bağlacıyla bağlanmış olmasıdır. Demek ki, BK m. 21/2 anlamında yapılacak denetim

²⁷ Havutçu, MÜ Sempozyumu, s. 3619

²⁸ Kuntalp, Tasarı Değerlendirmesi, s. 28

sonucunda, genel işlem koşullarının yazılmamış sayılmasına (sözleşme kapsamına dâhil olmadığına) karar verebilmek için, ilgili genel işlem koşulunun (ya da koşullarının) hem sözleşmenin niteliğine, hem de işin özelliğine aykırı olması gerekecektir.

Ayrıca, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı sözleşme hükmünün (genel işlem koşulunun) yazılmamış sayılabilmesi bakımından, maddenin birinci fıkrasında hüküm altına alınan, genel işlem koşullarını düzenleyen tarafın karşı tarafa açıkça bilgi vermiş ve koşulları öğrenme imkânı yaratmış olması da etkisiz olacaktır. Bir başka ifadeyle, birinci fıkrada genel işlem koşulunu düzenleyen tarafa verilen, yazılmamış sayılma yaptırımından kurtuluş imkânı, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı hükümler bakımından bulunmamaktadır.

Şaşırtıcı şartların da, karşı tarafa bilgi verme ve müzakere etme şartlarıyla (maddenin birinci fıkrasındaki şartlarla) sözleşmeye dâhil olabilmelerine imkân tanımak gerektiği savunulmuştur²⁹. Hüküm bu hâliyle şaşırtıcı şart sayılabilecek bir hükmün sözleşme metnine dâhil edilmesini imkânsız hâle getirmektedir. Özellikle, ticari sözleşmeler bakımından pek çok hukuki ihtilafa sebep olabilecek bir hükümdür.

Hükümün amacı dikkate alındığında, bu hükmün tüketici sözleşmelerindeki uygulamasıyla tacirler arasında yapılan sözleşmelerdeki uygulamasının aynı olamayacağı sonucuna varılabilir. Özellikle, hâkim, sözleşmenin niteliği ve işin özelliği ölçütleri bakımından sözleşmeyi değerlendirirken, her iki tarafı tacir olan sözleşmelerde ticaret hukukunun ilkelerini de dikkate alacaktır. Bu sebeple, her ne kadar, Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerde tacir ve tüketici ayırımı yoksa da, uygulamada bu ayırımın oluşacağı kuşkusuzdur.

2- Yazılmamış Sayılmanın Sözleşmeye Etkisi

BK m. 22 yazılmamış sayılmasına karar verilen genel işlem koşulları dışında kalan ve sözleşmenin kapsamını belirleyen hükümlerin geçerliliğini koruyacağını hükme bağlamıştır.

²⁹ Reisoğlu, s. 71; Kuntalp, Tasarı Değerlendirmesi, s. 28, Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, s. 325

Bu hükümle esas olarak, BK m. 21’de düzenlenen yazılmamış sayılma yaptırımının, BK m. 27/2’de düzenlenen kısmî hükümsüzlük (nispi butlan) hükmü karşısında etkisiz kalma ihtimali düşünülerek kaleme alınmıştır. Zira bu hükme göre, sözleşmenin bir kısmının hükümsüz olduğu durumda, sözleşme taraflarının farazî iradesi dikkate alındığında, hükümsüz olan kısım olmasaydı tarafların sözleşmeyi hiç yapmayacakları anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz hâle gelebilir.

Bu kuralın yazılmamış sayılma hâlinde de geçerli olması, yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanmasını çoğu zaman imkânsızlaştıracaktır. Çünkü genel işlem koşullarını düzenleyen taraf (örneğin, banka), yazılmamış sayılmasına karar verilen hükmün (örneğin, kredi kartı için alınan yıllık kullanım ücretinin) sözleşme metninde yer almayacağını bilseydi bu sözleşmeyi hiç yapmayacağını ileri sürerek, sözleşmenin tümünün hükümsüz sayılması gerektiğini iddia edebilir, bu ihtimalde BK m. 21 etkisini yitirirdi.

BK m. 22 hükmü, genel işlem koşullarını kullanan taraf bakımından bahsi geçen ihtimali engellemek, genel işlem koşullarını düzenleyen sözleşmenin diğer hükümleriyle bağlı kalmasını sağlamak amacıyla düzenlenmiştir³⁰.

Hâlbuki yazılmamış sayılmasına karar verilen genel işlem koşuluna dayanılarak, sözleşmenin kalanının da hükümsüz olduğunu ileri sürmenin imkânı zaten yoktur³¹. Çünkü yazılmamış sayılarak bu hükümlerin sözleşmeye hiç dâhil olmadığına karar verilmiştir. Bu ihtimalde, kalan hükümler, bir sözleşme niteliğine sahipse (sözleşmenin esaslı unsurlarını içeriyorsa), sözleşme ayakta kalacak ve boşlukları hâkim dolduracaktır. Aksi hâlde, sözleşmenin varlığından bahsedilemeyecektir³².

BK m. 22’nin ikinci cümlesinde yer verilen hükmün, özellikle tüketici sözleşmelerinde, tüketicilerin korunması bakımından yerinde bir düzenleme olduğu ancak, diğer sözleşmelerde bu hükmü uygulamanın pek mümkün olmadığı ileri sürülmüştür³³. Hüküm, genel işlem

³⁰ “Maddenin ikinci cümlesi Tasarı’dan çıkarılmalıdır. Zira geçersiz kılınan hükümlerle sözleşmenin devamı duruma göre düzenleyen açısından çekilmez olabilir.”, Türkiye Bankalar Birliği, (Çevrimiçi), <http://www.tbb.org.tr/tr/duzenlemeler/tbb-gorusleri/77>, 06.04.2013

³¹ Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, s. 325

³² Eren, s. 307; Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, s. 325

³³ Kuntalp, Tasarı Değerlendirmesi, s. 29

koşulunun yazılmamış sayılmasının, bazı durumlarda, sözleşmenin geri kalanı bakımından yaratacağı etki dikkate alınmadan hazırlandığı gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁴.

Gerçekten, bazı durumlarda, sözleşmenin yazılmamış sayılan hükümlerinden geri kalanı bir sözleşmenin var olabilmesi için gerekli asli unsurları içermeyebilir. Ancak, bu ihtimalde ortada bir sözleşme ilişkisinin varlığını iddia etmek kural olarak mümkün olmaz. BK m. 22 hükmü bu sonuncu tespiti ortadan kaldıracak bir etki yaratamaz. Bir başka ifadeyle, BK m. 22 hükmü, somut olayda, yazılmamış sayılan hükümler kapsam dışı bırakıldığında, kalan hükümler o sözleşmenin asgari içeriğini oluşturamıyorsa, ortada bir sözleşme kalmadığı sonucuna varmamıza engel değildir.

3- Yorum Denetimi

Genel işlem koşullarının yorumlanması bakımından, güven kuramı dikkate alınmak gerekir. Her somut ihtilafın kendine özgü şartları genel işlem koşullarının yorumunda göz önünde bulundurulacaktır³⁵.

Genel işlem koşullarının, belirsiz bir şekilde kaleme alınmış olması hâlinde, bu hükmün, genel işlem koşulunu düzenleyen aleyhine, karşı taraf lehine yorumlanacağı, Kanunda açıkça düzenlenmiştir (BK m. 23)³⁶. Bu hükümde yer verilen yorum kuralına, diğer yorum araçları kullanıldığı hâlde, hükmün anlamı bakımından açık bir sonuca varılmadığı hâllerde başvurulabilecektir³⁷.

Yorum denetimi bakımından bahsedilmesi gereken diğer ihtimal ise, tarafların genel işlem koşuluna alternatif bireysel bir anlaşma yapmış olmaları halinde bireysel anlaşmaya öncelik verilmesi gereğidir³⁸.

³⁴ Reisoğlu, s. 72-73, Yazar, bu hükmün ancak 'dürüstlük kuralı' ve 'hakkın kötüye kullanılması yasağı' dikkate alınarak uygulanması hâlinde bir denge sağlanabileceğini savunmuştur.

³⁵ İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde genel işlem koşullarının yorumunda objektif yorum yerine olayın hâl ve şartları göz önünde tutulurken, Alman hukukunda ise objektif yorum metodunun hâkim olduğu yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 238-239

³⁶ "Madde sözleşme serbestisine ve eşitlik ilkesine aykırıdır. Subjektif yorumlara yol açabileceğinden, sözleşmeyi düzenleyenlerin haksız şekilde mağduriyetine neden olabilecektir. Bu nedenle yorumla ilgili genel kurallarla yetinilmesi ve maddenin Tasarı'dan çıkarılması yerinde olacaktır.", Türkiye Bankalar Birliği, (Çevrimiçi), <http://www.tbb.org.tr/tr/duzenlemeler/tbb-gorusleri/77>, 06.04.2013

³⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 239

³⁸ Atamer, Sempozyum, s. 38 vd.

Örneğin, standart sözleşme metninde yer alan 'ticari faiz' uygulanacağı hükmünün üzeri çizilerek yanına 'yasal faiz' uygulanacağını yazılması ve bu ibarenin taraflarca paraflanması hâlinde, bu genel işlem koşulunun müzakere edildiği ve alternatif bir bireysel anlaşmaya varıldığı anlaşılabilir. Bu ihtimalde, elbette bireysel anlaşmaya öncelik verilecektir.

4- Değişirme Yasağı

Genel işlem koşulu içeren hemen her sözleşmede, genel işlem koşullarını kullanan taraf, koşulları tek taraflı olarak değiştirme yetkisini elinde bulundurma eğilimindedir. Örneğin, gsm operatörü şirketler, yaptıkları kampanyalara ilişkin değişiklik yapma yetkilerini hemen her sözleşmede saklı tutarlar. Aynı şekilde, bankalar da kredi sözleşmelerinde faiz oranlarını değiştirme haklarını saklı tutan hükümlere yer verirler³⁹.

Kanun Koyucu, sıkça uygulanan bu genel işlem koşulunu özel olarak düzenlemeyi tercih etmiştir. BK m. 24'te, genel işlem koşullarını düzenleyen tarafın, kendisine tek taraflı olarak, karşı taraf aleyhine sözleşme hükümlerinde değişiklik yapma yetkisi tanıdığı hükümlerin de yazılmamış sayılacağı hükme bağlanmıştır⁴⁰. Böylece, yazılmamış sayılma yaptırımının öngörüldüğü bir başka durum da bu madde hükmünde yer almıştır.

³⁹ "Bu maddenin bankalar açısından ifade ettiği önem, özellikle kredi sözleşmelerindeki faiz oranlarına ilişkin hükümlerdir. Banka kredi sözleşmeleri ile bu faiz oranlarının, değişen iktisadi şartlar paralelinde -örneğin mevduat faizlerinin artırılması zorunluluğu nedeniyle- bankalarca tek taraflı olarak değiştirilebilmesi mevcut kredi uygulamalarının önemli bir ögesini oluşturmaktadır. Bu imkanı ortadan kaldırmaya yönelik bu madde hükmü, özellikle cari hesap usulüne tabi veya uzun vadeli kredilerde, faiz oranlarının sabit kalması gibi banka uygulamaları açısından kabul edilemez bir sonuç doğuracaktır. Hatta bu konudaki imkansızlığın yeni bir bankacılık sistemi krizine yol açabileceğinin düşünülmesi yanlış olmayacaktır. Madde Tasarı'dan çıkarılmalı, Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesindeki bir hakkın kötüye kullanılması kuralı burada da uygulanmalıdır.", Türkiye Bankalar Birliği, (Çevrimiçi) <http://www.tbb.org.tr/tr/duzenlemeler/tbb-gorusleri/77,06.04.2013>; Ticari kredi sözleşmelerinde aynı hükmün uygulanacak olmasının ticari yaşamın gereklerine aykırı ve anlamsız olduğu yönünde bkz. Kuntalp, Tasarı Değerlendirmesi, s. 30

⁴⁰ Değişirme yasağına, taksitle satışa ilişkin TKHK m. 6/A'da da yer verilmiştir. Maddenin son fıkrası şu şekildedir: "Sözleşme şartları tüketici aleyhine hiçbir şekilde değiştirilemez." Buna karşılık, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun "Sözleşme Değişiklikleri" başlıklı 25. maddesinde bankanın sözleşmede tek taraflı olarak yapacağı değişikliklerin usulü ve hükümleri düzenlenmiştir.

Daha önce verdiği kararlarda Yargıtay, özellikle tacirler arasındaki sözleşmelerde yer alan tek taraflı değiştirme yetkisi veren hükümler bakımından basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğünü ve objektif iyi niyet kurallarını öne çıkarmaktaydı⁴¹. Bu yeni hüküm karşısında Yargıtay'ın bu uygulamasının aynı şekilde devam edip edemeyeceği tartışılacaktır⁴².

Yukarıda, 21. maddeye ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz gibi, bu hükmün de, her iki tarafı tacir olan sözleşmelerdeki uygulaması ile tüketici sözleşmelerindeki uygulaması arasında fark olacağı

⁴¹ "Dava, davalı banka tarafından faiz oranı yükseltilecek kredi sözleşmesinin uyarlanması istemine ilişkindir. Mahkemece, 4077 sayılı yasa kapsamında değerlendirilmesi gereken sözleşmeye ilişkin olarak aynı yasanın 10. maddesine göre bankanın tüketici aleyhine tek taraflı olarak karar alamayacağı gerekçesiyle dava kabul edilmiştir. Kullanılan kredi davacı şirkete ticari araç alınmasına ilişkin olup, düzenlenen sözleşmede ticari nitelikli Genel Kredi Sözleşmesi olduğundan somut olayda 4077 sayılı Kanun hükümleri uygulanamaz. Taraflar arasındaki Genel Kredi Sözleşmesi'nin 4. ve Ek Hükümlerinin Ek 2. maddesinin (6. paragraf) davalı bankaya faiz oranlarını tek taraflı olarak artırma ve ödeme planını değiştirme yetkisi verdiği, davacının tacir olduğu ve TK.nun 20. maddesine göre sözleşme yaparken basiretli bir işadamı gibi hareket etmesi gerektiği, sözleşme koşullarını serbest iradesiyle kabul ettiği, ülkede yaşanan ekonomik gelişmelerin ve kaynak maliyeti artışının faiz oranları artışını zorunlu kıldığı, öngörülen artışın hak ve nefes kurallarına göre fahiş sayılamayacağı ve sözleşmeye hakim müdahalesini gerektiren bir durum bulunmadığı ahde vefa prensibinin de bunu gerektirdiği gözetilmeden mahkemece yetersiz rapora dayanılarak davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.", Yargıtay 11. HD, 16.06.2003, 786/6435, Kazancı; "... taraflar arasındaki sözleşmenin 4. maddesi uyarınca bankanın faiz oranını tek taraflı olarak değiştirme yetkisinin bulunduğu, yapılan artırımın objektif iyiniyet kurallarına aykırı olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.", Yargıtay 11. HD, 04.03.2004, 2003/7541 - 2004/2107, Kazancı; "Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle kredi sözleşmesinin 3.maddesinde bankanın faiz oranlarını günün koşullarını dikkate alarak dilediği zaman değiştirme yetkisine sahip bulunması ve sözleşmenin imzalandığı tarihteki bankanın cari faiz oranına göre kredi borcunu hesaplamak suretiyle taksitlendirmesinin sözleşmenin 7.maddesine uygun bulunmasına ve faiz oranlarının günün koşulları dikkate alınarak değiştirme yetkisini sağlayan sözleşme hükmü serbest irade ile oluşturulduğundan BK.nun 19 ve 20.maddelerine aykırılık teşkil etmediği gibi, davacının tek taraflı iradesine bırakılan bu yetkinin makul ölçüler içinde ve günün ekonomik koşullarına uygun olarak kullanılmış bulunmasına ve sözleşmenin 18.maddesi gereği kasko sigortası prim borcunu davalıdan talep edebilecek olmasına göre davalı Ali C.'ın aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.", Yargıtay 19. HD, 25.01.2002, 2001/4675 - 2002/532, Kazancı

⁴² Bankaların kredi faizlerini tek taraflı olarak değiştirme hakkını ellerinde tutmalarının işin niteliğinden kaynaklanan bir zorunluluk olduğu yönünde bkz. Kuntalp, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, s. 100 vd.

açıktır. Bu farkın çerçevesini çizirken artık, sadece genel ilkelerle hareket edilmeyip, genel işlem koşullarına ilişkin hükümler de dikkate alınmak zorundadır.

Maddedeki, sözleşme hükümlerini değiştirme yetkisinin 'tek yanlı' olması hâlinde hüküm ifade etmeyeceği düzenlenmiştir. Bu sebeple, her iki tarafa da gerektiğinde değişiklik yapma ya da yeni hükümler koyma imkânı veren sözleşme hükmü, BK m. 24'teki yasak kapsamına girmeyecektir.

Sözleşme hükümlerinde tek taraflı değişiklik yapma yetkisinin saklı tutulması, uygulamada çok fazla karşılaşılan bir kayıt olduğu için, BK m. 24'te özel olarak ele alınmıştır. Esasen, yürürlük denetimine ilişkin m. 21/2 hükmüne ya da içerik denetimine ilişkin 25. madde hükmüne dayanılarak bu tür sözleşme kayıtlarının denetlenebilmesi zaten mümkün olurdu.

BK m. 24 hükmü yazılmamış sayılma yaptırımını öngördüğüne göre, bu hüküm, BK m. 22 ile birlikte değerlendirildiğinde, genel işlem koşullarını düzenleyen tarafın (örneklerdeki gsm operatörü şirketin ve bankanın) bu hükmün yazılmamış sayılması hâlinde sözleşmenin tamamının hükümsüz olduğunu iddia etmesinin de engellendiği sonucuna varılacaktır.

5- İçerik Denetimi

Yürürlük denetiminin, genel işlem koşullarının tamamen ya da kısmen sözleşme kapsamına dâhil sayılıp sayılmayacaklarına ilişkin bir denetim olduğunu belirtmiştik. Ancak, genel işlem koşullarını tamamen ya da kısmen sözleşme dışında bırakarak ve/veya BK m. 23'te düzenlenen yorum kuralını uygulayarak bu tür sözleşmeleri hakkaniyete uygun, adil sözleşmeler haline getirebilmek her zaman mümkün olmayabilir⁴³.

Zira her ne kadar genel işlem koşullarının varlığı ve içeriğiyle ilgili olarak karşı tarafa bilgi verilmesi, öğrenme imkânının tanınması ve bu koşullar altında karşı tarafın onayının alınması şartları gerçekleşse de, özellikle, sözleşmeyi reddetme imkânının olmadığı, alternatif sözleş-

⁴³ Atamer, Genel İşlem Şartları, s. 143

me hükümleriyle aynı ihtiyacın giderilemeyeceği (örneğin, doğalgaz abonelik sözleşmesini sadece bir dağıtım şirketiyle yapmak zorunda olmak, gibi) hâllerde, yürürlük denetimi işlevsiz kalabilecektir⁴⁴. Bu sebeple, Borçlar Kanunu'nda içerik denetimine ilişkin düzenlemeye de yer verilerek, içerik denetimi yoluyla da genel işlem koşullarının denetlenmesi imkânı öngörülmüştür (BK m. 25).

BK m. 25 hükmü, esas olarak hâkimin içerik denetimi yoluyla sözleşmeye müdahale yetkisini düzenlemektedir. Madde hükmündeki "karşı taraf" deyiminden, düzenleyen tarafın değil, sadece genel işlem koşullarına maruz kalan tarafın kastedildiği anlaşılmalıdır⁴⁵.

BK m. 25'te, dürüstlük kuralına aykırı hükümlerin sözleşmeye konulamayacağı hükme bağlanmıştır. Konulması hâlinde bunun yaptırımının ne olacağına ilişkin bir açıklık bulunmamakla birlikte, madde gerekçesinde bu yönde bir açıklama yapılmaması ihtiyacı hissedilmiştir. Buna göre, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden hükümler kesin hükümsüz sayılacaktır. Ayrıca, yazılmamış sayılmada olduğu gibi, genel işlem koşullarını düzenleyen tarafın, BK m. 27/2'den (sözleşmenin tamamının hükümsüz sayılması imkânından) yararlanamayacağı madde gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Ancak, BK m. 25'te, neden açık bir yaptırım hükmüne yer verilmediği, gerekçeden anlaşılmamaktadır.

Yazılmamış sayılma hâlinde, genel işlem koşullarını kullanan tarafın, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri sürememesi BK m. 22'de açıkça düzenlenmiştir.

Peki, BK m. 25 gereği uygulanacak yaptırımın kesin hükümsüzlük olacağının ancak, BK m. 27/2'nin uygulanmayacağına dayanağı ne olacaktır? Bu hususun gerekçede belirtilmesi, hükmün bu şekilde uygulanması için yeterli midir? Bu sonuncu soruya olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Bu sebeple hükmün, kanun yapma tekniğine uygun olduğu söylenemez.

⁴⁴ Atamer, Genel İşlem Şartları, s. 122

⁴⁵ "Madde metninde geçen "veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı" ibaresi muğlak bir ifade olduğundan Tasarı'dan çıkarılmasının uygun olacağı düşünülmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesi ve dürüstlük kuralı yeterli güvence sağlamaktadır.", Türkiye Bankalar Birliği, (Çevrimiçi), <http://www.tbb.org.tr/tr/duzenlemeler/tbb-gorusleri/77>, 06.04.2013

D- Sonuç

Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinden yola çıkarak, sözleşme ilişkilerinde "genel işlem koşulu kullanmak yasaklandı" yargısına varmak doğru değildir. Bugünün ekonomik işleyişi dikkate alındığında sözleşmelerde genel işlem koşulları kullanmanın ekonominin vazgeçilemez bir ihtiyacı olduğu açıktır.

Bahsi geçen hükümlerin amacı şöyle algılamalıdır:

Sözleşme ilişkilerinde sözleşmenin içeriğini belirleme iktidarını tek başına elinde bulunduran tarafın, sözleşmeyi oluştururken bütün yedek hukuk kurallarını kendi lehine ortadan kaldırma ya da değiştirme, karşı tarafı kelepçeleme eğilimini kontrol etmesi, bu anlamda asgari bir dengeyi gözetmesi gerekir.

Ayrıca, sözleşmenin kuruluşu aşamasında, sözleşme hükümlerini muhatabından kaçırmak yerine, bu konuda muhatabına karşı şeffaf davranması gerekir.

Aksi halde, bütün içeriğiyle çok "sağlam" görünen sözleşme, bir dava açılması hâlinde hâkimin denetimine tabi olabilir. Diğer ifadeyle, sözleşmeye müdahale edilebilir. Bu durumda, çok güvenilen sözleşme bütünüyle elden kayabilir.

Bu yüzden, gerek sözleşme metninin oluşturulması aşamasında gerekse sözleşmen kurulması aşamasında Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri önemle dikkate alınmalıdır.

KAYNAKLAR

- ALTOP, Atilla, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi" Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 254-260 Atilla, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007
- ATAMER, Yeşim M., "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 08.04.2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012 (Sempozyum)
- ATAMER, Yeşim M., "Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004

- ATAMER, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2001, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001 (Genel İşlem Şartları)
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Bası, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2012
- HAVUTÇU, Ayşe, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Düzenleyenler: Legal Yayıncılık - Marmara Üniversitesi, Legal HD, C. 3, S. 34, 2005(MÜ Sempozyumu)
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010
- KUNTALP, Erden, "Bankalar ve Genel İşlem Koşulları", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 08.04.2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012
- KUNTALP, Yeni Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Düzenleyenler: İstanbul Barosu - Kadir Has Üniversitesi, 23-24 Nisan 2011, (Kadir Has Üni. Sempozyumu) (Yayımlanmamıştır)
- KUNTALP, Erden, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, GSÜ Yayınları, İstanbul, 2005 (Tasarı Değerlendirmesi)
- REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2010
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Halûk / ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 376
- OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami, Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012

MONTREAL SÖZLEŞMESİ'NİN YETKİ VE TAHKİME İLİŞKİN HÜKÜMLERİ

JURISDICTION AND ARBITRATION UNDER THE MONTREAL CONVENTION

Zeynep Derya TARMAN*

Özet: Bu çalışmada, milletlerarası yetki, tahkim ve uygulanacak hukuk konuları milletlerarası hava taşımacılığı açısından ele alınacaktır. Bu kapsamda, uluslararası hava taşımacılığından doğan uyuşmazlıkların çözümünde 28.5.1999 tarihli Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme'nin (Montreal Sözleşmesi) yetki ve tahkime ilişkin 33. ve 34. maddeleri incelenecektir. Montreal Sözleşmesi'nin uygulama alanına ilişkin kısaca bilgi verildikten sonra, hangi mahkemelerin yetkili olduğu, uygulanacak hukuk ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konuları ele alınacaktır. Sözleşme'nin somut uyuşmazlığa uygulanmaması durumunda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin nasıl belirleneceği; Türk mahkemelerinin yetkili olduğu hallerde, uygulanacak olan hukukun nasıl tespit edileceği üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Montreal Sözleşmesi; Yetki; Tahkim; Uygulanacak Hukuk; Yetki Sözleşmesi

Abstract: In this study, international jurisdiction, arbitration and applicable law issues will be discussed with regards to international carriage by air. Within this framework, articles 33 and 34 concerning jurisdiction and arbitration of 28.5.1999 dated Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (Montreal Convention) will be examined in the resolution of disputes arising from international carriage by air. After giving brief information about Montreal Convention's scope of application, competent courts, applicable law and recognition and enforcement of foreign court decisions will be explained. If the Convention cannot be applied to a certain dispute, the determination of Turkish courts' international jurisdiction will be deliberated and in the cases where Turkish courts are competent, the determination of applicable law will be emphasized.

Keywords: Montreal Convention, Jurisdiction, Arbitration, Applicable Law; Jurisdiction Agreement

* Yrd. Doç. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı. ztarman@ku.edu.tr

I. Giriş

Uluslararası havacılık ilişkileri niteliği gereği yabancılık unsuru ihtiva ederler. Bu nedenle, uluslararası hava taşımacılığında doğan uyuşmazlıkların hangi ülke mahkemelerinde görüleceği ve söz konusu uyuşmazlıklara hangi hukukun uygulanacağı sorunu, milletlerarası özel hukuk disiplininin önemli konularından biri olarak kabul edilmektedir.¹

Bu çalışmada, uluslararası hava taşımacılığında doğan uyuşmazlıkların çözümünde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin nasıl belirleneceği üzerinde durulacaktır. Yabancı unsurlu bir olayda Türk mahkemelerinin yetkili olup olmadıkları milletlerarası yetki kavramı ile ifade edilir.² Milletlerarası yetki konusunda genel kural, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)³ m. 40/f.1 hükmünde ifade edilmiştir. Buna göre, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları tayin eder. Türk mahkemelerinin yetkili olduğu hallerde, uygulanacak hukuk MÖHUK'un kanunlar ihtilafı kuralları esas alınarak tespit edilir. Ancak MÖHUK m. 1/f.2 hükmü ve Anayasa m. 90 uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır. Milletlerarası sözleşmeler öncelikli olarak uygulanır. Dolayısıyla uyuşmazlık konusu hakkında milletlerarası bir sözleşme mevcut ise ve bu sözleşmede yetkiye ilişkin bir düzenleme öngörülmüşse artık bu sözleşmenin uygulanması; aynı şekilde uygulanacak maddi hukuka ilişkin bir düzenleme öngörülmüşse de bu sözleşmenin uygulanması gerekmektedir.

Uluslararası alanda hava yolu ile yolcu, yük ve bagaj taşımacılığı ilk olarak 12.10.1929 tarihli Varşova Konvansiyonu ve bu konvansiyonda değişiklik yapan çeşitli protokollerle düzenlenmiştir.⁴ Varşova Konvansiyonu, dünyadaki en eski milletlerarası ticari sözleş-

¹ Cemal Şanlı, *Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk*, İstanbul 1992, s. 1.

² Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul 2011, s. 407.

³ 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK), 4.12.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir.

⁴ Varşova Konvansiyonu, 1955 tarihli Lahey Protokolü; 1971 tarihli Guatemala Protokolü; 1975 tarihinde Montreal'de yapılan 4 protokol ve 1961 tarihli Guadalajara Konvansiyonu ile ihtiyaçlar doğrultusunda değiştirilmiştir.

melerden biri olup akdedildiği dönemde sıkça rastlanan havayolu kazalarından kaynaklanan davalara karşı havayolu endüstrisini korumak üzere kaleme alınmıştır.⁵ Türkiye, 1929 tarihli Varşova Konvansiyonu ile bu Konvansiyon'da değişiklik yapan 1955 tarihli Lahey Protokolünü onaylamış ve yürürlüğe koymuş olduğu gibi,⁶ 1971 tarihli Guatemala Protokolü⁷ ve 4 Numaralı 1975 tarihli Montreal Protokolüne de 12 Eylül 1998 tarihi itibarı ile taraf olmuştur.⁸ Varşova Konvansiyonu'nun öngördüğü maddi hukuk sistemi sonraki ek ve tadillerle yeknesaklığını büyük ölçüde kaybetmiş olduğundan, söz konusu sistemin yeni bir metinde birleştirilmesi kararlaştırılmıştır.⁹ Bunun yanı sıra, küreselleşme sonucu hava trafiğindeki büyük artış ve hava yoluyla yolcu ve yük taşınmasına ilişkin yasal düzenlemelerin çağın gerisinde kalması, Varşova Konvansiyonu'nun gözden geçirilmesini gerekli kılmıştır. Varşova/Lahey Sistemi'nin, özellikle taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen hükümleri bakımından, yeni ihtiyaçlara cevap verecek hale getirilmesi amacıyla,¹⁰ 28.5.1999 tarihli Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme (Montreal Sözleşmesi) hazırlanmıştır.¹¹ Bu Sözleşme, m. 53/f.6 uyarınca 30 ülkenin Sözleşme'yi onay-

⁵ Larry Moore, *The new Montreal Liability Convention, Major Changes in International Air Law: An End to the Warsaw Convention*, Tulane Journal of International and Comparative Law, Spring 2001, s. 224.

⁶ 13.1.1977 tarih ve 2073 sayılı Kanun (R.G. 13.3.1977-15877) ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 29.9.1977 tarih ve 7/13874 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (R.G. 3.12.1977-16128).

⁷ R.G. 21.4.1993-21559.

⁸ 8.5.1991 tarih ve 3736 sayılı Kanun (R.G. 21.5.1991-20877) ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 15.2.1993 tarih ve 1993/4166 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (R.G. 21.4.1993-21559). Varşova Konvansiyonu ve ek protokollerinin yanı sıra Türkiye bazı devletlerle havayoluyla taşımaya ilişkin iki taraflı antlaşmalar yapmıştır. Bkz. Nuray Ekşi, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, İstanbul 2010, s. 90, dn. 21.

⁹ Buna karşılık, Varşova Konvansiyonu'nun uluslararası alanda geniş çapta kabul gördüğü ve yalnızca sorumluluk sınırlarının arttırılması yoluyla Konvansiyon'un ayakta tutulmasının daha yerinde olacağı hakkında bkz. Moore, s. 232.

¹⁰ Montreal Sözleşmesi'nin havayolu şirketlerini değil, tüketicilerin çıkarlarını esas alan bir sözleşme olduğu yönünde bkz. Devendra Pradhan, *The Fifth Jurisdiction Under The Montreal Liability Convention: Wandering American or Wandering Everybody*, Journal of Air and Commerce 2003, s. 719.

¹¹ Bülent Sözer, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi*, 2. Bası, İstanbul 2009, s. 74. Montreal Sözleşmesi'nin İngilizce metni için bkz. http://dgca.nic.in/int_conv/Chap_XXI.pdf.

lamasından 60 gün sonra, 4.11.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹² Bugün itibariyle 103 ülkenin taraf olduğu Montreal Sözleşmesi,¹³ Varşova Konvansiyonu'nun yerini almıştır. Ancak Varşova/Lahey Sistemi, 1999 Montreal Sözleşmesi'ni onaylamamış devletlerin ülkelerine yapılan taşımalar için geçerli olmaya devam edecektir. Türkiye, Montreal Sözleşmesi'ni 28.5.1999 tarihinde imzalamış; 25.1.2011 tarihinde Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü Genel Sekreterliğine tevdi etmiş ve Sözleşme, Türkiye'de 26.3.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹⁴

Bu çalışmada, milletlerarası yetki, tahkim ve uygulanacak hukuk konuları milletlerarası hava taşımacılığı açısından ele alınacaktır. Bu kapsamda, Montreal Sözleşmesi'nin yetki ve tahkime ilişkin kuralları incelenecektir. Montreal Sözleşmesi, yetki ve tahkime ilişkin hükümlere Sözleşme'nin "Taşıyıcının Sorumluluğu ve Hasar için Tazminatın Kapsamı" adlı III. bölümünde iki ayrı maddede yer vermiştir. Montreal Sözleşmesi'nin uygulama alanına ilişkin kısaca bilgi verildikten sonra, Montreal Sözleşmesi'nin somut uyuşmazlığa uygulanması durumunda hangi mahkemelerin yetkili olduğu, uygulanacak hukuk ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konuları incelenecektir. Sözleşme'nin yetki ve tahkime ilişkin maddeleri dışında, Montreal Sözleşmesi'nin somut uyuşmazlığa uygulanmaması durumunda, milletlerarası yetkinin ve uygulanacak olan hukukun nasıl tespit edileceği ele alınacaktır.

¹² Montreal Sözleşmesi'nin taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen hükümlerine göre, taşıyıcının yük taşımalarından doğan sorumluluğu mutlak sorumluluk niteliğindedir. Bu sorumluluk kilo başı 17 SDR (özel çekme hakkı) ile sınırlandırılmıştır (m.22). Taşıyıcının yolcu taşımalarından doğan sorumluluğu ise kural olarak sınırsız sorumluluk olarak belirlenmiştir. İki aşamalı bir tazminat sistemi öngören Montreal Sözleşmesi'ne göre ilk aşama, taşıyıcının kusuruna bağlı olmayan 100.000 SDR'ye kadar mutlak bir sorumluluk getirmektedir. İkinci aşama ise, taşıyıcının kusuru karinesine dayanmakta olup sorumluluk sınırı içermemektedir (m.21). 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi ile getirilen önemli bir değişiklik, manevi tazminatın kaldırılması olmuştur. Sözleşme'nin 29. maddesine göre, manevi tazminata hükmolünamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Bkz. Moore, s. 227.

¹³ Sözleşme'ye taraf ülkelerin listesi için bkz. http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf

¹⁴ Bakanlar Kurulu Kararnamesi 1.10.2010 tarihli ve 27716 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

II. Montreal Sözleşmesi'nin Uygulama Alanı (m. 1)

Montreal Sözleşmesi, emredici kurallarla donatılmış bir uluslararası hava taşımacılığı kodudur.¹⁵ Uygulama alanına giren uyuşmazlıklar bakımından Sözleşme'de yer alan maddi normlar doğrudan uygulanır. Montreal Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için m. 1 uyarınca, (i) taşıma bir sözleşmeye dayanmalı, (ii) taşıma ücret karşılığında ve (iii) hava araçları ile yapılmalıdır. Bunun yanı sıra, (iv) taşıma uluslararası karakterli olmalıdır.

Montreal Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için, öncelikle taşıyıcı ile taşıtan arasında veya yolcu taşımalarında, taşıyıcı ile yolcu arasında bir taşıma sözleşmesi olmalıdır. Montreal Sözleşmesi, havayolu ile yapılan ticari amaçlı taşımaları düzenlemek için kaleme alınmış olduğundan Sözleşme'nin kuralları sadece uçak ile yapılan taşımalara uygulanır. Ücretsiz taşımalara Montreal Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için, taşımanın bir havayolu ile taşıma işletmesi tarafından yapılması şartı getirilmiştir (m. 1). Böylece, herhangi bir sebeple ücret söz konusu olmadan üstlenilen taşımaların, ancak ticari amaçla faaliyet gösteren bir havayolu ile taşıma işletmesi tarafından yapılması halinde, Montreal Sözleşmesi'nin uygulama alanına girebileceği hükme bağlanmıştır. Bu hükmün konulmasının sebebi olarak, havayolu işletmelerinin zaman zaman ücretsiz taşıma imkanları sunmuş olmaları, gerek kendi personellerine gerekse de diğer işletmelerde çalışanlara ücretsiz bilet vermeyi usul edinmeleri ve bu uygulamanın havacılık alanında bir teammül olarak yerleşmesi gösterilmiştir.¹⁶

Montreal Sözleşmesi bakımından bir taşıma sözleşmesine uluslararası niteliği veren unsur, 1.maddenin ikinci fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre, kalkış yeri ile varış yeri iki akit ülkede bulunan hava taşıma sözleşmeleri veya kalkış yeri ile varış yeri aynı ülkede olup akit olmasa dahi, başka bir devletin durma yeri olarak kararlaştırıldığı hava taşıma sözleşmeleri Montreal Sözleşmesi'nin uygulama alanına girmektedir. Taşımanın başlayacağı yer, taşıyıcının taşıma sözleşmesi ile üstlendiği edimi ifa etmek amacı ile ifa fiillerine başlayacağı yeri; yolculuğun biteceği yer ise, taşıyıcının ediminin tam ve

¹⁵ Sözer, s. 93; Şanlı, s. 55.

¹⁶ Sözer, s. 84.

gereği gibi yerine getirilerek borcun tamamen ifa edilmiş sayılacağı yeri ifade eder.¹⁷ Taşımanın niteliğinin tayininde esas unsur tarafların arasındaki sözleşme olduğundan, açık veya zımni olarak öngörülmüş bulunan uğrak yerlerinin sonradan, sözleşmenin icrası aşamasında değiştirilmesi veya buralara hiç uğranılmaması, sözleşmenin uluslararası niteliğini bozamaz. Uluslararası nitelikte bir taşıma, herhangi bir sebeple, hareket noktasının bulunduğu ülkede sona ererse, yine Montreal Sözleşmesi'ne tabi olur. Bir ülkenin iki ayrı noktası arasında yapılacak bir taşımanın uluslararası niteliği olmayacağı açıktır. Bununla beraber, eğer böyle bir taşıma sözleşmesinin icrasında başka bir devletin topraklarında durak yapılacağı kararlaştırılmış ise, söz konusu devlet Montreal Sözleşmesi'ne taraf olmasa dahi, taşıma yine uluslararası nitelikte olacaktır. Herhangi bir taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlığa Montreal Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için, taşıma sözleşmesinin Montreal Sözleşmesi anlamında uluslararası bir taşıma sözleşmesi olması yeterlidir; taşıyıcının veya taşıtanın tabiiyeti veya iş merkezleri, akdin yapılmış olduğu yer, uçağın tescilli olduğu devlet, taşıdığı bayrak veya tanıtma işareti v.b. gibi unsurlar uluslararası niteliğin tespitinde önem taşımaz.¹⁸

Türkiye, Montreal Sözleşmesi'ne taraf olduğuna göre, Türk hâkimi uluslararası alanda hava yolu ile yolcu, yük¹⁹ ve bagaj taşımacılığında kaynaklanan bir uyuşmazlıkla karşılaştığında öncelikle söz konusu uyuşmazlığın Sözleşme'nin uygulama alanına girip girmediğini MÖHUK m.1/f.2 uyarınca re'sen tespit edecektir. Montreal Sözleşmesi'nin uygulama alanı, ülke yönünden akit devletlerle konu yönünden de sadece ücret karşılığında bir taşıma sözleşmesine istinaden yolcu ve yük taşımacılığını üstlenen taşıyıcının sorumluluğu ile sınırlıdır.

¹⁷ Sözer, s. 90.

¹⁸ Sözer, s. 90.

¹⁹ Havayolu ile eşya/yük taşıma sözleşmesine konusu itibariyle bir sınırlama getirilmemiştir. Diğer bir ifadeyle, havayoluyla yük taşıma sözleşmesi yolcu dışında kalan diğer bütün nesnelerin taşınmasını kapsar. Yolcu dışında kalan diğer nesnelere cenaze, canlı hayvanlar da havayoluyla eşya taşıma sözleşmesinin konusu olabilir. Eşya kavramı, sıvı veya gaz şeklindeki nesnelere de içermektedir. Bkz. Sözer, s. 122-123; Ekşi, s. 88.

III. Yetki

Milletlerarası olaylarda davacının yabancı devlet mahkemeleri arasında kendisi için en uygun mahkemeyi arayıp bulması ve davasını seçtiği mahkemede açması son derecede önemlidir. Davacı başvurduğu mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarından istifade ile uyuşmazlığının belirli bir maddi hukuka tabi tutulmasını temin edebilmektedir. Bu nedenle, taraflar bir uyuşmazlığı kendileri için en uygun yer mahkemesinde çözmek konusunda çaba sarfetmektedirler. Her bir taraf, davası için birçok yetkili mahkeme arasından münhasıran kendi menfaatinin düşünerek seçim yapabilme imkanına sahiptir.²⁰

1. Türk Hukukuna göre Yetki

Montreal Sözleşmesi'nin uygulama alanı dışında kalan uluslararası hava taşımacılığında doğan uyuşmazlıklarda, mahkemelerin yargı yetkisi, milli devletlerin hukuk sistemlerine göre belirlenecektir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, MÖHUK uyarınca iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları belirler (MÖHUK m. 40). Bu itibarla, burada başta Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)²¹ olmak üzere iç hukukta geçerli yetki ve göreve ilişkin genel kuralların uygulanması söz konusu olacaktır. Sivil Havacılık Kanunu (SHK),²² taşıyıcı aleyhine açılacak davalarda hangi mahkemelerinin yetkili olacağına dair özel bir hüküm getirmemiştir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin MÖHUK m. 40, iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına atıf yaptığından yabancılık unsuru taşıyan havacılık davaları bakımından bir davada HMK'nın ilgili maddelerine göre²³ yer itibarıyla yetkili bir

²⁰ Davacının davası için birçok yetkili mahkeme arasından münhasıran kendi menfaatinin düşünerek seçim yapabilmesi imkanı İngilizce'de '*forum shopping*' olarak ifade edilir. Bkz. Nomer, s. 470.

²¹ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), 4.2.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmış ve 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²² RG. 19.10.1983, 18196. Bu kanun, 1929 tarihli Varşova Konvansiyonu'nun 1955 tarihli Lahey Protokolü ile değişik metni esas alınarak hazırlanmıştır. Bkz. Sözer, s. 106; Ekşi, s. 90.

²³ HMK'da, genel yetkili mahkemenin davalının, davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi olduğu kabul edilmiştir (HMK m. 6). Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir (HMK m. 9). Malvarlığı haklarına ilişkin davalar, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde açılacaktır (HMK m. 9). Ancak yabancının Türkiye'de herhangi bir malvarlığının

mahkeme mevcut değilse, bu davalar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi de bulunmamaktadır.²⁴ Ancak MÖHUK'un 40. maddesindeki iç hukuktaki yetki kuralları gereği, mahkemelerinin milletlerarası yetkisizliği yönündeki itirazın HMK'nın 116. maddesine göre, davanın başında, ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerekir. Böyle bir itirazın yokluğunda, mahkeme yer itibarıyla ve dolayısıyla milletlerarası yetkiye sahip olmasa da yetkili hale gelir.²⁵

2. Montreal Sözleşmesi'ne göre Yetki (m. 33)

Montreal Sözleşmesi'nin kapsamına giren tazminat davaları bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK m. 1/f.2 gereğince Sözleşme'ye tabi olacaktır. Yetkili mahkemelerin sayıldığı m. 33/f.1 hükmü, Varşova Konvansiyonu m. 28 ile örtüşmektedir. Davacıların mahkeme seçimi konusundaki tercih hakları, Sözleşme'nin 33. maddesinde sayılan mahkemelerle sınırlıdır. Bu itibarla, davacılar Montreal sisteminin uygulama alanına giren uyuşmazlıklar bakımından 33. maddede sayılan mahkemeler dışında herhangi bir mahkemede dava açamazlar. Bu mahkemeler, Montreal Sözleşmesi'nin kapsamına giren tazminat davalarında yegane yetkili mahkemelerdir. Bunlardan başka bir mahkemenin önünde açılacak dava, yetkisiz mahkeme önünde açılmış olacaktır.

Davacılar m. 33/f.1'de sayılan yetkili mahkemelerden herhangi birinde davalarını açma konusunda seçim hakkına sahiptirler. Davacıların mahkeme seçimindeki tercihlerini pek çok neden etkileyebilir.

bulunması kendisine karşı dava açılabilmesi için yeterli olmayacak, yetkiye esas teşkil eden malvarlığının uyuşmazlık konusu ile ilgili olması gerekecektir. HMK, sözleşmeden doğan davalarda özel yetkili mahkemenin sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi olabileceğini kabul etmiştir (HMK m. 10). Edimin ifa yeri, sözleşmeye uygulanması gereken maddi hukuka göre tayin edilecektir. Sözleşmeye uygulanması gereken maddi hukuk MÖHUK m. 24 uyarınca tespit edilecektir. Bkz. Nomer, s. 445. İfa yerinin neresi olduğunun *lex fori*'ye göre tespit edileceği hakkında bkz. Aysel Çelikel/ Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta, 12. Bası, İstanbul 2012, s. 514. Sözleşmenin ifa yerinin Türkiye'de olması durumunda, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık hakkındaki davada Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin mevcut olduğu kabul edilecektir. HMK m. 16'ya göre, haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer yanında zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.

²⁴ Nomer, s. 440.

²⁵ Nomer, s. 461.

Bu noktada, davacıların ilk planda göz önünde tutmaları gereken husus, mümkün merteye davanın davalı tarafın malvarlığının bulunduğu ülkedeki yetkili mahkemede veya bu mümkün olmadığında davalı tarafın malvarlığının bulunduğu ülkede tanınması ve tenfizi mümkün olacak kararların verilebileceği bir ülkede açılmasını temin etmektir.²⁶ Zira Montreal Sözleşmesi, uygulama alanına giren ihtilaflarla ilgili olarak 33. maddede sayılan mahkemelerce verilen kararların akit memleketlerde tanınması ve tenfizi meselesini düzenlememiştir. Bu sebeple, Sözleşme hükümlerine göre verilen kararların akit ülkelerde icrası, mahalli hukuka göre gerçekleşecektir. Bu itibarla davacıların 33. maddede yetkili mahkemeler arasında tercih yaparken davayı açacakları ülke ile kararın ileride icra edilebileceği ülke veya ülkeler arasındaki tenfiz rejimini dikkate almaları uygun olur.²⁷ Sözleşme'nin 33. maddesinde sayılan yetkili mahkemelerden herhangi birinin seçimi konusunda davacıların tercihini, kararın icrası ile ilgili sorunlar dışında mahkemece uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları ve bu kurallara göre esasa uygulanacak maddi hukuk, hükmolunacak tazminatın transferi, mahkemenin hızı, delillerin kolay ve masrafsız biçimde toplanması, yargılama ve avukatlık masraflarının düşük olması da etkileyebilir.²⁸

Montreal Sözleşmesi m. 33'te sayılan mahkemelerin yetkisine iki konuda istisna getirilmiştir: Taşımanın yük olduğu durumlarda 33. maddede zikredilen yetkili mahkemelerin yargı alanı içinde olmak şartı ile tahkime izin verilmiştir. Taraflar şayet taşıma sözleşmesinin konusu yük ise, ihtilafın vukuundan önce veya sonra yapacakları bir tahkim sözleşmesi ya da taşıma sözleşmesine koyacakları bir tahkim şartı ile aralarındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü sağlayabilirler. Sözleşme'nin 33. maddesindeki mahkemelerin yargı yetkisine getirilen ikinci istisna ise, tarafların zararın doğumundan sonra yapacakları bir yetki sözleşmesi ile 33. maddenin 1. fıkrasında belirtilen mahkemeler dışında herhangi bir devlet mahkemesini yetkili kılabilmesidir. Ancak tarafların taşıma sözleşmesinde veya zararın meydana gelmesinden önceki bir dönemde yapacakları özel bir anlaşma ile, 33. maddede yer alan yetki kurallarını bertaraf edici anlaşmaları geçersizdir (m. 49).

²⁶ Şanlı, s. 15.

²⁷ Şanlı, s. 16.

²⁸ Şanlı, s. 16.

Montreal Sözleşmesi m. 33'e göre, davacının tercihine bağlı olarak akit ülkelerden birinde olması şartıyla davalar 4 ayrı yer mahkemesinde açılabilir. Bu liste, taşıyıcının ikametgahının bulunduğu yer, taşıyıcının esas iş merkezinin bulunduğu yer, taşıyıcının taşıma sözleşmesini yaptığı iş yerinin bulunduğu yer ve varış yeri mahkemelerini içermektedir. Söz konusu madde, davacıya yalnızca taraf devlette yer alan mahkemelerden birini seçme hakkı tanımaktadır. Amaç, davacının 33. maddeye dayanarak taşıyıcıyı, Montreal Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devletin mahkemesine götürmesini engellemektir.

a. Taşıyıcının ikametgahının bulunduğu yer

Montreal Sözleşmesi'nin kapsamına giren bir dava, taşıyıcının ikametgahının (*domicile*) bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir. Günümüzde ticari hava gemi sahiplerinin çok azı gerçek kişidir. Uygulama açısından tanım, tüzel kişilerin yerleşim yeri açısından önem taşımaktadır. Montreal Sözleşmesi m. 33, mahkemelerin yetkisine esas teşkil eden ikametgah kavramını tanımlamamıştır. Bu sebeple, ikametgah kavramının anlamı davanın görüldüğü ülke hukukuna göre belirlenecektir. Dolayısıyla davacılar taşıyıcının ikametgahı mahkemesi sıfatıyla Türk mahkemesinde dava açtıklarında mahkemelerimiz taşıyıcının ikametgahının neresi olduğunu Türk hukukuna göre belirleyecektir²⁹. Taşıyıcı tüzel kişi olduğu takdirde, ikametgahı, tüzüğünde veya esas mukavelesinde gösterilen yer veya böyle bir kayıt yok ise, amaç ve konusuna giren işlerin idare ve kontrol edildiği yer olarak kabul edilmelidir.³⁰

Davalının yerleşim yerinin 33. maddedeki yetkili mahkemeler listesine dahil edilmesinin amacı, davaların taşıyıcının öngörebileceği bir yer mahkemesinde açılmasını sağlamaktır. Hukuki işlem o yer ile sıkı ilişkili olmasa dahi, taşıyıcının kendi yerleşim yerinde davalı olarak savunma yapmasını beklemek yerindedir. Bunun yanı sıra, taşıyıcının yerleşim yeri, mahkeme kararının icrası aşamasında davacı açısından bir kolaylık sağlayacaktır. Zira çoğu olayda, davacı, mahkeme kararını taşıyıcının yerleşim yerinde icra etme yoluna başvuracaktır.

²⁹ Varşova/Lahey Sözleşmesi için aynı yönde bkz. Şanlı, s. 19.

³⁰ Nomer, s. 442.

b. Taşıyıcının esas iş merkezinin bulunduğu yer

Montreal Sözleşmesi uyarınca, taşıyıcının esas iş merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde de dava açılabilir. Taşıyıcının ikametgahı ile esas faaliyetlerini yürüttüğü iş merkezi çok defa aynı olmakla beraber, özellikle çok uluslu şirketlerde kanuni hükümlere göre belirtilen ikametgah ile işletmenin mutat işlerinin devamlı surette yönetildiği yer ayrı olabilir. Bu bend ile, taşıyıcının fiili iş merkezinin bulunduğu mahal mahkemeleri de yetkili kılınmıştır.

c. Taşıyıcının taşıma sözleşmesini yaptığı iş yerinin bulunduğu yer

Montreal Sözleşmesi'nin uygulama alanına giren ihtilaflarla ilgili davalar, taşıma sözleşmesinin yapıldığı (biletin satın alındığı) taşıyıcının işletmesine ait işyerinin bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilir. Bu hüküm, yolcu ve yük sahipleri lehine getirilmiş bir yetki kuralıdır.³¹ Bu yetki kuralı, mahkemeler tarafından geniş yorumlanmakta ve taşıma sözleşmesinin yapıldığı işyerinde dava açılabilmesi için bu yerin taşıyıcının doğrudan işletmesine dahil bir müessese olup olmadığına bakılmamaktadır.³² Taşıyıcı adına sözleşmeyi yapan bağımsız acenta veya temsilcilikler de 33. maddedeki yetki kuralının uygulanabilmesi bakımından davalıya ait işyeri veya işletme sayılmaktadır.³³ Bu tür bir yorum tarzı, hava taşımacılığı alanında zarar görenlerin daima kolayca adli mercilere başvurabilmelerini temin etmektedir.³⁴

d. Varış yeri mahkemesi

Son olarak, Montreal Sözleşmesi varma yeri mahkemesinin de yetkisini kabul etmiştir. Varma yeri, taşıyıcı ile taşıtan veya yolcu arasındaki taşıma sözleşmesinin şartlarına göre, taşıma akdinin tam ve gereği gibi ifa edilmiş olacağı nihai bitim noktasıdır. Varma yerinin neresi olduğu, biletten ya da taşıma senedinden anlaşılır.

³¹ Şanlı, s. 22.

³² Şanlı, s. 23.

³³ Şanlı, s. 23; Sözer, s. 258.

³⁴ Varşova/Lahey Sözleşmesi için aynı yönde bkz. Şanlı, s. 23.

2. Yolcunun ölümü ve yaralanmasından kaynaklanan zararlar açısından 5. yetki (m. 33/f.2)

Yetkili mahkemeyi gösteren 33. maddeye yapılan ilave ile, Varşova Konvansiyonu'ndan farklı olarak yolcunun ikametgahı mahkemesi, 5. bir yer mahkemesi olarak kabul edilmiştir (5. yetki). Havacılık tarihine bakıldığında, 5. yetki ilk defa Montreal Sözleşmesi'nde kabul edilen yeni bir yetki kuralı değildir. Zira 5. yetki 1971 tarihli Guatemala City Protokolüne ve 1975 tarihli 3 Nolu Montreal Protokolüne dahil edilmiştir. Montreal Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmaları sırasında, 5. yetkinin sözleşmeye dahil edilmesi büyük tartışmalara neden olmuştur.³⁵ Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Japonya, Brezilya, 5. yetkinin sözleşme metnine dahil edilmesini savunurken; Fransa başta olmak üzere Avrupa Birliği ülkeleri, Hindistan, Arap ülkeleri, özellikle küçük ve orta ölçekli hava yolu şirketleri ve gelişmekte olan ülkeler 5. yetkiye karşı çıkmışlardır.³⁶ 5. yetkinin yolcunun ikametgahına bağlı olarak ayrımcılığa yol açacağı ileri sürülmüştür. Bir kaza durumunda, ABD gibi liberal bir tazminat rejimine sahip bir ülkede ikamet eden yolcular yüksek miktarda tazminat elde ederken, aynı uçakta olup gelişmekte olan ülkelerde ikamet eden yolcular kendi ülke mahkemelelerinde açtıkları dava sonucunda daha az tazminata razı olacaklardır.³⁷

Yolcunun ölümü ve yaralanmasından kaynaklanan zararlar açısından m. 33/f.2, 33. maddenin ilk fıkrasında sayılan 4 mahkemeye ek bir mahkemenin yetkisini kabul etmiştir. Kazanın gerçekleştiği esnada yolcunun esas ve sürekli oturduğu yer (*principal and permanent residence*) mahkemesinin yetkisi, taşıyıcının yolcunun hava yolu ile taşınmasına ilişkin hizmet faaliyetlerini söz konusu ülkeden veya ülkeye yapması şartıyla kabul edilmiştir. Bu hüküm tamamen zarar görenlerin lehine olmak üzere sevk edilmiş ve onların dava açmak üzere yabancı bir ülkede bulunan taşıyıcının ikametgahı veya asıl iş merkezinin bulunduğu yer mahkemesine ya da sözleşmenin yapıldığı veya taşımanın son bulduğu ülke mahkemesine gitmek yerine, kendi oturdukları yerde dava açmalarına imkan sağlamıştır. Ancak birçok olayda yolcunun ikametgahının bulunduğu yer mahkemesi, m. 33/f.1'de sayılan

³⁵ Pradhan, s. 719.

³⁶ Pradhan, s. 724-275.

³⁷ Pradhan, s. 726.

yetkili mahkemeler ile örtüşecektir. Dolayısıyla 5. yetki havayollarına karşı açılacak davaların çok büyük bir oranda artmasına neden olmayacaktır.³⁸ Uçak biletlerini ikametgahları dışında başka bir ülkeden satın alan küçük bir grup yolcu 5. yetkiden faydalanacaktır. Bu durum da sigorta primlerinin ve bununla bağlantılı olarak uçak bilet fiyatlarının önemli derecede artmasına neden olmayacaktır.³⁹ Buna karşılık, 5. yetkinin tamamen ABD'nin ve ABD vatandaşlarının çıkarlarına hizmet edeceği ve bu durumun yargılamada farklılıklara yol açacağı da iddia edilmektedir.⁴⁰ Zira ABD, mümkün olan en yüksek tazminatı elde etmek isteyen davacılar bakımından hedef ülke konumundadır. Dolayısıyla 5. yetki, ABD vatandaşlarının ve ABD'de süresiz oturma iznine sahip kişilerin ABD mahkemelerinde talepte bulunmalarına olanak sağlamakta ve bu kişileri tazminat davasını yabancı bir devlet mahkemesinde açma zorunluluğundan kurtarmaktadır. Bu düzenleme sayesinde, ABD'de ikamet eden bir yolcu havayolu kazasının Montreal Sözleşmesi'ne taraf bir ülkede meydana gelmesi şartıyla Amerikan mahkemelerinde dava açabilecektir.

Montreal Sözleşmesi m. 33/f.2'de düzenlenmiş bulunan bu ek mahkemenin yetkisi 4 şartın gerçekleşmesi halinde kabul edilmiştir: (i) Zarar yolcunun ölümünden veya yaralanmasından kaynaklanmalıdır. Bu nedenle yüke gelen zararlar bu kapsamda değildir. Bu hüküm aynı şekilde bagajdan kaynaklanan taleplere de uygulanmaz. Ölüm veya yaralanmadan kaynaklanan talebe ilişkin olayda bagaj da kaybolmuş veya zarara uğramışsa, bagaja ilişkin talep m. 33/f.1'de sayılan yer mahkemelerinden birinde ileri sürülmelidir. Bu konuda, yolcunun esas ve daimi ikametgahı mahkemesinin yetkisi yoktur. (ii) Yolcunun kazanın gerçekleştiği esnada esas ve daimi ikametgahı o yerde bulunmalıdır. Yolcunun ikametgahı mahkemesinin yetki kazanması açısından yolcunun vatandaşlığı önem taşımamaktadır (m. 33/f.3). (iii) Taşıyıcının hizmet faaliyetlerini kendi hava taşıtı veya ticari bir anlaşma uyarınca bir başka taşıyıcının hava aracıyla o ülkeye veya o ülkeden gerçekleştirmesi gerekmektedir. Ticari anlaşma terimi m. 33/f.3'te tanımlanmıştır. Buna göre, ticari anlaşma acente anlaşması dışında taşıyıcılar arasında yolcuların hava yoluyla taşınmasına iliş-

³⁸ Pradhan, s. 728.

³⁹ Pradhan, s. 730.

⁴⁰ Moore, s. 231.

kin müşterek hizmetlerine ilişkin akdedilmiş anlaşmadır. (iv) Taşıyıcının kendisinin veya ticari anlaşmalı olduğu başka bir taşıyıcıya ait ya da kiralanmış bina ve müstemilatı bulunmalıdır. Bu hükme istinaden dava açabilmek için taşıma sözleşmesinin davacının oturduğu yerde yapılmış olması veya varma yerinin davacının oturduğu yer olması şartları aranmamıştır. Örneğin, Almanya'da ikametgahu bulunan A, tatil için Türkiye'de bulunduğu sırada Beyrut'a Türk Hava Yolları ile gidiş dönüş bir uçak bileti satın almıştır. Yolcu A, İstanbul-Beyrut uçuşunda ölüm ve yaralanmadan kaynaklanan zararlar için 5. yetkiye ilişkin m. 33/f.2 uyarınca, kendi ikametgahının bulunduğu Almanya'da Türk Hava Yolları'na karşı Türk Hava Yolları'nın Almanya'dan yaptığı uluslararası uçuşlar nedeniyle dava açabilecektir.

3. Yetkisizlik veya Derdestlik

Montreal Sözleşmesi m. 33/f.4'te usul sorunlarının davanın açıldığı mahkemenin kanunlarına göre çözümleneceği hükme bağlanmıştır. Örneğin, davanın m. 33'te sayılan mahkemeler dışında diğer bir ifadeyle yetkisiz bir mahkemede açılmış olmasının hukuki sonuçları, davaya bakan mahkemenin hukukuna göre belirlenecektir. Bu itibarla, mahkemenin yetkisizliğini re'sen mi yoksa davanın belirli bir safhasında davalı tarafın ileri süreceği yetki itirazı üzerine mi dikkate alacağı, davanın açıldığı ülke hukukuna göre belirlenecektir. Türk hukukunda, mahkemelerin milletlerarası yetkisizliğine ilişkin itirazın HMK m. 116'a göre ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerektiği kabul edilmektedir. Böyle bir itirazın yokluğunda mahkeme yer itibariyle ve dolayısıyla milletlerarası yetkiye sahip olmasa da yetkili hale gelir.⁴¹

Dava, 33. maddede sayılan mahkemelerden birinde açılmış ise artık aynı dava diğer akit devlet mahkemelerinde görülemez. Sözleşme'nin 33. maddesinde belirtilen mahkemelerde açılmış bulunan bir davanın tekrar başka bir akit devlet mahkemesinde açılmış olması, bu mahkeme bakımından bir derdestlik sebebi teşkil eder. Derdestlik itirazını ileri sürme şekli ve zamanı, Sözleşme'nin 33/f.4 maddesi gereğince davaya bakan mahkemenin hukukuna tabidir. Uluslararası sivil hava taşımacılığı ile ilgili olarak Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalarda yer

⁴¹ Nomer, s. 460-461.

alan yetki düzenlemelerine istinaden akit ülkelerde açılmış davalar, Türk mahkemeleri bakımından bir derdestlik sebebi teşkil eder.⁴² Milletlerarası sözleşme hükümlerine göre yetkili olan yabancı bir mahkemede açılmış bir dava sebebiyle derdestlik itirazı yapılabilecektir.⁴³ Türk hukukunda, derdestlik HMK m. 114(ı) uyarınca bir dava şartı olup usuli bir itirazdır.⁴⁴

4. İlave Yetki Kuralı (m. 46)

Birçok taşıma, taşıma sözleşmesinin tarafı olmayan kişiler tarafından icra edilebilmektedir. Taşımanın kısmen veya tamamen akit taşıyıcının vermiş olduğu yetkiye dayanarak üçüncü bir kişi tarafından yerine getirilmesi halinde bu kişi taşıma hukukunda fiili taşıyıcı olarak adlandırılmaktadır⁴⁵. Fiili taşıyıcı tarafından ifa edilen taşımalara ilişkin olarak dava açılacak ise, davacının seçimine bağlı olarak dava fiili taşıyıcıya veya akit (anlaşmalı) taşıyıcı aleyhine ayrı ayrı veya birlikte açılabilir. Dava taşıyıcılardan yalnızca birine karşı açılmışsa, davalı taşıyıcı diğer taşıyıcının davaya dahil olmasını talep edebilir. Bu talebin usulü ve etkisi davanın açıldığı mahkemenin hukukuna tabi olur (m. 45).

Montreal Sözleşmesi m. 45 uyarınca bir dava açılacak ise, dava davacının seçimine göre akit (anlaşmalı) taşıyıcı aleyhine m. 33'te sayılmış bulunan mahkemelerden birinde veya fiili taşıyıcının ikametgahu veya esas işyerinin bulunduğu yerdeki yetkili mahkemede açılabilir. Her iki durumda da davanın açıldığı ülkenin Montreal Sözleşmesi'ne taraf olması gerekmektedir (m. 46).

5. Yetki Sözleşmeleri (m. 49)

Montreal Sözleşmesi m. 49, zararın meydana gelmesinden önceki bir dönemde taşıma sözleşmesinde veya yapılacak özel bir anlaşma ile 33. maddede sayılan mahkemelerden başka bir mahkemenin yetkili olacağını kararlaştırılmasını yasaklamakta ve böyle bir şartın geçersiz olacağını belirtmektedir.

⁴² Şanlı, s. 103.

⁴³ Nomer, s. 437.

⁴⁴ Nomer, s. 468.

⁴⁵ Sözer, s. 45.

Montreal Sözleşmesi m. 49 uyarınca, ancak zararın meydana gelmesinden sonra bir yetki sözleşmesi ile yabancı bir mahkeme yetkilendirilebilir. Yetki sözleşmesine istinaden yetkili yabancı mahkemede dava açıldıktan sonra Türk mahkemesinde aynı konuda ikinci bir davanın açılması halinde bu sorunun nasıl çözüleceği iç hukuka bırakılmıştır. Türk hukukunda, yabancı bir devlet mahkemesinin yetki anlaşmasıyla yetkili kılınması halinde yabancı derdestliğin dikkate alınacağı kabul edilmiştir.⁴⁶ Buna karşılık, doktrinde bunun derdestlik değil, yetki itirazı olacağı da ifade edilmiştir.⁴⁷ Bu görüşe göre, yabancı mahkeme davaya bakmayı reddetmedikçe Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi sona ermiş sayılacak; dolayısıyla, yetki sözleşmesi Türk mahkemesinde dava açılmasını önleyecektir. Buna rağmen Türk mahkemesinde dava açılması halinde, davalı, yetki sözleşmesine dayanarak yetki itirazında bulunacaktır. MÖHUK m. 47'nin gerekçesinde yetki anlaşmasının varlığının yetki itirazına konu olacağına açıkça ifade edilmiş ve yabancı mahkemenin münhasır yetkili olduğu kabul edilmiştir. Yetki anlaşmasının varlığı halinde, yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz saymasına kadar, Türk mahkemesinin yetkisi doğmayacağından burada derdestlik değil, yetki itirazı söz konusu olmalıdır. Bu nedenle, yabancı mahkemede dava açılmadan önce veya sonra, davalının yetki anlaşmasının varlığını davanın esasına girilmeden önce cevap süresi içerisinde ileri sürmesi gerekmektedir. Geçerli bir yetki anlaşmasının varlığı yetki itirazında bulunmak için yeterlidir. Süresinde itiraz edilmemesi halinde ise, Türk mahkemesi yetkili hale gelecektir.

6. Zamanaşımı (m. 35)

Montreal Sözleşmesi'nin zamanaşımına ilişkin hükmü (m. 35), SHK m. 131 ile paraleldir. Buna göre, sorumluluğa ilişkin dava, hava aracının varma yerine geldiği veya gelmesi gerektiği tarihten veya taşımanın durduğu tarihten itibaren 2 yıl içinde açılmazsa tazminat talep hakkı düşer. Sürenin hesaplanma yöntemi ise *lex fori*'ye tabidir. Montreal Sözleşmesi'nin 35. maddesindeki 2 yıllık süre zamanaşımı

⁴⁶ Nomer, s. 437; Çelikel/Erdem, s. 545.

⁴⁷ Fügen Sargın, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Yetkin, Ankara 1996, s. 189-190; Vahit Doğan, "Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması", MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, C. 22, S. 2, İstanbul 2002, s. 142.

süresi olarak kabul edilmelidir.⁴⁸ Zira akdi ilişkilerde, tereddüt halinde hak düşümü süresi yerine zamanaşımı süresinin tercih edilmesi, sözleşme hukukuna egemen olan prensiplere daha uygun düşer.

Süreye ilişkin olarak değinilmesi gereken diğer bir madde, Sözleşme'nin şikayetlerin zamanına uygun olarak yapılmasına ilişkin 31. maddesidir. Bagaj veya yükü teslim almaya yetkili şahıs hasar durumunda şikayetini yazılı olarak bu maddede belirtilen süreler içerisinde yapmalıdır. Bahsedilen süreler içerisinde şikayette bulunulmaması halinde taşıyıcı aleyhine dava açılmayacaktır.

IV. Tahkim (m. 34)

Taraflar bazı durumlarda uyuşmazlıkların çözümü için mahkemeleri değil, tahkim yolunu seçebilirler. Tahkim usulünün daha esnek ve süratli olması, gizli olması, hakemleri seçme imkanına sahip olunması gibi nedenler tahkimin alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak seçilmesinde etken olabilir. Tahkim usulünün seçilmesindeki en önemli etkenlerden biri de, elde edilen kararın borçlunun mal varlığının bulunduğu veya bulunabileceği herhangi bir yabancı ülkede icrasının 1958 tarihli Newyork Sözleşmesi⁴⁹ nedeniyle bir mahkeme kararına nisbetle çok daha kolay olmasıdır.⁵⁰

Montreal Sözleşmesi'nin uygulama alanı kapsamında kalan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvuru iki şarta bağlanmıştır: (i) Taşıma konusunun yük olması ve (ii) tahkim yerinin m. 33/f.1'de sayılan yerlerden birisi olması. Taraflar şayet taşıma sözleşmesinin konusu yük ise, ihtilafın vukuundan önce veya sonra yapacakları bir tahkim sözleşmesi ya da taşıma sözleşmesine koyacakları bir tahkim şartı ile aralarındaki uyuşmazlıkların 33. maddede sayılan mahkemelerin yargı alanlarında gerçekleştirilecek tahkim prosedürleri çerçevesinde çözümlenmesini kararlaştırabilirler ve ihtilafın bu yolla çözümünü sağlayabilirler.

⁴⁸ Varşova/Lahey m.29 hükmünün zamanaşımı süresi olarak kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. Sözer, s. 263.

⁴⁹ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun No: 3731, Kabul Tarihi: 8.5.1991 (RG 21.5.1991/20877). 144 ülkenin taraf olduğu Sözleşme hakkında geniş bilgi için bkz. www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

⁵⁰ Nomer, s. 530.

Montreal Sözleşmesi m. 34'te, tahkim şartının veya anlaşmasının yazılı olması gerektiği açıkça öngörülmüştür. Tahkim, davacının tercihine göre, m. 33'te gösterilmiş olan yerlerden birinde yürütülecektir. Hakemin veya hakem kurulunun Montreal Sözleşmesi'nin hükümlerini uygulayacağı belirtilmiştir (f.3). Montreal Sözleşmesi m. 34/f.4 ile de 2. ve 3. fıkra hükümlerinin her tahkim anlaşmasının veya şartının ayrılmaz bir parçası olacağı ve bunlara aykırı bir anlaşmanın geçersiz olacağı ifade edilmiştir.

Montreal Sözleşmesi, sadece tahkim yerini belirlemiş, tarafların başvurabileceği tahkim türünü, tahkim sözleşmesine ve tahkimin usulüne uygulanacak hukuku düzenlememiştir. Bu sebeple, Montreal Sözleşmesi'ne istinaden yük taşıma sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar çerçevesinde gerçekleştirilecek tahkim usulü, tahkim yerinin belirlenmesi konusu dışında milletlerarası ticari tahkimin genel kurallarına tabi olacaktır.⁵¹

V. Uluslararası Havacılık Davaları ile İlgili Olarak Verilen Kararların İcrası

Montreal Sözleşmesi, uygulama alanına giren ihtilaflarla ilgili olarak 33. maddede sayılan mahkemelerce verilen kararların akit memleketlerde tanınması ve tenfizi meselesini düzenlememiştir. Bu sebeple, Sözleşme hükümlerine göre verilen kararların akit ülkelerde icrası, mahalli hukuka göre gerçekleşecektir. Bu nedenle, uluslararası havacılık ile ilgili yabancı mahkeme kararları Türkiye'de MÖHUK m. 50 v.d. hükümlerine göre tanınıp tenfiz edilecektir. Davacıların 33. maddede yetkili mahkemeler arasında tercih yaparken davayı açacakları ülke ile kararın ileride icra edilebileceği ülke veya ülkeler arasındaki tenfiz rejimini dikkate almaları uygun olacaktır. Buna karşılık, tahkim seçilmişse, yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi 1958 tarihli Newyork Sözleşmesi hükümlerine tabi olacaktır.

VI. Uygulanacak Hukuk

Taşıma sözleşmeleri, önemli ölçüde milletlerarası antlaşmaların hakimiyeti altındadır. Bu alanda, taşıma ile ilgili ortaya çıkması

⁵¹ Şanlı, s. 26.

ihtimal dahilinde olan her soruna ayrıntılı çözümler getiren klozlar içeren standart sözleşmeler ve genel işlem şartları da yaygın olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla taşıma sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, milletlerarası antlaşmaların uygulandığı veya taraflarca milletlerarası taşımaya ilişkin standart sözleşmelerin veya genel işlem şartlarının kullanıldığı hallerde, kural olarak kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmaya ihtiyaç olmayacaktır.⁵²

Hava yolu taşımacılığında kaynaklanan bir uyuşmazlık, Türkiye'nin taraf olduğu Montreal Sözleşmesi'nin uygulama alanına girdiği takdirde m. 1/f.2 uyarınca bu Sözleşme uygulanacaktır. Montreal Sözleşmesi'nin uygulama alanına girmekle beraber burada düzenlenmeyen hususlarda ve Montreal Sözleşmesi'nin uygulama alanı dışında kalan uluslararası hava taşımacılığında doğan uyuşmazlıklarda, esasa uygulanacak hukukun hangi kurallara göre belirleneceği önem arz etmektedir.

Montreal Sözleşmesi'nin uygulama alanına girmekle beraber burada düzenlenmeyen hususlarda, Sözleşme'de genel bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmadığından *lex fori*'nin konuya ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukukun tespit edilmesi gerekir. Eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler hakkında MÖHUK özel bir hüküm içermektedir (m. 29).⁵³ Taşıma sözleşmesinin yapılması, yorumu, ifası, sözleşmenin ihlali, hükümsüzlüğü ve borcun sona erme sebepleri MÖHUK m. 29 uyarınca uygulanacak hukuka tabi olacaktır.⁵⁴ MÖHUK m. 29, taraflara uygulanacak hukuku seçme imkanı tanımak suretiyle bu alanda irade muhtariyeti ilkesini benimsemiştir. Hukuk seçimi yapılmamış olması halinde ise, eşya taşıma sözleşmesinin en sıkı ilişkili olduğu ülke hukuku uygulanacaktır. En sıkı ilişkinin tayini açısından m. 29/f.2, aksi ispatlanabilen bir karine kabul etmiştir. Buna göre,

⁵² Ekşi, s. 93; Çelikel/Erdem, s. 387-388.

⁵³ MÖHUK m. 29, taşıma şekilleri arasında bir ayırım yapmamış olduğundan taşımanın denizyolu, karayolu veya havayolu taşıması olması bu maddenin uygulanması açısından önem taşımamaktadır.

⁵⁴ Ehliyet ve şekil konusunda uygulanacak hukuk MÖHUK m. 29'a tabi değildir. Taşıma sözleşmelerinde tarafların ehliyetinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk MÖHUK'un 9. maddesine göre belirlenecektir. Buna karşılık, taşıma sözleşmesinin şekli geçerliliği, yapıldıkları ülke hukukunun veya sözleşmenin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilecektir (m. 7).

eşya taşıma sözleşmesinin, sözleşmenin kuruluşu sırasında taşıyıcının esas işyerinin⁵⁵ bulunduğu ülke hukuku ile en sıkı ilişkili olduğu kabul edilecektir. Taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması için bu yerin aynı zamanda yüklemenin veya boşaltmanın yapıldığı ülke veya gönderenin esas işyerinin bulunduğu ülke ile örtüşmesi gerekir. Yükleme ve boşaltma limanlarından kasıt, taraflar arasındaki taşıma sözleşmesinde belirtilen limanlardır. Fiilen yükleme veya boşaltma yapılan limanların bulunduğu yer, uygulanacak hukuk bakımından bir önem taşımamaktadır.⁵⁶ MÖHUK m. 29/f.2, uygulanacak hukukun tespitinde sözleşmenin kurulduğu anı esas almış olduğundan taşıyıcının esas işyerinin daha sonra değişmesinin de bir önemi bulunmamaktadır. MÖHUK m. 29'daki şartlara uygun düşmeyen bir eşya taşıma sözleşmesi söz konusu ise, diğer bir ifadeyle taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülke aynı zamanda yüklemenin veya boşaltmanın yapıldığı ülke veya gönderenin esas işyerinin bulunduğu ülke değil ise, sözleşmelere ilişkin genel kural olan MÖHUK m. 24 uygulanır.⁵⁷

MÖHUK m. 29, yalnızca eşya taşıma sözleşmelerine ilişkin olduğundan bu kuralın kıyasen dahi yabancılık unsuru içeren yolcu taşıma sözleşmelerine uygulanması mümkün değildir.⁵⁸ Yolcu taşıma sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, öncelikle milletlerarası antlaşma hükümlerine göre; antlaşmanın bulunmaması halinde m. 24 uyarınca uygulanacak ülke hukukuna göre karara bağlanacaktır.⁵⁹ MÖHUK m. 24'ün ilk üç fıkrası hukuk seçimine ilişkindir. Tarafların uygulanacak hukuku seçmemiş olmaları durumunda uygulanacak hukuk sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuktur.

⁵⁵ Taşıyıcının esas işyeri, taşıyıcının faaliyetlerini fiilen yerine getirdiği yer olup taşıma şirketinin kurulduğu yer olarak değerlendirilmemelidir. Uygulamada, taşıyıcının işini bir alt taşıyıcıya yaptırması sıkça karşılaşılan bir durum olup m. 29 kapsamında taşıyıcı taşıma işini üstlenen kişi olarak kabul edildiğinden taşıma işini fiilen kendisinin yapıp yapmadığı önem taşımamaktadır. Bkz. Ekşi, s. 117-118.

⁵⁶ Ekşi, s. 94.

⁵⁷ Çelikel/Erdem, s. 387. Bu durumda m. 29/f.3 uyarınca uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerektiği, halin bütün şartlarına göre eşya taşıma sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde bu hukukun uygulanacağı hakkında bkz. Ekşi, s. 94.

⁵⁸ Ekşi, s. 105.

⁵⁹ Çelikel/Erdem, s. 388.

Montreal Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için uyumsuzluğun taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin olması gerekir. Örneğin, imalatçıya veya hava kontrolörlerine karşı açılan davalar, Sözleşme'nin kapsamına dahil değildir. Bu nedenle, davacının sözleşmeye dayanan talepleri dışında haksız fiilden kaynaklanan bir talebi söz konusu olursa veya davacı uçağı imal eden kişinin sorumluluğuna gidecek olursa, uygulanacak hukukun MÖHUK'un haksız fiillere ilişkin maddelerine göre tespit edilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, hava yolu taşımacılığında kaynaklanan bir uyumsuzlukta MÖHUK m. 1/f.2 uyarınca öncelikle Montreal Sözleşmesi uygulanacağından MÖHUK m. 29, Sözleşme'ye taraf olmayan devletlerle bağlantılı olan veya Sözleşme'nin uygulama alanına girmeyen eşya taşıma sözleşmeleri açısından devreye girecektir.

VII. Sonuç

Her devlet, yabancılık unsuru taşıyan bir davada kendi mahkemelerinin hangi koşullar altında yetkili olacağına kendisi karar verir. Yetkinin hangi unsurlar temel alınarak tesis edileceği bir iç hukuk meselesidir. MÖHUK m. 40/f.1 uyarınca, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder. Ancak söz konusu uyumsuzluk Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası bir sözleşmenin uygulama alanına giriyorsa, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi söz konusu Sözleşme'nin yetkiye ilişkin hükümlerine göre tespit edilir. Çalışmanın konusu olan Montreal Sözleşmesi'nin 33. maddesi, yetkili mahkemelere ilişkin bir düzenlemeye yer vermiş olduğundan Türk hakiminin milletlerarası yetki konusunda MÖHUK'tan önce söz konusu Sözleşme'nin 33. maddesine başvurması gerekmektedir. Montreal Sözleşmesi m. 33'e göre, davacının tercihinin bağlı olarak akit ülkelerden birinde olması şartıyla davalar 4 ayrı yer mahkemesinde açılabilir. Bu liste, taşıyıcının ikametgahının bulunduğu yer, taşıyıcının esas iş merkezinin bulunduğu yer, taşıyıcının taşıma sözleşmesini yaptığı iş yerinin bulunduğu yer ve varış yeri mahkemelerini içermektedir.

Hava yolu taşımacılığında kaynaklanan bir uyumsuzlukta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkiye sahip olduğu belirlendikten sonra, uyumsuzluğa uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerek-

tedir. Her somut olayda, MÖHUK'un 29. maddesindeki kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmasından önce konuyla ilgili bir milletlerarası sözleşmenin mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır. Montreal Sözleşmesi'nin uygulama alanına giren bir uyuşmazlık söz konusu ise hiç kuşkusuz doğrudan Sözleşme kuralları uygulanacaktır. Montreal Sözleşmesi'nde hüküm olmayan konularda, uygulanacak hukuk, davanın açıldığı mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir. Davada bir Türk mahkemesinin yetkili olması durumunda, Türk hakiminin MÖHUK'un ilgili kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuku tespit etmesi gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Çelikel Aysel/Erdem Bahadır; *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta, 12. Bası, İstanbul 2012.
- Doğan Vahit; "Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması", MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, C. 22, S. 2, İstanbul 2002, s. 121-148.
- Ekşi Nuray; *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, İstanbul 2010.
- Moore Larry; *The new Montreal Liability Convention, Major Changes in International Air Law: An End to the Warsaw Convention*, Tulane Journal of International and Comparative Law, Spring 2001, s. 223-232.
- Nomer Ergin; *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul 2011.
- Pradhan Devendra; *The Fifth Jurisdiction Under The Montreal Liability Convention: Wandering American or Wandering Everybody*, Journal of Air and Commerce 2003, s. 717-730.
- Sargın Fügen; *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Yetkin, Ankara 1996.
- Sözer Bülent; *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi*, 2. Bası, İstanbul 2009.
- Şanlı Cemal; *Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk*, İstanbul 1992.

TBMM'NİN KAMU BAŞDENETÇİSİ SEÇME İŞLEMLERİNİN YARGISAL DENETİMİ ÜZERİNE BİR ÇÖZÜMLEME

AN ANALYSIS OF THE JUDICIAL REVIEW OF THE GRAND NATIONAL ASSEMBLY OF TURKEY'S ELECTION DECISION ON THE HEAD OMBUDSMAN

Nazile İrem YEŞİLYURT*

Özet: Bu çalışmada, TBMM Genel Kurulu'nun kamu başdenetçisi seçme işleminin hukuka uygunluğunun hangi mahkeme (Anayasa Mahkemesi ya da Danıştay) tarafından denetleneceği tartışılmıştır. Seçim kararı, Anayasa Mahkemesi denetimine tabi parlamento kararlarından olmadığı gibi, Mahkeme söz konusu işlem üzerinde etkili yargı denetimi gerçekleştirmeye elverişli normlara başvurma olanağından yoksundur. Seçim kararının niteliği araştırılırken, TBMM Genel Kurulu, Meclis Komisyonları, Kamu Denetçiliği Kurumu ve denetime tabi idareler arasındaki ilişki çözümlenmiştir. Üç ölçütün (organik, biçimsel ve işlevsel) birlikte ele alınması neticesinde, seçim kararının idari işlem niteliği taşıdığı ve Danıştay tarafından denetlenebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın daha önce verdiği kararlar bu sonucu desteklemektedir.

Anahtar Kelimeler: TBMM Genel Kurulu, kamu başdenetçisi, yargı denetimi, parlamento kararları, seçim kararının idari niteliği

Abstract: In this study, it has been discussed that which court should review the Grand National Assembly's election decision on the Head Ombudsman – whether the Constitutional Court or the Council of State-. Since the election decision is not one of those parliamentary acts which might be subject to the review of the Constitutional Court, the Court cannot draw on the norms that are necessary for an effective judicial review of the decision. While examining the administrative nature of the election decision, the legal relationship between the Grand National Assembly, the Assembly's Commissions, the Ombudsman Institution and the administrative units that are subject to its review is analyzed. As a result, the three criteria approach (the organic, formal and functional), showed that the election decision qualifies as an administrative act and, therefore, can be reviewed by the Council of State. The previous decisions of both the Constitutional Court and the State of Council support this argument.

Keywords: The Grand National Assembly of Turkey, head ombudsman, judicial review, parliamentary decisions, administrative nature of the election decision

* Arş. Gör., Anka Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İdare Hukuku

Giriş

Parlamento kararları, “yasama meclislerinin tek başlarına veya birlikte yaptıkları, kanun dışındaki bütün işlemler” olarak tanımlanmaktadır¹. Parlamento kararlarının konu ve nitelik bakımından çeşitliliği, bu olumsuz ve biçimsel tanım dışında, maddi yönden tanımlanmalarına imkân vermemektedir². Ancak Anayasanın TBMM kaynaklı tüm irade açıklamalarına bağladığı yargı denetimi mekanizmaları farklı olduğundan söz konusu irade açıklamalarının tasnifi gerekli hale gelmektedir. Anayasanın 148. maddesinde, Anayasaya uygunluk denetimine tabi normlar tüketici biçimde sayılmıştır. Kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün şekil ve esas bakımından; Anayasa değişikliklerinin ise sadece şekil bakımından denetlenmesi Anayasa Mahkemesi'nin gerçekleştirdiği norm denetiminin konusunu oluşturmaktadır. Meclis kararlarından, yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve TBMM üyeliğinin düşürülmesi işlemlerinin Anayasaya uygunluk denetimi ise, Mahkeme'nin norm denetimi dışında kalan görevlerindedir.

Bu çalışmada amaçlanan, tüm parlamento kararlarını sınıflandırmak ve yargı denetimi yönünden incelemek değildir. TBMM Genel Kurulu, 27.11.2012 tarihinde yapılan seçim sonucunda Dilekçe ve İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyonca gösterilen üç aday içerisinde ilk kez kamu başdenetçisi seçmiştir. 1028 sayılı Kamu Başdenetçiliği Seçimine İlişkin Karar, “TBMM Kararı” başlığı altında Resmî Gazete’de yayımlanmıştır³. TBMM Genel Kurulu, TBMM Komisyonları, Kamu Denetçiliği Kurumu ve denetime tabi idareler arasındaki ilişkinin karmaşık bir görünüm arz etmesi, her şeyden önce bu yapının çözümlenmesine yönelmektedir. Yargı organlarının görev alanlarını belirlemek ancak böyle bir çözümleme sayesinde mümkün olabilir. Gerek Anayasa Mahkemesi'nin gerekse Danıştay'ın yasama işlemi-idari işlem sınırına ilişkin daha önce geliştirdiği ölçütler ışığında, TBMM Genel Kurulu'nun kamu başdenetçisi seçme işleminin idari niteliği araştırılacak, idari yargı denetimine tabi

¹ Erdoğan Teziç, *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, İ.Ü.H.F. Yayını, İstanbul, 1972, s. 11

² Ergun Özbudun, “Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri”, *A.Ü.H.F. Dergisi*, Cilt 36, Sayı 1-4, 1979, s. 5-6

³ R.G. Tarih-Sayı: 4.12.2012-28487

tutulmasının mümkün olup olmadığı tartışılacaktır. 2010 Anayasa değişiklikleri ile Anayasaya eklenen seçim işlemi “yargı denetimine tabi tutulması gerekse idi”, hukuka uygunluğunun hangi mahkeme (Anayasa Mahkemesi ya da Danıştay) tarafından inceleneceği saptanmaya çalışılacaktır.

I. SEÇİM İŞLEMİNİN DENETİMİNDE ANAYASA YARGISININ SINIRLILIĞI SORUNU

A. TBMM Genel Kurulu’nun Kamu Başdenetçisi Seçme İşlemi Anayasa Mahkemesi Denetimine Tabi Meclis Kararları Kümesinin Dışında Kalmaktadır

Anayasa, parlamento kararlarından yalnızca içtüzükler ile “yargısal nitelikli Meclis kararları” olarak adlandırılan yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve TBMM üyeliğinin düşürülmesi işlemlerinin anayasaya uygunluk denetimini öngörmüştür; diğer parlamento kararlarını Anayasa yargısı denetimi kapsamı dışında bırakmıştır.

TBMM’nin kamu başdenetçisi seçme işleminin Anayasaya uygunluğunun denetlenebilmesi için bir ihtimal olarak, Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihadında⁴ başvurduğu bir kavram olarak olan “eylemli içtüzük değişikliği niteliği taşıması” düşünülebilir ki o da mümkün görünmemektedir. Şöyle ki, Anayasa Mahkemesi, denetim yetkisini, yalnızca içtüzük ya da içtüzük değişikliği adını taşıyan işlemlerle sınırlı tutmamakta ve içtüzük düzenlemesi niteliğinde gördüğü diğer parlamento kararlarını da denetlemektedir. Şekli ölçüt uyarınca, içtüzükler diğer parlamento kararları gibi TBMM tarafından yapılır; cumhurbaşkanınca yayımlanma şartına bağlı olmaksızın doğrudan Meclis tarafından karar başlığı altında

⁴ AYM, E. 1966/7, K. 1966/46, T. 19.12.1966, AYMKD, sayı 5, s. 40-41; E. 1967/6, K. 1968/9, T. 27.2.1968, AYMKD, sayı 6, s. 123-138; E. 1970/25,26, K. 1970/32, T. 18.6.1970, AYMKD, sayı 8, s. 340; E. 1970/57, K. 1971/33, T. 23.3.1971, AYMKD, sayı 9, s. 373-397; E. 1970/32, K. 1971/22, T. 23.2.1971, AYMKD, sayı 9, s. 326-334; E. 1973/43, K. 1973/39, T. 25.12.1973, AYMKD, sayı 11, s. 373-399; E. 1977/6, K. 1977/14, T. 22.2.1977, AYMKD, sayı 15, s. 176-197; AYM, E. 1979/7, K. 1979/18, T. 12.4.1979, AYMKD, sayı 17, s. 137; E. 1979/22, K. 1979/45, T. 18.12.1979, AYMKD, sayı 17, s. 349-390; E. 1990/31, K. 1990/24, T. 24.9.1990, AYMKD, sayı 26, s. 402-403; E. 1992/26, K. 1992/48, T. 17.9.1992, AYMKD, sayı 28/2, s. 538-539; E. 1996/19,20,21, K. 1996/13,14,15, T. 19.6.1996, AYMKD, sayı 32/2, s. 692, 709, 721

Resmi Gazete'de yayımlanır. Başkaca bir organ ya da kurum içtüzük yapma konusundaki Meclisin bu özerk düzenleme yetkisine katılmaz⁵. Bu nedenle, şekli ölçüt, içtüzükleri yalnızca yasalardan ayıran bir işleve sahiptir; diğer parlamento kararları arasında içtüzüklerin niteliğini saptamaya elverişli bir ölçüt teşkil etmez. İchtüzükleri diğer parlamento kararlarından farklılaştıran özellik, ancak maddi ölçüt araştırması ile ortaya konulabilir: Maddi ölçüt bakımından, içtüzükler, meclislerin kendi iç örgütlenmelerini, çalışma ve faaliyetlerini düzenlemek amacıyla *kural koyan* yasama işlemleridir. İchtüzüklerin düzenleme alanının içe dönük ve Meclis çalışmalarıyla sınırlı olması, onları bir taraftan yasalardan ayırdığı gibi⁶, diğer taraftan, birel ve sübjektif nitelikli üye seçme-atama işlemlerinden uzaklaştırır. İchtüzüklerin, kural olarak, sadece yasama meclisi üyelerini bağlaması, meclis dışında bir uygulama alanına sahip olmaması, kişilerin statüleri üzerinde hukuki etki doğurmalarına engeldir. Dolayısıyla, konusu Kamu Denetçiliği Kurumu'nda görev yapmak üzere başdenetçi seçmek olan birel nitelikli bir işlemin, içtüzük düzenlemesi niteliğinde olduğu ya da içtüzük kapsamına giren bir konuyu düzenlediği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi önünde norm denetimine tabi tutulması olanaklı değildir.

B. Anayasa Mahkemesi'nin Başvurduğu Hukuka Uygunluk Bloku Seçim İşlemi Üzerinde Etkili Bir Yargı Denetimi Gerçekleştirmeye Elverişli Değildir

Daha önce belirtildiği gibi, kamu başdenetçisi seçme işlemi, Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimine tabi meclis kararlarından değildir. Yine de, seçim işleminin meclisteki siyasi partilerce çekişme konusu yapılarak Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi ve Anayasa Mahkemesi'nin de başvuruyu ilk inceleme aşamasında reddetmemesi olasılığı akla gelebilir. Bu olasılıkta bile şöyle bir sorun ortaya çıkmaktadır: Anayasa Mahkemesi bu işlemleri hangi normlara göre yargılayacaktır?

⁵ Erdoğan Teziç, *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 22 vd.

⁶ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayıncılık, 9. Bası, İstanbul, 2009, s. 243

Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararname-lerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler (AY m. 148/ f. 1). Mahkemenin Anayasaya uygunluk denetiminde kullandığı ilk ölçüt Anayasadır.⁷ Anayasanın 74. maddesinde oylamaya ilişkin nisaplar belirlenmiştir. Ancak seçilen kişilerin taşınması gereken nitelikler 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 10. maddesinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, adayların başvurusuna, TBMM Dilekçe Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyon'un adaylar arasında yapacağı ön değerlendirmeye, TBMM Genel Kurulu'nun seçim işlemlerinde uyması gereken usul ve nisaplara, seçim sürecinin tamamlanması gereken süreye ilişkin kurallara da aynı Yasa'nın 11. maddesinde yer verilmiştir. Yasalar, anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştiren anayasa yargıcını bağlayan referans normlardan değildir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin seçim işlemini yasa hükümlerine uygunluk açısından yargılayamaması, yargısal denetimin kapsamını daraltmaktadır. Her ne kadar, TBMM Genel Kurulu'nun seçim kararından önceki süreçte tek başına hukuki etki doğuran işlemlerin idari yargıda denetlenebileceği düşünülebilirse de, bu işlemlere karşı ayrıca dava açılmaksızın doğrudan nihai karara (seçim kararına) karşı Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açıldığında, TBMM iradesinin oluşumuna etki eden işlemlerin denetlenmesi olanağı bulunmamaktadır. Bu durum, seçim prosedüründeki işlemler zincirinin tümü üzerinde salt anayasaya uygunluk denetimi yoluyla bir yargısal denetim gerçekleştirmenin mümkün olmadığını göstermektedir.

Oysa idari kararlar, bir kanuna aykırı olabileceği gibi, Anayasaya da aykırı olabilir. Anayasanın da bazı hallerde doğrudan doğruya mahkemeler tarafından uygulanabilen bir kanun olduğu, yalnızca yasama organına değil yürütme ve yargı organlarını da bağladığı göz önünde bulundurulursa, buna aykırı idari kararların da iptali gerekir.⁸ TBMM Genel Kurulu'nun kamu başdenetçisi seçme işlemi idari işlem olarak nitelenip idari yargı denetimine tabi tutulabildiği takdirde, ida-

⁷ Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 95

⁸ Turhan Feyzioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi (Yabancı Memleketlerde - Türkiye'de)*, AÜSBF Yayınları No: 19-1, Ankara, 1951, s. 28-29

ri yargının başvurabileceği ölçü normlar daha kapsamlıdır. Zira idari yargı, nihai karar da dâhil olmak üzere seçim sürecinde hukuki etki doğuran tüm işlemleri hem Anayasa'ya hem de Yasa'ya uygunluk bakımından denetleme olanağına sahiptir.

II. SEÇİM İŞLEMİNİN İDARİ YARGININ GÖREV ALANI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

TBMM Genel Kurulu'nun kamu başdenetçisi seçme işlemi idari yargı denetimine tabi tutulacak idari işlem midir? Yukarıdaki açıklamalarla varılmak istenen soru esasen budur.

TBMM'nin kamu başdenetçisi seçme işleminin idari niteliğinin saptanması, incelenen olgu bakımından, yasama ile yürütme organları arasındaki sınır sorununun çözülmesini gerektirir. Devletten kaynaklanan bir irade açıklamasının niteliğinin belirlenmesinde irade açıklayanın hangi örgütlenme içinde yer aldığı (organik ölçüt), hangi işlevi yerine getirdiği (maddi/işlevsel ölçüt) veya hangi yöntemle/biçimle iş gördüğü (biçimsel ölçüt) ölçü alınarak değerlendirme yapılabilir⁹. TBMM Genel Kurulu, TBMM Komisyonları, Kamu Denetçiliği Kurumu ve denetime tabi idareler arasındaki ilişki, gerek Anayasanın 74. maddesinin, gerekse Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun öngördüğü yapı nedeniyle, yasama ile yürütme organları arasındaki ilişkiden yer yer farklılaşan özellikler barındırmaktadır. Bu yapının çözümlenmesi aracılığıyla, TBMM Genel Kurulu'nun seçim kararının ölçütlerle tartışılması ve neticede yargı yolu açısından tespitlere varılması mümkün olabilecektir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi ile Danıştay'ın daha önce verdiği kararlarda başvuru yorum yöntemleri, geliştirilen ölçütler, varılan sonuçlar, yukarıda sorulan sorunun cevaplanmasına katkı sağlayacaktır.

A. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın Yasama İşlemleri ile İdari İşlemler Arasındaki Sınır Sorununa Yaklaşımı

1961 Anayasası döneminde, Cumhuriyet Senatosu'nun Sayıştay Birinci Başkanını seçme kararına karşı açılan iptal davasında, TBMM

⁹ Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara, 2012, s. 24

Bütçe Karma Komisyonu'nun Sayıştay Kanununda öngörülen yeterli çoğunluğunun bulunmadığı bir toplantıda seçim yapmış olması nedeniyle, hukuken ortaya çıkmamış bir kararın, Millet Meclisi Genel Kurulu'nda ve Cumhuriyet Senatosu Genel Kurulu'nda hiçbir işleme tabi tutulamayacağı ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, seçim işlemini denetim görevi dışında değerlendirmiş; davayı reddetmiştir.

“Yasama Meclislerinin sözü geçen onaylama yetkisini kullanırken aldıkları kararları, Anayasanın değişik 64. 81. ve 85. maddelerinde belirtilen türde bir yasama belgesi veya işlemi saymaya olanak yoktur. (...) Burada şu yönün açıklanmasında yarar vardır: Meclislerin İçtüzük değişikliği niteliğinde aldığı kararlarla, Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında tutulan bir yasama işleminin oluşturulmasında kimi içtüzük kurallarına uyulmamış olmasını ya da aykırı uygulamalar yapılmış bulunmasını birbirinden ayrı konular olarak görmek gerekir. Cumhuriyet Senatosu, 832 sayılı Sayıştay Kanununun 5. maddesinde belirtilen yetkiyi kullanmış ve bu konuda bir karar almıştır. Bu kararın oluşturulmasında Anayasaya ya da İçtüzüğe ters düşüldüğü veya yeni bir içtüzük hükmü yaratılmış olduğu yönünde öne sürülen savların Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilebilmesi, ancak bu kararın denetiminin Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkisi içinde olması koşulu ile gerçekleştirilebilir. (...) Öte yandan, Sayıştay Birinci Başkanının Bütçe Karma Komisyonunca yapılan seçimin Cumhuriyet Senatosunca onaylanmasına ilişkin karar, yeni bir İçtüzük hükmü düzenlenmesi veya içtüzüğün bir hükmünün değiştirilmesi niteliğinde olmayıp, belli bir kanun hükmünün uygulanmasından ibarettir. (...) Bu nedenlerle Cumhuriyet Senatosunun Sayıştay Birinci Başkanının seçimine ilişkin kararın Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmesi, Anayasa Mahkemesinin görevi dışındadır. Söz konusu kararın iptali istemiyle açılan dava reddedilmelidir.”¹⁰

¹⁰ AYM, E. 1978/50, K. 1978/43, T. 22.6.1978, AYMKD, sayı 16, s. 190. Teziç, söz konusu kararı yorumlarken, dava konusu işlemin meclisin iç hukuku ile ilgili olmayıp kanunun uygulanması sonucu alınan idari nitelikte bir karar olduğuna dikkat çekmektedir: “... yasama meclisi Başkanlık Divanının idarî nitelikteki kararlarının hukuka aykırılıkları idarî yargılamanın denetimine bağlanmıştır. Aynı şekilde, idarî nitelikteki yasama meclisleri genel kurul kararlarının, meclislerin iç-hukukuna ilişkin olmamaları nedeniyle, idarî yargılamanın denetimine bağlı olduklarını kabul etmek gerekir. Başka bir anlatımla, yasama meclislerinin idarî nitelikteki kararları Anayasa Mahkemesinin denetim görevi dışındadır ama, bağlı oldukları hukuksal rejim nedeniyle idarî yargılamaya denetiminden sıyrılmış da sayılamazlar.” Erdoğan Teziç, *Türk Parlamento Hukukunun*

1982 Anayasası döneminde ise, Sayıştay Kanununun, Sayıştay Birinci Başkanının TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından seçilmesine ilişkin kararın TBMM Genel Kurulunca onaylanmasını öngören 5. maddesi iptal davasına konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın "Yargı" bölümünde düzenlenmiş olmasına karşın Sayıştay'ı bir yargı organı olarak nitelermemiş, "Sayıştay ile ilgili seçimlerin, TBMM'nin istisnai olarak kullandığı ve maddi anlamda idari nitelikte olan bir yetki olduğunu" kabul etmiştir.

"Anayasa'nın 160. maddesinin üçüncü fıkrasında, Sayıştay'ın işleyişinin yasayla düzenleneceği öngörülmüştür. Sayıştay, genel ve katma bütçeli idarelerin gelir ve giderlerini ve mallarını TBMM adına denetlemek ve mali yönetimin belirli görevlilerinin hesaplarını yasasında gösterilen kendine özgü yöntemlerle incelenmekle görevlidir. Denetleme ve sorumluların hesaplarını kesin hükme bağlama TBMM adına yapılmaktadır. Bu denetim, yargısal değil özel yöntemler kullanılarak yapılan ve özü itibarıyla idari nitelikte bir tür denetimdir. (...) Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetim yapan anayasal bir organın Başkan ve üyelerinin seçimi Anayasa'da gösterilmemiş ise de, bu seçimlerin TBMM genel kurulunca yapılması anayasal sistemin, diğer bir anlatımla TBMM ile Sayıştay arasındaki ilişkinin doğal sonucudur. (...)Anayasa'nın 7. maddesinde yasama yetkisi ile ilgili kural konulmuştur. Başta yasama olmak üzere TBMM'nin görevleri Anayasa'nın 87. maddesinde sayılmıştır. Bu maddeye göre, TBMM'nin yasama görevi yanında yapısal niteliği siyasi ve idari olan bir dizi görevi daha vardır. Bu görevlerin niteliği 87. madde sebebi ile yukarıda tartışılmıştır. Sayıştay üye seçimlerini düzenleyen ve iptali istenen maddenin, yasama görevi ile ilgili genel ve temel esasları belirleyen Anayasa'nın 7. maddesi ile bir ilgisi yoktur."¹¹

Danıştay, TBMM Başkanlık Divanı ve TBMM Başkanı'nın işlemleri karşısında, Genel Kurul işlemlerinden farklı bir yaklaşım benimsemektedir. TBMM'nin bu iki organını idari makam saymaktadır. Örneğin, TBMM Başkanı'nın Sayıştay üyelerinin aylık ve ödenekleri ile ilgili işlemlerini kendi görev alanı içinde değerlendirmiştir¹². TBMM

Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, s. 34

¹¹ AYM, E. 1990/39, K. 1991/21, T. 11.7.1991, R.G. Tarih-Sayı: 23.5.1992-21236

¹² Danıştay Dava Daireleri Kurulu, E. 1967/846, K. 1968/271, T. 6.4.1968. Aktaran: Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt 2, *İdari Yargılama Hukuku*,

Genel Kurulunca onaylanıp Resmi Gazete’de yayımlanan, Sayıştay’a üye seçimine ilişkin TBMM Bütçe Plan Komisyonu kararının iptali istemiyle açılan davayı ise, organik ölçüt bakımından bir idari işlem bulunmadığı gerekçesiyle görevsizlik kararı vererek reddetmiştir. Mahkeme, işlevsel ve biçimsel ölçüte de değinmekle birlikte, dava konusu işlemi tesis eden bir “idari makam” araştırmasına ağırlık vermiştir.

“Kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemiş olan Anayasamızda TBMM’nin görev ve yetkileri yasama bölümünde düzenlenmiştir. Bu haliyle TBMM genel kurulunun ve TBMM İç Tüzüğüne göre oluşturulmuş olan Plan ve Bütçe Komisyonunun Anayasa sistemimiz içinde “idari makam” olarak düşünülmesi hiç bir şekilde mümkün değildir. TBMM Başkanlığınca TBMM’de görev yapan personel hakkında tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda ise, bu işlemler fonksiyonel açıdan idari nitelik taşıdığından ve TBMM Genel Kurulu ve Komisyonlarının bir tasarrufu olarak düşünülemediğinden durum uyuşmazlık konusu işten farklı bir niteliğe bürünmekte ve bu konudaki davalar idari yargı mercilerinin görev alanına girmektedir. Açıklanan duruma göre, ‘idari bir makam’ olarak kabul edilemeyeceği tartışmasız olan yasama organının Sayıştaya üye seçilmesiyle ilgili olarak Plan ve Bütçe Komisyonunca yapılan ve TBMM Genel Kurulunca onaylanmış olan tasarrufun idari yargı denetimine tabi tutulması olanak dışıdır.”¹³

Esasen bir yüksek mahkeme olarak Danıştay, aktarılan kararda yargısal nitelikli görevleri bulunan Sayıştay’ın üyelerine ilişkin bir davaya bakmaktan kaçınmıştır. Bu karar, Anayasa Mahkemesi’nin Sayıştay’a üye seçimini idari işlem olarak niteleyen ve kendi denetimi kapsamı dışında tutan kararları ile birlikte ele alındığında, farklı gerekçelerle de olsa iki mahkeme tarafından benimsenen bir *yargı kısıntısı* ortaya çıkmaktadır.

Sayıştay, her ne kadar Anayasa Mahkemesince yargı organı olarak nitelenmemiş olsa da, Anayasa ile Başkan ve üyelerine yargıçlık

¹³ Turhan Kitabevi, 4. Bası, Ankara, 2010, s. 166
Danıştay 5. Daire, E. 1987/2379, K. 1987/1785, T. 16.12.1987, *Danıştay Dergisi*, Sayı 70-71, s. 271. Kararı değerlendiren Özey’a göre, “Meclis idari personelinin özlük işlerine ilişkin işlem ve kararlar Başkanın yönetimindeki idare birimlerinin yetkilileri tarafından alındığı için bu “kıyas” doğru değildir.” İlhan Özey, “Radyo ve Televizyon Üst Kurulu”, *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, No: 10, Ocak 1995, s. 60, dipnot 4

teminatına tanınmış, kuruluş ve işleyişi yargı organı gibi örgütlenmiştir. Danıştay, TBMM Genel Kurulu'nun idare içindeki birimlere üye seçme kararları ile yargı organlarına üye seçme kararları arasında fark gözetmektedir. Örneğin, TBMM Genel Kurulunca RTÜK'e üye seçme işleminin iptali ile davacının RTÜK üyeliğinin sona ermesi sonucunu doğuran bu karardan dolayı yoksun kaldığı aylık ve diğer özlük haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesi ve göreve iadesine hükmedilmesi istemiyle açılan davada, Sayıştay'a üye seçme işlemine karşı açılan davada benimsediği yaklaşımını takip etmemiştir. İdari makam arayışına ağırlık vermek yerine işlevsel ölçütü belirleyici kabul etmiştir. Sonuç olarak "idari makam bulunmadığı" gerekçesiyle görevsizlik kararı veren idare mahkemesi kararını bozmuştur. Hukuk devleti gereği, devlet örgütlenmesinden çıkan hiçbir irade açıklamasının düzeltici mekanizmalar dışında kalmaması gerekliliği idari örgüt (organik ölçüt) arayışından tasarruf edilmesinin gerekçesi olmuştur.¹⁴ Mahkeme, böylelikle uyuşmazlık konusu TBMM Genel Kurulu kararı üzerinde yargı kısıntısına gitmeyerek yasamanın idari işleminin denetime açılmasını sağlamıştır.

"İptal davasına konu olabilecek nitelikteki bu tür işlemler, yalnızca Anayasa'nın yürütme organı içinde öngördüğü yapısal "idare"ye özgü olmayıp, yasama ve yargı organlarınca tesis edilmekle birlikte "yasama" ya da "yargı" fonksiyonuyla ilgisi olmayan ve tümüyle "idare" işlevine ilişkin olarak yukarıda belirtilen tanıma uygun biçimde alınan kararların da idari işlem olarak kabulü gerekir. (...) İdare işlevine ait işlemlerin yasama organınca yapılmış olması, işlemin idari niteliğini değiştirmeyeceği gibi, bunların yargısal denetim dışında bırakılması hukuki sonucunu da doğurmaz. Zira bu tür işlemlerden çok daha üstün hukuk normları olan kanunların, kanun hükmünde karar-namelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya Mahkemesi önünde iptal davalarına konu edilmeleri mümkün iken, yasama organının idari işlemleri üzerinde yargısal denetimin yapılmaması hukuk devleti ilkesine uygun düşmez. / Bu nedenle, yürütme erki içinde bulunan bir üst kurula kamu görevlisi atanmasına ilişkin

¹⁴ Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 33

uyuşmazlık konusu TBMM kararı, idare fonksiyonuyla ilgili olduğundan, iptal davasına konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem olduğu açık olup, Mahkemece uyuşmazlığın esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.”¹⁵

Fransa’da ise, Conseil d’Etat organik ölçüte çok daha fazla bağlı kalmaktadır. Mahkeme’nin yakın zamana kadar yalnızca organik ölçütü esas alarak parlamenter meclislerin organlarının idari işlemlerini yargılamakta bile çekingen davranması, tarihsel nedenlerle açıklanmaktadır. Çünkü III. Cumhuriyet Dönemi’ne hâkim olan aşırı yasamerkezci anlayış, gerek doğrudan Ulusal Meclis ve Senato’dan gerekse meclislerin organlarından çıkan kararlara tanınan yargı bağışıklığını haklı göstermiştir. Parlamenter meclislerin anayasal ayrıcalıkları, bağımsızlıklarının güvencesi olarak görülmüştür.¹⁶ Ayrıca, bazı idari işlemlere karşı iptal davası yolunu kapatan 24 Mayıs 1872 sayılı Yasa’nın 9. maddesi ile buradaki hükmü tekrarlayan 31 Temmuz 1945 tarihli 45-1708 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin (*Ordonnance*) 32. maddesi, Conseil d’Etat’ın idari makam bulunmadığı gerekçesiyle verdiği görevsizlik kararlarının dayanağını oluşturmuştur. Mahkeme, pek çok kararında, parlamenter meclislerin idaresi ile görevli organların idari nitelikteki işlemlerini görev alanı dışında değerlendirmiştir.¹⁷ Ancak, 17 Kasım 1958 tarihli Kanun Hükmünde Kararname (*Ordonnance*) ile idari yargıya Parlamento personelinin kariyerine ilişkin uyuşmazlıklara bakma görevi verilmesinden sonra, parlamenter meclislerin ve komisyonlarının idari işlemleri önündeki kısıntılar bir ölçüde ortadan kalkmıştır. Söz konusu Kanun Hükmünde Kararname, içtihat yoluyla, görev başvurusunda bulunan adayları, stajyerleri, emeklileri ve

¹⁵ Danıştay 5. Daire, E. 2005/5627, K. 2007/72, T. 24.1.2007, *Danıştay Dergisi*, Sayı 115, s. 196

¹⁶ Nicolas Chiffrot, “Le juge administratif n’est-il que le juge de l’administration? Un élément de réponse”, *AJDA*, 2011, s. 1851

¹⁷ CE, “Sieur Vouters”, 26 Mayıs 1950, concl. Agid, *Rec. Lebon*, s. 316; CE, “Gleyses”, 20 Mart 1953, *Rec. Lebon*, s. 137; CE Ass. plén., “Sieur Girard (Louis-Dominique)”, 31 Mayıs 1957, *Rec. Lebon*, s. 360, *Dalloz*, 1957, jurisprudence, s. 430; CE, “Buyat”, 18 Şubat 1955, *Rec. Lebon*, s. 755; CE, “Sabaty”, 29 Aralık 1995, *Rec. Lebon*, s. 610; CE Ass., “Brouant”, 25 Ekim 2002, *Rec. Lebon*, s. 345, concl. Guillaume Goulard, *RFDA*, 2003, s. 1, chron. Francis Donat – Didier Casas; *AJDA*, 2002, s. 1332; CE, “Papon”, 4 Temmuz 2003, concl. Laurent Vallée, *RFDA*, 2003, s. 917, note Jean-Pierre Camby, *RDP*, 2003, s. 1227-1235

sözleşmeli personeli de kapsayacak şekilde yorumlanmıştır.¹⁸ Conseil d'Etat'nın Ulusal Meclis'in ihale sürecindeki işlemlerinin iptal davasına konu edilebileceğini kabul eden kararı, Mahkeme'nin katı surette organik ölçütü gözetken yaklaşımını değiştirmekte olduğu şeklinde yorumlanmaktadır.¹⁹ Danıştay'ın yasama organının idari işlemlerini yargılamak konusundaki uygulamasının, gerek parlamentonun üstünlüğü fikri, gerekse yasama kısıntıları nedeniyle uzun süre organik ölçüte üstünlük tanıyan Fransız uygulamasından daha zengin olduğu söylenebilir.

B. TBMM Genel Kurulu'nun Seçim Kararında İdari İşlem Arayışı

1. Seçim kararında idari özne: TBMM kendisine "bağlı" Kurum'da görev yapacak personeli belirlemektedir

İlk bakışta, kamu başdenetçisi seçen organın Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu olmasından hareketle, söz konusu işlemlerin idari işlemler için aranan organik ölçütten yoksun olduğu ileri sürülebilir. Yasama işlemlerinin tümünün son kerte TBMM Genel Kurulu'ndan çıktığı söylenebilir de²⁰, TBMM kaynaklı tüm irade açıklamalarının yasama işlemi olduğunu söylemek olanaklı değildir. Daha açık bir ifadeyle, yasamanın her işlemi "yasama işlemi" değildir.

İdari yargıç, her şeyden önce "organik anlamda idare"nin yargıcı olarak görüldüğünde, Parlamento'nun idari nitelikteki faaliyetlerinin yargı denetiminden bağışık tutulması sonucu doğmaktadır.²¹ Devlet örgütlenmesi içinde idare, ilke olarak yürütme organının örgütlenme-

¹⁸ Michel Braud, "Le juge administratif et la fonction publique parlementaire", *AJFP*, 2010, s. 125

¹⁹ CE Ass., "Président de l'Assemblée Nationale", 5 Mart 1999, *Rec. Lebon*, s. 42, concl. Catherine Bergeal, RFDA, 1999, s. 333, notes Marceau Long - Prosper Weil - Guy Braibant - Pierre Delvolvé - Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17ème éd., 2009, s. 747 vd., chron. Fabien Raynaud - Pascale Fombeur, *AJDA*, 1999, s. 409, note Pierre Brunet, *Recueil Dalloz*, 1999, s. 627; CE, "Assemblée Nationale", 9 Aralık 2005, *Rec. Lebon*, s. 557

²⁰ Yasama işleminin nitelenmesinde organik ölçütü esas alan Gözler, TBMM Başkanı kararlarının da yasama işlemi niteliği taşıyabileceği ve bunların, yasa ve karar dışındaki iki yasama işlemi kategorisine ek olarak, üçüncü grup yasama işlemlerini oluşturabileceği kanaatindedir. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınları, 5. Bası, Bursa, 2008, s. 328

²¹ Francis Donnat - Didier Casas, "Le juge administratif et les actes non législatif émanant des assemblées parlementaires", *AJDA*, 2003, s. 1603

sini anımsattığından yasama ve yargı organları içindeki idarenin ilk bakışta görülmesi daha zordur. Oysa TBMM'nin ve yargı organının da bir örgütlenmesi vardır. Yasama ve yargının idari örgütlenmesi "iç idare" olarak adlandırılabilir²². İrade açıklayan birimin idari örgütlenme içinde bulunması gerektiğinin kabul edilmesi, yasama ve yargı örgütlenmesi içindeki bir birimden çıkan fakat yasama ve yargı işlevinin yerine getirilmesine ilişkin olmayan irade açıklamalarının idari olarak nitelenmesine engel olabilmektedir. Fakat yasama organının örgütlenmesindeki bir birimin yasama işlevine ait olmayan ve kendi örgütlenmesini sağlamak üzere aldığı kararlar idari nitelikte kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle, *iç idarelerin* örgütüne ilişkin irade açıklamaları idari sayılmaktadır.²³ Niteliğini sorguladığımız kamu başdenetçisi seçme işlemine gelince, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun TBMM Başkanlığı gibi TBMM'nin iç idaresi olduğunu söylemek mümkün değildir. Kurum'un kendisi yasama organı içinde değil yürütme içinde kurulmuş ve örgütlenmiştir; ayrıca kamu tüzelkişiliğine sahiptir. Bu bakımdan, yasama organının kendi iç idaresi çerçevesinde TBMM Başkanı ya da Başkanlık Divanı gibi organ ve makamların gerçekleştirdiği personel işleriyle tam olarak örtüşmese de²⁴, TBMM ve Kamu Denetçiliği Kurumu arasındaki güçlü organik bağ nedeniyle bu işlere benzer nitelik taşımaktadır.

Öte yandan, Kurum ile TBMM arasındaki organik bağın daha önce üye seçimi işlemleri yönünden Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarına konu olan Sayıştay ve RTÜK ile TBMM arasındaki hukuki ilişkiden de farklı olduğunu belirtmek gerekir. Sayıştay, her ne kadar, "TBMM adına" malî denetim yapıyor olsa da, TBMM'nin bağlı, ilgili ya da ilişkili kuruluşu olarak nitelenemez. İdari ve yargısal nitelikte görevleri bulunan Sayıştay, Anayasanın "Yargı" başlıklı Üçüncü Bölümünde düzenlenmiştir. RTÜK bakımından ise, 6112 sayılı Radyo ve

²² Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 30

²³ *Ibid.*, s. 30

²⁴ 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 36. maddesinin (F) bendinde, "Bu kanunla tespit edilen çeşitli hizmet sınıfları mensuplarından Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinde ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatında asli ve sürekli görevlerde bulunanların kadro, ünvan, derece ile intibak ve diğer haklarının tespit ve kullanılması ile ilgili yetkiler Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanına aittir." hükmü yer almaktadır.

Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanununun 34. maddesinin 1. fıkrası, “*Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetleri sektörünü düzenlemek ve denetlemek amacıyla, idarî ve malî özerkliğe sahip, tarafsız bir kamu tüzel kişiliği niteliğinde Radyo ve Televizyon Üst Kurulu kurulmuştur.*” hükmünü içermektedir. Kamu Denetçiliği Kurumu ile TBMM arasındaki örgütsel bağlılık ilişkisi ne Sayıştay ne de RTÜK ile TBMM arasında mevcuttur. Oysa kamu başdenetçisini seçen TBMM Genel Kurulu, kendisine örgütsel olarak “bağlanan” idari birimin personelini belirlemeye yönelik bir karar alınmaktadır. Dolayısıyla, varlığı ilk bakışta diğer ölçütlere göre daha az belirgin görünen ölçüt organik ölçüttür. Nitekim 2010 Anayasa değişikliği kapsamında Anayasanın 74. maddesine eklenen fıkralar ile Kamu Denetçiliği Kurumu’na anayasal dayanak kazandırılmasından ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki hukuki süreç, seçim işleminin organik ölçüte göre idari işlem olarak tanınmasını desteklemektedir.

7.5.2010 tarihli 5982 sayılı Yasa’nın 8. maddesi ile, Anayasa’nın 74. maddesine “*Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.*” hükmü eklenmiştir. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 4. maddesinin ilk fıkrası ise, “*Bu Kanunda belirtilen görevleri yerine getirmek amacıyla, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı, kamu tüzel kişiliğini haiz, özel bütçeli ve merkezi Ankara’da bulunan Kamu Denetçiliği Kurumu kurulmuştur.*” düzenlemesini içermektedir. Gerek Anayasa’da, gerek Yasa’da belirtildiği üzere, Kamu Denetçiliği Kurumu TBMM’ye bağlı olarak kurulmuştur. Bu yönden, TBMM’nin iç idaresi olarak nitelenmesi mümkün olmasa dahi, iki birim arasında organik/örgütsel bir bağ bulunduğu görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin 2008 yılında, 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun *tümünün* Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle, *oybirliğiyle* verdiği iptal kararı tam olarak yukarıdaki tartışmalara ışık tutmaktadır. Bu nedenle, iptal kararının ilgili kısımları aynen aktarılabilir.

“Anayasa’da kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kamu tüzelkişiliği kurulabilmesi konusunda yasa koyucuya takdir hakkı tanınması, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin bu konuda sı-

nırsız bir yetkiye sahip olması anlamını taşımamaktadır. (...) Bir kamu kurumu ya da kuruluşu kurulurken Anayasa'da öngörülen idari teşkilat yapısı dışına çıkılmaması gerekmektedir. Kamu kurum ya da kuruluşlarının söz konusu yapı dışında kurulması, idarenin bütünlüğü ilkesiyle bağdaşmaz. (...) 5548 sayılı Yasa'nın temelini, Türkiye Büyük Millet Meclisine bağlı Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kurulması oluşturmaktadır. Kamu Denetçiliği Kurumu'nun Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bağlı olduğunun belirtilmesi, Kurum ile TBMM arasındaki organik bağı göstermektedir. Yasa'nın diğer maddelerinde de bu bağılılığın sonucunu oluşturan düzenlemeler yer almaktadır. Anayasa'nın 123. maddesine göre idari teşkilat içinde merkezi idare veya yerinden yönetim kuruluşları arasında yer alması gereken bir kurumun, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına aykırı olarak "İdare" dışında kurulması ve "Yasama"ya bağlanması olanaklı değildir. Bu durum, hiç kimsenin veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı yolundaki Anayasa'nın 6. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır. / Öte yandan, Yasa'nın bir bütün olarak incelenmesinden, Başdenetçi ve denetçilerin seçimi ve görevden alınmaları konularında Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne görevler verildiği ve Yasa'nın bu konulara ilişkin hükümlerinin Türkiye Büyük Millet Meclisince yürütülmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. (...) Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Anayasa'da belirtilen görev ve yetkileri arasında Kamu Denetçiliği Kurumuna Başdenetçi ve denetçi seçme görev ve yetkisi bulunmadığı gibi adı geçen Kurumla Türkiye Büyük Millet Meclisi arasında bu seçime olanak verecek Anayasa'dan kaynaklanan doğal sayılabilecek bir ilişki de söz konusu olmadığından Yasa Anayasa'nın 87. maddesi ile uyumlu değildir. / Açıklanan nedenlerle 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Anayasa'nın 6., 87. ve 123. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir. / Anayasa'nın 6., 87. ve 123. maddelerine aykırı görülerek iptal edilen Yasa'nın ayrıca Anayasa'nın 2., 7., 8., 9., 11. ve 128. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir."²⁵

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından iki sonuç çıkarılabilir: Bunlardan ilki, Kamu Denetçiliği Kurumu ile TBMM arasındaki organik bağı Anayasa Mahkemesi tarafından da açıkça vurgulanma-

²⁵ AYM, E. 2006/140, K. 2008/185, T. 25.12.2008, R.G. Tarih-Sayı: 04.04.2009-27190

sıdır. İkincisi ise, Mahkeme'nin, TBMM'nin Kurum'a üye seçmesini, karar verdiği tarihte yürürlükte olan anayasa hükümleri çerçevesinde hukuka uygun bulmamasıdır. Mahkeme, böylece, yasama yetkisinin genelliğinden hareketle, yasamanın idare alanındaki her türlü işlemi yapamayacağını da kabul etmiş olmaktadır.

Nitekim 2010 Anayasa değişiklikleri ile; TBMM ve Kamu Denetçiliği Kurumu arasındaki hukuki ilişkinin, TBMM'nin kamu başdenetçisi seçme yetkisinin, seçime ilişkin nisapların doğrudan Anayasa ile kurala bağlanmasının ardındaki neden de Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda aktarılan iptal kararıdır. Anayasa Mahkemesi, yasama organı ile idare arasında yasa ile kurulan organik bağı Anayasa'ya aykırı bulduğundan, bu bağı Anayasa ile tesis etme gereği duyulmuştur. Böylelikle, Anayasa Mahkemesi'nin karar verdiği tarihte yürürlükte olan Anayasa hükümlerine göre TBMM'nin sahip olmadığı bir yetki, bir Anayasa değişikliği ile tanınmıştır.²⁶ TBMM ile Kurum arasındaki organik bağ, hem Anayasa'nın hem de 6328 sayılı Yasa'nın aktarılan hükümleri ile açıkça kurulmuştur. Üstelik Yasa'nın 4. maddesi ile başdenetçilik, Kurum'un organlarından biri olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla, TBMM'nin Kurum'a üye seçme işlemleri, kendisine "bağlı" idari kuruluşun bir organında görev yapacak personelin belirlenmesine ilişkindir. İrade açıklaması her ne kadar TBMM Genel Kurulu'na ait olsa da, aslında özne idaredir. İşlem ise, idari bir öznenin kendi teşkilatına üye seçme işlemidir ve organik ölçütü taşımaktadır.

2. Seçim kararı idari prosedürün bir parçasıdır

Parlamento çalışması, konuşma ve oylamalardan oluşur. Parlamentoların karışık yasama süreçlerinin son aşaması, genellikle bir oylama ile sonuçlanır. Ancak, parlamento uygulamalarında, her oylama bir yasama işlemi olmadığı gibi, oylamasız sonuçlanan yasama işlemleri de vardır.²⁷ Parlamento kararlarının konu itibarıyla çeşitlilik gös-

²⁶ Aynı gerekçelerle, Sayıştay üyelerinin ve RTÜK üyelerinin TBMM Genel Kurulu tarafından seçilmesini öngören yasal düzenlemelerin de Anayasanın 87. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Söz konusu Anayasaya aykırılık sorunları da seçim yöntemleri Anayasa düzenlemesi haline getirilmek suretiyle Anayasa değişiklikleri ile giderilmiştir. Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş, Ek: 1982 Anayasası*, İmaj Yayınevi, 15. Bası, Ankara, 2012, s. 209

²⁷ Şeref İba, "Türk Parlamento Hukukunda Yasama İşlemi ve Karar Kavramları", in

termesi nedeniyle, bu kararların alınmasında izlenecek usul ve şekil kuralları da, kararın konusuna göre değişebilir. Her ne kadar, parlamentonun işleyişine dair kuralların yasa ile düzenlenmemesi esas olsa da, yasalar, içtüzüklere benzer şekilde, komisyonlardaki seçim ile genel kuruldaki oylamanın toplantı ve karar yeter sayısına ilişkin ayrıntılı kurallar getirebilir. Bu yasaların yasama meclisindeki usule ilişkin olarak öngördüğü kurallar aslında yasamanın doğrudan iç hukuku ile ilgili değildir ve bu yasaların uygulanması sırasında alınan kararlar idari nitelikte olup idari yargının denetim alanına girdiklerini kabul etmek gerekir.²⁸

Başdenetçi seçme işlemi maddi anlamda kanun olmadığı gibi şekli anlamda da bir kanun teşkil etmemektedir. Anayasanın kanunlar için öngördüğü usule göre yapılmamış, doğrudan TBMM Kararı adı altında Resmî Gazete’de yayınlanmıştır. Anayasa ve Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununda, adayların belirlenmesinden TBMM iradesinin oluşumuna kadar geçen aşamalara ilişkin ayrıntılı yöntem kuralları bulunmaktadır. Anayasanın 74. maddesinin 5. fıkrasında, TBMM’nin kamu başdenetçisi seçme işlemi ayrı usul ve oylama nisaplarına bağlanmıştır. Buna göre, “*Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur.*” Aynı maddenin 6. fıkrasında ise, kamu başdenetçisi ve kamu denetçilerinin niteliklerine ve seçimine ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun “adaylık ve seçim” başlıklı 11. maddesinde, adayların TBMM Başkanlığı’na başvurularına, TBMM Dilekçe Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyon’un başvuruda bulunan adaylar arasından üç kişiyi belirlemek üzere gerçekleştireceği ön değerlendirmeye, TBMM Genel

Anayasa ve Parlamento Üzerine İncelemeler, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2010, s. 458

²⁸ Teziç, 832 sayılı Sayıştay Kanunu uyarınca birinci başkanın, 44 sayılı Kanun ve 1697 sayılı Kanun uyarınca Anayasa Mahkemesi üyelerinin yasama meclislerinde seçilmesi usulüne ilişkin kuralların idari nitelikte olduğunu ileri sürüştür. Erdoğan Teziç, *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, s. 33

Kurulu'nun seçim işlemlerinde uyması gereken usul ve nisaplara, seçim prosedürünün tamamlanması gereken süreye ilişkin kurallara yer verilmiştir. Tüm bu kurallar, TBMM Genel Kurulu'nda karar alınmasından önceki tüm idari sürecin yöntemli işleyişine ve son aşamada TBMM Genel Kurulu'nun seçim iradesinin yöntemli oluşmasına ilişkindir. TBMM Genel Kurulu'nun seçim kararı idari seçim prosedürünün son aşamasını oluşturmaktadır; söz konusu seçim prosedürüne dâhildir. Bu bakımdan, yasama organının yasa yaparken, parlamento kararı alırken izlediği kurallardan farklı olarak, idari bir işlemin yapılmasına ilişkin şekil kurallarının uygulanması söz konusudur. Dolayısıyla, seçim kararı biçimsel ölçüt bakımından da idari niteliğe sahiptir.

3. Kamu başdenetçisi seçmek, idare işlevine ilişkin bir görev ve yetkidir

Anayasanın 87. maddesi, TBMM'nin yetkilerini saymış ancak yasama yetkisini tanımlamamıştır. Anılan madde, Anayasanın diğer maddelerine de göndermede bulunmak suretiyle, Meclis'in bu maddede sayılanlar dışında yetkilerinin de bulunduğunu hüküm altına almıştır. Yasama yetkisinin genelliği ilkesinden hareketle; yasaların düzenleme alanının konu yönünden kimi istisnalar dışında sınırlandırılmamış olduğu, yasa koyucunun bir konuyu istediği ayrıntıda düzenlemekte serbest olduğu, dolayısıyla yürütme ve idarenin mahfuz bir düzenleme alanı bulunmadığı ifade edilmektedir.²⁹ Yasama yetkisinin genelliği ilkesine atfedilen bu sonuçlar, yasamanın yürütme ve idarenin kural koyabileceği her alanda kural koyabileceği, birel işlemler tesis edebileceği doğrultusunda bir kabule götürebilir ki buna katılmak mümkün değildir. Yasama yetkisinin genel, yani konu yönünden sınırlandırılmamış olması söz konusu yetkinin Anayasada sayılan konularla sınırlı olmadığı şeklinde anlaşılmalıdır. Çünkü hangi konularda yasa çıkarılabileceği Anayasada tüketici biçimde sayılmamakla birlikte, yasama yetkisinin konu yönünden hiçbir anayasal sınırı olmadığı da söylenemez. Yasama meclislerinin yürütme organına ilişkin kararlarının, parlamenter rejimin gerektirdiği kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olmaması zorunludur. Yasama yetkisinin genelliği bir ilkedir ve

²⁹ Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş, Ek: 1982 Anayasası*, s. 210; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları*, 12. Bası, Ankara, 2011, s. 207

bu ilkenin sınırları yargı ve yürütme erklerinin yetkilerini düzenleyen diğer Anayasa normlarında mevcuttur.

Yargı işlevini yerine getirmek, Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca, bağımsız mahkemelere tanınmıştır. Öğretide "yargısal nitelikli Meclis kararları" olarak adlandırılan yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve TBMM üyeliğinin düşürülmesi işlemleri dışında, TBMM'nin yargı işlevine giren kararlar alması Anayasa ile yasaklanmıştır. İdare işlevine gelince, yasamanın idare işlevine yönelik her işleminin Anayasanın öngördüğü münhasır yetki kuralları, idarenin örgütlenmesine ilişkin ilkeler ve devlet organları arasındaki işbölümü kuralları açısından sınılanması gerekmektedir. İdarenin yasama fonksiyonunu gasbetmesi söz konusu olabileceği gibi, yasama organının idare aleyhine fonksiyon gaspı gerçekleştirilmesi de ihtimaller dâhilindedir. Birkaç örnekle açıklamak gerekirse, yasama organının "kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere" tüzük çıkarması Bakanlar Kurulu aleyhine fonksiyon gaspıdır ve Anayasanın 115. maddesine aykırıdır. Anayasanın 104. maddesinin (b) bendinde cumhurbaşkanının yürütme alanına ilişkin görev ve yetkileri belirlenmiştir. Bunlardan herhangi birinin yasama tarafından gerçekleştirilmesi cumhurbaşkanı aleyhine fonksiyon gaspı teşkil edecektir. Yürütme alanına giren somut ve bireysel durumlar hakkında TBMM'nin gerek yasa, gerekse parlamento kararı altında işlem yapması da yürütme organının düzenleme alanına müdahaledir. Örneğin, bir kanunla kişilere akademik unvan verilemeyeceği gibi, kanunla memur atanamaz ya da görevden uzaklaştırılmaz. Kanun yalnızca yapılacak işlemlerle ilgili kuralları koymakla yetinip uygulamayı yetkili idari mercie bırakmak zorundadır³⁰. TBMM yasayla valilik gibi bir kamu görevi ihdas edebilir. Ancak böyle bir görevi ihdas ettikten sonra bu göreve bizzat bir kişinin atanmasına dair bir işlem yapamaz. Çünkü TBMM bu gibi konularda Anayasa tarafından yetkisiz kılınmıştır.³¹ Tüm örneklerde, yasamanın fonksiyon gaspı ile sakatlanan işlemi aynı zamanda kuvvetler ayrılığı ilkesine ve Anayasanın hiçbir organının kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağını belirten 6. maddesine aykırı olacaktır.

³⁰ Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukuku I, Genel Konular*, AÜBSF Yayınları No: 326, Ankara, 1970/72, s. 130

³¹ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınları, Bursa, 2000, s. 365-267

TBMM'nin yasama işlevinin dışında, yürütme ya da yargı işlevinde sonuç doğuran işlemleri, Anayasa'ya aykırıdır. Söz konusu işlemlerin TBMM'nin idari işlemi ya da TBMM'nin yargı işlemi olarak nitelenmesi ise, ancak yasama organına kendi işlevi dışında sonuç doğurma yetkisi tanıyan Anayasa hükümlerine dayandığı durumlarda olanaklıdır. Bu durumda, şöyle bir sorudan yola çıkarak kamu başkanetçisi seçme işleminin yasama ya da idare işlevlerinden hangisine ait olduğu tartışılabilir: TBMM Genel Kurulu'nun seçim yetkisi, yasamaya Anayasa ile verilen idarenin siyasal denetimini yapma işlevinin bir uzantısı mıdır yoksa Anayasa ile verilen idari nitelikte bir görev ve yetki midir?

TBMM'nin kamu başkanetçisi seçmesi; parlamentonun yasa yapma, içtüzük çıkarma işlevlerinin dışında kalmaktadır. Kamu denetçiliği, yasamanın hükümetin siyasal denetimini gerçekleştirme ve bu yollarla idareyi etkileme olanağından da farklı bir nitelik taşımaktadır. Bunun ilk nedeni, TBMM'nin soru, gensoru, genel görüşme, meclis araştırması, meclis soruşturması gibi araçları kullanmamasıdır. Denetim, Kurum tarafından hazırlanarak son aşamada TBMM Genel Kurulu'na sunulan raporlar vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 22. maddesinde, Kurum'un yıllık raporunu Karma Komisyon'a sunacağı, Karma Komisyon'un ise bu raporu TBMM Genel Kurulu'na sunulmak üzere TBMM Başkanlığı'na göndereceği öngörülmektedir. Raporun TBMM Genel Kurulu'na ulaşmasından sonra, Genel Kurul'un denetime tabi idareler üzerindeki yetkilerinin ne olacağı, ne tür kararlar alabileceği, bu kararların ilgili idareler için bağlayıcı olup olmadığı, raporun ilgili idari ve adli mercilere intikal ettirilip ettirilmeyeceği gibi hususlar Anayasa ve Yasa'da düzenlenmemiştir. Bu açıdan, denetimin etkilerini ileride bir ölçüde uygulamanın göstereceği söylenebilir. Oysa sayılan hususlar Yasa'da açıklığa kavuşturulmuş olsaydı, seçim kararının işlevine ilişkin fikir yürütmeye yardımcı olabilirdi. Kamu denetçiliğinin yasamanın gerçekleştirdiği siyasal denetimden farklı bir yöntem olmasının ikinci nedeni ise, denetimin muhatabının yalnızca Hükümet değil, Yasa ile belirlenen tüm idareler olmasıdır.³² Parlamenter sistemde, yasama ile

³² Kamu Denetçiliği Kurumu'nun denetimine tabi idareler, "Merkezî yönetim kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumları, mahallî idareler, mahallî idarelerin bağlı idareleri, mahallî idare birlikleri, döner sermayeli kuruluşlar, kanunlarla

idare arasında dolaylı bir ilişki vardır. Yasama, idare üzerindeki denetimini aynı zamanda siyasal bir organ olan hükümeti denetlemek suretiyle gerçekleştirir. Söz konusu denetim yöntemi, şüphesiz idarenin faaliyetleri üzerinde de sonuçlar doğurmaktadır. Ancak, denetimin idare üzerindeki etkisi, hükümet aracılığıyla, yani dolaylı şekilde gerçekleşmektedir. Oysa Yasa'nın amacı, TBMM'nin Kamu Denetçiliği Kurumu aracılığıyla idarenin yürüttüğü faaliyetleri denetlemesidir³³. Kurum'un Anayasa içinde düzenleniş şekli de işlevsel ölçütün saptanmasına yardımcı olabilir. İdarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri incelemekle görevli Kurum, Anayasanın 74. maddesinde, tek bir başlık altında, dilekçe hakkı ve bilgi edinme hakkı ile birlikte düzenlenmiştir. TBMM'nin kendisine "bağlı" olarak kurulan bir Kurum aracılığıyla idareyi denetlemesi, doğrudan işletilen yeni bir denetim yöntemini ifade etmektedir. Bu açıdan, parlamenter sistemin klasik denetim anlayışını dönüştürmektedir. Yasama işlevinden ziyade idare işlevinde sonuç doğurmaktadır. İşlevsel anlamda idarenin denetimi ise, idari yargının görev alanına girmektedir.

Kamu Denetçiliği Kurumu tüzelkişiliğe sahip olmakla birlikte, gerek gerçekleştirdiği denetimin etkinliği, gerekse Kurum üyelerinin tarafsızlığı gibi amaçlar gözetilerek organik açıdan TBMM'ye bağlı kılınmıştır. Yine aynı gerekçelerle, seçime ilişkin usul ve yetkiler, herhangi bir idari birimin personelinin idarenin kendisi tarafından belirlenmesinden farklılaştırılmıştır. Denetçileri seçme yetkisi TBMM Dilekçe Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyon'a, başdenetçiyi seçme yetkisi ise TBMM Genel Kurulu'na verilmiştir. Bu anlamda, TBMM Genel Kurulu'nun seçim yetkisi Karma Komisyon'un seçim yetkisi ile aynı niteliğe sahiptir. Karar almaya yetkili mercin adı önem arz etmemektedir. Başka örnekle açıklamak gerekirse, Anayasanın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanlığı

kurulan fonlar, kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşlar, kamu iktisadi teşebbüsleri, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait kuruluşlar ile bunlara bağlı ortaklıklar ve müesseseleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişileri" olarak tanımlanmıştır. (3. madde, (e) bendi)

³³ Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 5. maddesinin 1. fıkrasında, Kurum'un görev alanı "idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmak" olarak belirlenmiştir.

ğına bağlı olarak kurulan Devlet Denetleme Kurulu üyelerini ve başkanını atamak Cumhurbaşkanının yürütmeye ilişkin görevleri arasında saymıştır. Kamu başdenetçisini seçmek, TBMM Genel Kurulu'na Anayasa ile verilmiş idari bir görev ve yetkidir. TBMM Genel Kurulu'nun seçim kararının hangi işleve karşılık geldiği Anayasa'da açıkça belirtilmemekle birlikte, Cumhurbaşkanının kendisine bağlı idari kuruluşa üye seçmesi gibi, TBMM de kendisine bağlı bir idari kuruluşa üye seçmektedir. Etkili ve tarafsız bir denetim arayışıyla yetkinin TBMM'ye verilmesi, sırf seçim işlemini yapan organın adından hareketle, işlemin yasama işlevine dair olduğunu kabule yeterli değildir. Kamu başdenetçisini seçmek, yasama organına Anayasa ile verilen idari nitelikte bir görev ve yetkidir; yasama işleviyle ilgisi bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle, "Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununda belirtilen görevleri yerine getirmek amacıyla", TBMM Başkanlığına bağlı olarak kurulan, kamu tüzel kişiliğini haiz bir kuruma üye seçilmesine ilişkin işleminde idare işlevi çok belirgindir. Seçim, idare alanında bulunmaktadır. Çünkü kamu faaliyetlerini ayırmada esas itibarıyla konularına bakılır; işlevsel ölçüt esas alınır. Biçimsel ve organik ölçütler ise tamamlayıcı niteliktedir. Yasama veya yargı organları da kendi faaliyet alanları dışında ek ya da tali nitelikte idari konularla iştigal ettiklerinden, üstelik karma alanlı kuruluşlar da bulunduğu organik ölçüt tek başına yeterli değildir.³⁴ İşlevsel ölçütün baskın olduğu faaliyetler bakımından idari öznenen (organik ölçütten) feragat etmek söz konusu olabilir.³⁵ Daha önce de belirtildiği gibi, TBMM Genel Kurulu'nun kamu başdenetçisi seçme işleminin organik ölçütü ilk bakışta görünür olmamakla birlikte, gerek biçimsel ölçütün varlığı gerekse işlevsel ölçütün belirleyici olması nedeniyle idari işlem olarak nitelenmesi gerekir. Diğer taraftan, TBMM'nin kamu başdenetçisi seçme yoluyla idare işleminde sonuç doğurma yetkisi doğrudan Anayasa'nın 74. maddesinde tanınmış olduğundan, kuvvetler ayrılığı ilkesine ve Anayasanın 6. maddesinde yer alan hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacağı yönündeki kurala aykırılık teşkil etmemektedir. Fonksiyon gaspı değil, TBMM'nin işlevsel açıdan idari olan bir işlemi mevcuttur.

³⁴ Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukuku I, Genel Konular*, s. 10-11

³⁵ Onur, Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 32-33

Sonuç

Danıştay'ın TBMM iradesinden doğan işlemlerin yargısal denetimine ilişkin içtihadı, tarihsel nedenlerle organik ölçütü henüz aşamayan Conseil d'Etat içtihadından daha zengin bir içeriğe sahiptir. Ancak, Danıştay, TBMM Genel Kurulu kararlarını yargılamak hususunda, TBMM'nin idari organlarının işlemleri karşısındaki tutumuna göre daha temkinli davranmaktadır. Çünkü Danıştay, ya TBMM'nin iç idaresinden çıkan ya da idare işlevini belirgin biçimde taşıyan bir işlem arayışındadır. Oysa ilk bakışta salt TBMM Genel Kurulu'ndan çıktığı için organik açıdan idari nitelikte olmadıkları izlenimi uyandıran kararlar idari davaya konu edildiğinde, TBMM ile üye seçimi yapılan idari birim arasındaki ilişkinin çözümlenmesiyle, aslında TBMM Genel Kurulu'nun hukuken idari bir özne konumunda bulunduğu açığa çıkabilir. İdari makamın saptanamadığı durumlarda dahi, işlevsel ölçütün hukuki ilişkiyi belirleyecek ağırlıkta olması halinde, dava konusu işlemin idari nitelikte olduğunun kabulü gerekir.

TBMM Genel Kurulu'nun kamu başdenetçisi seçme işlemi; organik, biçimsel ve işlevsel açıdan idari niteliktedir. Üç ölçüt birlikte gerçekleşmektedir. Bu nedenle, seçim kararının idari yargının görev alanına girdiği düşünülmektedir. Böyle bir çözüm, TBMM Genel Kurulu Kararı'nın, hem ilk incelemede görev sorunu şüphesiyle "mahkemesiz" kalmamasını, hem de esas incelemesinde Kurul iradesini oluşturan tüm aşamaların etkili bir norm denetimine açılmasını sağlayabilir.

KAYNAKLAR

- Aliefendioğlu, Yılmaz, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996
- Balta, Tahsin Bekir, *İdare Hukuku I, Genel Konular*, AÜBSF Yayınları No: 326, Ankara, 1970/72
- Bergeal, Catherine, "Le contrôle de la passation des marchés des assemblées parlementaires, Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale", *RFDA*, 1999, s. 333
- Braud, Michel, "Le juge administratif et la fonction publique parlementaire", *AJFP*, 2010, s. 125
- Brunet, Pierre, "La fin justifie les moyens: la compétence du juge administratif pour connaître des actes pris par les services des assemblées parlementaires", *Recueil Dalloz*, 1999, s. 627

- Camby, Jean-Pierre, "L'autonomie des assemblées parlementaires", *RDP*, 2003, s. 1227-1235
- Chiffhot, Nicolas, "Le juge administratif n'est-il que le juge de l'administration? Un élément de réponse", *AJDA*, 2011, s. 1851
- Donnat, Francis - Casas, Didier, "Le juge administratif et les actes non législatif émanant des assemblées parlementaires", *AJDA*, 2003, s. 1603
- Donnat, Francis - Casas, Didier, "La juridiction administrative n'est pas compétente pour connaître de la décision par laquelle le Conseil constitutionnel établit un règlement intérieur fixant les modalités d'accès à l'ensemble de ses archives", *AJDA*, 2002, s. 1332
- Feyzioğlu, Turhan, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi (Yabancı Memleketlerde - Türkiye'de)*, AÜSBF Yayınları No: 19-1, Ankara, 1951
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınları, Bursa, 2000
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınları, 5. Bası, Bursa, 2008
- Gözübüyük, Şeref - Tan, Turgut, *İdare Hukuku, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, 4. Bası, Ankara, 2010
- Goulard, Guillaume, "Le règlement des archives du Conseil constitutionnel n'est pas un acte administratif susceptible de recours, Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 25 octobre 2002, Brouant", *RFDA*, 2003, s. 1
- İba, Şeref, "Türk Parlamento Hukukunda Yasama İşlemi ve Karar Kavramları", in *Anayasa ve Parlamento Üzerine İncelemeler*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2010
- Karahanoğulları, Onur, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara, 2012
- Long, Marceau - Weil, Prosper - Braibant, Guy - Delvolvé, Pierre - Genevois, Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17ème éd., 2009
- Raynaud, Fabien - Fombeur, Pascale, "Régime des actes parlementaires et notion d'acte de gouvernement", *AJDA*, 1999, s. 409
- Sabuncu, Yavuz, *Anayasaya Giriş, Ek: 1982 Anayasası*, İmaj Yayınevi, 15. Bası, Ankara, 2012
- Tanör, Bülent - Yüzbaşıoğlu, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayıncılık, 9. Bası, İstanbul, 2009
- Teziç, Erdoğan, *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, İ.Ü.H.F. Yayını, İstanbul, 1972
- Teziç, Erdoğan, *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980
- Özay, İl Han, "Radyo ve Televizyon Üst Kurulu", *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, No: 10, Ocak 1995, s. 59-60
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 12. Bası, Ankara, 2011
- Özbudun, Ergun, "Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri", *A.Ü.H.F. Dergisi*, Cilt 36, Sayı 1-4, 1979, s. 3-26
- Vallée, Laurent, "Le régime des pensions des anciens parlementaires échappe au contrôle de la juridiction administrative, Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 4 juillet 2003, Papon", *RFDA*, 2003, s. 917

MODEL İKİLİ YATIRIM ANLAŞMALARINI VE TÜRKİYE’NİN MODEL İKİLİ YATIRIM ANLAŞMASI TASLAĞI

MODEL BILATERAL INVESTMENT AGREEMENTS AND
TURKISH DRAFT MODEL BILATERAL INVESTMENT AGREEMENT

Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU*

Özet: Yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına dair ikili yatırım anlaşmaları, uluslararası yatırım hukukunun temel düzenleme araçlarıdır. Uzun süre salt yatırımların korunması perspektifinden konunun ele alınması sonucunda, ev sahibi devletlerin meşru düzenleyici işlevleri karşısında yatırımcıların menfaatleri üstün tutulmuştur. Ancak son dönemde ev sahibi devletlerin, özellikle kamusal, sosyal, çevresel hakların korunmasına yönelik düzenleyici yetkilerinin, bazı durumlarda yatırımcıların menfaati aleyhine de olsa korunması gereği güçlü bir eğilim olarak kendini göstermektedir. Bu eğilimin hayat bulmasında, çeşitli etkenler arasında gelişmiş ülkelerin ev sahibi devlet olarak dava edilme oranlarının yükselmesi etkili olmuştur. Söz konusu ülkeler, taraf oldukları ikili yatırım anlaşmalarında değişiklik yaparak, kamusal, sosyal ve çevresel hakların korunmasına ilişkin özel düzenlemeler getirme yoluna gitmektedir. Türkiye de her ne kadar daha çok sermaye ithal eden bir ülke konumunda ise de, sözü edilen eğilimi belli ölçüde takip etmekte ve ikili yatırım anlaşmalarına ilişkin model taslakta ev sahibi devletin düzenleyici yetkilerinin korunmasına ilişkin anlayışı yansıtan hükümler getirmiş bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yabancı yatırım, Yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması, Model ikili yatırım anlaşmaları, çevrenin, işçi haklarının, kamu sağlığının ve güvenliğinin korunması.

Abstract: International investment treaties, especially bilateral investment agreements has become the basic foundation of international investment law for the last few decades. The prevailing view of the international investment law for a long time was to promote and protect foreign investment at all costs. During this long period, investors’ interests overbalanced and legitimacy of host states’ regulative discretion was disregarded or regulatory actions simply gave the reasons for being sued by foreign investors. However this point of view has been exposed to a different approach and started to show signals of change since the beginning of 2000’s. Host states’ regulatory discretion especially in protecting environment, labor rights, public health and safety has

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk ABD Öğretim Üyesi.

become the focus of this different approach. The need of protecting host states' regulatory discretion against investors' interests in some situations constitutes a strong trend. It draws attention that this trend has gained power, among other factors, on the basis of developed countries' way of changing their bilateral investment agreements. As the number of investor claims against developed countries started to increase, these countries became aware of the unbalanced nature of investment agreements and began to include provisions on regulatory discretion of host states' especially about protection of environment, labor rights, public health and safety. Although Turkey can be regarded predominantly as a capital importing country, she followed this trend albeit to a limited extent and included provisions reflecting the trend of balancing host states' regulatory discretion with investors' interests into the draft model bilateral investment agreement.

Keywords: Foreign investment, Promotion and protection of foreign investments, Model bilateral investment agreements, Protection of environment, labor rights, public health and safety.

GİRİŞ

Geleneksel olarak ikili yatırım anlaşmalarının temel işlevi, yatırımların teşviki ve korunması olarak şekillenmiştir. Ancak bu temel işlev nedeniyle uluslararası yatırım hukukunun dengeleri ev sahibi devletler aleyhine oluşmuştur. Başlangıçta, gelişmekte olan ülkelerin sermaye ithali çabası içinde olduğu; ekonomik olarak gelişmiş ülkelerin de sermaye ihraç ettiği ve ihraç edilen sermayenin korunması gereğinin bakış açısını belirlediği dönemde bu dengesizlik, bir dengesizlik olarak nitelendirilmemiş; yatırımların ne pahasına olursa olsun korunması anlayışı ile ikili yatırım anlaşmaları akdedilmiştir. Ancak özellikle 2000'li yılların başlangıcından itibaren gelişmekte olan ülkelerle gelişmiş ülkeler arasındaki sermaye ithal etme ve sermaye ihraç etme denkleminin mutlaklığını kaybetmesi sonucunda, geleneksel olarak sermaye ihraç eden devletlerin, yatırım anlaşmalarını ev sahibi devlet rolünde oldukları durumları da dikkate alarak kaleme almaları bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmış ve bu doğrultuda ev sahibi devletin düzenleyici yetkilerinin, yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin hedef karşısında en azından belli konularda muhafaza edilmesi anlayışı hâkim olmaya başlamıştır. Aşağıda, ikili yatırım anlaşmaları ve model anlaşmalar açısından bu güncel gelişmeler ele alındıktan sonra, Türkiye'nin ikili yatırım anlaşmalarına yaklaşımı söz konusu gelişmeler çerçevesinde değerlendirilmektedir.

I- İKİLİ YATIRIM ANLAŞMALARINI VE MODEL ANLAŞMALAR

A) İkili Yatırım Anlaşmalarının Gelişimine Genel Bakış

Yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin ikili yatırım anlaşmaları, 1950'li yılların sonlarından itibaren yabancı yatırımların korunmasında ve uluslararası yatırım hukukunun gelişiminde önemli rol oynayan düzenleme araçları olmuştur¹. İkili yatırım anlaşmalarının bu rolü, gelişmiş ülke tâbiyetindeki yatırımcıların, gelişmekte olan ülkelerde yaptıkları yatırımların, kamulaştırma gibi politik risklere karşı korunmasına ilişkin bir sistem arayışının sonucunda ortaya çıkmıştır. Başlangıçta, sermaye ihraç eden ülkelerle sermaye ithal eden ülkeler arasında, genellikle ilkinin inisiyatifi ile akdedilen ikili yatırım anlaşmaları, gelişmekte olan ülkelerdeki yatırımlara o ülkelerde mevcut hukukî standarttan daha yüksek düzeyli bir hukukî koruma ve güvence sağlamak amacını taşımıştır. Gelişmekte olan devletler açısından ise, özellikle liberalleşme dönemlerinde ülkelerini yabancı sermaye için cazip kılmak önemli bir saik olmuştur². Bu saiklerle akdedilen ikili yatırım anlaşmalarının sayısı, 30 yıllık bir sürenin sonunda, 1989 yılında 385 iken, 1990'lı yıllarda esen değişim rüzgarı ile ciddi bir sıçrama göstermiştir³.

İkili yatırım anlaşmalarına ilişkin tarihsel süreçte küresel dönem olarak adlandırılan⁴ bu dönemde görülen sayısal artışın aslında iki

¹ İkili yatırım anlaşmalarına ilişkin tarihsel süreç hakkında bkz. Vandeveld, K. j.: *A Brief History of International Investment Agreements, (Brief History)*, U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y, 2005, Vol. 12, s. 157 vd.; Tiryakioğlu, B.: *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, Ankara 2003, s. 160 vd.; Dolzer, R./Schreuer, C.: *Principles of International Investment Law*, Oxford 2008, s. 17-24; *UNCTAD International Investment Agreements: Key Issues, (UNCTAD International Investment Agreements)*, Vol. I, UNCTAD/ITE/IIT/2004/10, New York Geneva 2004, s. 5-14, çevrimiçi: http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf (28.9.2012). İlk ikili yatırım anlaşması 25 Kasım 1959'da Almanya ile Pakistan arasında akdedilmiş ve 28 Nisan 1962'de yürürlüğe girmiştir. Bkz. *UNCTAD Bilateral Investment Treaties 1959-1999, (UNCTAD Bilateral Investment Treaties 1959-1999)*, UNCTAD/ITE/IIA/2, New York and Geneva 2000, s. 57, çevrimiçi: <http://archive.unctad.org/en/docs/poiteiid2.en.pdf> (28.9.2012). Bu Anlaşma'nın metni için bkz. UN Treaty Series, No. 6575, 1963.

² Bkz. *UNCTAD Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, s. 1.

³ 1999 yılı sonunda ikili yatırım anlaşmalarının sayısı 1857'dir. Bkz. *UNCTAD Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, s. 1-2. Ayrıca bkz. *UNCTAD World Investment Report 2003*, s. 88, çevrimiçi: http://unctad.org/en/Docs/wir2003li-ght_en.pdf (27.9.2012).

⁴ Vandeveld, *Brief History*, s. 177.

temel nedeni bulunmaktadır. İlki, serbest piyasa ekonomisinin yükselişidir. Yabancı yatırımların ve küresel entegrasyonun özellikle bazı Asya ülkelerinin ekonomik başarısında oynadığı rol, serbest piyasa sisteminin zaferi olarak dikkat çekmiştir⁵. Buna paralel olarak doğu blokunun çöküşü, serbest piyasa ekonomisinin alternatifi olarak görülen ekonomi politikasının gözden düşmesi sonucunu doğurmuştur. İkinci temel neden ise, bir sermaye kaynağı olarak yabancı sermayenin alternatifinin kalmamasıdır. 1980'lerdeki ekonomik kriz dolayısıyla dış kaynaklı özel borçlanma imkânlarının sınırlanması⁶, gelişmekte olan ülkelere sermaye akışını zayıflatmış ve bu ülkeler yabancı sermayeyi bir çıkış yolu olarak görmeye başlamıştır⁷. Özellikle doğu bloku ülkelerinde yaşanan siyasal değişimin ardından serbest piyasa ekonomisine geçiş sürecinde bulunan devletler ile gelişmekte olan devletlerin kendi aralarında da ikili yatırım anlaşmaları akdetmeye başlamaları, sözü edilen sayısal artışı açıklamaktadır⁸. Bu devletler bir yandan kendi tâbiyetlerinde bulunan yatırımcıların diğer ülkelerde yaptıkları yatırımları korumak, diğer yandan yabancı sermayeyi ülkelerine çekmek amacıyla çok sayıda ikili yatırım anlaşması imzalamıştır⁹.

Paralel bir gelişme, yatırıma ilişkin hükümler içeren serbest ticaret anlaşmaları bakımından da yaşanmış ve bu anlaşmaların sayısı da 1990'lı yıllarda ciddi bir artış göstermiştir. Bu döneme kadar ekonomik entegrasyon anlaşmaları ekonomik olarak birbirine benzer düzeyde bulunan devletler arasında akdedilirken, 1990'lı yıllar, Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Kanada ve Meksika arasında akdedilen NAFTA (*North American Free Trade Agreement*)¹⁰ gibi anlaşmalara sahne olmuştur¹¹. Böylece farklı ekonomik gelişmişlik düzeylerinde bulunan

⁵ Vandeveld, *Brief History*, s. 177; Dolzer/Schreuer, s. 20-21; Newcombe, A./Paradell, L.: *Law and Practice of Investment Treaties*, Alphen aan den Rijn 2009, s. 47-48.

⁶ UNCTAD *International Investment Agreements*, s. 12; Vandeveld, *Brief History*, s. 178.

⁷ UNCTAD *International Investment Agreements*, s. 12; Newcombe/Paradell, s. 48.

⁸ UNCTAD *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, s. 2. 2003 yılı sonu itibariyle ikili yatırım anlaşmalarının %48'inde taraflar sadece gelişmekte olan veya geçiş ekonomisi sürecinde bulunan devletlerdir. Bkz. UNCTAD *International Investment Agreements*, s. 14.

⁹ UNCTAD *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, s. 2; UNCTAD *International Investment Agreements*, s. 14.

¹⁰ *North American Free Trade Agreement*, 17 Dec. 1992, ILM, 1993, Vol. 32, s. 289.

¹¹ Bu anlamda ticaret ve yatırıma ilişkin hükümler içeren ASEAN Anlaşması ve

devletler arasında ekonomik entegrasyon eğilimi ve yabancı yatırımın ticaretin bir alternatifi değil, tamamlayıcısı olduğu anlayışı hâkim anlayış haline gelmiştir¹².

Bütün bu gelişmeler sonucunda sermaye ihraç eden ülkelerle sermaye ithal eden ülkeler arasındaki klâsik ayırımın önemini yitirdiği; zira (Singapur) gibi bazı gelişmekte olan ülkelerin, kimi gelişmiş ülkelerden daha fazla sermaye ihraç eder hale geldiği; ABD gibi bazı gelişmiş ülkelerin ise, sermaye ithalat oranlarının ciddi ölçüde arttığı tespit edilmiştir¹³. Ticaret ve yatırıma ilişkin bu anlaşmalar, gelişmiş ülkeler arasında, gelişmekte olan ülkeler arasında veya her iki grup arasında akdedilebilmektedir¹⁴.

Bugün çeşitli devletler arasında akdedilen ikili yatırım anlaşmalarının sayısı 3000'e yaklaşmıştır¹⁵. İkili yatırım anlaşmalarının yukarıda özetlenen seyri göstermektedir ki, başlangıçta kamulaştırma gibi politik risklere karşı koruma aracı olarak görülen bu anlaşmalar bakımından, bugün yatırım akışının serbestleşmesi ve ülkeler arası ticarî ilişkilerin geliştirilmesi amaçları da etkili olmaktadır. Bu süreçte yatırıma ilişkin düzenleme içeren ticaret anlaşmalarının sayısı da artmıştır.

1990'lı yıllarda görülen çarpıcı artışa kadar ikili yatırım anlaşmaları ve yatırıma ilişkin düzenleme içeren ticaret anlaşmaları uyumsuzluk çözümü bakımından bir rol oynamamış; ilk defa 1990'larda uyumsuzlukların bu anlaşmalara dayanılarak çözülmesi gündeme gelmiş¹⁶ ve

Enerji Şartı Anlaşması da dikkat çekmektedir. Bkz. *ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, 1987, ILM, 1988, Vol. 27, s. 612; 1 Şubat 1995'te imzaya açılan *European Energy Charter Treaty*, ILM, 1995, Vol. 34, s. 360.

¹² Vandeveld, *Brief History*, s. 181; *UNCTAD International Investment Agreements*, s. 13.

¹³ Vandeveld, *Brief History*, s. 182.

¹⁴ Vandeveld, *Brief History*, s. 182. Anlaşmaların taraf kompozisyonunun değişimi hakkında ülkeler temelinde bilgi için bkz. *UNCTAD Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, s. 2 vd.

¹⁵ 2011 yılı sonu itibariyle 2833 adet ikili yatırım anlaşması akdedilmiştir. Bkz. *UNCTAD World Investment Report 2012*, s. 18, çevrimiçi: <http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Overview-en.pdf> (27.9.2012).

¹⁶ Yabancı yatırımcı ile devlet arasında ikili yatırım anlaşmasına dayanan bir uyumsuzluğun ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*) tahkimine götürülmesi ilk defa 1987 yılından söz konusu olmuş; 1998 yılına kadar sadece ikili yatırım anlaşmalarına dayanan 14 dava açılmıştır. Bkz. *UNCTAD Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, (*UNCTAD Investor-State Disputes*), *UNCTAD Series on International*

anlaşmaların sayısı arttıkça yatırımcılarla devletler arasındaki anlaşmalara dayanan uyuşmazlıkların sayısı da artmıştır¹⁷.

B) Model Anlaşmalar

Yatırım anlaşmalarına ilişkin olarak özellikle 2000'li yıllarda dikkat çeken bir gelişme de, pek çok devletin, model ikili yatırım anlaşmaları hazırlayarak yatırımların korunmasında kendi standartlarını belirleme yoluna gitmesidir. Model anlaşmalar, iki taraflı yatırım anlaşmalarının müzakeresinde esas alınmaktadır¹⁸. ABD'nin 1977 yılında ikili yatırım anlaşmaları programını başlattığı ve 1982 yılından itibaren model anlaşma metni kullandığı dikkate alınırsa, bunun yeni bir durum olmadığı görülmektedir¹⁹. Benzer şekilde Avustralya da 1980 (ve daha sonra 1995) yılında taslak model hazırlamıştır. Ancak 2000'li yıllarda, hem sermaye ihraç eden hem de sermaye ithal eden ülkelerin model anlaşma metni hazırlama etkinlikleri hız kazanmıştır²⁰.

Investment Policies for Development, 2005, s. 4, çevrimiçi: http://unctad.org/en/Docs/ite-iit20054_en.pdf (2.10.2012).

17 Yatırım anlaşmalarına dayanan davaların sayısı özellikle 1990'lı yıllarında sonlarından itibaren ciddi bir artış göstermiştir. 1995'te 6 olan dava sayısı 2011 yılı sonunda 450'ye ulaşmıştır. Bkz. *UNCTAD Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, (*UNCTAD Latest Developments 2012*), April 2012, s. 1, çevrimiçi: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10_en.pdf (2.10.2012); *UNCTAD Investor-State Disputes*, s. 4 vd. Davaların sayısındaki artış, çeşitli etkenlere bağlanmaktadır. Öncelikle yabancı sermaye yatırımlarının artması, genel olarak bu yatırımlara ilişkin ve daha spesifik olarak ikili yatırım anlaşmaları ile ilgili uyuşmazlıkların da artmasına zemin oluşturmuştur. İkinci olarak, sayısı artan ikili yatırım anlaşmaları karşısında, daha fazla sayıda yatırımcı-devlet uyuşmazlığı, bu anlaşmaların ihlâli iddialarına dayanmaktadır. Ayrıca ev sahibi devletlere karşı ileri sürülen iddiaların başarı kazanması, daha fazla yatırımcıyı, iddia ve taleplerini yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizmasına götürme konusunda cesaretlendirmiştir. Bkz. *UNCTAD Investor-State Disputes*, s. 6.

18 Tiryakioğlu, s. 164.

19 Newcombe/Paradell, s. 47. ABD'nin model anlaşma metninin ilk hali 11.1.1982 tarihinde yayımlanmış; daha sonra bu metin 21.1.1983'te gözden geçirildikten sonra çeşitli tarihlere değişikliğe uğramıştır. Bkz. Ruttenberg, V. H.: *The United States Bilateral Investment Treaty Program: Variations on the Model*, Comments, U. Pa. J. Int'l Bus. L., 1987, Vol. 9, s. 121; Sachs, W.: *The "New" U.S. Bilateral Investment Treaties*, Int'l Tax & Bus. Law., 1984, Vol. 2, Iss. 1, s. 192. ABD'nin model anlaşma metni son halini 2012 yılında almıştır. Model anlaşma metni için bkz. <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> (7.10.2012).

20 *UNCTAD World Investment Report 2010*, s. 85, çevrimiçi: http://unctad.org/en/docs/wir2010_em-bargo22_en.pdf (3.10.2012); Vandeveld, K. J.: *Model Bilateral Investment Treaties: The Way Forward*, (*Model*), Southwestern Journal of Interna-

Rusya'nın (2002 yılında değişiklik yapılan) 2001 yılına ait model anlaşma metni, Kanada'nın 2004'te, Fransa'nın 2006'da, Almanya, Avusturya, Kolombiya ve Meksika'nın 2008'de son halini alan model anlaşma metinleri örnek olarak sayılabilir²¹. Türkiye de bir model anlaşma taslak metni hazırlamıştır. Düzenli olarak güncellenen bu metin, en son 2011 yılında gözden geçirilmiştir²². Model anlaşmalar, devletlerin ikili yatırım anlaşmaları akdederken üzerinde müzakere edebilecekleri metinlerdir. Bağlayıcı olmamakla birlikte bu metinler, ilgili devletlerin, ikili yatırım anlaşmalarına yaklaşımını ve tercihlerini tespit edebilmek açısından esas alınabilir.

Genel olarak ikili yatırım anlaşmalarının ve model anlaşma metinlerinin hazırlanmasında, ülkelerin tercih ettiği eğilimler, sermaye ihraç etme veya sermaye ithal etme ekseninde ortaya çıkmaktadır. Ancak bazı ülkelerin hem sermaye ihraç eden hem de sermaye ithal eden ülkeler konumuna gelmesi, anlaşma metinlerinde yatırımcıların korunması yanında, ev sahibi devletlerin düzenleyici yetkilerinin sınırlandırılması karşıtı bir eğilimin kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Gerçekten geleneksel olarak sermaye ihraç eden ülkeler sınıfında yer alan ABD ve Kanada'nın yabancı yatırımlara ev sahipliği yapma ve akdetmiş oldukları yatırım anlaşmalarına dayanılarak dava edil-

tional Law, 2011, Vol. 18, s. 308. Ayrıca bkz. *Novel Features in Recent OECD Bilateral Investment Treaties*, Part II, Ch. 6, 2006, s. 3, Tablo 6.1, çevrimiçi: <http://www.oecd.org/daf/internationalinvestment/internationalinvestmentagreements/400-72428.pdf>(7.10.2012).

²¹ UNCTAD *World Investment Report 2010*, s. 85. Bazı ülkelerin mevcut model anlaşma metinlerini gözden geçirme sürecinde bulunduğu veya yeni model anlaşma metinleri hazırlamakta olduğu hakkında bkz. *UNCTAD World Investment Report 2010*, s. 85.

²² Türkiye'nin model ikili yatırım anlaşması taslak metni (bundan sonra "model anlaşma taslağı" olarak da anılmaktadır) resmî olarak yayınlanmamakta ve böylece bu metin üzerinde hem düzenli olarak hem de spesifik müzakereler çerçevesinde değişiklik yapılabilmektedir. Metnin "taslak model" (*draft model*) olarak anılması, resmî olarak yayınlanmamış olmasını ifade etmektedir. Buna karşılık ABD, Fransa, Almanya gibi yukarıda anılan diğer bazı ülkeler model anlaşma metinlerini resmî olarak yayınlamaktadır. Bkz. *Novel Features in Recent OECD Bilateral Investment Treaties*, s. 3, Tablo 6.1. T.C. Ekonomi Bakanlığı'ndan temin edilen metin Nisan 2011 tarihini taşımaktadır. Ayrıca bkz. Akpınar, H. A.: *Bilateral Investment Treaties As A Tool to Improve Investment Climate*, Expert Training Program for the Experts of the IDB Members, Turkey's Experience Sharing Program on Investment Climate Reform, 13 Ekim 2011, çevrimiçi: http://www.yoikk.gov.tr/dosya/up/IDB/20-111013_BilateralTreaties_HasanAslanAkpınar.pdf (14.10.2012).

me oranlarının²³ yükselmesi de, bu anlaşmaların, kendileri açısından ev sahibi devlet olarak rolünü değerlendirmeleri gereğini ve yatırım anlaşmalarının, ev sahibi devlet olarak düzenleyici yetkilerini sınırlandırdığını fark etmeleri sonucunu doğurmuştur²⁴. Yatırımcıların ev sahibi devletlerin düzenleyici ve idarî yetkileri aleyhine açtıkları davalar²⁵ dolayısıyla ortaya çıkan gerçek, çevrenin, kamu sağlığının, iş yaşamına ilişkin hakların ve insan haklarının korunması gibi uluslararası yükümlülükleri de dâhil olmak üzere, ev sahibi devletlerin meşru hedef ve amaçlarını gerçekleştirme yeteneğinin, yatırım anlaşmalarında yatırımcılara tanınan imkânlar nedeniyle sınırlandırıldığıdır²⁶.

²³ 2012 yılı itibariyle ABD aleyhine açılan dava sayısı 14; Kanada aleyhine açılan dava sayısı 17'dir. Bkz. *UNCTAD Latest Developments 2012*, s. 17.

²⁴ Bu sonucun ortaya çıkması, aslında daha genel bir gelişme ile bağlantılı olarak değerlendirilmektedir. 1990'ların sonlarından itibaren ekonomik kriz ortamlarının yatırım akışını olumsuz etkilediğinin ve sermaye piyasalarındaki mali krizlerin yayılma özelliği gösterdiğinin tespit edilmesi ve bu kapsamda ekonomide küreselleşme karşıtı eğilimlerin etki kazanması söz konusu gelişmenin temelini oluşturmaktadır. Bunun yanında, metin içinde değinildiği üzere, 1990'larda görülen yatırım anlaşmaları patlamasının sonucunda sayısı artan yatırım anlaşmalarına dayanan uyumsuzluklara ilişkin davaların bir kısmının, model anlaşmaları formüle eden ve geleneksel olarak sermaye ihraç eden devletler olarak görülen ABD ve Kanada aleyhine açılması önemli bir etkidir. Söz konusu davalardan bazılarının, çevre ile ilgili düzenlemelere dayanması ve bu düzenlemelerin dolaylı kamulaştırma kaynağı olduğunun ileri sürülmesi, yatırım anlaşmalarının ve özellikle model anlaşma metinlerinin gözden geçirilmesinde etkili olmuştur. Bkz. Vandevelde, *Model*, s. 308-309.

²⁵ Ev sahibi devletlerin sözü edilen konulara ilişkin yetkilerinin sınırlandırılması ile ilgili endişelerin, sadece bazı ev sahibi devletler aleyhine açılan davaların sayısının artmasından kaynaklanmadığı belirtilmelidir. Yatırım tahkimi alanında verilen kararların istikrarsızlığı; bir başka deyişle benzer konulara ilişkin davalarda verilen kararlara ilişkin gerekçelerin tutarsızlığı da bu konuda önemli bir etken olmuştur. Zira, hakemler, farklı yatırım anlaşmalarından ve yatırımcılar lehine getirilmiş çok geniş kapsamlı maddî yükümlülüklerden oluşan bir yapıyı yorumlayıp uygulamakta ve de bir bağlayıcı karar doktrini ile kısıtlanmış bulunmamaktadır. Seçilen hakemlerin, söz konusu maddî yükümlülükleri geniş yorumlayacakları ve devletin politika anlamında hassas işlemlerini veya tedbirlerini değerlendirirken yatırımcı lehine hareket edecekleri kuşkusu da eklendiğinde, düzenleyici yetkilerin kısıtlanması sonucunun doğması olağan karşılanmaktadır. Bkz. Spears, S. A.: *The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements*, JIEL, 2010, Vol. 13, No. 4, s. 1040. Ayrıca bkz. Franck, S. D.: *The Nature and Enforcement of Investor Rights Under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future?*, U.C. Davis J. Int'l L.&Pol'y, 2005, Vol. 12, s. 48 vd.

²⁶ Bkz. Spears, s. 1039 vd. Bu dengesizlik, geleneksel olarak sermaye ihraç eden bazı ev sahibi devletlerin artan hassasiyeti yanında, yatırımcıların, ev sahibi ülkelerde iş yaşamına, temel haklara ve çevrenin korunmasına ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeleri ciddi şekilde ihlâl etmeleri nedeniyle çeşitli uluslararası kuruluşların, hükümetler-dışı örgütlerin, medyanın ve akademisyenlerin dikkat

Kendi düzenleyici yetkilerini muhafaza etme ihtiyacı duyan söz konusu ülkeler, bir yandan model anlaşma metinlerini gözden geçirirken, diğer yandan yeni anlaşmaları da bu doğrultuda akdetmeye başlamıştır²⁷. Örneğin, çevresel ve iş yaşamına ilişkin gerekler doğrultusunda, kamulaştırma ve âdil ve eşit muamele esası ile ilgili geniş kapsamlı maddî yükümlülükler üzerine yönelik olarak sınırlamalar getirilmekte ve yatırımcı ile ev sahibi devletin hak ve yükümlülükleri ekonomik ve kamusal amaçlar dikkate alınarak dengelenmeye çalışılmaktadır²⁸.

ABD'nin bu çerçevede 2004 yılında gözden geçirdiği ve değinilen açılardan daha önceki model anlaşma metinlerinden önemli ölçüde farklılaşan²⁹ model anlaşma metni, 2012 yılında tekrar gözden geçiril-

çekmesiyle de belirginleşmiştir. Bkz. *UNCTAD World Investment Report 2003*, s. 145-151; *UNCTAD World Investment Report 2010*, s. 81-90; van Harten, G.: *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford 2007, s. 67 vd.; Jacob, M.: *International Investment Agreements and Human Rights*, 2010, Institute for Development and Peace, çevrimiçi: http://www.humanrightsbusiness.org/fi-les/international_investment_agreements_and_human_rights.pdf (3.10.2012); Sornarajah, M.: *The International Law on Foreign Investment*, 3. Ed., Cambridge 2010, s. 231 vd.

²⁷ Vandeveldel, *Model*, s. 309; Osterwalder, N. B./Johnson, L.: *Belgium's Model Bilateral Investment Treaty: A Review*, (Belgium), 2010, s. 1-2, çevrimiçi: http://www.iisd.org/pdf/2011/belgiums_mo-del_bit.pdf (3.10.2012); *UNCTAD World Investment Report 2010*, s. 82; *Novel Features in Recent OECD Bilateral Investment Treaties*, s. 3, Tablo 6.1.

²⁸ Osterwalder/Johnson, *Belgium*, s. 2; *UNCTAD World Investment Report 2010*, s. 82. Ayrıca bkz. Gordon, K./Pohl, J.: *Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey*, OECD Working Papers on International Investment, No. 2011/1, OECD Investment Division, çevrimiçi: <http://www.oecd.org/daf/internationalinvestment/internationalinvestmentagreements/48083618.pdf> (20.10.2012); Spears, s. 1037 vd. Bu dengenin sağlanmasında aşağıda dipnotlarda ve metin içinde belirtildiği üzere çeşitli türde somut hükümler getirilmesi yoluna gidilmektedir. Ancak bunun yanında, yatırım anlaşmalarının amacının ifade edildiği Başlangıç (*Preamble*) kısımlarında, anlaşmaların amacının salt ve ne pahasına olursa olsun "yatırımların korunması" olarak tespit edilmesinden de vazgeçildiği ve yatırımların korunması amacının, kamu sağlığı, güvenliği, çevre ve iş yaşamına ilişkin haklar dikkate alınarak gerçekleştirilmesi gereğine yer verildiği görülmektedir. Bkz. *US Model Bilateral Investment Treaty* (2004), çevrimiçi: <http://www.state.gov/documents/organization/117-601.pdf> (15.1.2013). Yatırım anlaşmalarına dayanan tahkimde hakemlerce bazı anlaşma hükümlerinin yorumlanmasında Başlangıç kısmında ifade edilen anlaşmanın amacının dikkate alınması, amacın bu şekilde ifade edilmesinin önemini ortaya koymaktadır. Bkz. Spears, s. 1064 vd.

²⁹ 2004'te yapılan değişikliği tetikleyen unsur, ev sahibi devlet olarak ABD aleyhine açılan davaların sayısının artması olmuştur. Bu gözden geçirme süreci, model anlaşmanın çeşitli mülahazaların dikkate alınması suretiyle değiştirilmesi ile sonuçlanmıştır. Bazı değişiklikler, 1992 yılında akdedilen ve model anlaşmadan farklı düzenlemeler içeren NAFTA ile uyumu sağlamaya yönelik olmuştur. ABD'nin

miş ve yenilenmiştir³⁰. Benzer şekilde Kanada da 2004 yılında güncellediği model anlaşma metninde ev sahibi devletin düzenleyici yetkilerinin korunmasına yönelik sınırlamalar getirmiştir³¹.

yatırımcılar tarafından dava edilme oranlarının yükselmesine karşılık gelen değişiklikler ise, model anlaşmadan doğan borçların içeriğinin belirsiz olması ve dolaşısıyla hakem heyetlerine tanınan geniş yorum yetkisi ile ilgilidir. Ev sahibi devletin yatırım anlaşmasından doğan borçlarına yeni istisnalar getirilerek ev sahibi devletin düzenleyici yetkilerinin daha geniş tutulmasına ilişkin değişikliklere, hakem heyetlerinin takdir yetkilerini sınırlamaya veya bazı konuları hakemlerin yetkisinin dışına çıkarmaya yönelik ya da tahkim sürecinde şeffaflığın sağlanması, çevrenin ve iş yaşamına ilişkin hakların korunması ile ilgili değişiklikler örnek olarak gösterilebilir. Bu değişiklikler hakkında bkz. Vandeveld, *Model*, s. 310 vd. Bu tür hükümlere ilk olarak 1990'lı yıllarında başında bazı bölgesel serbest ticaret ve yatırım anlaşmalarında genel düzeyde yer verildiği belirtilmelidir. 1994 tarihli Gümrük Tarifeleri ve Genel Ticaret Anlaşması (*General Agreement on Tariffs and Trade-GATT 1994*)'nın XX. maddesinden de esinlenilmesi söz konusu olmuştur. Ancak bundan önce NAFTA 1992 yılında çevrenin korunmasına ilişkin genel bir hüküm getirmiştir. 17 Aralık 1994 tarihli Enerji Şartı Anlaşması'nın 18 ve 19. maddeleri de benzer hükümler içermektedir. Benzer şekilde Belçika (2002 m. 5 ve 6), Finlandiya (2004 m. 14) ve Avusturya (2008 m. 4/5) gibi diğer bazı ülkelerin model anlaşma metinlerinde çevrenin, kamu sağlığının ve iş yaşamına ilişkin hakların korunmasına yönelik hükümlere yer verilmiştir. 1990'lı yıllarda bazı Asya ülkelerinin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında da devletin düzenleyici yetkilerinin korunmasına yönelik hükümler getirilmiştir. Bkz. Osterwalder/ Johnson, *Belgium*, s. 20 vd.; Osterwalder, N. B./ Johnson, L: *Commentary to the Austrian Model Investment Treaty*, *International Institute for Sustainable Development*, November 2011, s. 25 vd., çevrimiçi: http://wien.arbeiterkammer.at/bil-der/d165/Studie_Investitionsschutzabkommen_en.pdf (11.1.2013); Ayrıca bkz. Gordon/Pohl, s. 10 vd.; Spears, s. 1061

³⁰ ABD model anlaşma metninde 2012 yılında yapılan değişiklik kapsamında ise, şeffaflık konusunda yeni şartlar getirilmiş, iş yaşamına ilişkin ve çevresel yükümlülüklerin kapsamı genişletilmiş, kamu ağırlıklı ekonomik sistemlerin benimsendiği ülkelerde yapılan yatırımlarla ve mali hizmetlerle ilgili bazı değişiklikler getirilmiştir. Bkz. 2012 *US Model Bilateral Investment Treaty* (2012), çevrimiçi: <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> (20.10.2012).

³¹ Kanada Model İkili Yatırım Anlaşması metni için bkz. çevrimiçi: <http://italaw.com/documents/Cana-dian2004-FIPA-model-en.pdf> (9.1.2013). Gerek ABD'nin gerek Kanada'nın model anlaşma metinlerinde yaptıkları değişiklikler kapsamında ev sahibi devletlerin düzenleyici yetkilerinin korunabilmesi için atılan önemli bir adım da, kamulaştırma kavramının net bir biçimde tanımlanması ve dolaylı kamulaştırma ile ilgili yorum esaslarının anlaşmaların ekinde tespit edilmesi olmuştur. Böylece hakem heyetlerince genellikle yatırımcı lehine yorumlanan bazı durumlar bakımından öngörülebilirlik sağlanması hedeflenmiştir. Zira bu tür açık kamulaştırma tanımlarına yer verilmemiş olan yatırım anlaşmalarının uygulanmasında hakem heyetlerinin esnek bir yorum imkânına sahip olması, ev sahibi devletler aleyhine dengelerin bozulması sonucunu doğurabilmektedir. Bu konuda bkz. Nikiéma, S. H.: *Best Practices Indirect Expropriation*, *International Institute for Sustainable Development*, March 2012, s. 3 vd., çevrimiçi: <http://www.>

Böylece uluslararası yatırım anlaşmaları çerçevesinde yatırımların korunması ile, devletlerin düzenleyici yetkileri arasındaki dengenin sağlanması dikkatleri çeken bir konu olmuş³² ve devletlerin yatırım anlaşmalarına ve yatırıma ilişkin hükümler içeren diğer anlaşmalara yaklaşımı değişmeye başlamıştır. ABD'nin model anlaşma metninde değişiklik yapması gibi, Avustralya'nın da 2004 yılında ABD ile akdettiği serbest ticaret anlaşmasında ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki uyumsuzlukların, yatırımcı - ev sahibi devlet tahkimi yoluyla çözülmesine ilişkin hükümlere yer vermediği görülmektedir^{33, 34}.

Görüldüğü üzere, özellikle geleneksel olarak sermaye ihraç eden

iisd.org/pdf/2012/best_prac-tice_indirect_expropriation.pdf (10.1.2013). Ayrıca bkz. Spears, s. 1051.

³² Sözü edilen davalara örnek olarak bkz. *Ethyl Corp. v. Canada*, Jurisdiction Award, 24 June 1998, ILM, 1999, Vol. 38, s. 708; *Metalclad Corp. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF) 97/1, Award, 30 August 2000; *S.D. Myers Inc. v. Canada*, Partial Award, 13 Nov. 2000, ICSID Rep., 2005, Vol. 8, s. 18; *Methanex Corp. v. United States*, Award, 3 August 2005, <http://www.state.gov/s/1/c5818.htm>; *Grand River Enterp. Six Nations, Ltd., et al. v. United States*, Decision on Jurisdiction, 20 July 2006, <http://www.state.gov/documents/organization/69499.pdf>; *Glamis Gold Ltd. v. United States*, Award, 8 June 2009, <http://www.state.gov/documents/organization/125798.pdf>; *Chemtura Corp. v. Canada*, Award, 2 August 2010, http://italaw.com/documents/ChemturaAward_000.pdf; Ayrıca bkz. *Aguas del Tunari S.A. v. Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Jurisdiction, 21 Oct. 2005, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>; *Azurix Corp. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/1/12, Award, 14 July 2006, <http://italaw.com/documents/AzurixAward-July2006.pdf>; *Biwater Gauff Ltd. v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, <https://icsid.worldbank.org/ICSID-FrontServlet>; *Vattenfall v. Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6, Consent Award, 11 March 2011, <http://italaw.com/documents/VattenfallAward.pdf>.

³³ Bkz. Ranald, P.: *Investor-State Dispute Settlement (ISDS): The Threat to Health, Environment and Other Social Regulation*, Stakeholders Forum, Eight Round of Trans-Pacific Partnership Negotiations, Sept. 10, 2011, Chicago, çevrimiçi: <http://aftinet.org.au/cms/sites/default/files/pranald%20forum-%20100911.pdf> (10.1.2013). Görüldüğü üzere, özellikle geleneksel olarak sermaye ihraç eden devletlerin yatırım anlaşmalarında değişikliğe gitmesi, sadece çevrenin korunması veya çalışma yaşamına ilişkin hakların güvence altına alınması gibi maddî koruma esaslarını etkilememiş; aynı zamanda yatırım anlaşmalarında yer alan uyumsuzluk çözümüne ilişkin hükümlere de bazı sınırlamalar getirilmesi söz konusu olmuştur. Bu konuda ayrıca bkz. *UNCTAD World Investment Report 2010*, s. 88-89.

³⁴ Benzer şekilde, devletin düzenleyici yetkilerinin sınırlanması karşılıklı eğilimin bir görünümü de bazı Latin Amerika ülkelerinin, başta Arjantin olmak üzere, ikili yatırım anlaşmaları yapmaktan kaçınmaları, ICSID Sözleşmesi'nden çekilmeleri veya Merkez'in yargı yetkisini sınırlama yoluna gitmeleri olmuştur. Rusya'nın Enerji Şartı Anlaşması'ndan 2009 yılı itibarıyla çekilmesi de bu kapsamda değerlendirilebilir. Bkz. *UNCTAD World Investment Report 2010*, s. 85-86.

bazı devletlerin, yatırım anlaşmalarına bakışının değişmesinde kendileri aleyhine açılan davalar etkili olmuştur. Ağırlıklı olarak Amerika ve Kanada aleyhine açılan söz konusu davalar, son dönemde Avrupalı devletler bakımından da dikkat çekmeye başlamıştır. 2009 yılında Almanya aleyhine açılan bir dava³⁵, yatırımcı - devlet tahkimi kapsamında Almanya aleyhine açılmış bilinen ilk dava olma özelliğini taşımaktadır. Çevrenin korunmasına ilişkin düzenlemelerle ilgili olan bu davaya konu olan olayda, İsveç şirketi *Vattenfal*, Elbe nehri üzerinde kurulu olan kömür tabanlı bir elektrik santrali işletmektedir. Şirket, Hamburg Çevre Kurumu tarafından getirilen su kalitesi standartları nedeniyle yatırımının sürdürülemez hale geldiği iddiasıyla ICSID nezdinde Almanya aleyhine dava açarak söz konusu standartların Enerji Şartı Anlaşması'nın yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin hükümlerini ihlal ettiğini ileri sürmüş ve tazminat talep etmiştir. Ancak dava, tarafların anlaşması ile sona ermiştir. Bu davanın, Almanya'nın uluslararası yatırım anlaşmalarına bakışı üzerinde bir etkisinin olduğu söylenemez³⁶. Ancak 2012 yılında Almanya aleyhine açılan bir başka dava, daha etkili sonuçlar doğurabilecek; en azından tartışma yaratabilecek niteliktedir. Almanya'nın 2022 yılına kadar ülkedeki nükleer enerji santrallerinin faaliyetine son verme kararı alması ve buna ilişkin düzenlemeler kapsamında ülkedeki en eski 17 nükleer enerji santralının faaliyetlerine 2011 yılı itibariyle son verilmiş; bu santrallerden ikisini işletmekte olan aynı İsveç şirketi *Vattenfall*, işlettiği iki nükleer santralin kapatılması nedeniyle uğradığı zararın tazmini talebi ile Enerji Şartı Anlaşması'na dayanarak 31 Mayıs 2012 tarihinde ICSID nezdinde tahkime başvurmuştur³⁷. Almanya'nın bu davanın sonucu da dâhil olmak üzere son dönemde ortaya çıkan yeni eğilimleri dikkate alarak model yatırım anlaşmasında bir değişiklik yapıp yapmayacağı yakın gelecekte görülecektir.

³⁵ *Vattenfall v. Germany*, bkz. yuk. dn. 32. Ayrıca bkz. Osterwalder, N. B./Hoffmann, R. T.: *The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the New Dispute, Vattenfall v. Germany (II)*, International Institute for Sustainable Development, June 2012, s. 4, çevrimiçi: http://www.iisd.org/pdf/2012/ger-man_nuclear_phase_out-.pdf (11.1.2013).

³⁶ Osterwalder/ Hoffmann, s. 12.

³⁷ Osterwalder/ Hoffmann, s. 3. Sürmekte olan dava için bkz. *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, 31 May 2012, ICSID web sitesi.

Diğer Avrupa devletleri bakımından ise, bir genelleme yapma imkânı bulunmamaktadır. Her ne kadar Belçika, Finlandiya ve Avusturya gibi bazı ülkelerin model anlaşma metinlerinde çevrenin, kamu sağlığının ve iş yaşamına ilişkin hakların korunması kapsamında devletin düzenleyici yetkileri lehine hükümler yer almakta ise de, Avrupa genelinde bu eğilimin yaygın olmadığı; aksine Avrupalı sermaye ihraç eden devletler bakımından bugün için klâsik “sermaye ihraç eden ülke” rolünün ağır bastığı söylenebilir³⁸. Kuzey Amerika ülkeleri ile kıyaslandığında, yabancı yatırıma ev sahipliği yapma ve dava edilme oranları, çok düşük olan³⁹, bu ülkeler yatırım anlaşmaları akdederken, kendi tâbiyetlerindeki yatırımcıların korunması eğilimini muhafaza etmektedir.

II- TÜRKİYE’NİN TARAF OLDUĞU İKİLİ YATIRIM ANLAŞMA-LARI

Türkiye’nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarının ilki, 1962 yılında Almanya ile akdedilen anlaşmadır⁴⁰. 1 Mayıs 2012 tarihi itibarıyla taraf olduğumuz ikili yatırım anlaşmalarının sayısı 84’e ulaşmıştır⁴¹. Bu anlaşmaların çoğunluğu, dünyadaki genel artış eğilimine uygun olarak 1990’larda imzalanmış; 2000’li yıllarda da artış hızı düşmekle birlikte eğilim varlığını korumuştur⁴². Türkiye’nin anlaşma imzaladığı ülkeler arasında hem ekonomik olarak gelişmiş ülkeler hem de gelişmekte olan ülkeler bulunmaktadır.

Anlaşmaların tek tek incelenmesi bu çalışmanın konusu olmakla birlikte, Türkiye’nin model ikili yatırım anlaşması taslağı’nın

³⁸ Örnek olarak Fransız (2006), Alman (2008) ve İtalyan (2003) model ikili yatırım anlaşmaları için bkz. çevrimiçi: <http://italaw.com/investment-treaties> (15.1.2013).

³⁹ Bkz. *UNCTAD Latest Developments 2012*, s. 17-18. Her ne kadar bugün için Avrupalı devletlerin dava edilme oranlarının Kuzey Amerika ülkeleri ile kıyaslandığında çok düşük olduğu görülmekte ise de, bu oranın özellikle Enerji Şartı Anlaşması da dikkate alındığında artacağı öngörülmektedir. Bkz. Osterwalder/Johnson, *Belgium*, s. 2.

⁴⁰ 20.6.1962 tarihinde imzalanan anlaşma için bkz. RG. T. 27.7.1963, S. 11465.

⁴¹ Bkz. *Türkiye’nin Taraf Olduğu Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK) Anlaşmaları’nın İçeriği ve İşlevleri*, T.C. Ekonomi Bakanlığı Teşvik Uygulama ve Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü, çevrimiçi: http://www.ekonomi.gov.tr/upload/5882F276-A39E-7416-242D61582C0B0A10/YKTK_web.pdf (17.1.2013). Bu anlaşmalardan 9 adedi henüz yürürlüğe girmemiştir.

⁴² 1980’lerde 7, 1990’larda 46, 2000’li yıllarda ise, 30 anlaşma imzalanmıştır.

incelenmesine temel olmak üzere genel bir değerlendirme yapılmalıdır. Belirtmek gerekir ki, Türkiye'nin ağırlıklı olarak yabancı yatırımcıları ülkeye çekmek üzere akdettiği bu anlaşmaların yatırımcılar için avantajlı ve teşvik edici nitelikte olması ön plânda tutulmuş; daha çok sermaye ithal eden bir ülke konumunda bulunan Türkiye, yatırım anlaşmalarına dayanan görece çok sayıda dava ile karşılaşmış olmakla birlikte, bu yaklaşımını korumuştur. Türkiye'nin bugüne kadar taraf olduğu anlaşmalar genellikle istikrarlı bir şekilde klâsik ikili yatırım anlaşması örneklerine uymaktadır. İkili yatırım anlaşmalarının ilk örneklerinden başlayarak yaygın kabul gören bu örneklerin özellikleri şu şekilde belirlenebilir: Kısa ve fazla ayrıntılı olmayan anlaşmalardır; geniş "yatırım" kavramlarına yer verirler; ev sahibi devletlere yabancı yatırımcılar aleyhine ayırimcılık yapmama, âdil ve eşit muamele etme; gelirlerin nakline izin verme, kamulaştırma yapılırsa uygun bir tazminat ödeme ve yabancı yatırımcılara ev sahibi devlet aleyhine yatırım anlaşmasına dayanan uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına başvurma izni verme yükümlülüğü getirirler⁴³. Bu anlaşmalardan sadece bir kısmının Başlangıç kısmında, diğer anlaşmalardan farklı olarak yatırımların korunması amacının, kamu sağlığı, güvenliği, çevre ve iş yaşamına ilişkin haklar dikkate alınarak gerçekleştirilmesi gereğine yer verilmiştir⁴⁴. Ancak anlaşmaların içeriği itibariyle kamu sağlığının, güvenliğinin, iş yaşamına ilişkin hakların ve çevrenin korunması gibi konularda hüküm getirilmediği görülmektedir.

Her ne kadar Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalarda ev sahibi devletin düzenleyici yetkilerinin, yatırımların korunmasına ilişkin

⁴³ Türkiye'nin taraf olduğu bazı ikili yatırım anlaşmalarının incelenmesine ilişkin bir çalışma için bkz. Polat, M.: *Türkiye'nin Taraf Olduğu Bazı İkili Yatırım Anlaşmalarının Mukayyesine İlişkin Bir İnceleme*, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010, S. 73-74, s. 195-220.

⁴⁴ Türkiye ile Senegal arasında 15.6.2010 tarihinde imzalanan ikili yatırım anlaşması'nın Başlangıç kısmında "... Bu amaçlara sağlık, güvenlik ve çevreyle ilgili genel uygulama önlemleri ve buna ek olarak uluslararası kabul görmüş işçi haklarını zayıflatmadan ulaşılabileceğine ikna olarak..." ibaresine yer verilmiştir. Anlaşma metni için bkz. RG. T. 27.3.2012, S. 28246; Türkiye ile Bangladeş arasında 12.4.2012 tarihinde imzalanan, ancak henüz (Ocak 2013 itibariyle) yürürlüğe girmeyen ikili yatırım anlaşması'nın Başlangıç kısmında da aynı şekilde "...*Being convinced that these objectives can be achieved without relaxing health, safety and environmental measures of general application as well as internationally recognized labor rights...*" ibaresi kullanılmıştır. Anlaşma metni için bkz. http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/Turkey_Bangladesh%20BIT.pdf (17.1.2013).

menfaatler karşısında belli bir denge içinde gözetilmesi gereği ifadesini bulmamış ise de, yakın gelecekte gerek mevcut anlaşmaların yeniden müzakere edilmesi ve değiştirilmesi kapsamında gerek daha önce anlaşma akdedilmemiş bulunan ülkelerle yapılacak yeni anlaşmalar kapsamında bu tür hükümlerin yer alacağı açıktır. Ayrıca Türkiye'nin model yatırım anlaşması taslağı'nda da gerek Başlangıç kısmında gerek anlaşmanın 5. maddesinde yer alan "Genel İstisnalar" başlıklı hükümde sınırlı bir kapsamda da olsa devletin, sözü edilen konularda düzenleyici yetkilerinin korunması imkânı tanınmıştır. Dolayısıyla bu model anlaşma taslağı'na sadık kalınan hallerde de Türkiye bakımından güncel gelişmelere uygun anlaşmalar akdedilmesi mümkün olabilir⁴⁵.

Aşağıda Türkiye'nin model anlaşma taslağı'nda yer alan bazı hükümler incelenmekte ve bu taslağın getirdiği yenilikler üzerinde durulmak suretiyle gelecekte Türkiye'nin taraf olacağı anlaşmalarla kurulacak yatırım rejimi ortaya konulmaya çalışılmaktadır.

Model anlaşma taslağı,

- Başlangıç kısmı ve
- genel istisnalar'a ilişkin hüküm çerçevesinde devletin düzenleyici yetkilerinin korunması ile,
- yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlık çözümüne ilişkin hüküm

çerçevesinde incelenmektedir.

Bu noktada, Türkiye'nin taraf olacağı ikili yatırım anlaşmaları müzakere edilirken model anlaşma taslağı'nın aynen esas alınmayabileceği; karşı tarafın yaklaşımına göre bu metin üzerinde değişiklik yapılabileceği de dikkate alınmalıdır. Benzer şekilde, model anlaşma metni bulunan devletlerle yatırım anlaşması akdedilmesi durumunda, o devletlerin model metinlerinin esas alınması da söz konusu olabilir.

⁴⁵ Nitekim Türkiye ile Nijerya arasında 2.2.2011 tarihinde imzalanan ikili yatırım anlaşmasında, aşağıda incelenen Türkiye'nin model yatırım anlaşması taslağı esas alınarak, hem Başlangıç kısmında hem de içerik kısmında genel istisnalar hükmü ile sözü edilen konulara ilişkin hüküm getirilmiştir. Anlaşma metni için bkz. RG. T. 11.10.2012, S. 28438.

III- TÜRKİYE'NİN MODEL İKİLİ YATIRIM ANLAŞMASI TASLAĞI

Türkiye'nin model ikili yatırım anlaşması taslağının, geçmişte taraf olunan ikili yatırım anlaşmaları ile karşılaştırıldığında, yukarıda değinilen model anlaşmalara ilişkin güncel gelişmeleri bir ölçüde de olsa izlediği görülmektedir. Model anlaşma taslağı'nın, bu anlamda özellikle Başlangıç kısmı ve 5. maddesinde getirdiği "Genel İstisnalar" başlıklı hüküm açısından incelenmesinde yarar vardır.

A) "Başlangıç" kısmı

Öncelikle model anlaşma taslağı'nın Başlangıç kısmında, son dönemde akdedilen bazı anlaşmaların Başlangıç kısımlarına benzer şekilde, yatırımların korunması amacının kayıtsız ve koşulsuz bir biçimde ifade edilmesi eğiliminden vazgeçilmiş; bunun yerine "... Bu amaçlara sağlık, güvenlik ve çevreyle ilgili genel uygulama önlemleri ve buna ek olarak uluslararası kabul görmüş işçi haklarını zayıflatmadan ulaşılabileceğine ikna olarak..." ibaresi eklenmek suretiyle, akdedilecek ikili yatırım anlaşmalarının amaçlarına, ev sahibi ülkede sağlık, güvenlik, çevreye ilişkin genel uygulama önlemleri ile işçi haklarının korunması çerçevesinde ulaşılmaması gereği vurgulanmıştır.

Yatırım anlaşmalarının bazılarında yer alan Başlangıç kısımları, özellikle anlaşma hükümlerinin yorumlanması bakımından önem taşımaktadır. Zira bir anlaşmanın hükümleri, o anlaşmanın amacı ve hedefi çerçevesinde yorumlandığından⁴⁶ ve yatırım tahkimi alanında hakemlerce anlaşmaların amacı ve hedefi tespit edilirken genellikle Başlangıç kısımları esas alındığından⁴⁷, ikili yatırım anlaşmalarının Başlangıç kısımları önemli bir rol oynamaktadır. Özellikle 1990'larda akdedilen

⁴⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties, m. 31(3)(c), 1155 UNTS 331 (1969).

⁴⁷ Yatırım tahkiminde hakemlerin, anlaşmalardaki belirsiz ifadeleri yatırımcılar lehine yorumlarken Başlangıç kısımlarına başvurduğu kararlara örnek olarak bkz. *Société Générale de Surveillance S.A. v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Objection to Jurisdiction, 29 January 2004, ICSID Rep., 2005, Vol. 8, para. 116; *Siemens A. G. v. Argentina Republic*, ICSID Case No. 02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004, ILM, 2005, Vol. 44, para. 81. Ayrıca bkz. UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, 2007, s. 3-4, çevrimiçi: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf (18.1.2013).

anlaşmaların Başlangıç kısımlarında yer alan dar ve sınırlı amaç ifadeleri, sadece ve ne pahasına olursa olsun yatırımların korunmasını öngördüğünden, bu ifadeleri esas alan hakemlerce, yoruma ilişkin belirsizliklerin yatırımcılar lehine çözüme kavuşturulması sonucu doğmuştur⁴⁸.

Ancak son dönemde, ekonomik gelişmenin, sadece yatırımların teşviki ve korunması ile değil, aynı zamanda sosyal ve çevresel politikaların gözetilmesi ile elde edilebileceği anlayışının etkili olmaya başlaması ile bazı ülkeler ikili yatırım ve serbest ticaret anlaşmalarının Başlangıç kısımlarında bu tür politika amaçlarına yer verme eğilimi göstermektedir⁴⁹. Böylece ikili yatırım anlaşmalarında yatırım politikası amaçlarının, diğer bazı politik amaçlarla uyumlu bir şekilde ve özellikle sosyal ve çevresel politika amaçlarının, yatırım politikası amaçları ile aynı düzeyde ele alınması Başlangıç kısımlarında ifadesini bulmaktadır⁵⁰. Bu anlaşmalar açısından, yatırımların teşviki ve korunması birincil amaç olmakla birlikte, söz konusu amacın ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilmesi kabul edilemez görülmektedir. Türkiye de model anlaşma taslağı ile bu yeni nesil anlaşmaların Başlangıç kısımlarına paralel bir Başlangıç düzenlemesi getirmiştir.

Yeni nesil anlaşmalardan diğer bazıları ise Başlangıç kısımlarında yer alan bu tür ifadeler bakımından daha keskin düzenlemeler içermektedir. Bunlardan özellikle bazı serbest ticaret anlaşmalarında

⁴⁸ Bkz. yuk. dn. 47'deki kararlar.

⁴⁹ Spears, s. 1064 vd. Bazı anlaşmalarda ise, anlaşmanın amacının, sürdürülebilir kalkınma ilkeleri ile uyumlu bir şekilde gerçekleştirilmesi gereği ifade edilmektedir. Bkz. Kanada ile Çin arasındaki 9.9.2012 tarihli ikili yatırım anlaşması. Anlaşma metni için bkz. http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/canada_china.pdf (18.1.2013).

⁵⁰ Bkz. ABD 2012 Model İkili Yatırım Anlaşması; ABD ile Arnavutluk arasındaki 1995 tarihli ikili yatırım anlaşması; ABD ile Bulgaristan arasındaki 1992 tarihli ikili yatırım anlaşması; ABD ile Uruguay arasındaki 2005 tarihli ikili yatırım anlaşması. Anlaşma metinleri için bkz. çevrimiçi: <http://www.unctadxi.org/templates/Doc-Search.aspx?id=779> (18.1.2013). Ayrıca bkz. Kanada ile Kolombiya arasındaki 2008 tarihli serbest ticaret anlaşması, bkz. çevrimiçi: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/colombia-colombie/can-colombia-toc-tdm-can-colombie.aspx?view=d>; Avustralya ile Şili arasındaki 2009 tarihli serbest ticaret anlaşması, bkz. çevrimiçi: [http://www.sice.oas.org/trade/CHL_AUS_Final_e/CH-L_AUS_FTA_e\[1\].pdf](http://www.sice.oas.org/trade/CHL_AUS_Final_e/CH-L_AUS_FTA_e[1].pdf) (18.1.2013).

çevrenin, işçi haklarının korunması, sürdürülebilir kalkınmanın teşvik edilmesi gibi amaçların, yatırıma ilişkin politika amaçlarının gerçekleştirilmesinde gözetilmesi gereken ikincil hedefler olarak değil; yatırım politikası amaçları ile aynı düzeyde, bağımsız hedefler olarak tespit edildiği görülmektedir⁵¹. Diğer bir kısım anlaşmanın Başlangıç kısımlarında ise, tarafların düzenleyici yetkilerinden veya kamu menfaati ile ilgili meselelere ilişkin esneklikten vazgeçme niyetinde olmadıkları ifade edilmektedir⁵².

Başlangıç kısımlarında yer alan bu yeni ifadelerin, yatırım anlaşmalarından doğan uyuşmazlıklarda hakemleri, yatırım politikası amaçlarına diğer mülahazalar karşısında daha fazla ağırlık tanımama konusunda cesaretlendirmesi gerektiği belirtilmektedir⁵³. Nitekim bazı kararlardan hareketle, bu yeni Başlangıç ifadeleri sayesinde hakemlerin daha bütüncül bir yaklaşım sergileyecekleri öngörülmektedir⁵⁴.

⁵¹ Kanada ile Peru arasındaki 2009 tarihli serbest ticaret anlaşması; Kanada ile Kolombiya arasındaki 2008 tarihli serbest ticaret anlaşması. Anlaşma metinleri için bkz. çevrimiçi: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/peru-perou/preamble-preambule.aspx?lang=eng&view=d> (18.1.2013).

⁵² Örneğin, Çin ile Yeni Zelanda arasındaki 2008 tarihli serbest ticaret anlaşmasının Başlangıç kısmında "...Upholding the rights of their governments to regulate in order to meet national policy objectives, and preserving their flexibility to safeguard the public welfare..." ibaresi yer almaktadır. Anlaşma metni için bkz. <http://www.chinafta.govt.nz/1-The-agreement/2-Text-of-the-agreement/01-Preamble.php> (18.1.2013). Ayrıca bkz. Kanada ile Kolombiya arasındaki serbest ticaret anlaşması.

⁵³ Spears, s. 1068.

⁵⁴ Spears, s. 1069. SD Myers v. Canada kararında hakem heyeti, NAFTA'nın Başlangıç kısmında taraf devletlerin, yatırıma ilişkin yükümlülüklerin çevrenin korunması mülahazası ile uyumlu bir şekilde gerçekleştirilmesi gereğini kabul ettikleri hususunu göz önüne almıştır. Bkz. S.D.Myers Inc. v. Government of Canada, Partial Award, 13 November 2000, para. 221, çevrimiçi: <http://italaw.com/documents/SDMeyers-1stPartialAward.pdf> (19.1.2013); Ayrıca Dünya Ticaret Örgütü Temyiz Organı (Appellate Body), verdiği bazı kararlarda ilgili anlaşmaların Başlangıç kısımlarında yer alan sürdürülebilir kalkınma ve çevrenin korunması gibi amaçların dikkate alınması gereğini ifade etmiştir. Bkz. WTO Appellate Body Report, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, DSR 1998:VII, 2755, para. 153, çevrimiçi: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_settle-ment_cbt_e/a1s1p1_e.htm (19.1.2013); WTO Appellate Body Report, United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R, 29 April 1996, s. 30. Kararlar hakkında bkz. Spears, s. 1069.

B) *Genel İstisnalar'a İlişkin Hüküm Çerçevesinde Devletin Düzenleyici Yetkilerinin Korunması*

Devletin düzenleyici yetkilerinin korunması gereği dikkate alınarak bazı devletlerce ikili yatırım anlaşmalarında yapılan değişiklikler kapsamında iki tür düzenleme tarzından birinin veya ikisinin birden kullanıldığı görülmektedir. İlk yöntemde, ABD 2012 ve Kanada 2004 model anlaşmasında olduğu gibi, ev sahibi devletin maddî yükümlülüklerinin netleştirilmesi suretiyle, hakemlerin, devletin meşru düzenleyici işlemlerinin yatırımcının haklarını ihlal edip etmediği konusunda dengeli bir yaklaşım geliştirmelerinin sağlanması hedeflenmektedir. Bu çerçevede her iki model anlaşmaya ek getirilerek, dolaylı kamulaştırma ile ilgili yorum esasları tespit edilmiştir⁵⁵. Benzer şekilde her iki model anlaşmanın ilgili maddelerinde, âdil ve eşit muamele (*fair and equitable treatment*) esasının yorumlanmasına ilişkin esaslar da yer almaktadır⁵⁶. Ayrıca gerek bu iki model anlaşmada gerek diğer bazı ülkelerin model anlaşmalarında ve taraf oldukları anlaşmalarda, spesifik olarak kamu sağlığı ve güvenliğinin, çevrenin, işçi haklarının korunması ile ve/veya sürdürülebilir kalkınma ile ilgili hükümler getirilmiştir⁵⁷. Spesifik düzenleme getiren bu hükümlerden ABD 2012 model anlaşmasında yer alanlar son derece ayrıntılı ve kapsamlı hükümler olup, yatırım ile çevre ve yatırım ile iş yaşamına

⁵⁵ Söz konusu ek metinlere göre, dolaylı kamulaştırmaya ilişkin değerlendirmede, devlet tarafından alınan tedbirin ekonomik etkisinin, tedbirin yatırıma ilişkin aşık ve makul beklentilere ne ölçüde müdahale ettiğinin ve devlet tarafından alınan tedbirin niteliğinin dikkate alınması gerekir. Ayrıca her iki ekte, istisnai durumlar haricinde, kamu sağlığı, güvenliği ve çevre gibi kamu refahına ilişkin meşru amaçların korunması için tasarlanan ve uygulanan ayırıcı olmayan düzenleyici eylemlerin dolaylı kamulaştırma sayılmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Bkz. ABD 2012 Model İkili Yatırım Anlaşması *Annex B*; Kanada 2004 Model İkili Yatırım Anlaşması *Annex B.13(1)*. Bu konuda bkz. Spears, s. 1051.

⁵⁶ ABD 2012 Model İkili Yatırım Anlaşması m. 5/2; Kanada 2004 Model İkili Yatırım Anlaşması m. 5/2. Benzer düzenleme örnekleri son dönemde diğer bazı anlaşmalarda daha yer almıştır. Bkz. İspanya ile Meksika arasındaki 2006 tarihli ikili yatırım anlaşması m. IV/1; Meksika ve Çin arasındaki 2008 tarihli ikili yatırım anlaşması m. 5/2. Anlaşma metinleri için bkz. çevrimiçi: <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779> (20.1.2013). Ayrıca bkz. Spears, s. 1054-1055.

⁵⁷ ABD 2012 Model İkili Yatırım Anlaşması m. 12 ve 13; Kanada 2004 Model İkili Yatırım Anlaşması m. 11; Belçika 2002 Model İkili Yatırım Anlaşması m. 5 ve 6 (Bkz. Osterwalder/Johnson, *Belgium*, s. 21-25); Kanada ve Peru arasındaki 2009 tarihli serbest ticaret anlaşması m. 809.

ilişkin haklar dengesinin sağlanmasına ilişkindir. Belçika 2002 model anlaşması da çevrenin ve iş yaşamına ilişkin hakların, yatırıma ilişkin politika amaçları karşısında korunmasına ilişkin görece kapsamlı hükümler içermektedir.

Aşağıda ele alınan “Genel İstisnalar” başlıklı hükümlere yer veren diğer bazı anlaşmalarda ise, ABD 2012 ve Belçika 2002 model anlaşmalarında olduğu gibi ayrıntılı ve kapsamlı hükümler yerine kamu sağlığı, güvenliği, çevre ve işçi hakları ile ilgili daha genel nitelikte tek bir hüküm bulunmaktadır. Kanada 2004 model anlaşması m. 11’de bu şekilde “Sağlık, Güvenlik ve Çevresel Tedbirler” başlıklı bir hüküm yer almakta ve bu hükümde sağlık, güvenlik ve çevreye ilişkin ülkesel düzenlemeleri zayıflatmak suretiyle yatırımı teşvik etmenin uygun olmadığı ifade edilmiştir. Benzer bir hüküm NAFTA’da da yer almaktadır (m. 1114/2).

Genel istisna yöntemi ile devletin düzenleyici yetkilerinin ön plâna çıkarılması ise ikinci yöntemi oluşturmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, bazı anlaşmalarda sadece ilk yönteme başvurulmakta ve bir yandan ev sahibi devletin yükümlülükleri netleştirilirken öte yandan da spesifik hükümlerle belli konularda ev sahibi devletin düzenleyici yetkilerinin korunması gereği ifade edilmektedir. Diğer bazı anlaşmalarda ise, hem bu ilk yöntem takip edilmekte; hem de genel istisna yöntemine yer verilmektedir. Ancak görülmektedir ki, genel istisnalar hükmünün yer aldığı anlaşmalarda belli konularda devletin düzenleyici yetkilerinin korunmasına ilişkin spesifik hükümler daha genel düzeyde tutulmakta; ayrıntılı ve kapsamlı düzenleme getirilmemektedir. ABD 2012 model anlaşması gibi bazı anlaşmalarda ilk yöntem tercih edilirken, Kanada 2004 model anlaşmasında her iki yöntem birlikte kullanılmış ve devletin düzenleyici yetkilerinin belli konularda korunmasına ilişkin spesifik hüküm genel bir hüküm olarak m. 11’de yer almıştır. Son olarak sadece genel istisnalar hükmüne yer verilmesi de mümkündür.

Nitekim Türkiye’nin model anlaşma taslağı’nın 5. maddesinde “Genel İstisnalar” başlıklı bir hükme yer verilmiş; ancak bu hüküm dışında spesifik olarak kamu sağlığı, güvenliği, çevre ve işçi haklarının

korunması ile ilgili bir hükme yer verilmemiş; bu konulara Başlangıç kısmında anlaşmanın amacı çerçevesinde yapılan atıfla yetinilmiştir.

Çeşitli anlaşmalarda kullanılan genel istisna yöntemi kapsamında farklı türden hükümler söz konusu olabilmekte; bu konuda da istikrarlı bir uygulamadan söz edilememektedir⁵⁸. Bazı anlaşmalarda genel istisnalara ilişkin hükümlerde, bu istisnaî durumların kötüye kullanılmamasını sağlamak üzere şarta bağlı bir ifade kullanılmaktadır. Genellikle ev sahibi devletin, genel istisnalar kapsamında yetkilerini kullanması, keyfi veya haksız bir ayırmacılığa işaret etmemesi şartıyla kabul edilmekte ve bu yetkilerini yatırımları üstü örtülü bir şekilde kısıtlayıcı bir şekilde kullanmaktan kaçınması gerektiği ifade edilmektedir. Gümrük Tarifeleri ve Genel Ticaret Anlaşması'nın XX. maddesinde bu tür bir hüküm yer almaktadır⁵⁹. Benzer şekilde Kanada 2004 model anlaşmasında "Genel İstisnalar" başlıklı m. 10'da da aynı şarta bağlı ifade ile, bu anlaşmanın hiçbir hükmünün, insan, hayvan veya bitki yaşamının veya sağlığının ve canlı ya da cansız doğal kaynakların korunması amacıyla gerekli tedbirlerin alınmasını engellemeyeceği belirtilmiştir.

Genel istisna yöntemine yer veren diğer bazı anlaşmalarda ise, şarta bağlılık daha sınırlı bir şekilde ifadesini bulurken⁶⁰, Türkiye'nin

⁵⁸ Bkz. Newcombe, A.: *General Exceptions in International Investment Agreements*, Draft Discussion Paper, BIICL Eighth Annual WTO Conference, 13-14 May 2008, London, s. 2, çevrimiçi: http://www.biicl.org/files/3866_andrew_newcombe.pdf (20.1.2013); *UNCTAD International Investment Rule-making: Stocktaking, Challenges and the Way Forward*, UNCTAD Series for International Investment Policies for Development, 2008, s. 72-73, çevrimiçi: http://unctad.org/en/docs/iteit20073_en.pdf (20.1.2013).

⁵⁹ GATT (1994) m. XX'de Genel İstisnalar başlığı altında, "*Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: ... (b) necessary to protect human, animal or plant life or health; ... (e) relating to the products of prison labour; ... (f) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value; ... (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources; ...*" hükmü yer almaktadır. Son dönemde anlaşmalarda yer verilen genel istisna hükümlerine esas teşkil eden bu hüküm yanında, Hizmet Ticareti Genel Anlaşması (*General Agreement on Trade in Services-GATS*)'nın XIV. maddesinde de benzer bir hüküm yer almaktadır.

⁶⁰ Bkz. Japonya ile Kore arasındaki 2002 tarihli ikili yatırım anlaşması m. 16/1(c).

model anlaşma taslağı'ndaki hüküm de dâhil olmak üzere son bir grup anlaşmada şarta bağlılık asgari düzeyde kalmakta ve bu anlaşmalar-daki hiçbir hükmün bir âkit tarafın, belli konularda gerekli tedbirleri almasına engel teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir⁶¹. Türkiye'nin model anlaşma taslağı m. 5'de

"1. [b]u Anlaşma'daki hiçbir hüküm, bir Âkit Tarafın,

a) insan, hayvan veya bitki yaşamını veya sağlığını veya çevreyi korumak için düzenlenen ve uygulanan;

b) canlı veya cansız tükenebilir doğal kaynakların korunması ile ilgili

ayırımçı olmayan hukukî tedbirleri almasını, sürdürmesini veya uygulamasını engelleyecek şekilde yorumlanamaz."

hükmü genel istisnalar hükmü olarak yer almaktadır. Bu hükümde görüldüğü üzere, tek şart, alınan hukukî tedbirin ayırımçı olmamasıdır. Diğer anlaşmalarda genellikle aynı zamanda tedbirin "gerekli" olmasından söz edilirken, bu hükümde "gerekli tedbirler" ibaresi kullanılmamış; onun yerine "düzenlenen ve uygulanan" ibaresine yer verilmiştir⁶². Hüküm, ev sahibi devletin sözü edilen konularda düzenleyici yetkilerini korumak bakımından açık bir şekilde anlaşmanın diğer hükümlerine istisna getirmekte; ancak bu istisnaî tedbirlerin ayırımçı bir uygulamaya meydan vermemesi gerektiği belirtilmektedir.

Genel istisna hükümlerinin yapısı hakkında bkz. Spears, s. 1060-1062.

⁶¹ İsviçre ile Mauritius arasındaki 1998 tarihli ikili yatırım anlaşmasının "Genel İstisnalar" değil de "Diğer Hükümler ve Belirli Taahhütler" başlıklı 11/3 maddesinde "[n]othing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from taking any action necessary [...] for reasons of public health or the prevention of diseases in animals and plants" ifadesi ile söz konusu hüküm yer almaktadır. Anlaşma metni için bkz. çevrimiçi: http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/mauriti-us_switzerland.pdf (20.1.2013).

⁶² Benzer şekilde COMESA (*Common Market for Eastern and Southern Africa*)'nın *Common Investment Area Agreement* metninde de m. 22'de "gerekli tedbirler" ibaresi yerine "düzenlenen ve uygulanan" ibaresi kullanılmıştır. "Gerekli tedbirler" ibaresi, hangi tedbirlerin gerekli addedileceğinin tespiti sorununu ortaya çıkarmaktadır. Bkz. Spears, s. 1063. Türkiye'nin model anlaşma taslağında bu ibare yer almamış olsa da, alınan tedbirin, duruma göre insan, hayvan, bitki yaşamının veya sağlığının veya çevrenin korunmasına yahut doğal kaynakların korunmasına ilişkin olması gereği açıktır. Bu itibarla doğrudan doğruya söz konusu amaçlara yönelik olmayan tedbirler bakımından istisna hükmünün işletilmesi mümkün olmayacaktır.

Genel istisna hükümlerinin hakemlerce ne şekilde yorumlanacağı açık değildir. Bu konuda farklı yaklaşımlar geliştirilmesi mümkün olmakla birlikte, henüz uygulamada bir eğilim ortaya çıkmamıştır. Genel istisna hükümlerinin, az sayıda anlaşmada yer alması nedeniyle bunların, diğer anlaşmalara kıyasla ev sahibi devlete daha geniş bir düzenleyici yetki alanı tanıdığı kabul edilebileceği ileri sürüldüğü gibi; aksine bu hükümlerin ev sahibi devletin düzenleyici yetki alanını belli konularla sınırladığı da ileri sürülebilir⁶³.

C) Yatırımcı ile Ev Sahibi Devlet Arasındaki Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Hüküm

Ev sahibi devletle yatırımcı arasında yatırım anlaşmalarından doğan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak bu anlaşmalarda yer alan hükümler, genellikle birbirine benzer görünüm sergilemektedir. Ancak ABD'nin 2004 yılı model anlaşması ile bu hükümlerin de farklı bir düzenleme tarzına konu edildiği görülmektedir⁶⁴.

Devletin düzenleyici yetkilerinin, yatırımların korunması politikası ile dengelenmesi eğilimi doğrultusunda ABD'nin 2004 yılı model anlaşması ile yatırım uyuşmazlıklarının çözümünü etkileyecek şekilde

⁶³ Bkz. Newcombe, s. 8; Spears, s. 1063.

⁶⁴ Uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerde 2012 model anlaşması ile ciddi bir değişiklik yapılmamış; 2004 model anlaşmasındaki esaslar muhafaza edilmiştir. Geleneksel ikili yatırım anlaşmalarında yer alan uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerle karşılaştırıldığında, ABD'nin model anlaşmasında yer alan düzenleme, öncelikle son derece ayrıntılı ve kapsamlıdır. En başta devletin yatırım anlaşmasından doğan tahkime gösterdiği rızanın hangi konuları kapsadığı net bir biçimde tespit edilmiştir. ABD'nin model anlaşmasının 24. maddesinde, geleneksel anlaşmalarda olduğu gibi "bu anlaşmadan doğan her tür uyuşmazlık" veya "bu anlaşma kapsamındaki yatırımlarla ilgili uyuşmazlıklar" gibi ibareler kullanılmamış; hangi konularda yatırım anlaşmasına dayanan tahkim yoluna başvurulabileceği sayma suretiyle tespit edilmiştir. Buna göre, anlaşmanın 3 ilâ 10. maddelerinden doğan yükümlülüklerin, yatırım izninin ve yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım sözleşmesinin ihlali halinde anlaşmaya dayanan tahkim yoluna başvurulabilir. Böylece model anlaşma, diğer geleneksel yatırım anlaşmalarında yer alan "bu anlaşmadan doğan her tür uyuşmazlık" veya "bu anlaşma kapsamındaki yatırımlarla ilgili uyuşmazlıklar" gibi ibarelerin yorumu sorununu ortadan kaldırmış ve özellikle yatırım sözleşmelerinin ihlali halini yatırım anlaşmalarına dayanan tahkimde hakemlerin yetkisi kapsamında kabul ederek, konuya ilişkin tartışmaları kendi açısından sona erdirmiştir. Bu konuda bkz. Şit-Köşgeroğlu, B.: Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması, İstanbul 2012, s. 240 vd.

düzenlemeler yapılmıştır. Özellikle hakemlerin takdir yetkilerini sınırlayıcı veya bazı konuları hakemlerin yetkisi dışına çıkarmaya ve tahkim sürecinde şeffaflığın sağlanmasına yönelik hükümler dikkat çekmektedir⁶⁵. Yukarıda görüldüğü üzere, kamulaştırma yasağı ve âdil ve eşit muamele gibi önemli hükümlerin anlamını açıklama yoluna gitmek suretiyle bu konularda hakemlerin takdir yetkisi zaten maddî hükümler kapsamında sınırlanmıştır. Bu hükümlere ilişkin açıklamaların ayrıntılı bir ifadeye sahip olması hakemlerin yorum imkânını daraltmaktadır⁶⁶.

Ayrıca model anlaşmanın yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin B Bölümü'nde (m. 23-36), belli bazı konuların anlaşma taraflarınca hakemlerin yetkisi dışına çıkarılması mümkün kılınmış ve uzlaşma yoluyla çözüme ulaşılması öngörülmüştür. Örneğin, anlaşmanın yorumlanması ile ilgili veya anlaşma eklerinin uygulanması ile ilgili sorunlar anlaşma tarafları arasında uzlaşma suretiyle çözülür ve tarafların bu konulara ilişkin kararı, hakemleri bağlayıcı nitelik taşır (m. 30/3 ve m. 31). Bunun gibi, vergilendirme tedbirlerinin kamulaştırma teşkil ettiğine ilişkin iddiaların öncelikle her iki tarafın yetkili vergi kurumları tarafından anlaşma yoluyla çözülmesi kabul edilmiştir (m. 21/2). Model anlaşma, bazı uyuşmazlıkların ise tahkim yoluyla çözümü yolunu tamamen kapatmıştır. Örneğin, "Tarafların Tahkime Gösterdikleri Rızanın Şartları ve Sınırlanması" başlığını taşıyan m. 26 hükmüne göre, uyuşmazlık çıktıktan sonra üç yıl geçmiş ise, bu uyuşmazlık için tahkime başvurulması mümkün değildir. Aynı maddede ev sahibi devlet mahkemelerine gidilmesi de teşvik edilmiştir (m. 26/2). Model anlaşmanın uyuşmazlık çözümüne ilişkin bölümünde dikkat çeken bir özellik de, tahkim sürecinin şeffaflığı konusunda özel bir hassasiyet gösterilmiş olmasıdır. Anlaşmanın "Tahkim Sürecinde Şeffaflık" başlığını taşıyan 29. maddesinde konu ayrıca düzenlenmiştir. Bu kapsamda örneğin, tahkim alanında genel kabul gören gizlilik esası bir kenara bırakılarak, duruşmalarda aleniyet kabul edilmiştir (m. 29/2). Uyuşmazlık çözümüne ilişkin bölümde hakemlerin yetkisini

⁶⁵ Vandavelde, *Model*, s. 310-311.

⁶⁶ Vandavelde, *Model*, s. 310.

sınırlayıcı düzenlemeler arasında m. 34'de yer alan bazı hükümler de dikkat çekmektedir. Hakem kararının verilmesine ilişkin bu maddede, hakem kararının konusu tespit edilmiş; ayrıca örneğin cezalandırıcı tazminata hükmedilemeyeceği belirtilmiştir. Aynı maddede hakem kararının tenfizine ilişkin ayrıntılı bir düzenleme de getirilmiş ve tenfiz için belli süreler geçmedikçe ve kararın iptali, gözden geçirilmesi istenmediği takdirde veya bu süreçler tamamlandıktan sonra başvurulabileceği öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere, ABD'nin (2004 ve) 2012 model anlaşması, uyuşmazlık çözümüne ilişkin düzenlemesi itibariyle de, geleneksel ikili yatırım anlaşmalarından ayrılmaktadır⁶⁷. Zira geleneksel ikili yatırım anlaşmalarında yer alan ve yatırımcı ile ev sahibi devlet uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümüne ilişkin genel düzenleme getiren hükümlerde, hangi uyuşmazlıkların ilgili anlaşma kapsamında tahkime götürülebileceği belirtilmediği gibi, hakemlerin yetkisine ilişkin sınırlamalar da genellikle bulunmamaktadır. Bu anlaşmalarda tahkim sürecine, sürecin şeffaflığına, hakem kararına ve kararın tenfizine ilişkin düzenlemelere de rastlanmamaktadır.

Türkiye'nin model anlaşma taslağı'nda yer alan yatırımcı-ev sahibi devlet uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin m. 10 hükmü bu açıdan ele alındığında, daha çok geleneksel ikili yatırım anlaşmalarındaki uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlere benzer bir görünüm sergilemektedir. Söz konusu hükümde, pek çok ikili yatırım anlaşmasında olduğu gibi⁶⁸, "yatırımla ilgili" uyuşmazlıkların⁶⁹ tahkime götürülebileceği öngörülmüş; hangi uyuşmazlıkların yatırımla ilgili sayılacağı ve dolayısıyla anlaşma kapsamında tahkime götürülebileceği konusunda bir açıklık getirilmemiştir. Ancak aynı maddenin devamında, sadece doğrudan doğruya yatırım etkinliklerinden doğan uyuşmazlıkların

⁶⁷ Kanada'nın 2004 model anlaşması da geleneksel ikili yatırım anlaşmalarına kıyasla ayrıntılı ve kapsamlı bir düzenleme getirmekte ve ABD'nin model anlaşmasına benzer hükümler içermektedir.

⁶⁸ Bkz. Almanya'nın 2008 Model İkili Yatırım Anlaşması m. 10/1; Fransa'nın 2006 Model İkili Yatırım Anlaşması m. 7/1.

⁶⁹ Türkiye'nin model anlaşma taslağı m. 10'da şu ibare ile uyuşmazlıklar belirtilmiştir: "[d]isputes between one of the Contracting Parties and an investor of the other Contracting Party, in connection with his or her investment...".

bu anlaşma kapsamında uyuşmazlık çözüm yollarına tâbi olacağı belirtilmiş; bir de Türkiye'de bulunan taşınmazlar üzerindeki mülkiyet ve diğer aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların Türk mahkemelerinin yetkisi dâhilinde olduğu ve bunların tahkime götürülemeyeceği ifade edilmiştir.

Model anlaşma taslağı'nda hakemlerin yetkilerinin sınırlanması söz konusu olmadığı gibi, tahkim süreci ve bu sürecin şeffaflığı konusunda veya hakem kararı ile ilgili bir açıklık da bulunmamaktadır. Ancak, yerel mahkemelerin yetkisinden söz edilmiş ve uyuşmazlık çözüm yolları arasında, ülkesinde yatırımın yapıldığı Âkit Tarafın yetkili mahkemelerinin de taraflarca seçilebileceği belirtilmiştir. Ayrıca, yol ayırımı hükmü olarak adlandırılan hükümlerin bir örneğine de yer verilmiş ve yatırımcının, bu maddede öngörülen uyuşmazlık çözüm yollarından birine başvurduğu takdirde, bu seçiminin nihai olduğu ifade edilmiştir. Böylece, yatırımcı, örneğin devlet mahkemesinde dava açtığı takdirde artık tahkime başvurma imkânı kalmamaktadır. Bu tür hükümlerin amacı da, yatırımcının aynı uyuşmazlık için birden fazla uyuşmazlık çözüm yoluna başvurusunun engellenmesidir⁷⁰. Türkiye'nin daha önce taraf olduğu bazı anlaşmalarda da bu tür hükümlere yer verilmiştir⁷¹.

Belirtildiği üzere, model anlaşma taslağı'nın uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükmü, ağırlıklı olarak geleneksel ikili yatırım anlaşmalarında yer alan uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlere paraleldir. Başlangıç kısmında ve genel istisnalar hükmünde takip edilen güncel gelişmelerin, uyuşmazlık çözümüne ilişkin hüküm üzerinde etki etmediği veya böyle bir etkinin tercih edilmediği görülmektedir.

SONUÇ

Son dönemde ikili yatırım anlaşmaları, amaç, bu anlaşmalardan doğan haklar ve bu hakların takibi açılarından ev sahibi devletlerin düzenleyici yetkileri lehine bir değişim geçirmektedir. Özellikle bazı

⁷⁰ Bkz. Dolzer/Schreuer, s. 216 vd.; Douglas, Z.: The International Law of Investment Claims, Cambridge 2009, s. 152 vd.

⁷¹ Örneğin Türkiye ile Fransa arasında 15.6.2006 tarihinde imzalanan ikili yatırım anlaşması m. 8/2'de benzer bir hüküm bulunmaktadır. Anlaşma metni için bkz. R.G. T. 26.6.2009, S. 27270.

ülkelerin model anlaşmalarından hareketle tespit edilen bu değişim kapsamında ev sahibi devletlerin düzenleyici yetkilerinin korunması menfaatinin, yatırımcıların teşviki ve korunması karşısında daha dengeli bir noktaya getirilmesi istenmekte ve yatırımcıların her ne pahasına olursa olsun teşviki ve korunması anlayışından vazgeçilmeye başlanmaktadır. Henüz sınırlı sayıda anlaşmada karşılığını bulan bu bakış açısı, Türkiye'nin model anlaşma taslağı'na da belli bir ölçüde yansımıştır. Ancak bu yansıma, model anlaşma taslağı'nın amacının ifade edildiğı Başlangıç kısmı ile genel istisnalar kapsamında belli hususlara ilişkin kamusal, sosyal ve çevresel menfaatlerin korunması bakımından devletin düzenleyici yetkilerinin korunması gereğinin ifade edilmesinden ibaret bir şekilde gerçekleşmiştir. Her ne kadar yatırım tahkimi alanında hakemlerin, yatırım anlaşmalarının amacını değerlendirirken Başlangıç kısımlarını dikkate aldıkları bir gerçek ise de, genel istisna hükümlerinin ne şekilde yorumlanacağı açık değildir. Bu nedenle model anlaşma taslağı'nda sadece genel istisna hükümlerine yer verilmesi yerine devletin düzenleyici yetkilerinin daha bütüncül ve dengeli bir şekilde korunmasını sağlayacak düzenlemeler getirilmesi uygun olurdu. Yakın gelecekte ABD'nin model anlaşması gibi anlaşmaların yaygınlaşması, Türkiye'nin bu tür anlaşmalara taraf olması veya mevcut anlaşmaların yeniden müzakere edilmesi halinde, Türk tâbiyetli yatırımcıların ve Türkiye'de yatırım yapan yabancı yatırımcıların bu anlaşmalara tâbi olması sonucunu da doğuracaktır.

KAYNAKLAR

Akpınar, H. A.: *Bilateral Investment Treaties As A Tool to Improve Investment Climate*, Expert Training Program for the Experts of the IDB Members, Turkey's Experience Sharing Program on Investment Climate Reform, 13 Ekim 2011, çevrimiçi:http://www.yoikk.gov.tr/dosya/up/IDB/20111013_BilateralTreaties_HasanAslanAkpinar.pdf

Dolzer, R./Schreuer, C.: *Principles of International Investment Law*, Oxford 2008.

Douglas, Z.: *The International Law of Investment Claims*, Cambridge 2009.

- Franck, S. D.: *The Nature and Enforcement of Investor Rights Under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future?*, U.C. Davis J. Int'l L.&Pol'y, 2005, Vol. 12, s. 48-99.
- Gordon, K./Pohl, J.: *Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey*, OECD Working Papers on International Investment, No. 2011/1, OECD Investment Division, çevrimiçi: <http://www.oecd.org/daf/internationalinvestment/internationalinvestmentagreements/48083618.pdf>
- van Harten, G.: *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford 2007.
- Jacob, M.: *International Investment Agreements and Human Rights*, 2010, Institute for Development and Peace, çevrimiçi: http://www.humanrightsbusiness.org/files/international_investment_agreements_and_human_rights.pdf
- Newcombe, A.: *General Exceptions in International Investment Agreements*, Draft Discussion Paper, BIICL Eighth Annual WTO Conference, 13-14 May 2008, London, çevrimiçi: http://www.biicl.org/files/3866_andrew_newcombe.pdf
- Newcombe, A./Paradell, L.: *Law and Practice of Investment Treaties*, Alphen aan den Rijn 2009.
- Nikiéma, S. H.: *Best Practices Indirect Expropriation*, International Institute for Sustainable Development, March 2012, çevrimiçi: http://www.iisd.org/pdf/2012/best_practice_indirect_expropriation.pdf
- Osterwalder, N. B./Hoffmann, R. T.: *The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the New Dispute, Vattenfall v. Germany (II)*, International Institute for Sustainable Development, June 2012, çevrimiçi: http://www.iisd.org/pdf/2012/german_nuclear_phase_out-.pdf
- Osterwalder, N. B./Johnson, L.: *Belgium's Model Bilateral Investment Treaty: A Review, (Belgium)*, 2010, çevrimiçi: http://www.iisd.org/pdf/2011/belgiums_model_bit.pdf
- Osterwalder, N. B./ Johnson, L.: *Commentary to the Austrian Model Investment Treaty, International Institute for Sustainable Development*, November 2011, çevrimiçi: http://wien.arbeiterkammer.at/bilder/d165/Studie_Investitions-schutzabkommen_en.pdf
- Polat, M.: *Türkiye'nin Taraf Olduğu Bazı İkili Yatırım Anlaşmalarının Mukayesesine İlişkin Bir İnceleme*, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010, S. 73-74, s. 195-220.
- Ranald, P.: *Investor-State Dispute Settlement (ISDS): The Threat to Health, Environment and Other Social Regulation*, Stakeholders Forum, Eight Round of Trans-Pacific Partnership Negotiations, Sept. 10, 2011, Chicago, <http://aftinet.org.au/cms/sites/default/files/pranald%20forum%20100911.pdf>
- Ruttenberg, V. H.: *The United States Bilateral Investment Treaty Program: Variations on the Model*, Comments, U. Pa. J. Int'l Bus. L., 1987, Vol. 9, s. 121-143.

- Sachs, W.: *The "New" U.S. Bilateral Investment Treaties*, Int'l Tax & Bus. Law., 1984, Vol. 2, Iss. 1, s. 192-224.
- Sornarajah, M.: *The International Law on Foreign Investment*, 3. Ed., Cambridge 2010.
- Spears, S. A.: *The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements*, JIEL, 2010, Vol. 13, No. 4, s. 1037-1075.
- Şit-Köşgeroğlu, B.: *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması*, İstanbul 2012.
- Tiryakioğlu, B.: *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, Ankara 2003.
- Vandeveld, K. j.: *A Brief History of International Investment Agreements, (Brief History)*, U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y, 2005, Vol. 12, s. 158-194.
- Vandeveld, K. J.: *Model Bilateral Investment Treaties: The Way Forward, (Model)*, South-western Journal of International Law, 2011, Vol. 18, s. 307-314.

Raporlar:

- Novel Features in Recent OECD Bilateral Investment Treaties*, Part II, Ch. 6, 2006, Tablo 6.1, çevrimiçi: <http://www.oecd.org/daf/internationalinvestment/internationalinvestmentagreements/40072428.pdf>
- Türkiye'nin Taraf Olduğu Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK) Anlaşmaları'nın İçeriği ve İşlevleri*, T.C. Ekonomi Bakanlığı Teşvik Uygulama ve Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü, çevrimiçi: http://www.ekonomi.gov.tr/up-load/5882F276A39E7416242D61582C0B0A10/YKTK_web.pdf
- UNCTAD Bilateral Investment Treaties 1959-1999, (UNCTAD Bilateral Investment Treaties 1959-1999)*, UNCTAD/ITE/IIA/2, New York and Geneva 2000, çevrimiçi: <http://archive.unctad.org/en/docs/poiteiid2.en.pdf>
- UNCTAD Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, 2007, çevrimiçi: http://unctad.org/en/Docs/iteia20065_en.pdf
- UNCTAD International Investment Agreements: Key Issues, (UNCTAD International Investment Agreements)*, Vol. I, UNCTAD/ITE/IIT/2004/10, New York Geneva 2004, çevrimiçi: http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf
- UNCTAD International Investment Rule-making: Stocktaking, Challenges and the Way Forward*, UNCTAD Series for International Investment Policies for Development, 2008, çevrimiçi: http://unctad.org/en/docs/iteiit20073_en.pdf
- UNCTAD Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review, (UNCTAD Investor-State Disputes)*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, 2005, çevrimiçi: http://unctad.org/en/Docs/ite-iit20054_en.pdf

UNCTAD Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, (UNCTAD Latest Developments 2012), April 2012, çevrimiçi: http://unctad.org/en/Publications-Library/webdiaeia2012d10_en.pdf

UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, 2005, çevrimiçi: http://unctad.org/en/Docs/ite-iit20054_en.pdf

UNCTAD World Investment Report 2003, çevrimiçi: http://unctad.org/en/Docs/wir-2003light_en.pdf

UNCTAD World Investment Report 2010, çevrimiçi: http://unctad.org/en/docs/wir-2010_embargo22_en.pdf

UNCTAD World Investment Report 2012, çevrimiçi: http://unctad.org/en/Publications-Library/wir2012_embargoed_en.pdf

ÇEVRE ÖRGÜTLERİNİN ÇEVRESEL YÖNETİME KATILMA SÜRECİNDE DAYANDIĞI HAKLAR

THE RIGHTS OF ENVIRONMENTAL ORGANIZATIONS TO PARTICIPATE IN ENVIRONMENTAL ADMINISTRATION PROCESS

Seda YURTCANLI DUYMAZ*

Özet: Uzun soluklu bir sürecin sonucunda oluşan çevreci örgütler çevre sorunlarını savunmakta, bu konuda toplumdaki duyarlılığı arttırmakta ve kirletenler ile kirleticilere karşı mücadele etmektedir. Çevre örgütlerinin çevre yönetimi sürecini etkilemesini sağlayan tüm bu mücadelelerinin hukuki dayanakları ise bireysel haklardır.

Anahtar Sözcükler: Çevreci örgüt, Çevresel haklar, Çevre huku-ku ve yönetimi.

Abstract: Non-governmental environmental organizations are formed as a result of a long-term process. Their objectives are to prevent environmental problems, to increase public awareness about these problems and to struggle against polluters and pollutants. The legal bases of all these struggles, which ensure the participation of NGO's to decision-making process, are individual rights.

Keywords: Non-governmental environmental organizations, Environmental rights, Environmental law and administration.

Giriş

Modern devletin oluşumu ile ekonomik alanda ortaya çıkan liberalizm, yatırım ve üretim alanlarının farklı boyutlara ulaşmasını sağlamıştır. Teknolojik gelişmeye paralel olarak oluşan sanayi devrimi, üretimi serileştirmiş, tüketimi arttırmış ve zamanla kapitalizm doğmuştur. Adam Smith'in "*birakınız yapsınlar bırakınız etsinler*" şeklinde sloganlaşan, çevreyi sınırsız bir hammadde olarak algılayan ve modernizm olarak ifade edilen bu dönem, temelde insanı doğanın efen-

* Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Kentleşme ve Çevre Sorunları Anabilim Dalı

disi olarak görmüştür.¹ İnsanın, tüketmekle elde edeceği mutluluk tek hedef olarak kabul edilmiş ve bu hedef uğruna doğal kaynakların, çevresel öğelerin sınırlandırılmadan, özgürce sömürülmesi süreci başlamıştır. Dünyanın geneline hâkim olan bu kapitalist yaklaşım hızla çevresel değerlerin bozulması, kirlenmesi ve canlı türlerinin yok olması gerçeğini önemsizleştirmiş ve bugün etkilerini yaşadığımız iklim değişikliği, asit yağmurları, ozon tabakasının incelmeye, çölleşme, ormansızlaşma, tehlikeli atıklar gibi çevresel sorunların doğumuna sebep olmuştur.²

Bu ekonomik siteminin eleştirisini yapan ve çevre üzerinde gösterdiği sonuçları dillendiren eserler³ toplumlarda çevre sorunlarının fark edilmesini, konuşulur ve tartışılır olmasını sağlamış ve halkta bir bilinç oluşturmaya başlamıştır. Bu sürece paralel olarak gelişen çevrenin herkesin ortak mirası ve değeri olduğu fikri, herkesin bu miras ve değer üzerinde hakkının, ödevinin ve sorumluluğunun olduğu bilincini de ortaya çıkarmıştır. Çünkü bu değer niteliksel olarak bozulmasının ya da niceliksel olarak azalmasının herkesi etkilediği ve bu sorunların ortaya çıkmasında herkesin pay sahibi olduğu fark edilmiştir. Bu söylem, özellikle 68 Gençlik Hareketi boyunca kitlesel olarak dillendirilmiştir.

Bu süreçte yalnız olmadıklarını gören bireyler, ortaya çıkan ya da çıkma tehlikesi bulunan çevresel sorunlara karşı mücadelelerini daha etkin bir şekilde devam ettirebilmek için örgütlenmeye, çevreci örgütler kurmaya başlamışlardır. Gerek karar alıcıların gerekse kirleticilerin çevreye, bugün ve gelecek kuşaklara karşı ödev ve sorumlulukları olduğunu hatırlatma çabası içerisinde olan çevreci örgütler, uzun, kabul ettirmesi zor ve ciddi uğraşlardan sonra hem uluslararası hem de ulusal düzeyde çevresel karar alma süreçlerinin önemli aktörleri haline gelmişlerdir. Çevreci örgütlerin Türkiye’de çevre yönetimi sürecine dâhil olma mücadelesi özellikle son yıllarda HES inşaları, nükleer santral ve termik santral projeleri, maden arama faaliyetlerinin arttırıl-

¹ Bu ekonomik yaklaşım, insan merkezli çevre politikası ve hukukunun temelidir.
² Ruşen Keleş & Can Hamamcı & Aykut Çoban, *Çevre Politikası, İmge Kitabevi*, 6. Baskı, Ankara, 2009, s.246 vd.; Ayşegül Kaplan, *Küresel Çevre Sorunları Ve Politikaları, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları*, Ankara, 1999, s.49 vd.
³ René Dumont’un *Uçurumun Kıyısındaki Dünya ve Dünyamız Nereye Gidiyor?* başlıklı eserleri; Rachel Carson’un *Sessiz Bahar* adlı kitabı.

ması çalışmaları, İstanbul'da üçüncü köprü ve üçüncü havalimanı vb. gibi projeleri kapsamında yürütülmekte ve fakat önemli müdahalelerle karşılaşmaktadır.

Çevreci örgütlerin karar alma sürecinde giriştikleri bu mücadelenin bir takım hukuki temelleri bulunmaktadır. Bu temeller ilk başta temel haklar olarak şekillenmektedir (A). Bu kapsamda tüm hakların etkinliğini sağlayan ifade özgürlüğünden ve özelde çevre hakkının ortaya çıkışı ve niteliklerinden bahsedilecektir. Zamanla ortaya çıkan eksiklikler, hakların uygulanabilirliğindeki zorluklar özellikle çevre hukuku kapsamında bir takım yeni usule ilişkin hak oluşumlarını sağlamış ve çevresel bilgiye erişim, karar verme sürecine katılım ve başvuru haklarını gündeme getirmiştir (B).⁴

A. Temel Haklar Bakımından: İfade Özgürlüğü ve Çevre Hakkı

Tüm mücadelelerde olduğu gibi çevresel mücadelenin de dayandığı hukuki temellerin, gerekçelerin ifade edilebilir olması gerekmektedir. Şu halde çevresel sorunlar söz konusu olunca sadece bir temel hak olan çevre hakkının varlığı yetmemekte (2), bu hakkın etkinliğini sağlayan ifade özgürlüğünden de (1) bahsetmek gerekmektedir.

1. Çevre Savunucularının İfade Özgürlüğü

1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ifade özgürlüğünü "*Hiç kimse, dışavurumu yasalarla oluşturulan düzene zarar vermediği sürece inançları nedeniyle sorumlu tutulamaz*" ve "*Düşüncelerin ve inançların serbestçe dışavurumu en değerli insan haklarından bir tanesidir. Her bir yurttaş yasaların belirlediği durumlarda bu özgürlüklerin kötüye kullanımından sorumlu olmak şartı ile bu ifadelerini özgürce konuşabilir, yazabilir ve yayınlatabilir*" şeklinde düzenlenmiştir. Düşünceyi, bilgiyi özgürce ifade edebilme ve başkalarıyla paylaşabilmeyi içeren bu hak, süreç içerisinde paylaşım araçlarının çeşitlenmesi ve yaygınlaşmasıyla çok daha etkin ve önemli, hale gelmiştir.

Yaşanılan çevre sorunlarının neler olduğunu bilmek ya da bunların farkında olmak yetmez, bu farkındalığın ve bilginin toplumla

⁴ İbrahim Kaboğlu, Çevre Hakkı, İletişim Yayınları, İstanbul, 1992, s.61.

paylaşılması, dışa vurulması, yani ifade edilebilir olması ve bu doğrultuda bir kamuoyu oluşturularak gidişatın değiştirilebilir olması gerekmektedir. Başta çevreci örgütler olmak üzere, tüm bireysel örgütlenmelerin oluşumlarındaki ve etkinliklerindeki en öncelikli hak, ifade özgürlüğüdür. Çünkü fikirlerini özgürce paylaşabilen insanlar, ortak bir nokta bulabilir ve birlikte bir mücadeleye başlayabilmektedirler. İfade özgürlüğü bir taraftan bu şekilde örgütlülüğü başlatırken, diğer taraftan, bu ortak mücadelenin toplumun diğer kesimlerine duyurulmasını sağlamaktadır. Böylece çevreci örgütlenmeler güç kazanırken, toplumun çevresel sorunlara karşı duyarlılığı da artmaktadır. İfade özgürlüğü, sadece çevresel sorunların dillendirilmesinde değil, diğer haklar bakımından da etkili bir role sahiptir.

İlerleyen başlıkta göreceğimiz çevre hakkı ile çevre hukuku kapsamında oluşan usule ilişkin haklar, etkinliklerini ve varlıklarının devamının güvencesi ifade özgürlüğüdür. İfade özgürlüğü, bir yandan bizzat çevresel hakların etkinliğini sağlarken, diğer yandan çevresel değerlerin korunması mücadelesinin yapılabilmesini de sağlamaktadır.⁵ Bunun en etkili örneğini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğü kapsamında çevreci söylemlere ilişkin verdiği kararlarda görmekteyiz.⁶ Çünkü çevre, herkesin ortak değerlerini barındıran, hakların varlığını ve devamlılığını sağlayacak olan üstün bir genel menfaattir ve Mahkeme bu genel menfaatin yayın, reklam, konuşma gibi araçlarla duyurulmasını ifade özgürlüğü kapsamında güçlü bir şekilde korumaktadır.⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) çevreci örgütleri ifade özgürlüğü kapsamında koruduğu birkaç karara değinmek gerekirse, hayvanların korunması amacıyla İsviçre'de kurulan bir dernek, hayvanların kesilmeden önce kötü koşullarda yaşayıp beslendiklerini ve onlara kötü muamele yapıldığını anlatan bir spot hazırlamıştır. Hem hayvanların korunması çağrısı yapan hem de insanlarda et tüke-

⁵ Jean-Pierre Marguénaud, "Les Droits Fondamentaux Liés À L'Environnement" in *L'Efficacité Du Droit De L'Environnement*, sous la direction de Olivera Boskovic, Dalloz, Paris, 2010, s.85 vd.

⁶ Erkan Duymaz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı", İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Ekim 2012, sayı 47, s.127 vd.

⁷ Erkan Duymaz, s.137.

timini azaltmayı hedefleyen bu spotun özel bir televizyon kanalı tarafından yayımlanması talebinde bulunan dernek, taleplerinin reddedilmesi üzerine dava açmıştır. İç hukuk yollarının tükenmesinden sonra AİHM'ne başvurulmuştur. Mahkeme, 4 Ekim 2007 tarihinde verdiği kararında herhangi bir bireysel menfaat gütmeyen, aksine hayvanların korunması şeklinde beliren genel menfaatin kamuoyuna duyurulması amacını taşıyan bu spotun yayımlanmasının engellenmesini ifade özgürlüğüne aykırılık olarak değerlendirmiştir.⁸

Bir başka olayda da London Greenpeace isimli örgüt fast-food zinciri olan Mc Donalds aleyhine hazırladığı broşürleri dağıtması nedeniyle İngiliz Mahkemelerince para cezasına çarptırılmıştır. İç hukuk yollarını tükettikten sonra AİHM'ne başvuran dernek ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğini öne sürmüştür. İngiltere, savunmasında ilgili derneğin gazeteci olmadığı için geniş bir ifade özgürlüğünden faydalanamayacağını, şirketin itibarının korunması için verilen idari para cezasının uygun olduğunu belirtmiştir. Bu savunma üzerine Mahkeme, broşürdeki iddiaların kamu yararına olduğunu, bu nedenle de "politik ifade" olarak algılanıp üst düzeyde korunması gerektiğini ifade ederek İngiltere'yi mahkûm etmiştir.⁹

Çevresel sorunların olduğu bir ortamda, bireyler ve özellikle de birey toplulukları olan sivil toplum kuruluşları, bu kirlenmeden, kaygılarından, şimdiki ve gelecekteki olası sonuçlarından ifade özgürlüğü sayesinde bahsedebilmektedirler.¹⁰ Görüldüğü gibi AİHM çevreyi korunması gereken üstün bir menfaat olarak kabul ederek ifade özgürlüğü kapsamında korumuştur. Ancak daha etkin bir koruma için çevreyi ayrı bir hak olarak düzenlemekte de fayda vardır. Şu halde konumuz itibarıyla ifade özgürlüğü, çevre hakkının etkinliğini sağlayarak, bu hakkın ne olduğunu, neleri kapsadığını, hangi hallerde ihlal edildiğini, ihlallerin önlenmesi için nelerin yapılması gerektiğini ifade edebilmeyi sağlar. O halde uygulanması istenecek, mücadelesi verilecek çevre hakkını ve unsurlarını incelememiz gerekmektedir.

⁸ AİHM, *Verein gegen Tierfabriken (VgT) / İsviçre*, n°32772/02, 04.10.2007.

⁹ AİHM, *Steel ve Morris/ Birleşik Krallık*, n°68416/01, 15.02.2005. Benzer bir dava için bakınız AİHM, *Vides Aizsardzibas Klubs/ Letonya*, n°57829/00, 27.05.2004.

¹⁰ Arif Ali Cangı, "Yaşamın Savunulmasında Düşünce Ve İletişim Özgürlüğü", in *Türkiye'de İfade Özgürlüğü, bsgst Yayınları*, İstanbul, 2009, s.502.

2. Talep Edilebilir Bir Çevre Hakkı

Temel hak ve hürriyetler ancak yaşanabilir bir çevre var olursa kullanılabilir.¹¹ İnsanlar bu gerçeği, çevresel bozulmaların kendilerini etkilediği andan itibaren fark etmeye başlamışlardır. Sanayileşmiş ülkelerin başında yer alan İngiltere’de 1950’li yıllarda yaşanan hava kirliliği yüzlerce insanın ölümüne sebep olmuş; 1960’lı yıllarda yaşanan pek çok tanker kazası, gelişmiş ya da az gelişmiş ülke ayrımına bakılmaksızın, herkesin okyanuslarını ve kıyılarını kirletmiş; ormanlık alanlar, sanayi üretiminin sonucu oluşan asit yağmurlarıyla yok olmaya başlamış; canlı yaşamı ise ozon tabakasının incelmeye başlamasıyla tehdit altına girmiştir. Yaşanan olaylar sonucu oluşan farkındalık, toplumlara sistem eleştirisi yapmaya ve topyekûn bir hak mücadelesine girmeye teşvik etmiştir. Bu mücadelenin başlamasında anti-nükleer hareket olan 68 Gençlik Hareketi’nin, çevreci örgütlerin ve baskı gruplarının de etkisi büyüktür.¹²

Toplumlarda oluşan bu tepkiyi Roma Kulübü’nün 1972 tarihinde yayınladığı “Büyümenin Sınırları” başlıklı raporu izlemiştir. Büyüme ile doğal kaynaklar arasındaki ilişkiye dikkat çeken rapor, kaynakların sanıldığı kadar aksine, sınırlı olduğunu ve mevcut üretim-tüketim alışkanlıklarıyla devam edilirse kaynakların tükeneceğini, dolayısıyla ekonominin bir geleceğinin olmadığını belirtmiştir. Çözüm olarak da sıfır büyümeyi önermiştir.¹³ Bu şekilde çevre, hem toplumların hem de ekonomik aktörlerin gelecek kaygısı haline dönüşmüştür. Bu “gelecek kaygısı”, çevrenin insana karşı ve fakat insan için, başka bir ifadeyle çevrenin antroposentrik (insan-merkezli) yaklaşımla, korunması gerektiği fikrini yaratmıştır. Bütün bu eylemsel ve düşünsel sürecin sonunda devletler, uluslararası düzeyde bu konunun düzenlenmesi gerektiğini ortaya koymuşlardır.

¹¹ Jean-Pierre Marguénaud, s.86.

¹² Yasemin Özdek, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, *Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü*, Ankara, 1993, s. 89; Buğrahan Eldeleki, *Çevre Hukuku Bakımından Çevre Hakkı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2010, s.24 vd; Mihriban Şengül, “Neoliberal Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı”, in *Disiplinler arası Yaklaşımla İnsan Hakları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s.363 vd.

¹³ Donella H. Meadows & Dennis L. Meadows, *The Limits to Growth: A Report for the Club of Rome’s Project on the Predicament of Mankind*, Paperback, 1979.

Bu düzenlemelerin hak tanımlaması şeklinde mi yoksa sadece ilkelere düzeyinde mi kalması gerektiği konusunda hukuk doktrini tarafından da bir tartışma başlamıştır. Bir grup hukukçu, çevrenin en etkili korunma yolunun, insanlara ödev ve sorumluluk yükleyeceği için, bir hak düzenlemesiyle sağlanabileceğini belirtmiştir.¹⁴ Ancak bu öneriye karşı, çevrenin bir hak ile korunmasının hakkın süjesi, konusu, kime karşı ileri sürüleceği, yaptırım sürecinde çıkacak sorunlar nedeniyle uygulanabilir olmadığı ve bu nedenlerden ötürü “insan hakları” kavramını tehlikeye atabileceği şeklinde yasal eleştiriler getirenler de olmuştur.¹⁵ Bir diğer taraftan içerik ve şekle ilişkin getirilen öneriler de bulunmaktadır. Bunlardan ilki, çevrenin bir “insan hakkı” temelinde korunmasını çevrenin dar bir kapsamla ve insan merkezli korunması sonucuna götüreceği, oysaki çevrenin çok daha geniş bir kapsama sahip olduğu üzerine getirilmiştir.¹⁶ Bir diğer öneri, çevrenin herhangi bir hak düzenlemesine gidilmeksizin doğrudan sorumluluk hukuku çerçevesinde korunmasını, mevcut normların yetersizliği noktasında bunların iyileştirilmesi yönünde olmuştur.¹⁷ Son olarak gelen öneri ise çevrede meydana gelen bozulmadan doğacak zararın yaşama hakkı, özel hayatın gizliliği, mülkiyet hakkı, yerleşme özgürlüğü gibi mevcut başka insan hakları kapsamında korunması gerektiği şeklindedir.¹⁸

Tüm teorik tartışmalar sonucunda uluslararası toplum ve devletler çevrenin bir insan hakkı olarak düzenlenip, bu düzeyde korunması gerektiğini beyan ettiler. Bu kapsamda çevre hakkı ilk olarak Birleşmiş Milletlerin Stockholm’de düzenlediği İnsan ve Çevresi Konferansı sonucu uluslararası düzeyde kabul edilen 16 Haziran 1972 tarihli Stockholm Deklarasyonu ile düzenlenmiştir. Deklarasyonun ilk maddesi

¹⁴ Jean Untermaier, *Droit De L’Homme À L’Environnement Et Libertés Publiques*, *Revue Juridique De L’Environnement*, 1978/4, s.329; Gilles Martin, *Le Droit À L’Environnement*, *PPS*, 1978, s.128.

¹⁵ Jean Rivero, *Les Libertés Publiques*, Tome 1, *Les Droits De L’Homme*, *PUF*, Paris, 1978, s. 129.

¹⁶ Chantal Cans, “Plaidoyer pour un droit de l’environnement moins anthropocentriste, Réflexions insolentes sur la place croissante des préoccupations sanitaires dans le droit de l’environnement”, *Droit de l’environnement*, n°80, Temmuz-Ağustos 2000, s.10.

¹⁷ Bu yönde yapılan eleştiriler için bakınız: Gilles Martin, “De La Responsabilité Civile Pour Faits De Pollution Au Droit À L’Environnement”, Doktora tezi, 1976.

¹⁸ Jean Lemarque, *Le Droit Contre Le Bruit*, *LGDJ*, 1975, s.43; Jehan De Malafosse, *Droit À La Nature*, *Montchrestien*, 1973.

“İnsanın; hürriyet, eşitlik ve yeterli yaşam koşulları sağlayan onurlu ve refah içinde bir çevrede yaşamak temel hakkıdır. İnsanın bugünkü ve gelecek nesiller için çevreyi korumak ve geliştirmek için ciddi bir sorumluluğu vardır” demektedir. Yaşam hakkıyla ilişkilendirilen bu bireysel hak antroposentrik bir yaklaşımla düzenlenmiştir. “Onurlu ve refah içinde yaşam” kriterlerine, 1986 yılında Çernobil’de meydana gelen nükleer felaket sonrası “sağlıklı yaşam” kriteri de eklenmiştir. Bu anlamda, 14 Aralık 1990 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 45/94 sayılı kararı “ Herkes, sağlığını ve esenliğini sağlayacak bir çevrede yaşama hakkına sahiptir” demektedir. Yumuşak hukuk (soft law) düzeyinde kalan bu düzenlemeleri 1992 tarihli Rio Deklarasyonu izlemiştir.

Ekonomik bir kavram olan sürdürülebilir kalkınmayı çevre politikası ve hukukunun temel hedefi olarak kabul eden Rio Konferansı çevre hakkının kapsamı açısından bir olumsuz bir de olumlu etki yapmıştır. Olumsuz etki, insan-merkezli yaklaşımla çevrenin korunmasını daraltan çevre hakkı düzenlemelerin artık ekonomik gelişmenin önünde engel oluşturmayacak şekilde ele alınması gerektiğidir.¹⁹ Rio Deklarasyonu’nun ilk maddesi sürdürülebilir kalkınma kaygılarının merkezinde bulunan insanoğlunun doğa ile uyum içinde sağlıklı ve üretken bir yaşam hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Sürdürülebilir kalkınmanın olumlu etkisi ise yalnızca bugünü değil gelecek nesli de kapsayan geniş perspektiften kaynaklanmaktadır. Bu perspektifte belirlenecek çevre hakkının hem zaman hem mekân bakımından geniş yorumlanmasının önü açılmıştır.²⁰

Tüm bu uluslararası düzenlemeleri, ulusal mevzuat çalışmaları takip etmiştir. Türkiye’de dâhil pek çok devlet, çevre hakkını anayasal bir düzlemde düzenlemiştir.²¹ Kimileri ise sadece yasal düzenlemelerle yetinmiştir.²² Düzenlemelerin bir kısmı sadece hak²³ veya

¹⁹ Michel Prieur, *Droit De L’Environnement*, Dalloz, 6. Baskı, Paris, 2011, s.71.

²⁰ İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal, 8. Baskı, İstanbul, 2012, s.321.

²¹ Örneğin 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 1988 tarihli Brezilya Anayasası, 1978 tarihli İspanyol Anayasası, 1982 tarihli Çin Anayasası, 1994 tarihli Belçika Anayasası, 1979 tarihli Peru Anayasası, 1976 tarihli Portekiz Anayasası, 2004 tarihli Çevre Şartı’nın yürürlüğe girmesinden beri Fransız Anayasası, 1975 tarihli Yunan Anayasası, 1994 yılında yapılan değişiklik sonrası Alman Anayasası, 1993 tarihli Rusya Federasyonu Anayasası, 1972 tarihli Macaristan Anayasası, 1980 tarihli Şili Anayasası vb.

²² Örneğin İngiltere’de 1974 senesinde yürürlüğe giren Büyük Britanya’da Kirlilik Kontrolü Kanunu.

²³ Örneğin Norveç ve Rusya Anayasaları çevreyi sadece bir hak olarak düzenlemiştir.

ödev²⁴ tanımı yaparken bir kısmı da hak ve ödev tanımını birlikte yapmıştır.²⁵ Çevre hakkının, özellikle anayasal düzeyde korunmasının bir takım önemli getirileri vardır.²⁶ Örneğin genel menfaat niteliğindeki çevresel menfaatlerin girişim özgürlüğünden veya mülkiyet hakkından doğan bireysel menfaatlere karşı korunması sağlanabilir; devlet organlarının çevreye duyarlı kararlar almaları sağlanabilir; halkta çevre sorunlara karşı bilinç oluşması kolaylaşır. Peki, uzun mücadelelerin sonunda kabul edilen çevre hakkının niteliği nedir? Hakkın süjesi kimdir? Bu hakkın konusu nedir? Kime karşı ileri sürebilir?

Devletlere negatif yükümlülükler yükleyen, bireylere otorite karşısında güven içinde yaşama hakkı tanıyan kişisel ve siyasal hakları içeren birinci kuşak haklar ile devlete pozitif yükümlülükler yükleyen, onurlu bir yaşamı sağlayan sosyal ve ekonomik hakları içeren ikinci kuşak hakların, gerek II. Dünya Savaşı sırasında yaşananlar gerekse bilimsel ve teknik gelişmeler²⁷ karşısında, insanları ve toplumları korumaya yeterli olmadığı anlaşılmıştır. Bunun üzerine toplumların talepleri doğrultusunda “dayanışma hakları” denen üçüncü kuşak haklar ortaya çıkmıştır.²⁸ Barış hakkı, gelişme hakkı, insanlığın ortak malvarlığına saygı hakkı ve çevre hakkı olarak beliren dayanışma hakları sadece bugünkü kuşakların değil gelecek nesillerin de korunmasını amaçlayan evrensel nitelikteki haklardır.²⁹

Dayanışma hakları kategorisinde yer alan çevre hakkı, evrensel değerler olan çevresel öğeleri ortak değer olarak kabul etmekte, hem

lerdir.

²⁴ Örneğin 1975 tarihli Yunan Anayasası'nın 24. maddesi Devlete doğal ve kültürel çevrenin korunması ve kollanması bu amaçla gerekli önleyici tedbirleri ya da cezai düzenlemeler yapması ödevini yüklemiştir. Benzer bir düzenleme Hollanda Anayasası'nın 21. maddesinde de görülmektedir.

²⁵ 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 1988 tarihli Brezilya Anayasası, 1978 tarihli İspanyol Anayasası, 1994 tarihli Belçika Anayasası, 1979 tarihli Peru Anayasası, 1976 tarihli Portekiz Anayasası, 2004 tarihli Çevre Şartı'nın yürürlüğe girmesinden beri Fransız Anayasası vs.

²⁶ Nükhet Turgut, Çevre Politikası ve Hukuku, *Savaş Yayınları*, Ankara, 2009, s.74-75.

²⁷ Örneğin nükleer kazalar, nükleer silahlanma, aşırı ve sınırsız ekonomik büyüme ve kaynakların sınırsız tüketim çabaları; genetiğiyle oynanmış organizmalar, elektromanyetik kirlenme vb.

²⁸ Bu da insan haklarının durağan olmadığını, gelişime açık olduğunu göstermektedir. İbrahim Kaboğlu, *Çevre Hakkı, İletişim Yayınları*, s.5.

²⁹ İbrahim Kaboğlu, *Çevre Hakkı, İletişim Yayınları*, s.8.

bugünkü hem de gelecek kuşaklar için bunların korunması ve geliştirilmesini öngörmektedir. Yaşanabilen bir ortam, eğer diğer temel hakların yaşayabilmesinin şartıysa, çevre hakkı için, tüm hak ve özgürlüklerin varlık ve uygulanabilirlik şartıdır diyebiliriz.³⁰

Çevre hakkının somutlaştırılmasında kullanılan “refah içinde”, “onurlu yaşam” ve “sağlıklı ve dengeli çevre” nitelendirmeleri, bireylerden ziyade, toplumun yaşam kalitesini ifade eden objektif ölçütlerdir. Diğer bir ifadeyle, toplumların sağlığı, onuru ve refahı koruma altına alınırken, bugünkü ve gelecek kuşaklar için, tüm devletlerden, bireylerden, kamusal ve özel topluluklardan bu konuda sorumlu davranmaları beklenmektedir. Birey, devlet, vatandaşlık, gerçek ya da tüzel kişi ayrımı yapmaksızın, herkese ödevler yükleyen çevre hakkının dayanışma niteliği de buradan doğmaktadır.³¹ Şu halde, tüm dayanışma hakları gibi çevre hakkı da devlet-birey işbirliğini öngörmekte, hak ve ödevi bir bütün olarak ilgililere sunmaktadır.³²

Çevre hakkı genel anlamda³³ tüm çevresel değerleri, canlı ve cansız varlıkları ve bunların birbirleriyle olan etkileşimlerini, doğal-yapay çevreyi ve ekolojik dengeyi hem bugünü hem yarını kapsayan bir perspektifle koruyan bireysel bir temel haktır.³⁴ Çevre hakkının öznesi ve sorumluları örtüşmekte olup, bu durum bireyleri ve özellikle çevreci sivil toplum örgütlerini ulusal ve uluslararası çevre politikası ve

³⁰ Güneş Gürseler, “İnsan Hakları, Çevre, Anayasa” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 75, 2008, s.200.

³¹ İlhan Tekeli, *Kültür Politikaları ve İnsan Hakları Bağlamında Doğal ve Tarihi Çevreyi Korumak, Tarih Vakfı Yurt Yayınları*, İstanbul, 2009, s.85; Orse Demirel, *İnsan Hakları Açısından Çevre Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2011, s.8.

³² Nükhet Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*, s.89; Agathe Van Lang, *Droit De L’Environnement, PUF*, Paris, 2007, s.60; Michel Prieur, “Les Nouveaux Droits”, *AJDA*, 2005, s.1157.

³³ Çevre hakkının konusu her ülkenin Anayasasında, her uluslararası düzenlemede farklı şekilde somutlaşmaktadır. Somutlaşan hakkın konusu aynı zamanda çevre hukukunun da konusunu oluşturur. İbrahim Kaboğlu, *Çevre Hakkı, İletişim Yayınları*, s. 40 vd.

³⁴ Ruşen Keleş & Birol Ertan, *Çevre Hukukuna Giriş, İmge Kitabevi Yayınları*, Ankara, 2002, s.82; İbrahim Kaboğlu, *Çevre Hakkı, İletişim Yayınları*, s.42; Orse Demirel, s.12; Atilla ÖZER, “Çevre Hakkı ve 1982 Anayasası”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1998/1, s.76; François-Guy Trebulle, “Du Droit De L’Homme À L’Environnement Sain”, *Environnement*, n°4, Nisan 2005, s.19.

hukukunun özneleri yapmaktadır.³⁵ Şu halde hakkın yararlanıcıları ve sorumluları bireyler, devletler, kamusal ve özel birey topluluklardır.

Kimi yazarlar henüz mevcut olmayan gelecek kuşakları, sorumluluktan muaf tutarak hakkın öznesi arasında saymaktadır.³⁶ Oysaki çevre hakkı bireysel bir haktır ve hakkın sahibine mücadele imkânı verir. Gelecek kuşakların, henüz hayatta olmadığı için, bir hak mücadelesine girmeleri söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla kanımca gelecek kuşaklar hakkın öznesi değil müstakbel alıcıları olup³⁷, şimdiki kuşakların ödev ve sorumluluk alanını genişleten ve bilincini yükselten bir perspektiftir.³⁸ Bu fikrin de temelini sürdürülebilir kalkınma oluşturmaktadır.³⁹ Öte yandan, çevre sorunlarının geri dönülemez olma özelliği de kendiliğinden gelecek kuşakların menfaatleri gerçeğini ortaya koymaktadır.⁴⁰

Gelecek kuşak perspektifi ve çevreci sivil toplum örgütlerinin hak öznesi olma durumlarını birlikte düşündüğümüzde, çevre hakkının mağduru olma bakımından klasik zarar - mağduriyet ilişkisinin ortadan kalktığı, dolayısıyla mağdur olma sıfatının kapsamının genişlediği de görülmektedir.⁴¹

Çevre hukukunda önemli olan çevresel değerlerin niteliksel ve/veya niceliksel kayba uğramadan gerekli önlemlerin alınması, standartların ve kuralların konmasıdır. Çünkü çevresel sorunlar ya geri dönülemez sonuçlar doğurmakta ya da düzeltilmeleri çok zaman almakta ve oldukça masraflı olmaktadır. Çevresel sorunlar zamanda ve mekânda yayılma gösterdiği için sorumluların bulunması da zorlaşmaktadır. Tüm bu gerekçeler çevre hakkının, daha süreçlerin başında, etkin kullanılmasının gerekliliğini ortaya koymuştur. Çevre hakkı,

³⁵ Alexandre Kiss & Jean-Pierre Beurier, *Droit International De L'Environnement*, Pedone, 3. Baskı, Paris, 2004, s.103 vd.

³⁶ Güneş Gürseler, s.201; Orse Demirel, s.14.

³⁷ İbrahim Kaboğlu, *Çevre Hakkı*, İmge Yayınları, Ankara, 1996, s.56.

³⁸ "Gelecek kuşakların hakları" farklı konularda doğacak temel ihtiyaçların minimum şimdiki halinde korunması, hatta bu amaçla iyileştirilmesini içerir. Alexandre Kiss, "L'Irreversibilité Et Le Droit Des Générations Futures", *Revue Juridique De L'Environnement*, 1998/5, s. 49 vd. "Gelecek kuşak haklarının" bir çevre hukuku konsepti olduğuna ilişkin görüş için bakınız Alexandre Kiss & Jean-Pierre Beurier, s.150; Jean-Marc Lavieille, s.151-152.

³⁹ Rio Deklarasyonu ilk maddesinde bu bağı kurmaktadır.

⁴⁰ Michel Prieur, *Droit De L'Environnement*, s.80-81.

⁴¹ İbrahim Kaboğlu, *Çevre Hakkı*, İmge Yayınları, s.57.

içerdiği önleyici ve koruyucu sorumlulukla başta mülkiyet hakkı olmak üzere, girişim özgürlüğü, yerleşme özgürlüğü gibi temel hak ve hürriyetlere ciddi sınırlandırmalar getirmekte, bireysel menfaat - genel menfaat çatışmasını doğurmaktadır. Ancak yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, ilgili bireysel menfaatler varlığını ancak yaşanabilir bir çevrede sürdürebilirler. Bu nedenle çevre hakkı aktif bir şekilde uygulanabilir olmalıdır.

Çevre hakkının etkin, eksiksiz ve zamanında kullanılabilmesini sağlamak amacıyla çevre hukuku kendine özgü ve usule ilişkin olan bir takım güvence hakları düzenlenmiştir.⁴² Çevre hakkı özellikle de çevreci sivil toplum kuruluşlarını özneleştiren bir şekilde düzenlendiği için usule ilişkin güvence haklarından etkin şekilde faydalanacak olanlar başında da çevreci sivil toplum örgütleri gelecektir.

B. Çevre Hukuku Bakımından: Usule İlişkin Haklar

Çevre hukuku, kendi içerisinde çevre hakkının pratiğe dönüşmesini ve bireylerin çevre politikalarında aktif bir aktör haline gelmelerini sağlayan üç adet usule ilişkin hak barındırmaktadır: çevresel konularda bilgiye erişim hakkı, çevresel karar verme sürecine katılımı hakkı ve başvuru hakkı.⁴³ Bu haklar uzun bir süre çeşitli konferanslarda veya sözleşmelerde "ilke" olarak dile getirilmiş olsa da (1) 2001 yılında yürürlüğe giren Aarhus Sözleşmesi ile konu bütünlüğü sağlanmış ve hak düzeyinde ele alınmıştır (2).

1. Çevresel Katılımcı Demokrasi Fikrinin

Ortaya Çıkışı ve Evrimi

Çevresel sorunlar, doğası itibariyle birden çok nedene ve kişiye bağlı olan, çoğu zaman geri dönülmez ve düzeltilemez sonuçlarını zamanla ve geniş bir coğrafi alanda gösteren, bu sebeplere bağlı olarak, bilimsel ve teknik açıdan ortaya çıkartılması ve sorumluların yargı makamlarınca tespiti konusunda güçlükler yaşanan bir yapıya sahiptir. Bu yüzden süreç içerisinde çevresel politikalarda düzeltici yaklaşımdan ziyade henüz sorun ya da kirlilik oluşmadan onun önlenmesi

⁴² İbrahim Kaboğlu, Çevre Hakkı, İmge Yayınları, s.93 vd.; Güneş Gürseler, s.202;

⁴³ İbrahim Kaboğlu, Çevre Hakkı, İmge Yayınları, s.93 vd.

gerektiği yaklaşımı hâkim olmuştur. İşte çevresel katılım ilkesi bu ana yaklaşımın bir sonucu olarak dile getirilmiştir.⁴⁴

Devletlerin, çevresel konularda, seçme hakkı ile sınırlı kalan klasik demokrasi anlayışından halkın aktif katılımını sağlamayı hedefleyen katılımcı demokrasi anlayışına yönelmelerinin en önemli tetikleyicileri II. Dünya Savaşı sonrası yaşanan demokrasi arayışları; bireylere rağmen barışa, çevreye ve insan sağlığına aykırı düzenlemelerin bir sistem eleştirisi içerisinde protesto edildiği 68 Gençlik Hareketi ve 1970'lerden itibaren yönetim anlayışının performans, etkililik, şeffaflık ve hesap verilebilirlik gibi kriterlerle desteklenmesi olarak sayılabilir.⁴⁵ Yönetim anlayışındaki bu gelişmeler bireyin ve birey topluluklarının çevresel yönetimin aktif aktörleri arasında yer almalarını sağlamıştır.

Çevre hakkının 1972 tarihli Stockholm Deklarasyonu'nda tanımlanması bunun ilk aşamasını oluşturmaktadır. Ancak çevre hakkının salt düzenlenmiş olmasının yeterli olmadığı, hızını kesmeden devam eden çevresel kirliliklerde, küresel ısınmada, biyolojik çeşitliliğin yok olmasında kendini göstermiştir. Stockholm'den 10 yıl sonra, 28 Ekim 1982'de kabul edilen Dünya Doğa Şartı'nın 23. ve 24. İlkeleri çevreye olumsuz etkileri olacak her karara bireysel olarak ya da bir sivil toplum aracılığıyla örgütsel olarak katılım imkânının ve araçlarının taraf Devletlerce sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Böylece bireylerin ve sivil toplum örgütlerinin çevre hukukundaki yerleri kabul edilmiş olmaktadır. Ardından 1987 yılında Birleşmiş Milletler Dünya Çevre ve Kalkınma Komisyonu "Ortak Geleceğimiz" Raporu, halkın katılımı olmadan sürdürülebilir kalkınmanın gerçekleştirilemeyeceğini savunmuştur. Çok ses getiren bu Raporun ardından en etkili gelişme ise 1992 yılında Brezilya'nın Rio şehrinde gerçekleştirilen çevre konferansında yaşanmıştır.

1992 tarihli Rio Konferansı'nda bir takım usule ilişkin ilkelerle çevre hakkının korunması gerektiği fikri ortaya atılmıştır. Bu çerçevede

⁴⁴ Nükhet Turgut, *Çevre Politikası Ve Hukuku*, s.150-151; Nükhet Turgut, *Çevre Ve Yurttaşlar, Savaş Yayınları*, Ankara, 1993, s.7 vd.

⁴⁵ Yves Jégouzo, "Principe Et Idéologie De La Participation" in *Pour Un Droit Commun De L'Environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, Dalloz, Paris, 2007*, s.582 vd.

de Rio Deklarasyonu “Çevre konuları tüm ilgili vatandaşların uygun seviyede katılımıyla ele alınabilir. Ulusal seviyede, her birey çevreye dair umumi makamlarca tutulan bilgilere zararlı maddelere dair bilgileri ve kendi topluluklarındaki faaliyetleri içerecek şekilde erişim hakkına ve karar verme süreçlerine katılım fırsatına sahip olmalıdır. Devletler bilgiyi geniş bir şekilde elde edilebilir yaparak ulusal bilinç ve katılımı kolaylaştırmak ve teşvik etmelidirler. Islah ve çareyi de içeren adli ve idari raporlara etkili erişim sağlanmalıdır” şeklinde düzenlenen 10. İlkesi kapsamında doğrudan, “*Yerli insanlar ve onların toplulukları ve diğer yöresel topluluklar bilgileri ve geleneksel tecrübelerinden dolayı çevresel idare ve gelişme üzerinde hayati bir role sahiptirler. Devletler onların kimliklerini, kültürlerini ve çıkarlarını fark etmeli ve hakkıyla desteklemeli ve devam ettirilebilir kalkınmanın başarılmasında etkili katkıları sağlamalıdır*” şeklinde düzenlenen 22. İlkesi kapsamında katılımdan ve bilgi edinmeden bahsetmektedir.

Böylece devletler çevre hakkının yanına, karar verme süreçlerine katılım ve katılımın etkinliğini sağlayacak bilgi edinme ilkelerini kabul etmişlerdir. Bu prensipler pek çok uluslararası sözleşmede ya da metinde yer almak suretiyle⁴⁶ çevre hukukunun teamül kuralları haline gelmişlerdir. Kural olarak teamül kuralları bir davranışın düzenli ve sürekli tekrarlanması ve bu nedenle toplumda zorunlu olduğu yargısının oluşması şartlarına bağlıdır. Ancak bu maddi ve öznel şartlar çevre hukuku alanında hayat bulamamaktadır. Çünkü çevre hukuku, yeni bir hukuk dalıdır ve bu alanda taraflar taahhütlerini eyleme geçirme konusunda isteksizlerdir. Bu sebeple çevre hukukunda uluslararası teamül eylem tekrarı ile değil çevresel ilkelerin ya da normların düzenli şekilde metinsel tekrarıyla oluşmaktadır.⁴⁷

⁴⁶ İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi madde 4, Birleşmiş Milletler Çölleşmeyle Mücadele Sözleşmesi madde 3,10 ve 13, Sınır Aşan Çevresel Etki Değerlendirmesi Sözleşmesi (*Espoo Sözleşmesi*) madde 2, Endüstriyel Kazaların Sınır Aşan Etkileri Sözleşmesi (Helsinki Sözleşmesi) madde 9, Tehlikeli Faaliyetler Neticesinde Meydana Gelen Zararlardan Doğan Lugano Sözleşmesi madde13, Rio Deklarasyonu sonrası ilgili Devletlerin Rio Deklarasyonu ile taahhüt ettikleri ilke ve hedefleri ne kadar sürede ne kadar kaynak ayırarak gerçekleştireceklerini belirttikleri bir zaman çizelgesi olan Gündem 21 belgesi bölüm 8. Her ne kadar bu düzenlemelerin hukuki bir bağlayıcılığı bulunmasa da sürekli tekrarlanacağı için örf ve adet kuralı olarak çevre hukuku kaynakları arasında yer almaya aday olmuşlardır.

⁴⁷ Alexandre Kiss & Jean-Pierre Beurier, s.69 vd.; Jean-Marc Lavieille, *Droit International De L'Environnement, Ellipses*, 3. Baskı, Paris, 2010, s.59.

Katılımın çevre politikası ve hukuku bakımından önemli sonuçları vardır.⁴⁸ Öncelikle katılım, çevre hakkının etkin uygulanabilirliğini sağlayacağı için, hak sahipleri çevrenin veya yaşam standartlarının kötüleşmesi halinde, özellikle yerel yönetimlere seçmen olarak, özel sektöre de tüketici olarak baskı yapacaklardır. Bu şekilde çevrenin korunması ve geliştirilmesinde söz sahibi olan bireyler, hem devletin ve ekonomi aktörlerinin çevre yönetimi ve politikalarında şeffaflaşmalarını sağlarken hem de yönetimde keyfiliği önleyeceklerdir. Öte yandan çevreye ilişkin alınacak önlemler ya da kararlar, herhangi bir menfaat ayrımı gözetmeksizin, her kesimi kapsayacağı için sivil toplumun onayı önemlidir. Bu durum bir yandan çevreci kararların meşruiyetini sağlarken öte taraftan girişim özgürlüğü ya da mülkiyet hakkı gibi bireysel menfaatlerin karşısına, arkasında sivil toplumun da desteği olan, üstün bir genel menfaati koyar. Son olarak katılım sayesinde karar alma sürecinde rol alan bireyler, ilgili kararlar hakkında “sorumluluk” hissedecek, uygulanmaları sırasında karşı bir direnç göstermeyeceklerdir. Bu şekilde oluşturulacak çevre bilinci sayesinde bireyler, çevresel kalkınmayı gözetten bir çevre yönetimini ve ekonomik kalkınmayı sağlayacaklardır ki bu da “sürdürülebilir kalkınma” hedefinin gerçekleşmesini hızlandıracaktır.⁴⁹ Sonuç olarak çevre hakkının tanınmasıyla bireyler ve birey toplulukları çevre politikası ve hukukunun sükeleri haline gelirken katılım prensibi ile aktif aktörleri haline gelmişlerdir.

Çevresel katılımcı demokrasi iki yöntemle gerçekleşebilir: Karar ve yönetim süreçlerinin çeşitli araçlar vasıtasıyla demokratikleştirilmesi ve devletin çevre yönetiminde doğrudan farklı aktörlerle işbirliği içinde olması (yönetişim).⁵⁰ İlk seçenek genellikle devletlerin iç hukuklarında katılımı düzenleyiş şekilleridir. Çevreye ilişkin alınacak kararlarda bireylerin ya da birey topluluklarının etkin şekilde sürece dâhil olmaları, kararları etkileyebilmeleridir. Bu yöntem katılımcı demokrasinin yanında şeffaf devlet olmayı da beraberinde getirir.⁵¹ Burada sivil

⁴⁸ Ruşen Keleş & Can Hamamcı & Aykut Çoban, s.369; Talla Takoukam, “Les Individus Et Le Droit De L’Environnement”, in *Pour Un Droit Commun De L’Environnement, Mélanges en l’honneur de Michel Prieur*, Dalloz, Paris, 2007, s.673-674; Yves Jégouzo, s.578.

⁴⁹ Rio Deklarasyonu’nun 22. maddesi bunu açıkça dile getirmektedir.

⁵⁰ Ruşen Keleş & Can Hamamcı & Aykut Çoban, s.369.

⁵¹ Anne Soulas, “Genèse Et Évolution Du Droit À L’Information”, in *La Démocratie Environnementale Participation Du Public Aux Décisions Et Politiques Environ-*

toplum örgütlerinin rolü daha çok halkı bilinçlendirmesi ve kamuoyu oluşturma çabaları şeklinde belirmektedir. Yönetişim olan ikinci seçenek ise genellikle sivil toplum kuruluşlarının uluslararası çevre hukukunun oluşumunda yer almalarıyla gerçekleşir. Bu durum, uluslararası hukukun devlet olarak beliren klasik aktör fikrinin genişlemesinde önemli rol oynamaktadır.⁵² 1996 yılında gerçekleştirilen Birleşmiş Milletler İnsan Yerleşimleri (HABITAT II) Konferansı'nda, sivil toplum kuruluşları ve yerel yönetimler sürece dâhil olmuş ve Deklarasyon ve Eylem Programını birlikte hazırlamışlardır. Aarhus Sözleşmesi'nin hazırlanış aşamasında da çevreci sivil toplum örgütlerinin etkisi önemlidir. Sivil toplum kuruluşları bugün uluslararası çevre hukukunda gözlemci konumundadır.⁵³ Başka bir ifadeyle, oy kullanma hakları bulunmamaktadır. Şu halde sivil toplumun yönetim sürecindeki rolü çevreye dair durumun değerlendirilmesi, bilgilerin toplanıp değerlendirilip paylaşılması, eldeki veriler doğrultusunda gündemi belirleme, eylemsel faaliyetlerde bulunma, lobi çalışmaları yürütme, uluslararası sözleşmelerin hazırlanmasına yardımcı olma ve sözleşmelerin uygulanmasını takip etme şeklinde sıralanabilir.⁵⁴

Katılım ilkesinin yer aldığı sözleşmeye taraf olan Avrupa Devletleri'nin bir kısmı, iç hukuklarında, farklı düzenlemelerle, bu ilkeyi içselleştirmişlerdir. Ancak piyasaların ve küresel rekabetin söz sahibi olduğu bir ortamda, her çevreyi koruyan düzenleme, sermaye açısından bir maliyet anlamına gelmektedir. Farklı düzenlemeler, farklı mali yükler getirecek ve rekabeti, daha az çevreci normlar getiren devletler lehine değiştirecektir. Rekabetin bu şekilde değişmemesi amacıyla Avrupa Topluluğu'ndaki Devletler bilgi edinme, katılım ve yargı yoluna ve idari makamlara başvurma konularında ortak ilkeler belirlemeye karar verdiler. 25 Haziran 1998 yılında Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu (ECE) tarafından imzaya açılan

nementales, *Editions Universitaires De Dijon*, Dijon, 2009, s.31 vd.

⁵² Bu gelişmede Rio Konferansı'nın önemi büyüktür. Alexandre KISS & Jean-Pierre BEURIER, s.104.

⁵³ Jean-Marc Lavieille, s.64; Sarah Schreck, "The Role Of Nongovernmental Organisations In International Environmental Law", *Gonz. J. Int'l L.*, n° 10, 2006-2007, s.260.

⁵⁴ Esra Banu Sipahi, "Küresel Çevre Sorunlarına Kolektif Çözüm Arayışları Ve Yönetişim", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 24/2010, s.340.

Aarhus Sözleşmesi 30 Ekim 2001 yılında yürürlüğe girmiştir.⁵⁵ Bugün başta Avrupa olmak üzere dünyanın pek çok ülkesinin taraf olduğu⁵⁶ bu Sözleşme uluslararası çevre hukukunun kaynakları arasında yerini almıştır.

2. Bilgiye Erişim, Sürece Katılım ve Başvuru Haklarına İlişkin Aarhus Sözleşmesi

Aarhus Sözleşmesi, çevre hakkının pratiğe dönüşmesini sağlayan usule ilişkin hakları düzenlemesi bakımından önemlidir.⁵⁷ Çünkü bilgi edinme, katılım ve adli ve/veya idari bir makama başvuru, bireylerin hayatlarını, çevrelerini etkileyen kararlarda söz sahibi olmalarını sağlamak ve süreci yönlendirmelerinin önünü açmaktadır.⁵⁸ Dahası, Rio Deklarasyonu ile ilke düzeyinde kabul edilen bu durum Aarhus Sözleşmesi ile ilk defa hak niteliğine kavuşmuş ve uluslararası düzeyde de kabul edilmiştir.⁵⁹ Bu çevresel demokrasi açısından önemli bir gelişmedir.

Sözleşme giriş kısmında, çevrenin geliştirilmesi, iyileştirilmesi ve “tam anlamıyla korunmasını”,⁶⁰ yaşama hakkının ve genellikle onunla bağlantılı olarak düzenlenen çevre hakkının gerçekleşmesinin en önemli koşulu olarak belirtmiştir. Sözleşme, sağlık ve refah içinde yaşamının şimdiki ve gelecek kuşakların genel menfaatleri olduğunu ifade ederek, bu amaçla hem bireylere hem de örgütlere, yani birey topluluklarına, çevrenin korunması ve geliştirilmesi ödevini yüklemiştir. Taraflar, yaşama ve çevre haklarının ve bu amaçla yüklenen ödevlerin gerçekleşmesi için bireylerin bilgilendirilmesi, bilinçlendirilmesi, kararların verilmiş süreçlerine katılımlarının gerekliliği ve gerektiğinde yargısal ve idari makamlara başvuru hakkıyla bu sürecin güçlendirilmesi gerektiği konusunda anlaşmaya varmışlardır. Şu halde bu Söz-

⁵⁵ Sözleşme metni için bakınız: <http://www.unece.org/env/pp/treatytext.html>

⁵⁶ 14 Ocak 2013 tarihi itibarıyla 49 ülke Sözleşmeye taraftır. Taraf devletler için bakınız: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mt_dsg_no=XXVII-13&chapter=27&lang=en

⁵⁷ Bu önem Aarhus Sözleşmesi'nin giriş kısmının ilk iki paragrafında ifade edilmektedir.

⁵⁸ Nükhet Turgut, Çevre Ve Yurttaşlar, s.7 vd.

⁵⁹ Talla Takoukam, s.673.

⁶⁰ Sözleşme'nin Fransızca metninde giriş kısmının altıncı paragrafında “une protection adéquate de l'environnement” denmektedir.

leşme ile taraf devletler, bir taraftan çevresel ve katılımcı demokrasiyi özümsemeyi⁶¹, bu kapsamında çevresel konularda halkı bilgilendirmeyi, bilinçlendirmeyi, karar verme süreçlerinde katılım araçlarını ortaya koymayı ve bunların uygulanabilirliğini sağlamayı, diğer taraftan şeffaf ve hesap verebilir bir hukuk devleti olmayı kabul etmişlerdir.⁶²

Taraf devletler bu yükümlülüklerini sadece bireylere karşı değil, çevrenin korunması amacı taşıyan dernek, örgüt ve kuruluşlara karşı da ifa etmelidirler, çünkü Sözleşme taraf devletlere, ilgili örgütleri tanımaları ve onlara gereken hukuki desteği sağlamaları ödevini yüklemiştir.⁶³ Özellikle bu son düzenleme, çevreci örgütlerin çevresel politikalarda aktif ve belirleyici rol oynamalarını sağlamakla birlikte, onların bilinçlendirme, duyarlılığı arttırma, aktif katılımı ve alınan kararların daha etkili uygulanmasını sağlama, açılan davalara müdahil olma şeklinde beliren fonksiyonlarının taraf devletlerce tanınması ve korunmasının önünü açmaktadır. Zaten uluslararası konferanslarda etkililiği kabul edilen ve uluslararası çevre hukukunda bir aktör olarak kabul edilen çevreci sivil toplum örgütleri⁶⁴, iç hukuklarda da birer aktör olarak politikaların şekillenmesinde ve uygulanmasında yer almaya ya da daha aktif rol oynamaya başlamışlardır.⁶⁵ Son olarak, Sözleşme'nin Genel Kurallar başlığını taşıyan 3. maddesinin son fıkrası, çevre hakkının hayata geçirilebilmesini sağlayan usule ilişkin hakların kullanımında genel-tüzel kişi ayırımının yapılamayacağı gibi her hangi bir vatandaşlık, milliyet, ikametgâh, kayıtlı olduğu merkez kriterinin de öngörülemediğini hükme bağlamıştır. Bu durum özellikle Greenpeace, WWF gibi uluslararası çevreci örgütlerin, Sözleşmeye taraf devletlerde herhangi bir büro veya ofis açmadan, faaliyette bulunmalarının önünü açmıştır.

Sözleşmeyi şekli açıdan incelediğimizde karşımıza öncelikle çevreye ilişkin *bilgilere erişim hakkını* düzenleyen maddeler gelmektedir.⁶⁶ Çevreye ilişkin bilgilerin neleri kapsadığına baktığımızda tarafların

⁶¹ Michel Prieur, *Droit De L'Environnement*, s.135; Jean-Luc Pissaloux, "La Démocratie Participative Dans Le Domaine Environnementale", *Revue française d'administration publique*, 2011/1-2 (n° 137-138), s.124-125.

⁶² Aarhus Sözleşmesi madde 3.

⁶³ Aarhus Sözleşmesi madde 3 fıkra 4.

⁶⁴ Alexandre Kiss & Jean-Pierre Beurier, s.64.

⁶⁵ Michel Prieur, *Droit De L'Environnement*, s.136; Agathe Van Lang, s.235.

⁶⁶ Aarhus Sözleşmesi madde 4 ve 5.

hem içerik hem şekil bakımından bunu çok geniş yorumladıklarını tespit etmekteyiz⁶⁷. Şekli bakımdan yazılı, görsel, işitsel, elektronik ve diğer bütün biçimdeki bilgi tanımı yapılırken içerik bakımından hem antroposentrik hem ekosentrik bir kapsam belirlendiğini görmekteyiz. Ekosentrik olması bakımından Sözleşme'nin 2. maddesi, sadece çevreyi oluşturan öğeler olan havayı, atmosferi, suyu, toprağı, yeri, peyzajı, doğal alanları, biyolojik çeşitliliği, genetiği değiştirilmiş organizmaları ve bunlar arasındaki etkileşimi saymakla yetinmemiş⁶⁸; bu öğeleri etkileyen ya da etkileyebilecek olan tüm faktörleri (enerji, gürültü, radyasyon), eylemleri, idari önlemleri, çevresel anlaşmaları, politikaları, yasal düzenlemeleri, planları, programları ve iktisadi verileri bu bilgi kapsamında saymıştır. Antroposentrik yaklaşım bakımından da taraf devletler, çevresel öğelerce bozulan ya da bozulma riski altında bulunan insan sağlığına ve güvenliğine, hayat şartlarına, kültürel varlıklara ve insan elinden çıkan yapılara ilişkin bilgilerin çevresel bilgi kapsamında olduğunu belirtmişlerdir.

Sözleşme çevresel bilgiye erişim hakkının etkin kullanımını sağlama⁶⁹, bilgiyi toplama ve dağıtma yükümlülüğünü ise kamu otoritelerine ya da kamusal hizmetlerde bulunan tüm gerçek ve tüzel kişilere vermiştir.⁷⁰ Bu sonuncusu, neoliberal politikalar sonucu hızla artan özelleştirme uygulamaları karşısında bireylerin çevresel bilgileri edinme haklarına engel olmasının önüne geçmek için getirilmiş bir düzen-

⁶⁷ Ahmet M. Güneş, "Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, 2010/1, s.307.

⁶⁸ Bu öğelerin belirtilmesi diğer taraftan çok kapsayıcı bir "çevre" tanımını bize vermektedir.

⁶⁹ Bu kapsamda taraflar gerekli tüm tedbirleri almak ve iç hukuk düzenlemelerini yapmakla yükümlü kılınmıştır.

⁷⁰ Bu anlamda örneğin tüm plan ve programlar, çevresel anlaşmalar, hükümetlerin çevre politikaları, çevre mevzuatı özellikle elektronik ortamda halka yayımlanabilir; belirli aralıklarla çevre kalitesini kamuoyuna duyuracak raporlar yayımlanabilir; çevre üzerinde önemli etkisi bulunmakla birlikte kamu hizmetinde bulunan gerçek ve tüzel kişiler halkı faaliyetleriyle ilgili bilgilendirme konusunda teşvik edilebilir; özellikle tüketiciler daha çevreci ürünleri tercih edebilmeleri için ekolojik etiketleme sistemi uygulanabilir. Aarhus Sözleşmesi madde 5. Çevresel sorunların çok farklı sebeplerle oluşabilmesi özelliği nedeniyle bireyler bilgi edinme haklarını istenilen bilgiye sahip olmayan makamlara yapılabilir. Bu durumda ilgili makam en kısa sürede bilgiyi talep eden kişi ya da kuruma bu bilgiyi nerede bulabileceği hakkında bilgi vermesi ya da ilgilinin talebini doğrudan başvurulması gereken makama iletmesi gerekmektedir.

lemedir.⁷¹ Şu halde usule ilişkin bu yükümlülük, her hangi bir menfaat şartı aranmaksızın, tüm bireylere ve aynı zamanda birey topluluklarına karşı ifa edilmelidir. Gerek “menfaat” şartının aranmaması gerekse “çevresel bilgi” tanımının çok geniş bir yaklaşımla ele alınması bilgi edinme hakkının uygulanabilirliğini arttırsa da Sözleşme bu hakka bir takım istisnalar öngörmüştür.⁷²

Bilgi edinme talebi çok genel şekilde ifade edilmiş ya da açıkça makul bulunmamışsa; talep henüz hazırlanmakta olan belgelere ve yahut resmi makamların iç yazışmalarına ilişkinse; resmi makamlar için gizliliğin öngörüldüğü bir hal varsa; istenen bilgi uluslararası ilişkileri, milli savunmayı, kamu güvenliğini veya bizzat çevresel öğeleri olumsuz etkileyecekse;⁷³ başlamış bir yargısal sürecin, ilgililerin adil yargılanma haklarının veya kamu otoritesinin ceza ya da disiplin soruşturmalarının olumsuz etkileyecekse; meşru ekonomik menfaatlerin korunması için yasayla öngörülen ticari ve işletme sırlarının açıklanmasına sebep olacaksa;⁷⁴ fikri mülkiyet hakkının korunması söz konusuysa; gerçek kişiye ait bir bilginin talebi halinde ilgilinin bu tür bilgilerin açıklanmasını razı olmadığı takdirde ilgili makam yapılan çevresel bilgi taleplerini reddedebilir. Talep yazılı yapılmış ise ret kararı gerekçesi ile birlikte başvuruyu yapan kişiye iletilmelidir. Sayılan bu ret sebepleri tahdidi olmakla birlikte⁷⁵ emredici bir dille yazılmıştır. Şu halde ilgili resmi makamın bu konuda takdir yetkisi bulunmaktadır.

Bilgi edinme hakkı ve bu kapsamda bilgi verme yükümlülüğü “etkin” bir *katılım hakkının* gerçekleşmesini sağlamak için öngörülmüştür. Bu amaçla bilginin ne zaman dağıtılacağı önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşme, sürecin başında, diğer bir ifadeyle tüm ihtimal ve seçeneklerin açık ve uygulanabilir olduğu hallerde ve halkın süreçte gerçek bir etkiye sahip olacağı zamanda

⁷¹ Ahmet M. Güneş, s.308.

⁷² Aarhus Sözleşmesi madde 4 fıkra 3 ve 4.

⁷³ Soyları tükenmekte olan ya da nadir türlerin yaşama, üreme alanlarına ilişkin bilgiler, olası avcılık faaliyetleri ya da ticari faaliyetler nedeniyle, bilgi edinme hakkı kapsamına alınmamıştır.

⁷⁴ Sözleşme 4. maddesi küresel ısınma ve iklim değişikliği tehlikesi nedeniyle emisyonlar konusunda böyle bir istisna öngörmemiş, bu konuda halkın bilgisinden saklanacak bir ticari veya işletme sırrının olamayacağını vurgulamıştır.

⁷⁵ Ahmet M. Güneş, s.309.

paylaşılan bilginin “etkin ve zamanında” paylaşılan çevresel bilgi olduğunu beyan etmiştir.⁷⁶

Sözleşme katılım hakkını üç alt başlıkta incelemiştir: halkın belirli faaliyetlere verilecek izne⁷⁷ ilişkin kararlara katılımı (madde 6); halkın çevre ile ilgili plan, program ve politikalar ile ilgili kararlara katılımı (madde 7) ve halkın idari düzenlemelerin ve/veya ciddi çevresel etkiler ortaya çıkarabilecek nitelikte ve genel olarak yasal bağlayıcılığı olan normatif araçların hazırlanmasına katılımı (madde 8).

Katılım hakkının süjesi “halk”, “ilgili halk” ve “sivil toplum örgütleri” olarak belirlenmiştir. “Belirli” faaliyetlere⁷⁸ izin verilmesi sürecine katılım bakımından hakkın öznesi, çevresel karar alma sürecinden somut olarak etkilenen veya etkilenmesi muhtemel veyahut bu konuda bir menfaati söz konusu olan halk (“ilgili halk”) ile sınırlandırılmıştır. Çevresel sorunların insanların çizdiği sınırlarla bağlı olmaksızın mekânsal yayılma gösterdiği düşünülürse bu sınırlandırmanın çevreyi koruma adına yeterli olamayabileceği kanaatindeyim. Diğer durumlarda ise herkesin sürece katılıma hakkına sahiptir çünkü çevresel planlar, programlar, politikalar, yasal düzenlemeler genel menfaati kapsamaktadır.

Sözleşme, katılım süreçlerini demokratikleştirmek ve bu hakkın etkinliğini sağlayacak yöntemleri belirlemek konusunda, Sözleşmeyle belirlenen yükümlülükler ve kurallara uygun olmak koşuluyla-

⁷⁶ Aarhus Sözleşmesi madde 6 fıkra 2.

⁷⁷ Sözleşme Ek 1’de bu faaliyetler enerji sektörü; metallerin üretimi ve işlenmesi; maden sanayi; kimya sanayi; atık yönetimi; atıksu arıtma tesisleri; kâğıt sanayi; havaalanı, demiryolu ve karayolu inşaatı; liman inşaatı; ticari amaçlı petrol ve doğalgaz çıkarma işlemleri; petrol ve doğalgaz boru hattı inşa etme; barajlar; hayvan çiftlikleri vb. şeklinde sağılmıştır. Ancak eğer taraf devletler ulusal güvenlik sebebiyle sayılan faaliyetler için katılım hakkını öngörmemişse veyahut iç hukuklarında bunlardan başka faaliyetlerin izin sürecinde katılım hakkını öngörmüşse bu düzenlemeler geçerliliklerini koruyacaktır.

⁷⁸ Faaliyeti “belirli” olarak nitelendiren kriterin ne olduğu Sözleşmede belirtilmemiştir. Bu faaliyetlerin iç hukuklar tarafından da öngörülebilir olması bu kriterin tanımlanması bakımından taraflara takdir yetkisi verildiğini göstermektedir. Agnès Michelot, “La Construction Du Principe De Participation: Réflexions Autour De La Convention D’Aarhus Sur L’Accès À L’Information, La Participation Du Public Au Processus Décisionnel Et L’Accès À La Justice En Matière D’Environnement”, in *La Démocratie Environnementale Participation Du Public Aux Décisions Et Politiques Environnementales, Editions Universitaires De Dijon, Dijon, 2009, s.20.*

la, taraflara takdir yetkisi vermiştir.⁷⁹ Sözleşme, halkın katılımı sonucunda ortaya çıkan neticenin nihai karar aşamasında göz önünde tutulması gerektiğini düzenlemiştir.⁸⁰ “Göz önünde tutma” hukuki bağlayıcılıktan uzak bir ifade olmakla birlikte ilgili idari makamın nihai karar konusunda halka bilgi verme ve gerekçesini açıklama yükümlülüğü altında olması ve ilgililere süreç içerisinde adli ve idari makamlara *başvuru hakkının*⁸¹ tanınması bu sakıncayı kanımca yumuşatmaktadır.

Bilgi edinme ve katılım haklarının ve yasal düzenlemelerin uygulanışının güvencesi niteliğindeki başvuru hakkı sadece yargı makamlarına, mahkemelere başvuruyu değil, ulusal mevzuata göre oluşturulmuş tarafsız ve bağımsız bir organ tarafından yürütülecek denetimi de kapsayacak şekilde geniş düzenlenmiştir.⁸² Çevresel bilgiyi edinme hakkı ihlal edilirse; belirli çevresel faaliyetlerin izin sürecine katılım hakkında ihlaller yaşanır ya da ulusal mevzuata aykırılık söz konusuysa ilgililer yargı yoluna başvurulabilmektedirler. Bilgi edinme hakkı herkesi kapsayan bir hak olması nedeniyle hakkın ihlali halinde herkesin menfaati ihlal edilmiş olur ve herkesin yargı yoluna başvurma hakkı bulunmaktadır. Diğer iki halde ise ya bir bireysel hak ihlali ya da ilgilinin yeterli bir menfaat ihlali/ ihlal tehlikesi şartı aranmaktadır.⁸³ Bu hakkın uygulanabilirliğini etkinleştiren düzenleme ise çevreci sivil toplum örgütlerinin, belirtilen yeterli menfaat ve hakkın varlığı şartlarını sağladığına ilişkin yapılan düzenlemelerdir.⁸⁴ Sonuç olarak Aarhus Sözleşmesi sivil toplum örgütlerini destekleyen ve onlara çevre mücadelelerinde önemli haklar tanıyan uluslararası bir sözleşmedir. Çevresel sorunların daha doğmadan çözümlenmesi gerektiği gerçeği kapsamında adil, doğru ve hızlı bir yargılamanın bu hakkın olmazsa olmaz koşulu olduğu Sözleşme’nin 9. maddesinin 4. fıkrasında belirtilmiştir.

⁷⁹ Agnès Michelot, s.22.

⁸⁰ Aarhus Sözleşmesi’nin 6., 7. ve 8. maddeleri.

⁸¹ Aarhus Sözleşmesi madde 9.

⁸² Ahmet M. Güneş, s.313.

⁸³ Sözleşme madde 9 fıkra 2’de hakların ve yeterli menfaat tanımının taraf devletlerce belirleneceğini hükme başlamıştır.

⁸⁴ Aarhus Sözleşmesi madde 2 fıkra 5.

Sonuç

Katılımcı demokrasi anlayışını haklar aracılığıyla gerçekleştirmeyi hedefleyen Aarhus Sözleşmesi'ne taraf olmayan Türkiye, son dönemlerde önemli çevresel sorunları beraberinde getirecek pek çok kararı hayata geçirme çabası içerisinde. Ancak kararların verilmiş sürecinde yerel halkları, çevreci örgütleri sürece dâhil etmek istememektedir. Bunu halkın bilgilendirilmesi aşamasını içeren çevresel etki değerlendirme süreçlerinin ilgili projelerden muaf tutulmasından da anlayabilmekteyiz. Her ne kadar çevre hakkı anayasal düzeyde tanımlansa da usuli hakların eksikliği bu hakkın etkin şekilde uygulanmasını engellemekte ve çevreci örgütlerin sürece dâhil olma mücadelelerinde önemli müdahalelerle karşılaşmalarına sebep olmaktadır. Şu halde, yalnızca anayasal düzeyde düzenlenen bir çevre hakkının varlığı yeterli olmamaktadır.

Çevresel demokrasiyi sağlayacak araçları düzenlemeyen ve seçim programlarında çevresel politikalarını halka duyurmayan bir siyasi iradenin çevre politikalarında çoğunluğu temsil ettiği iddiası yerinde değildir. Sonuç olarak, Türkiye'de çevreci örgütlerin çevre yönetimi sürecinde aktif ve nihai karar aşamasında etkin olabilmeleri için demokratik katılım araçlarının belirlenmesi şarttır. Bu amaçla Aarhus Sözleşmesi'ne taraf olmak atılacak önemli bir adım olarak nitelendirilebilir.

KAYNAKLAR

Kitaplar:

- KABOĞLU İbrahim, Çevre Hakkı, İletişim Yayınları, İstanbul, 1992.
 KABOĞLU İbrahim, Çevre Hakkı, İmge Yayınları, Ankara, 1996.
 KABOĞLU İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, *Legal*, 8. Baskı, İstanbul, 2012.
 KAPLAN Ayşegül, Küresel Çevre Sorunları Ve Politikaları, *Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları*, Ankara, 1999.
 KELEŞ Ruşen & ERTAN Birol, Çevre Hukukuna Giriş, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2002.

- KELEŞ Ruşen & HAMAMCI Can & ÇOBAN Aykut, Çevre Politikası, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2009.
- KISS Alexandre & BEURIER Jean-Pierre, Droit International De L'Environnement, *Pe-done*, 3. Baskı, Paris, 2004.
- LAVIEILLE Jean-Marc, Droit International De L'Environnement, *Ellipses*, 3. Baskı, Paris, 2010.
- MARTIN Gilles, Le droit à l'environnement, *PPS*, 1978.
- MEADOWS Donella H. & MEADOWS Dennis L. , The Limits to Growth : A Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind, *Paperback*, 1979.
- ÖZDEK Yasemin, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, *Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü*, Ankara, 1993.
- PRIEUR Michel, Droit De L'Environnement, *Dalloz*, 6. Baskı, Paris, 2011.
- RIVERO Jean, Les Libertés Publiques, Tome 1, Les Droits De L'Homme, *PUF*, Paris, 1978.
- TURGUT Nükhet, Çevre Ve Yurttaşlar, *Savaş Yayınları*, Ankara, 1993.
- TURGUT Nükhet, Çevre Politikası ve Hukuku, *Savaş Yayınları*, Ankara, 2009.
- VAN LANG Agathe, Droit De L'Environnement, *PUF*, Paris, 2007.

Tezler:

- DEMİREL Orse, İnsan Hakları Açısından Çevre Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2011.
- ELDELEKLİ Buğrahan, Çevre Hukuku Bakımından Çevre Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2010.
- MARTIN Gilles, "De La Responsabilité Civile Pour Faits De Pollution Au Droit À L'Environnement", Doktora tezi, 1976.

Makaleler:

- CANGI Arif Ali, "Yaşamın Savunulmasında Düşünce Ve İletişim Özgürlüğü", *in Türkiye'de İfade Özgürlüğü*, *bsgst Yayınları*, İstanbul, 2009, ss.502-527.
- CANS Chantal, "Plaidoyer pour un droit de l'environnement moins anthropocentriste, Réflexions insolentes sur la place croissante des préoccupations sanitaires dans le droit de l'environnement", *Droit de l'environnement*, n°80, Temmuz-Ağustos 2000, ss.10-12.

- DUYMAZ Erkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı", *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Ekim 2012, sayı 47, ss.121-160.
- GÜNEŞ Ahmet M., "Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, 2010/1, ss.299-331.
- GÜRSELER Güneş, "İnsan Hakları, Çevre, Anayasa" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 75, 2008, ss.199-208.
- JÉGOUZO Yves, "Principe Et Idéologie De La Participation" in *Pour Un Droit Commun De L'Environnement, Mélange en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, Paris, 2007, ss.577-587.
- KISS Alexandre, "Peut On Définir Le Droit À L'Environnement", *Revue Juridique De L'Environnement*, 1976/1, ss.15-18.
- KISS Alexandre, "L'Irreversibilité Et Le Droit Des Générations Futures", *Revue Juridique De L'Environnement*, 1998/5, ss. 49-57.
- MARGUÉNAUD Jean-Pierre, "Les Droits Fondamentaux Liés À L'Environnement" in *L'Efficacité Du Droit De L'Environnement*, sous la direction de Olivera Boskovic, Dalloz, Paris, 2010, ss.83-91.
- MICHELOT Agnès, "La Construction Du Principe De Participation: Réflexions Autour De La Convention D'Aarhus Sur L'Accès À L'Information, La Participation Du Public Au Processus Décisionnel Et L'Accès À La Justice En Matière D'Environnement", in *La Démocratie Environnementale Participation Du Public Aux Décisions Et Politiques Environnementales*, Editions Universitaires De Dijon, Dijon, 2009, ss. 11-30.
- ÖZER Atilla, "Çevre Hakkı ve 1982 Anayasası", *Ankara Barosu Dergisi*, 1998/1, ss.75-83.
- PISSALOUX Jean-Luc, "La Démocratie Participative Dans Le Domaine Environnementale", *Revue française d'administration publique*, 2011/1-2 (n° 137-138), ss. 123-137.
- PRIEUR Michel, "Les Nouveaux Droits", *AJDA*, 2005, ss.1157-1163.
- SCHRECK Sarah, "The Role Of Nongovernmental Organisations In International Environmental Law", *Gonz. J. Int'l L.*, n° 10, 2006-2007, ss.252-268.
- SİPAHİ Esra Banu, "Küresel Çevre Sorunlarına Kolektif Çözüm Arayışları Ve Yönetişim", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 24/2010, ss.331-344.
- SOULAS Anne, "Genèse Et Évolution Du Droit À L'Information", in *La Démocratie Environnementale Participation Du Public Aux Décisions Et Politiques Environnementales*, Editions Universitaires De Dijon, Dijon, 2009, ss.31-46.

- ŞENGÜL Mihriban, "Neoliberal Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı", in *Disiplinlerarası Yaklaşım ile İnsan Hakları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, ss.363-384.
- TAKOUKAM Talla, "Les Individus Et Le Droit De L'Environnement", in *Pour Un Droit Commun De L'Environnement*, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, Dalloz, Paris, 2007, ss.671-701.
- TEKELİ İlhan, Kültür Politikaları ve İnsan Hakları Bağlamında Doğal ve Tarihi Çevreyi Korumak, *Tarih Vakfı Yurt Yayınları*, İstanbul, 2009, ss.81-90.
- TREBULLE François-Guy, "Du Droit De L'Homme À L'Environnement Sain", *Environnement*, n°4, Nisan 2005, s.18-21.
- TUNÇ Hasan & GÖVEN Yusuf, "Çevre Hakkı Ve 1982 Anayasası", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1 Sayı: 1 Erzincan 1997 ss.103-127.
- UNTERMAIER Jean, *Droit De L'Homme À L'Environnement Et Libertés Publiques*", *Revue Juridique De L'Environnement*, 1978/4, ss.329-367.

ULUSLARARASI HUKUKTA SİBER SALDIRILARA KARŞI KUVVET KULLANMA*

CYBER WAR AND USE OF FORCE AGAINST CYBER ATTACKS IN INTERNATIONAL LAW

Mehmet YAYLA**

Özet: Günümüzde, siber savaş gerçektir ve siber saldırılar giderek artmaktadır. Nükleer tesislerin bilgisayar sistemlerini, elektrik şebekelerini ve hava kontrol sistemlerini kapatma kabiliyetleri siber saldırıları ulusal güvenlik için ciddi tehdit haline getirmektedir. Bazı bilim adamları siber saldırıların savaş nedeni olabileceği görüşünü ortaya atmaktadırlar. Ancak, geleneksel olarak düzenlenmiş savaş hukuku kurallarına bakıldığında, siber saldırıların çok az bir kısmı silahlı saldırı olarak kabul edilebilecek durumdadır.

Uluslararası hukuk sisteminin, bu yeni savaş alanına uyum sağlaması gerekirken, hali hazırda siber saldırılara karşı caydırıcı olacak, kalıcı ve etkin uluslararası hukuk kuralı yoktur. Bu makalede, kuvvet kullanma hakkı kapsamında, “kuvvet kullanma”ya ilişkin mevcut uluslararası hukuk kurallarının siber saldırılara nasıl uygulanabileceği incelenmektedir. Yapılan analizler, kuvvet kullanmayı yasaklayan Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın 2(4). maddesi, VII. Bölüm güvenliğinin sağlanması ve 51. maddede düzenlenen “meşru müdafaa hakkı” çerçevesinde yapılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Siber savaş, siber saldırı, uluslararası hukuk, kuvvet kullanımı, meşru müdafaa, silahlı saldırı.

Abstract: In recent years, cyber war is real and cyber attacks have become increasingly common. Capable of shutting down nuclear systems, electrical grids and air traffic control systems, cyber attacks pose a serious threat to national security. Some scholars have suggested that cyber attacks should be treated as acts of war. Yet the attacks look little like the armed attacks that the law of war has traditionally regulated.

The international legal system should adapt to this battleground, although there is currently no consistently effective internatio-

* Bu makale, TÜBİTAK tarafından sağlanan destek kapsamında 2012-2013 döneminde ABD The City University of New York John Jay College’da yürütülen çalışmalar kapsamında hazırlanmıştır. Makalede yayımlanan görüş ve düşünceler tamamen yazarın kişisel fikirlerini yansıtmakta olup, çalışma gizlilik dereceli doküman kullanılmadan açık kaynaklardan yararlanılarak yapılmıştır.

** Dr., Askeri Yargıtay Başsavcı Yardımcısı (meh_yayla@yahoo.com).

nal law regime to deter these sorts of attacks. This article examines how existing international law about “use of force” may be applied to cyber attacks under the jus ad bellum. Analysis centers on the United Nations Charter’s prohibition of the use of force in Article 2(4), its Chapter VII security scheme, and “right to self-defense” codified in Article 51.

Keywords: Cyber war, cyber attack, international law, use of force, self defence, armed attack.

I. GİRİŞ

İnternet ve bilgisayar modern ülkelerin hepsinde kritik öneme sahip olup ticaretin temel taşı olduğu gibi¹, stratejik devlet işleri, enerji üretimi ve dağıtımını, kritik altyapı tesislerinin yönetimi, toplu taşıma ve birçok kamu hizmeti internet ve bilgisayarlar aracılığıyla yerine getirilmektedir.² Bir ülke ne kadar gelişmiş ise o kadar teknolojiye, dolaşısıyla internet ve bilgisayara bağımlı hale gelmiş durumdadır.³ Network ağları ile birbirine bağlanmış olan bilgisayar sistemleri modern toplumun vazgeçilmezi olmuşlardır.⁴

Bilgisayar ve İnternet, iki tarafı keskin kılıç gibi devletlere büyük yararlar sağlarken, kritik bilgi sistemlerine saldıracak aktörlere de kapı açmaktadır.⁵ Bu saldırılardan en çok etkilenecek ülkeler de teknoloji en gelişmiş ve internet bağlantısını en çok kullananlardır.⁶ Aslında, hiçbir ülke siber saldırılar karşısında güvende değildir denilebilir.

Yeni geliştirilen teknolojinin ilk kullanıldığı alanlardan biri olan, bilginin ve hızlı karar almanın önem taşıdığı askeri ortamda da bilgisayar ve iletişim teknolojileri kullanılmaktadır. Bu, her alanda olduğu

¹ Andrew M. Colarik, *Cyber Terrorism: Political and Economic Implications*, Idea Grup Publishing, 2006, s.vii-xi.

² Colarik, s.vii-x.

³ Colarik, s.xii.

⁴ The White House, *The National Strategy to Secure Cyberspace*, 2003, s. vii, http://www.us-cert.gov/reading_room/cyberspace_strategy.pdf, erişim tarihi 12.1.2013.

⁵ Richard Garnett ve Paul Clarke, “Cyberterrorism: A New Challenge for International Law”, *Enforcing International Law Norms Against Terrorism* (Editör: Bianchi, Andrea), 2004, s.465-487.

⁶ Clay Wilson, *Bootnets, Cybercrime, and Cyberterrorism: Vulnerabilities and Policy Issues for Congress*, 2007. s.CRS-7,CRS-8, <http://www.fas.org/sgp/crs/terror/RL32114.pdf>, erişim tarihi 13.1.2013.

gibi askeri alanda da bazı sorunları beraberinde getirmektedir. Her ne kadar askeri iletişim ağları, sivil kullanıma kapalı olma da bazı durumlarda sivil iletişim kaynaklarını kullanmak kaçınılmaz olmakta ve bu askeri sistemleri siber saldırılara açık hale getirmektedir.

Yaşanan olaylar göstermiştir ki siber saldırılar, ekonomik, fiziksel yıkımlara sebep olmasının yanında, yaralanmalara, ölümlere ve büyük yıkımlara sebep olabilecek kabiliyetlere ulaşmıştır. Bir yandan teknolojinin ulaştığı imkânlar göz önüne alınarak siber saldırı senaryoları üretilip, devletler bu saldırılara karşı strateji geliştirme arayışına girmekte iken diğer yandan da hukuk dünyasında ortaya çıkması muhtemel sorunlar tartışılmaktadır.

Devletlerin ya da uluslararası toplulukların siber ortamda karşı karşıya kaldığı en önemli sorunlardan biri, uluslararası hukuk kurallarının siber saldırılara uygulanıp uygulanamayacağıdır. Gerek geleneksel gerek antlaşma temelli uluslararası hukuk normları geliştirildiğinde siber teknoloji bu denli tehdit oluşturacak boyutta olmadığından mevcut hukuk kurallarının siber saldırılar için uygulanabilirliği tartışmalıdır.

Bazı yazarlar; siber savaşa gerektiğinden fazla önem verildiğini, gerçekleşecek bir siber saldırının, savaş nedeni olamayacağını, devlet kaynaklı politik bir siber saldırının, savaş kadar eski olan sabotaj, casusluk ya da tahrip amaçlı bir saldırı ile aynı sonucu doğuracağını ve konvansiyonel anlamda silahlı kuvvet kullanılmayacağını savunmaktadır.⁷ Buna karşın, bugüne kadar yaşanan Estonya, Gürcistan ve İran'a karşı yapılan saldırılar siber savaşın ciddiyetini ortaya koymakta, uluslararası hukuk ve savaş hukuku açısından konu değerlendirilmekte, düşman devlet veya devlet güdümlü alt gruplar tarafından gerçekleştirilecek bir siber saldırı durumunda, saldırıya uğrayan devlet tarafından Birleşmiş Milletler (BM)⁸ Antlaşması'nın 51. maddesindeki "meşru müdafaa hakkı"nın kullanılabileceği savunulmaktadır.

⁷ Thomas Rid, "Cyber War will not Take Place in", *Strategic Studies*, V.35, I.1, 2012, s.5-32; Ryan Singel, "White House Cyber Czar: There is no Cyber War", *Wired* (3.4.2010), <http://www.wired.com/threatlevel/2010/03/schmidt-cyberwar/> erişim tarihi 10.11.2012; Ronald Deibert, . "Tracking the Emerging Arms Race in Cyberspace", *Bulletin of the Atomic Scientists*, Ocak/Şubat 2011, s.1-8.

⁸ Çalışmanın devamında Birleşmiş Milletler'den BM kısaltması kullanılarak bahsedilecektir.

Hukuk dünyasındaki ilerlemeler, bilimde olduğu gibi hayal etme ile birlikte gerçekleşmektedir. Bilim, evrendeki yeni buluşları tanımlamakta zorlandığında, onlarla ilgili yeni teoriler geliştirmektedir. Bu hukuk dünyasında da aynıdır. Hukukçular, günümüz teknolojisinin ve siber ortamdaki saldırıların silahlı çatışmalara ve savaş hukukuna etkisini hayal etmeli ve bu konu üzerine çalışmalıdır. Aksi takdirde hukuk, devletlere yön verme konusunda basit ve anlamsız kalacaktır.

Bu kapsamda çalışmada, kuvvet kullanma hakkı kapsamında “kuvvet kullanma”ya ilişkin mevcut uluslararası hukuk kurallarının siber saldırılara nasıl uygulanabileceği sorusuna cevap bulmak için önce BM Antlaşması’nın 2(4). maddesinden bahsedilecek, ardından kuvvet kullanma hakkının istisnalarından BM Güvenlik Konseyi kararıyla kuvvet kullanılması ve meşru müdafaa hakkının şartları ile uluslararası teamül hukukunun gereklilik ve orantılılık kuralları incelenecektir.

II. ULUSLARARASI HUKUKTA SİBER SALDIRILARA KARŞI KUVVET KULLANMA HAKKI

A. GENEL OLARAK

Uluslararası hukukta, kuvvet kullanma hakkı (jus ad bellum) ile kuvvete başvurulduğunda uyulması gereken çatışma kuralları (jus in bello) arasında bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, silahlı çatışma hukuku kurallarının uygulanmasının, bu hakka sahip olunup olunmadığı sorunundan tamamen bağımsız olduğu kabul edilmektedir.⁹ Savaş hukuku incelenirken de, kuvvet kullanılmasının hukuka uygun olup olmadığı hususu ile silahlı kuvvet kullanılması sırasında seçilen hedef, araç ve yöntemlerin hukuka uygunluğu hususunun birbirinden ayrı düşünülmesi ve incelenmesi gerekmektedir. Siber saldırı durumunda devletlerin buna karşılık verme hakkı, kuvvete başvurma hakkına ilişkin (jus ad bellum) kuralların incelenmesini gerekli kılmaktadır.

Gelişen teknolojinin ve siber silahların imkân ve kabiliyetleri, BM Antlaşması’nın 51. maddesinde de yer alan “silahlı saldırı” kavramının değil aynı zamanda “silahlı kuvvet kullanma” kavramının da evrimleşmekte olduğunu göstermektedir. Gerçekten, BM Antlaşması’nı

⁹ Sadi Çaycı, *Silahlı Kuvvetlerin Kullanılması*, Genelkurmay Basımevi, Ankara,1995, s.38.

hazırlayanların, silahlı kuvvet kullanma konusunda akıllarında olan husus, hiç şüphesiz konvansiyonel nitelikte silahlarla askeri kuvvet kullanılmasıdır. Ancak, bilgi çağında artık konvansiyonel askeri kuvvet kullanma kavramı pek fazla anlam ifade etmemeye başlamıştır. Nitekim konvansiyonel silahlarla gerçekleştirilmeyen Estonya ve Gürcistan saldırılarının geride bıraktığı zarar dikkate değerdir.

Uluslararası toplumun ve devletlerin siber saldırılara karşı meşru müdafaa hakkının uygulanabilirliğini tartışması ve ABD gibi bazı devletlerin şartları gerçekleştiği takdirde siber saldırılara karşı geleneksel uluslararası hukuktan kaynaklanan meşru müdafaa hakkını kullanacağını açıklaması tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Bir silahlı saldırının, konvansiyonel askeri kuvvet kullanılmasıyla gerçekleştirilmek zorunda olmadığı kabul edilmesi, potansiyel riskler ortaya çıkarmaktadır. Siber saldırıların, silahlı saldırı olarak kabul edilmesinin BM Antlaşması'nın 51. maddesinin uygulama alanını genişleterek uluslararası ortamı yeni karışıklıklara sürükleyeceği düşünülmektedir.

B. KUVVET KULLANMA YASAĞINA İLİŞKİN GENEL PRENSİPLER VE SİBER SALDIRILARIN HUKUKİ DURUMU

Günümüzde uluslararası hukukta kuvvet kullanmayı düzenleyen en temel kural BM Antlaşması'dır.¹⁰ BM Antlaşması, uluslararası görüşmeler çerçevesinde BM konferanslarıyla hazırlanmıştır. Diğer uluslararası sözleşmelerde olduğu gibi BM Antlaşması, imza koyan bütün taraf devletleri bağlayıcı niteliğe haizdir. Antlaşma, uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanılmasını ve kuvvet kullanma tehdidinde bulunulmasını açıkça yasaklamaktadır. Bu hüküm, Antlaşma'nın 2(4). maddesinde: "Teşkilatın üyeleri, milletlerarası münasebetlerinde gerek bir başka devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı, gerekse Birleşmiş Milletlerin amaçları ile telif edilemeyecek herhangi bir surette, tehdide veya kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar" şeklinde ifade edilmektedir. Bu, geleneksel uluslararası hukuk kuralı olan, başka devletlerin iç işlerine karışılmasının yasaklandığı "müdahale yasağı" (non-intervention) kuralı ile tamamlanmaktadır.¹¹

¹⁰ Sertaç H. Başeren, *Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmasının Sırları*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2003, s.46.

¹¹ *Manila Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes*, G.A. Res.

BM Antlaşması'nın 2(4). maddesinde öngörülen kuvvet kullanma yasağı, sadece BM üyesi devletleri bağlamakta, üye olmayan devletlere doğrudan doğruya yükümlülük getirmemektedir. BM üyesi olmayan devletlerin BM Antlaşması'nda öngörülen kuvvet kullanma yasağına uymalarını sağlayacak şey, 2(4). maddede yer alan kuvvet kullanma yasağının evrensel bir uluslararası örf ve adet hukuk kuralı haline gelmiş olmasıdır.¹² Böylece, söz konusu yasak BM üyesi olsun ya da olmasın bütün devletleri bağlamaktadır.¹³

Ülke sınırlarını genişletme ve başka devlet hükümetlerini değiştirme amaçlarına hizmet etmemesi için BM sisteminde meşru olmayan kuvvet kullanımı, "saldırganlık" veya "yayılmacılık" olarak tanımlanmış ve yasaklanmıştır. Kuvvet kullanmaya, ancak meşru müdafaa veya Güvenlik Konseyi kararıyla ve siyasal bağımsızlık veya toprak bütünlüğünün korunması amacıyla izin verilmiştir.¹⁴

BM Antlaşması'nın kuvvet kullanımına ilişkin oluşturduğu sistemin iki ana özelliği vardır. Öncelikle, bütün üye devletler Antlaşma'nın

37/10, Annex, U.N. Doc. A/RES/37/10 (15.11.1982), <http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r010.htm>, erişim tarihi 13.1.2013; *Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nation*, G.A. Res. 25/2625, U.N. Doc. A/RES/25/2625 (24.10.1970), <http://www.unhcr.org/refworld/topic/459d17822,459d17a82,3dda1f104,0.html>, erişim tarihi 13.1.2013.

12 Bu çerçevede örfi hukuk, sadece taraf devletler için haklar ve yükümlülükler tesis eden antlaşma esaslı hukuktan ayrılmaktadır. Uluslararası örf ve adet hukuku, hukuk olarak kabul edilen genel bir uygulamanın varlığı halinde söz konusu olmaktadır. Devletlerin bir uygulamasının örf ve adet hukuku kuralı haline gelmesi için bu uygulamayı *-opinio juris sive necessitatis-* hukuk kuralı olduğuna inanarak yapmış olmaları gerekmektedir. Günümüzde, BM Antlaşması'nın 2(4). maddesinde yer alan kuvvet kullanma yasağı, uluslararası örf ve adet hukukunun bütünüleyici bir parçası haline gelmiştir. Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1994, s. 209-218; Edip Çelik, *Milletlerarası Hukuk, Birinci Kitap*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 55,157-164.

13 Yoram Dinstein, *War, Aggression And Self-Defence*, Grotius Publications Limited, Cambridge, s.91.

14 BM Antlaşması'nın düzenlediği kuvvet kullanma yasağı konusunun arkasındaki düşünceyi anlamak için hem II. Dünya Savaşını, hem de öncesinde oluşturulan girişimler ile tarihi belgelerin içeriğinin anlaşılması önemlidir. 1945 yılı, siyasi güç ve toprak kazanma amacı güden devletlerin neden olduğu ve yıkıcı sonuçların yaşandığı bir savaşın sonrasındadır. Bu acı tecrübeyi yaşayan devletler, Briand-Kellogg Paktı'nın eksikliklerini tamamlamak düşüncesiyle de San Fransisko Konferansı'nda kuvvete dayalı politikaların önlenmesi konusunda mutabık kalmışlardır. Anthony C. Arend ve Robert J. Beck, *International Law and Use of Force*, New York, Routledge, 1995, s.33,34.

2(4). maddesi gereğince uluslararası ilişkilerinde kuvvet kullanmaktan ya da kuvvet kullanma tehdidinden kaçınacaklardır. Bu koşullarda kuvvet kullanmak, hukuka aykırı bir fiil haline gelmektedir. İkinci olarak, bu yasağı ihlal eden devletlere karşı, münhasıran kuvvet kullanma yetkisiyle donatılmış merkezi bir otorite yaratılmıştır. Bu husus, Antlaşmanın VII. bölümünde, Güvenlik Konseyi'ne hukuka aykırı kuvvet kullanmaya karşı kuvvet kullanma yetkisi veren Antlaşma'nın 42. maddesinde ve takip eden maddelerde düzenlenmiştir.¹⁵ Böylece, bir yandan devletler kuvvet kullanma yetkisini terk etmişler ve bireysel kuvvet kullanma hukuka aykırı bir fiil haline gelmiş, diğer yandan hukuka aykırı bir fiile karşı kuvvet kullanacak kolektif bir yetki oluşturularak BM'ye verilmiştir.

"Kuvvet kullanma" ve "tehdit" kriterlerini BM Antlaşması belirlemiş değildir. Antlaşma'da "savaş" terimi kullanılmaktan kaçınılmış, "savaş" terimi yerine kullanılan "tehdit" ya da "kuvvet kullanma" kavramlarının tanımı ise yapılmamıştır. Bu durum kuvvet kullanma yasağının yalnızca silahlı kuvvet kullanılmasıyla sınırlı kalıp kalmadığı yani, kimi zorlayıcı ekonomik ve diplomatik tedbirlerin de bu yasağın kapsamına girip girmediği konusunda tartışmaları gündeme getirmiştir. Zayıf devletler ve bazı bilim adamları BM Antlaşması'nın 2(4). maddesinin politik ve ekonomik zorlamaları da kapsamı gerektiği yönünde yorum yapmaktadırlar. Ancak yaygın kabul edilen görüşe göre, gerek BM Antlaşması'nın "Giriş" kısmında gerekse 41. ve 46. maddelerde "silahlı kuvvet" kavramının kullanılmış olması ve yine 1970 tarihli Dostça İlişkiler Bildirisi'nde sadece silahlı kuvvet kullanılması üzerinde durulması, bu tür siyasi ve ekonomik baskıların 2(4). madde kapsamında olmadığını teyit etmektedir.¹⁶

Günümüzde teknolojisi ilerlememiş, bilgisayar ve internet olanaklarını daha çok kullanan güçlü devletlerin siber saldırılara daha açık

¹⁵ Başeren, s.48.

¹⁶ Daniel B. Silver, "Computer Network Attack as a Use of Force Under Article 2(4) of the United Nations Charter", *Computer Network Attack and International Law*, 1999, s.80-82; Andrew B. Foltz, "Stuxnet, Schmitt Analysis, and the Cyber "Use of Force" Debate", *Joint Force Quarterly*, I.67, 4th Quarter, 2012, s.41 vd, http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/jfq/foltz_stuxnet_schmitt_oct2012.pdf, erişim tarihi 18.1.2013; Matthew C. Waxman, "Cyber Attacks as "Force" Under UN Charter Article 2(4)", *International Law and the Changing Character of War*, V.87, 2011, s.44 vd; Dinstein, s.84.

hale gelmesi, bu durumun saldırıda bulunacak zayıf devletlere avantaj sağlaması nedeniyle kuvvet kullanımına ilişkin tartışmalar tersine dönmüş durumdadır. Özellikle ABD gibi güçlü devletler Antlaşma'nın 2(4). maddesinin daha geniş yorumlanmasını ve siber saldırıları da kapsayacak şekilde anlaşılması yönünde görüş bildirmektedirler.¹⁷ Ancak 2(4). madde, halen klasik anlamda silahlı kuvvet kullanmayı yasaklamaktadır.¹⁸

Son on yıl içerisinde özellikle Estonya, Gürcistan ve Stuxnet vakalarındaki siber saldırılar, geleneksel uluslararası hukuk normu olan "müdahale yasağı" kuralını da ihlal etmektedir. Ancak, devletler ya bu saldırıları devlet dışı aktörlere yaptırarak kendilerini gizlemekte

¹⁷ Amerika Savunma Bakanı Leon Panetta'nın 11 Ekim 2012 tarihinde New York'ta işadamları ile yaptığı toplantıda, Amerika'nın "Siber-Pearl Harbor" ihtimali ile karşı karşıya olduğunu, düşman devletlerin ya da radikal grupların siber silahları, Amerika'nın kritik altyapılarının kontrolünü ele geçirmek için kullanabileceğini, bunların enerji kaynaklarını ele geçirebileceklerini, su kanallarını kirletebileceklerini, bir treni kimyasal madde ile doldurup saldırı amaçlı yönlendirebileceklerini belirtmiş, ayrıca en kötü ihtimalin kritik altyapı sistemlerine karşı yapılacak koordineli bir saldırı olduğunu, bu saldırıda insanların hayatlarını kaybedebilecekleri gibi, halkı şok edecek fiziksel zararlar meydana gelebileceğini belirtmiştir. Bakan Panetta konuşmasında, böyle ciddi sonuçlar doğuracak bir saldırı tehdidi aldıklarında ulusun güvenliği için bu saldırılara karşılık verebileceklerini vurgulamıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, Savunma Bakanı'nun vurguladığı husus, saldırı olduğunda değil, saldırı tehdidi doğduğunda ABD Hükümeti'nin bu saldırıyı silahlı saldırı gibi değerlendirip buna karşılık verme hakkını kendinde görmesi ve bu saldırının siber ortamda yapılacak bir karşı saldırıyı kapsadığı gibi, klasik anlamda silahlı saldırıyı da kapsamaktadır. Elisabeth Bumiller ve Thom Shanker, "Panetta Warns of Dire Threat of Cyberattack on U.S.", *The New York Times* (11 Ekim 2012), http://www.nytimes.com/2012/10/12/world/panetta-warns-of-dire-threat-of-cyberattack.html?pagewanted=all&_r=0, erişim tarihi 3.11.2012.

¹⁸ Uluslararası hukukta geleneksel anlamda "kuvvet kullanma" terimiyle, savaş dâhil her türlü silahlı zorlama yolları anlaşılmaktadır. Bu açıdan devletin doğrudan doğruya düzenli askeri birlikleri aracılığıyla veya bir devletin desteklediği ve yardım ettiği silahlı gruplar veya gönüllü birlikler gibi düzen dışı kuvvetlerle kuvvet kullanılması veya kuvvet kullanma tehdidinde bulunulması BM Antlaşması'nın 2(4). maddesindeki yasak kapsamında değerlendirilmektedir. Nitekim düzensiz kuvvetler aracılığıyla gerçekleştirilen bu faaliyetlerin yasak kapsamında olduğu, gerek BM Genel Kurulu'nun 2625 sayılı Dostça İlişkiler Bildirisi gerekse Uluslararası Adalet Divanı'nın 27.06.1986 tarihli Nikaragua'da Askeri ve Yarı-Askeri Faaliyetler Davasındaki kararı ile açık bir şekilde ifade edilmiştir. Ayhan Döner, "Kuvvet Kullanma Yasağı ve İnsani Müdahale Açısından II. Körfez Savaşı", *e-akademi-Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Sayı 17. Temmuz 2003, <http://e-akademi.org/incele.asp?konu='Kuvvet%20Kullanma%20Yasa%F0%FD%20ve%20DDnsani%20M%FCdahale%20A%E7%FDs%FDndan%20II.%20K%F6rfez%20Krizi'&kimlik=-397695427&url=makaleler/adoner-1.htm>, erişim tarihi 13.1.2013.

ya da teknolojik imkânlar sayesinde saldırıların kimden kaynaklandığı belirlenememektedir.¹⁹ Aslında siber saldırıda bulunan devletler, bu hareketlerinin silahlı güç kullanma kapsamında kabul edilebileceği geleneksel uluslararası hukuk kurallarını ihlal etme endişesi ile kendilerini gizlemekte veya devlet dışı aktörlere bu saldırıları düzenlettirmektedirler.

NATO, siber tehdit konusunda en önemli hazırlıkları yapan uluslararası örgüt durumundadır. NATO Antlaşması'nın 4. maddesinde, bölgesel barış, bir üye ülke ulusal güvenliği, sınır bütünlüğü ya da bağımsızlığı tehlike altına girmesi halinde üye ülkeleri istişare için bir araya geleceği kabul edilmiş ve siber saldırı durumunda bu maddede sayılan durumlarda harekete geçeceğini belirtmiştir.²⁰ Bu, aslında NATO'nun siber saldırıları geleneksel uluslararası hukuk kuralı olan "müdahale yasağı" kuralına aykırı bulduğunun göstergesi kabul edilmektedir. Ekim 2011'de Bakanlar tarafından belirlenen Siber Savunma Eylem Planı'na göre Siber Savunma Politikası'nda siber tehditler, yeni Stratejik Kavram doğrultusunda 5. maddede ifade edilen toplu savunma görevini yerine getirmesi için potansiyel kaynak olarak tanımlanmıştır. 2012 Chicago Zirvesi Sonuç Bildirisi'nde de sürekli gelişen ve karmaşıklaşan siber tehditlerle etkin biçimde ve işbirliği içinde mücadele edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

NATO, siber güvenlik konusunda önemli mesafe almış olmakla birlikte, konuyla ilgili temel sorun ortak savunma koşulunu kapsayan 5. maddenin siber saldırıları kapsayıp kapsamayacağıdır. Yani üye ülkelerden birinin silahlı saldırı yerine siber saldırıya uğraması halinde, anlaşmanın bu maddesinin geçerli olup olmayacağı, saldıran ülkenin en kısa sürede nasıl ortaya çıkarılacağı ve bu ülkeye nasıl karşılık verileceği halen belirsizliğini korumaktadır.²¹

¹⁹ Matthew J. Sklerov, "Solving the Dilemma of State Responses to Cyberattacks: A Justification for the Use of Active Defenses Against States Who Neglect their Duty to Prevent", *Military Law Review*, V.201, 2009, s.74,75. http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Military_Law_Review/pdf-files/201-fall-2009.pdf, erişim tarihi 15.1.2013.

²⁰ *EurActiv* (4.4.2008). NATO Agrees on Common Approach to Cyber Defence, <http://www.euractiv.com/en/infosociety/nato-agrees-common-approach-cyber-defence/article-171377> erişim tarihi 1.11.2010.

²¹ Washington'da 4 Nisan 1949 tarihinde imzalan NATO Antlaşması'nın 5. maddesi; "Taraflar, Avrupa veya Kuzey Amerika'daki üyelerinden biri ya da daha fazlasına karşı silahlı bir saldırıyı, anlaşma taraflarının tümüne yapılmış sayacakları

III. KUVVET KULLANMA YASAĞININ İSTİSNALARI

Günümüzde BM Antlaşması'na göre kuvvet kullanma yasağının iki istinası bulunmaktadır; BM Güvenlik Konseyi kararıyla kuvvet kullanılması ve meşru müdafaa hakkı.

A. BM GÜVENLİK KONSEYİ KARARIYLA KUVVET KULLANILMASI

BM Antlaşması, uluslararası barış ve güvenliğin başlıca sorumluluğunu 24. maddeyle Güvenlik Konseyi'ne vermiştir. Antlaşma'nın "Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Fiili Halinde Yapılacak Hareket" başlığını taşıyan VII. Bölümündeki 39-51. maddelerinde ise, uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacıyla, Örgüt'ün alabileceği önlemler ve bunların nasıl uygulanacağı düzenlenmiş bulunmaktadır.

BM Antlaşması'nın 39. maddesine göre Güvenlik Konseyi, barışın tehdidi veya bozulması durumlarında, bunu tespit ve gerekli tavsiyelerde bulunma ya da 41 ve 42. maddeler gereği alınacak tedbirleri kararlaştırma yetkisine sahiptir. Hangi durumlarda barışın tehdit edildiği veya bozulduğunun tespiti oldukça zordur. BM Antlaşması'nda bu konulara ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Konuya siber savaş veya siber saldırı kapsamında bakıldığında durum daha da zorlaşmaktadır. Siber ortamda siber silahlarla gerçekleştirilecek saldırıların barışı tehdidi veya bozulması olarak nitelendirilebileceği ve buna paralel olarak kolektif güvenlik tedbirlerinin alınabileceği sorunu kolay halledilebilecek bir sorun değildir.

Güvenlik Konseyi, 39. maddeyi ilgilendiren bir durum tespit ettiği anda alabileceği önlemleri geçici ve zorlayıcı önlemler olmak üzere iki gruba ayırmaktadır. BM Antlaşması'nın 40. maddesine göre geçici tedbirlerin amacı, durumun daha fazla vahimleşmesini önlemektir. Bu önlemlerin neler olduğu Antlaşma'da düzenlenmemiş olmakla birlik-

konusunda mutabık kalmışlar ve sonuç olarak ta böyle bir silahlı saldırı gerçekleştiği takdirde, taraf devletlerin her biri, BM Şartının 51. maddesinde belirtilen toplu veya bireysel savunma hakkının kullanılmasında saldırının muhatabı olan taraf ya da taraflara derhal karşı saldırı konumuna geçerek yardım edecek, ve diğer taraflarla iş birliği içerisinde silahlı güç kullanımı, Kuzey Atlantik Bölgesinin güvenliğinin devamının sağlanması da dâhil olmak üzere gerekli görülen eylemleri düzenleyeceklerdir." şeklindedir.<http://translate.google.com/translate?hl=tr&langpair=en%7Ctr&u=http://www.nato.int/docu/basics.htm&ei=I86dULifEtK80AHP-oHYAw>, erişim tarihi 11.11.2012.

te Güvenlik Konseyi'nin, çatışmaların durdurulması, ateşkes, silahlı kuvvetlerin geri çekilmesi, antlaşmaya varılması ve askeri malzemeye ambargo konulması gibi geçici önlemler aldığı görülmektedir.²² Antlaşma, 41 ve 42. maddeleriyle silahlı kuvvetler kullanılmasını gerektiren ve gerektirmeyen müeyyideler olmak üzere iki çeşit zorlayıcı önlem öngörmektedir. 41. madde diplomatik, ekonomik, siyasi ilişkilerin ve hava, deniz, demiryolu ulaşımının, posta, radyo, televizyon iletişiminin kesilmesi gibi silahlı kuvvet kullanımını gerektirmeyen önlemleri kapsamaktadır. 42. madde ise, gerektiğinde hava, deniz ve kara kuvvetleri aracılığıyla kuvvet kullanılmasını öngören zorlayıcı önlemleri kapsamaktadır.²³

Sonuç olarak bir siber savaş veya siber saldırı durumunda Güvenlik Konseyi'nin kuvvet kullanma kararı alması politik olarak zor ve ağır yürüyen bir süreç olmasına karşın, konu değerlendirilip bir sonuca varıldığında devletlerin de bu karara uyması ve bu kapsamda yapılacak siber saldırılara karşı hareket hukuka uygun olacaktır.

B. MEŞRU MÜDAFAA HAKKI

Kuvvet kullanma yasağının diğer istisnası ise "meşru müdafaa"dır.²⁴ Devletlerin kendi güvenliklerini koruma hakları, her zaman uluslararası hukukun en temel ilkelerinden birisidir²⁵ ve "meş-

²² Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş (İkinci Cilt)*, Yeniden Gözden Geçirilmiş Dördüncü Bası, Ankara, 1975, s.444.

²³ Meray, s.444.

²⁴ Kolektif meşru müdafaa hakkı, BM Antlaşması'nın 51. maddesinin meşru müdafaa hakkını geliştirdiği yönlerden birisidir. Kolektif meşru müdafaa hakkının kullanılmasında da bireysel meşru müdafaa hakkının kullanılmasında aranan, doğrudan ya da dolaylı bir silahlı saldırının gerçekleşmiş olması, alınan meşru müdafaa tedbirlerinin BM Güvenlik Konseyi'ne bildirilmesi, Güvenlik Konseyi harekete geçinceye kadar başvuru olan geçici nitelikte istisnai bir hak olması ve örfi hukuktan kaynaklanan gereklilik, aciliyet ve orantılılık kriterlerine uygun olarak gerçekleştirilmesi koşullarının hepsi aranmaktadır. Bireysel meşru müdafaa hakkından farklı olarak kolektif meşru müdafaa hakkının kullanılması için, saldırıya uğrayan devletin bunu ilan edip açıkça yardım istemesi gerekmektedir. Stanimir A. Alexandrov, *Self Defence Against the Use of Force in International Law*, Kluwer Law International, La Haye, s.95; Funda Keskin, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karşıma ve Birleşmiş Milletler*, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları Tezler Dizisi:4, Ankara, 1998, s.56-59; Saldırıya uğrayan devletin bunu ilan edip açıkça yardım istemesi dışında diğer konulara meşru müdafaa hakkı anlatılırken değinileceğinden ayrıca siber saldırılar bakımından kolektif meşru müdafaa hakkı incelenmeyecektir.

²⁵ Richard J. Erickson, *Legitimate Use of Force Against State-Sponsored Terrorism*, Air

ru müdafaa hakkı" ile garanti altına alınmıştır.²⁶ Meşru müdafaa hakkına ilişkin 51. maddenin siber saldırılar için yapılan metinsel yorumuna ilişkin mevcut doktrinsel tartışmalar Estonya, Gürcistan ve Stuxnet olayları ile zirveye tırmanmıştır.

Aslında çoğu silahlı çatışmada, karşılıklı saldırıda bulunan her iki devletin de meşru müdafaa hakkına sığınarak yaptığı eylemin hukuki olduğunu savunması durumu, sorunu çıkmaza sürüklemektedir. Ancak bu soruna takılmadan önce, asıl önemli olan siber saldırıların, silahlı saldırı olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Çoğu görüş siber saldırının günümüz teknolojisinde silahlı saldırı eşğine gelebileceği yönündedir.²⁷

Bir devlete, meşru müdafaa hakkı kapsamında kuvvet kullanma hakkını veren siber saldırının parametreleri konusunda, 51. madde esnasındaki yanıtın gereklilik, orantılılık ve aciliyet kriterlerini değerlendirmede devletlerin derin görüş ayrılıkları içinde olmaları ve bunun bir sonucu olarak, siber saldırılar konusunda ortak analitik çerçeve geliştirilememiş olmaları çözümü zorlaştırmaktadır. Bu güçlüğe rağmen, devlet destekli siber saldırılar ve devlet dışı aktörlerin gerçekleştirdikleri siber saldırıların; hangi koşullar altında BM Antlaşması'nın 51. maddesi çerçevesinde silahlı saldırı teşkil edebileceği meselesini incelemek büyük önem arz etmektedir.

"Silahlı saldırı" terimi diğerlerinin aksine BM Antlaşması'nda dar yorumlanmaktadır.²⁸ Örneğin Antlaşma'nın 2(4). maddesini ihlal eden bazı tehdit veya kuvvet kullanımları, 51. madde anlamında silahlı

University Press, Washington D.C., 1989, s.100.

²⁶ BM Antlaşması'nın 51. maddesi çerçevesinde meşru müdafaa hakkı, orijinal olarak bölgesel düzenlemelerin meşruluğunu teyit etmek için 1945'de BM Antlaşması'na eklenmiştir. Bununla birlikte, San Francisco Konferansı sonrasında meşru müdafaa hakkı, bu amacın çok ötesinde gelişmiştir. Alexandrov, s.182.

²⁷ ABD, ülkesine karşı siber ortamdan gelecek tehditlere karşı meşru müdafaa hakkını kendinde görmekte ve bu saldırılara cevap vereceğini açıklamaktadır. The White House. (Mayıs 2011). *International Strategy for Cyberspace*. s.14. http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf, erişim tarihi 14.1.2013

²⁸ Yoram Dinstein, "Computer Network Attack and Self-Defense", *Computer Network Attack and International Law*, V.76. Naval War College International Law Studies, Rhode Island, William S. Hein & Co., Inc., 2002, s.100, <https://www.usnwc.edu/getattachment/95012329-e379-4341-bd1d-a4764c84dd4c/Vol--76---Computer-Network-Attack-and-Internation.aspx>, erişim tarihi 13.1.2013.

saldırı teşkil etmemektedir. Bu durumda silahlı saldırı olarak değerlendirilemeyecek olan siber saldırılar, dolayısıyla 51. madde uyarınca meşru müdafaa hakkı doğurmayacaktır.

BM Antlaşması'nın 51. maddesinde, meşru müdafaa hakkının kullanılabilmesinin ön şartı olarak "saldırının" değil bir "silahlı saldırı"nın gerçekleştirilmiş olması kabul edilmiştir. Ancak, silahlı saldırı kavramının tanımına ne bu maddede ne de diğer madde hükümlerinde yer verilmemiştir. Saldırı ve silahlı saldırı kavramları, belli ölçüde birbiriy-le örtüşen kavramlar olmalarına rağmen; tam olarak aynı şey değildirler. Daha da önemlisi bunların hukuksal anlamları farklı olup pratikte farklı sonuçlar doğurmaktadırlar.

Silahlı bir saldırının aynı zamanda bir saldırı olduğu söylenebilir fakat her saldırı bir silahlı saldırı değildir. Çünkü silahlı saldırı kavramı, saldırı kavramından daha dar bir anlam ifade etmektedir. Bir silahlı saldırı, saldırının bir alt kategorisi olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, bu iki kavram, doğurduğu sonuçlar itibariyle de birbirinden farklıdır. Silahlı saldırı, doğurduğu sonuçlar itibariyle, kabul edilmeyecek ölçülerde olduğu için; mağdur devlete; meşru müdafaa hakkına dayanarak münferiden kuvvet kullanma yetkisi verir. Bu husus silahlı saldırının ayırt edici nitelik ve fonksiyonunu ortaya koymaktadır. Saldırı kavramına giren diğer fiillerde ise bu nitelik yoktur; kolektif güvenlik sisteminin devreye girmesini sağlayan başka fonksiyona sahiptir.

Siber saldırılara karşı kuvvet kullanmanın ön şartı; 51. madde bağlamında "silahlı saldırı" olarak kabul edilmesidir. Dolayısıyla, askeri bir hareketin meşru olabilmesi için, saldırının silahlı saldırı boyutuna ulaşmış olması zorunludur. Silahlı saldırı kavramının BM Antlaşması'nda tanımlanmamış olması nedeniyle, bilimsel olarak siber saldırının ne zaman silahlı saldırı olarak kabul edilip, silahlı meşru müdafaa hakkı doğuracağı ile ilgili üç görüş bulunmaktadır: "araç bazlı yaklaşım", "hedef bazlı yaklaşım" ve "etki bazlı yaklaşım".²⁹

²⁹ Oona A. Hathaway & Rebecca Crotoof & Philip Levitz & Haley Nix & Aileen Nowlan & William Perdue & Julia Spiegel, "The Law of Cyber Attack", *California Law Review*, V.100, 1.8.2012, s.845.

1. Araç Bazlı Yaklaşım

“Araç bazlı yaklaşıma” göre siber saldırılar, BM Antlaşması’nın 51. maddesi kapsamındaki silahlı saldırı kapsamında değerlendirilemez. Çünkü siber saldırılar hiçbir zaman klasik anlamda askeri silahlardan değildirler. Siber saldırılar, yalnızca siber saldırı ile birlikte ya da siber saldırı aracılığıyla klasik anlamda askeri silah kullanıyorsa silahlı saldırı olarak kabul edilebilir. Siber saldırı sonucu yönlendirilen bir bombanın bilgisayar destek merkezini veya internet kablolarını vurması ve bu silahlı saldırının “yeterli ağırlık”³⁰ ölçüsüne ulaşması buna örnek olarak verilebilir.³¹

Aslında BM Antlaşmasının lafzının “araç bazlı yaklaşımı” desteklediği görülmektedir. Şöyle ki, 41. madde “Güvenlik Konseyi, kararlarını yürütmek için silahlı kuvvet kullanımını içermeyen ne gibi önlemler alınması gerektiğini kararlaştırabilir ve BM üyelerini bu önlemleri uygulamaya çağırabilir. Bu önlemler, ekonomik ilişkilerin ve demiryolu, deniz, hava, posta, telgraf, radyo ve diğer iletişim ve ulaştırma araçlarının tümüyle ya da bir bölümüyle kesintiye uğratılmasını, diplomatik ilişkilerin kesilmesini içerebilir.”³² Bu düzenlemede, “telgraf, radyo ve diğer iletişim ve ulaştırma” araçlarının siber ortamdaki araçları kastettiği yorumu ile siber saldırıların Antlaşma kapsamında silahlı saldırı olarak kabul edilemeyeceği söylenebilir.

³⁰ Nikaragua davasında Divan, bir devletin başka bir devletin topraklarına silahlı çeteler göndermesi halinde, bu çetelerin silahlı saldırılarının düzenli orduların saldırıları ile aynı şiddet ve ölçekte olması şartıyla, BM Antlaşması’nın 51. maddesi çerçevesinde bir “silahlı saldırı” olabileceğini kabul ederek, “silahlı saldırının” tanımlanmasında bir “ölçü ve etki” testi ortaya koymuş; “yeterli ağırlık (sufficient gravity)” koşulu getirmiştir. Divan’ın Nikaragua davasındaki kararında silahlı saldırının ve buna uygun olarak da meşru müdafaa hakkının dar bir yorumunu desteklemiş ve silahlı saldırının tanımlanmasında yüksek bir eşik tesis etmiştir. Carsten Sthan, “Nicaragua is Dead-Long Live Nicaragua-the Right to Self Defence Under Article 51 of UN Charter and International Terrorism”, *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty*, Berlin&Heidelberg, 2003, <http://edoc.mpil.de/conference-on-terrorism/index.cfm>, erişim tarihi 10.10.2011

³¹ Michael N. Schmitt, *Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework*, Research Publication 1 Information Series, 1999, s.21.22, <http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA471993>, erişim tarihi 10.11.2012.

³² Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın 41. maddesi. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/3-30.pdf>, erişim tarihi 1.2.2013.

Bu sonuca, BM Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1974 tarih ve 29/3314 sayılı "Saldırının Tanımı" kararında yola çıkılarak da varılabilir.³³ Saldırının Tanımı kararının 3. maddesinde saldırının yedi türü sayılmış ve bunlardan hepsi klasik anlamda silah veya askeri kuvvete ilişkindir.⁴⁹² Saldırının Tanımı kararında, "kuvvet kullanma tehdidi" tanıma dâhil edilmemiştir. Tanım'da, kuvvet kullanma tehdidinin ihmal edilmiş olması, saldırının sadece fiili silahlı kuvvet kullanıldığı zaman mevcut olacağı; siyasî, ekonomik, kültürel ya da ideolojik baskı türlerinin ya da klasik anlamda silahlı kuvvet kullanılmasını içermeyen müdahalelerin "saldırı" teşkil etmeyeceği anlamına gelmektedir.³⁴ Saldırının Tanımı kararının önsözünde, saldırının "silahlı kuvvet kullanmak" olarak tanımlanması ve en ciddi, tehlikeli illegal kuvvet kullanma şekli olduğuna vurgu yapılması da BM Antlaşması'na aykırı herhangi kuvvet kullanmanın saldırı sayılamayacağına, Antlaşma'nın "araç bazlı yaklaşım" desteklediği ve siber saldırıların silahlı saldırı olarak kabul edilemeyeceği değerlendirilmektedir.

"Araç bazlı yaklaşımın" en önemli özelliği uygulamanın basitliğidir. Çünkü askeri kuvvet veya geleneksel anlamda silah tanımlaması yapmak kolaydır. Buna rağmen siber saldırıların konvansiyonel anlamda silahlar kadar zararlara yol açma imkânı bulunduğundan birçok bilim adamı "araç bazlı yaklaşım"ın artık kullanamayacağı görüşündedir.

2. Hedef Bazlı Yaklaşım

Siber saldırı kabiliyetleri ve verebileceği zararlar değerlendirilerek "hedef bazlı yaklaşım" ortaya atılmıştır. "Hedef bazlı yaklaşım"da silahlı saldırı, kritik öneme sahip bir bilgisayar sisteminin siber saldırıda hedef alınması olarak kabul edilmektedir. Bu yaklaşımda, önleyici meşru müdafaa için siber saldırının, önemli ve yeter derecede muhtemel bir zararın habercisi olması gerekmektedir.³⁵ Hedef bazlı yak-

³³ G.A. Res. 3314, U.N. G.A.O.R., 29th Sess., Supp. No. 31, U.N. Doc. A/9631 (1974). Türkçe metin için bkz. Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar* (3. Baskı). Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s.118-120.

³⁴ Fatma Taşdemir, *Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi* (1. Baskı), Siyasal Basın Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, s.143,144.

³⁵ Duncan B. Hollis, "Why States Need an International Law for Information Operations", *Lewis & Clark Law Review*, V.11, 1997, s.1041.

laşımın en önemli faydası, devletlere ulusal kritik alt yapıları koruma avantajı sağlaması olmasına rağmen, kuvvet kullanarak meşru müdafaa hakkı eşiğini düşürdüğünden, uluslararası ortamı yıkıcı konvansiyonel silahlı çatışmalara sürüklenme riski doğurmasıdır.³⁶ Çünkü bu yaklaşım benimsendiği takdirde kritik alt yapı sistemlerine yapılacak siber saldırılar, fiziksel ve kinetik anlamda meşru müdafaa kapsamında karşı saldırı yapmanın önünü açacaktır.

3. Etki Bazlı Yaklaşım

“Etki bazlı yaklaşım” a göre ise siber saldırı, yaptığı etkinin ağırlığı (gravity) ölçüsüne bağlı olarak silahlı saldırı olarak kabul edilecektir. Diğer yaklaşımlarla kıyaslandığında, şu anda “etki bazlı yaklaşım” uluslararası ortamda özellikle teknolojisi gelişmiş ve ABD gibi saldırılara en çok maruz kalan devletler arasında en kabul gören yaklaşım olarak kabul edilmektedir. Meşru müdafaa hakkını doğuracak siber saldırının etkisinin ağırlığının ölçülmesi konusunda ise değişik düşünceler ortaya atılmakta ve bu en önemli sorun olarak bilim adamlarının karşısında çıkmaktadır. Örneğin, bir havaalanı kontrol sistemine düzenlenecek siber saldırı, bölgesel elektrik kesintilerine sebebiyet verecek siber saldırı, borsa veya finansal sistemi işlemez hale getirecek bir saldırı ya da 2007 yılındaki Estonya saldırısı, bunlardan hangisinin savunma amaçlı kuvvet kullanmak için yeterli ağırlık derecesine ulaşmış olduğunu tespit etmek gerekmektedir. Bu saldırılar küçük ya da büyük ölçekte zararlara yol açmakta, hatta bazıları ölümlere veya ekonomik sistemin çökmesine neden olmasına rağmen saldırının sonuçlarının ortaya konması ya da anlaşılması kolay olmamaktadır.

Prof. Michael Schmitt, doktrinde bu konuda kabul görmüş “etki bazlı yaklaşım” la ilgili kriterleri en iyi belirleyen olarak kabul edilmektedir. Onun görüşüne göre siber saldırının etkileri şu altı kriter değerlendirilmelidir.³⁷

- 1- Yıkıcılık (severity); zararın çeşidi ve boyutu,
- 2- Yakınlık (immediacy); saldırıdan sonra ne kadar süre içinde zararın ortaya çıktığı,

³⁶ Sklerov, 56.

³⁷ Schmitt (1999), s.18,19.

- 3- İlliyet bağı (directness); saldırı ile zarar arasındaki illiyet bağı,
- 4- İstilacılık (invasiveness); saldırının mağdur ülkenin bölgesine girme derecesi,
- 5- Ölçülebilirlik (measurability); saldırının meydana getirdiği zararın ölçülebilme derecesi,
- 6- Meşruluk beklentisi (Presumptive legitimacy); bir silahlı saldırı siber saldırı olarak değerlendirilmesinin bir kural değil istisna olması.

Yukarıdaki kriterler, karar vericiler için aydınlatıcı olsa da yeterli olmadığı değerlendirilmektedir. Diğer bir deyişle etki bazlı yaklaşıma yeni kriterler eklenebilmekte veya eleştirilmektedir.³⁸

Yukarıdaki yaklaşımların hepsinde önemli olan siber saldırının politik veya ulusal güvenliği tehdit amaçlı yapılması gerekir ki siber saldırı veya siber savaş kavramından bahsedilebilsin, aksi halde siber saldırı bir asayiş olayı olmanın ötesine geçmeyecektir.

C. GEREKLİLİK VE ORANTILILIK KRİTERLERİ

Siber saldırıya karşı silahlı kuvvet kullanacak olan devletin yukarıda sayılan kuralların yanında kuvvet kullanmaya ilişkin geleneksel uluslararası hukuk kurallarından olan “gereklilik (necessity)” ve “orantılılık (proportionality)” kurallarına da uyması gerekmektedir. Günümüzde, bütün devletler, gereklilik ve orantılılık kriterlerinin, BM Antlaşması’nın 51. maddesi çerçevesinde, yasal meşru müdafaa hakkının parametrelerini oluşturduğu konusunda mutabıktır. Günümüzde bu koşullar, uluslararası örf ve adet hukukundan kaynaklanan bir sınırlama olarak meşru müdafaa hakkının kullanılmasında geçerliliklerini korumaktadırlar.³⁹ Bu kriterler BM Antlaşması’nın 51. maddesinde yer almamasına rağmen örfi hukukun parçası olarak devletleri bağlamaktadır. Siber saldırılara karşı devletlerin meşru müdafaa temelinde kuvvet kullanmalarında da bu ilkelere uyulması

³⁸ Silver, s.89; Jason Barkham, “Information Warfare and International Law on the Use of Force”, *New York University Journal of International Law & Policy*, V.34, 2001, s. 57,85,86.

³⁹ Christine Gray, *International Law and Use of Force*. Oxford University Press, Oxford, 2000, s. 105

büyük önem taşımaktadır. Aksi takdirde siber saldırılara karşı meşru müdafaa temelindeki yanıtların hukuka aykırı zararlar karşılığa dönüşme riski vardır. ABD, siber saldırılara karşı bu kriterlere başvuracağını açıklamıştır.⁴⁰

Gerekliğin değerlendirmesi, kuvvete başvurma konusunda kararın verildiği anda meydana gelecek ve karar verildiğinde ise gereklilik kriteri işlevini tamamlayacaktır.⁴¹ Ancak, bir silahlı saldırı sayılacak siber saldırının meydana gelmesi meşru müdafaa'nın "gerekliliği" anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla, silahlı bir saldırıya uğrayan mağdur devletin, kendisini silahla savunma dışında bir seçeneğinin olmadığını kanıtlaması gerekir.⁴² Bu kapsamda, gereklilik hali, alternatif bir davranış seçeneğinin bulunmadığı "sıcak bir tehdit" durumunda söz konusu olmaktadır.⁴³ Olay anında verilen silahlı karşılığın, meşru müdafaa hakkı olarak uluslararası hukuka uygun sayılması için, alternatif bir davranış biçiminin, mağdur tarafın zararını telafi etme imkânının bulunmaması gerekmektedir. Şayet, saldırgan eylemle ilgili olarak taraflar arasında görüşmeler başlamışsa, olay mahallinde verilecek silahla karşılık meşru müdafaa olmaktan çıkmaktadır.⁴⁴

Orantılılık ilkesi, savunma amaçlı tedbirlerin yol açtığı hasarın, başlangıçtaki silahlı saldırının yol açtığı maddi ve beşeri zarar ile orantılı olmasını ya da savunma tedbirlerine başvuran devletin saldırgan devletin kullandığı silahların aynısını ve aynı sayıda silahlı kuvveti kullanması gerektiği anlamına gelmemektedir.⁴⁵ Bu çerçevede söz konusu ilke, silahlı bir saldırıyı bertaraf etmek için kullanılacak karşı güce belli sınırlamalar getirdiği için silahlı çatışmaların tırmanmasını da önlemiş olmaktadır.⁴⁶

Gereklilik ve orantılılık prensipleri açık olmakla birlikte sorun bu ilkelerin siber saldırılara karşı nasıl uygulanacağıdır. Bu prensiplerin

⁴⁰ *International Strategy for Cyberspace*. (Mayıs 2011), s.14.

⁴¹ Judith Gail Gardam, "Necessity and Proportionality in Jus Ad Bellum and Jus In Bello", *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University, Cambridge, s.278.

⁴² Gardam, s.278.

⁴³ Berdal Aral, *Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkı*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999, s.26.

⁴⁴ Dinstein, s.202.

⁴⁵ Gardam, s.278,279.

⁴⁶ Aral, s.29.

klasik silahlı saldırı durumunda bile nasıl uygulanacağı tartışılırken, siber saldırı gibi etkilerinin ya da zararlarının ölçülmesi ve hukuka uygun bir karşılık verilmesi durumu da uluslararası arenada hala çözüm bekleyen konulardan birisidir.

IV. SONUÇ

Devletler kendi sınırlarını, ulusal güvenliklerini ve barış ortamını korumak zorundadırlar. Günümüzde siber güvenlik, küçük büyük, gelişmiş ya da az gelişmiş her ülke için önemlidir ve ulusal güvenlikle eş değer tutulmaktadır. Siber alan, fiziki alan gibi sınırları olan üzerinde tek bir devletin egemenlik kurduğu bir alan değildir ve gelişen teknolojik imkânlar ve siber saldırıların sınır tanımaz yapısı, uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden en büyük sorunlardan biri haline gelmiştir.

Günümüzde siber ortamı tamamen güvenli hale getirmek bir ütopya olarak görülmesine rağmen siber saldırıları engellemek için küresel anlamda işbirliğine ihtiyaç olduğu açıktır. Birleşmiş Milletler'e üye devletler aynı tanım, strateji veya çözüm konusunda halen uzlaşabilmiş değildirlen. Devletlerin siber tehditlere karşı yaklaşımı ve stratejisi ile hukuki anlamda yorumu farklı olduğundan kolektif anlamda çözüm de zorlaşmaktadır.

Henüz siber saldırı ve siber savaş konusunda ortak bir dil oluşturamamış, hangi siber saldırının silahlı saldırı kapsamında değerlendirileceği, siber saldırılara karşı savaş hukuku kapsamında kuvvet kullanılıp kullanılmayacağı konularında ittifak edememiş uluslararası toplumun; yakın gelecekte daha karmaşık hale gelip sonuçları daha ciddi olacak siber saldırılar konusunda ortak bir çaba içine girmesi ve hukuki anlamda gerekli hazırlıkları yapmasının kaçınılmaz olduğu değerlendirilmektedir.

Bunun yanında hukukçuların, devlet güvenliğine, ulusal ve uluslararası barışa karşı tehdit oluşturan siber savaş ve siber saldırıların hukuk dünyasına etkileri, mevcut kuralların uygulanabilirliği ve ihtiyaç duyulan düzenlemeler konusunda çalışmalarının uygun olacağı düşünülmektedir.

KAYNAKLAR

- Andrew M. Colarik, *Cyber Terrorism: Political and Economic Implications*, Idea Grup Publishing, 2006.
- Andrew B. Foltz, "Stuxnet, Schmitt Analysis, and the Cyber "Use of Force" Debate", *Joint Force Quarterly*, 1.67, 4th Quarter, 2012, s.40-48, http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/jfq/foltz_stuxnet_schmitt_oct2012.pdf, erişim tarihi 18.1.2013.
- Anthony C. Arend ve Robert J. Beck, *International Law and Use of Force*, New York, Routledge, 1995.
- Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar* (3. Baskı). Beta Yayınları, İstanbul, 1998.
- Ayhan Döner, "Kuvvet Kullanma Yasağı ve İnsani Müdahale Açısından II. Körfez Savaşı", *e-akademi-Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Sayı 17, Temmuz 2003, <http://e-akademi.org/incele.asp?konu='Kuvvet%20Kullanma%20Yasa%20ve%20DDnsani%20M%20FCdahale%20A%20E7%20FDs%20FDndan%20II.%20K%20F6rfez%20Krizi'&kimlik=-397695427&url=makaleler/adoner-1.htm>, erişim tarihi 13.1.2013.
- Berdal Aral, *Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkı*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999.
- Carsten Sthan, "Nicaragua is Dead-Long Live Nicaragua-the Right to Self Defence Under Article 51 of UN Charter and International Terrorism", *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty*, Berlin&Heidelberg, 2003, <http://edoc.mpil.de/conference-on-terrorism/index.cfm>, erişim tarihi 10.10.2011
- Christine Gray, *International Law and Use of Force*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- Clay Wilson, *Bootnets, Cybercrime, and Cyberterrorism: Vulnerabilities and Policy Issues for Congress*, 2007, <http://www.fas.org/sgp/crs/terror/RL32114.pdf>, erişim tarihi 13.1.2013.
- Daniel B. Silver, "Computer Network Attack as a Use of Force Under Article 2(4) of the United Nations Charter", *Computer Network Attack and International Law*, 1999, s.73-98.
- Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nation*, G.A. Res. 25/2625, U.N. Doc. A/RES/25/2625 (24.10.1970), <http://www.unhcr.org/refworld/topic/459d17822,459d17a82,3dda1f104,0.html>, erişim tarihi 13.1.2013.
- Duncan B. Hollis, "Why States Need an International Law for Information Operations", *Lewis & Clark Law Review*, V.11, 1997, s.1023-1061.
- Elisabeth Bumiller ve Thom Shanker, "Panetta Warns of Dire Threat of Cyberattack on U.S.", *The New York Times* (11 Ekim 2012), http://www.nytimes.com/2012/10/12/world/panetta-warns-of-dire-threat-of-cyberattack.html?pagewanted=all&_r=0, erişim tarihi 3.11.2012.
- EurActiv* (4.4.2008). NATO Agrees on Common Approach to Cyber Defence, <http://www.euractiv.com/en/infosociety/nato-agrees-common-approachcyber-defence/article-171377>, erişim tarihi 1.11.2010.

- Fatma Taşdemir, *Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi* (1. Baskı), Siyasal Basın Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.
- Funda Keskin, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler*, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları Tezler Dizisi:4, Ankara, 1998.
- Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1994, s. 209-218; Edip Çelik, *Milletlerarası Hukuk, Birinci Kitap*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- Jason Barkham, "Information Warfare and International Law on the Use of Force", *New York University Journal of International Law & Policy*, V.34, 2001, s. 57-113.
- Judith Gail Gardam, "Necessity and Proportionality in Jus Ad Bellum and Jus In Bello", *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University, Cambridge, s.275-292.
- Michael N. Schmitt, *Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework*, Research Publication 1 Information Series, 1999, <http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA471993>, erişim tarihi 10.11.2012.
- Manila Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes*, G.A. Res. 37/10, Annex, U.N. Doc. A/RES/37/10 (15.11.1982), <http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r010.htm>, erişim tarihi 13.1.2013.
- Matthew C. Waxman, "Cyber Attacks as "Force" Under UN Charter Article 2(4)", *International Law and the Changing Character of War*, V.87, 2011, s.43-57.
- Matthew J. Sklerov, "Solving the Dilemma of State Responses to Cyberattacks: A Justification for the Use of Active Defenses Against States Who Neglect their Duty to Prevent", *Military Law Review*, V.201, 2009, s.1-85, http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Military_Law_Review/pdf-files/201-fall-2009.pdf, erişim tarihi 15.1.2013.
- Oona A. Hathaway & Rebecca Crootof & Philip Levitz & Haley Nix & Aileen Nowlan & William Perdue & Julia Spiegel, "The Law of Cyber Attack", *California Law Review*, V.100, 1.8.2012, s.817-886.
- Richard J. Erickson, *Legitimate Use of Force Against State-Sponsored Terrorism*, Air University Press, Washington D.C., 1989.
- Richard Garnett ve Paul Clarke, "Cyberterrorism: A New Challenge for International Law", *Enforcing International Law Norms Against Terrorisim* (Editör: Bianchi, Andrea), 2004, s.465-487.
- Ronald Deibert, . "Tracking the Emerging Arms Race in Cyberspace", *Bulletin of the Atomic Scientists*, Ocak/Şubat 2011, s.1-8.
- Ryan Singel, "White House Cyber Czar: There is no Cyber War", *Wired* (3.4.2010), <http://www.wired.com/threatlevel/2010/03/schmidt-cyberwar/> erişim tarihi 10.11.2012;
- Sadi Çaycı, *Silahlı Kuvvetlerin Kullanılması*, Genelkurmay Basımevi, Ankara,1995.
- Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş (İkinci Cilt)*, Yeniden Gözden Geçirilmiş Dördüncü Bası, Ankara, 1975.

- Stanimir A. Alexandrov, *Self Defence Against the Use of Force in International Law*, Kluwer Law International, La Haye, 1996.
- Sertaç H. Başeren, *Uluslararası Hukukta Devletlerin Müinferiden Kuvvet Kullanmasının Sırları*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2003.
- The White House, *The National Strategy to Secure Cyberspace*, 2003, http://www.us-cert.gov/reading_room/cyberspace_strategy.pdf, erişim tarihi 12.1.2013.
- The White House (Mayıs 2011), *International Strategy for Cyberspace*, http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf, erişim tarihi 14.1.2013.
- Thomas Rid, "Cyber War will not Take Place in", *Strategic Studies*, V.35, I.1, 2012, s.5-32.
- Yoram Dinstein, "Computer Network Attack and Self-Defense", *Computer Network Attack and International Law*, V.76. *Naval War College International Law Studies*, Rhode Island, William S. Hein & Co., Inc., 2002, s.99.120, <https://www.usnwc.edu/getattachment/95012329-e379-4341-bd1d-a4764c84dd4c/Vol--76----Computer-Network-Attack-and-Internation.aspx>, erişim tarihi 13.1.2013.
- Yoram Dinstein, *War, Aggression And Self-Defence*, Grotius Publications Limited, Cambridge, 2001.

**VATANSIZLIĞIN AZALTIILMASINA DAİR
BM SÖZLEŞMESİ (1961) KARŞISINDA
TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNU
THE TURKISH CITIZENSHIP LAW TOWARDS
THE UN 1961 CONVENTION
ON THE REDUCTION OF STATELESSNESS**

Nimet ÖZBEK HADİMOĞLU*
Barış TEKSOY**

Özet: Bu çalışmada, Birleşmiş Milletler Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Sözleşme'ye Katılımımızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı karşısında, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun vatansızlığa yol açan hükümleri incelenmektedir. Türkiye'nin, bağıtlanmasının üzerinden 50 yılı aşkın bir süre geçtikten sonra da olsa, Sözleşme'yi onaylamak istemesi sevindirici bir gelişmedir. Fakat Sözleşme hükümleri ile TVK'nun bazı hükümleri çelişmektedir. Bu nedenle, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca Sözleşme hükümlerinin üstün tutulması gerekmektedir.

Anahtar Sözcükler: Birleşmiş Milletler Vatansızlığın Azaltılmasına İlişkin Sözleşme, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (TVK), Vatansızlık

Abstract: In this study, it is examined the articles of the Turkish Nationality Code, numbered 5901, which cause the statelessness, in the view of the Draft Law of the Approval of the United Nation Convention of Reduction of Statelessness. Turkey's intention to approve the Convention, despite the fact that it has passed more than 50 years after its conclusion, is a pleasing incident. However the articles of Convention and some articles of the Turkish Nationality Code are contradicting. For this reason, according to the article 90/5 of Turkish Constitution, the articles of the Convention must be surpassed.

Keywords: United Nation Convention of Reduction of Statelessness, Turkish Nationality Code numbered 5901, Statelessness

* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi
** Dr., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

“Birleşmiş Milletler Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Sözleşme”¹ (bu çalışmada Sözleşme olarak anılacaktır) 30.08.1961’de New York’ta bağtlanmış; 13 Aralık 1975’te yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme’yi henüz onaylamamıştır. 12.06.2009 tarihinde yeni bir Vatandaşlık Kanunu² (TVK) kabul edilmiştir. TVK’nun kabul edilmesini izleyen dönemde, bir kanun tasarısı hazırlanarak Sözleşme’nin onaylanması³ süreci başlatılmıştır.

Tasarının gerekçesinde, “söz konusu uluslararası belgeyle, vatansız kalma tehlikesi içinde bulunan kişilerin bir vatandaşlık edinmesi ve vatandaşlığı kaybetme yoluyla vatansız kalacak olanların vatandaşlığının korunması teşvik edilmektedir. Vatansızlıkla sonuçlanabilecek durumlarda, kişilerin vatandaşlıktan mahrum edilmemesi temel alınmaktadır. (...) 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu da vatandaşlık hukukunun esaslarından biri olan herkesin bir vatandaşlığının olması suretiyle vatansızlığın önlenmesi anlayışını taşımaktadır. Kanun, bu çerçevede Türk vatandaşlığını kaybettirme nedenlerini, önceki kanunlara kıyasla daha fazla sınırlandırmıştır. Bu kapsamda, Kanun’un ve 1961 tarihli Sözleşme’nin müşterek bir zemini paylaştığı görülmektedir. Vatandaşlık hukukuna ilişkin anılan uluslararası sözleşme, Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun ortaya koyduğu düzenlemelere uygun ve bu düzenlemeleri güçlendirecek bir muhteva taşımaktadır”, denilmektedir.⁴ Tasarı’dan anlaşıldığı kadarıyla, vatansızlığın önlenmesi

¹ Sözleşme’nin İngilizce metni için bkz. United Nations, Treaty Series, Vol.989, s.175. Sözleşme 30.05.2013 tarihi itibarıyla 51 devlet tarafından onaylanmıştır. Bu devletler için bkz. <http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtidsg_no=V-4&chapter=5&lang=en>, (30.05.2013).

² 29.5.2009 tarih ve 5901 SK, RG, 12.6.2009, 27256. Bu kanunla 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (11.2.1964 tarih ve 403 SK, RG, 22.2.1964, 11638) yürürlükten kaldırılmıştır.

³ Sözleşme’ye Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı için bkz. <www.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0397.pdf>, (29.5.2013). Tasarı’nın gerekçesi ve Dışişleri Komisyonu raporu için bkz. <www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss89.pdf>, (29.5.2013).

⁴ Dışişleri Komisyonu Raporu’nda, “Sözleşme’nin, vatansız kalma tehlikesi içinde bulunan kişilerin bir vatandaşlık edinmesinin ve vatandaşlığı kaybetme yoluyla vatansız kalacak olanların vatandaşlığının korunmasının teşvik edilmesini sağladığı, herkesin bir vatandaşlığı olması ve Türk vatandaşlığını kaybetme nedenlerini sınırlandırması esaslarına dayanması bakımından 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ile görüşülmekte olan Sözleşme’nin aynı zemini paylaştığı” ifade edilmiştir: 5.12.2011 tarih ve Esas No: 1/397, Karar No: 82 sayılı Dışişleri Komis-

amacı ve TVK'nda Türk vatandaşlığının irade dışı kayıp hallerinden biri olan kaybettirmeye ilişkin hükümler ile Sözleşme arasında mevcut paralellik, Sözleşme'yi onaylama nedenidir. Çalışmamız, TVK ile Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Sözleşme hükümlerinin uyumlu olup olmadığını inceleme amacındadır.

I. ULUSLARARASI HUKUKTA VATANSIZLIK

Vatandaşlık hukukunun direktif ilkelerinden⁵ birisi, “herkesin bir vatandaşlığı olmalıdır” şeklinde ifade edilen ilkedir. Bu ilkeye göre, vatandaşlığı bulunmayan kimse olmamalıdır. Ülke, vatandaşlık hakkını vurgulamakta ve vatansızlık hallerinin önüne geçilmesini amaçlamaktadır.⁶

Vatansızlık, doğum anında ya da sonradan ortaya çıkabilir.⁷ Doğum anında ortaya çıkan vatansızlık, devletlerin vatandaşlığın doğumla kazanılmasında kullandığı ölçütlerden kaynaklanabilir. Örneğin, ana babanın uyrukluğunu taşıdığı devletin hukukunun doğum yeri esasını (*jus soli*) kabul ettiği, çocuğun ise kan bağı esasını (*jus sanguinis*) kabul eden başka bir devlette doğduğu durumlarda çocuk vatansız olacaktır. Benzer şekilde, çocuğun vatansız ana babadan, sadece kan bağı esasını kabul eden bir devlet ülkesinde doğduğu durumlarda, çocuk yine vatansız olacaktır.

Vatansızlık, sonradan da ortaya çıkabilir. Hukuk düzenlerinin kişinin iradesi dışında vatandaşlıkla ilişkinin kesilmesine yönelik hü-

yonu Raporu için bkz, <www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss89.pdf>, (29.5.2013), s.17.

⁵ Vatandaşlık Hukukunun direktif ilkeleri hakkında bkz. Aybay, R.: Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2006, s.59 vd, (Vatandaşlık); Güngör, G.G: Tâbiyet Hukuku Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler, Ankara 2012, s. 20, (Tâbiyet); Erdem, B.: Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2010, s.12-15; Turhan, T./Tanrıbilir, F.B.: Vatandaşlık Hukuku Ders Notları, Ankara 2010, s.29-31; Doğan, V.: Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara 2012, s.41-44.

⁶ Aybay, (Vatandaşlık), s.60; Nomer, E.: Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2009, s.6; Güngör, (Tâbiyet), s. 20.

⁷ Weis'e göre, doğumla ortaya çıkan vatansızlık halleri “orijinal ya da mutlak vatansızlık”; doğumdan sonra vatandaşlığın terki, vatandaşlığın kaybı ve vatandaşlıktan yoksun bırakma hallerinde ortaya çıkan vatansızlık hali “nisbi vatansızlık” hali olarak nitelendirilebilir: Weis, P.: The United Nations Convention on the Reduction of Statelessness”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1962, Vol.11, Issue: 4, s.1074.

kümleri, çifte ya da çok uyrukluğa sahip olmayan kişiler bakımından vatansızlık sonucunu doğurabilir. Sonradan ortaya çıkan vatansızlık hallerinin bir nedeni de arazi terk ve ilhakıdır.⁸

Vatansızlık, gerek kişinin kendisi, gerekse kişinin bulunduğu ülke açısından çeşitli sakıncalar doğurur.⁹ “Uyrukluktan yoksun bir kişi, bulunduğu ülkede, toplumun ve devletin sağladığı olanaklardan yararlanacak, ama ne bulunduğu ülkenin devletine, ne de başka bir devlete karşı uyrukluğun yükümlülükleriyle bağlı olacaktır.”¹⁰ Vatansız kişiler, diplomatik himayesinden yararlanabilecekleri bir devletten yoksundur.¹¹ Ayrıca yasa çatışması (kanunlar ihtilâfı) hukukunda, kişinin millî hukukunun (ulusal yasasının) uygulandığı hallerde vatansızlık hukukî sorunlara sebebiyet verebilmektedir.¹² Öte yandan, vatansız kişi, bir ülkede ikamet etme, çalışma gibi konularda da diğer yabancılara oranla daha fazla güçlüklerle karşılaşabi-

⁸ Birleşmiş Milletler Milletlerarası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan ilke kararları arasında, terk eden devletin vatandaşı olan kişilerin, o devletin vatandaşlığını hangi yolla kazandığına bakılmaksızın terk eden ya da ilhak eden devletlerden en az birinin vatandaşlığına hakkı olduğu esası benimsenmiştir (m. 1). Ayrıca terk eden devletin vatandaşları geçici de olsa vatansız kalmamalıdır (m. 4). İlkelerde ayrıca vatansızlığı önlemek amacıyla seçme hakkının kullanılmasına izin verilmiştir (m. 5 ve m. 7). İlkeler için bkz. Resolution Adopted by General Assembly 30.1.2001, A/RES/55/153, <<http://www.unhcr.org/42bc068d2.pdf>> , (30.5.2013). İnceleme konumuz olan Sözleşme’de de, arazi terk ve ilhakı sonunda ortaya çıkan vatansızlık hallerine yönelik bir hüküm de mevcuttur (m. 10). Bu hükmün ilk fıkrasına göre, “Sözleşme’ye taraf devletler arasındaki toprak devri ile sonuçlanan antlaşmalar, hiç kimsenin bu devir nedeniyle vatansız kalmamasını sağlamak amacıyla gerekli hükümleri kapsmalıdır”. Bu hükümden, ayrıca, “kendisine toprak devredilen ya da başka yollarla toprak elde eden Sözleşme’ye taraf devletin, bu devir ya da elde etme sonucunda vatansız kalma durumunda olan kişilere vatandaşlık hakkı vereceği düzenlenmiştir” (m. 10/2).

⁹ Aybay, (Vatandaşlık), s. 61; Doğan, s.42.

¹⁰ Aybay, (Vatandaşlık), s. 61. Örneğin yalnızca vatandaşlara özgülenenmiş olan askerlik veya olağanüstü hal ilanında getirilen çalışma yükümlülükleri bakımından bu durumla karşılaşılabılır. Vatansız kişilerin bulunduğu ülkenin makamlarınca sınır dışı edilmesi de sorun yaratacaktır. Çünkü bu kişiler “vatandaş sınır dışı edilmez” kuralından yararlanamayacaklardır. Vatansızların sınır dışı edileceği ülkenin belirlenmesi de zordur. Uluslararası hukukta kabul edilen devletlerin “uyruğu ülkeye kabul yükümlülüğü”, bu kişiler bakımından uygulanamayacaktır. Zira hiçbir devlet vatansız kişiyi ülkesine kabul etmek zorunda değildir.

¹¹ Aybay, (Vatandaşlık), s. 62; Güngör, (Tâbiyet), s.22; Turhan/Tarılbilir, s. 29; Doğan, s.42.

¹² Vatansız kişiler hakkında ulusal yasaları bulunmadığı için “yerleşim yeri” , “muted mesken” veya dava tarihinde bulunulan yer gibi başka irtibat noktaları kabul edilmektedir. Örneğin MÖHUK m. 4/a. Bu konuda geniş bilgi için Nomer, s.38; Güngör, (Tâbiyet), s.22.

lir. Ayrıca, kimlik kartı, pasaport¹³ gibi belgeleri edinmesi zordur. Bu nedenlerle, Birleşmiş Milletler¹⁴ ve Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan çeşitli düzenlemelerle¹⁵ vatansızlık halleri azaltılmaya veya önlenmeye çalışılmaktadır.

II. VATANSIZLIK KONULU MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER BAĞLAMINDA VATANSIZLIĞIN AZALTILMASINA DAİR SÖZLEŞME

Çeşitli tarihlerde imzalanan sözleşmeler ile bir yandan vatansızlık azaltılmaya, diğer yandan vatansızların hukukî statüleri güçlendirilmeye çalışılmaktadır. Birleşmiş Milletler, vatansızlığı kaldırmak için iki yol izlemiştir. Birincisi, Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından ka-

¹³ Pasaport kural olarak kişinin uyrukluk bağıyla bağlı olduğu devlet tarafından vatandaşlarına verilmekle birlikte, Pasaport Kanunu'nda (15.7.1950 tarih ve 5682 SK, RG, 24.7.1950, 7564) yabancılara mahsus damgalı pasaportların Türk yetkili makamlarınca da verilebileceği düzenlenmiştir. Bu hükme göre "Tabiiyetsiz bulunan veya tabiiyet durumlarının muntazam bulunmaması hasebiyle ikamet ve seyahatleri bakımından fiilen tabiiyetsizlere tatbik edilen muamelelere tabi tutulmasında İçişleri Bakanlığınca zaruret görülen kimselere icabında mezkûr Bakanlığın alacağı kararla "yabancılara mahsus" damgasını taşıyan ve Türk vatandaşlığını iktisap bakımından her hangi bir manayı veya hamili lehine her hangi bir hak iktisabını tazammun etmeyen bir pasaport verilir" (m. 18). Pasaport Kanunu'nun bu hükmü Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (4.4.2013 tarih ve 6458 SK, RG, 11.4.2013, 28615) ile yürürlükten kaldırılacak hükümler arasında değildir. Anılan Kanun'da vatansızlar, vatansız kişi kimlik belgesi almakla yükümlü kılınmıştır (m. 50). Bu hüküm, Kanun'un yayımı tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe girecek olan hükümler arasında yer almaktadır.

¹⁴ Birleşmiş Milletler bünyesinde vatansızlığa ilişkin çeşitli sözleşmeler bulunmaktadır. Bu konuda bkz. Başlık (II).

¹⁵ Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanmış olan Devlet Halefiyeti Halinde Vatansızlığın Önlenmesi Sözleşmesi'nde [Council of Europe Convention on the Avoidance of Statelessness in Relation to State Succession, Strasbourg 2006, Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz. <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/200.htm>>, (30.5.2013)] terk ve ilhak sonucu vatansız kalacak kişilere ilişkin hükümler bulunmaktadır (m. 5/1-a, m. 5/1-b, m.6 ve m. 9). Hükümlerin Türkçe çevirisi için Güngör, (Tabiiyet), s. 36-37, dn.153. Avrupa Konseyi Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde her taraf devletin uyrukluğa ilişkin kuralları arasında "vatansızlıktan kaçınılmalıdır" ilkesi yer almaktadır (m. 4/1-b). Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz. <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/166.htm>>, (30.5. 2013); Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. Aybay, (Vatandaşlık), s. 449-461. Sözleşme hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Güngör, G.: "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi", MHB, Yılmaz Altuğ'a Armağan Özel Sayısı, İstanbul 1997-1998, Y. 17-18, S. 1-2, s. 229-250, (AVS); Tanrıbilir, F. B.: "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku", MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, İstanbul 2002, Y. 22, S. 2, s.791-818.

bul edilen tavsiyelerle hükümetlere öğütler vermek; ikincisi ise, vatansızlığı ortadan kaldırmak veya azaltmak için çok taraflı antlaşmalar yapmaktır.¹⁶

Birleşmiş Milletler Vatansızların Hukukî Durumu Hakkında Sözleşme (1954)¹⁷ de bu uluslararası antlaşmalardan biridir. Anılan sözleşme, vatansızlık hallerini ortadan kaldırmaya yönelik herhangi bir hüküm içermeden, vatansızlara tanınacak hakları düzenlemiştir.¹⁸

Birleşmiş Milletler bünyesinde hazırlanan Bazı Vatansızlık Halleri Hakkında Protokol (1930)¹⁹ (m. 1) ile Vatansızlık Hallerinin Sayısının Azaltılmasına Dair Sözleşme (1973)²⁰ (m. 1-3), doğumla meydana gelen vatansızlığı önlemeye yönelik hükümler içermektedir.²¹

Çalışma konumuz olan Sözleşme’de ise, doğumla ortaya çıkan vatansızlığın önlenmesine yönelik hükümler bulunduğu gibi, sonradan ortaya çıkan vatansızlık hallerine yönelik hükümler de bulunmaktadır.²² Sözleşme, vatansızlık durumlarının ortaya çıkmasını önleyen bir mekanizma kurarak vatandaşlık hakkını korumayı amaçlamakta olup, bu sözleşme ile taraf devletler, vatandaşlığın kaybı sonucu doğuracak vatandaşlıkla ilişki kesilme biçimlerini önlemeye teşvik edilmiştir.²³

¹⁶ Altuğ, Y.: “Vatansızlar Hakkında İki Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1963, C.29, S.1-2, s.204.

¹⁷ Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. United Nations, Treaty Series, Vol.360, s.117. Türkiye, sözleşmeyi henüz onaylamamış olmakla birlikte, 2011 yılında, Sözleşme’nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna İlişkin Kanun Tasarısı hazırlamıştır. Tasarı için bkz. <<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0410.pdf>>, (30.5.2013).

¹⁸ Sözleşmede düzenlenen haklar hakkında bkz. Altuğ, s. 207-208; Batchelor, C.A.: “Stateless Persons: Some Gaps in International Protection”, *International Journal of Refugee*, 1995, Vol.7, No.2, s. 245-249, (Stateless Persons).

¹⁹ Protokol’ün İngilizce metni için bkz. Protocol Relating to a Certain Case of Statelessness, League of Nations, Treaty Series, Vol.179, p.115.<<http://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=511&lang=en>> (30.5.2013). Protokol’ün ilk maddesine göre, vatandaşlığının kazanılmasını yalnızca kendi ülkesinde doğum esası ile sınırlandırmamış bir devletin ülkesinde, o devletin vatandaşı olan bir anneden ve vatansız ya da vatandaşlığı tespit edilemeyen bir babadan doğan çocuk, belirtilen devletin vatandaşlığına sahip olacaktır.

²⁰ 13.9.1973’te Bern’de imzalanan sözleşmeyi, Türkiye, 17.4.1975 tarih ve 1883 SK ile uygun bulmuştur. Bkz. RG, 4.5.1975, 15226.

²¹ Sözleşmenin ilk maddesine göre, “Âkit Devletlerden birinin vatandaşı olan bir kadının çocuğu, vatansız kalması halinde, doğumla anasının vatandaşlığını kazanır” (m.1/ilk cümle).

²² Sözleşme’nin başlangıçta, fiili vatansızları da kapsamına alması düşünülmüşse de, daha sonra, vatansız tanımını bu kadar genişletmenin uygun olmayacağına karar verilmiştir: Batchelor, (Stateless Persons), s.252.

²³ Batchelor, C. A.: “Transforming International Legal Principles Into National Law:

III. SÖZLEŞME İLE TVK HÜKÜMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

A) DOĞUMLA ORTAYA ÇIKAN VATANSIZLIK HALLERİ BAKIMINDAN

Sözleşme, doğum yoluyla kişinin vatansız kalmasını önlemeye yönelik bir hüküm içermektedir. Sözleşme'ye göre,

“Sözleşme'ye taraf bir devlet, kendi ülkesinde doğmuş olan ve aksi takdirde vatansız duruma düşecek bir kişiye vatandaşlık hakkı tanıyacaktır. Bu vatandaşlık hakkı aşağıdaki biçimlerde tanınır:

- a) Kanunî olarak doğumla ya da
- b) ilgili kişi tarafından ya da adına, ulusal hukukta belirtildiği biçimde, gerekli mercilere yapılan başvuru üzerine. Bu maddenin ikinci fıkrasındaki hükümler dışında böyle bir başvuru reddedilemez.” (m. 1/1).

Bu fıkranın (b) bendindeki koşullara uygun olarak vatandaşlık hakkını tanıyan Sözleşme'ye taraf bir devlet, vatandaşlık hakkını, ulusal hukuku tarafından belirlenen belli bir yaş sınırı ve diğer şartlara bağlı olarak da tanıyabilir”.

Sözleşme'de böylelikle doğumla vatansız olan ve Sözleşme'ye taraf devletin vatandaşlığını kazanamayan kişiye, belli bir yaşa erişmek ve belli bir süre ikamet etmek şartıyla o devletin vatandaşlığını kazanma olanağı getirilmektedir (m.1/2 ve m.1/5).

Sözleşme'nin birinci maddesinin 4. fıkrasında, Sözleşme'ye taraf devletlerden her birine, vatandaşlığını vermediği takdirde vatansız olacak ve ülkesinde doğduğu bu taraf devletin vatandaşlığını, müracaat yaşını geçirdiği veya ikamet şartlarını yerine getirmediği için elde edemeyen kişiye, doğduğu zaman ana veya babasından birisi vatandaşı ise, kendi vatandaşlığını verme mecburiyeti yüklenmektedir.²⁴ Fakat Türk hukukunda böyle bir sonucun doğması TVK m. 7 ile engellenmiştir.

²⁴ The Right to A Nationality and the Avoidance of Statelessness”, *Refugee Survey Quarterly*, 2006, Vol. 25, Issue 3, s.11, (Avoidance).
Altuğ, s.214.

TVK'na göre "Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk Türk vatandaşıdır" (m. 7/1). Çocuk Türkiye dışında doğmuş olsa dahi çocuğun Türk vatandaşlığını kazanması için belli bir yaşa gelmesi veya Türkiye'de ikamet etmesi şartı aranmaz. Ayrıca TVK'na göre, "Türk vatandaşı ana ve yabancı babadan evlilik birliği dışında doğan çocuk Türk vatandaşıdır" (m. 7/2). Çocuğun Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğması halinde ise "soy bağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde" çocuk Türk vatandaşlığını kazanır (m. 7/3). Çocuğun Türk vatandaşı babadan ve yabancı anadan Türkiye dışında doğması halinde dahi Türk vatandaşlığını kazanması sağlayan olgu, baba ile çocuk arasında soy bağını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi olup, çocuk vatansız kalmamaktadır.

Sözleşme'nin 4. maddesinde, "Sözleşme'ye taraf devlet, kendi ülkesinde doğmamış ve kendi vatandaşlığını vermezse vatansız duruma düşecek bir kişiye, doğumu sırasında ebeveynlerinden birisinin kendi vatandaşlığına sahip olması halinde, vatandaşlık hakkı tanır", denilmektedir. Sözleşme'nin bu hükmünde düzenlenen durumun Türk hukukunda meydana gelmesine, yine TVK'nun yukarıda açıklanan 7. maddesi engel olmaktadır.

Sözleşme'de, toprak esası 2. maddede özel olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "Sözleşme'ye taraf devletlerin birinin ülkesinde bulunan terk edilmiş bir çocuk, aksi ispat edilemedikçe, o Devlet ülkesinde ve o devlet vatandaşlığını haiz ana ve babadan doğmuş kabul edilir". Sözleşme'nin bu hükmü ile TVK m. 8 birbiriyle örtüşmektedir. TVK'nda da toprak esasına bağlı olarak Türk vatandaşlığının kazanılması hükme bağlanmıştır. TVK'na göre, Türkiye'de doğan ve yabancı ana ve babasından dolayı doğumla herhangi bir ülkenin vatandaşlığını kazanamayan çocuk, doğumdan itibaren Türk vatandaşıdır. Türkiye'de bulunmuş çocuk aksi sabit olmadıkça Türkiye'de doğmuş sayılır (m. 8). TVK'nun bu hükmünün temel amacı vatansızlığın önlenmesidir.²⁵

Sonuç olarak, Sözleşme'nin doğumla vatansızlığın önlenmesine yönelik hükümleri ile TVK'nun hükümlerinin birbirine karşıtlık içinde olmadığı söylenebilir.

²⁵ Nomer, s.61; Aybay, (Vatandaşlık), s.109; Doğan, s.64; Erdem, s.85.

B) VATANDAŞLIKLAR İLİŞKİNİN KESİLMESİ SONUCUNDA ORTAYA ÇIKAN VATANSIZLIK HALLERİ BAKIMINDAN

1. TVK'nda Öngörülen Vatandaşlıkla İlişkinin Kesilmesi Biçimleri ve Bunun Sonucu Ortaya Çıkan Vatansızlık Halleri

TVK'nda Türk vatandaşlığıyla ilişkinin kesilmesinin yetkili makam kararıyla ya da seçme hakkını kullanma yoluyla (m. 34-35) gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir (m. 23). Yetkili makam kararıyla kayıp, "çıkma" (m. 25-28), "kaybettirme" (m. 29-30) ve "vatandaşlığa alınmanın iptali" (m. 31-33) olmak üzere üçe ayrılmıştır (m. 24).

TVK uyarınca kişinin vatansız kalması sonucunu doğurabilecek Türk vatandaşlığıyla ilişkinin kesilmesi halleri, "kaybettirme", "iptal" ve "Türk vatandaşlığının kazanılmasına sebep olan evliliğin bütanına karar verilmesi" olarak düşünülebilir. Vatandaşlıkla ilişkinin kesilmesi sonucunu doğuran diğer hallerde kişi vatansız kalmamaktadır. Türk vatandaşlığından çıkmak isteyen Türk vatandaşının mutlaka yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olması ya da kazanaçağına ilişkin inandırıcı deliller bulunması gerekir (m. 25/1-b). Aynı şekilde, seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından çıkan kişiler, bu hakkı kullanmaları halinde, yabancı bir devlet vatandaşlığına sahip oldukları gibi, hakkın kullanılmasının vatansızlık sonucunun ortaya çıkmaması şartına bağlandığı, Kanun'da özel olarak düzenlenmiştir. (m. 34)²⁶

²⁶ TVK m. 34'e göre, "a) Ana ya da babadan dolayı soy bağı nedeniyle doğumla Türk vatandaşı olanlardan yabancı ana veya babanın vatandaşlığını doğumla veya sonradan kazananlar. b) Ana ya da babadan dolayı soy bağı nedeniyle Türk vatandaşı olanlardan doğum yeri esasına göre yabancı bir devlet vatandaşlığını kazananlar, c) Evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığını kazananlar, ç) Doğum yeri esasına göre Türk vatandaşı oldukları halde, sonradan yabancı ana veya babasının vatandaşlığını kazananlar, d) Herhangi bir şekilde Türk vatandaşlığını kazanmış ana veya babaya bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazananlar ergin olmalarından itibaren üç yıl içinde Türk vatandaşlığından ayrılabilirler.

(2) Yukarıdaki hükümler gereğince vatandaşlığın kaybı ilgiliyi vatansız kılacak ise seçme hakkı kullanılamaz".

Seçme hakkını kullanacak bu kişi gruplarının çoğu, görüleceği üzere, zaten çok uyrukludur. Bu nedenle vatansızlık durumu ortaya çıkmaz. Buna rağmen doğabilecek vatansızlık, ikinci fıkraya ile engellenmiştir. Seçme hakkını kullanmak yoluyla Türk vatandaşlığından ayrılma hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Dardağan Kibar, E.: "Türk Vatandaşlık Hukukunda "Seçme Hakkı"nın Gelişimi", Prof. Dr. İlhan Unat'a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, Ankara 2012, s. 255-290.

Vatandaşlık hukukumuzda teknik anlamda “çıkma” olarak düşünebileceğimiz, genel anlamda ise “vatandaşlığın terki” şeklinde tanımlanabilecek durum nedeniyle ortaya çıkan vatansızlık, Sözleşme’nin 7. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, “bir sözleşmeci devletin hukukunun vatandaşlık hakkından feragata izin vermesi durumunda, bu feragat, başka bir vatandaşlığa sahip olunana ya da elde edilene kadar, vatandaşlık hakkının sona ermesi ile sonuçlanamaz”. Sözleşme’nin bu hükmünde, ayrıca, “yabancı bir ülke uyrukluğuna geçmeye çalışan bir sözleşmeci devletin vatandaşının vatandaşlık hakkı, ilgilinin yabancı bir ülkenin vatandaşlığını elde etmemesi ya da edeceğini güvence altına almaması halinde sona erdirilemez” (m. 7/2) denilmektedir. Bu hüküm, TVK’nun çıkmaya ilişkin hükmü ile uyumludur. Çünkü Kanun’da da Türk vatandaşlığından çıkma için öngörülen şartlar arasında “yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olmak veya kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler bulunmak” (m. 25/1-b) aranmaktadır.

Sözleşme’nin 8. maddesinde “bir sözleşmeci devlet, hiç kimseyi vatansız duruma düşürecek şekilde vatandaşlıktan çıkaramaz” denilmektedir. Hükümün mutlak olarak uygulanması sonucunda, Sözleşmeci devletler, vatandaşlarına vatansız kalma sonucunu doğuracak herhangi bir yoksun bırakma halini uygulayamaz duruma gelmektedirler. Sözleşme’nin bu hükmü karşısında, TVK’nun “kaybettirme” (m. 29), vatandaşlığa alınmanın iptali” (m. 31) ve “ilgiliye Türk vatandaşlığı kazandıran evliliğin butlanı” (m. 16/3) sonucu doğabilecek vatansızlık hükümlerinin değerlendirilmesi gereklidir.

TVK m. 29 uyarınca hakkında kaybettirme kararı verilen kişilerin vatansız kalmaları mümkündür. Çünkü Kanun’un bu hükmünde “ilgilinin vatansız kalmaması şartıyla” şeklinde bir ibareye yer verilmiştir. Bununla birlikte, TVK’nda kaybettirme kararı, hakkında karar alınan kişiye ilişkin sonuçlar doğurur; bu nedenle kişisel etkilidir. Bu husus, TVK’nda, “kaybettirme kararları şahsîdir, ilgilinin eş ve çocuklarına tesir etmez” (m. 30/2) denilmek suretiyle düzenlenmiştir.

TVK’nda, “Türk vatandaşlığının iptali” başlığını taşıyan hükümde, “Türk vatandaşlığını kazanma kararı; ilgilinin yalan beyanı veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden önemli hususları gizlemesi sonucunda vuku bulmuş ise kararı veren makam tarafından iptal edi-

lır” denilmektedir (m. 31). İptal kararının ilgilinin yakınlarını da etkileyebileceği düzenlenmiştir. TVK’na göre, “iptal kararı ilgili kişiye bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanan eş ve çocuklar hakkında da uygulanır” (m. 31/2.cümle). TVK’nun bu hükmünde iptal kararından etkilenecek kişilerin vatansız kalmamalarına yönelik bir istisnaya yer verilmemiştir. Sözleşme’nin 6. maddesinde yoksun bırakma hallerinin ilgilinin yakınlarına etkisi konusunda şöyle bir hüküm sevk edilmiştir: “Bir sözleşmeci devletin hukuku, bir kişinin vatandaşlık hakkının sona ermesi ya da elinden alınması durumunda, kişinin eşi ya da çocuklarının vatandaşlıklarının sona erdirilmesini içeriyorsa, bu sona erdirilme başka bir vatandaşlığa sahip olunması ya da başka bir vatandaşlığın elde edilmesi şartına bağlı olur”. TVK’nun 31. maddesinin 2. cümlesi Sözleşme’nin bu hükmü ile uyumlu değildir.

Sözleşme’nin 5. maddesinde kişisel hallerdeki değişikliğe ilişkin bir hüküm sevk edilmiştir. Bu hükmü göre, “bir sözleşmeci devletin hukuku, evlilik, evliliğin sona ermesi, soy bağının düzeltilmesi, tanıma ya da evlât edinme gibi kişisel durumlardaki değişmelerden dolayı, bir kişinin vatandaşlığının sona erdirilmesini içeriyorsa, böyle bir sona erdirilme, başka bir vatandaşlığa sahip olunması ya da kazanılması şartına bağlı tutulmalıdır.”²⁷

TVK’nda evlenmenin butlanı sonucu kişinin vatansız kalması ilgilinin evlilik akdinde iyi niyetli olmaması halinde mümkündür. TVK’na göre, “evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan yabancılar evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde evlenmede iyi niyetli iseler

²⁷ TVK’nda, tanıma ve evlât edinme bakımından bir vatansızlık durumunun doğması olası değildir. TVK’na göre, tanıma yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması Türk vatandaşı baba ve yabancı anneden doğan çocuk bakımından söz konusu olur. TVK’na göre, “Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuk ise soy bağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır” (m. 7/3). Bu hükmünde yer alan “usul ve esaslar” kavramı kapsamında tanıma, babalık davası ve yönetsel kararlar Türk vatandaşlığının kazanılması yer almaktadır. Tanıma işlemine bağlı Türk vatandaşlığıyla ilişkinin kesilmesine yönelik bir hüküm TVK’nda öngörülmemiştir. TVK’nda, evlât edinme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması düzenlenmiş fakat evlât edinmeye bağlı bir vatandaşlıkla ilişkinin kesilme biçimi düzenlenmiş değildir. TVK’nda evlât edinme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin hüküm şu şekildedir: “Bir Türk vatandaşı tarafından evlât edinilen ergin olmayan kişi, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla, karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanabilir” (m. 17).

Türk vatandaşlığını muhafaza ederler” (m. 16/3). Türk vatandaşı ile evlenen kişiler, evlenmeden önce herhangi bir uyrukluğa sahip değilse ve Türk vatandaşı ile yaptığı evliliğin butlanına karar verilmişse, söz konusu kişi vatansız kalabilir. Bu hükmün uygulanmasında “kişi vatansız kalmadıkça” şeklinde bir istisnaya yer verilmemiştir. Bu haliyle Sözleşme’nin 5. maddesi ile TVK m. 16/3 birbiriyle uyumlu değildir.

2. Sözleşme’de Öngörülen Vatandaşlıkla İlişkinin Kesilme Biçimleri

Sözleşme, vatandaşlıkla ilişkinin kesilme nedenleri konusunda, Sözleşme’ye taraf devletlerin kullanabileceği ölçütler ve bunun sonunda ortaya çıkan vatansızlığın azaltılmasına ilişkin hükümler sevk etmiştir. Sözleşme’ye göre “Sözleşme’ye taraf hiçbir devlet, hiç kimseyi veya hiçbir kişi grubunu ırkî, etnik, dinî ya da siyasi sebeplerle vatandaşlığından mahrum edemez” (m. 9). Bu hükümde, sayılan sebeplerle bireysel veya toplu şekilde vatandaşlıkla ilişkinin kesilmesi yasaklanmıştır. Sözleşme’nin bu hükmü, TVK’nun Türk vatandaşlığıyla ilişkinin kişinin iradesi dışında gerçekleşmesi halinde kullandığı ölçütlerle (TVK m. 29 ve m. 31) uyumludur. TVK’nda belli bir etnik köken, dinî inanış ya da siyasi sebeplerle Türk vatandaşlığından mahrum etmeye yönelik bir hüküm bulunmamaktadır.

a) Sözleşme’de Vatandaşlıkla İlişkinin Kesilmesinde Genel Kural: Kişinin Vatansız Kalmaması

Sözleşme’nin 8. maddesinin ilk fıkrası, bir sözleşmeci devletin bir kimseyi vatansız duruma düşürecek biçimde vatandaşlıktan çıkaramayacağı hükmünü içermektedir. Sözleşme’nin 7. maddesinin 6. fıkrasında ise, “bu maddede belirtilen durumlar dışında, bu Sözleşme’nin hükümleri ile açık olarak yasaklanmasa bile, hiç kimse bir Sözleşmeci devletin vatandaşlığından, vatansız durumda kalma ile sonuçlanacak biçimde çıkarılamaz”, denilmektedir. Sözleşme’nin bu hükümleriyle vatansızlık sonucu doğuracak vatandaşlıkla ilişki kesilme biçimleri yasaklanmıştır.²⁸

²⁸ Weis, s.1084; Goodwin-Gill, G.S.: “Convention on the Reduction of Statelessness, Introductory Note”, <http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/crs/crs_e.pdf> ,(30.5.2013), s.5; Altuğ, s.215.

b) Genel Kuralın İstisnaları ve Çekince Konulabilecek Hükümler

Sözleşme'nin 8. maddesinin diğer fıkralarında, ilk fıkrada öngörülen genel kuralın istisnaları ve taraf devletlerce konulabilecek çekinceler düzenlenmiştir²⁹. Bu hükümlerde Sözleşme'ye taraf devletlerin uyuşuklarıyla ilişkilerini keserken kullanabileceği ölçütler sıralanmıştır. Sözleşme'ye taraf devletlere, kanun gereği ya da ulusal hukuklarına uygun şekilde, Sözleşme'nin bu hükmünde düzenlenen bazı hususlarda çekince koyma olanağı tanınmıştır³⁰. Bunun dışında, Sözleşme'nin 8. maddesi tümüyle çekince konulabilecek hükümler arasında yer almamaktadır. Sözleşme'nin tümüyle çekince konulabilecek hükümleri 17. maddede düzenlenmiştir. Hükme göre, "imza, onay ve katılma süresince herhangi bir devlet 11, 14 ya da 15. maddeler çerçevesinde çekince koyabilir."³¹ Sözleşme'nin 8. maddesinin 3. fıkrasında ise, taraf devletlerin kullanabilecekleri özel çekince nedenleri tayin edilmiştir. Vatansız bırakma ile ilgili olarak, Sözleşme'ye başka hiçbir çekince konulamaz.³²

²⁹ Sözleşme'ye Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun Tasarısı'nda (bkz. dn. 3) 8. madde metni hatalı olarak çevrilmiştir. Tasarı'da kullanılan Türkçe ifade, orijinal ifadenin tam tersi bir anlam yaratmaktadır. Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının orijinal metnindeki, "*notwithstanding the provisions of paragraph 1 of this article*" ifadesi, resmî çeviride "bu maddenin birinci fıkrasındaki hükümleri ihlâl etmeyecek şekilde" olarak çevrilmiştir. Buna karşılık, orijinal metinde kullanılan ifade, bunun tam tersine, 8. maddenin 1. fıkrasındaki hükme rağmen uygulanabilecek istisna ve çekinceleri kastetmektedir.

³⁰ Weis, s.1084.

³¹ Sözleşme'nin 11. maddesine göre, "Sözleşmeci devletler altıncı onay ya da kabul belgesinin tesliminden hemen sonra, bu Sözleşme'nin yararlarını talep eden kişilerin taleplerini inceleyecek ve uygun mercilere başvurmalarını sağlamakta yardımcı olacak bir organın Birleşmiş Milletler çerçevesi içinde kurulmasına çalışacaklardır". Sözleşme'nin 14. maddesi hükmünde, Sözleşme'nin uygulanması ya da yorumlanmasıyla ilgili anlaşmazlıklarda Uluslararası Adalet Divanının yetkisi düzenlenmiştir. Hükme göre, "Diğer yollarla çözümlenemedikleri takdirde, bu Sözleşme'nin yorumlanması ya da uygulanmasıyla ilgili herhangi bir anlaşmazlık, anlaşmazlığın taraflarından herhangi birinin başvuru üzerine Uluslararası Adalet Divanı'na iletilmelidir". Sözleşme'nin 15. maddesi, Sözleşme'nin taraf devletlerde uygulama alanını düzenlemektedir. Bu hükme göre, "Bu sözleşme, herhangi bir sözleşmeci devletin uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğu bütün özerk olmayan, vesayet altındaki, sömürge ve diğer anakara dışı ülkelerinde de geçerlidir (m. 15/1). Bu hükmün diğer fıkralarında sözleşmeci devletlerin bu hükme nasıl ve hangi usul uyarınca çekince konulabileceğini düzenlemektedir.

³² Sözleşme'nin, vatandaşlığı yitirmenin ilgilinin yakınlarına etkilerini düzenleyen 6. maddesine çekince konulabilmesi mümkün değildir. Oysa, TVK m. 31/2'de, vatandaşlığa alınma kararının iptalinin ilgilinin yakınlarına etki doğurabileceği

Sözleşme'nin 8. maddesinin öngördüğü istisnalar ve konulabilecek çekinceler şu şekilde düzenlenmiştir:

**(i) Sözleşme'nin 7. maddesinin
4 ve 5. fıkralarıyla getirilen hükümler (m. 8/2-a)**

Sözleşme'nin 8. maddesi, Sözleşme'nin 7. maddesinde zikredilen bazı durumlarda, uyruklukla ilişkinin kesilmesinin, vatansızlık sonucu doğursa bile düzenlenebileceği hükmünü içermektedir (m. 8/2-a). Sözleşmeci devletler, 7. maddenin 4 ve 5. fıkraları uyarınca vatandaşlıkla ilişkiyi ilgili vatansız kalsa bile kesebilir. Sözleşme'nin 7. maddesinin 4. fıkrasına göre, “yabancı bir devletin uyrukluğuna geçen kişinin vatandaşlık hakkı, gerekli mercilere bu hakkını saklı tutmak istediğini belirtmediği takdirde, ardı ardına yedi yıldan az olmamak üzere, Sözleşmeci devletin hukukunda belirtilen süre boyunca yurt dışında ikamet etmesi halinde sona erdirilebilir”. Buna göre, sözleşmeci devletler, uyruklarının yabancı devlet vatandaşlığını kazanmasını vatandaşlıkla ilişki kesilme nedeni olarak kabul edebilirler. Ancak, yabancı devlet vatandaşlığını kazanan sözleşmeci devlet vatandaşı, sahip olduğu vatandaşlığını korumak istememişse, bu vatandaşlığı otomatik olarak sona erdirilmeyecek; ilgilinin en az yedi yıl boyunca yurt dışında ikamet etmesi gerekecektir. Bu hüküm, 5901 sayılı TVK ile yürürlükten kaldırılan 403 sayılı TVK'nda yer alan, kişinin uyrukluk bağıyla bağlı olduğu devletle ilgi ve bağlılığını sürdürmesine yönelik hükme benzetilebilir. Mülga 403 sayılı Vatandaşlık Kanunu'na³³ göre, herhangi bir yolla yabancı devlet vatandaşlığını kazanmış olup, kesintisiz olarak en az yedi yıl Türkiye dışında oturan ve Türkiye ile ilgisi ve bağlılığını kesmediğine delalet edecek resmî temas ve işlemlerde bulunmayanlar hakkında kaybettirme kararı verilebilir (m. 25/h). Fakat bu kaybettirme sebebi yürürlükteki TVK'nda yer almamaktadır.

kabul edilmiş; ilgilinin yakınlarının vatansız kalmaması şeklinde bir şarta yer verilmemiştir. TVK m. 31/2 ile Sözleşme'nin 6. maddesi arasındaki bu karşıtlığın, çekince koyma yoluyla giderilmesi söz konusu olamaz. Aynı şekilde, ilgiliye vatandaşlık kazandıran evlenmenin butlanı halinde, kişinin evliliğe bağlı olarak kazandığı vatandaşlığı yitirebileceğine ilişkin bir hüküm de Sözleşme'de yer almamaktadır. Oysa TVK m. 16/3 uyarınca kişi vatansız kalabilir.

³³ Bkz. dn. 2.

Sözleşme'nin 7. maddesinin 5. fıkrasına göre ise, "Sözleşmeci devlet vatandaşının yurt dışında doğması halinde, bu devlet hukuku, kişinin vatandaşlık hakkını reşit olmasından sonraki bir yıllık sürenin bitiminde saklı tutmasını, o anda kendi sınırları içinde ikamet etmesi veya ilgili mercilere kaydolması şartına bağlı tutabilir". Bu hükme benzer bir düzenleme TVK'nda yer almamaktadır.

Sonuç olarak, Türk hukukunda, Sözleşme'nin 7. maddesinin 4 ve 5. fıkralarında yer alan vatandaşlıkla ilişki kesilme biçimleri ile örtüşen bir düzenleme bulunmadığından, Sözleşme'nin anılan hükümlerinin kullanılmasına bağlı bir vatansızlık durumu doğması da mümkün değildir. Bu itibarla, Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde öngörülen istisnanın TVK açısından işlevi bulunmamaktadır.

(ii) Sözleşme'nin 8. maddesinin

2. Fıkrasının (b) Bendinde Öngörülen Haller

Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrası (b) bendine göre, Sözleşmeci bir devlet, Sözleşme'nin 8. maddesinin ilk fıkrası hükmüne rağmen, vatandaşlığa alınma işleminin yalan beyan ya da hile ile gerçekleşmesi durumunda, vatansızlık sonucu doğsa dahi kişiyi vatandaşlıktan mahrum edebilir (m. 8/2-b). TVK açısından, bu istisna hükmünün işlerliği vardır. Zira TVK m. 31'de düzenlenen vatandaşlığa alınmanın iptali sonucunda, kişi vatansız kalabilir. Ancak Sözleşme'nin 8. maddesinin getirdiği bu istisna, iptal kararının ilgilinin yakınları üzerinde etkiler doğurabileceğini öngören TVK m.31/2 ile Sözleşme arasındaki uyumsuzluğu gidermek için yeterli değildir. İstisna hükmü yalnız ilgili kişinin vatansız kaldığı durumlar için geçerlidir, ilgilinin yakınlarının vatansız kaldığı durumları kapsamaz. Sözleşme'nin, vatandaşlığı yitirmenin ilgilinin yakınlarına etkilerini düzenleyen 6. maddesine çekince konulabilmesi de mümkün olmadığından, Türk hukuku ile Sözleşme arasındaki uyumsuzluk baki kalacaktır³⁴.

(iii) Sözleşme'nin 8. maddesinin 3. Fıkrasında Öngörülen Haller

Sözleşme'nin 8. maddesinin 3. fıkrasında şu şekilde bir hüküm sevk edilmiştir:

³⁴ Bkz. dn. 31

“Bu maddenin birinci fıkrasındaki belirtilen hükümlere rağmen, bir sözleşmeci devlet, imza, onay ya da kabul aşamasında bu hakkın uygulanmasına, bu aşamayla aynı zamanda ulusal hukukunda da var olan aşağıdaki konularda çekince koyarsa, bir kişinin vatandaşlıktan çıkarılma hakkını saklı tutabilir.

- a) Sözleşmeci devlete sadakat yükümlülüğünü bozacak biçimde, kişi
 - (i) Sözleşmeci devletin açıkça belirtilen bir yasağına karşı gelerek bir diğer devlete hizmet vermiş veya hizmet vermeye devam ediyorsa veya bir başka devlette parasal çıkar sağlamış ya da sağlamaya devam ediyorsa ya da
 - (ii) Devletin yaşamsal önemdeki çıkarlarına ciddî olarak zarar verici biçimde hareket ediyorsa³⁵
- b) Kişi başka bir devlete bir bağlılık yemini etmişse ya da resmî bir beyanda bulunmuşsa ya da Sözleşmeci devlete bağlılığını yadsıdığı kanıtlarla saptanırsa.”³⁶

Sözleşme'nin bu hükmü uyarınca, Sözleşme'ye taraf bir devlet, çekince koymak suretiyle, yukarıda belirtilen nedenleri, vatansızlık sonucu yaratsa bile, vatandaşlıkla ilişki kesilme sebebi olarak düzenleyebilecektir.

Sözleşme'nin 8. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendinin (i) alt bendinde tanınan olanak kullanılarak, TVK m. 29/1 (a)'da³⁷ ve (c)'de³⁸

³⁵ 5901 sayılı TVK ile yürürlükten kaldırılan 403 sayılı TVK'nda, vatandaşlıkla ilişkinin kesilmesinin “çıkarma” yoluyla gerçekleştirilebileceğine ilişkin düzenleme, Sözleşme'nin bu hükmü kapsamında değerlendirilebilirdi. “Vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylem” başlığı altında düzenlenen bu hükümde, devletin yaşamsal olarak çıkarlarına zarar verici eylem ifadesi kullanılmasa da, bazı fiiller bu kapsamda sıralanmıştı. Çıkarma kurumu, 5901 sayılı TVK'nda yer almamaktadır.

³⁶ Yabancı devlet vatandaşlığının izin almadan kazanılması mülga 403 sayılı TVK'nda bir kaybettirme nedeni olarak düzenlenmişti (m. 25/a). Fakat 5901 sayılı TVK'nda böyle bir kaybettirme nedeni bulunmamaktadır. Aynı şekilde, 403 sayılı TVK, Türkiye ile ilgili ve bağlılığın devam etmemesini bir kaybettirme nedeni olarak düzenlemişti (m.25/f ve h).

³⁷ Bu hükme göre, yabancı bir devletin, Türkiye'nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde bulunup da bu görevi bırakmaları kendilerine yurt dışında dış temsilcilikler, yurt içinde ise mülki idare amirleri tarafından bildirilmesine rağmen, üç aydan az olmamak üzere verilecek uygun bir süre içerisinde kendi istekleri ile bu görevi bırakmayanların Türk vatandaşlığı, İçişleri Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile kaybettirilebilir.

³⁸ Bu hükme göre, izin almaksızın yabancı bir devlet hizmetinde gönüllü olarak as-

düzenlenen hükümler gerekçe gösterilerek çekince konulabilir. Aynı şekilde, 8. maddenin üçüncü fıkrasının (a) bendinin (ii) alt bendinden yararlanılarak çekince konulmasında, gerekçe olarak TVK m. 29/1-(b) hükmünün³⁹ gösterilebileceği düşüncesindeyiz.

c) Sözleşme'nin 8. maddesi ve Devletlerin Kendi Uyruklarını Belirleme Yetkisi

Vatandaşlık hukukunda, devletin vatandaşını tayin konusunda sahip olduğu yetki, "mahafuz yetki"/"münhasır yetki" olarak adlandırılmaktadır.⁴⁰ Münhasır yetki esası, 12.4.1930 tarihli Vatandaşlık Kanunları İhtilâfına İlişkin Bazı Sorunlar Hakkında Lahey Sözleşmesi⁴¹ (m. 1, c.1) ve Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde⁴² (m. 3/1) de hüküm altına alınmıştır. Devletlerin vatandaşlarını belirleme konusundaki bu yetkisini milletlerarası sözleşmelere ve milletlerarası teamül hukuku kurallarına uygun olarak kullanması gerekir.⁴³ İnceleme konumuz olan Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Sözleşme de, vatandaşlık hukuku alanında imzalanmış bir sözleşmedir. Sözleşme'de, devletin münhasır yetkisi bütünüyle ortadan kaldırılmamış; Sözleşmeci devletler, vatandaşlıkla ilişkinin kesilmesinde vatansızlık hallerini ortadan kal-

kerlik yapanlar hakkında Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile kaybettirme kararı verilebilir.

³⁹ Bu hükmü göre ise, Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin her türlü hizmetinde Bakanlar Kurulunun izni olmaksızın kendi istekleriyle çalışmaya devam edenler hakkında Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile kaybettirme kararı verilebileceği düzenlenmiştir.

⁴⁰ Aybay, (Vatandaşlık), s. 15-16; Nomer, s. 5; Uluocak, N.: Vatandaşlık Hukuku (Karşılaştırmalı-Uygulamalı), Filiz Kitabevi, 3. bası, İstanbul 1989, s. 6; Güngör, (Tâbiyet), s. 12; Onar, E./Tiryakioğlu, B.: "1982 Anayasasında Milletvekilliği Vatandaşlık İlişkisi (Merve Safa Kavakçı Olayı)", *Av. Dr. Faruk Erem Armağanı*, Ankara 1999, s.562.

⁴¹ Sözleşme için bkz. League of Nations, Treaty Series, Vol. 179, p. 89, No. 4137, <<http://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=512&lang=en>>, (30.05.2013).

⁴² Sözleşme için bkz. dn.15.

⁴³ Devletlerin uyruklarının kimler olacağını belirleme yetkisine uluslararası hukuka getirilen sınırlamalara uygun davranılmaması halinde bu vatandaşlığın diğer devletlerce tanınmaması yaptırımıyla karşılaşabilir: Aybay, (Vatandaşlık), s25; Güngör, (Tâbiyet), s. 14. Devletlerin vatandaşları belirleme alanındaki münhasır yetkilerini kullanarak vatansızlığa yol açacak şekilde eylemlerden kaçınarak insan haklarına ilişkin belgelerde düzenlenen "herkesin vatandaşlık hakkına sahip olduğuna ilişkin hükümlere uygun hareket etmesi gerekir." Bkz. Batchelor, (Avoidance), s. 13.

dıracak düzenlemeler yapmama yükümü altına girmişlerdir. Ayrıca Sözleşme'nin 8. maddesinde öngörülen genel kurala çeşitli istisnalar getirilmiş ve Sözleşmeciler devletler vatandaşlığın irade dışı kaybı hallerine yönelik düzenlemeler yapma serbestisine sahip kılınmıştır.

IV. KANUN TASARISININ KABULÜ HALİNDE SÖZLEŞME İLE ÇATIŞAN TVK HÜKÜMLERİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

Anayasa uyarınca, usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir (Anayasa m. 90/5 ilk cümle). Sözleşme, kabul edilmesi halinde, kanun değerinde olacaktır. Bu nedenle, TVK'nun, Sözleşme ile uyuşmayan hükümlerinin uygulanabilirliğinin belirlenmesi gerekir. Anayasa uyarınca, "usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların, aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda, milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır." (m. 90/5 son cümle)⁴⁴

Anayasa'nın 90. maddesinde yer alan "temel hak ve özgürlüklere ilişkin" ifadesi yoruma muhtaçtır. Hükümde yer alan bu ifadeyle, hangi hak ve özgürlüklerin kastedilmiş olduğunu açıklamak gerekir. Bu ifade ile yalnızca Anayasa'da düzenlenen hak ve özgürlüklerin kastedildiğini savunan bir görüşe göre, "temel hak ve özgürlükler kavramı, ilk bakışta birinci ve ikinci kuşak insan haklarını düzenleyen antlaşmaların, Anayasa yapıcı irade tarafından iç hukukta kanunlardan üstün tutulduğu izlenimini vermektedir."⁴⁵ Hükümün gerekçesinde ise, "uygulamada, usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde

⁴⁴ 7.5.2004 tarih ve 5170 SK , RG 22.5.2004, 25469, m. 7 ile değişik.

⁴⁵ Bu görüşe göre, "Anayasa'nın 17-74. maddeleri arasında yer alan kişisel (m. 17-40) ve siyasal haklar (m. 66-74) (örn. 1966 tarihli ikiz sözleşmeler) ile sosyal ve ekonomik haklarla (m.41-65) ilgili antlaşma hükümlerinin (örneğin ILO Sözleşmeleri) yasa hükümlerine üstünlüğünün kabul edildiği ileri sürülebilir." Bkz. Başlar, K.: Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine", *MHB, Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan*, İstanbul 2004, Y.24, S.1-2, s. 314. Aynı yönde bkz. Gözler, K.: *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, 9. baskı, Bursa 2010, s.280, (Dersler); Çimen, Y.: *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması* (Anayasa m.90/son), Türkiye Barolar Birliği, Panel, İkinci Oturum, Ankara 5 Kasım 2004, s.94. İlgili görüş ve görüşün eleştirisi için Karagülmez, A.: 5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış, *TBB Dergisi*, Ankara 2004, S.54, s.168.

ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın halinde, hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir”, denilmektedir. Hükümün gerekçesinden “temel hak ve özgürlükler” ile kastedilenin geniş anlamıyla “insan hakları” olduğu ve bunun Anayasa’da açıkça düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin ötesine geçtiği sonucuna ulaşmak mümkündür.⁴⁶ Bu yaklaşımın kabulü halinde, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar” kavramına, içinde insan hakları ifadesi geçmese bile, insan haklarına ilişkin konuları düzenleyen tüm uluslararası antlaşmaların dâhil edildiği⁴⁷ sonucuna ulaşılabilir.⁴⁸

Çalışma konumuz açısından soruna bakarsak, vatandaşlık hakkının, dolayısıyla Sözleşme’nin, hükümün kapsamına girip girmediğinin tespiti gereklidir. Vatandaşlık, Anayasa’nın Dördüncü Bölümü’nde

⁴⁶ “Kuşkusuz bu terim, ne Anayasa’daki “temel hak ve hürriyetler” ile sınırlı olarak anlaşılabilir, ne de Anayasadaki temel hak ve özgürlükler listesiyle sınırlı tutulabilir. Usulüne göre yürürlüğe koyduğumuz, yani kısaca onayladığımız tüm uluslararası sözleşmelerdeki insan hakları ve temel özgürlükler, bu terimin kapsamı içindedir. Bu terim, ister kişisel ve siyasal hakları, ister ekonomik, sosyal ve kültürel hakları, isterse “üçüncü” ya da/hatta “dördüncü” kuşak olarak nitelenen görece yeni insan hakları olsun, onayladığımız ve onaylayacağımız tüm sözleşmelerde güvenceye bağlanan tüm insan haklarını kapsar”: Gülmez, M.: İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa m.90/son), Türkiye Barolar Birliği, Panel, İkinci Oturum, Ankara 5 Kasım 2004, s.65, (Tebliğ); Gülmez, M.: “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, *TBB Dergisi*, Ankara 2004, S.54, s.153, (İnsan Hakları Sözleşmeleri).

⁴⁷ Anayasa m. 90/5’in lafzî yorumuyla yetinmeyip, sistematik yoruma başvurulursa benzer sonuçla karşılaşılabılır. Sistematik yorum, bir hukuk kuralının, hukuksal düzenleme içindeki yerine bakılmasını gerektirir. Bu açıdan bakarsak, hükümün uluslararası antlaşmalar başlığı altında düzenlendiğini görürüz. Hükümde, uluslararası antlaşmaların hepsi değil; bu antlaşmalardan “belli bir kısmının”, kanunlarla aynı konuda farklı hükümler içermeleri halinde, kanuna göre üstün tutulacakları kuralı getirilmiştir. Anayasa’nın anayasa şikayetini konu alan hükmünde (Any m.148) düzenlenen “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin” bu antlaşmalar arasında daha farklı bir yeri olduğu yolunda bkz. Altıparmak, K.: Kadının Soyadı: Temel Haklar Rejimini Düşünmek İçin Bir Fırsat”, <<http://bianet.org/biamag/bianet/131635-kadinin-soyadi-temel-haklar-rejimini-dusunmek-icin-bir-firsat>>, (30.5.2013).

⁴⁸ Anayasa m. 90 bakımından dikkat edilmesi gereken bir başka husus, “antlaşma” kavramının niteliğine ilişkindir. “Hukukî mahiyeti ve dolayısıyla bağlayıcılık vasfı açısından aralarında fark olmamasına rağmen, milletlerarası hukuk kuralları getiren yazılı belgeler için 14 kadar değişik terim kullanılmaktadır. Anayasa’nın 90. maddesinde, bu terimlerden en genel olanı seçilmiştir”. Bkz. Karagülmez, s.165. Bu nedenle, inceleme konumuz olan Sözleşme’nin vatansızlığa ilişkin bir “antlaşma” olduğu açıktır.

“siyasî haklar ve ödevler” başlığı altında temel haklar arasında düzenlenmiştir (m. 66). Bu anlamda, Anayasa bakımından vatandaşlık hakkı, temel bir hak olarak kabul edilir; fakat kanımızca vatansız kalma hakkı temel bir hak olarak kabul edilemez. Vatandaşlık hakkının, diğer temel haklardan farklı olarak, içeriği ve sona ermesi bakımından devlete çok geniş yetkiler vermesi, bu hakkın temel bir hak olarak değerlendirilmesine engel olmamalıdır.

Uluslararası insan hakkı belgelerinde uyruklu ya da vatandaşlığın temel bir hak ya da bir insan hakkı olarak düzenlendiğini de söylemek mümkündür. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin⁴⁹ 15. maddesinde, herkesin bir uyrukluğa hakkı olduğu ve kimsenin keyfi olarak bu haktan ve uyrukluğunu değiştirme hakkından yoksun bırakılmayacağı düzenlenmektedir.⁵⁰ Çocuk Hakları Bildirgesi’nde,⁵¹ çocuğun doğumundan başlayarak bir uyrukluğa hakkı olduğu belirtilmiştir (m. 3). BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme’ye⁵² göre, “her çocuğun bir uyrukluğa kazanmaya hakkı vardır” (m. 24/3). Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’nde⁵³ herkesin uyrukluğa hakkı olduğu açıkça düzenlenmiştir (m. 4/1-a). Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’ne⁵⁴ göre, “herkesin bir uyrukluğa sahip olma hakkı vardır. Eğer başka bir devletin uyrukluğuna sahip değilse, herkes kendi ülkesinde doğmuş

⁴⁹ Bildiri’nin İngilizce Almanca ve Fransızca metinleri için bkz. Aybay,A./Aybay, R.: Hukuka Giriş, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 8. baskı, İstanbul 2012, s. 336-353, (Hukuk). Bildiri’nin Türkçe çevirisi için bkz. Aybay, R.: Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No:113, Ankara 2006, (Evrensel Bildiri).

⁵⁰ “Bu hakkın devletlere karşı ileri sürülebilecek bir hak olabilmesi için, devletlerin uyrukluğa kazanmak isteğiyle kendilerine yapılan başvuruları kabul etmek ve olumlu sonuçlandırmak konusunda bir yükümlülük altında olması gerekirdi. Oysa, uluslararası hukukun günümüzdeki durumu, hiçbir devlete kişilere kendi uyrukluğunu verme yükümlülüğü getirecek düzeyde değildir”: Aybay, R.: “İnsan Hakları Açısından “Vatandaşlık”, *Cogito Dergisi, İnsan Hakları Sayısı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s.184, (İnsan Hakları).*

⁵¹ Bildirge metni için bkz. <http://www.cocukhaklari.gov.tr/tr/content/show/25/birlesmis_milletler_cocuk_haklari_bildirisi.html>, (30.5.2013).

⁵² Sözleşme’nin İngilizce metni için bkz. United Nations, Treaty Series, Vol.999, s.171. Türkiye, Sözleşme’yi 15.8.2000 tarihinde imzalamış; 4.6.2003 tarih ve 4868 SK ile Sözleşme’nin onaylanmasının uygun bulunduğu dair kanun çıkarılmıştır (RG, 18.6.2003, 25142). Sözleşme metni için bkz.<www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf>, (30.5.2013).

⁵³ Bkz. dn.15.

⁵⁴ Sözleşme’nin İngilizce metni için bkz. <http://www.oas.org/dil/treaties_B32_American_Convention_on_Human_Rights.htm>, (30.5.2013).

olduğu devletin uyrukluğuna hak kazanacaktır. Kimse uyrukluğundan ve uyrukluğunu değiştirme hakkından keyfî olarak mahrum bırakılamaz.” (m. 20)⁵⁵

Sonuç olarak, vatandaşlık (uyruklu) hakkı hem bir insan hakkıdır, hem de Anayasa’da yer alan temel haklardan birisidir. Bu sebeple, Anayasa m. 90/5’te zikredilen “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” ifadesi, nasıl yorumlanırsa yorumlansın vatandaşlık hakkını kapsar. Esasen vatandaşlık hakkını korumayı hedefleyen Sözleşme de, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” milletlerarası antlaşmalar arasında yer alır. Bu itibarla, onay kanunu tasarısının yasalaşması halinde, Sözleşme ile TVK’nun çatıştığı noktalarda, Sözleşme hükümlerinin üstün tutulması gerekecektir.

SONUÇ

Türkiye’nin, Vatansızlığın Azaltılmasına Dair 1961 Sözleşmesi’ni onaylama kararında olması sevindirici bir gelişmedir. Çünkü Sözleşme, doğumla veya sonradan ortaya çıkan vatansızlık hallerine ilişkin olumlu hükümler içermektedir. Sözleşme’nin en dikkat çekici hükmü 8. maddesi olup, hükümde vatandaşlıkla ilişkinin kesilmesinde ortaya çıkan vatansızlık halleri önlenmek istenmektedir. Aynı hükümde, bazı hallerde, bu kurala çekince konulabileceği de düzenlenmiştir.

TVK’nun, özellikle vatandaşlıktan yoksun bırakmaya ilişkin hükümlerinin (kaybettirme ve vatandaşlığa alınma kararının iptali) uygulanması sonucunda, Sözleşme tarafından gerçekleşmesi istenmeyen vatansızlık halleri doğabilmektedir. Bu nedenle, Türkiye’nin Sözleşme’nin 8. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen haller için çekincesini beyan etmesi gerekir. Fakat 8. madde vasıtasıyla çekince konulabilecek haller arasında, evliliğe bağlı olarak vatandaşlık kazanan kişinin, “evliliğin butlanı” halinde vatandaşlığını yitirmesine ilişkin bir hüküm yoktur. Oysa TVK m. 16/3 nedeniyle, bir kişinin bu şekilde vatansız kalması mümkündür. Aynı şekilde, vatandaşlıkla ilişkinin ke-

⁵⁵ Farklı bir durum olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ise uyrukluğun bir hak olarak kabul edildiğini gösteren herhangi bir hüküm yoktur. Bununla birlikte Sözleşme’de başka hakların sağlanması ya da güvence altına alınmasıyla ilgili düzenlemelerde uyruklu konusuna değinilen haller hakkında bkz. Aybay, (İnsan Hakları), s.185.

silmesinin, ilgilinin yakınlarının başka bir devlet vatandaşlığına sahip olması ya da elde edilmesi şartına bağlı tutan Sözleşme'nin 6. maddesi hükmü ile TVK m. 31/2'de düzenlenen "Türk vatandaşlığına alınmanın iptali hakkında kararın ilgili kişiye bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanan eş ve çocuklar hakkında da -bu kişilerin vatansız kalmamalarına ilişkin bir şart öngörülmez- uygulanacağına ilişkin hüküm, birbiriyle uyuşmamaktadır. Bu iki durumda yapılması gereken, 5901 sayılı TVK'nun Sözleşme hükümlerine uygun olarak yeniden düzenlemesi ya da bu düzenlemenin yapılmaması halinde, Anayasa'nın 90. maddesi 5. fıkrası gereği, Sözleşme'nin TVK karşısında üstün tutulmasıdır. Önüne gelen uyuşmazlıkta ilgili hükümleri uygulayacak olan mahkeme bu gerçeği dikkate almalıdır. Aksi takdirde, TVK'nun Sözleşme ile çelişen hükümlerinin Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına aykırılığı nedeniyle iptal edilebilirliği de gündeme gelebilir. İtiraz yolu ile yapılabilecek bir başvuru (Anayasa m. 152/1) sonucunda, Anayasa Mahkemesi'nin, davada uygulanacak olan TVK'nun, Sözleşme ile çelişen hükmünü iptal edebileceği söylenebilir.⁵⁶

KAYNAKLAR

- Altıparmak, K.: Kadının Soyadı: Temel Haklar Rejimini Düşünmek İçin Bir Fırsat", <<http://bianet.org/biamag/bianet/131635-kadinin-soyadi-temel-haklar-rejimini-dusunmek-icin-bir-firsat>>, (30.5.2013).
- Altuğ, Y.: "Vatansızlar Hakkında İki Birleşmiş Milletler Sözleşmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1963, C.29, S.1-2, s.201-217.
- Aybay, A./Aybay, R.: *Hukuka Giriş*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 8. baskı, İstanbul 2012, (Hukuk).
- Aybay, R.: *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No:113, Ankara 2006, (Evrensel Bildiri).

⁵⁶ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Özbudun, E.: *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 13. baskı, Ankara 2012, s.412-414; Karagülmez, s.175-176. Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacak olan anayasaya uygunluk denetimlerinde, Anayasa'nın 90. maddesi 5.fıkrası gereği, insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmaların da ölçü norm olarak kullanılması gerektiği yönündeki görüşler için bkz. Kaboğlu, İ. Ö.: *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yayıncılık, 8. baskı, İstanbul 2012, s.359; Erdoğan, M.: *Anayasa Hukuku*, Orion Kitabevi, 7. baskı, Ankara 2011, s.312. Karşı görüş için bkz.: Sabuncu, Y.: *Anayasaya Giriş*, İmaj Yayınevi, 14. baskı, Ankara 2009, s.75; Gözler, K.: *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi (Cilt II)*, Ekin Yayınevi, 1. baskı, Bursa 2011, s. 784, (Teori).

- Aybay, R.: Vatandaşlık Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. baskı, İstanbul 2006, (Vatandaşlık).
- Aybay, R.: "İnsan Hakları Açısından Vatandaşlık", *Cogito Dergisi, İnsan Hakları Sayısı*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s.179-194, (İnsan Hakları).
- Başlar, K.: Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine", *MHB, Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan*, İstanbul 2004, Y.24, S.1-2, s.279-336.
- Batchelor, C.A.: "Stateless Persons: Some Gaps in International Protection", *International Journal of Refugee*, 1995, Vol.7, No.2, s.232-259, (Stateless Persons).
- Batchelor, C, A.: "Transforming International Legal Principles Into National Law: The Right to A Nationality and the Avoidance of Statelessness", *Refugee Survey Quarterly*, 2006, Vol. 25, Issue: 3, s. 8-25), (Avoidance).
- Çimen, Y.: İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa m.90/son), Türkiye Barolar Birliği, Panel, İkinci Oturum, Ankara 5 Kasım 2004, s.92-99.
- Dardağan Kibar, E.: "Türk Vatandaşlık Hukukunda Seçme Hakkı"nın Gelişimi", *Prof. Dr. İlhan Unat'a Armağan*, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, Ankara 2012, s. 255-290.
- Doğan, V.: 5901 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş Türk Vatandaşlık Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 11. baskı, Ankara 2012.
- Erdem, B.: Türk Vatandaşlık Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Erdoğan, M.: Anayasa Hukuku, Orion Kitabevi, 7. baskı, Ankara 2011.
- Goodwin-Gill, G.S.: "Convention on the Reduction of Statelessness, Introductory Note", <http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/crs/crs_e.pdf> , (30.5.2013), s.1-5.
- Gözler, K.: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 9. baskı, Bursa 2010, (Dersler).
- Gözler, K.: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi (Cilt II), Ekin Yayınevi, 1. baskı, Bursa 2011, s. 784, (Teori).
- Gülmez, M.: "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", *TBB Dergisi*, Ankara 2004, S.54, s.147-161, (İnsan Hakları Sözleşmeleri).
- Gülmez, M.: İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa m.90/son), Türkiye Barolar Birliği, Panel, İkinci Oturum, Ankara 5 Kasım 2004, s.38-82, (Tebliğ).
- Güngör, G.G.: Tâbiyet Hukuku Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, (Tâbiyet).
- Güngör, G.: "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi", *MHB, Yılmaz Altuğ'a Armağan Özel Sayısı*, İstanbul 1997-1998, Y. 17-18, S. 1-2, s. 229-250, (AVS).

- Kaboğlu, İ. Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, 8. baskı, İstanbul 2012.
- Karagülmez, A.: 5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış, *TBB Dergisi*, Ankara 2004, S.54, s.163-177.
- Nomer, E.: Türk Vatandaşlık Hukuku, Filiz Kitabevi, 17. baskı, İstanbul 2009.
- Onar, E./Tiryakioğlu, B.: "1982 Anayasasında Milletvekilliği Vatandaşlık İlişkisi (Merve Safa Kavakçı Olayı)", *Av. Dr. Faruk Erem Armağanı*, Ankara 1999, s.557-594.
- Özbudun, E.: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 13. baskı, Ankara 2012.
- Sabuncu, Y.: Anayasaya Giriş, İmaj Yayınevi, 14. baskı, Ankara 2009.
- Tanrıbilir, F. B.: "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku", *MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, İstanbul 2002, Y. 22, S. 2, s. 791-818.
- Turhan, T./Tanrıbilir, F.B.: Vatandaşlık Hukuku Ders Notları, Yetkin Yayınları, 2. baskı, Ankara 2010.
- Uluocak, N.: Vatandaşlık Hukuku (Karşılaştırmalı-Uygulamalı), Filiz Kitabevi, 3. baskı, İstanbul 1989.
- Weis, P.: The United Nations Convention on the Reduction of Statelessness", *The International and Comparative Law Quarterly*, 1962, Vol.11, Issue: 4, s.1073-1096.

KUMAR VE BAHİS BORCU HAKKINDA DE LEGE FERENDA DÜŞÜNCELER

DE LEGE FERENDA THOUGHTS ABOUT GAMBLING AND BETTING DEBT

Özlem TÜZÜNER*

Özet: Türk Borçlar Kanunu'na göre, kumar ve bahis eksik borç teşkil etmektedir. Ne var ki, Türk Ceza Kanunu'na göre, kumar oynamak için yer ve imkân sağlamak suçtur. Özel hukuk ve kamu hukuku, aynı ilmin alt disiplinleridir. Konuyu disiplinler arası bir perspektifle değerlendirirsek, kumar kurumunun yeknesak ve analitik bir düzlemde kanunlaştırılmadığı hususu tartışılabilir. Bu çalışmada, özel hukuk bakış açısı üstün tutularak, öncelikle konuya ilişkin doktrin ve içtihatlar yer verilecektir. Daha sonra, *de lege lata* karşısında eleştirel bazı görüşler ileri sürülecektir.

Anahtar Kelimeler: *De lege ferenda* (olması gereken hukuk), *de lege lata* (olan hukuk), kumar ve bahis, kumar borcu, eksik borç

Abstract: According to Turkish Obligation Law, gambling and betting debt represents imperfect obligation. However according to Turkish Penal Code, it is a crime to provide a place to gamble. Private and public law, they are both sub-disciplines of the same science of law. If we consider the issue from an interdisciplinary perspective, it should be discussed that the institution of gambling is not legislated in uniform and analytical level. In this article, by keeping private law perspective superior, doctrine and case-law on the subject will be given first place. After that, against *de lege lata*, some criticizing thoughts will be subject.

Keywords: *De lege ferenda* (the law as it should be), *de lege lata* (the law as it exists), gambling and betting, gambling debt, imperfect obligation

* Yrd. Doç. Dr., Okan Üniversitesi-Hukuk Fakültesi-Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. GİRİŞ

Dilimize Arapçadan gelen “kumar” kelimesi, ortaya para veya mal konularak oynanan talih oyunu anlamına gelir¹. Kumar (*jeux d'argent ou jeu de hasard*) ve oyun (*jeu*) kavramlarını ayırt etmek gereklidir. Kumar, maddî değer kazanma veya kaybetme tesadüfüne, yani şansa bağlı oyundur. Şans (*hasard*), rasyoneller için, dışlanan sebeplerle (*les causes ignorés*); irrasyoneller için, ideyle açıklanır². “Birden fazla kişinin kişisel becerilerini ortaya koydukları, ya da sonucu talih ve tesadüfe bıraktıkları, kazanç sağlamak üzere, kazanan taraf lehine borç altına girme konusunda yaptıkları anlaşmadır”³. Yine Arapçadan gelen “bahis” ise, görüşünde veya iddiasında haklı çıkacak tarafa bir şey verilmesi hakkında sözlü anlaşmadır⁴. “Birden fazla kişinin belirli bir iddiayı ortaya atıp, iddiasında haklı çıkan taraf lehine bir edim üstlendikleri sözleşmedir”⁵. Kumar oynatmak da, belirli bir pay karşılığında, uygun yer temin ederek, kumar oynanmasını sağlamak şeklinde kısaca tanımlanabilir. Kumar ve kumar oynatmanın, gerek özel hukukta, gerek ceza hukukunda düzenlendiği belirtilmelidir⁶.

Hukuk ilmine dair temel disiplin ve ilkeler ile *de lege ferenda* düşüncelerin toplamı, doğal, yani ideal hukuka tekabül etmektedir. Hukuk öğretisi ve uygulayıcılar, yalnızca mevzu hukukla değil, gelecekteki hukukla da ilgilenmelidir. Çünkü insanın sürekli gelişmesine paralel olarak, hukuk da, beşerin gelişimini takip etmek; buna bağlı olarak değişmek ve gelişmek zorundadır. Kuralları dondurmak mümkün değildir⁷. Yürürlükteki hukuk hiçbir zaman ideal değildir. Doğal hukuk,

¹ Eralp Ö., Sanal Kumar, s. 1-29, s. 3, 21.11.2012 tarihinde www.ozgureralp.av.tr/sunumlar/01-SANALKUMAR.ppt adresinden erişildi. Türkçe sözlükteki karşılık için bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

² Moquin G., La notion de jeu de hasard en droit public, Lausanne, 1980, s. 104, 187.

³ Kılıçoğlu M. A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara, 2012, s. 33. Aynı yönde bkz. Eren F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2012, s. 89.

Yavuz C./Özen B./Acar F., Prof. Dr. Cevdet Yavuz Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, İstanbul, 2012, s. 717.

Feyzioğlu N. F., Cezai ve Hukuki Cepheleriyle Kumar ve Bahis, Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara, 1958, s. 129-214, s. 9, 45, 21.11.2012 tarihinde <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/390.pdf> adresinden erişildi.

⁴ Eralp, s. 3. Türkçe sözlükteki karşılık için bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

⁵ Kılıçoğlu, s. 33, 34. Aynı yönde bkz. Eren, s. 89. Feyzioğlu, s. 33.

⁶ Eralp, s. 3. Türkçe sözlükteki karşılık için bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

⁷ Akyol Ş., Medenî Hukuka Giriş, 2. Bası, İstanbul, 2006, s. 19-21.

pozitif hukuk yanında, denetleyici, düzenleyici ve tamamlayıcıdır. Kimilerine göre, pozitif hukukun meşruluk kaynağıdır⁸. Doğal hukukta, “devletin görevi, özgürlük, eşitlik ve mülkiyet hakkı gibi her insanın doğuştan sahip olduğu, vazgeçilmez hakların koruyuculuğunu yapmakla sınırlıdır”⁹. Bu bakış açısıyla, aşağıda öncelikle, kumar ve kumar oynatmaya ilişkin *de lege lata* sunulacaktır. Ardından, özel hukuk ile kamu hukukunun aynı ilmin birbirlerine paralel ilerleyen farklı iki disiplini olduğu bilinciyle, konunun özel hukuk boyutuna yoğunlaşmak tercih edilmiştir. Bu noktada, doktrin ve içtihatlarla ana hatlarıyla değinilecek; nihayet, özellikle kumar ve bahis borcu hakkında bazı düşünceler açıklanmalarına yer verilecektir.

II. DE LEGE LATA’NIN SUNULMASI

Anayasa’da, “Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır” hükmü bulunmaktadır (AY. m. 58/2).

Türk Borç Kanunu’na¹⁰ göre, “Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def’ileri ileri sürebilir” (TBK. m. 591/4). “Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz. Kumar veya bahis için bilerek verilen avanslar ve ödünç paralar ile kumar ve bahis niteliğinde oldukları takdirde, borsada işlem gören malların, yabancı paraların ve kıymetli evrakın fiyat farkı esası üzerine yapılan vadeli satışlar hakkında da aynı hüküm uygulanır (TBK. m. 604). “Kumar oynayan veya bahse giren kişi tarafından imzalanmış adi borç veya kambiyo senedi üçüncü bir kişiye devredilmiş olsa bile, hiçbir kimse bunlara dayanarak dava açamaz ve takip yapamaz. Kıymetli evrakın iyiniyetli üçüncü kişilere sağladığı haklar saklıdır. Kumar ve bahis borcu için isteyerek yapılan ödemeler geri alınamaz. Ancak, kumar veya bahsin usulüne göre yürütülmesi beklenmedik

⁸ Serozan R., *Medenî Hukuk*, 3. Baskı, İstanbul, 2011, s. 17. Ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Oğuzman M. K./Barlas N., *Medenî Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 18. Baskı, İstanbul, 2012, s. 3.

⁹ Atamer Y., *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, İstanbul, 2001, s. 11, dph. 11.

¹⁰ RG. 4.2. 2011, S. 27836; 6098 sayılı Kanun.

olayla veya diğer tarafın fiiliyle engellenmişse ya da diğer taraf kumar veya bahse hile karıştırmışsa, isteyerek yapılan ödeme geri alınabilir” (TBK. m. 605/2). “Düzenlenmesine kanun veya yetkili makamlarca izin verilmiş olmadıkça, piyango ve diğer şans oyunlarından doğan alacaklar hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz. İzin verilmemiş olan durumlarda, piyango ve diğer şans oyunları için de kumara ilişkin hükümler uygulanır. Yabancı ülkelerde kendi kurallarına uygun olarak düzenlenen piyango ve diğer şans oyunları, Türkiye’de yetkili makamlarca bunlara ait biletlerin satılmasına izin verilmiş olmadıkça, yasal korumadan yararlanamazlar” (TBK. m. 606/3). 818 sayılı Borçlar Kanunu¹¹ döneminde de, aynı esasların geçerli olduğu eklenmelidir (EBK. m. 504-506).

İcra ve İflas Kanunu’na¹² göre, “Kumar yahut mücerret baht oyunlarında ve borsa muamelelerinde külliyetli para sarfetmiş” kişi taksiratlı müflistir (İİK. m. 310/b. 3). “Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama” suçunun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda şirkete derhal kayyım atanır (İİK. m. 133/1, 133/4-b. 5). Türk Ticaret Kanunu’nda¹³ da konuya ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. “Ruhsatsız bir şirket ile onun bu durumunu bilerek yapılan sigorta sözleşmeleri hakkında Türk Borçlar Kanunu’nun 604 ve 605 inci maddeleri uygulanır” (TTK. m. 1401/2). 6762 sayılı Ticaret Kanunu¹⁴ döneminde de aynı esasın geçerli olduğu eklenmelidir (ETK. m. 1263). Kat Mülkiyeti Kanunu’nda¹⁵ da, “kendi bağımsız bölümünü randevu evi veya kumarhane veya benzeri yer olarak kullanmak suretiyle ahlâk ve adaba aykırı harekette bulunması” durumunda diğer kat malikleri bakımından çekilmezlik şartının gerçekleştiği farz olunmuştur (KMK. m. 25/3-c).

Ayrıca Türk Ceza Kanunu¹⁶, Polis Vazife ve Salahiyeti Kanunu¹⁷ ile Kabahatler Kanunu’nun¹⁸ da kumar ve bahsi müeyyideye bağladığı

¹¹ RG. 29.4.1926, S. 359; 818 sayılı Kanun.

¹² RG. 19.6.1932, S. 2128; 2004 sayılı Kanun.

¹³ RG. 14.2.2011, S. 27846; 6102 sayılı Kanun.

¹⁴ RG. 9.7.1956, S. 9353; 6762 sayılı Kanun.

¹⁵ RG. 2.7.1965, S. 12038; 634 sayılı Kanun.

¹⁶ RG. 12.10.2004, S. 25611; 5237 sayılı Kanun.

¹⁷ RG. 14.7.1934, S. 2751; 2559 sayılı Kanun.

¹⁸ RG. 31.3.2005, S. 25772; 5326 sayılı Kanun.

eklenmelidir¹⁹. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda²⁰ (m. 133/b.5), Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nda²¹ (m. 3), Askerî Hâkimler Kanunu'nda²² (m. 1, 22), Askerî Ceza Kanunu'nda²³ (m. 150), Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da²⁴, Sanal Ortamda Oynatılan Talih Oyunları Hakkında Yönetmelik'te²⁵, Şans Oyunları Lisansının Verilmesi Lisansa Konu Faaliyetlerin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik'te²⁶, İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik'te²⁷ (m. 9), İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te²⁸ (m. 4), kumar ve bahis hakkında hükümler bulunmaktadır. Nihayet, Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunları Yönetmeliği'nde²⁹ ve Türkiye Futbol Federasyonu Forma ve Reklam Talimatı'nda (m. 5) da kumar ve bahisle ilgili düzenlemelere rastlanmıştır³⁰.

¹⁹ “Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama” suçu şöyledir. “Kumar oynanması için yer ve imkân sağlayan kişi, bir yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır. Çocukların kumar oynaması için yer ve imkân sağlanması halinde, verilecek ceza bir katı oranında artırılır. Bu suçtan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Ceza Kanununun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlardır (TCK. m. 228). “Kişilerin tek tek veya toplu olarak eğlenmesi, dinlenmesi veya konaklaması için açılan otel, motel, pansiyon, kamping ve benzeri konaklama yerleri; gazino, pavyon, meyhane, bar, birahane, içkili lokanta, taverna ve benzeri içkili yerler; sinema, kahvehane ve kiraathane; kumar ve kazanç kastı olmamak şartıyla adı ne olursa olsun bilgi ve maharet artırıcı veya zekâ geliştirici nitelikteki elektronik oyun alet ve makinelerinin, video ve televizyon oyunlarının içerisinde bulunduğu elektronik oyun yerleri; internet kafeler ve benzeri yerler umuma açık istirahat ve eğlence yeri sayılır (PVSK. M. 7/1). “Polisçe kat’i delil elde edilmesi halinde, kumar oynanan umumi ve umuma açık yerler ile her çeşit özel ve resmi kurum ve kuruluşlara ait lokaller ... mahallin en büyük mülki amiri tarafından otuz günü geçmemek üzere geçici süreyle faaliyetten men edilir” (PVSK. M. 8/1-A). “Kumar oynayan kişiye, yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, kumardan elde edilen gelire el konularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir. Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezasına ve el koymaya kolluk görevlileri, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülki amir karar verir” (KK. m. 34).

²⁰ RG. 17.12.2004, S. 25673;5271 sayılı Kanun.

²¹ RG. 22.07.1966, S. 12355; 772 sayılı Kanun.

²² RG. 26.10.1963, S. 11541 Mükerrer; 357 sayılı Kanun.

²³ RG. 15.6.1930, S. 1520; 1632 sayılı Kanun.

²⁴ RG. 9.5.1959, S. 10201; 7258 sayılı Kanun.

²⁵ RG. 14.03.2006, S. 26108.

²⁶ RG. 15.10.2008, S. 27025.

²⁷ RG. 01.11.2007, S. 26687.

²⁸ RG. 30.11.2007, S. 26716.

²⁹ RG. 28.2.2009, S. 27155.

³⁰ Ayrıntılı mevzuat taraması için bkz. *Eralp Ö.*, Sanal Kumar, 24.1.2013 tarihinde <http://www.ozgureralp.av.tr/makaleler/sanalkumar.html> adresinden erişildi.

III. ÖZEL HUKUK DOKTRİNİN AKTARILMASI

Kumar ve bahis kaynaklı borçların eksik (tabii) borç teşkil ettiği herkesçe kabul edilmektedir³¹. “Kanun koyucu, sosyal ve ahlâki yönlerden zararları olan kumar ve bahis için hükümsüzlük müeyyidesi öngörmemiş; kumar ve bahis borcuna ilişkin ifanın geçerli olması esasını benimsemiştir”³². Doktrinindeki bir görüş, kumar ve bahis borcunu, doğuştan-geçici-sonradan tabii borçlar arasında, doğuştan tabii borç kısmına dâhil etmektedir³³. Diğer bir görüşe göre, kumar borcu, dar anlamda tabii borçlar çatısı altında değerlendirilmelidir³⁴. Nihayet, gerçekte borç doğurmadığı ve sadece etkileri bakımından gerçek an-

- ³¹ Feyzioğlu, s. 169.
Zevkliler A./Ertas Ş./Havutcu A./Aydoğdu M./Cumaloğlu E., Borçlar Hukuku, İzmir, 2013, s. 51.
Tekinay S. S./Akman S./Burcuoğlu H./Altop A., Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul, 1993, s. 27.
Yücer İ., Yenileme (Tecdit, DEÜHFD, Y. 2007, C. 9, S.1, s. 233-260, s. 240; 21.2.2013 tarihinde <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz9-1/iyucer.pdf> adresinden erişildi.
Erçin F., Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlâka Aykırı Cezai Şartın İptalini ve Tenkisini İsteyebilmeleri, İstanbul, 2011; 21.2.2013 tarihinde “www.kazanci.com” veri tabanının “Hukuk Eserleri Bankası” bölümünden erişilmiştir.
Necip B., Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar, İÜMHHD, Ocak-Şubat 1958, s. 7-15, 13.11.2012 tarihinde <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmukayese/article/view/3342/2931> adresinden erişildi.
Guhl T., Eksik Borcun Mahiyeti (2. Borç), Çeviren: Gözübüyük P., İÜHFM, Y. 1958, S. Temmuz-Ağustos, s. 159-161, 21.11.2012 tarihinde <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmukayese/article/view/3390/2994> adresinden erişildi.
Necip B., Cezai Şart, s. 37-128, s. 70, Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara, 1958, 21.11.2012 tarihinde <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/390.pdf> adresinden erişildi.
Yılmaz M., Yargıtay Kararları Çerçevesinde Kıymetli Evrakta Şahsi Defiler, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Isparta, 2007, s. 56, 21.11.2012 tarihinde <http://eprints.sdu.edu.tr/444/1/TS00598.pdf> adresinden erişildi.
Uyar T., Karşılıksız Çek Çekmek (Keşide Etmek) Suçu, ABD, Y. 1987, S. 5-6, s. 671-683, s. 673, 21.11.2012 tarihinde <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1987-5/3.pdf> adresinden erişildi.
Hatemi H./Gökyayla E., Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2012, s. 22.
Nomer N. H., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, İstanbul, 2012, s. 16.
Reisoğlu S., Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul, 2012, s. 38.
Antalya G., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 2012, s. 25.
Oğuzman/Barlas, s. 143.
Kılıçoğlu, s. 33-34. Eren, s. 89.
³² Yavuz/Özen/Acar, s. 719.
³³ Feyzioğlu, s. 43, 44. Aynı yönde bkz. Eren, s. 89-95; Antalya, s. 24, 25.
³⁴ Oğuzman M. K./Öz T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 10. Baskı, İstanbul, 2012, s. 19.

lamda eksik borçları andırıldığı için kumar borcunu eksik borç benzeri sayan görüşe de yer verilmelidir³⁵.

Kumar ve bahis sözleşmesi, amacı bakımından, talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler (*contrats aléatoires*) grubunda yer alır. Diğer bir deyişle, hüküm ve sonuçları az çok talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler grubunda, sigorta, yaşam boyunca gelir ve ölüncüye kadar bakma yanı sıra, kumar ve bahis de yer almaktadır³⁶. “Talih ve tesadüfün beklenen menfaatin tam olarak gerçekleşmesinde başat (baskın) rol oynadığı sözleşmeler” arasında, kumar ve bahis, ölüncüye kadar bakma ve ömür boyu gelir sözleşmeleri yer alır³⁷.

Gerek kumar, gerek bahis, “her iki hâlde de, taraflar arasında borç ilişkisi vardır. Ancak burada kişilerin emek ortaya koymadan haksız kazanç sağlamaları söz konusudur. Kazanan taraf emeksiz olarak kazanç elde etmekte; diğer taraf ise, çoğu zaman kendisi için ekonomik yıkıma yol açacak nitelikte sömürülmektedir”³⁸. Kumarda, tanımı gereği, eğlenmek, kazanç sağlamak yahut fikrî bedenî ustalıkları geliştirmek amaçları bulunabilir. Kanun koyucu, kumar ve bahis borcunu, eksik borç kabul etmekle, emeksiz kazancı kınamak istemiştir³⁹.

³⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s. 24.

³⁶ Zevkliler A./Gökyayla E. K., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara, 2010, s. 25.

Tandoğan H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I, İstanbul, 2008, s. 6.

Saymen F. H./Elbir H. K., Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, C. I, İstanbul, 1958, s. 30.

Yavuz/Özen/Acar, s. 8.

Aral F./Ayrıncı H., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara, 2012, s. 49.

Olgaç S., Ömür Boyunca Gelir, Ölüncüye Kadar Bakma Akdi, Ankara, 1978, s. 11, 12.

Tarhan M., Ölüncüye Kadar Bakma Akdi Hakkında Toplu Bir Tetkik, Ankara, 1949, s. 9.

Akartepe A., Türk Hukukuna Göre Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi, İstanbul, 2005, s. 31.

Dündar M., Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s. 29, 15.2.2013 tarihinde <http://www.belgeler.com/blg/tcc/linceye-kadar-bakma-szlemesi-contact-maintenance-for-life> adresinden erişildi.

Nursel E., Roma ve Türk Hukuku'nda Vedia Sözleşmesi, Ankara, 2008, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, s. 18; 21.11.2012 tarihinde <http://tr.scribd.com/doc/78092097/16/a-Kumar-Ve-Bahis> adresinden erişildi.

Korkmaz T., Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi, Ankara, 2008, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, s. 5, 21.11.2012 tarihinde <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/5385/6033.pdf> adresinden erişildi.

³⁷ Gümüş A. M., Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. I, İstanbul, 2012, s. 3.

³⁸ Kılıçoğlu, s. 33-34.

³⁹ Eren, s. 89.

Kumar borcunda, borçlu “ödemeye yanaşmazsa zorla ödettirilmesi yoluna gidilemez. Bu nedenledir ki “kumar borcu namus borcu deyimi” yaygın olarak kullanılır. Yani ödeme işi borçlunun insafına kalmıştır”⁴⁰.

Eksik borçların mahiyeti doktrinde şu şekilde sıralanmıştır: “icra vasfı bazen lüzumsuzdur; borç muhtevası ahlâka aykırı ise; diğer hâller genel olarak iktisadî alana ilişkindir”. Ahlâkın emrelediği ödevler ve sosyal icaplar birinci nevidendir. Meselâ bahşiş verilmesi veya babanın tanımadığı çocuğuna bakması icra vasfının lüzumsuzluğuna örnek teşkil etmektedir. Bununla beraber hukuk bu muameleyi himaye eder; ifasını geçerli sayar. “Borç muhtevası ahlâka aykırı ise hükümsüzdür. Boşanmaya rızayı sağlamak için bir miktar para vaadi, adaba ahlâka aykırıdır. Aynı surette, mirasın hile ile ele geçirilmesine yardım edecek bir kimseye ücret tespit eden anlaşma da batıldır. Bu anlaşma ile hiçbir alacak meydana gelemez. Bununla beraber, bu neviden taahhütler ifa edilirse, geri isteme bahse konu olamaz. Zira haksız veya ahlâka adaba aykırı bir gayeye ulaşmak üzere edimde bulunan kimse himayeye layık değildir”. Sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulama alanı bulur. Kumar ve bahis, İsviçre kantonlarının bazılarında alkollü içki satışından doğan semen alacağı, kumar teşkil eden vade farklı satışlar, iktisadi gereklerden ötürü eksik borç sayılmıştır. Kumarı ortaya koyan işaretler, alacaklı ile borçlu arasında mesleki münasebetin olmaması, oyuncunun imkânları ile normal olarak sezilebilen zararlar arasında oransızlık olması, borsa ve hava muamelelerinde, bunların neticelerinin kestirilememesidir⁴¹.

“Kumardan doğan sözde borç ifa edilince, sözde alacaklı bakımından hukukileşen bir iktisap sebebi hâlini almaktadır”. Burada yalnız dava edilebilme niteliği değil, alacağın kendisi de bulunmamaktadır. “Kumar ve bahis, ifa şartı ile sadece bir iktisap sebebi olarak kabul edilmesi için, bunlardan mutlaka bir alacak hakkı doğmuş olmasına ihtiyaç yoktur”⁴².

Başka bir görüşe göre, metin bakımından Türk ve İsviçre borçlar kanunları arasında fark olsa da, uygulama bu farkı ortadan kaldırır.

⁴⁰ Zevkliler/Ertas/Havutcu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 51.

⁴¹ Guhl, s. 159, 160, 161.

⁴² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 27.

cak şekilde gelişmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki, alacak hakkı doğurmayacağı ifadesi isabetli değildir. Demek istenilen dava edilemeyeceği, yani eksik borç olduğudur. Kumar ve bahisten doğan borçların eksik borç olarak düzenlenmesinin sebebi, taraflar arasında gerçekleşen malvarlığı değişiminin iktisadi bakımdan lüzumsuz, faydasız ve gayri makul oluşudur. Burada servet değişimi kaybeden taraf için çok zaman tehlikeli ve meşum zararlar doğurabilir. Kazanan taraf için de ahlâki bakımdan tamamen meşru bir kazanç sayılamaz. Bununla beraber, kumar ve bahis borcunun ahlâka ve adaba aykırı olduğu da iddia edilemez. Eğer öyle olsaydı, Borçlar Kanunu'nun 20'inci maddesine göre batıl sayılırdı; isteyerek olsa bile, ödenmiş olan şey geri istenebilirdi. Kumar ve bahissin eksik borç olarak düzenlenmesindeki mülahaza kamu düzenidir. Hâkim bu ciheti resen nazara almalıdır. Kumar ve bahis borcunun tahsili için yapılan icra takibinden kurtulmak mümkündür. Kumar ve bahis def'inin ileri sürülmesi, hüsnüniyet kaidelerine aykırı düşmez, hakkın kötüye kullanılması vasfını iktisap etmez⁴³.

Diğer bir görüşe göre, kanun koyucu, kumar ve bahsi, sosyal ve ahlâki yönlerden zararlı bulmaktadır. Ancak kumar ve bahis için hükümsüzlük müeyyidesi öngörmemiştir. Bu borca ilişkin ifanın geçerli olması esasını benimsemiştir. Kumar ve bahis borcunun eksikliği savunması, defi değil, itiraz teşkil eder. Hâkim tarafından resen dikkate alınır. Bu savunma kural olarak hakkın kötüye kullanılması sayılmaz⁴⁴.

Yukarıda anılan görüşlere paralel başka görüşler şöyle aktarılabilir. İsviçre doktrininde bir kısım hukukçular, kanun koyucunun maksudını iyi ifade etmediğini; çünkü eğer ortada bir alacak yoksa bunun ifasından da bahsedilemeyeceğini ileri sürmüştür⁴⁵. Diğer taraftan, kumar ve bahis borcuna kefil olmanın hükümsüz olacağı umumiyetle kabul edilmektedir⁴⁶. İBK 502 son fıkra da ise, kumar ve bahis borcu

⁴³ *Necip*, s. 8, 10, 11. Kumar ve bahsin temelinde kamu düzeni bulunduğu; ancak bu iddianın def'i teşkil ettiği yönünde bkz. *Feyzioğlu*, s. 49.

⁴⁴ *Yavuz C.*, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul, 1996, s. 831. Aynı yönde bkz. *Yavuz/Özen/Acar*, s. 719.

⁴⁵ *Oser/Schönenberger*, Kommentar zum Obligationenrecht, 3'üncü kısım, Zürich, 1945, m. 513, no. 48; *Becker*, Obligationenrecht, II, Abteilung, Bern, 1934, m. 513, no. 3; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 27'den naklen.

⁴⁶ *Oser/Schönenberger* Art 492 N. 34, BGE 18 s. 283; *Reisoğlu S.*, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, s. 327-392, s. 348, dpn. 80'den naklen, 21.11.2012 tarihinde

için kefil olunabileceği; ancak bilerek taahhüt altına girmesi halinde dahi, kefilin asıl borçluya ait def'ileri ileri sürebileceği hükme bağlanmıştır⁴⁷.

“Eksik borçların yenilenip yenilenemeyeceği tartışmalıdır. Bu durumda, bu borçların ayrı ayrı ele alınarak incelenmesi gerekmektedir. Her şeyden önce, kumar ve bahisten doğan borçlar yenilenemez. Kumar ve bahisten doğan borçların yenilenebileceği iddia edilse de, bu durumda ortaya çıkan borcun yine eksik bir borç niteliğinde olacağı kuskusuzdur”⁴⁸.

“Doğumu itibariyle eksik olan borçlardan birisi kumar ve bahis borcudur. Gerçi kumar ve bahis veya onlara benzer muamelelerden doğan borçlar bizatihi ahlâka aykırı sayılmamaktadırlar. Fakat hukuk, tarafların mamelek durumları için tehlike teşkil eden kumar borçlarını iktisat prensiplerine aykırılık dolayısıyla himayeye lâyük görmemekte ve bu sebeple işbu borçları dâva hakkı ile teyit eylememektedir”⁴⁹

“Kanun vazıhınca, fert ve cemiyet selâmeti bakımından şayanı tecviz olmayan kumar ve bahsi tamamıyla menetmek; hukukî ve cezaî bakımlardan mutlak bir hükümsüzlüğe ve pek ağır cezalara maruz bırakmak da mümkün olamazdı. Çünkü kumar oynamak ve bahis tutmak, muayyen derecesi ile nihayet bir ihtiyaçtır. Halk tabakasının hemen her sınıfında, çeşitli şekil ve isimler altında, istenen ve aranan bir veçhesi vardır. Alakadarlarca, neticelerine şayanı hayret bir sadakatle katlanmak muttat olmuştur. Gerçekten de umumî manası ile bir zevke, bir eğlenceye cevap verdiği; zihnî yorgunlukları, fikri gelişmeleri, ruhî ihtiyaçları tatmin ve teşvik eden manasını muhafaza ettiği müddetçe (Oyun), bugün dahi tabî ve zarurî mahiyetini taşımakta devam edecektir”⁵⁰.

Kumar ve bahis durumunda, “kambiyo senedinin bedelsizliği söz konusudur. Çünkü senedin düzenlenmesine neden olan temel ilişki,

<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1962-19-01-04/AUHF-1962-19-01-04-Reisoglu.pdf> adresinden erişildi.

⁴⁷ *Reisoğlu*, Kefalet, s. 348..

⁴⁸ *Yücer*, s. 240.

⁴⁹ *Bilge*, Cezai Şart, s. 70.

⁵⁰ *Feyzioğlu*, s. 130, 131. Bugün için “kumar borcunun ödenmesi gerektiği konusunda toplumda yerleşmiş bir görüş vardır” yönünde bkz. *Tahiroğlu B./Erdoğan B.*, Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul, 2010, s. 12.

hukuken geçersizdir ve dava edilebilir bir hak bahşetmez (eksik borç). Kumar ve bahis borcu olan kişiye daimi bir def'i hakkı tanınmıştır. Temel borç ilişkisinin kumar ve bahis nedeniyle sakat olduğu durumlarda, kambiyo senedinin de geçersiz olacağı kabulü gerekir. Senedin kumar ve bahis borcu için düzenlendiği iyiniyetli hamile karşı öne sürülemez. Burada senedin hükümsüzlüğüne ilişkin nispi bir def'i söz konusudur⁵¹. Aynı yönde başka bir görüşe göre, senedin kumar ve bahis için düzenlenmiş olduğu hususu, senedin hükümsüzlüğünü gerektiren bir def'idir. Ancak bu gerçek, kıymetli evrak hukukunda imzaların bağımsızlığı kuralına göre yorumlanır⁵².

Bu görüşlere karşılık, kumarın ahlâka aykırı olduğu da ileri sürülmüştür. Kumar borcunun eksik borç saymaktaki düşüncenin, ahlâk vazifesi (TBK. m. 78/2) temeline değil; *conductio* (TBK. m. 81) temeline dayanır. Kumar borcunda, eksik borçtan değil de; *conductio* engelinden bahsedilmelidir ki, kumar teşvik edilmiş olmasın⁵³.

Doktrinde, borcun kaynağında kumar ve bahis bulunduğunu ispat hakkında da açıklamalar bulunmaktadır. İlk görüş, ispatta tanık-tan yararlanılamayacağı yönündedir. Kumar ve bahsin ispatı, yazılı delille yapılmalıdır; tanık dinletilemez. Ancak dava konusu kumar borcu, ceza hukuku bakımından suç teşkil ediyorsa, karşı tarafa yemin teklif edebilir. **Eğer suç teşkil etmiyorsa yemin teklif edemez**⁵⁴. Kumar ve bahis için verilen senet usul hukuku bakımından şahsî def'i teşkil etmektedir. Kural olarak kumar veya bahsin mevcudiyetini iddia eden bu iddiasını kanıtlamalıdır. Ancak senede karşı senetle ispat mecburiyeti tanıkla ispatın önüne geçebilir⁵⁵.

⁵¹ Türk A., Kambiyo Senedi Borçlusu Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler, 21.2.2013 tarihinde "www.kazanci.com" veri tabanının "Hukuk Eserleri Bankası" bölümünden erişilmiştir.

⁵² Uyar T., Takip Hukuku'nda Nafaka Borcunu Ödememe Suçu, 21.2.2013 tarihinde "www.kazanci.com" veri tabanının "Hukuk Eserleri Bankası" bölümünden erişilmiştir. Aynı makale için ayrıca bkz. http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2010-90-651.pdf. Aynı yönde bkz. Arslan İ., Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Def'ileri, prg. B.1.; 21.2.2013 tarihinde "www.kazanci.com" veri tabanının "Hukuk Eserleri Bankası" bölümünden erişilmiştir.

⁵³ Hatemi/Gökyayla, s. 22.

⁵⁴ Uyar T., Olumsuz Tespit Davalarında Kanıtlar, ABD, Y. 1985, S. 5-6, s. 714-737, s. 730, 731, 21.11.2012 tarihinde <http://www.ankarabarosus.org.tr/siteler/ankarabarosus/tekmakale/1985-5-6/6.pdf> adresinden erişildi.

⁵⁵ Yılmaz, s. 58.

İkinci görüşe göre, senetle ispat kuralı, kumar ve bahis iddiası için geçerli değildir. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 591'inci maddesine göre, "kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir. Anılan hüküm, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 497'inci maddesinden farklı olarak dört fıkradan oluşmaktadır. Maddenin hazırlanmasında doğrudan doğruya İsviçre Borçlar Kanunu'nun 502'inci maddesinden yararlanılmıştır. Kefilin asıl borçluya ait defileri ileri sürme hakkı düzenlenmiştir. Asıl borçlunun mirasçılara ait olan def'ileri alacaklıya karşıya ileri sürebileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca birinci fıkrada, asıl borçluya ait savunma imkânlarını kefilin ileri sürmesinin bir hak olduğu kadar zorunluluk olduğuna vurgu yapılarak kefile, def'i ve itirazları ileri sürme konusunda bir külfet yüklemiştir"⁵⁶. "Kumar ya da bahis borcu için senet düzenleyen (imzalayan) borçlunun, halk arasındaki anlayışa göre, aynı zamanda namus borcu sayılan, bu borç için verdiği senet karşılığında alacaklıdan senedin kumar borcu için düzenlendiği konusunda bir yazılı belge alması mümkün olmadığından, davacı, borçlunun, senedin kumar ya da bahis borcu için düzenlendiği iddiasını tanıkla ispat edebilmesi daha doğru olur. Aksi takdirde, aslında tabii (eksik) borç olan kumar borcunun ispatı hiçbir zaman mümkün olmaz"⁵⁷.

IV. İÇTİHATLARIN İNCELENMESİ

Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihatları, maddi hukuktan ziyade, usul hukuku boyutu üzerinden ilerlemiştir. Özellikle, senedin kumar için düzenlendiği iddiasının, öncelikle def'i mi, yoksa itiraz mı teşkil ettiği; ayrıca tanıkla ispatının mümkün olup olmadığı tartışılmıştır. Yargıtay'a göre, senedin kumar için düzenlendiği iddiası, bir yandan

⁵⁶ *Canbolat F.*, Kefilin Savunma İmkânlarının Borçlar Kanunu'nda Düzenleniş Şekli ve Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Getirilen Yenilikler, 21.2.2013 tarihinde "www.kazanci.com" veri tabanının "Hukuk Eserleri Bankası" bölümünden erişilmiştir. Aynı yönde bkz. *Grassinger Elçin G.*, Kefil İle Asıl Borçlu Arasındaki Hukukî İlişki, İHFM, Y. 1996, C. 55, S. 1-2, s. 389-412, s. 403; 21.2.2013 tarihinde <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmecmua/article/view/4038/3636> adresinden erişildi.

⁵⁷ *Uyar T.*, Olumsuz Tespit Davalarında Kanıtlar, ABD, Y. 1985, S. 5-6, s. 714-737, s. 730, 731, 21.11.2012 tarihinde <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1985-5-6/6.pdf> adresinden erişildi.

kamu düzenini yakından ilgilendirmektedir; diğer yandan, bu iddiada senede karşı senetle ispat zorunluluğu geçerlidir. Aşağıda, elde edilen ilke içtihatlar sırayla aktarılmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, kumar (savurganlık ve kötü yönetim) nedeniyle kısıtlanmış olan bir kişinin, art arda tarihlerde keşide ettiği çek ve bonoların, gerçekten kumar ve bahis kaynaklı olabileceğini; bu durum dikkate alınmadan hüküm kurulmasının bozma sebebi sayıldığını içtihat etmiştir. Kumar ve bahis borcunun eksikliği savunması, def'i niteliğinde değil, itiraz niteliğindedir. Hâkim tarafından re'sen dikkate alınır. "Kumar oynayan veya bahis eden kimse tarafından imza edilmiş adi senet veya kambiyo senedi üçüncü şahsa devredilmiş olsa dâhi bunlara dayanılarak hak talep edilemez"⁵⁸.

"818 sayılı Borçlar Kanunu'nun kumar ve bahis borcu ile ilgili 505'inci maddesinin ilk fıkrasından açıkça anlaşıldığı gibi, kumar ve bahis borcu için düzenlenmiş bir kıymetli evrak bakımından keyfiyeti bilmeyen iyi niyetli hamiller korunmuş bulunmaktadır. Bu durum karşısında maddenin ilk cümlesindeki "kambiyo senedi üçüncü bir şahsa devredilmiş olsa bile bunlara müsteniden hiç kimsenin hak talep edemeyeceği" yolundaki hükmü, senedin bu nedenle düzenlendiğini bilen kimseler için sevk edildiği şeklinde anlaşılması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Şu hâlde, kambiyo senedinin kumar ve bahis borcu için düzenlenmiş olduğunu bilen ve sonradan bunu ciro yolu ile devralıp, hamil durumuna geçen kişiye karşı senet keşidecisi, bu kişisel def'ini, 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun 599'uncu maddesinin 1'inci fıkrasındaki bile bile keşidecinin zararına hareket etmiş olma koşulu aranmaksızın ileri sürebilir. İyiniyetli kıymetli evrak hamilinin haklarının kumar ve bahis borçlarından dolayı düzenlenen kambiyo senetlerinde de korunması gerektiği dairemizce de kabul edildiği gibi, doktrinde de bu görüş aynen benimsenip, savunulmaktadır. Bu genel açıklamaların ışığında dava konusu olaya dönüldüğünde, davalılardan bono hamili M'nin söz konusu bononun kumar borcu için düzenlendiğini bildiği, davacı tarafından dava dilekçesinde ileri sürülmediği gibi, dinlettiği

⁵⁸ Yarg. HGK., T. 27.1.2010, 2010/19-6 E., 2010/36 K.; 21.11.2012 tarihinde <http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=8724> adresinden erişildi. Ayrıca bkz. İBD, C: 85, S. 3, Y. 2011, s. 143-146; 21.11.2012 tarihinde <http://www.istanbulbarosu.org.tr/proje/dergi/3/index.html#/161/zoomed> adresinden erişildi. Aynı içtihat için bkz. *Reisoğlu*, s. 38, dpn. 6.

tanıklar da bu yolda bir açıklamada bulunmamışlardır. Ceza dosyasında ise senet hamili mümeyyiz davalı hakkında kamu davası açılmadığı gibi keyfiyeti bildiği yolunda hiçbir delil bulunmamaktadır. Bu durum karşısında iyiniyetli hamil sıfatı taşıyan davalı M hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yukarıda açıklanan ilkelere ters düşen mahkeme kararının bozulması gerekmiştir⁵⁹.

“Bono, mücerret borç ikrarıdır. O hâlde, bono borçlusunun ilk önce bonodaki borç ikrarının sebebinin kumar veya bahis olduğunu ispat etmesi gerekir; bu ise, tanıkla ispat edilemez. Ancak senet (kesin delil) ile ispat edilebilir. Aksi hâlde, yani bononun kumar veya bahis borcu için düzenlendiği iddiasının tanıkla ispat edilebileceğinin kabulü durumunda bono emniyeti kalmaz; her bononun, kumar veya bahis borcu için verildiği yalancı tanıklarla ispat edilerek iptali sağlanabilir. Bu ise, hem Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 290’ıncı maddesi hükmüne, hem de bono emniyetine aykırı düşer”⁶⁰. Aynı yönde bir başka içtihadı göre, bononun veya sair kıymetli evrakın ve diğer adi senetlerin kumar ve bahis için düzenlendiği iddiası tanıkla ispat edilemez⁶¹.

“Davalı da senetteki temel borç ilişkisini kumar borcuna dayandırmıştır. Uyuşmazlık kumar borcundan kaynaklanmaktadır. Mahkemenin kabulü de bu doğrultudadır. Kumar ve bahis eksik (tabii) borç doğuran akitlerdendir. Kumar ve bahis borcunun eksikliği savunması bir defi değil, bir itiraz oluşturur. Varlığı yargıç tarafından görevinden ötürü dikkate alınır. Böyle bir savunmayı ortaya atmak da hakkın kötüye kullanılması sayılmaz. Bu husus kamu düzenine ilişkin olup, 818

⁵⁹ Yarg. 11. HD., T. 10.7.1985, E. 1985/4210, K. 1985/4420; 21.2.2013 tarihinde http://www.kararevi.com/karars/685024_yargitay-11-hukuk-dairesi-e-1985-4210-k-1985-4420 adresinden erişildi.

⁶⁰ Yarg. 19. HD., T. 9.5.2006, 2006/2181 E., 2006/5137 K.; 21.11.2012 tarihinde http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_19_Hukuk_Dairesi_2006-2181.php adresinden erişildi.

⁶¹ Yarg. 19. HD., T. 9.5.2006, E. 2006/2181, K. 2006/5137; *Nomer*, s. 16. Aynı yönde Hukuk Genel Kurul kararı için bkz. Yarg. HGK., T. 27.1.2010, 2010/19-6 E., 2010/36 K.; 21.11.2012 tarihinde <http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=8724> adresinden erişildi. Hukuk Genel Kurulu kararından önce aksi yönde kararlar için bkz. Yarg. 19. HD., T. 7.2.2000, E. 2000/622, K. 2000/733; Yarg. 19. HD., T. 4.6.1998, E. 1998/2985, K. 1998/3975; Yarg. 19. HD. T. 17.2.1998, E. 1998/8519, K. 1998/997; 21.2.2013 tarihinde <http://www.mycra.com/makale/talihuyar/29.htm> adresinden erişildi.

sayılı Borçlar Kanunu'nun 20'inci maddesinin 1'inci fıkrası ve 504'üncü maddesi hükmüne göre kumar için bilerek yapılan avanslar ve ödünç verilen akçeler alacak tevlit etmez. Çek bir ödeme vasıtası olup, mücerret borç ikrarını havi bir vesika değildir. Davaya konu çek kumar borcu karşılığı düzenlendiğine göre, davacı buna müsteniden hiçbir hak talep edemez. O nedenle, mahkemece davacının davasının reddine karar verilmesi gerekirken, aksi düşüncelerle yazılı şekilde tahsile karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir"⁶².

"Mahkemenin, kumarhanede alınan fiş bedelinden davacının borcu sebebiyle bonolar verilmiş olmasına dayanarak davayı reddetmesi hususuna gelince; 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 504'üncü maddesi gereğince kumar için bilerek yapılan avanslar ve ödünç verilen akçeler bir alacak hakkı tevlit etmediğinden, talep ve dava konusu yapılamaz. Böyle bir borç için kambiyo senedi tanzimi de lehtarına bir talep hakkı vermez"⁶³.

V. DE LEGE FERENDA DÜŞÜNCELERİN AÇIKLANMASI

Kumar ve bahis konusu, mevzuatımızda, hukuk ilminin farklı alanlarına ait kaynaklara serpiştirilerek düzenlenmiştir. Kanun koyucunun kumar ve bahsi bu şekilde düzenlemesi, çok disiplinli (*inter discipline*) bakış açısı ve bütünsel bir muhakeme gerektirmektedir.

Yukarıda "*de lege lata*'nın sunulması" başlığı altında ayrıntılı aktarıldığı üzere, kumar borcu özel hukukta, eksik borç sayılmakta; ceza hukukunda kumar oynatmak suç teşkil etmekte; askeri ceza ve spor hukuklarında açıkça ahlâka aykırı olarak değerlendirilmektedir. Hâkimlik ve savcılık gibi onurlu meslek dallarında, kumar oynamak iş disiplini ve şerefine aykırı mütalaa edilmektedir. İnternet ortamına ilişkin kanun ve yönetmeliklerle, sanal ortamda kumar, bazı açılardan kaldırılmaya, bazı açılardan yalnızca düzenlenmeye çalışılmaktadır⁶⁴.

⁶² Yarg. 13. HD., T. 30.12.2005, 2005/11359 E., 2005/19434 K.; 21.11.2012 tarihinde <http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=6190> adresinden erişildi.

⁶³ Yarg., 11. HD., T.11.12.1975, 1975/4386 E., 1975/7286 K.; 21.11.2012 tarihinde http://www.kararevi.com/karars/684455_yargitay-11-hukuk-dairesi-e-1975-4386-k-1975-7286 adresinden erişildi.

⁶⁴ İlgili kanunların ayrıntılı incelenmesi ve aktarılması için bu makalenin "*de lege lata*'nın sunulması" başlıklı bölümüne bakınız.

“İçtihatların incelenmesi” bölümünde tespit edildiği üzere, Yargıtay, hem 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 20’inci maddesinin 1’inci fıkrasından, hem de aynı kanunun 504 ve devamı hükümlerinden ortaklaşa yararlanmaktadır⁶⁵. Bu tarz hukuk tekniğine aykırıdır. Zira Türk Borçlar Kanunu’nun 27’inci maddesinde hükümsüzlük yaptırımı bulunmaktadır. Buna karşılık, aynı kanunun 604 ve devamı hükümlerinde eksik borç düzenlemesi, dolayısıyla ifanın geçerli kabul edilmesi söz konusudur. Aynı içtihatla, bu ikisinden birlikte yararlanılması tezatlık teşkil etmektedir.

Diğer taraftan, Yargıtay’ın, adi senet veya kıymetli evrakın, kumar borcu karşılığında düzenlendiğini ispat etme faaliyetini, senetle ispat kuralına bağlaması da isabetli bir yaklaşım değildir⁶⁶. Senetle ispat kuralını kumar borcuna sirayet ettiren 27.1.2010 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra değişip değişmeyeceği gözlenmelidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda, “İşin niteliğine ve tarafların durumlarına göre, senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan hukukî işlemler” söz konusu olunca, tanık dinlenmesine izin verilmiştir (HMK. m. 203/1-b). Esas olan kumar borcunun senede bağlanmamasıdır. Anılan hükmün kumar borcuna uygulanması suretiyle, kumarın ispatı senetle ispat kuralından kurtarılabilir. Kaldı ki, kumar, gerçekte borcun saikidir; çoğunlukla doğrudan vakiyaya tekabül eder. Kumar vakiasının senetle ispatlanmasını beklemek, ispat faaliyetini imkânsızlaştırmakta veya aşırı güçleştirmektedir.

“Özel hukuk doktrinin aktarılması” başlığı altında ayrıntılı irdelendiği üzere, Türk Hukuku’nda güncel eserlerde, konunun, ahlâka uygunluk veya aykırılık boyutu değerlendirilmemekte; yalnızca eksik borç nitelemesiyle yetinilmektedir. Buna karşılık, Necip ve Feyzioğlu’nun konuya özel monografilerinde, kumarın ahlâka aykırı

⁶⁵ Yarg. 13. HD., T. 30.12.2005, 2005/11359 E., 2005/19434 K.; 21.11.2012 tarihinde <http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=6190> adresinden erişildi.

⁶⁶ Yarg. 19. HD., T. 9.5.2006, 2006/2181 E., 2006/5137 K.; 21.11.2012 tarihinde http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_19_Hukuk_Dairesi_2006-2181.php adresinden erişildi.

Yarg. 19. HD., T. 9.5.2006, E. 2006/2181, K. 2006/5137; *Nomer*, s. 16. Hukuk Genel Kurul kararı için bkz. Yarg. HGK., T. 27.1.2010, 2010/19-6 E., 2010/36 K.; 21.11.2012 tarihinde <http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=8724> adresinden erişildi.

olmadığı; aksine bütün halk katmanlarında sosyal bir ihtiyaç olduğu yönünde görüş beyan edilmiştir⁶⁷. Zevkliler ve Tahiroğlu ise, kumar borcunun ödenmesinin toplumdaki yerleşmiş bir kural olduğu sonucuna varmıştır⁶⁸.

Kumar ve bahisten doğan borcun, eksik borç yerine, hükümsüz olarak nitelendirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Sorunun çözümü, kumar ve bahsin, ahlâka, kamu düzenine ve/veya emredici hukuk kurallarına aykırı olup olmadığı noktasında gizlidir. Eğer kumarın, ahlâka, kamu düzenine ve/veya emredici hukuk kuralına aykırı olduğu sonucuna ulaşılabılırsa, *de lege ferenda* kumar ve bahisten doğan borçların eksik borç olarak düzenlenmesinin yerinde olmadığı; eksik borç düzenlemesinin kaldırılması gerektiği; yeni düzenlemede, idarî izinle işleyen piyango haricinde, kumar ve bahis borcunun, Türk Borçlar Kanunu'nun 27'inci maddesinin emrine uygun olarak hükümsüz sayılması gerektiği iddia edilebilir.

Sosyal kurallar hukuktan ibaret değildir. Ahlâk, din⁶⁹ ile örf ve adet kuralları da, diğer sosyal kurallar çatısı altında toplumsal yaşamı,

⁶⁷ Feyzioğlu, s. 130, 131. Kumarın ahlâka aykırı olmadığı yönünde bkz. *Necip*, s. 8, 10, 11.

⁶⁸ Tahiroğlu B./Erdoğan B., Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul, 2010, s. 12. Zevkliler/Ertaş/Havutcu/Aydoğdu/Cumaloğlu, s. 51.

⁶⁹ İslâm hukukunun temel kaynağı Kur'an'da, Bakara sûresinin 219'uncu ve Mâide sûresinin 90 ile 91'inci ayetlerinde, kumar açıkça yasaklanmıştır. Bu ayetlere bağlı olarak, klasik fıkıh ilminde, garar ve cehalet (belirsizlik) içeren bütün sözleşmeler batıl addedilmektedir. Gerçekten, İslâm hukuk düzeni, kumar zihniyetine yabancıdır. Onun sömürüye ve sömürgeciliğe imkân tanımayan; adaletsizliğe, ferdiyetçiliğe, riba, kumar ve spekülâtif işlemlere karşı olan yapısı garar içeren akitleri mevcut kapitalist düzenden dışlar.

Tabakoğlu A., Bir İlim Olarak İslâm İktisadı, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, Ekim 2010, S. 16, İslâm İktisadı Özel Sayısı, s. 11-34, s. 31; 8.3.2013 tarihinde <http://www.islamhukuku.com/Uploads/Sayilar/islam%20hukuku%20dergisi%2016648.pdf> adresinden erişildi.

Sağlam H., Sigorta Sözleşmesinde Belirsizlik Var mıdır? Sigortada Belirsizliğin Varlığı Tartışmalarının İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, 15.2.2013 tarihinde www.e-akademi.org/makaleler/hsaglam-3.htm adresinden erişildi.

Maliki A., İslâm Hukukunda Ceza, Birinci Baskı, Ankara, 2002, s. 36, 37; 8.3.2013 tarihinde <http://www.kalifaat.org/pdf/Ukubat.pdf> adresinden erişildi.

Çalışkan İ., İslâm Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları, s. 367-397, s. 380, 381; 8.3.2013 tarihinde <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/775/9915.pdf> adresinden erişildi.

Cüveycâti Â., İslâm Hukukunda Sigorta ve Fâiz Hakkında Bir Risâle, Çeviren: İkinci B. E., AÜEHFD, S. 1-2, C. 4, s. 597-615; 8.3.2013 tarihinde http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2000_1_27.pdf adresinden erişildi.

Hatemi H., İslâm Hukuku Dersleri, İstanbul, 2012, s. 90.

manevî yaptırımlarla düzenlemektedir. Doktrinde, gerek kamu hukuku, gerek özel hukuku kapsayacak şekilde, kumarın *ratio legis* açıklaması kalem kalem sıralanmıştır: ahlâk beklentisi, sosyal ve ekonomik ahlâk bozulmasını (*démoralisation*) engellemek, üçüncü kişilerin ekonomik menfaatlerini koruma (satın alma olmaksızın kazanç elde etmenin engellenmesi), kamu düzeni ve devletin vergi beklentisi⁷⁰. Doktrinde ilgili toplumun ahlâk anlayışını tespit etmenin ve bu çerçeve kavramın içini doldurmanın çok güç olduğu; çünkü genel geçer ahlâk kurallarından söz edilemeyeceği; bunların zamana ve topluma bağlı olarak değiştiği ileri sürülmüştür⁷¹. Gerçekten, Türk Borçlar Kanunu'nun 27'inci maddesinde anılan ahlâka aykırılık, hem emredici nitelikte yazılı olan hem de yazılı olmayan ahlâk kurallarına aykırılıktır (EBK. m. 19, 20). Yazılı olmayan genel ahlâk kurallarını teşhis etme zorluğu, kıta Avrupası'nda terkedilmeye başlanan Hristiyan ahlâkıyla veya Durkheim'ın faşist eğilimlerle lekelenen toplumsal bilinç kavramıyla giderilemez. En somut ve pozitif ölçü, anayasal ilkeler yanı sıra, doğal hukuku tamamlayan evrensel etik asgari ahlâklılık ilkeleridir⁷². Öyleyse, kumar, öncelikle anayasa ve ceza hukukları kapsamında, ayrıca doğal hukuku sarmalayan evrensel etik değerler çerçevesinde değerlendirilmeli; bu noktada, tabii borç kavramının Roma Hukuku'ndaki tarihi temelleri incelenmeli; "kumar borcu namus borcu" deyiminin gerçek manası ortaya konulmalı ve mehzaz kanundaki eksik borç düzenlemesinin İsviçre'ye özel gerekçeleri araştırılmalıdır.

Anayasa'da, "devletin gençleri alkol, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alacağı" hükme bağlanmıştır (AY. m. 58/2). Hiyerarşik açıdan en üst düzeyde yer alan söz konusu Anayasa hükmü sayesinde, kanun koyucunun, kumarı, kötü alışkanlık ve cehalet olarak vasıflandırdığı görülür. Buna paralel olarak, ceza hukukunda kumarhaneler, kara para aklamanın merkezi olarak tanımlanmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda bulunan kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu bu tanımlamaya işaret etmektedir (TCK. m. 228). Kredi açılması, vade uzatımı, kiralık kasa hizmeti, çeklerin ciro edilmesi gibi birçok finansal işlemin gerçekleştirilmesine olanak sağlayan kumarhaneler, çok büyük miktarlarda nakit

⁷⁰ Mouquin, s. 43-99.

⁷¹ Atamer, s. 153.

⁷² Hatemi/Gökyayla, s. 73, 74.

paranın yoğun olarak çalıştığı yerlerdir. Aklayıcılar, yüksek meblağları kumarhaneye yerleştirebilir ve parasını başka yere götüreceği tehdidiyle herhangi bir bildirim yapılmamasını sağlayabilir. Bu şekilde yatırılan para, kumarhane çekleriyle her an çekilip transfer edilebilir. Diğer taraftan, kumarhane sahiplerinin işbirliği ile kara paranın kumar kazancı olarak gösterilmesi veya bildirim limitinin üstündeki nakdin bir kerede yatırılması mümkündür. Ayrıca aklayıcı, nakit parayla oyun fişi satın alıp, oyun oynamadan veya az miktarda oynadıktan sonra kasaya giderek kendisine fişleri karşılığı çek yazılmasını talep edebilir. 1996 yılında Amerika Birleşik Devletleri'ndeki kumarhanelerde yaklaşık 500 milyar dolarlık işlemin yapıldığı tespit edilmiştir⁷³.

Türk Ceza Kanunu'nun 228'inci maddesinin gerekçesi şöyledir. "Bu suça ilişkin düzenlemede, kumarın sosyal bakımdan ortaya koyduğu büyük tehlike ve doğurması olası facialar göz önüne alınmıştır"⁷⁴. Bu gerekçe, kanun koyucunun, kumar mevhumunu, büyük tehlikeli ve sosyal facia doğurmaya elverişli gördüğünü ortaya koymaktadır. Nitekim suçun unsurlarından biri de hukuka aykırılıktır. Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun hukuka aykırılık unsuru bakımından, ceza hukukunun genel esasları caridir. Bu suça mahsus hukuka uygunluk sebebi özel olarak ihdas edilmemiştir⁷⁵. Hukuka aykırılık, "işlenen fiilin, yalnız ceza hukuku ile değil; bütün hukuk nizamı ile tezat hâlinde bulunması demektir. Hukuka aykırılık parçalanması mümkün bir mefhum değildir". Hümanist anlayışta, hukuka aykırılığın, yani fiilin aykırı düştüğü şeyin, insanlığa aykırılıktan başka bir tarafı yoktur⁷⁶. Diğer taraftan, kumar borcunun ödenmemesi, haksız tahrik kapsamında kabul edilmemektedir⁷⁷.

⁷³ Yılmaz S., Kara paranın Aklanması ve Türkiye Boyutu, Kütahya, 2006, prg. 1.4.9; 21.2.2013 tarihinde "www.kazanci.com" veri tabanının "Hukuk Eserleri Bankası" bölümünden erişilmiştir. Aynı yönde bkz. Yılmaz S., Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu, 21.2.2013 tarihinde "www.kazanci.com" veri tabanının "Hukuk Eserleri Bankası" bölümünden erişilmiştir.

⁷⁴ Türk Ceza Kanunu'nun madde gerekçelerine 23.1.2013 tarihinde <http://www.ozandoz.com/CezaKanunu.pdf> adresinden erişilmiştir.

⁷⁵ Altıparmak C., Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu (TCK. m. 228), 21.2.2013 tarihinde "www.kazanci.com" veri tabanının "Hukuk Eserleri Bankası" bölümünden erişilmiştir.

⁷⁶ Erem F., Hukuka Aykırılık ve Ümanist Doktrin, Ankara, 1966, s. 13, 19.

⁷⁷ Aydın D., Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, AÜHFD, Y. 2005, C. 54, S. 1, s. 225-254, s. 235; 21.2.2013 tarihinde <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2004-54-01/AUHF-2004-54-01-Aydin.pdf> adresinden erişildi.

Anayasa'da kumarın cehaletle açıklanması ve devletin gençleri kumardan koruma görevini üstlenmiş olması; Türk Ceza Kanunu'nda kumar oynatmanın suç olarak tasnif edilmesi; aynı kanunun gerekçesinde, kumarın sosyal faciaya elverişli olarak nitelenmesi ve ceza hukuku doktrininde hukuka aykırılık unsurunun bütün hukuk düzenine aykırılık olarak mütalaa edilmesi hususları dikkate alındığında, kumar ve bahis, gerek özel hukuk, gerek ceza hukuku anlamında, ahlâka, kamu düzenine ve emredici hukuk kuralına aykırılığa işaret etmektedir. Demek ki, kumar ve bahsin, Türk Borçlar Kanunu'nun 27'inci maddesi bağlamında hükümsüzlük yaptırımıyla karşılanması, özel hukukun ceza hukukuyla uyumlanmasına ve büyük çerçevede hukukun yeknesaklığına hizmet etmektedir.

Hukuk tarihi bakımından, kumar ile tabii borç (*obligatio naturalis*) arasında hiçbir bağlantı bulunmamaktadır. Aksine Roma hukukunda, paraya ilişkin talih oyunu yasaktı. Hatta buna ait *stipulatio* batıl olurdu⁷⁸. "Roma'da tabii borç kavramı, kölelerin borçları dolayısıyla çıkmıştır. Köleler hukukî işlemleri dolayısıyla, ne kölelikleri esnasında, ne de azat edildikten sonra takip edilebiliyordu". Ayrıca, aynı babanın hâkimiyeti altındaki kişilerin birbirlerinden olan alacakları ve aile evlatlarına borç verilmemesi yasağına aykırı olarak alınan ödünçler de tabii borç teşkil ediyordu. Klasik dönemin akabinde, *Iustianus* dönemine intikal eden iki tabii borç türüne daha yer vermek gerekir: şekilsiz bir anlaşmadan doğan faiz borcu ve ahlâki görevin ifası dolayısıyla verilen para⁷⁹.

Görüldüğü üzere, klasik Roma Hukuku'nda, eksik borcun iki temeli bulunmaktadır. Birincisi, kölelerin borç ifasının muteber olduğu, ancak onların dâva edilemeyeceği formülüdür. İkincisi, iyi aile evlatlarının borçları bakımından *obligatio naturalis* kabul edilmiştir. Bugün modern hukukta eksik borç kavramı, otoritenin yasaklayamadığı ve fakat alacaklının emrine de icra organlarını vermek istemediği borç konularını da kapsayacak şekilde genişlemiştir⁸⁰. Artık dava hakkı vermeyen borç ilişkisinden doğan borç tanımı, Türk Borçlar Hukuku'nda eksik borç adı altında toplanan bütün örneklere tam olarak uymamaktadır⁸¹.

⁷⁸ Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, s. 12, dpn. 12.

⁷⁹ Erdoğan B., Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 2012, s. 23-25.

Akinci Ş., Roma Borçlar Hukuku, Konya, 2013, s. 9-10.

Tahiroğlu B., Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, 2012, s. 33, 34.

⁸⁰ Feyzioğlu, s. 41, 42, 170.

⁸¹ Hatemi/Gökayla, s. 20.

Liberal sistemde, kumar, popülizm araçlarından birisidir. Bireylerde, içinde buldukları kötü şartlardan kurtulmak hususunda yanlış telkin ve neticede ancak hüsrân doğurur⁸². Gerçekten, toplumumuzda, kumarın her çeşidinden korunmak talep edilir⁸³. Kumar oynayan, içki içen insanların kınanması, bu gibi kişilere, kız vermemek suretiyle, bunların aile kurmasına dâhi sıcak bakılmaması, yıllardır uygulanagelen toplumsal kurallardır. Örf ve adette, kumar borcu namus borcu kısaltması bulunmakta ve fakat bu kısa deyim yanlış yorumlanmaktadır. Söz konusu kısa deyim, “kumar borcu, namus borcu kadar önemlidir; mutlaka ifa edilmelidir” anlamında değildir. Aksine kumar borcu namus borcu kısaltmasının gerçek manası şöyledir: “kumar oynayan kişide namus kalmaz. Gün gelir borcu için kızını da verir, karısını da”⁸⁴. Diğer bir deyişle, alelade örf ve adet kuralında, kumar borcu, namusa değil, namusun tam tersinin en üst noktasına işaret etmektedir.

Türk Ticaret Kanunu ile 6762 sayılı Ticaret Kanunu’nda, sigorta sözleşmesi bakımından Türk Borçlar Kanunu’nun kumar ve bahse ilişkin hükümlerine atıf yapılması, dikkat çekici bir yöntemdir (TTK. m. 1401/2; ETK. m. 1263). 6762 sayılı Ticaret Kanunu’nun 1263’üncü maddesi emredici hükümdür. Bu hükmün emredici olduğu, maddenin yazılış şekline ve mahiyetinden anlaşılmaktadır. Ruhsatsız sigortacı ile yapılan sigorta sözleşmelerinin kumar ve bahis hükümlerine tabi olacağını hükme bağlanmaktadır. Söz konusu maddenin konuluş gerekçesi Adliye Encümeni Mazbatasında izah edilmiştir: “bu fıkra hükmü, ruhsatnamesiz kimselerin sigorta muamelesi yapmaları ve böylece sigortalıların menfaatlerini tehlikeye düşürmeleri mahzurunu bertaraf etmek için ve sigortalıları korumak amacıyla konulan bir hüküm olduğundan” ifadeleri kullanılmıştır⁸⁵. Türk Ticaret Kanunu’nda da,

⁸² Hatemi H., Liberalizm Üzerine Düşünceler, 8.3.2013 tarihinde http://dusunce.rasthaber.com/MK145_53_liberalizm-uzerine-dusunceler-.html adresinden erişildi. Aynı yönde bkz. Hatemi, İslam Hukuku Dersleri, s. 91.

⁸³ Hatemi H., Duanın Anlamı, e-kitap, 8.3.2013 tarihinde http://www.islamkutuphanesi.com/turkcekitap/online/duaninanlami/dua_anlami.htm#1-Genel_achiklamalar_ adresinden erişildi.

⁸⁴ Bu konuda ayrıntılı açıklayama, 8.3.2013 tarihinde www.atasozleri.gen.tr/; www.bavergun.com/.../kumar-borcu-namus-borcudur.html; www.uludagsozluk.com/k/kumar-borcu-namus-borcu/ adreslerinden erişildi.

⁸⁵ Memiş T., Türk Ticaret Kanunu’nun 1264’üncü Maddesinin Kapsamı İle İlgili Yarıgıtay Kararları ve Değerlendirilmesi”, prg. II.A; 21.2.2013 tarihinde “www.kazanci.com” veri tabanının “Hukuk Eserleri Bankası” bölümünden erişilmiştir.

ruhsatsız sigortacı ile kumar ve bahiste kazanan kişi arasında benzerlik kurulmuştur. Kumar ve bahiste kaybeden ile ruhsatsız sigortacıyla sözleşme akdeden sigortalı da aynı düzeyde mağdur kabul edilmiştir. Kumar ve bahiste kaybedenin içinde bulunduğu durum ile sigorta ettirenin içinde bulunduğu mağduriyet eş düzeyde telakki edilmiştir. İki haksız kazancın birbirine benzetilmesi dolayısıyla, aynı hükümlerle düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.

Diğer taraftan, kumar ve bahsin, talihe bağlı sözleşmeler grubunda geçerli sayılması da eleştiriye açıktır. "17-18 yüzyıla gelinceye kadar sigorta sözleşmeleri ile kumar ve bahis arasında herhangi bir ayırım yapılmamış, hatta sigorta sözleşmesi kumar ve bahis sözleşmelerinden sayılıp yasaklanmak istenmiştir. Sigorta sözleşmesi, kumar ve bahis gibi şansa bağlı sözleşmelerden değildir. Kumar ve bahiste taraflar kararlaştırmış oldukları parayı kaybetmeyi baştan göze almışken, sigorta sözleşmesinde ise hak sahibinin tesadüfe bağlı bir olaydan zenginleşmesi söz konusu değildir. Sigortada prim ve rizikonun hesaplanması teknik esaslara dayanmaktadır. Özellikle "büyük adetler yasası" bu hususta önemli yer teşkil etmektedir. Kumar ve bahiste bir kimse, tamamen şansına bağlı olarak, birçok şahıs tarafından aynı kazancı elde etme arzu ve ümidiyle verilmiş olan paraların toplamını almakta ve o kimsenin malvarlığında bir artma olmaktadır. Piyango da da durum aynıdır. Hâlbuki sigortanın gayesi sigortalı şahısların mameleklerinde muhtemel azalmaların karşılanmasıdır. Şu hâlde bir artış söz konusu değildir"⁸⁶. Bu noktada, kumar ve bahsin, eksik borç adı altında geçerli tutularak, talihe bağlı sözleşmeler grubuna dâhil edilmesi anlamsızlaşmaktadır. Kumar ve bahiste, talihe dâhil olmayan ve tesadüfe bağlı olmayan olgu, kumara katılanlardan en az birinin, ikiden fazla kişi katıldıysa çoğunluğun kaybedeceği'dir. Oysa yaşam boyunca gelir, ölünceye kadar bakma veya sigorta sözleşmelerini kapsayan gerçek anlamda talihe bağlı sözleşmeler grubunda, anılan her bir akit tipi, bünyesinde iki tarafı aynı anda memnun etme olasılığı içermektedir. Kazan kazan olasılığının bulunmadığı kumar ve bahiste ise, en az birinin, büyük olasılıkla çoğunluğun kaybedeceği kesin

⁸⁶ Yavaş A., Hayat Sigortalarında Prim Ödeme Borcunun Mukayeseli Olarak Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve İngiliz Hukukuyla İncelenmesi, prg. 1.1; 21.2.2013 tarihinde "www.kazanci.com" veri tabanının "Hukuk Eserleri Bankası" bölümünden erişilmiştir.

olduğuna göre, bu husustaki sözleşmelerin talihe dâhil veya tesadüfe bağlı olduğunu söylemek eşyanın doğasına aykırıdır. Birinin veya birilerinin kaybedeceği kesin ise, güya tesadüfe bağlanan, yalnızca kim sorusunun cevabıdır. Sözleşmeler hukukunda, kaybeden veya kazananın kim olacağı talih şeklinde nitelenemez; gerçek talih, sözleşen taraflardan birinin aslı borcunu ifa etmek zorunda kalıp kalmayacağı; ifa etmek zorunda kalırsa, ne boyutta ve ne kadar süreyle ifa edeceğidir. Öyleyse, iç dinamiğinde talih ve tesadüf barındırmayan, taraflardan en az birinin, büyük olasılıkla çoğunluğun kaybedeceğine dair kesinlik (dogma) üzerinden işleyen kumar ve bahis, talihe bağlı sözleşmeler grubundan dışlanmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 591'inci maddesinin 4'üncü fıkrası, İsviçre Borçlar Kanunu'nun⁸⁷ 502'inci maddesinin 4'üncü fıkrasına; 604-606 hükümleri ise, 513-515 hükümlerine tekabül etmektedir (TBK. m. 591/4, 604-606; İBK. m 502/4, 513-515). İki kanun arasındaki fark, kumarhaneler (*les maisons de jeu*) hakkındaki hükümde ortaya çıkmaktadır (İBK. m. 515/a). 1 Nisan 2000 tarihinden itibaren yürürlükte olan 515/a hükmüne göre, "Yetkili makam tarafından izinli olan bir kumarhanenin içinde döndüğü sürece, kumarhane içinde oynanan kumarlar (şans oyunları; *les jeux de hasard*) alacak hakkı bahşeder (*donnent droit de créance*)". Görüldüğü üzere, artık bu hükümde, kumar borcu, alışılmış niteliğini terk etmekte; eksik borç şeklinde değil; tam borç olarak düzenlenmektedir.

Mukayeseli hukuktan bir hüküm alırken, yalnızca bir hukuk dalıyla sınırlı olarak denetim yapılmamalıdır. İsviçre Hukuku'nda, kumarın, kural olarak eksik borç; yetkili kumarhanede oynanması durumunda tam borç olarak düzenlenmesinin sebebi; bu ülkede kumarla ilgili hiçbir suç bulunmamasıdır. İsviçre Ceza Kanunu'nda⁸⁸, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK. m. 228) aksine kumar oynatmak diye bir suç yoktur. Dolayısıyla İsviçre'de, kumar borcuna yakıştırılan eksik borç mülahazası, oranın hukuk sisteminde, iç ahengi bozmamaktadır. İsviçre'de kumarın eksik borç olarak düzenlenmesi isabetlidir;

⁸⁷ İsviçre Medenî Kanunu'nu tamamlayan federal kanun (Beşinci kitap: Borçlar Kanunu) (*Loi fédérale complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droits des obligations)*) için bkz. <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/220.fr.pdf>.

⁸⁸ İsviçre Ceza Kanunu (*Code pénal suisse*) için bkz. <http://www.admin.ch/ch/f/rs/3/311.0.fr.pdf>.

çünkü orada, kumarla ilgili hiçbir suç bulunmamaktadır. Daha doğrusu, İsviçre’de eksik borç kavramının kumarı kapsayacak şekilde genişletilmesi, zaten idareden izin alarak kumarhane açılabilmesinden kaynaklanmaktadır. Oysa Türkiye’de kumarhane açmak yasaktır; kumar oynamak da suç teşkil etmektedir. Bu noktada, İsviçre Borçlar Kanunu’ndan 515/a hükmü elenerek Türk Borçlar Kanunu’na tıpa tıp alınan 591/4, 513-515 hükümlerinin, Türk hukuk düzenine bütünsel bakış açısıyla ters düştüğü ortaya konulmuştur. Aynen iktibas edilen bu hükümlerin Türk hukuk düzenine uygun düşmesi için, İsviçre’de olduğu gibi Türkiye’de de, kumarhane açılmasının idareden alınacak basit bir izne bağlanmış olması gerekirdi. Oysa ülkemiz bu konudaki tercihini olumsuz yönde kullanmıştır⁸⁹.

Hukuk ve ahlâk kuralları, yaptırım türü ve kişiye tanıdığı özgürlük alanı bakımından ayrışır. Ancak hukuk ve ahlâkın ortak yanı, her ikisinin de kötü ile gayri adili yasaklaması ve iyi ile adile yönlendirmesidir. Adaletin gerektirdiği toplumsal yaşam, temelinde ahlâk normlarına tabidir. Bu nedenle, hukuk ve ahlâk arasında birlik olabilir; hukuk, ahlâkın gerçekleşmesine olanak sağlar; ahlâk da hukuku destekler⁹⁰. Meselâ kumarbazın hukukî işlem ehliyetini sınırlamak kaygısıyla vesayet altına alınması; yine onu görev niteliği bulunan ve dolayısıyla liyakat şartlarına bağlanan bazı yetkilerden mahkûm etmek yönündeki hükümler (TMK. m. 418, 406), ahlâk ve hukukun kesişim noktalarıdır⁹¹. Evlilik birliğini koruyucu önlemlerin kumarbaz eşe karşı alınması (TMK. m.198-200) hususundaki düzenlemeler de, aynı yönde yorum-

⁸⁹ Türkiye’de kumarhane açılması denenmiştir. Turizmi Teşvik Kanunu’na (RG. 16.3.1982, S. 17635; 2634 sayılı Kanun) binaen çıkarılan Talih Oyunları Yönetmeliği (RG. 18.1.1983, S. 17992) ile izin verilmişti. Ne var ki, kısa bir süre sonra, kumar borcuna dayalı intihar ve cinayetler arttığı için, açılan kumarhaneler, bakanlar kurulu kararıyla 1996 yılında kapatılmıştır. Bu konuyu ayrıntılı bir şekilde, özellikle tarihin realist detaylarıyla birlikte incelemek amacıyla ilgili meclis tutanakları ve milletvekili önerilerine bkz. www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d20/c010/tbmm20010088.pdf, www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d20/c018/tbmm20018042.pdf, www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d20/c032/tbmm20032132.pdf ve www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem20/yil2/bas/b132m.htm.

⁹⁰ Aral V., Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul, 1991, s. 80-83.

⁹¹ Hatemi H./Kalkan Oğuztürk B., Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), İstanbul, 2013, s. 7.

lanabilir⁹². Kanun koyucu kumar borcunu ahlâk vazifesi temeline dayandırmamıştır; bilakis ahlâka aykırı bulduğu hâlde bu borcun alacaklısı aleyhine *condictio* engeli (TBK. m. 81) yaratmıştır. Oysa burada bir centilmen anlaşması değil; kumarbaz anlaşması vardır⁹³. Kanun koyucunun, bu borcu geçersizlik yaptırımına bağlaması; bu borcun alacaklısıyla hiç muhatap olmaması gerekirdi. Bu şekilde, kumardan doğan alacağın hükümsüzlük yerine eksik borç mertebesine çıkarılması ve kumar alacaklısının özel bir konuma yerleştirilmesi, kumarı teşvik etmekten başka bir sonuç sağlamamaktadır. Oysa sosyal yaşamda, doğal değer ve ilkelere uygun olarak maddî ve manevî yaptırımlar uzlaştıkça, toplumsal gelişme gerçekleşir ve hukukî barış (toplumun hukuka istekle uyması) ütopyasına yaklaşılır. Bu nedenlerle, kumar ve bahis borcuna ilişkin düzenlemenin yenilenmesi; bu borcun hükümsüzlük yaptırımıyla karşılanması, özel hukuk ile kamu hukukunun yeknesaklaşmasına hizmet edecektir. Esasen, böylesine bir yenilik, ahlâk, örf adet ve hukuk kuralları arasında yaklaşma sağlayacaktır.

KAYNAKLAR

- Akartepe Alpaslan, Türk Hukukuna Göre Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, İstanbul, 2005.
- Akıncı Şahin, Roma Borçlar Hukuku, Konya, 2013.
- Akyol Şener, Medenî Hukuka Giriş, 2. Bası, İstanbul, 2006.
- Altıparmak Cüneyd, Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu (TCK. m. 228), 21.2.2013 tarihinde "www.kazanci.com" veri tabanının "Hukuk Eserleri Bankası" bölümünden erişilmiştir.
- Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 2012.
- Aral Fahrettin/Ayrancı Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara, 2012.
- Aral Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul, 1991.
- Arslan İbrahim, Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Def'ileri, prg. B.1.; 21.2.2013 tarihinde "www.kazanci.com" veri tabanının "Hukuk Eserleri Bankası" bölümünden erişilmiştir.
- Atamer Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 2001.

⁹² Hatemi H., Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku), İstanbul, 2005, s. 88.

⁹³ Hatemi/Gökyayla, s. 22.

- Aydın Devrim, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, AÜHF, Y. 2005, C. 54, S. 1, s. 225-254; 21.2.2013 tarihinde <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arxiv/AUHF-2004-54-01/AUHF-2004-54-01-Aydin.pdf> adresinden erişildi.
- Bilge Necip, Cezai Şart, Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara, 1958, s. 37-128, 21.11.2012 tarihinde <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/390.pdf> adresinden erişildi (Bilge, Cezai Şart).
- Bilge Necip, Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar, İÜMH, Ocak-Şubat 1958, s. 7-15, 13.11.2012 tarihinde <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmukayese/article/view/3342/2931> adresinden erişildi.
- Canbolat Ferhat, Kefilin Savunma İmkânlarının Borçlar Kanunu'nda Düzenleşme Şekli ve Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Getirilen Yenilikler, 21.2.2013 tarihinde "www.kazanci.com" veri tabanının "Hukuk Eserleri Bankası" bölümünden erişilmiştir.
- Cüveycâti Ârif, İslâm Hukukunda Sigorta ve Fâiz Hakkında Bir Risâle, Çeviren: İkinci Buğra Ekrem, AÜEHFD, S. 1-2, C. 4, s. 597-615; 8.3.2013 tarihinde http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2000_1_27.pdf adresinden erişildi.
- Çalışkan İbrahim, İslâm Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları, s. 367-397; 8.3.2013 tarihinde <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/775/9915.pdf> adresinden erişildi.
- Dündar Mustafa, Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, 15.2.2013 tarihinde <http://www.belgeler.com/blg/tcc/Inceye-kadar-bakma-szlemesi-contact-maintenance-for-life> adresinden erişildi.
- Eralp Özgür, Sanal Kumar, 24.1.2013 tarihinde <http://www.ozgureralp.av.tr/makaleler/sanalkumar.html> adresinden erişildi.
- Eralp Özgür, Sanal Kumar, s. 1-29, 21.11.2012 tarihinde www.ozgureralp.av.tr/sunumlar/01-SANALKUMAR.ppt adresinden erişildi.
- Erçin Ferhat, Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlâka Aykırı Cezai Şartın İptalini ve Tenkisini İsteyebilmeleri, İstanbul, 2011; 21.2.2013 tarihinde "www.kazanci.com" veri tabanının "Hukuk Eserleri Bankası" bölümünden erişilmiştir.
- Erdoğan Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 2012.
- Erem Faruk, Hukuka Aykırılık ve Ümanist Doktrin, Ankara, 1966.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2012.
- Feyzioğlu Necmettin Feyzi, Cezai ve Hukuki Cepheleriyle Kumar ve Bahis, Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağandan Ayrı Bası, Ankara, 1958, s. 129-214, 21.11.2012 tarihinde <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/390.pdf> adresinden erişildi.
- Grassinger Elçin Gülçin, Kefil İle Asıl Borçlu Arasındaki Hukukî İlişki, İHF, Y. 1996, C. 55, S. 1-2, s. 389-412; 21.2.2013 tarihinde <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmecmua/article/view/4038/3636> adresinden erişildi.
- Guhl Théo, Eksik Borcun Mahiyeti (2. Borç), Çeviren: Gözübüyük Pulat, İÜHF, Y. 1958, S. Temmuz-Ağustos, s. 159-161, 21.11.2012 tarihinde <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmukayese/article/view/3390/2994> adresinden erişildi.
- Gümüş Alper M., Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. I, İstanbul, 2012.
- Hatemi Hüseyin, Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku), İstanbul, 2005.

- Hatemi Hüseyin, Duanın Anlamı, e-kitap, 8.3.2013 tarihinde [http://www.islamkutuphanesi.com/turkcekitap/online/duaninanlami/dua_anlami.htm#1-_Genel_ aciklamalar_](http://www.islamkutuphanesi.com/turkcekitap/online/duaninanlami/dua_anlami.htm#1-_Genel_aciklamalar_) adresinden erişildi.
- Hatemi Hüseyin, İslâm Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul, 2012.
- Hatemi Hüseyin, Liberalizm Üzerine Düşünceler, 8.3.2013 tarihinde http://dusunce.rasthaber.com/MK145_53_liberalizm-uzerine-dusunceler.html adresinden erişildi.
- Hatemi Hüseyin/Gökyayla Emre, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul, 2012.
- Hatemi Hüseyin/Kalkan Oğuztürk Burcu, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), İstanbul, 2013.
- Kılıçoğlu M. Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara, 2012.
- Korkmaz Tekin, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Ankara, 2008, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, 21.11.2012 tarihinde <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/5385/6033.pdf> adresinden erişildi.
- Maliki Abdurrahim, İslâm Hukukunda Ceza, Birinci Baskı, Ankara, 2002; 8.3.2013 tarihinde <http://www.kalifaat.org/pdf/Ukubat.pdf> adresinden erişildi.
- Memiş Tekin, Türk Ticaret Kanunu'nun 1264'üncü Maddesinin Kapsamı İle İlgili Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmesi"; 21.2.2013 tarihinde "www.kazanci.com" veri tabanının "Hukuk Eserleri Bankası" bölümünden erişilmiştir.
- Mouquin Gérald, La Notion de jeu de hasard en droit public, Lausanne, 1980.
- Mümtaz Tarhan, Ölünceye Kadar Bakma Akdi Hakkında Toplu Bir Tetkik, Ankara, 1949.
- Nomer N. Halûk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, İstanbul, 2012.
- Nursel Erdem, Roma ve Türk Hukuku'nda Vedia Sözleşmesi, Ankara, 2008, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, s. 18; 21.11.2012 tarihinde <http://tr.scribd.com/doc/78092097/16/a-Kumar-Ve-Bahis> adresinden erişildi.
- Oğuzman M. Kemâl/Barlas Nami, Medenî Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 18. Baskı, İstanbul, 2012.
- Oğuzman M. Kemâl/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 10. Baskı, İstanbul, 2012.
- Olgaç Senai, Ömür Boyunca Gelir, Ölünceye Kadar Bakma Akdi, Ankara, 1978.
- Reisoğlu Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul, 2012.
- Reisoğlu Seza, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, s. 327-392, 21.11.2012 tarihinde <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1962-19-01-04/AUHF-1962-19-01-04-Reisoglu.pdf> adresinden erişildi (Reisoğlu, Kefalet).
- Sağlam Hadi, Sigorta Sözleşmesinde Belirsizlik Var mıdır? Sigortada Belirsizliğin Varlığı Tartışmalarının İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, 15.2.2013 tarihinde www.e-akademi.org/makaleler/hsaglam-3.htm adresinden erişildi.
- Saymen Ferid Hakkı/Elbir Halit Kemâl, Türk Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, C. I, İstanbul, 1958.
- Serozan Rona, Medenî Hukuk, 3. Baskı, İstanbul, 2011.

- Tabakoğlu Ahmet, Bir İlim Olarak İslâm İktisadı, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, Ekim 2010, S. 16, İslâm İktisadı Özel Sayısı, s. 11-34; 8.3.2013 tarihinde <http://www.islamhukuku.com/Uploads/Sayilar/islam%20hukuku%20dergisi%2016648.pdf> adresinden erişildi.
- Tahiroğlu Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, 2012.
- Tahiroğlu Bülent/Erdoğan Belgin, Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul, 2010 (Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler).
- Tandoğan Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I, İstanbul, 2008.
- Tekinay Selâhattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Halûk/Altop Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul, 1993.
- Türk Ahmet, Kambiyo Senedi Borçlusunu Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler, 21.2.2013 tarihinde "www.kazanci.com" veri tabanının "Hukuk Eserleri Bankası" bölümünden erişilmiştir.
- Uyar Talih, Karşılıksız Çek Çekmek (Keşide Etmek) Suçu, ABD, Y. 1987, S. 5-6, s. 671-683, 21.11.2012 tarihinde <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/tekmakale/1987-5/3.pdf> adresinden erişildi.
- Uyar Talih, Olumsuz Tespit Davalarında Kanıtlar, ABD, Y. 1985, S. 5-6, s. 714-737, 21.11.2012 tarihinde <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/tekmakale/1985-5-6/6.pdf> adresinden erişildi.
- Uyar Talih, Takip Hukuku'nda Nafaka Borcunu Ödememe Suçu, 21.2.2013 tarihinde "www.kazanci.com" veri tabanının "Hukuk Eserleri Bankası" bölümünden erişilmiştir. Aynı makale için ayrıca bkz. http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2010-90-651.pdf.
- Yavuz Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul, 1996.
- Yavuz Cevdet/Özen Burak/Acar Faruk, Prof. Dr. Cevdet Yavuz Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, İstanbul, 2012.
- Yılmaz Merve, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Kıymetli Evrakta Şahsi Defiler, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Isparta, 2007, 21.11.2012 tarihinde <http://eprints.sdu.edu.tr/444/1/TS00598.pdf> adresinden erişildi.
- Yılmaz Sacit, Kara paranın Aklanması ve Türkiye Boyutu, Kütahya (Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), 2006; 21.2.2013 tarihinde "www.kazanci.com" veri tabanının "Hukuk Eserleri Bankası" bölümünden erişilmiştir.
- Yılmaz Sacit, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu, 21.2.2013 tarihinde "www.kazanci.com" veri tabanının "Hukuk Eserleri Bankası" bölümünden erişilmiştir.
- Yücer İpek, Yenileme (Tecdit, DEÜHFD, Y. 2007, C. 9, S.1, s. 233-260; 21.2.2013 tarihinde <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz9-1/iyucer.pdf> adresinden erişildi.
- Zevkililer Aydın/Ertaş Şeref/Havutcu Ayşe/Aydoğdu Murat/Cumaloğlu Emre, Borçlar Hukuku, İzmir, 2013.
- Zevkililer Aydın/Gökyayla Emre K., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara, 2010.

SEYAHAT ACENTALARI SORUMLULUK SİGORTALARINDA SİGORTANIN KÖTÜYE KULLANILMASI: SİGORTANIN KAPSAMI YÖNÜNDEN UYGULAMADAN BİR ÖRNEK

MISUSE OF TRAVEL AGENCY'S LIABILITY
INSURANCE CONTRACTS: AN EXAMPLE
ON INSURANCE COVERAGE FROM PACTICE

Huriye KUBİLAY*
İbrahim Atakan KUBİLAY**

Özet: Seyahat Acenteleri Zorunlu Sorumluluk Sigortası'na özgü genel şartlar henüz bulunmamaktadır. Uygulamada kullanılan özel şartlar yasadaki zorunlu sorumluluk sigortasının kapsamı ile tamamen örtüşmemektedir. 6762 sayılı TTK'daki sigortanın kapsamı ile ilgili umumilik esasının 6102 sayılı TTK'nda terkedilmiş olması; sigorta güvencesinin kapsamı yönünden sigorta sözleşmeleri arasında önemli bir farklılığın doğmasına neden olmuştur.

Anahtar Kelimeler: Seyahat sigortası, umumilik esası, sorumluluk sigortası, zorunlu sigorta, sigortanın kapsamı

Abstract: There are no characteristic general clauses yet related to the travel agencies mandatory liability insurance. The special clauses used in practice do not entirely correspond to the scope of the mandatory liability insurance in the law. The TCC 6102's abandonment of the generality principle related to the scope of the insurance enshrined in TCC 6762; has caused an important difference between the insurance contracts in the context of the scope of the insurance coverage.

Keywords: Travel insurance, generality principle, liability insurance, mandatory insurance, insurance coverage

* Prof. Dr., İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
** Araş. Gör., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. GENEL OLARAK

Bazı kötünietli seyahat acentelerinin çok sayıda seyahat sözleşmeleri yaparak bu sözleşmelerdeki yükümlerini yerine getirmeden ortadan kaybolmaları karşısında sigortalıların/müşterilerin sigorta sözleşmeleri ile gerektiği şekilde korunup korunmadıklarının araştırılması bu makalenin konusudur. Özellikle yurt dışı seyahatlerin oldukça yüksek maliyetli olması ve sigorta poliçelerinin internet ortamında da sigortalılara sunulması, sigortalıların bu konuda bilinçlenmelerinin önemini açıkça ortaya koymaktadır.

Seyahat acentelerinin müşterilerini koruyan temel yasalar; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'dur. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Hukuku ile ilgili Beşinci Kitabı hükümleri ve özellikle sorumluluk sigortalarıyla ilgili m.1473-1486 hükümleri, müşterileri koruyan hükümler içermektedir. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 4822 sayılı Kanun'la 06.03.2003 tarihinde eklenen "Paket tur" başlıklı 6/C maddesi ile paket tur satın alan müşterilerin bu Kanun kapsamında korunmaları mümkün hale gelmiştir. 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'na göre, seyahat acentaları ve sigorta şirketleri, sigorta sözleşmelerini yaptıkları andan itibaren beş işgünü içerisinde sözleşmenin bir örneğini Kültür ve Turizm Bakanlığı'na göndermekle yükümlüdürler (SASABK m.12 (a)). Sözleşmenin bir örneğinin süresi içinde gönderilmemesi halinde seyahat acentası hakkında para cezası uygulanır (SASABK m.27 (Değişik: 31/7/2008-5800/3 md.), (a), 3)). Ayrıca, zorunlu sigortanın yaptırılmaması, seyahat acentası işletmesi belgesinin iptal edilmesi sonucunu doğurur (SASABK m.27 (Değişik: 31/7/2008-5800/3 md.), (b), 1)). Kültür ve Turizm Bakanlığı, Seyahat acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği'ni, müfettişleri, uzman denetçileri, bölge müdürleri veya yetkili kılınan diğer kişiler vasıtasıyla her zaman denetleme yetkisini haizdir (SASABK m.24). 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun amaçlarından biri de sigorta sözleşmesinde yer alan kişilerin hak ve menfaatlerini korumak ve sigortacılık sektörünün güvenli ve istikrarlı bir ortamda etkin bir şekilde çalışmasını temin etmektir (SK. m.1 (1)). Bu Kanun

uyarınca her türlü sigortacılık işleminin denetimi, Sigorta Denetleme Kurulu'na verilmiştir (SK m. 28). Ayrıca, "İyiniyet" esaslı Kanun'da özel olarak düzenlenenmiş (SK m.32); sigorta şirketleri ve aracılardan, her çeşit broşür, izahname ve diğer belgeler ile ilan ve reklamlarını, taahhütleriyle sigortalıya sağlayacakları hak ve menfaatlerin sınır ve kapsamı dışında bir anlayışa neden olacak şekilde düzenleyemeyecekleri, kişi ve kuruluşlara gerçeğe aykırı, yanıltıcı, aldatıcı ve haksız rekabete yol açan beyanda bulunamayacakları belirtilmiş olup, bu hükme aykırılığın tespiti halinde durumun, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca faaliyet gösteren Reklam Kuruluna bildirilmesi öngörülmüştür. Sigorta şirketleri, reasürans şirketleri, aracılardan ve sigorta eksperleri sigortalıların hak ve menfaatlerini tehlikeye sokabilecek hareketlerden kaçınmak, mevzuat ve işletme planı esaslarına uygun faaliyette bulunmak, sigortacılığın icaplarına ve iyiniyet kurallarına uygun hareket etmek zorundadır. Sigorta şirketleri, reasürans şirketleri, aracılardan ve sigorta eksperlerinin bu kurallara uymalarını sağlamak üzere Hazine Müsteşarlığı gerekli her türlü tedbiri almaya yetkili kılınmıştır. Almanya'da sigorta denetiminin yasal dayanağını teşkil eden Sigorta Denetim Kanunu (Versicherungsaufsichtsgesetz - VAG) sigorta denetiminin amacının, sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan borçların karşılanabilmesini sağlamak (81 I 5 VAG) ve sigortalının çıkarlarını güvence altına almak (81 I 4 VAG) olarak belirlemektedir.¹

Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği,² "sigorta suiistimali"ni; "haksız kazanç elde etmek amacıyla, önemli bir hususun gizlenmesi, gerçek dışı bir beyanla sigortacının kasıtlı olarak aldatılmasıdır." olarak açıklamakta ve sigorta suiistimalinin; biri, poliçenin düzenlendiği aşamada, diğerinin sigorta süresi içinde olmak üzere iki farklı süreçte yaşandığını belirtmektedir. Sigorta şirketine bilerek yanlış bilgi vermek, sonrasında bu poliçeden tazminat talebinde bulunmak, poliçe düzenlendiği aşamada ortaya çıkan kötüniyetli davranış durumudur. Kasıtlı olarak bir hasar meydana getirmek, teminat dışı kalan bir ha-

¹ Manfred Wandt/Hannab Eblers, "Insurance Supervision in Germany", Prof.Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Birinci Cilt, İstanbul 2007, s.984.

² Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği'nin burada verilen açıklamaları 22 Nisan 2013 tarihli Hürriyet Gazetesi'nden alınmıştır.

sarı gerçeğe aykırı bir beyanla tazmin etmeye çalışmak, meydana gelen bir hasarın miktarını olduğundan fazla göstermek, sigorta süresi içinde ortaya çıkan sigorta suiistimallerine örnek haller olarak gösterilmektedir. Ülkemizde sigortanın kötüye kullanılmaya çalışıldığı hallerde verilebilecek birçok örnek bulunmaktadır. Ödenmemesi gereken bir hasarı ödetmek amacıyla sigorta şirketine bilerek yanlış bilgi verilmesi, teminat dışı kalan bir hasarı gerçeğe aykırı beyanla tazmin etmeye çalışılması, kasıtlı olarak bir hasara sebep olunması örnek gösterilebilecek sigorta suiistimallerinden sadece bazılarıdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158inci maddesinin (1)inci fıkrası (k) bendi uyarınca, sigorta bedelini almak maksadıyla dolandırıcılık suçunun işlenmesi "Nitelikli dolandırıcılık" sayılarak, iki yıldan yedi yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunmasını gerektiren bir suç olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Burada, somut bir olayın hukuki sorumluluk yönü üzerinde durulacak, ceza sorumluluğu ele alınmayacaktır.

"Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu"³ 12nci maddesiyle, seyahat acentalarına, Türkiye'de satılan paket turlarda, düzenledikleri paket tur kapsamında, müşteriye taahhüt ettikleri hizmetlerin acentanın iflâsı da dahil olmak üzere herhangi bir nedenle verilmemesi veya taahhüt edilen şekilde verilmemesinden kaynaklanabilecek sorumluluklarını sigorta ettirmek zorunluluğu getirmektedir. Bu hükmün gerektiği şekilde uygulanması halinde uygulamada karşılaşılan pek çok sorunun yaşanması önlenmiş olacaktır. Bu nedenle, sigorta sözleşmelerinin gerektiği şekilde yapılıp yapılmadığının sürekli izlenmesi ve gerektiği şekilde sigorta sözleşmelerinin yapılmaması halinde belki daha ağır yaptırımların uygulanması önem taşımaktadır.

Çalışmamızda değerlendireceğimiz somut olayda, bir bayram süresince gerçekleştirilecek turlar için bir seyahat acentası çok sayıda müşteriyi, sigortalı olarak göstermek suretiyle bir sigorta acentası aracılığıyla sigorta sözleşmeleri yapmıştır. Sigorta poliçelerinin başlan-

³ Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu, Kanun No: 1618, Kabul Tarihi: 14.09.1972, Resmi Gazete Tarihi: 28.09.1972, Sayı: 14320.

gıç tarihi 24.10.2012, bitiş tarihi 01.11.2012'dir. Sigorta şirketi, seyahat sağlık sigortası yanında ek olarak iflâs teminatını isteğe bağlı bir ek teminat olarak verdiklerini öne sürmektedir. Seyahat acentası, müşterilerinin cep telefonlarına mesaj göndererek, şirketin iflâs ettiğini, sigorta poliçelerinde "*seyahat acentasının iflâsı*" teminatının bulunduğunu ve ödemiş oldukları tur bedellerini sigorta şirketinden alabileceklerini bildirmiş ve onları sigorta şirketine yönlendirmiştir. Sigortalıların, sigorta şirketine başvurması üzerine sigorta şirketi, sigorta poliçelerindeki iflâs teminatından ödeme yapılması için iflâs halinin bir mahkeme kararına bağlanması ve bu kararın kesinleşmesi gerektiği, kesinleşmiş mahkeme kararı alınana kadar ödeme yapılmasının mümkün olmadığını bildirmiştir. Bu arada, seyahat acentası, turun gerçekleştirileceği bayramdan bir hafta önce mahkemeye başvurarak iflâs davası açmış, bu dava, davacı vekilinin özel vekâletnamesinin olmaması ve davaya ilişkin gider avansının yatırılmaması sebebiyle reddedilmiştir. Limited şirket statüsündeki seyahat acentesi, ortak yapısını değiştirerek tek ortaklı hale gelmiştir. İflâsını talep eden seyahat acentasının, yakın zamanlarda çok sayıda seyahat sözleşmesi yapması ve ortak yapısını değiştirerek tek ortaklı limited şirket haline dönüşmesi düşündürücüdür. Bu olaylar üzerine, sigorta şirketi, Cumhuriyet Savcılığı'na başvurarak dolandırıcılık ve hileli iflâs nedeniyle şikâyette bulunmuştur.

II. SEYAHAT RİSKLERİNE KARŞI SİGORTALAR

Kapsamlı bir seyahat sigortası sözleşmesi, seyahate ilişkin ortaya çıkabilecek finansal kayıpları tamamen karşılamalı, hiç olmazsa en aza indirebilecek teminatları içermelidir.⁴ Seyahat rizikolarına karşı sigortalar, seyahat güvence paketi, seyahat vize sigortası, dövize endeksli seyahat vize sigortası, seyahat ferdi kaza sigortası, seyahat sağlık sigortası, yurtiçi seyahat sigortası, seyahat araç destek sigortası, ve rezervasyon garanti sigortası adları altında sunulmaktadır. Bu sigorta güvencelerinden Seyahat Güvence Paketi Poliçesi, TÜRSAB (Türkiye

⁴ STEVES, "Do I Need Travel Insurance ?" <http://www.rickstevens.com/plan/tips/travel-insurance.htm> (Erişim tarihi: 26.04.2013)

Seyahat Acentaları Birliği/Association of Turkish Travel Agencies) tarafından oluşturulmuştur.⁵ TURSAV'ın (Turizm ve Seyahat Acentaları Vakfı) iştiraki olan TURSER – TURSAV Servis Sigorta Acenteliği Ltd. Şti., bazı sigorta şirketlerinin acentesi olarak sigortalılara/müşterilere sigorta güvencesi sunmaktadır. Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nda düzenlenen zorunlu sorumluluk sigortası ile ilgili genel şartlar ise bulunmamaktadır.

Avrupa Birliği/Schengen ülkeleri, vize almada ve kendi ülkelerine girişte seyahat sağlık sigortasını zorunlu tutmaktadır. Geçerli bir sigorta sözleşmesi, seyahatin iptali, seyahatin yarıda kesilmesi ve mesleki sorumluluk gibi sigortalıları/müşterileri koruyucu teminatları içermektedir.⁶

01.03.2006 tarihinde yürürlüğe giren Seyahat Sağlık Sigortası Genel Şartları, yasa ile düzenlenen zorunlu sorumluluk sigortasına ilişkin herhangi bir hüküm içermemekte, ancak, özel şartlarla ek teminatlar verilebileceği belirtilmektedir (m.6). Uygulamada, seyahat acentasının sorumluluğuna ilişkin teminatlar genellikle bu sigorta sözleşmelerinin özel şartları olarak sigortalılara/müşterilere sunulmaktadır. Seyahat sağlık sigortası, poliçe adetleri bakımından Hastalık/Sağlık Branşında, sağlık sigortasından sonra ikinci sırada yer alan sigorta branşındadır. 01.01.2013-28.02.2013 dönemine ilişkin istatistiki verilere göre, elementer sigorta şirketlerinin düzenlediği toplam 744.599 sigorta poliçesinden 190.781'i, 8.763 hayat sigortası poliçesinden 563 sigorta poliçesi, seyahat sağlık sigortası poliçesidir. 2011 yılında Sigorta Tahkim Komisyonu'na yapılan toplam 1.857 başvurudan, % 0,32'si; yani 6'sı seyahat sağlık sigortası branşında, 2012 yılında Sigorta Tahkim Komisyonu'na yapılan toplam 2.353 başvurudan % 0,51'i; yani 12'si seyahat sağlık sigortası branşında yapılmıştır.⁷

⁵ http://www.tursab.org.tr/tr/tuketici-bilgileri/turserin-sigorta-cozumleri/seyahat-guvence-paketi-policesi_481.html Erişim tarihi: 22.04.2013).

⁶ 01.06.2004 tarihi itibari ile Schengen ülkelerine (Avusturya, Belçika, Danimarka, Yunanistan, Finlandiya, Fransa, Almanya, İzlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, Portekiz, İspanya, İsveç) seyahat edecek olan kişilerin, seyahat sağlık sigortası yaptırması zorunlu hale gelmiştir. <http://www.schengenvizesi.com/seyahat-sigortasi.htm> (Erişim tarihi: 24.04.2013).

⁷ Sigorta Tahkim Komisyonu, 2012 Faaliyet Raporu/Insurance Arbitration Com-

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11inci maddesinin birinci fıkrasına göre, sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Hazine Müsteşarlığı tarafından onaylanan ve sigorta şirketleri tarafından aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara göre düzenlenir. Ancak, sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartlar tesis edilebilir. Özgün genel şartların bulunmadığı bu durumda, seyahat acentelerinin sorumluluğunun genel şartlar yerine özel şartlarla sigorta teminatı altına alınması 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu açısından uygundur. Bununla birlikte, uygulamada kullanılan özel şartların içeriğinin, Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nda düzenlenen zorunlu sigortanın içeriği ile her zaman tamamen örtüştüğünü kabul etmek zordur. Özel şartların,⁸ sigorta sözleşmesinin taraflarınca; sigortacı ve sigorta ettiren tarafından özgürce belirlenebilmesi farklı içerikte özel şartların kullanılabilmesine ve bunun sonucu olarak, müşterilerin, bazen yasaya uygun sigorta teminatı alamamalarına ve eşit düzeyde sigorta teminatından yararlanamamalarına yol açabilmektedir.

III. SEYAHAT ACENTELERİNİN SORUMLULUK SİGORTASI

Seyahat sorumluluk sigortası, bütün sorumluluk sigortalarında olduğu gibi zarar görenlerin korunmasına yönelik sosyal bir işlevi yerine getirmek üzere ortaya çıkmış olup,⁹ özellikle taşıma, konaklama gibi çeşitli hizmetlerle ilgili sorunlara çözüm getirebilecek olması nedeniyle giderek önem kazanan, "Hayat-Dışı" sigorta grubunda yer alabilecek bir sigorta branşı olarak geliştirilebilir.

mission Annual Report, s.23.

⁸ Enver Alper Güvel/Afitap Öndaş Güvel, *Sigortacılık*, Ankara 2002, s.82-83.

⁹ Henri Deschenaux/Pierre Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, Çeviren: Salim Özdemir, Ankara 1983, s. 7 ; Ali Bozer, *Sigorta Hukuku*, s.119; Kemal Şenocak, "Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Mağdurun Doğrudan Doğruya Sigortacı Karşısındaki Alacak Hakkı", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Aralık 2009, Cilt: XXV, Sayı: 4, Ankara, 278; Huriye Kubilay, *Özel Sigorta Hukuku*, İzmir 2003, s.112.

Seyahat acentesi sorumluluk sigortası, genel şartları düzenlendiği takdirde, “sorumluluk sigortası” olarak; bir zarar sigortası,¹⁰ malvarlığı sigortası¹¹ ve bir pasifin sigortası olma özelliklerine sahip olacaktır.¹²

Zorunlu seyahat acentası sorumluk sigortası, Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu’ndaki kapsamına uygun bir şekilde Seyahat Acentaları Yönetmeliği’nde¹³ tanımlanmaktadır (Yön. m.4 (1), h, ı). Seyahat Acentaları Yönetmeliği’ne göre, seyahat acentası, paket turlarda zorunlu sigorta yaptırmak ve paket tur zorunlu sigorta poliçesi sertifikasını paket tur başlamadan önce müşteriye vermekle yükümlüdür (Yön. m.44 (1)).

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1478inci maddesi hükmüne göre, sorumluluk sigortalarında, zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir.¹⁴ Zarar görenlerin, kanundan kaynaklanan, doğrudan doğruya sigortacıya başvurma hakkı, geçerli bir sorumluluk sigortası sözleşmesinin varlığına ve sigorta ettirenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin sorumluluklarının doğmuş olmasına bağlıdır.¹⁵ Zarar gören, isterse zarar verene isterse sigortacıya zararının giderilmesi için başvurabilir ve bunlardan biri tarafından yapılan ödeme miktarınca

¹⁰ Sorumluluk sigortasının bir zarar sigortası olarak sınıflandırılması hakkında bk. Rayegan Kender, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, İstanbul 2001, s. 138 vd.; Kemal Şenocak, “Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Mağdurun Doğrudan Doğruya Sigortacı Karşısındaki Alacak Hakkı”, s. 17-43. Sorumluluk sigortasının tabi olduğu zarar sigortası ilkeleri hakkında bk. Samim Ünan, *İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko*, İstanbul 1998, s. 17.

¹¹ Sorumluluk sigortasının bir malvarlığı sigortası olarak sınıflandırılması hakkında bk., 138 vd.; Kemal, Şenocak, *Mesleki Sorumluluk Sigortası*, Özellikle Doktor, Avukat, Mimarın Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000, s. 43-54.

¹² Sorumluluk sigortasının bir pasifin sigortası olarak sınıflandırılması hakkında bk. Rayegan Kender, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, s. 140 vd.; Kemal Şenocak, *Mesleki Sorumluluk Sigortası*, Özellikle Doktor, Avukat, Mimarın Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000, s. 54-72.

¹³ Seyahat Acentaları Yönetmeliği, Resmi Gazete Tarihi: 05.10.2007, Sayı: 26664.

¹⁴ M. Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, *Borçlar Hukuku-Genel Hükümler*, Cilt-2, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul 2013, s.434.

¹⁵ Ali Bozer, *Sigorta Hukuku*, s.122, 125-126; Kemal Şenocak, “Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Mağdurun Doğrudan Doğruya Sigortacı Karşısındaki Alacak Hakkı”, s. 278-279; 283-284.

diğerinin sorumluluğu sona erer.¹⁶ 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'na göre de, müşteriye, sigorta kapsamındaki zararını doğrudan doğruya sigorta şirketinden talep etme hakkı tanınmaktadır (SASABK m.12 (a)).

Zorunlu sorumluluk sigortalarının da düzenlenmiş olması, sorumluluk sigortalarının ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmasında olduğu gibi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yeniliklerinden biridir (TTK m.1483-1484). Bilindiği üzere, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu da "zorunlu sigortaları" ayrıntılı olarak düzenlemektedir (SK m.13). Sigortacılık Kanunu'ndaki bu hükümle Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'ndaki "zorunlu sigorta" hükmünün yasakoyucu tarafından birlikte değerlendirilmesinde yarar görülmektedir. Aksi halde, Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nda öngörülen zorunlu sigorta düzenlemesiyle amaçlanan sigorta korumasının uygulamada tamamen gerçekleştiğini görmek mümkün olmayacaktır.

ÜNAN, ikinci riziko sınırlamalarından (istisnalar) biri olarak "kast istisnası" ile ilgili açıklamalarında, "AHB¹⁷ m.4 II,1, *zarara kasten yol açmış kişilerin "sigorta taleplerini" (Versicherungsansprüche) koruma dışında bırakmıştır. Burada söz konusu olan talepler sigortacıya karşı yöneltilen taleplerdir. Sigortacıdan sadece sigorta ettiren ve diğer sigortalılar (Mitversichererten) talepte bulunabilecekleri için, madde hükmü zarar gören kişinin sigorta ettirene veya diğer sigortalılara karşı ileri sürecekleri taleplerle ilgili değildir. Sigortacıya karşı ileri sürülecek talepler sigorta korumasının sağlanmasına yöneliktir: Bunların başında belirli bir zarar sebebiyle sorumluluğun söz konusu olup olmadığının belirlenmesi; haklı taleplerin karşılanması ve haksız taleplerin bertaraf edilmesi yönündeki talepler gelir... Ancak, sigorta ettirenin kasten zarara sebep olması halinde diğer sigortalıların sigortadan yararlanma hakkını kaybedip kaybetmeyecekleri tartışmalıdır (dn.348: WUS-*

¹⁶ Sorumluluk sigortacısının sigorta ettiren ile birlikte mağdura karşı *müteselsil sorumluluk benzeri bir sorumluluğunun*; bir başka anlatımla zarar görene karşı *ifa birlikteliğinin* söz konusu olması hakkında bk. Kemal Şenocak, "Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Mağdurun Doğrudan Doğruya Sigortacı Karşısındaki Alacak Hakkı", s. 285 ve aynı sayfada dn.40'da anılan yazarlar.

¹⁷ AHB: Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (Alman Sorumluluk Sigortası Genel Şartları)

SOW (4, 76) soruya olumlu cevap vermekte, buna karşılık JOHANNSEN (BRUCK/MÖLLER/JOHANNSEN, Anm.G 226) başkası hesabına sigortaya ilişkin VVG¹⁸ pr.79 uyarınca, sigorta ettirenin kastı halinde diğer sigortalıların korumadan yararlanma hakkını kaybedeceklerini ileri sürmektedir. (VVG pr.79/I başkası hesabına sigortada, sigorta ettirenin davranışının bizzat sigortalının davranışı hükmünde sayılacağını öngörmüştür."¹⁹ demektedir.

"ÜŞKSS²⁰ m. 3 A.1 "kasten ika olunan veya bilerek sebebiyet verilen zarar ve ziyan taleplerinin koruma dışında kalacağını" hükme bağlamaktadır. Burada maksat, "tazminat talebine" değil, bunun ilgili bulunduğu "zarara" kasten yol açılmış olmasıdır. İstisna hükmünü bu şekilde anlamak gerekir."²¹

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun sorumluluk sigortalarına ilişkin 1477nci maddesine göre, sigortacı, sigortalının, sorumluluk konusu olayı kasten gerçekleştirmesinden doğan zararlardan sorumlu olmaz. Koruyucu hükümleri düzenleyen TTK'nın 1486 (1) maddesine göre, 1477nci madde hükmüne aykırı yapılan sözleşmeler geçersizdir. Konuyu zarar sigortalarıyla ilgili olarak düzenleyen 1429uncu maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre; sigorta ettiren, sigortalı ve tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler, rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep oldukları takdirde, sigortacı tazminat borcundan kurtulur ve aldığı primleri geri vermez. TTK m.1452 (1) uyarınca, sorumluluk sigortalarıyla ilgili hükümde olduğu gibi bu hükme aykırı sözleşmeler de geçersizdir. TTK m.1429'un Madde Gereğesi'ndeki "Zira, özellikle sorumluluk sigortalarında, eylemlerinden sorumlu olunanlar kişisel nedenlerinden dolayı karşı tarafa zarar vermişlerse, bunlardan habersiz sigorta ettireni veya sigortalıyı sigorta korumasından çıkarmak maddenin amacına uygun düşmez. " açıklaması, sigortayı kötüye kullanan sigorta ettirenin bu eyleminden sigortalıların zarar görmemesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. Ayrıca, sorumluluk sigortalarıyla ilgili TTK m.1477' de,

¹⁸ VVG: Versicherungsvertragsgesetz (Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu)

¹⁹ Samim Ünan, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, İstanbul 1998, s.108.

²⁰ ÜŞKSS: Üçüncü Şahıslara Karşı Sorumluluk Sigortası (Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortası Genel şartları)

²¹ Samim Ünan, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko , s. 112.

sigortacının, sigortalının sorumluluk konusu olayı kasten gerçekleştirmesinden doğan zararlardan sorumlu olmayacağını hükme bağlanmış olması da aynı sonuca varılmasını gerektirmektedir.

Bu durumda, sigortalıların sigorta ettirene birlikte kasten sigortacıdan sigorta tazminatı almak amacıyla hareket etmiş olup olmadığı; böyle bir sigorta suistimalinin somut olayda var olup olmadığı da araştırılmalıdır. Nitekim, Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na²² göre, mesleki faaliyetin ifası sırasında sigortalı tarafından kasten sebep olunan her türlü olay ile davranış teminat dışında bırakılmaktadır.

IV. SOMUT OLAYA İLİŞKİN SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Somut olayda, sigortacı ile seyahat acentası arasında seyahat sağlık sigortası sözleşmesi yapılmış olup, seyahat acentasının sorumluluğu özel şartla sigortla teminat altına alınmıştır. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11inci maddesinin birinci fıkrasına göre, sigorta sözleşmesinin ana muhtevasının genel şartlara uygun olarak düzenlenmesi gerektiğinden söz edilmesi nedeniyle ve bu olayda zorunlu sorumluluk sigortasına ilişkin genel şartlar var olmadığı için geçerli bir zorunlu sorumluluk sigortası sözleşmesinin bulunmadığı öne sürülmüştür. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1424üncü maddesinin gerekçesinde açıkça ifade edildiği üzere, sigorta sözleşmelerinin geçerliliği herhangi bir şekle bağlı tutulmamaktadır. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11inci maddesinin birinci fıkrasındaki genel şart düzenlemelerine aykırı davranılması 34üncü maddenin birinci fıkrasının (f) bendi uyarınca idari para cezası ödenmesini gerektiren bir durum olarak düzenlenmektedir. Zorunlu sorumluluk sigortasına özgü genel şartlar bulunmadığı için böyle bir yaptırımın uygulanması söz konusu değildir.

Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nda bir zorunlu sorumluluk sigortası düzenlenmekte olup; bu zorunlu sigortanın sigorta ettireni; seyahat acentaları, konusu; Türkiye'de satılan

²² Resmi Gazete Tarihi: 26.05.2013, Sayı: 28658.

paket turlar ve kapsamı da müşteriye taahhüt edilen hizmetlerin acen-tenin iflâsı da dahil olmak üzere herhangi bir nedenle verilmemesi veya taahhüt edilen şekilde verilmemesinden kaynaklanabilecek so-ruumluluklar olarak belirlenmektedir. Şöyle ki;

“IV - SİGORTA²³

Zorunlu sigorta

Madde 12- (Değişik: 28/12/2006-5571/7 md.)²⁴

Seyahat acentaları, Türkiye’de satılan paket turlarda:

a) *Düzenledikleri paket tur kapsamında; müşteriye taahhüt ettikleri hiz-metlerin acentanın iflâsı da dahil olmak üzere herhangi bir nedenle verilme-mesi veya taahhüt edilen şekilde verilmemesinden kaynaklanabilecek sorumlu-luklarını sigorta ettirmek zorundadır. Bu durumda sigortacının sorumluluğu en az paket tur bedeli kadar olmalıdır. Müşteri, sigorta kapsamındaki zararını doğrudan doğruya sigorta şirketinden talep edebilir.*

Seyahat acentaları ve sigorta şirketleri, sigorta sözleşmelerini yaptıkları andan itibaren beş iş günü içerisinde sözleşmenin bir örneğini Bakanlığa gön-dermekle yükümlüdürler. Sözleşmenin süresinden önce sona ermesi halinde, bu durum aynı süre içerisinde seyahat acentaları ve sigorta şirketleri tarafın-dan Bakanlığa bildirilir.

İlgili branşta ruhsatı bulunan sigorta şirketlerinin paket tur sigor-tası yapmaları zorunludur. Hazine Müsteşarlığı gerekli durumlarda sigorta primlerini belirlemeye yetkilidir.

b) *Paket tur sözleşmesi düzenlenirken, müşteriye;*

1- *Müşterinin kaza ve hastalık halinde çıkış noktasına dönüş masrafla-rını,*

2- *Her türlü kazadan doğan zararını ve tedavi masraflarını,*

poliçe limiti kadar karşılayacak şekilde sigorta ettirilebileceğini bildirmek-le yükümlüdürler.”

²³ Bu bölüm başlığı “SEYAHAT ACENTALARINDAN ALINACAK TEMİNAT” iken, 12 nci maddenin başlığı “Kuruluş teminatı” iken, 28/12/2006 tarihli ve 5571 sayılı Kanunun 7 nci maddesiyle metne işlendiği şekilde değiştirilmiştir.

²⁴ 13.04.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5571 sayılı Kanun, 13.01.2007 tarihli ve 26402 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

28.12.2006 yılında Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nda yapılan değişiklikle, teminatın miktarı, işletme belgelerinin iptalinde teminat, işletme faaliyetinin sona ermesi veya grup değiştirilmesi halinde teminat ve teminat karşısında alacaklıların durumu ile ilgili hükümler yürürlükten kaldırılmıştır.

Zorunlu sorumluluk sigortasının konusunu oluşturan "Paket tur" kavramı (SASABK m.1 (ç), 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun²⁵da şöyle tanımlanmaktadır:

"Paket Tur

Madde 6/C- (Ek: 6/3/2003-4822/10 md.)

Paket tur sözleşmeleri; ulaştırma, konaklama ve bunlara yardımcı sayılmayan diğer turistik hizmetlerin en az ikisinin birlikte, her şeyin dahil olduğu fiyatla satılan veya satış taahhüdü yapılan ve hizmeti yirmidört saatten uzun bir süreyi kapsayan veya gecelik konaklamayı içeren ve bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunlu, önceden düzenlenmiş yazılı sözleşmelerdir.

Paket tur sözleşmelerine ilişkin usul ve esasları Bakanlık belirler." Paket tur sözleşmeleri tüketicinin para ödeme borcu, diğer tarafın da taşıma, kira gibi tipik sözleşmelerin ifası borcu altına girdiği bir sözleşme olduğundan karma sözleşmelerden kombine sözleşme niteliğinde bir sözleşmedir.²⁶

Paket Tur Sözleşmeleri Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik²⁷ m. 12,(d) uyarınca, Tanıtım Broşürü²⁸nün, tüketici tarafın-

²⁵ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası : 4077, Kabul Tarihi : 23/2/1995 , Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi : 8/3/1995 Sayı : 22221.

²⁶ Bu nitelendirme hakkında bk. Ömer Öktem, "Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri", TBB Dergisi, Sayı: 66, Ankara 2006, s.331-351.s.334.

²⁷ Resmi Gazete Tarihi: 13 Haziran 2003, Sayı: 25137.

²⁸ Seyahat acentası, paket tur hakkında bilgi isteyen tüketiciye tanıtım amaçlı bir broşür vermek zorundadır. Broşürün içerdiği hususlar, seyahat acentası için bağlayıcıdır. Söz konusu özelliklerde yapılacak değişiklikler ancak broşürde açıkça belirtilmek ve sözleşme akdedilmeden önce tüketiciye bildirilmek şartıyla, sözleşme akdedildikten sonra ise tarafların açık mutabakatı ile değiştirilebilir (Paket Tur Sözleşmeleri Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, m.12, f.1). Tüketicilerin genellikle sözleşmeden önce verilen tanıtım broşürlerindeki bilgilendirmeye göre tura katılmaları nedeniyle, tanıtım broşürlerinin sadece tüketicinin talebi doğrultusunda verilmesinin eleştirilmesi ve tanıtım broşüründe yer alan bilgilerin sözleşmede yer almasının uygun olacağı hakkındaki görüş için

dan iptal masraflarını ya da kaza veya hastalık halinde ülkesine geri gönderilme de dahil olmak üzere yardım masraflarını teminat altına alacak, isteğe bağlı bir sigorta sözleşmesi yapılmasıyla ilgili bilgiler yer almalıdır. Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihte, zorunlu sorumluluk sigortası yasa ile henüz düzenlenmemiş olduğundan, Tanıtım Broşürü'nde yer alması gereken bilgiler arasında zorunlu sorumluluk sigortası sözleşmesinin yapılmasıyla ilgili bilgilere yer verilmemiştir. Bu nedenle, Yönetmeliğin, Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nun zorunlu sigortaya ilişkin 12nci maddesi hükmü gözönünde bulundurularak değiştirilmesi gerekmektedir.

Somut olaya ilişkin sigorta sözleşmesi, "SEYAHAT TUR AVRUPA I SİGORTA POLİÇESİ DÖVİZLİ" adı altında düzenlenen bir sigorta poliçesi ile belgelenmektedir. Avrupa ülkeleri sınırları içerisinde geçerli olan sigorta sözleşmesine ilişkin teminatlar, "TIBBİ ASİSTANS" olarak ifade edilmekte, özel şartlar ve klozlar başlığı altında teminatlar ve istisnalar sıralanmaktadır.²⁹ Teminatlar arasında 20nci sırada; "Seyahat Acen. İflâsı/Seyahat Acen. Kaynaklanan Hizmet Kusurları" ve limitler sütununda "Tur bedeli kadar" ifadesi bulunmaktadır. Bu teminatla ilgili açıklama şöyledir: "Seyahat Acentesinin iflâsı/Seyahat Acentesinden Kaynaklanan Hizmet Kusurları: Sigortalının paket tur kapsamında seyahat acentesi vasıtasıyla yapacağı seyahat ve konaklamalarda ve sigortalının bedelini ödemiş olması kaydıyla;

- a) Acentenin iflas etmesi ve iflâsın kanunen yetkili mercilerce ilânı,
- b) Acentenin seyahatle ilgili olarak hizmet aldığı üçüncü kişilerden kaynaklanan nedenlerle hizmeti verememesi, yahut taahhüt ettiği şekilde yerine getirememesi,
- c) Acentenin kamu güvenliği nedeniyle kamu otoritesince faaliyetlerinin durdurulması halleri hariç, grev, lokaot, halk hareketleri ve kötü niyetli

bk. Ömer Öktem, "Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri", s.342-343.
²⁹ 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11inci maddesinin birinci fıkrasına göre; "Sigorta sözleşmeleri
MADDE 11 - (1) Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir. Ancak, sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartlar tesis edilebilir. Bu hususlar, sigorta sözleşmesi üzerinde ve özel şartlar başlığı altında herhangi bir yanılığa neden olmayacak şekilde açık olarak belirtilir. "

hareketler sonucu hizmet vermesinin mümkün olmaması halinde, paket turun gerçekleştirilememesi veya acentenin kusuruyla gereği gibi yerine getirilememesi halinde, paket tur bedelini aşmamak kaydıyla sigortalının zararı işbu kloz kapsamında, acentenin hizmet kusuru oranında tazmin edilir.”

Bu özel şart çerçevesinde değerlendirme yapıldığında, paket turun, (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan belirli nedenlerle gerçekleştirilememesi veya acentenin kusuruyla gereği gibi yerine getirilememesi durumlarında sigorta tazminatı ödenmesinin kararlaştırılmış bulunduğu görülür. Bu nedenlerden biri, acentenin iflâs etmesi ve iflâsın kanunen yetkili mercilerce ilânıdır. Olayda, seyahat acentesi, 18.10.2012 tarihinde iflâs davası açmış, bu dava 03.12.2012 tarihinde reddedilmiştir. Bu durumda, seyahat acentesi iflâs etmemiş bulunduğundan, sigorta tazminatının sigortalılara ödenmesini gerektiren bir durum da söz konusu değildir. Sigorta tazminatının ödenmesini gerektiren diğer neden, acentenin seyahatle ilgili olarak hizmet aldığı üçüncü kişilerden kaynaklanan nedenlerle hizmet verememesi yahut taahhüt ettiği şekilde yerine getirememesidir. Seyahat acentesi, bazen hizmet aldığı; taşıma işletmelerinden veya konaklama hizmeti veren işletmelerden kaynaklanan nedenlerle hizmet veremeyebilir yahut hizmetini taahhüt ettiği şekilde yerine getiremeyebilir. Üçüncü hal ise, acentenin kamu güvenliği nedeniyle kamu otoritesince faaliyetlerinin durdurulması halleri hariç, grev, lokavt, halk hareketleri ve kötü niyetli hareketler sonucu hizmet vermesinin mümkün olmaması veya acentenin kusuruyla hizmeti gereği gibi yerine getirememesi halidir. Somut olayda, seyahat acentesinin kötüniyetli hareketler sonucu hizmet vermesinin mümkün olmaması sonucu paket turun gerçekleştirilememesi durumunun söz konusu olup olmayacağı üzerinde durulabilir. Özel şartta kullanılan “kötüniyetli hareketler” ifadesinden, özellikle “grev” ve “halk hareketleri” ibareleri ile birlikte değerlendirme yapıldığında, açıkça belirtilmemiş olsa da üçüncü kişilerin toplu haldeki kötüniyetli hareketleri sonucu paket turun gerçekleştirilememesi sonucuna varmak mümkündür. “Kötüniyetli hareketler” ifadesinin belirli bir kişiye; doğrudan sigorta ettirene atfedilmemiş olması bu şekilde düşünülmesine ve dolayısıyla tereddüde yolaçabilir. Bu nedenle, özel şartta belirtilen rizikoların daha açık ve anlaşılır olarak ifade edilmesi yararlı olacaktır.

Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nda düzenlenen “Zorunlu sigorta”nın içeriği ile somut olaydaki sigorta poliçesindeki özel koşulun içeriği birbiriyle tam olarak örtüşmemektedir. Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nda, sigorta acenteleri, düzenledikleri paket tur kapsamında; müşteriye taahhüt ettikleri hizmetlerin acentanın iflâsı da dahil olmak üzere herhangi bir nedenle verilmemesi veya taahhüt edilen şekilde verilmemesinden kaynaklanabilecek sorumluluklarını sigorta ettirmek zorunda iken özel şartta, seyahat acentesinin yalnızca belirli hallerdeki sorumluluğu sigorta güvencesi kapsamına alınmaktadır.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1281inci maddesinin birinci fıkrası, sigortacının, harp ve isyandan başka bir sebeple mallara ârız olan telef ve tegayyür gibi bütün hasarlardan sorumlu olacağı hükmünü içermekteydi. Sigortacının, sigortalanan menfaati tehdit eden bütün risklerden sorumlu olmasını ifade eden *umumilik esası (Bütün risklerden sorumluluk ilkesi)*³⁰, kara sigortaları bakımından 1281inci maddenin birinci fıkrasında,³¹ denizcilik rizikolarına karşı sigortalar yönünden 1379uncu madde³² ile düzenlenmekteydi. Bu hükümler, emredici ni-

³⁰ Umumilik esası (Bütün risklerden sorumluluk ilkesi) hakkında ayrıntılı açıklama için bk. Mertol Can, *Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı)*, Ankara 2009, s.38-41; Mehmet Sinan Cebe, *Açıklamalı ve İctihatlı Mal Sigortaları Hukuku*, TTK m.1263-1320, Ankara 2010, s.129-130; Şamil Demir, “TTK Tasarısı'nın Sigorta Sözleşmesinin Hükümlerine İlişkin Maddelerine Getirilen Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, Sayı: 84, Ankara 2009, s.329.

³¹ İsmail Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, Üçüncü Cilt, Tümden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Madde 816-1475, Ankara 1990, s.3004-3006; Gönen Eriş, *Açıklamalı-İctihatlı Türk Ticaret Kanunu, Deniz Ticareti ve Sigorta*, Üçüncü Cilt, Madde 816-1475, Ankara 1990, s. 1112 vd.

³² 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1379uncu maddesi şöyledir:
“I - Umumilik esası:

Madde 1379 - Aşağıdaki hükümler veya mukavele ile başka bir esas kabul edilmemiş ise sigortacı sigortanın devanunca geminin veya yükün maruz buldukları bütün rizikoları yüklenir.

Sigortacı bilhassa şu rizikoları yüklenir

1. Üçüncü bir şahsın kusurundan ileri gelse bile su alma, karaya oturma, parçalanma, yanma batma, yangın, patlama, yıldırım, zelzele, buz hasarına uğrama ve saire gibi tabii hadiselerle diğer deniz kazalarından doğabilecek rizikoları;
2. Harb ve amme tasarruflarından doğabilecek rizikoları;
3. Sigortalının kusuru olmaksızın üçüncü şahsın talebi üzerine ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbirler konma rizikosunu;
4. Hırsızlık ile deniz haydutluğu yağma ve diğer zorbalık rizikoları;
5. Yolculuğa devam için sigorta ettirilmiş malları 998 - 1001 inci maddelerle 1214 üncü madde hükümleri gereğince deniz ödünçüne karşı rehnetmek yahut aynı maksat için mal-

telikte olmayan; sözleşmeyle aksi kararlaştırılabilen hükümlerdi (6762 sayılı TTK m.1281, f.1).

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11inci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca da, "*Sigorta sözleşmelerinde kapsam dahiline alınmış olan riskler haricinde, kapsam dışı bırakılmış riskler açıkça belirtilir. Belirtilmemiş olan riskler teminat kapsamında sayılır.*" Bu hüküm çerçevesinde, özel şart kapsamına girmeyen riskin sigorta teminatı kapsamında sayılabileceği öne sürülebileceğinden bu hususun da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, umumilik esası ile ilgili olarak yürürlükten kalkmış olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan ve yürürlükte olan 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'ndan farklı bir düzenleme getirmektedir. Şöyle ki;

"Sigortanın kapsamı

MADDE 1409- (1) *Sigortacı, sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekleşmesinden doğan zarardan veya bedelden sorumludur.*

Sözleşmede öngörülen rizikolardan herhangi birinin veya bazılarının sigorta teminatı dışında kaldığını ispat yükü sigortacıya aittir." Bu maddenin gerekçesi, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'ndaki hükümlerin aksine, kural olarak, bütün risklerin sigorta güvencesi kapsamında olmadığını³³; sigortacının sadece sözleşmede belirtilen rizikonun gerçekleşmesinden doğan zarardan veya bedelden sorumlu olduğunu çok açık bir biçimde ortaya koymaktadır³⁴.

lar üzerinde satmak veya kullanmak suretiyle tasarruf etmek rizikosu;

6. *Sigorta ettirilmiş şey için bir zarar doğmak şartıyla gemi adamlarından birinin yolsuzluğu veya kusuru rizikosu;*

7. *Çarpışma neticesi sigortalının; doğrudan doğruya veya bir üçüncü şahsa ika edilen zararı tazmine mecbur olmak suretiyle bilvasıta zarar görmüş olması arasında bir fark gözetilmeksizin, gemilerin çatması rizikosu.*" İsmail Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, s. 3319-3323; Gönen Eriş, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Deniz Ticareti ve Sigorta*, s. 1509-1513.

³³ Yıkıcı (catastrophic) etkisi büyük olan risklerin sigortalanamayacağı hakkında bk. HuriyeKubilay, *Özel Sigorta Hukuku*, s. 52.

³⁴ 6762 sayılı TTK'daki "Umumilik Prensibi"nin 6102 sayılı TTK'da terkedildiği hakkında bk. Mertol Can, "6120 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümlerine Genel Bir Bakış", <http://www.kpmg.com/TR/tr/sectorler/Finansal-hizmetler/Documents/FS-Yeni-TTK-Sigorta-Prof-Mertol-CAN.pdf> (Erişim tarihi: 03.05.2013).

Şöyle ki; "6762 sayılı Kanununun 1281 inci maddesinde, sigortacının harp ve isyandan başka bir nedenle mallara arız olan telef ve tagayyür gibi bütün hasarlardan sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak, uygulamada, tüm risklere karşı teminat veren "all risk" şeklinde bir sigorta uygulamasına çok ender rastlanılmaktadır. Özellikle katastrofik riskler dünya uygulamalarında olduğu gibi teminat dışına bırakılmıştır. Diğer taraftan kötü risklere sahip olan kimselerin sigorta eğilimi, iyi risklere sahip kimselere göre daha fazla olduğundan sigortacı bazı riskler için teminat vermek istemeyebilir. Nitekim, uygulamada sigorta genel şartları ile harp veya isyandan başka riskler de teminat kapsamı dışında bırakılmaktadır. Standart olmayan riskler için de sigorta sözleşmesi yapılabilmekle birlikte bunlar çok istisnai niteliktedir. Bu noktada, istisnai bir durumu genelleştirmek sigortacı açısından menfaatler dengesine ters düşer. Bu nedenle maddede sigortacının kararlaştırılan rizikonun gerçekleşmesinden doğan zarardan sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır.

Maddenin ikinci fıkrası ise, 6762 sayılı Kanununun 1281 inci maddesinin ikinci fıkrasının tekrarı mahiyetindedir." Sigortanın kapsamını düzenleyen 6102 sayılı TTK m.1409 hükmü, koruyucu hükümleri düzenleyen 1452nci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemeyen; değiştirildiği takdirde Kanun hükmünün uygulanacağı hükümlerdendir. Buna göre, Kanun hükmünün değiştirilerek, sigortacının bütün risklerden (all risks) sorumlu olmasının kararlaştırılması mümkündür ve geçerlidir. Somut olayda, sigorta poliçesine, sigortalı lehine olarak sigortacının bütün risklerden sorumlu olacağına ilişkin bir hüküm konulmamıştır. Bu durumda, sigortacının yalnızca, sözleşmede belirtilmiş olan risklerden sorumlu olduğu kabul edildiğinden, riskler, hiç bir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve anlaşılabilir bir şekilde ifade edilmelidir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11inci maddesinin dördüncü fıkrasındaki; sigorta sözleşmesinde belirtilmeyen risklerin teminat kapsamında sayılacağına ilişkin hükmün yürürlükten kaldırıldığına ilişkin açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, 1409uncu maddedeki yeni düzenleme ile 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11inci maddesinin dördüncü fıkrası-

nın uygulanma olanağı kalmamıştır.³⁵ Herikisi de yürürlükte bulunan eski özel kanun ile yeni genel kanunun çatışması halinde kanunkoyucunun iradesine önem veren görüş³⁶ uyarınca, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1409uncu maddenin gerekçesinin incelenmesi üzerine, kanunkoyucunun eski özel kanun olan 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11inci maddesinin dördüncü fıkrasının koyduğu kuralı kaldırma amacı güttüğü açık ve net olarak anlaşılmaktadır.

01.07.2012 tarihinde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte (6102 sayılı TTK m.1534) 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu yürürlükten kalkmıştır (6102 sayılı TTK m. 1533). 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un³⁷ 39uncu maddesinin birinci fıkrası, 6762 sayılı Kanun yürürlükte iken yapılmış ve hüküm ifade etmeye başlamış sigorta sözleşmelerine, Türk Ticaret Kanunu'nun (6102) yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl süreyle 6762 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Somut olaydaki sigorta poliçesinin başlangıç tarihi 24.10.2012, bitiş tarihi 01.11.2012'dir. Sigorta sözleşmesi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu yürürlüğe girdikten; 01.07.2012 tarihinden sonra yapıldığı için bu sigorta sözleşmesi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olacak; sigortacı, sigorta sözleşmesinde belirtilmeyen risklerden dolayı sorumlu olmayacaktır. Bu nedenle, 01.07.2012 tarihinden sonar yapılan sigorta sözleşmelerinde, sigorta teminatı kapsamına giren risklerin açık ve anlaşılabilir bir şekilde sigorta poliçesinde yer alması önemlidir.

Sigorta poliçesindeki genel ve özel şartlarla sigorta güvencesi dışında bırakılan rizikolar nedeniyle üçüncü kişilere verilen zararlardan dolayı sigorta ettirenin sigortacıya başvurmayacağı hallerde, zarar gören üçüncü kişilerin de sigortacıya başvurma hakkının bulunmadığı,

³⁵ Aynı görüşte: Mertol Can, "6120 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümlerine Genel Bir Bakış", <http://www.kpmg.com/TR/tr/sectorler/Finansal-hizmetler/Documents/FS-Yeni-TTK-Sigorta-Prof-Mertol-CAN.pdf> (Erişim tarihi: 03.05.2013).

³⁶ Bu görüşte: Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s.183 ve aynı sayfa dn.50'de anılan "Akipek, s.97; Saymen, *Umumi Prensipler*, s.144 vd."

³⁷ 6103 sayılı Kanun'un Kabul tarihi: 14.01.2011, Resmi Gazete Tarihi: 14 Şubat 2011, Sayı:27846.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlükte olduğu süreye ilişkin Yargıtay kararlarında şöyle vurgulanmıştır:³⁸

Özel Dairenin 25.04.1989 gün, 1988/5101 Esas ve 1989/2606 Karar sayılı kararı'...Ancak davalı sigorta vekili cevap dilekçesinde müvekkili ile diğer davalı arasında düzenlenen sorumluluk sigorta poliçesinin özel şartlarında yer alan ve poliçe teminatı dışında kalan halleri düzenleyen 6. maddesindeki 5 ve 15 nci bendlerine dayanarak taşınan yükde meydana gelen hasarın (rizikonun) sigorta poliçesi teminatı dışında kaldığını, bu nedenle gerek sigorta ettirene, gerekse zarar görene karşı sorumluluklarının doğmadığını savunarak davanın bu yönden de reddini istemiş bulunmaktadır. Gerçekten de diğer sigorta nevilerinde olduğu gibi, sorumluluk sigortalarında da sigortacı, sigorta poliçesine eklenen özel koşullarla bazı hallerin sigorta teminatı dışında kalmasını sigorta ettirenle kararlaştırabilir. Böyle bir durumda asıl menfaati poliçeyle teminat altına alınan sigorta ettirenin sigortacıya başvuramayacağı durumlarda, kendisine doğrudan doğruya sigortacıya başvurma hakkı tanınan zarar gören üçüncü kişi ile onu halefinin de sigortadan tazminat isteme hakkının aynı koşullarla sınırlandırıldığının kabulü ile onun da sigortacıya başvuramayacağı sonucuna varılmalıdır. O halde, mahkemece bu savunma doğrultusunda da inceleme yapılarak hasil olacak sonuç çerçevesinde bir hüküm kurulması gerekirken, eksik incelemeyle karar tesisi doğru görülmediğinden kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.'

Yine, Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin 08.10.2001 tarihli ve E.2001/4859, K.2001/7519 sayılı kararında,

"Sorumluluk sigortalarında da diğer sigorta nevilerinde olduğu gibi, sigortacı sigorta poliçesindeki sınırlı sayılabilecek özel şartlarla bazı hallerin sigorta güvencesi dışında bırakılmasını sigorta ettirenle kararlaştırabilir. Böyle bir durumda, asıl menfaati poliçe ile teminat altına alınan sigorta ettirenin sigortacıya başvuramayacağı hallerde, zarar gören üçüncü kişilerin de sigortacıdan tazminat isteme haklarının aynı koşullarda sınırlandırıldığının kabulü ile onun da sigortacıya başvuramayacağı sonucuna varılmalıdır." denilmektedir.³⁹ Bugün de sigorta teminatı kapsamına

³⁸ Yıldırım, Hüsnâ, "6762 sayılı TTK ve 6102 sayılı TTK'nda Mesuliyet Sigortası" http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1381.htm (Erişim tarihi: 03.05.2013).

³⁹ Bu karar için bk. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 03.05.2013); Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı Erişim tarihi : 03.05.2013.

girmeyen bir rizikodan dolayı sigorta ettiren gibi sigortalı da sigortacıya başvuramamalıdır.

Seyahat acentasının, sigorta sözleşmesi yapılırken kötünietini gizlemiş olması durumunda, yapılan sigorta sözleşmesi geçersizdir. TTK m.1404' de "*Geçerli olmayan sigorta*" ile ilgili olarak, sigorta ettirenin veya sigortalının, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir fiilinden doğabilecek bir zararını teminat altına almak amacıyla sigortanın yapılamayacağı hükme bağlanmış bulunmaktadır. Sigortacı, seyahatlerin yapılacağı Kurban Bayramından (25.10.2012) bir hafta önce 18.10.2010 tarihinde iflâs davası açmış olan seyahat acentasının, iflâstan kısa bir süre önce ortak yapısını değiştirerek tek ortaklı şirkete dönüşmüş olması ve mali durumunun kötüye gitmesine rağmen çok sayıda seyahat sözleşmesi akdetmiş olması nedeniyle sigorta sözleşmesinin geçersizliğini öne sürebilir. Uyuşmazlık konusu sigorta sözleşmesinin sistem/düzenlenme tarihi 17.10.2012; yani seyahat acentasının iflâsını istediği tarihten bir gün öncesidir.

Sigorta ettirenin eylemleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun⁴⁰ 157nci maddesinde düzenlenen; hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak şeklinde tanımlanan "*dolandırıcılık*" olarak nitelendirilebilir. Dolandırıcılık suçunun, tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında işlenmesi "*nitelikli dolandırıcılık*" olarak kabul edilmektedir (TCK m.158 (1), h).

SONUÇ

Uygulamada pek çok sigorta şirketinin ve sigorta acentasının, farklı özellikleri haiz seyahat sigortası sözleşmeleri yapmakta olduğu görülmektedir.

Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nda düzenlenen zorunlu sorumluluk sigortasına özgü genel şartlar bulunmaktada, uygulamada bu teminat özel şartlarla verilmektedir. Uygulamada kullanılan özel şartların ise her zaman gerektiği şekilde açık ve

⁴⁰ Türk Ceza Kanunu, Kanun No:5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, Yayınlandığı Resmi Gazete Tarihi: 12.10.2004, Sayı: 25611.

anlaşılabilir olmaması nedeniyle bazı tereddütler ortaya çıkabilmektedir. Özel şartların içeriğinin sigorta sözleşmesinin taraflarınca serbestçe belirlenebilmesi de uygulamada farklı özel şartların kullanılmasına yol açabilir. Bu durumda, sigortalıların, yararlanmak istedikleri sigorta teminatı konusunda bilinçli davranmaları ve yetkili makamların, uygulamada kullanılan sigorta sözleşmelerinin Seyahat ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'na uygun olup olmadığını denetlemeleri büyük önem taşımaktadır. Zorunlu seyahat acentaları sorumluluk sigortasına özgü genel şartların, yasadaki düzenlemeye uygun tarzda hazırlanarak Hazine Müsteşarlığı tarafından onaylanıp, sigorta şirketleri tarafından aynı şekilde uygulanması, yaşanan tereddütlerin ortadan kalkmasını ve müşterilerin eşit düzeyde korunmalarını sağlayacaktır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'ndaki "umumilik esası"na ilişkin hükümlerin aksine, kural olarak, bütün risklerin sigorta güvencesi kapsamında olmadığı; sigortacının, esasen sadece sözleşmede belirtilen rizikonun gerçekleşmesinden doğan zarardan veya bedelden sorumlu olduğu kabul edilmiştir (6102 sayılı TTK m. 1409). Böylece, sigorta güvencesinin kapsamı, kural olarak, sigorta sözleşmesi çerçevesinde sınırlandırılmış olmaktadır. Bu nedenle, sigorta teminatı kapsamına giren risklerin, müşterilerin sigorta güvencesi konusundaki gereksinimlerini karşılayacak tarzda sigorta sözleşmesinde açık ve anlaşılabilir tarzda ifade edilmesi gerekmektedir. Sigortanın kapsamını düzenleyen 6102 sayılı TTK m.1409 hükmü, koruyucu hükümleri düzenleyen 1452nci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemeyen; değiştirildiği takdirde Kanun hükmünün uygulanacağı hükümlerdendir. Buna göre, Kanun hükmünün değiştirilerek, sigortacının bütün risklerden (all risks) sorumlu olmasının kararlaştırılması mümkündür ve geçerlidir.

Yalnızca isteğe bağlı sigorta sözleşmesinden söz eden Paket Tur Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin, Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nun zorunlu sigortaya ilişkin 12nci maddesi hükmü gözönünde bulundurularak değiştirilmesi yerinde olacaktır. Ayrıca, paket tur düzenleyenlerin, tanıtım broşürlerini müşterinin talebi halinde değil, Seyahat Acentaları Yönetmeliği'nde olduğu gibi, müşterilerine vermekle yükümlü olduklarının düzenlenmesi uygundur.

KAYNAKLAR

- Ali Bozer, *Sigorta Hukuku, Genel Hükümler – Bazı Sigorta Türleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ders Kitapları Serisi -1, Yayın Nu: 406, Ankara 2004/II.
- Enver Alper Güvel/Afitap Öndaş Güvel, *Sigortacılık*, Ankara 2002.
- Gönen Eriş, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Deniz Ticareti ve Sigorta*, Üçüncü Cilt, Madde 816-1475, Ankara 1990.
- Henri Deschenaux/Pierre Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, Çeviren: Salim Özdemir, Ankara 1983.
- Huriye Kubilay, *Özel Sigorta Hukuku*, İzmir 2003.
- Hüsna Yıldırım, "6762 sayılı TTK ve 6102 sayılı TTK'nda Mesuliyet Sigortası" http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1381.htm (Erişim tarihi: 03.05.2013).
- İsmail Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Üçüncü Cilt*, Tümünden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Madde 816-1475, Ankara 1990.
- M. Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, *Borçlar Hukuku-Genel Hükümler*, Cilt-2, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul 2013.
- Manfred Wandt/Hannab Eblers, "Insurance Supervision in Germany", Prof.Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Birinci Cilt, İstanbul 2007, s.981-996.
- Mehmet Sinan Cebe, *Açıklamalı ve İçtihatlı Mal Sigortaları Hukuku*, TTK m.1263-1320, Ankara 2010.
- Mertol Can, *Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı)*, Ankara 2009.
- Mertol Can, "6120 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümlerine Genel Bir Bakış", <http://www.kpmsg.com/TR/tr/sectorler/Finansal-hizmetler/Documents/FS-Yeni-TTK-Sigorta-Prof-Mertol-CAN.pdf> (Erişim tarihi: 03.05.2013).
- Ömer Öktem, "Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri", TBB Dergisi, Sayı: 66, Ankara 2006, s.331-351.
- Rayegan Kender, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku*, İstanbul 2001.
- Rick Steves, "Do I Need Travel Insurance ?" <http://www.ricksteves.com/plan/tips/travel-insurance.htm> (Erişim tarihi: 26.04.2013).
- Samim Ünan, *İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko*, İstanbul 1998.
- Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.
- Sigorta Tahkim Komisyonu 2012 Faaliyet Raporu/Insurance Arbitration Commission Annual Report, İstanbul 2012.

Şamil Demir, "TTK Tasarısı'nın Sigorta Sözleşmesinin Hükümlerine İlişkin Maddelere Getirilen Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", TBB Dergisi, Sayı: 84, Ankara 2009, s.319-346.

Şenocak, Kemal, "Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Mağdurun Doğrudan Doğruya Sigortacı Karşısındaki Alacak Hakkı", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 2009, Cilt: XXV, Sayı: 4, Ankara.

Şenocak, Kemal, *Mesleki Sorumluluk Sigortası*, Özellikle Doktor, Avukat, Mimarın Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000.

ULUSLARARASI YATIRIMDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE ICSID SÖZLEŞMESİNİN 27. MADDESİ

ARTICLE 27 OF THE ICSID CONVENTION ON THE SETTLEMENT OF DISPUTES ARISING FROM INTERNATIONAL INVESTMENT

Ali İbrahim AKKUTAY*

Özet: ICSID Sözleşmesi'nin getirdiği sistem uluslararası yatırımcıların, uluslararası yatırımlarından kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin iddialarını bizzat kendilerinin ileri sürebilmesine imkan tanımaktadır. Bununla beraber devletin bir hakkı olan diplomatik koruma da söz konusu uyuşmazlığın sona erdirilmesinde ICSID Sözleşmesi'nin 27. maddesinde başvurulacak son yol olarak yer almaktadır. Dolayısıyla kişiye ait uluslararası bir iddianın ileri sürülmesinde devletin etkin rolü günümüzde de devam etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Yatırım, ICSID, Tahkim, Diplomatik Koruma, Uluslararası İddialar.

Abstract: The system established by the ICSID Convention gives the investors opportunity to raise international claims for the disputes regarding international investment on their own. However, diplomatic protection, a right of the state, is being seen as the last resort to settle the disputes arising from international investment which stipulated in the article 27 of the ICSID Convention. Thus the state has still an effective role to raise international claims.

Keywords: International Investment, ICSID, Arbitration, Diplomatic Protection, International Claims.

GİRİŞ

Uluslararası iddiaların ortaya konması ve bunların belirli usuller çerçevesinde çözümlenmesi, uluslararası hukukun öngördüğü sistemlere göre çeşitlilik göstermekte ve uluslararası hukukun gelişimine paralel olarak da farklılaşmaktadır. Uluslararası iddialar, bu iddiaları ortaya koyma ehliyetine sahip aktörler tarafından ileri sürülebilmektedir. Yalnız bu aktörlerin kimler olduğu da ilk cümlede belirtildiği üzere, zamana ve varolan kurallara bağlı olarak değişebilmektedir.

* Araş. Gör. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

Uluslararası bir iddianın ileri sürülmesi dendiği zaman, ilk akla gelen devletin bu yöndeki davranışı olmaktadır. Zira uluslararası hukukun gelişim seyrinde devlet, önceleri tek başına süje olmuş; zamanla diğer süjeler de ortaya çıkmıştır. Güncel uluslararası hukukta ise uluslararası bir iddianın ortaya konması, yalnızca süjelere tanınan bir hak olmaktan çıkmıştır.¹ Bununla beraber süje olmayan uluslararası hukuk aktörlerinin bir uluslararası iddiayı ileri sürebilme hakkı, süje olan aktörlere nazaran son derece sınırlı kalmıştır. Hatta söz konusu aktörler adına halen uluslararası iddiaları süjelerin ve bilhassa devletin ileri sürüp sonuç almaya çalıştığı bir gerçektir.

Özellikle bir tarafı devlet olan özel hukuk işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar neticesinde ileri sürülecek iddiaların, uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerekliliği, değişik çözümler üretme ihtiyacı doğurmuştur. Ancak uluslararası hukukun klasik bir takım kural ve kurumlarının uygulanması tamamen ortadan kaldırılamamıştır. Dolayısıyla bugün için, var olan sistemlerin, klasik uluslararası hukuk açısından da yorumlanması bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır.

ICSID Sözleşmesi de ortaya çıkan bir uyuşmazlığın ne şekilde çözüme kavuşturulması gerektiğine dair birtakım usul ve ilkeler getirmiştir.² Bu çalışmada da adı geçen Sözleşme'nin getirdiği sistem çerçevesinde uluslararası yatırımlar konusunda meydana gelen uyuşmazlıklar hakkındaki uluslararası iddiaların ileri sürülmesinde diplomatik koruma kurumunun yeri ele alınacaktır.

¹ "Devletin, kendisi açısından bağlayıcı olan bir uluslararası hukuk yükümlülüğüne aykırı davranması neticesinde bireyin hakları etkileniyorsa, bu şartlar altında uluslararası sorumluluğun ne şekilde ileri sürüleceği sorunu ortaya çıkar. Bu tarz bir uluslararası iddianın ileri sürülmesinin, diplomatik koruma vasıtasıyla bireyin vatandaşlığında olduğu devletçe gerçekleştirilmesi mümkündür; ancak bireyin korunmasının uluslararası hukukun öncelikli işlerinden birisi haline gelmesiyle, bireyin uluslararası iddialarını ileri sürmesinin şekli de gelişim göstermektedir. Bu bağlamda bireyin haklarını korumasını sağlayan uluslararası iddialar, hem müstakil içerikleri hem de şekilsel gereklilikleri bakımından ele alınmaktadır. Bireyin uluslararası iddialarda bulunmasının sağlanması halen devletlerarası antlaşmaların oluşturulmasına bağlı olup, sınırlı bir alanda uygulanmaktadır ve bireyin uluslararası bir iddiayı ileri sürmesi için oluşturulmuş bir alternatif olmadığına, söz konusu iddianın ileri sürülmesi diplomatik koruma yoluyla mümkün olmaktadır." (Francisco Orrega Vicuna, "Claims, International", in R. Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008 -, online edition, [www.mpepil.com], Son erişim tarihi 01.04.2013, paragraf 1 - 3.)

² Sven M. G. Koopmans, *Diplomatic Dispute Settlement - The Use of Inter-State Conciliation*, The Hague, TMC Asser Press, 2008, s. 98 - 100.

1. ICSID SÖZLEŞMESİ UYARINCA ÇÖZÜMLENECEK UYUŞMAZLIKLARDA YETKİ

ICSID Sözleşmesi'nin II. Bölümü "Merkez'in Yetkisi" başlığını taşımaktadır. Söz konusu bölümde yer alan 25. maddenin 1. paragrafında³, Merkez bünyesinde çözüme kavuşturulacak uyuşmazlığın, Sözleşme'ye taraf devletlerden biri ile Sözleşme'ye taraf bir başka devletin vatandaşı olan kişi (*ratione personae*) arasındaki hukuki bir uyuşmazlık olması (*ratione materiae*) gerektiği belirtilmektedir. Uyuşmazlığın tarafları, çözümün Merkez tarafından çözümlenmesi hususundaki iradelerini yazılı olarak ifade ettikten sonra, söz konusu iradelerini tek taraflı olarak geri alamamaktadırlar.⁴ 25. madde Merkez'in sağladığı hizmetin bireylerin kendi aralarındaki, devletlerin kendi aralarındaki ve birey ile onun vatandaşlığında olduğu devlet arasındaki uyuşmazlıklar için söz konusu olamayacağını açıkça ortaya koymaktadır. Yani uyuşmazlığın bir tarafı devlet diğer tarafı da yabancı kişi olmak zorundadır.⁵ Bireyler arasındaki uyuşmazlıkların devletlerin iç hukukları çerçevesinde çözümlenmesinin daha uygun olacağını ve devletlerarasındaki uyuşmazlıkların da uluslararası hukukun devletler için getirdiği kuralları çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğinin düşünülmesi, bu sonucu ortaya çıkarmıştır.⁶

³ *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 18.03.1965, 575 UNTS 160, No. 8359.

⁴ ICSID Sözleşmesi nihai halini aldığı anda Sözleşme'ye taraf yabancı devlet ile Sözleşme'ye taraf devlet vatandaşı arasında tahkim yoluna başvurulmasının kabulünün iki şekilde gerçekleştirilebileceği öngörülmüştür. Bunlardan ilki uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra söz konusu uyuşmazlığa ilişkin *ad hoc* bir iradenin taraflarca anlaşarak ortaya konmasıyla, diğer yol ise kişi ile devlet arasındaki yatırım sözleşmesinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlık durumunda tahkim yoluna başvurulacağına ilişkin ileriye yönelik iradeyi belirten bir kayıt bulunmasıdır. Bu kayıtla tahkim yolu en baştan kabul edilmiş olur. İki taraflı yatırım antlaşmalarında ve serbest ticaret anlaşmalarında (ICSID'in yetkisini kabul edenler de dahil) yatırımcı ile devlet arasında tahkim yoluna başvurulabileceği yönünde ileriye yönelik iradenin bulunması yatırımcı ile devlet arasındaki iddiaların ileri sürülebilmesinin içeriğini oldukça genişletmektedir. (José Enrique Alvarez, "The Public International Law Regime Governing International Investment", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 344, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, s. 224.)

⁵ Devletin de yabancı devlet ülkesinde yatırımcı olması mümkündür. Bu kişilerin tarafı olduğu yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesi uyarınca ICSID tahkimiyle sonuçlandırılmasına ilişkin tartışmalar için bkz. Claudia Annacker, "Protection and Admission of Sovereign Investment under Investment Treaties", *Chinese Journal of International Law*, Vol. 10(3), 2011, s. 553 - 562.

⁶ C. F. Amerasinghe, "Jurisdiction Ratione Personae Under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States",

Çözümüne kavuşturulacak uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanması gerektiği ifade edilmektedir; fakat yatırımdan kastedilen içeriğin ne olduğu açık bir şekilde ICSID Sözleşmesinde ortaya konmamaktadır.⁷ Yalnız iki veya çok taraflı pek çok uluslararası yatırım antlaşmasında yatırıma ilişkin tanıma yer verilmektedir. Bu tanımlar genellikle bir yatırım kavramı ortaya koymakta ve çok çeşitli aktiviteler yatırım olarak kabul edilmektedir. Ancak bu tanımların da ICSID Sözleşmesi'nin öngördüğü içeriğe sahip olup olmadığı her zaman çok açık olamamaktadır.⁸ Ayrıca bir uluslararası antlaşmada ya da sözleşmede adına yatırım denilen bir sürecin aslında yatırım olmaması da mümkündür.⁹ Sözleşme'nin 25. maddesi bu bakımdan kesin sınırlar öngörmemekte, yetki bakımından genel sınırlar çizmekte taraflara büyük bir hareket alanı ve Merkez'e ise konu hakkında yorum yapma imkanı tanımaktadır.¹⁰

Buraya kadar yapılan açıklamalardan belirli bir sonuca varılmaktadır. ICSID Sözleşmesi'ne taraf bir devlet ile aynı Sözleşme'ye taraf

British Yearbook of International Law, Vol. 47(1), 1975, s. 228.

⁷ ICSID uygulamasında yatırım kavramı için bkz. Banu Şit Köşgeroğlu, *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 54 - 57.

⁸ Bkz. Christoph Schreuer, "International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)", in R. Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008 -, online edition, [www.mpepil.com], Son erişim tarihi 01.04.2013, paragraf 25.

⁹ Söz konusu husus bu çalışmanın sınırları dışında kalmaktadır. Bununla beraber uyuşmazlığın konusunun bir yatırıma ilişkin olması önem arz etmektedir. ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesi uyarınca bir uyuşmazlığın yatırıma ilişkin olması ve bunun önemi hakkında bkz. Noah Rubins, "The Notion of 'Investment' in International Investment Arbitration", in *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, Norbert Horn (Ed.), The Hague, Kluwer Law International, 2004, s. 287 - 290. Ayrıca bkz. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York/Geneva, United Nations, 2005, s. 15,16.

¹⁰ Clifford Larsen, "ICSID Jurisdiction: The Relationship of Contracting States to Sub-States Entities", in *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, Norbert Horn (Ed.), The Hague, Kluwer Law International, 2004, s. 355. Merkezin yatırım kavramına ilişkin değerlendirmeleri hakkında bkz. *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (ICSID Case No. ARB/00/2), Award, 15 March 2002, 6 ICSID Reports 308, 2004, para. 28 - 61.; *Zhinvali Development Limited v. Republic of Georgia* (ICSID Case No. ARB/00/1), Award, 24 January 2003, 10 ICSID Reports 3, 2006.; *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/96/3), Decision on Objections to Jurisdiction of 11 July, 1997, 5 ICSID Rep. 186, 2002.

bir başka devletin vatandaşı, konusu yatırım olan bir uyuşmazlığın Merkezce çözüleceğini yazılı biçimde kabul edebilirler.¹¹ Bu durumda Sözleşme'nin 26. maddesi uyarınca taraflar söz konusu uyuşmazlık için başka bir hukuk yolunu kullanmayacaklarını kabul etmiş olurlar. Ancak bu husus, yine aynı madde lafzınca, Sözleşme'ye taraf bir devletin, tahkim yolunun işletilmesine yönelik iradesinin bir koşulu olarak iç hukuk yollarının tüketilmesini öngörmesine engel değildir.

2. ICSID SÖZLEŞMESİ'NİN 27. MADDESİNİN GETİRDİĞİ SİSTEM

ICSID Sözleşmesi'nin 27. maddesinin 1. paragrafı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde diplomatik korumanın işletilmesine dair ana kuralı oluşturmaktadır. Buna göre, Sözleşme'ye taraf hiçbir devlet, vatandaşının Sözleşme'ye taraf bir başka devlet ile olan uyuşmazlığına ilişkin olarak, vatandaşının ve diğer devletin Sözleşme'de öngörülen tahkim yolunu kabul etmelerinden sonra diplomatik koruma yolunu işletemeyecektir. Bununla birlikte Sözleşme'ye taraf diğer devlet, uyuşmazlığa ilişkin hakem kararına riayet etmezse, uyuşmazlığın tarafı olan kişinin vatandaşlığında olduğu devlet diplomatik koruma yoluna başvurabilecektir.

Aynı maddenin 2. paragrafında ise 1. paragrafın öngördüğü şekilde diplomatik korumanın, uyuşmazlığın çözümünü sağlamak amacıyla yapılan resmi olmayan diplomatik girişimleri kapsamadığı ifade edilmektedir.

Maddenin geneline bakıldığında uyuşmazlığın çözümünün tamamen yatırımcı ile uyuşmazlığın tarafı devlet arasında gerçekleştirilmesinin amaçlandığı ve bunun dışında bir başka yolun aynı anda işletilmesinin engellenmeye çalışıldığı görülmektedir. Ancak bu demek değildir ki söz konusu "yatırımcı - devlet uyuşmazlık çözüm yolu" işletilmeden önce diğer yollarla çözüme ulaşılmıştıktan tamamen vazgeçilmiştir.

¹¹ Norbert Horn, "Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means", in *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, Norbert Horn (Ed.), The Hague, Kluwer Law International, 2004, s. 24.

Yukarıdaki ifadelerden anlaşıldığı üzere Sözleşme, diplomatik koruma yoluna başvurulmasını son çare olarak öngörmektedir. Zira bir uyuşmazlıktan dolayı diplomatik koruma yolunun işletilmesi sürecin siyasi bir niteliğe bürünmesine neden olduğu ve genellikle bu tür bir siyasi sürecin içinde bulunmak istememeleri nedeniyle bu yol çok fazla tercih edilmemektedir. Bununla beraber, bir uyuşmazlığın ortaya çıkmaması veya bir an önce çözümlenmesi için devletlerin gerçekleştirecekleri işbirliği bu durumdan bağımsız olup, hem yaşanacak bir çatışmayı engelleyebilir, hem de uyuşmazlığın büyümesini önleyerek sorunun erken bir aşamada çözümünü veya hiç doğmamasını sağlayabilir.¹² Bu sebeple 27. maddede öngörüldüğü şekilde resmi olmayan girişimlere müsaade edilmiş olması bu amaca hizmet edecektir. Ancak diplomatik koruma yolunun en son çare olarak işletilmesi durumunda kişi ve devlet açısından ICSID Sözleşmesinde öngörülen amaçların öncelikli olarak uygulanması çok zordur.

Uyuşmazlığın siyasi boyutunun bulunması meselesi yalnızca devletlerin değil kişilerin de diplomatik koruma yolunun işletilmesi konusuna temkinli bir şekilde yaklaşmasına neden olmuştur. Özel kişilerin yabancı devlet ülkelerinde gerçekleştirdikleri yatırım faaliyetlerine yönelik olarak söz konusu devletlerin çok sayıda sınırlandırıcı eylem ve işlemlerinin olduğu gözlemlenmiştir. Bununla beraber söz konusu davranışlar neticesinde meydana gelen uluslararası hukuka aykırılıklar ve zararların giderilmesinde, çözümün tamamen devletler arası ya da hükümetler arası bir sisteme bırakılması, yatırımı gerçekleştiren özel kişiler bakımından bir memnuniyetsizlik yaratmıştır. Devletler arasındaki ilişkilerin siyasi boyutu diplomatik koruma yolunun işletilmesi yönündeki endişeleri arttırmaktadır. Bu sebeple yatırım hukuku bakımından diplomatik koruma yoluyla ileri sürülen iddiaların, özel kişiler tarafından ileri sürülmesinin önü açılmış, meydana gelen bir uyuşmazlığın ne şekilde çözümleneceği ve bu yöndeki prosedürlerin ne şekilde işletilip sonlandırılacağı özel kişilerin takdirine bırakılmıştır.¹³ Ancak

¹² UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York/ Geneva, United Nations, 2010, s. 53.

¹³ Arwel Davies, "Scoping the Boundary between the Trade Law and Investment Law Regimes: When does a Measure Relate to Investment?", *Journal of International Economic Law*, Vol. 15(3), 2012, s. 794,795.

kişinin vatandaşlığında olduğu devletin rolü tamamen ortadan kaldırılmamıştır.

İşte ICSID sözleşmesinin 27. maddesi, özel kişilerin dahil olduğu bir uyuşmazlığın devletler arasındaki siyasi endişeler sebebiyle çözümsüz bırakılmasındansa, çözüme ilişkin olarak kişinin dahil olabileceği bir süreçle, onun çıkarlarının da göz önünde tutulduğu bir yöntemle sonuç alınması çabasını yansıtmaktadır. Bu aşamada, 27. maddenin etkisinin diplomatik koruma yolunun işletilmesinden tamamen vazgeçilmesi anlamına geldiği saptamasında bulunmak doğru değildir. Bu madde uyarınca devlet, uyuşmazlığın tarafı devlet verilen tahkim kararına uygun şekilde hareket ettikçe bu hakkını kullanmayı askıya almaktadır.¹⁴ Zira tahkim yolunun tamamlanması her zaman karşı tarafın bu süreç sonunda verilen karara uygun hareket edeceği güvenmesini verememektedir. Kişi lehine çıkacak bir kararın gereklerinin uyuşmazlığın tarafı olan diğer devletçe yerine getirilmemesi her zaman ihtimal dahilindedir. Bu tür durumlarda sorunun ortadan kaldırılması ve söz konusu devletin karara uygun şekilde hareket etmesinin sağlanması ancak uluslararası hukuk yolları çerçevesinde sağlanır.¹⁵ Dolayısıyla her ne kadar diplomatik koruma yoluna başvurulması engellenmeye çalışılsa da, adı geçen yolun ortaya çıkan bir başka ihtilafın ortadan kaldırılmasında işletilmesi mümkündür.

ICSID sisteminde yatırımdan kaynaklanan bir uyuşmazlığa ilişkin diplomatik koruma yolunun belirli şartlar dahilinde de olsa işletilebilecek olması, diplomatik korumanın klasik yapısında varolan birtakım hususların daha farklı ele alınmasını da gerektirmektedir. "Diplomatik Korumaya İlişkin Taslak Metin"¹⁶ ve insan hakları hukukuyla beraber yatırım faaliyetleriyle ilgili uluslararası düzenlemeler bu yola ilişkin pek çok sorunu ortaya çıkarmaktadır.

¹⁴ D. Tunic, "The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID) and Diplomatic Protection", *Thesaurus Acroasium, United Nations Decade of International Law*, Vol. XXIII, 1998, s. 454.

¹⁵ Uluslararası hukukun genel kurallarının ICSID sistemiyle uygun bir şekilde uygulanması gerekliliğine ve diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi bakımından da bu durumun bulunduğu yönelti tespit için bkz. *Amco Asia Corporation et al. v. Indonesia*, Decision on Annulment, International Centre for Settlement of Investment Disputes: Decision of Ad Hoc Committee, [16 May 1986] 25 ILM 1441, para. 21.

¹⁶ Buradan itibaren "Taslak Metin."

3. 27. MADDE CALVO KAYDI MI ÖNGÖRMEKTEDİR?

Calvo doktrinine göre bir ülkeye kendisini kabul ettiren yabancı, artık o devletin vatandaşıyla aynı haklara sahip olduğundan, kendisinin o devletin vatandaşlarına göre daha fazla hak talep edememesi gerekir. Söz konusu kişinin yabancı statüsünde olduğu devletin uluslararası sorumluluğunu gerektiren bir davranışıyla zarara uğraması durumunda, onun yalnızca, o devletin iç hukuk yolları çerçevesinde çözüm araması gerektiği bu doktrinin temel varsayımdır.¹⁷ Söz konusu doktrinin uygulanması Calvo kaydı ile gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Bir devletle yabancı kişi arasındaki yatırım ve imtiyaz sözleşmelerine sıkça konulan bu kayıtla, yabancı kişi vatandaşlığında olduğu devletten diplomatik koruma yolunun işletilmesi talebinde bulunmayacağını bildirmektedir.¹⁸

Bu noktada yabancı bir devlet ile yatırım ilişkisi halinde olan kişinin tahkim yoluna başvurması durumunda, Calvo kaydının mı söz konusu olduğu sorusu akla gelebilir.¹⁹ Bu soruya verilecek cevap kesinlikle böyle bir durumun söz konusu olmadığı olacaktır.²⁰

Calvo kaydı, yabancı devlette yatırımda bulunan bireyin, vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletmeyeceğine yönelik taahhüdüdür. Oysa diplomatik koruma devlete tanınan bir haktır. Devlet diplomatik koruma yoluna birey istediği halde başvuramayabileceği gibi, istemediği halde de başvurabilir. Diplomatik koruma yoluyla giderilen zarar devletin zararıdır. Devlet, vatandaşı zarara uğradığı için kendisi de zarara uğramıştır ve söz konusu zararın giderilmesi için uluslararası bir iddiada bulunmaktadır. Dolayısıyla Calvo kaydı da bu yüzden uygulama alanı bulamamıştır. Zira kişi, kendisine ait olmayan bir haktan feragat edemez.

¹⁷ Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1916, s. 793.

¹⁸ Patrick Juillard, "Calvo Doctrine/Calvo Clause", in R. Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008 -, online edition, [www.mpepil.com], Son erişim tarihi 01.04.2013. Calvo doktrini ve Calvo kaydı ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Ali İbrahim Akkutay, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 74 - 79.

¹⁹ James C. Baker ve Louis J. Yoder, "ICSID and Calvo Clause - A Hindrance to Foreign Direct Investment in LDCs", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 5(1), 1989-1990, s. 93.

²⁰ Bkz. Tunic, s. 452,453.

ICSID Sözleşmesi'nin 27. maddesiyle ise, Sözleşme'ye taraf olan devlet bizzat kendisi ilgili maddede öngörülen durumlarda diplomatik koruma yolunu işletmeyeceğini taahhüt etmektedir. Devlet bu Sözleşme'ye taraf olarak, mevcut bir yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıktan zarar görenin, vatandaşı olan kişi olduğunu bu sebeple onun kendi zararının giderilmesi için hareket edebileceğini ortaya koymaktadır. Tabii bu süreç diplomatik koruma yolunun uygulanmasından her durumda vazgeçildiği anlamına gelmemektedir. Zira kişi tahkim yoluna başvurmadığında veya zarar verdiği iddia edilen devlet bu yolun işletilmesi yönünde bir adım atmadığında diplomatik koruma yoluna başvurulabilecektir. Karara uygun hareket etmeme durumunda söz konusu yolun işletilebileceği zaten daha önce de belirtildiği üzere ilgili madde metninde yer almaktadır.

İşte Calvo kaydına benzer bir durumun bulunup bulunmadığı yönündeki bir soru ancak kişinin tahkim sürecini işletmesine ilişkin olarak akla gelebilir.²¹ Zira kişinin tahkim süreci içerisinde olması, vatandaşlığında olduğu devleti diplomatik koruma yolunu işletmekten alıkoyduğu için bir Calvo kaydı olup olmadığının düşünülmesine neden olabilir. Halbuki her iki yol birbirinden farklıdır. Calvo kaydında kişi, vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu hiçbir şekilde kullanamayacağı yönünde hukuken uygulanması mümkün olmayan bir taahhütte bulunurken, ICSID Sözleşmesi'nin 27. maddesiyle devlet, vatandaşının yabancı bir devletle olan yatırım uyuşmazlığına ilişkin tahkim sürecinin sonucunda yabancı devletin o karara uymama durumu olana kadar diplomatik koruma yolunu işletmeyeceğini bizzat kendisi kabul etmektedir.

²¹ Arjantinli hukukçu Carlos Calvo'nun, yabancı yatırımcıların ilişki halinde buldukları devlet vatandaşlarına uygulanan muameleye tabi olacağı ve yalnızca bu devletin ulusal mahkemelerine başvurma hakkına sahip olduğu yönündeki görüşlerine katılan devletler bakımından ICSID Sözleşmesi önemli bir özelliğe sahiptir. ICSID Sözleşmesi'ne taraf olarak, Merkez'in yetkisini kabul eden bu devletler, artık yatırım ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin olarak kendilerine diplomatik yollarla talepte bulunulamayacağı güvencesine sahip olmaktadır. ICSID tahkimi, yabancıların gördüğü zararların giderilmesi amacıyla gözdağı siyasetine son verilmesini öngörmektedir. Böylece ICSID Sözleşmesi'ne taraf ev sahibi devletin siyasi olarak büyük güç sahibi olan çok uluslu şirketlere karşı bütün yükü çekmemesi sağlanmaktadır. (Alvarez, s. 224.)

4. 27. MADDE ÇERÇEVESİNDE DİPLOMATİK KORUMA YOLUNA BAŞVURULMASI

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde devletin, ICSID Sözleşmesi'ne taraf olarak diplomatik koruma yoluna başvurma hakkını sınırlandırdığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla beraber bu yolun işletilmesi hem tahkim sürecine girmeden hem de tahkim süreci sona erdikten sonra mümkündür. Dolayısıyla konuyu iki açıdan ele almak gerekir.

A. Tahkim Yoluna Başvurulmadan Önce Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmesi

Diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için uluslararası hukukun öngördüğü belirli şartlar bulunmaktadır. Bu şartlar somut olaylara göre farklı yorumlanabilmekle beraber ana hatlarıyla şunlardır: 1. Bir zararın meydana gelmesi gerekir. 2. Yabancı bir devletin, uluslararası sorumluluğunun doğmasına neden olan bir davranışının olması gerekir. 3. Zararın, söz konusu davranış neticesinde meydana gelmesi gerekir. 4. Kişinin, uğradığı zararın giderilmesi için zarar verdiğini iddia ettiği devletin iç hukuk yollarını tüketmiş olması gerekir. 5. Kişinin, diplomatik koruma yolunu işletecek devletin vatandaşı olması gerekir.²²

ICSID Sözleşmesi'ne taraf bir devletin vatandaşının yine aynı Sözleşme'ye taraf yabancı bir devletle olan yatırım ilişkisi neticesinde bir zarara uğraması her zaman ihtimal dahilindedir. Böyle bir zararın giderilmesi için o yabancı devletin iç hukuk yolları tüketilerek sonuç alınmazsa ya da iç hukuk yollarının tüketilmesinin gerekmediği durumlar oluşursa, kişinin vatandaşlığında olduğu devlet mevcut zararın giderilmesini sağlamak için diplomatik koruma yolunu işletme hakkına sahip olur. Tabii bu ihtimal ICSID Sözleşmesinde öngörülen tahkim yoluna başvurulacağı yönünde bir iradenin ortaya konmaması durumunda söz konusu olur.

ICSID Sözleşmesinde devletin bu şekilde diplomatik koruma yolunu işletemeyeceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Uyuşmazlığın taraflarınca tahkim yoluna başvurulması yönünde bir irade ortaya konmazsa veya uyuşmazlığın tarafı devlet herhangi bir yolla tahkim

²² Bkz. Akkutay, s. 16 - 74.

yoluna başvurulması yönünde iradesi olmadığını ortaya koyarsa, varolan uyuşmazlık diplomatik koruma yoluyla ileri sürülebilir ve devletler arası bir nitelik kazanır.²³ Dolayısıyla, devletin bu yöndeki hakkını kullanmasını engelleyen bir durum söz konusu değildir. Devlet, bu vesileyle diplomatik koruma yolunu işletebilir ve zarar veren devletten belirli bir zarar giderim elde edebilir. Ancak bu süreçte uyuşmazlığın tarafı olan kişi ile yabancı devlet, tahkim yoluna başvurmayı kabul ederlerse, diplomatik koruma yolunun son bulması gerekir. Bu durum, her aşamada gerçekleşebilir. Her iki devletin belirli bir tazminat üzerinde anlaşmaya varmaları durumunda dahi diplomatik koruma sürecinin son bulması mümkündür.

Yabancı devletin, zarar gören kişinin devletine yönelik olarak zararını gidermesinden sonra da tahkim yolunun işletilmesinin önünde bir engel yoktur. Çok düşük bir ihtimal olmakla beraber, kişi ile yatırım ilişkisinde bulunduğu yabancı devlet bu uyuşmazlık konusunda tahkim yoluna başvurulması hususunda anlaşabilir. Yabancı devlet, diplomatik koruma yolunu işleten devlete tazminat ödeyerek kişiye yönelik bir zarar verdiğini kabul etmiş olur. Bununla beraber söz konusu devlete ödediği tazminatın, verdiği zararın gerçek karşılığının altında olma olasılığı mevcuttur.²⁴ Ayrıca zarar giderim elde eden devlet, bunu vatandaşına yansıtmaktan imtina da edebilir. Bu şartlar altında kişi yatırım neticesinde uğradığı zararın giderilememesi tehlikesiyle karşı karşıya kalır. Ancak yabancı devletin tahkim yolunu işletmek istememesi durumunda da onu bu sürece zorlayacak bir düzenleme bulunmamaktadır. Uyuşmazlığın tarafı devlet ve kişi anlaşılırsa diplomatik koruma yoluyla elde edilen zarar giderimi dışında kalan diğer zararlara ilişkin uyuşmazlıklarını tahkim önüne taşıyabilirler. Uyuşmazlığın tamamı da tahkim önüne taşınabilir. Bu durumda devlet daha önce ödediği bir tazminatı ikinci kez ödemek zorunda kalabilir. Ancak bu ikinci olasılığın meydana gelmesi çok zordur.

²³ Giorgio Sacerdoti, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 269, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, s. 412.

²⁴ Bu konu hakkında bkz. Borzu Sabahi, "The Calculation of Damages in International Investment Law", in *New Aspects of International Investment Law (Les aspects du droit des investissements internationaux)*, Philippe Kahn ve Thomas W. Walde (Ed.), Hague Academy of International Law, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, s. 585 - 588.

ICSID Sözleşmesi'ne taraf devletler arasında tahkim yoluna başvurmadan diplomatik koruma yolunun işletilmesi ihtimali çok düşüktür; ancak böyle bir sürecin yaşanmayacağı da kesin olarak söylenemez. Dolayısıyla söz konusu yolun bahsedilen şekliyle işletilmesi durumunda pek çok sorunun ortaya çıkacağı aşikardır. Sorun yaratmayacak tek durum, diplomatik koruma yoluna başvurulduktan sonra, kişinin vatandaşlığında olduğu devletin, uluslararası hukuka aykırılık ve zarar olmadığı kanaatine varması, ve uyuşmazlığın tarafı olan devletle bu yönde anlaşmasıdır. Zira bu durumda devletin kanaati, vatandaşını bağlamayacaktır. Kişi yabancı devlet ile beraber tahkim yoluna başvurduğunda uyuşmazlık bütün boyutlarıyla ele alınacaktır.

Bu aşamada önemli bir husus daha bulunmaktadır. O da ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesinde öngörülen şartlardan olan uyuşmazlığın bir yatırıma ilişkin olması gerekliliğidir. Yani taraflar yatırıma ilişkin her türlü uyuşmazlıklarının çözümü için tahkim yolunu işletebilirler; fakat yatırıma ilişkin olmayan bir konuda Merkez yetkili değildir. Bununla birlikte uyuşmazlıkların yatırıma ilişkin olup olmadığı kolayca belirlenemez. Bu nedenle Merkez'in yetkisi üzerine de sıklıkla uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktadır.²⁵ Merkez'in yetkisine girmeyen bir hususta meydana gelen zarardan dolayı devletin diplomatik koruma yoluna başvurmasında ICSID Sözleşmesi'nin 27. maddesi uygulanmaz. Devlet, diplomatik koruma bakımından uluslararası hukukun öngördüğü şartların yerine gelmesi durumunda söz konusu yolu işletebilir; ancak Merkez bahsi geçen uyuşmazlığın, yatırıma ilişkin olmamasına rağmen, kendi yetkisi içerisinde olduğuna kanaat getirir ve tahkim süreci başlarsa, diplomatik koruma açısından 27. madde hükümleri uygulanır. Bu durumda da devletin kendisine ait olan bir hakkının kullanılması engellenmiş olur.

B. Tahkim Sürecinin Tamamlanmasından Sonra Diplomatik Koruma Yoluna Başvurulması

Tahkim yolu işletildikten ve karar verildikten sonra, bahsedilen kararın icra edilmesi aşamasına geçilir. Zira ICSID kararının icra edi-

²⁵ Bkz. Stanimir A. Alexandrov, "The 'Baby Boom' of Treaty-Based Arbitrations and The Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as 'Investors' and Jurisdiction *Ratione Temporis*", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 4(1), 2005, s. 26, 27.

lememesi demek, verilen kararın bir değere sahip olmaması anlamına gelecektir.²⁶ Karar her iki tarafın da lehine olabilmekle beraber, çalışmanın sınırları bakımından burada sadece kararın bireyin lehine olması durumu dikkate alınmaktadır. Bireyin lehine verilen bir karara uyuşmazlığın tarafı devletin uygun hareket etmemesi durumunda, diplomatik koruma, verilen kararın icra edilmesini sağlayacak yollardan birisi olarak öngörülmektedir.²⁷ Her ne kadar ICSID tahkimi yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde mükemmel bir yol değilse de, bu uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası iddiaların diplomatik koruma yoluyla ileri sürülmesine nazaran tercih edilen bir yoldur.²⁸ Ancak diplomatik koruma yoluna duyulan ihtiyaç da tamamen ortadan kalkmamaktadır.

ICSID Sözleşmesi'ne taraf devlet ile aynı Sözleşme'ye taraf bir diğer devletin vatandaşı arasında meydana gelen uyuşmazlıklar tahkime taşındıktan sonra diplomatik koruma yolunun belirli şartlar dahilinde işletilmesinin mümkün olduğu adı geçen Sözleşme'nin 27. maddesinde açıkça ifade edilmektedir. Bu durumda diplomatik koruma yolu, ICSID Sözleşmesi uyarınca işletilen tahkim neticesinde verilen kararın uygulanmasını sağlayan bir araç olur.²⁹ Söz konusu şartların neler olduğu ve ne şekilde hareket edilmesi gerektiği birkaç başlık halinde ortaya konabilir.

a. Tahkim Kararı

Tahkim süreci sonucunda, ICSID Sözleşmesi'nin 48. ve 49. maddelerinde öngörülen usule uygun bir karar verilmesi ve taraflara teahhim edilmesi gerekir.

²⁶ Bkz. Andrew P. Tuck, "Investor-State Arbitration Revised: A Critical Analysis of The Revisions and Proposed Reforms to The ICSID and UNCITRAL Arbitration Rules", *Law and Business Review of the Americas*, Vol. 13(4), 2007, s. 888.

²⁷ Vincent O. Orlu Nmehielle, "Enforcing Arbitration Awards under The International Convention for The Settlement of Investment Disputes", *Annual Survey of International and Comperative Law*, Vol. 7, 2001, s. 40.

²⁸ Diana Marie Wick, "The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change", *The Journal of International Business and Law*, Vol. 11(2), 2012, s. 256.

²⁹ Georges R. Delaume, "ICSID Arbitration Proceedings", *International Tax and Business Lawyer*, Vol. 4(2), 1986, s. 229.

b. Kararın Kişinin Lehine Olması Gerekliği

Tahkim kararının devlet lehine çıkması ve kişinin bu karara uygun davranmaması o devlete diplomatik koruma yolunun işletilmesi hakkını vermez. Diplomatik koruma, bir devlete kendi vatandaşının uğradığı zararlardan dolayı uluslararası iddiada bulunma hakkını vermekle beraber, kişinin yapmış olduğu davranışlardan dolayı onun vatandaşlığında olduğu devlete yönelik uluslararası iddiaların ileri sürülmesi hakkını tanımaz.³⁰

c. Devletin Verilen Karara Uygun Şekilde Hareket Etmemesi

Devlet, ICSID Sözleşmesi'ne taraf olarak söz konusu sistem içerisinde bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını kabul ettiği takdirde, verilecek kararlara uymayı da kabul etmektedir.³¹ Sözleşme'nin 53. ve 54. maddeleri bu hususu belirtmektedir. Devlet, bu şekilde bir uluslararası yükümlülüğün muhatabı olmakta ve aksi yöndeki davranışı her uluslararası yükümlülüğe uygun davranmamada olduğu gibi uluslararası hukuka aykırılık yaratmaktadır. Devletin tahkim kararına uygun davranmaması onun uluslararası sorumluluğunu doğuracaktır.³² Diplomatik koruma yolunun işletilmesinin ertelen-

³⁰ Sistemin bu şekilde işlemesi tamamen devletlerin siyasi bir tercihi olmuştur. Zira diplomatik koruma yolunun tam tersi koşullar meydana geldiğinde, benzer bir uluslararası hukuk yolu işletilememektedir. Kişi, bizzat kendi davranışlarıyla yabancı devlete zarar verdiğinde, bu devlet kişinin vatandaşlığında olduğu devletten varolan zararlarının giderilmesini talep edemez. (Alain Pellet, "The Second Death of Euripide Mavrommatis? Notes on the International Law Commission's Draft Articles on Diplomatic Protection", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 7(1), 2008, s. 39)

³¹ Tahkim kararlarının uygulanması ile ilgili olarak bkz. Alvarez, s. 448, 449.

³² Bu sistem dahilinde devletin diğer bir devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürmesi, görüldüğü üzere en son söz konusu olmaktadır. Bunun en önemli nedeni şu ana kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere yatırımcıların kendilerinin başvurabileceği bir yolun bulunmasıdır. Bahsedilen sistemi kuran en önemli nedenlerden birisi çok uluslu şirketlerin etkisidir. Zira şirketler açısından çok daha güvenceli bir sistem ortaya konmaktadır. Böylece klasik uluslararası hukukun etkileri ve şirketler açısından meydana getireceği sorunlar en aza indirilmektedir. Bununla beraber uluslararası hukuk, devletlerin daha aktif olduğu bir hukuk alanı olduğu için, uluslararası yatırımlara ilişkin olarak klasik veya modern yapısıyla uluslararası hukukun hiçbir etkinliğinin olmayacağı ve ortaya çıkan her sorunun uluslararası hukuka başvurulmadan çözümleneceği söylenemez. Dolayısıyla başvurulacak en son yol olmakla ve yatırım hukukuna ilişkin düzenlemeler kadar başarılı koruma tekniklerine sahip olmamakla beraber, bu konularda devletin bir başka devlete karşı uluslararası sorumluluğunun doğması

mesine neden olan zarar, zarar veren devletin tahkim kararına uymama yönündeki uluslararası hukuka aykırı davranışıyla değil, çok daha önce gerçekleşen bir başka davranışıyla gerçekleşmiştir. Dolayısıyla, kişinin vatandaşlığında olduğu devletin, zarar veren devletin tahkim kararına uymama yönündeki uluslararası hukuka aykırı davranışıyla neden olduğu zarara yönelik diplomatik koruma yolunu işletmesi, ertelenen değil yeni bir uluslararası iddianın ileri sürülmesi anlamına gelecektir.

d. Kişinin, Diplomatik Koruma Yolunu İşletecek Devletin Vatandaşı Olması

Kişi, bir yatırım yaptığında, söz konusu yatırımdan kar etme amacı güder. Elde edilen karın ve meydana gelen zararların hukuki sonuçları da o kişiye ait olur. Bu sebeple de kişinin bizzat kendisinin yabancı bir devletle olan yatırım ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlığı uluslararası bir iddiayla ileri sürebilmesi büyük bir ilerlemedir.

ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan devlet kendi egemen iradesiyle kişinin tahkim yoluna başvurmasını sağlamakta ve diplomatik koruma yoluna başvurma hakkının kullanımını durumun gereklerine göre gerçekleştireceğini ortaya koymaktadır. Ancak birey bu yolu işletmediği zaman, devlet uyuşmazlığa dahil olabilmektedir. Bu durumda klasik uluslararası hukukun uygulama alanı bulabilmesi mümkündür.³³

her zaman mümkündür. (Bu konuda benzer ve farklı yönleriyle konuya yaklaşımı bakımından bkz. M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, Cambridge/New York/Melbourne, Cambridge University Press, 2010, s. 36 vd.)

³³ Uyuşmazlığın tarafı devletin ICSID kararına uygun olmayan bir şekilde hareket etmesi neticesinde zararı giderilemeyen kişinin vatandaşlığında olduğu devlet bu yolu tamamen kendi adına işletir. ICSID Sözleşmesi'nin en temel amaçlarından birisi, yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların siyasallaşmaması olduğu için bu yolun işletilmesi çeşitli olasılıkları da ortaya çıkarabilir. ICSID Sözleşmesi'nin amacına en uygun şekilde diplomatik koruma yolunun işletilmesinin, kararın kişinin lehine uygun bir şekilde uygulanmasının sağlanmasıyla mümkün olduğu görülmektedir. Bununla birlikte devletin kendi adına bir tazminat talebinde bulunmasını engelleyen bir kural da yoktur. Bu sebeple, diplomatik koruma yolunun son çare olarak işletilmesi aşamasına gelindiğinde, kişinin vatandaşlığında olduğu devletin, ileri sürdüğü uluslararası iddiaların mümkün olduğu kadar politik kaygılardan uzak olması en doğru tercih olur. (Bkz. Orlu Nmehielle, s. 41)

Diplomatik koruma yolunu işletme hakkı, devlete vatandaşlarının uğradıkları zararlara istinaden tanınmış bir haktır.³⁴ Ayrıca diplomatik koruma yoluna başvurulabilmesi için klasik uluslararası hukukta vatandaşlık bağının niteliğine ilişkin bir takım özellikler aranmaktadır.³⁵ Bu sebeple burada değerlendirilmesi gereken mesele ICSID sistemi içerisinde bu niteliklerin yumuşatıldığı sonucuna varılıp varılamayacağıdır. Ayrıca diplomatik koruma yolunun devletin, ICSID Sözleşmesi'nin 27. maddesinin ise kişinin haklarını ön planda tuttuğu ortadadır. Bu sebeple tahkim yoluna başvuracak kişinin vatandaşlık bağının niteliğine ilişkin bir değerlendirmede bulunulmasının yanı sıra tahkimden sonra ilgili koşulların yerine getirilmesiyle başvurulacak diplomatik koruma yolu açısından aranacak vatandaşlık bağının niteliklerinde bir esnekliğin söz konusu olup olmadığına da irdelenmesi gerekmektedir.

ICSID Sözleşmesi'nin 25/2(a) ve 25/2(b) maddelerinde, Sözleşme'de öngörülen tahkim yoluna başvurabilecek kişiler ve bunların vatandaşlık bağı bakımından sahip olması gereken nitelikleri ifade edilmiştir. Kişiler bakımından gerçek kişiler ve tüzel kişiler ayrımı yapılmıştır. 25/2(a)'da gerçek kişiler ele alınmaktadır. Buna göre tahkim yolundan yararlanabilecek gerçek kişilerin Sözleşme'ye taraf diğer devletin vatandaşlığına hem uyuşmazlığın taraflarının tahkim yolunu işleteceklerine yönelik iradelerinin ortaya konduğu hem de uyuşmazlığın Sözleşme'nin 36/3. maddesine göre kaydedildiği tarihlerde sahip olmaları gerekmektedir. 25/2(b) uyarınca tüzel kişiler bakımından bu kişilerin Sözleşme'ye taraf diğer devletin vatandaşlığına yalnızca

³⁴ Bkz. *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. UK)*, PCIJ Rep Series A No. 2, 1924, s. 12; *The Panevezys – Salduviskis Railway Case (Preliminary Objections) (Estonia v. Lithuania)*, PCIJ Rep Series A/B, No. 76, 28 February 1939, s. 16; *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, 2001 ICJ Rep, para. 42.

³⁵ Diplomatik koruma yoluna başvurulabilmesi için aranan vatandaşlık bağının niteliğine ilişkin MDAD ve UAD birtakım tespitlerde bulunmuşlardır. Birden fazla vatandaşlığa sahip kişinin vatandaşlığında olduğu devletlerden birinin diğerine karşı diplomatik koruma yolunu işletemeyeceği yönündeki tespit için bkz. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 1949 ICJ Rep, s. 186. Şirket ve şirket hissedarlarının uğradığı zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için aranan koşullara ilişkin tespitler için bkz. *Barcelona Traction Light and Power Company Case*, 1970 ICJ Rep; *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI) Case (United States of America v. Italy)*, 1989 ICJ Rep; *Ahmadou Sadio Diallo Case (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, Preliminary Objections, 2007 ICJ Rep No. 103.

tahkim yoluna başvurulması yönündeki iradenin ortaya konduğu tarihte sahip olunması yeterli görülmüş ve gerçek kişilerde olduğu gibi vatandaşlık bağı bakımından iki aşamalı bir değerlendirme öngörülmemiştir.³⁶ Ayrıca kişi ile vatandaşlığını taşıdığı devlet arasındaki bağı “etkin bir vatandaşlık olması” koşulu da aranmamıştır.³⁷

Devletin, diplomatik koruma yolunu işletebilmesi için vatandaşlık bağı açısından aranan şartlardan birisi vatandaşlığın sürekliliği ilkesidir. Buna göre zarara uğrayan kişinin, zararın meydana geldiği ve bu zarara istinaden uluslararası iddianın ileri sürüldüğü tarihler arasında kesintisiz bir şekilde diplomatik koruma yolunu işletecek devletin vatandaş olması beklenmektedir.³⁸ Bu koşul Taslak Metnin 5. maddesinde de aynen kabul edilmiştir.³⁹

Diplomatik koruma açısından öngörülen vatandaşlığın sürekliliği koşulu ICSID Sözleşmesi’nin 25/2(a) maddesinde daha farklı bir şekilde öngörülmüştür.⁴⁰ Sözleşme’nin 25/2(b) maddesinde ise tüzel kişiler açısından böyle bir koşul öngörülmemiştir. Bu çerçevede sorun, verilen tahkim kararına uyuşmazlığın tarafı devletin uymaması durumunda Sözleşme’ye taraf diğer devletin vatandaşlığın sürekliliğine ne şekilde yaklaşacağı ve hangi zaman dilimini dikkate alacağı noktasında ortaya çıkmaktadır.

³⁶ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Second Edition, Cambridge/New York/Melbourne, Cambridge University Press, 2009, s. 274 vd.

³⁷ Devletle kişi arasındaki vatandaşlık bağının etkin bir bağ olması gerektiği yönündeki tespit için bkz. *Nottebohm Case (Second Phase) (Liechtenstein v. Guatemala)*, 1955 ICJ Rep, s. 22.

³⁸ Francisco Orrego Vicuna, “Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement”, *ICSID Review*, Vol. 15(2), 2000, s. 349.

³⁹ http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf. (son erişim tarihi 01.04.2013)

⁴⁰ ICSID Sözleşmesiyle korunmaya çalışılan yatırımcının çıkarıdır. Zira tahkim yoluyla uyuşmazlığın tamamen kişi bakımından sonuçlandırılması hedeflenmektedir. Sözleşme’de tahkim yolundan faydalanabilme hakkı yalnızca Sözleşme’ye taraf devlet vatandaşlarına tanınmıştır. Ancak zarara uğradığı tarihte o devletin vatandaş olması koşulu aranmayan kişinin, tahkim yolunun işletilmesi yönündeki iradesini beyan ettiği tarihte ve uyuşmazlığın Merkez’in yetkisine girdiğinin onaylandığı tarihler arasında söz konusu devletin vatandaşlığını taşıması gerekliliğinin öngörülmesi yine devlet merkezli düşüncenin bir ürünüdür. Sözleşme’ye taraf bir devletin vatandaşlığını taşıyan kişinin yatırım ilişkisine başladığı tarihte sahip olduğu güvencenin daha sonra vatandaşlığa bağlı olarak elinden alınması ihtimali Sözleşme’nin amaçları bakımından çok da yerinde değildir.

Belirtildiği üzere diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için öncelikle zarara uğrayan kişinin zararın meydana geldiği tarihte, bu yola başvuracak devletin vatandaşı olması gerekmektedir. ICSID Sözleşmesi'nde, tahkim yoluna başvurulabilmesi için zararın meydana geldiği tarihte kişinin Sözleşme'ye taraf diğer devletin vatandaşı olması koşulu aranmamaktadır. Hatta aşağıda da değinileceği üzere ICSID tahkimi bir zarar olmasa da yatırım sözleşmesine ilişkin herhangi bir uyuşmazlığa dayanılarak işletilebilen bir yoldur.

Klasik uluslararası hukuk bakımından eğer kişi zararın meydana geldiği tarihte ICSID Sözleşmesi'ne taraf bir devletin vatandaşı değilse, diplomatik koruma yolunun işletilmesi, meydana gelen önceki zarara göre değil, tahkim kararına uygun hareket edilmemesi neticesinde ortaya çıkan başka bir zarara ilişkin olmaktadır ki bu durum, bir sonraki "zarar" başlığı altında ele alınmaktadır. Taslak metin 17. maddesiyle uluslararası hukukun yatırımların korunması gibi özel alanlarında Taslak Metnin diğer hükümlerinin ancak söz konusu özel hükümlere uygun bir şekilde uygulanacağını ifade etmektedir. Bu durumda Taslak Metnin 5. madde hükmünün ICSID sisteminde diplomatik korumaya ilişkin olarak uygulanamayacağını savunmak mümkündür. Bununla birlikte ICSID Sözleşmesi'nin 27. Maddesi uyarınca mahkeme kararının başka bir zarar olması nedeni ve artık ICSID Sözleşmesi'ne ilişkin özel hükümlerin uygulama alanının kalmadığı iddiasıyla Taslak Madde Hükümlerinin de uygulama alanı bulacağını ileri sürülmesinin önünde de bir engel bulunmamaktadır. Bununla beraber ICSID Sözleşmesi'nin ve Taslak Metnin kişinin çıkarlarına verdiği önem göz önüne alınarak vatandaşlığın sürekliliği kuralının kişi lehine uygulanmasının sağlanması daha uygun olur.

e. Bir Zararın Meydana Gelmiş Olması

Diplomatik koruma yoluna başvurulmasının en önemli şartlarından birisi, kişinin bir zarara uğramasıdır. Kişinin vatandaşlığında olduğu devlet, bu zarara dayanarak kendisinin de zarara uğradığını ve zararının giderilmesini talep eder. Oysa ICSID Sözleşmesinde, tahkime gidebilmek için zarar koşulu aranmamaktadır.⁴¹ Herhangi bir

⁴¹ ICSID Sözleşmesi çerçevesinde tahkim yolunun, var olan bir zarara ilişkin uyuşmazlıklar için işletilmesi hususunda bkz. David Collins, "Reliance Remedies at the International Center for the Settlement of Investment Disputes", *Northwestern*

uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için tahkim yoluna başvurulabileceği ifade edilmektedir.

Bu noktada uyuşmazlığa taraf devletin tahkim süreci sonunda verilen karara uygun davranmaması neticesinde diplomatik koruma yoluna başvurulabilmesi için bir zararın da bulunması gerekmektedir.⁴² İşte tahkim yoluna var olan bir zarardan dolayı başvurulmaması durumunda ne şekilde hareket edileceği de önem arz etmektedir.

Bu konudaki ana kural, zarar olmadan diplomatik koruma yolu işletilemeyeceğidir. Bu sebeple tahkim kararına uyulmamasından anlaşılması gereken ya devletin bir zarara ilişkin olarak kişi lehine verilen tahkim kararına uymaması ya da verilen tahkim kararına uyulmaması neticesinde kişinin zarara uğramasıdır. Ancak 27. maddeden anlaşılması gereken birinci durumdur. Yani kişinin uğradığı zarardan dolayı tahkim yoluna başvurulması ve kişi lehine çıkan karara yabancı devletin uygun davranmamasıdır.

İkinci durumun bu süreç içerisinde değerlendirilememesinin nedeni ise burada başvuru diplomatik koruma yolunun tamamen yeni bir süreç olmasıdır. Dolayısıyla devlet sonradan meydana gelen bu zarara ilişkin olarak diplomatik koruma yolunu işletmek istediğinde, bu yola başvurmanın koşullarının yeniden değerlendirilmesi gerekir. Yabancı devletin bu karara uymaması uluslararası hukuku ihlal etmekte ve bu davranış neticesinde yatırımcı zarara uğramaktadır. Diplomatik koruma yoluna başvurmak için eksik olan tek şart ise iç hukuk yollarının tüketilmesi olmaktadır. İşte bu aşamada kişinin yabancı devletin iç hukuk yollarını tüketmesinin gerekip gerekmediği ya da iç hukuk yollarının tüketilmesini gerektirmeyen bir durumun mu mevcut olduğunun değerlendirilmesi gerekir.

f. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Kuralı

Diplomatik koruma yoluna başvurmanın koşullarından birisi de iç hukuk yollarının tüketilmesidir. Bu kuralla, bir iddianın uluslararası

⁴² *Journal of International Law and Business*, Vol. 29(1), 2009, s. 201 – 210.
Tahkim sürecinde zararın belirlenmesine ilişkin olarak bkz. Lawrence W. Newman, "The Problem of Damages with Damages in International Arbitration", in *Contemporary Issues in International Arbitration (The Fordham Papers)*, Arthur W. Rovine (Ed.), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, s. 188 – 193.

boyuta taşınmasından önce zarar verdiği iddia edilen devletin idari ve yargısal yolları çerçevesinde çözüm bulunmaya çalışılmaktadır. Eğer bu çerçevede çözüm bulunamazsa yahut iç hukuk yollarına başvurulmasının gerekli olmadığı durumlar söz konusu olmuşsa zarar gören kişinin vatandaşlığında olduğu devlet dilerse diplomatik koruma yolunu işletme hakkını kullanabilir.

ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan devletler, aksini belirtmedikçe, iç hukuk yolları tüketilmeksizin uyuşmazlığın ICSID tahkimiyle sonuçlandırılabilceğini kabul etmektedirler.⁴³ Bununla beraber, tahkim kararına uyulmaması sebebiyle diplomatik koruma yolunun işletilmesi aşamasına gelindiğinde iç hukuk yollarının tüketilmesinin gerekip gerekmediği ortaya konması gereken hususlardan birisidir. Zira tahkim sonunda verilen karar "*res judicata*"dır.⁴⁴

Eğer zarara ve vatandaşlık bağına ilişkin olarak yukarıda bahsedilen koşullar yerine gelmişse, kişinin vatandaşlığında olduğu devlet, zarar veren devletin iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek olmaksızın diplomatik koruma yolunu işletebilecektir.⁴⁵ Bununla birlikte tahkim kararına uymamanın ayrı bir zarar olarak nitelendirilebilmesi durumunda iç hukuk yollarının tüketilmesi konusu tartışmaya açıktır. Zira bu durumda ICSID Sözleşmesi'nin 27. maddesinin öngördüğü şekilde ertelenen bir süreç yoktur. Bu noktada yeni bir zararla ilgili, yeni bir süreç başlayacaktır. Ancak bu husus ICSID Sözleşmesi'ne taraf bir devletin, bu Sözleşme'ye taraf olarak tahkim kararının nihai karar olacağını kabul ettiği ve bunu yerine getirme yükümlülüğü altında olduğu gerçeği çerçevesinde rahatlıkla çözüme kavuşturulur. Bu durumda tahkim kararına uymayan devlet, kararın gereklerini yerine getirmeyeceğini açıkça ortaya koymuş olur ve iç hukuk yollarının tüketilmesini gerektirmeyen bir koşul ortaya çıkar. Zira o devletin başvurulabilecek bir iç hukuk yolu olmakla birlikte, söz konusu yola başvurmak açıkça faydasız olacak ve bir ihkak-ı haktan imtina durumu doğacaktır.

⁴³ Gauthier Vannieuwenhuysse, "Bringing a Dispute Concerning ICSID Cases and the ICSID Convention Before the International Court of Justice", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 8, 2009, s. 119.

⁴⁴ Victorino J. Tejera Pérez, "Diplomatic Protection Revival for Failure to Comply with Investment Arbitration Awards", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3(2), 2012, s. 460.

⁴⁵ Tejera Pérez, s. 461.

SONUÇ

Uluslararası hukuk klasik görünümünden sıyrılmış, yeni bir anlam kazanmıştır. ICSID Sözleşmesi de bu konudaki önemli gelişmelerden biridir. Sözleşme, kişinin kendi adına uluslararası bir iddiada bulunabilmesinin aracı olmuştur; ancak konuya ilişkin klasik uluslararası hukukun uygulama alanını ve kurumlarını tamamen ortadan kaldırmamıştır. Bu kurumlardan birisi olan diplomatik koruma son çare de olsa, halen bir uluslararası uyuşmazlığın sona erdirilmesinde “çare” olarak görülmektedir. İnsan hakları ve uluslararası yatırım hukuku gibi alanların etkisi henüz diplomatik korumanın devlet merkezli yapısından sıyrılmamasını sağlayamamıştır. Bununla beraber ICSID Sözleşmesi çerçevesinde ele alınan uyuşmazlıklardan doğan zararların giderilmesinde, devletin, kişinin çıkarlarını korumak adına hareket etmesi zaten Sözleşme’ye taraf olmakla kabul ettiği bir yükümlülüktür. Dolayısıyla diplomatik koruma, Taslak Metnin 19. maddesinde de öngörüldüğü üzere, devletin elde ettiği zarar giderimini, zarara uğrayan kişiye yansıtmasıyla, amaca uygun bir şekilde kullanılmaya açıktır; fakat devletin aksi yönde bir davranışla söz konusu zarar giderimini kendisinde saklı tutmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

KAYNAKLAR

- Akkutay Ali İbrahim, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Alexandrov Stanimir A., “The ‘Baby Boom’ of Treaty-Based Arbitrations and The Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as ‘Investors’ and Jurisdiction *Ratione Temporis*”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 4(1), 2005, s.19 – 59.
- Alvarez José Enrique, “The Public International Law Regime Governing International Investment”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 344*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, s. 193 – 541.
- Amerasinghe C. F., “Jurisdiction *Ratione Personae* Under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 47(1), 1975, s. 227 – 267.

- Annacker Claudia, "Protection and Admission of Sovereign Investment under Investment Treaties", *Chinese Journal of International Law*, Vol. 10(3), 2011, s. 531 - 564.
- Baker James C. ve Yoder, Louis J., "ICSID and Calvo Clause - A Hindrance to Foreign Direct Investment in LDCs", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 5(1), 1989-1990, s. 75 - 95.
- Borchard Edwin M., *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1916.
- Collins David, "Reliance Remedies at the International Center for the Settlement of Investment Disputes", *Northwestern Journal of International Law and Business*, Vol. 29(1), 2009, s. 195 - 216.
- Davies Arwel, "Scoping the Boundary between the Trade Law and Investment Law Regimes: When does a Measure Relate to Investment?", *Journal of International Economic Law*, Vol. 15(3), 2012, s. 793 - 822.
- Delaume Georges R., "ICSID Arbitration Proceedings", *International Tax and Business Lawyer*, Vol. 4(2), 1986, s. 218 - 229.
- Horn Norbert, "Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means", in *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, Norbert Horn (Ed.), The Hague, Kluwer Law International, 2004, s. 3 - 31.
- Juillard Patrick, "Calvo Doctrine/Calvo Clause", in R. Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008 -, online edition, [www.mpepil.com], Son erişim tarihi 01.04.2013.
- Koopmans Sven M. G., *Diplomatic Dispute Settlement - The Use of Inter-State Conciliation*, The Hague, TMC Asser Press, 2008.
- Larsen Clifford, "ICSID Jurisdiction: The Relationship of Contracting States to Sub-States Entities", in *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, Norbert Horn (Ed.), The Hague, Kluwer Law International, 2004, s. 353 - 386.
- Newman Lawrence W., "The Problem of Damages with Damages in International Arbitration", in *Contemporary Issues in International Arbitration (The Fordham Papers)*, Arthur W. ROVINE (Ed.), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, s.185 - 194.
- Orlu Nmehielle Vincent O., "Enforcing Arbitration Awards under The International Convention for The Settlement of Investment Disputes", *Annual Survey of International and Comperative Law*, Vol. 7, 2001, s. 21 - 48.
- Orrego Vicuna Francisco, "Claims, International", in R. Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008 -, online edition, [www.mpepil.com], Son erişim tarihi 01.04.2013.
- Orrego Vicuna Francisco, "Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement", *ICSID Review*, Vol. 15(2), 2000, s.340 - 361.
- Pellet Alain, "The Second Death of Euripide Mavrommatis? Notes on the International Law Commission's Draft Articles on Diplomatic Protection", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 7(1), 2008, s. 33 - 58.

- Rubins Noah, "The Notion of 'Investment' in International Investment Arbitration", in *Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects*, Norbert Horn (Ed.), The Hague, Kluwer Law International, 2004, s. 283 – 324.
- Sabahi Borzu, "The Calculation of Damages in International Investment Law", in *New Aspects of International Investment Law (Les aspects du droit des investissements internationaux)*, Philippe Kahn ve Thomas W. Walde (Ed.), Hague Academy of International Law, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, s. 553 – 595.
- Sacerdoti Giorgio, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 269*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, s. 251 – 460.
- Schreuer Christoph, *The ICSID Convention: A Commentary*, Second Edition, Cambridge/New York/Melbourne, Cambridge University Press, 2009.
- Schreuer Christoph, "International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)", in R. Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008 –, online edition, [www.mpepil.com], Son erişim tarihi 01.04.2013.
- Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, Cambridge/New York/Melbourne, Cambridge University Press, 2010.
- Şit Köşgeroğlu Banu, *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Tejera Pérez Victorino J., "Diplomatic Protection Revival for Failure to Comply with Investment Arbitration Awards", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3(2), 2012, s. 445 - 475
- Tuck Andrew P., "Investor-State Arbitration Revised: A Critical Analysis of The Revisions and Proposed Reforms to The ICSID and UNCITRAL Arbitration Rules", *Law and Business Review of the Americas*, Vol. 13(4), 2007, s. 885 – 922.
- Tunic D., "The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID) and Diplomatic Protection", *Thesaurus Acroasium, United Nations Decade of International Law*, Vol. XXIII, 1998, s. 447 – 461.
- Vannieuwenhuysse Gauthier, "Bringing a Dispute Concerning ICSID Cases and the ICSID Convention Before the International Court of Justice", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 8, 2009, s. 115 – 141.
- Wick Diana Marie, "The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change", *The Journal of International Business and Law*, Vol. 11(2), 2012, s. 239 – 291.
- UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York/Geneva, United Nations, 2010.
- UNCTAD, *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York/Geneva, United Nations, 2005.
- Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 18.03.1965, 575 UNTS 160, No. 8359.

- Ahmadou Sadio Diallo Case (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, Preliminary Objections, 2007 ICJ Rep No. 103.
- Amco Asia Corporation et al. v. Indonesia*, Decision on Annulment, International Centre for Settlement of Investment Disputes: Decision of Ad Hoc Committee, [16 May 1986] 25 ILM 1441.
- Barcelona Traction Light and Power Company Case*, 1970 ICJ Rep.
- Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) Case (United States of America v. Italy)*, 1989 ICJ Rep.
- Fedax N.V. v. Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/96/3)*, Decision on Objections to Jurisdiction of 11 July, 1997, 5 ICSID Rep. 186, 2002.
- LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, 2001 ICJ Rep.
- Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/00/2)*, Award, 15 March 2002, 6 ICSID Reports 308, 2004.
- Nottebohm Case (Second Phase) (Liechtenstein v. Guatemala)*, 1955 ICJ Rep.
- Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 1949 ICJ Rep.
- The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. UK)*, PCIJ Rep Series A No. 2, 1924.
- The Panevezys – Saldutiskis Railway Case (Preliminary Objections) (Estonia v. Lithuania)*, PCIJ Rep Series A/B, No. 76, 28 February 1939.
- Zhinvali Development Limited v. Republic of Georgia (ICSID Case No. ARB/00/1)*, Award, 24 January 2003, 10 ICSID Reports 3, 2006.

ULUSLARARASI İNŞAAT VE İŞ ORTAKLIĞI SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN HUKUKİ ÇÖZÜM YOLLARI

LEGAL SETTLEMENT METHODS FOR THE DISPUTES RESULTING FROM INTERNATIONAL CONSTRUCTION CONTRACTS AND BUSINESS PARTNERSHIP CONTRACTS

Tunay KÖKSAL*

Özet: Günümüzün sınırlar ötesi iş dünyası, birleşme ve devralmaların haricinde ortaklıkların değişik formlarını kullanmaktadır. Bu iş ortaklıklarında belli bir projeyi birlikte üstlenen firmalar, aynı zamanda hukuki bağımsızlıklarını korumaktadırlar. İş ortaklığına dahil müteşebbisler arasındaki bağ sıkı veya gevşek olabilir. Uluslararası Ticaret Hukukunda, uluslararası inşaat sektöründe görülen başlıca iş ortaklığı türleri; Joint Venture, Konsorsiyum ve AB ülkeleri ile onların hukukunu benimseyen diğer ülkelerde Avrupa Ekonomik Menfaat Grubu (The European Economic Interest Grouping)'dir.

Anahtar Sözcükler: FIDIC, Sözleşme Şartları, Uyuşmazlıkların Çözümü, İşveren, Müteahhit.

Abstract: Today's cross-border business world uses various forms of partnerships beside mergers and acquisitions. Companies which undertake a certain project in these business partnerships also protect their legal independence. The links between entrepreneurs included in business partnership can be tight or loose. In International Trade Law, major types of business partnerships of the international construction industry are: Joint Venture, Consortium and the European Economic Interest Grouping (EEIG) in EU countries and other countries where laws of EU countries are adopted.

Keywords: FIDIC, Conditions of Contract, Dispute Settlement, Employer, Contractor.

* Dr., Uluslararası Ticaret / Lojistik ve İnşaat Hukuku Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Uluslararası inşaat sözleşmeleri ve iş ortaklığı sözleşmeleri de dahil olmak üzere bir uluslararası ticaret sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar, sözleşmenin taraflarının tabiiyetinde bulunduğu ülkelerden birinin ulusal mahkemelerinde çözümlenebileceği gibi; uzlaştırma ve tahkim gibi uluslararası hukuki çözüm yollarına başvurmak suretiyle de çözüme kavuşturulabilir. Bu bölümde sırasıyla uyuşmazlıkların devlet yargısında ve uluslararası mekanizmalar vasıtasıyla çözümlenmesi incelenmektedir.

A. ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN ULUSAL MAHKEMELERDE ÇÖZÜMLENMESİ

“Ulusal mahkemeler, genellikle iç hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmek üzere düzenlendiği için uluslararası inşaat veya iş ortaklığı sözleşmelerinden doğan uluslararası nitelikli ticari uyuşmazlıkların çözümü için gerekli imkan, anlayış ve hukuki yapılanmaya sahip bulunmamaktadırlar. Ayrıca, ulusal mahkemelerin yargılama faaliyetini yürüten hakimler, bağlı oldukları ve kendilerini atayan devletin siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel politikalarına ve değerlerine bağlıdırlar. Bu durumda ise, uyuşmazlığı çözen mahkemenin bulunduğu devletin vatandaşı olmayan uyuşmazlık tarafı, yargılamanın tarafsız olacağına güvenemeyecektir” (Şanlı, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Üçüncü Bası, Beta, İstanbul, Haziran 2005, s.68).

“Ulusal mahkemeler, ulusal hukukun detaylı usul kurallarına sıkı sıkıya bağlı oldukları için davalar uzamakta, yargılama maliyetleri artmakta ve uyuşmazlıkla ilgili adil kararlar verilmesi çoğu zaman mümkün olamamaktadır”. Ayrıca, ulusal mahkemeler, çok çeşitli ve karmaşık nitelikte olan uluslararası ticari uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak hususunda uzmanlaşmamışlardır. Bunlara ilaveten, ulusal mahkemelerin kararlarının, davalının mal varlığı kararın verildiği ülkede değilse, başka ülkede tenfizi son derece sınırlıdır ve ciddi problemler yaratmaktadır” (Şanlı, a.g.e., s.68).

“İşte yukarıda zikredilen nedenlerle, uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümündeki çabukluk, tarafsızlık, verilen kararın icrasındaki kolaylık ve adalete uygunluk bakımlarından uluslararası tahkim ve diğer uzlaştırma yöntemleri, ulusal mahkemelere başvurma alternatifine tercih edilmektedir” (Şanlı, a.g.e., s.68).

“Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde ulusal mahkemelere başvurma alternatifinin içerdiği bu dezavantajlara rağmen kimi zaman tarafların sözleşmelerine koydukları bir yetki şartı ile, belirli bir devlet mahkemesini uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak seçtikleri görülmektedir” (Şanlı, a.g.e., s.68).

“Bu seçimde, belirli bir devletin mahkemesinin delillere ve taraflara coğrafi bakımdan yakın olması, yargılama maliyetinin düşük olması, sözleşme dökümanlarını hazırlayan ve ekonomik bakımdan güçlü olan tarafın karşı tarafa empoze ettiği tip sözleşmeler veya genel şartnameler içinde bir dayatma olması gibi faktörler etkili olabilmektedir.” (Şanlı, a.g.e., s. 69).

Taraflar arasındaki uluslararası ticaret sözleşmelerinde veya iş ortaklığı sözleşmelerinde tahkim öngörülmemişse, uyuşmazlıkların doğal çözüm mercii olarak genel yargı yolu olan devlet mahkemelerine başvurulacaktır.

“Taraflar, başvurulacak devlet mahkemesini bir anlaşma yaparak belirlememişlerse, uyuşmazlığı çözümleyecek mahkemeyi davacının tercihleri belirleyecektir. Davacı; dava ve avukatlık masraflarını, hukuk sistemi hakkındaki bilgi ve tecrübesini, politik güven ve istikrarı, verilen kararın icrasını, ortak lisan ve hukuk kültürüne mensubiyeti, kendisinin kayırılacağını ve yabancı tarafa tercih edileceğini, daha kısa zamanda davanın biteceğini ve benzeri pratik mülahazaları dikkate alarak mahkeme tercihini yapabilir (Ekşi, Nuray: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul, 1996, s.73). Ancak, sözleşmede herhangi bir tahkim şartının veya yetki anlaşmasının bulunmadığı hallerde, davacının tercihiyle dayanılarak başvurulacak devlet mahkemesinin davaya bakabilmesi, somut olayda mahkemenin kendisini yetkili görmesine bağlıdır” (Şanlı, a.g.e.,s. 69).

“Uluslararası özel hukuk alanındaki tarafların arasındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçme serbestisine paralel olarak, ulus-

lararası usul hukuku alanında da taraflara uyuşmazlık halinde başvurulacak yargı merciini seçme serbestisi tanınmıştır. Bu seçim, tarafların aktedecekleri yetki veya tahkim anlaşmaları ile yapılmaktadır” (Şanlı, a.g.e.,s. 70; Yetki şartı veya anlaşmaları hakkında ayrıca bkz. Sargın,F.: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara, 1996).

“Kalkınmakta olan ülkelerle yapılan yatırım anlaşmalarında ev sahibi ülkeler uyuşmazlığın çözüm mercii olarak kendi mahkemelelerinin yetkisini öngören bir klozda ısrarcı olmaktadır. Zira, bu devletler, ülkelerinde inşa edilecek tesislerle ilgili sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların, başka devlet mahkemelerinde karara bağlanmasından endişe duymaktadırlar. Bu ısrarlar aşılamadığında çoğu zaman yabancı müteahhitler, ev sahibi ülke mahkemelerinin yetkisini kabul etmektedirler” (Şanlı, a.g.e.,s. 71).

“Uluslararası ticaret sözleşmelerinde yetkili mahkeme seçilirken, seçilecek mahkemece ileride verilecek kararın icrası imkanları dikkate alınmalı ve yetki klozu buna göre düzenlenmelidir. Uygulamada, tarafların genellikle kendi ülke mahkemelerinin yetkisinde ısrarcı olmalarının, verilen kararın yabancı ülkedeki tenfiz güçlüğü karşısında, kendi aleyhlerine sonuçlanabilmesi mümkündür. Bu nedenle, uluslararası inşaat ve iş ortaklığı sözleşmelerinde yer alacak yetki klozları düzenlenirken ileride elde edilecek kararın, tarafların mal varlıklarının bulunduğu ülkelerde icrası imkanını dikkate almak gereklidir. Elde edilecek mahkeme kararının borçlunun mal varlığının bulunduğu ülkede icra edilebilmesi bakımından, davalı tarafın ülkesindeki mahkemelerin seçilmesi, davacı tarafın ihtiyaçlarına daha uygun düşebilir.” (Şanlı, a.g.e.,s. 71-72).

Uluslararası ticaret sözleşmelerinin tarafları, sözleşmelerinde uyuşmazlık halinde başvurulacak yargı mercii olarak tahkim, uzlaştırma veya belirli bir devlet mahkemesi üzerinde anlaşmamışlarsa, akdi ilişkilerden doğan uyuşmazlıkları kaçınılmaz olarak ulusal mahkemelerde çözümlenecektir.

“Yabancılık unsuru taşıyan davalara ulusal mahkemelerin bakabilmesi için, kendi hukukuna göre uluslararası yetkisinin bulunması gerekir. Her ülke, hangi türdeki yabancı unsurlu davada uluslararası yetkisini kullanacağını kendisi belirler” (Şanlı, a.g.e., s. 72).

B. ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM DIŞINDAKİ ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZME TEKNİKLERİ İLE ÇÖZÜMÜ

“Uluslararası ticari uyuşmazlıkların tarafların karşılıklı müzakere ve mutabakatları ile çözümlenmesi en ideal uyuşmazlık çözme yöntemidir. Tarafların, bir uyuşmazlığı, yargı yolu ile çözümün getireceği yüksek maliyeti, alacağı zamanı ve ilişkiler üzerinde geleceğe dönük olarak yapacağı tahribatı dikkate alarak, doğrudan müzakereler yoluyla çözmesinde faydaları bulunmaktadır. Bu aşamada devlet mahkemelerinde veya tahkim mahkemelerinde açılacak davaların sonuçta sağlayacağı avantajlar karşılaştırılmalıdır” (Şanlı, a.g.e., s. 371).

“Genellikle sözleşmelerin yorum ve ifasından doğan uyuşmazlıklar, taraflar arasında psikolojik bir gerginliğe yol açabildiği için, bu durum tarafların doğrudan uyuşmazlığı çözmek için müzakereler başlatmasına engel olabilmektedir. İşte bu nedenle, uyuşmazlıkların çözümüne yönelik olarak taraflar arasında müzakerelerin başlatılabilmesi ve müzakerelerin sonucunda rizai bir çözüme ulaşılabilmesi için, tarafsız üçüncü kişi konumundaki uzlaştırıcılar veya uzlaştırıcı kuruluşların yardım ve müdahalesine ihtiyaç duyulmaktadır. Üçüncü kişilerin taraflar arasındaki uyuşmazlığa müdahalesi ve yardımı, tarafların anlaşmalarına dayanır. Bu anlaşma, sözleşmeye konulan özel hükümlerle veya tarafların karşılıklı başvurusu ile zımni şekilde yapılabilir” (Şanlı, a.g.e., s. 371-372).

Uyuşmazlıkların mahkemeler ve tahkim yolu dışında çözümlenebileceği başlıca alternatif uyuşmazlık çözme yolları arasında; müzakere, uzlaştırma, hakem-bilirkişilik, teknik expertizlik, ön hakemlik, sözleşmelerin üçüncü kişiler tarafından tamamlanması, yorumlanması veya uyarlanması ve alternatif uyuşmazlık çözme teknikleri sayılabilir.

“Günümüzde uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü konusunda mahkemelerin ve tahkimin pahalı olması ve bu yollarla davaların çözümünün uzun zaman alması, alternatif ihtilaf çözme tekniklerini daha cazip hale getirmiştir. Bugün uluslararası alanda bu yeni ihtilaf çözme teknikleri ile ilgili tasarımlar hazırlanmakta ve model kanunlar yayınlanmaktadır” (Şanlı, a.g.e., s. 371-372).

1. MÜZAKERE YÖNTEMİ

Bir uluslararası ticaret sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların bir kısmı, doğrudan taraflar arasındaki görüşmeler ile çözümlenebilir.

“Günümüzde, özellikle ihracatı ve yabancı ülkelere yönelik müteahhitlik hizmetlerini desteklemek amacıyla ihracatçının veya yatırımcı müteahhidin yabancı ülkedeki ticari ve politik riskleri sigorta edilmektedir. Bu türden sigorta kapsamında olan mal ve hizmetlere yönelik zararlar söz konusu olduğunda, çoğu kez sigorta şirketi ile uyuşmazlıklar, müzakereler yolu ile çözümlenmektedir” (Şanlı, a.g.e., s.371-372; ayrıca bkz. Scmitthoff, C.M.: The Law and Practice of International Trade, London, 1990, p.471 vd).

“Uygulamada, bir uluslararası ticaret sözleşmesinden uyuşmazlık doğması halinde özellikle zarar gören taraf, uyuşmazlığın müzakerelerle tasfiyesi düşüncesi ile konsolosluklar ve ticari ataşelikler nezdinde girişimlerde bulunmaktadır. Oysa ki, bu tür resmi kurumların taraflar arasındaki özel hukuk ilişkilerine müdahalesi mümkün değildir. Bu nedenle, uyuşmazlık çıktığında, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin dolmamasına dikkat edilerek müzakerelerin belirli bir süre içerisinde bitirilmesinde ve uzlaşma sağlanamamışsa, sözleşmedeki hükümlere göre uyuşmazlığın yargı mercilerine götürülmesinde fayda vardır” (Şanlı, a.g.e., s. 374).

2. TEKNİK (HAKEM) BİLİRKİŞİLİK YÖNTEMİ

“Uluslararası ticaret sözleşmelerinin gittikçe artan karmaşıklığı, teknik sorunların sık sık ortaya çıkması ve bunların sözleşmenin ifasını güçleştirmesi nedeniyle taraflar, sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan sorunların incelenip karara bağlanabilmesi için uzman kişilerin karar ve tavsiyesinden yararlanmak amacıyla, bu teknik sorunların çözümü konusunda “hakem-bilirkişi” denilen uzman kişileri atayabirler. Örneğin bir otoyol yapımı sözleşmesinin ifasında dökülen asfalt veya betonun kalitesi, çoğu kez teknik bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır” (Şanlı, a.g.e., s. 386).

“Hakem bilirkişinin miktar, kalite, seviye, randıman veya yeterlilik gibi konularda yaptığı tespit, taraflar bakımından ikna edici bu-

lunursa dava yoluna gidilmeden uyuşmazlık çözülmüş olur. İşte bu türden ara teknik sorunların, sözleşmenin tam olarak ifasını olumsuz yönde etkilemesini önlemek için, uluslararası inşaat sözleşmelerinde teknik bilirkişiler atanmaktadır” (Şanlı, a.g.e., s. 386).

“Hakem-bilirkişi kararlarının taraflar açısından bağlayıcı olmayacağı kararlaştırılmışsa, bu durumda hakem-bilirkişiler nitelik itibarıyla uzlaştırıcı konumundadırlar. Taraflar, hakem-bilirkişilerce verilen karar veya tavsiyelerin bağlayıcı olacağını kararlaştırmışlarsa, bu kararlar, taraflarca uyulmamış olsa bile, gelecekte açılacak davalarda ilgili oldukları hususlar bakımından kesin delil oluştururlar” (Şanlı, a.g.e.,s. 387).

“Uluslararası ekonomik ve ticari uyuşmazlıkların çözümü alanında kurumsal hakem-bilirkişilik faaliyeti, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO)’na bağlı Uluslararası Teknik Bilirkişilik Merkezi (The International Centre for Expertise) tarafından yürütülmektedir. Bu merkezin teknik bilirkişilik faaliyetlerini düzenleyen en son kuralları, “Teknik Bilirkişilik Kuralları” (ICC Rules for Expertise) ismiyle 1 Ocak 2003 tarihinde yeniden gözden geçirilerek yürürlüğe konulmuştur” (Şanlı,a.g.e.,s.388; bkz. Rules for Expertise of International Chamber of Commerce, ICC Publication No:649, 2002).

“Teknik bilirkişi, kural olarak taraflarca atanır. Böyle bir uzman kişinin atanması ile, mülklerin korunması, delillerin muhafaza altına alınması ve kayda geçirilmesi ve diğer tedbirler için gerekli geçici ara kararlarını alma yetkisi tarafsız uzman bir üçüncü kişiye verilmektedir. Teknik bilirkişinin fonksiyonları, bazı açılardan FIDIC sözleşmelerine göre mühendisin yetkilerine benzerdir. Hakem bilirkişi de, acil durumlarda hızlı hareket etmek durumundadır. Teknik bilirkişi, tarafların ortak rızası ile atandığında, kararlarının genel olarak taraflarca kabul edileceğini bekleyebilir. Oysa ki, FIDIC sözleşmesine göre mühendisi, taraflardan biri olan işveren tek başına atanmaktadır” (Şanlı, a.g.e., s. 389-390).

“Teknik bilirkişilik prosedürüne başvurulmuş olması, tahkime veya mahkemeye başvurmaya engel oluşturmaz. Fakat bu durumda teknik bilirkişi daha sonra aynı uyuşmazlıkta hakem olarak görev kabul edemez. Taraflar, aralarındaki dış ticaret sözleşmesinde MTO Tek-

nik Bilirkişilik Merkezine başvuruyu kabul ettiklerinde, herhangi bir taraf teknik bilirkişi atanması için merkeze başvurulabilir. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, MTO Teknik-Bilirkişilik kurallarına göre verilen teknik bilirkişi karar ve tavsiyeleri, taraflar için bağlayıcı değildir” (Şanlı, a.g.e., s. 390).

“MTO, 1 Eylül 2004 tarihinde yürürlüğe giren “Uyuşmazlık Heyeti Kuralları” ile, yeni bir uyuşmazlık çözme tekniği geliştirmiştir (Bkz: Dispute Board Rules, ICC Publication No:829, Paris 2004). Bu yeni kurallar ile, sözleşmelerin ifası sırasında ortaya çıkan sorunların, tarafların anlaşmaları üzerinde kısa sürede çözümü öngörülerek uyuşmazlıkların kronik hale gelmesi önlenmek istenmektedir. Bu kurallar ile, tarafların anlaşmasına bağlı olarak uyuşmazlık heyetlerinin faaliyetlerini idare etmek üzere bir MTO Uyuşmazlık Heyetleri Merkezi (ICC Dispute Board Centre) kurulmuştur. Uyuşmazlık Heyeti Kurallarına göre, tarafların anlaşmaları çerçevesinde üç ayrı türde uyuşmazlık heyeti oluşturulabilir. Bunlar; Uyuşmazlık Değerlendirme Heyeti (Dispute Review Board), Uyuşmazlığı Sonuçlandırma Heyeti (Dispute Adjudication Board) ve Karma Uyuşmazlık Heyeti (Combined Dispute Board)’dir. (Bkz. MTO Uyuşmazlık Heyeti Kuralları, madde 4,5,6)” (Şanlı, a.g.e., s. 390).

“Kuralların 7’nci maddesine göre, Uyuşmazlık Heyetinin üyeleri ve bunların sayısı taraflarca belirlenir. Aksine bir anlaşma olmadıkça heyetler üç kişiden oluşur.10’uncu maddeye göre, heyetin üyeleri göreve başlamadan önce taraflar ile bir “Uyuşmazlık Heyeti Üyeliği Anlaşması” imzalayacaklardır. 8’inci maddeye göre, üyeler göreve başlamadan önce bir “Bağımsızlık Beyannamesi” dolduracaklardır” (Şanlı, a.g.e., s. 391).

“7’nci maddeye göre, Uyuşmazlık Heyeti prosedürü, başvuran tarafın bir dilekçesi ile başlayacaktır. Heyetler, duruşmalar yapabilir. Taraflarca süre uzatımına gidilmedikçe heyetler, kararlarını başvurudan itibaren en geç 90 gün içinde vereceklerdir” (Şanlı, a.g.e., s. 391).

“25’inci maddeye göre, aksi kararlaştırılmadıkça, Uyuşmazlık Heyeti kararları, ilgililer bakımından sonraki aşamada başvuru tahkim veya devlet mahkemesi nezdinde bağlayıcı olacaktır” (Şanlı, a.g.e., s. 391).

3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN SÖZLEŞMEYE MÜDAHALESİ YÖNTEMİ

“Bir uluslararası ticaret sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık halinde, sözleşme ile yetkili kılınan tarafsız ve uzman üçüncü kişiler, sözleşmeye dışarıdan müdahil olarak, sözleşmeyi yorumlayabilir, boşluklarını doldurarak tamamlayabilir veya sözleşmeyi değişen şartlara göre uyarlayabilirler. Bazen taraflar bilinçli olarak ileride oluşacak şartlara göre doldurulmak üzere sözleşmelerinde boşluklar bırakmakta, bazen de sözleşme tekniğindeki zaaf lar veya işin mahiyeti gereği boşluklar ortaya çıkmaktadır” (Şanlı, a.g.e., s. 392).

“Taraflar arasında buna imkan veren bir sözleşmenin veya tarafların birlikte başvurusunun bulunmadığı durumlarda üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesi mümkün olamaz” (Şanlı, a.g.e., s. 392).

“Tecrübeler göstermiştir ki, üçüncü bir şahsın müdahalesi, inşaat sözleşmeleri gibi uzun dönemli sözleşmelerde faydalı olmaktadır. 1978 yılında MTO tarafından yürürlüğe konulan 362 numaralı Broşürde yer alan “Sözleşmelerin Uyarlanması İçin Kurallar” (The Rules for Adaptation of Contracts)’a göre faaliyetlerini icra etmek üzere MTO’ya bağlı bir “Akdi Münasebetleri Düzenleme Komitesi” (The Standing Committee for the Regulation of Contractual Relations) kurulmuştur” (Şanlı, a.g.e., s. 393).

“Bir dış ticaret sözleşmesinin yorumu, tamamlanması veya değişen şartlara uydurulmasına ilişkin bir sorun çıktığında, taraflar müştereken veya taraflardan biri, sözleşmeye müdahale edecek üçüncü şahsın ismini bildirebilir veya bu üçüncü kişinin komite tarafından seçilmesi talebi ile Komiteye başvurabilirler. Kuralların 6(3)’üncü maddesine göre, taraflar üçüncü kişi olarak bir heyeti de seçebilirler. Komite, tarafların müştereken atadıkları tarafsız uzman üçüncü kişiyi veya heyeti onayladığında, üçüncü kişi veya heyet MTO’nun himayesinde ve onun konuyla ilgili kuralları çerçevesinde prosedürü icra ederler” (Şanlı, a.g.e., s. 394).

“MTO’nun 326 nolu Kurallarının 11 (1)’nci maddesine göre, üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesinin kapsamı ve sınırları tamamen tarafların anlaşmasına bağlıdır. Aynı kuralların 11 (3)’üncü maddesine göre, taraflar üçüncü kişi tarafından verilecek tavsiye veya kararın bağlayıcı olup olmayacağını da kararlaştırabilirler” (Şanlı, a.g.e., s. 394).

“Kuralların 8’inci maddesine göre, üçüncü şahıs dosyanın kendisine tevdiinden itibaren en geç 90 gün içinde karar vermek zorundadır. Ancak Kuralların 12’nci maddesine göre, bu süre olayın özelliklerine göre, Komite tarafından uzatılabilir veya kısaltılabilir” (ŞANLI, a.g.e., s. 395).

“Gerek ad hoc olarak atanan ve gerekse MTO himayesindeki kurumsal nitelikli üçüncü kişilerin müdahalesi için başvurmak, yargı yoluna gitmeye engel değildir” (Şanlı, a.g.e., s. 395).

“Üçüncü kişi tarafından verilen kararların bağlayıcılığı taraflarca kabul edilmiş olsa dahi, bu kararlar uyuşmazlığı nihai olarak çözümlen kararlar değil, tarafları yargı mercileri önünde bağlayan bir sözleşme hükmündedir. Uyuşmazlık sulhen çözümlenemeyip tahkim veya mahkeme önüne geldiğinde, hakem veya hakim, sözleşmenin tabi olduğu hukuk çerçevesinde üçüncü kişi tarafından verilen kararı, sözleşmenin bir parçası veya hükmü olarak dikkate alır” (Şanlı, a.g.e.,s.395).

4. ÖN HAKEMLİK YÖNTEMİ

“Uluslararası ticaret sözleşmelerinin ifası sırasında, ifayı ve taraflar arasındaki ilişkileri ciddi şekilde etkileyen hukuki, mali ve teknik sorunlar ortaya çıkabilir. Bu durumlarda sorunlara acilen müdahale edilmesi gerekmektedir. Örneğin, inşaatta kullanılan çimento ve demir kalitesinin düşük olduğu veya işin projesine ve teknik normlara uygun yapılmadığı ya da istihkakların ödenmediği tespit edildiğinde, sözleşmenin geleceği açısından acil bir müdahale gerekecektir. Bu müdahalelerle, tarafların hak ve borçları derhal tespit edilmekte, zararların büyümesi önlenmekte, deliller koruma altına alınmakta ve sonuç itibarıyla alınan acil ve geçici kararlarla taraflar arasındaki husumet büyümeden ve derinleşmeden sözleşmenin sulhane bir şekilde ifası sağlanmaktadır. İşte ön hakem (pre-arbitral referee), hakem veya mahkeme tarafından davaya el konulmadan önceki aşamada, ortaya çıkan sorunlara müdahale eden ve bu sorunları geçici bir şekilde karara bağlayan kişidir. Kuşkusuz taraflar, ön hakeme, ihtilafları nihai olarak karara bağlama yetkisini de verebilirler; bu durumda ön hakem, aynı zamanda hakemdir” (Şanlı, a.g.e., s.395-396).

“Taraflardan biri ön hakem tarafından verilen karara uymadığında, uyuşmazlıklar mecburen, gerek ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir

kararı, gerek delillerin tespitine ilişkin bir karar ve gerekse nihai bir karar elde etmek amacıyla yetkili hakem veya devlet mahkemelerine götürülecektir. Türk Hukukunda 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 6'ncı maddesine göre, hakemlerin ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir veya delillerin tespiti anlamında geçici kararlar vermesi, sınırlı da olsa kabul edilmiştir. Ayrıca, hakem-bilirkişi sıfatıyla ön hakemlerin verdikleri kararların, ileride açılacak davalarda tarafları ve yargı mercilerini bağlayıcılığı kabul edilmiştir" (Şanlı, a.g.e., s. 396).

"Ön hakemlik yöntemi, uluslararası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmak üzere, MTO tarafından 1 Ocak 1990'da yürürlüğe konulan 482 sayılı Broşürde yer alan "Ön Hakemlik Usulüne Dair Kurallar" adı altında düzenlenmiştir" (Şanlı, a.g.e., s. 397; bkz. ICC Pre -Arbitral Referee Procedure, ICC Publication No:482, Paris 1990).

"Yukarıda bahsedilen Kuralların 3(1)'inci maddesine göre, MTO'nun öngördüğü ön hakemlik yönteminin kullanılabilmesi için, taraflar arasında yazılı bir sözleşmenin bulunması gerekmektedir" (Şanlı, a.g.e., s.398).

"MTO himayesinde icra edilecek ön hakemlik yönteminde, sekreteryaya hizmetleri MTO Uluslararası Tahkim Mahkemesi Sekreterliği tarafından yürütülmektedir. Taraflar arasındaki anlaşmaya rağmen ön hakem, taraflarca müştereken atanmamış ise, ön hakemin atanması MTO Uluslararası Tahkim Mahkemesi Başkanı tarafından yapılacaktır" (Şanlı, a.g.e.,s.398).

"Kuralların 6(2)'nci maddesine göre, ön hakem dosyanın kendisine tevdiinden itibaren 30 gün içinde karar verecektir. 6(3)'üncü maddeye göre, esas bakımından yetkili hakem veya devlet mahkemesince aksi kararlaştırılana kadar, ön hakemin kararı taraflar için bağlayıcı olacaktır" (Şanlı, a.g.e., s.68).

5. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZME YÖNTEMLERİ

"Alternatif uyuşmazlık çözme (ADR) yöntemleri, tarafsız bir üçüncü kişinin telkin, tavsiye, teklif ve gayretleri ile mevcut uyuşmazlıkların, milli mahkemeler ve tahkim dışında ve onlara paralel olarak çözümlenmesine ilişkin bir grup ihtiyari uyuşmazlık çözme teknikle-

ridir” (Şanlı, a.g.e., s.399, ayrıca bkz. Connerty, A.: The Role of Alternative Dispute Resolutions in the Resolution of International Disputes, Arbitration International, V.12, No:1 (1996), p.47 vd).

“Günümüzde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, hukuki uyuşmazlıkları tasfiye etmeyi sağlayan insancıl ve ekonomik teknikler olarak tüm dünyada geniş kabul görmekte ve yasal temellere oturtulmaktadır” (Şanlı, a.g.e., s.400; ayrıca bkz. McMillion, R.: Growing Acceptance for Alternative Dispute Resolutions, ABA Journal, May 1996, V.82, p.106).

“ADR yöntemlerinin ortak özellikleri şunlardır: (1) Prosedüre katılım tamamen ihtiyaridir. (2) Tarafsız üçüncü kişi (arabulucu) tarafından verilen karar, taraflar açısından bağlayıcı değildir. (3) Arabulucu tarafından ortaya konan çözüm ile tatmin olmayan tarafın, daima mahkemelere veya tahkime gitme imkanı vardır” (Şanlı, a.g.e., s.400).

“ABD’de geliştirilen ADR teknikleri, buradan diğer ülkelere yayılmıştır. Günümüzde ABD’nde uyuşmazlıkların yüzde 80’inden fazlası ADR yöntemleri ile çözümlenmektedir” (Şanlı, a.g.e., s.400; Goldsmith, J.C.: Report by the Working Group on Means of Alternative Dispute Resolution [ADR] ,Report on Alternative Dispute Resolution in Europe,Paris,21 April 1995, p.5-6).

“ABD ve Kıta Avrupasında yaygın şekilde kullanılan ADR türü “mini-trial” (mini yargılama) denilen yargılama usulüdür” (Şanlı, a.g.e., s.402; ayrıca bkz.Connerty, s.51). “Bu yöntemde, uyuşmazlığın taraflarını doğrudan karşı karşıya getirmek ve sorunları tartışmak amaçlanır. Mini yargılama, iki tarafın üst düzey temsilcileri ve bunların seçtiği tarafsız başkan olarak üçüncü kişiden oluşan bir heyet tarafından yapılır” (Şanlı, a.g.e., s.403; ayrıca bkz. Goldsmith, a.g.e.,s.11).

“Mini-trial haricinde oldukça çeşitli ADR yöntemleri mevcuttur. Diğer ADR yöntemlerine aşağıdaki teknikler örnek verilebilir:

- Genelde Joint Venture sözleşmesinde kullanılan ve akdi bir temelle dayanan “Dispute Review Board” (Uyuşmazlık Değerlendirme Kurulu) yöntemi,
- Herhangi bir tarafsız arabulucu veya uzlaştırıcının yer almadığı ve doğrudan tarafların üst düzey yetkililerinin iştirak ettiği “Direct Mediation” (Senior Executive Appraisal) “Doğrudan Arabuluculuk” (Kıdemli Yönetici Değerlendirmesi) yöntemi,

- Tarafların sunduğu çözüm önerilerinden birinin hakem tarafından seçimi esasına dayanan “Arbitration Limited to Arbitrator’s Choice” (Baseball or Final Offer Arbitration) yöntemi,
- Günümüzde ABD’de yaygın olarak uygulanan ve resmi yargılamaya geçmeden evvel sivil bir juri tarafından tarafların özet açıklamalarına binaen verilen tavsiye kararına dayanan “Summary Jury Trial” (Kısa Juri Yargılaması)” (Şanlı, a.g.e., s.403-404; Goldsmith, a.g.e.,s.4; Connerty, a.g.e.,s.50 vd).

“ADR yöntemlerinin uluslararası ticari ve ekonomik uyuşmazlıkların çözümünde de yaygın şekilde kullanılabilmesini teminen MTO, bir dizi kurallar geliştirmiştir. MTO’nun “Uyuşmazlıkların Dostane Halli Kuralları” başlıklı 809 numaralı Broşürü, 1 Temmuz 2001’de yürürlüğe girmiştir” (Şanlı, a.g.e., s.404; bkz. ADR Rules and Guide to ICC ADR, ICC Publication No: 809, Paris, 2001).

“MTO’nun yukarıda zikredilen kuralları ile öngörülen prosedür, tamamen iradidir. Kuralların 5(2)’nci maddesine göre, taraflarca başka bir ADR yöntemi seçilmemişse, kural olarak, tarafların arabulucu (mediator) yöntemini seçtikleri kabul edilir” (Şanlı, a.g.e., s.404).

“Kuralların 7(1)’inci maddesine göre, uyuşmazlıkların dostane halli prosedürü, sonucu da dahil, tamamen gizli olduğu için; taraflar, sunulan bilgi ve belgeleri, teklif ve görüşleri, ikrarları resmi mahkemelerde, hakem mahkemelerinde veya başka makamlar nezdinde delil olarak kullanamazlar. Kuralların 1 ve 2’nci maddelerine göre, taraflar bu prosedür içinde tarafsız üçüncü kişi tarafından verilen karar, teklif, beyan veya belgeleri de ileride herhangi bir yargılama prosedüründe kullanamazlar” (Şanlı, a.g.e., s.405).

“MTO, “Belgeli Akreditiflere İlişkin Yeknesak Örf-Adet ve Uygulama Kuralları” (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits/UCP) ile Belgeli Akreditiflere Göre Bankadan Bankaya Ödemelere İlişkin Yeknesak Kurallar (Uniform Rules for Bank to Bank Reimbursement Under Documentary Credits/URS)’dan doğan uyuşmazlıkların uzman kişiler marifetiyle etkin, ucuz ve süratli bir şekilde çözümü amacıyla “Belgeli Akreditiflerden Doğan Uyuşmazlıkların Teknik Bilirkişi Marifetiyle Çözümüne Dair Kuralları” (Rules for Documentary Credit Dispute Resolution Expert /DOCDEX) 1 Ekim 1997’de

yürürlüğe koymuştur (Bu kurallar için bkz. MTO DOCDEX Kuralları, 557 sayılı Broşür). MTO, DOCDEX'e göre bu faaliyetini, MTO Bankacılık Komisyonunun kontrol ve denetimi altında, Uluslararası Teknik Bilirkişilik Merkezi marifetiyle yürütmektedir" (Şanlı, a.g.e.,s.406).

"DOCDEX kurallarının 2(1)'inci maddesine göre, sözleşmelerinde aralarındaki uyuşmazlıkların MTO DOCDEX kurallarına göre çözümleneceğini kabul eden taraflar, ihtilaf halinde taleplerini Paris'teki MTO'nun bünyesindeki Uluslararası Teknik Bilirkişilik Merkezine ulaştıracaklardır. Kuralların 1(3)'üncü maddesine göre, talebin alınması üzerine merkez, MTO Bankacılık Komisyonu tarafından oluşturulan listedeki 70 farklı ülkeye mensup uzman bilirkişiler arasından üç ismi atayacaktır. Uygulamada kararların yaklaşık 2-3 ay içinde verildiği görülmektedir" (Şanlı, a.g.e.,s.406).

"Kuralların 1(4)'üncü maddesine göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, DOCDEX kararları taraflar için bağlayıcı değildir. Bu kararlar, ileride açılacak davalarda yargı mercileri önünde kullanılmaz" (Şanlı, a.g.e.,s.407).

"Milli mahkemelerde ve tahkimde davaların çözümünün uzun zaman alması ve ciddi masraflara yol açması, uluslararası ticari ve ekonomik uyuşmazlıkların çözümü için ADR tekniklerinin kullanımını artırmaktadır" (Şanlı, a.g.e.,s.407).

6. UZLAŞTIRMA YÖNTEMİ

"Tarafların anlaşmasına göre uzlaştırıcı, uyuşmazlığın sulhane bir şekilde çözümüyle ilgili olarak ya sadece taraflara tavsiyelerde bulunabilir veya değerlendirmeleri neticesinde bir karar verebilir. Taraflar, bu tavsiye veya karara uyup uymamakta serbesttir" (Şanlı, a.g.e.,s.375).

"Geleneksel olarak uzlaştırıcılar, tarafların ortaklaşa itibar ettiği saygın kişilerdir. Uzlaştırma, taraflarca tahkim veya resmi yargıya bir alternatif olarak öngörülebileceği gibi, bunların bir ön adımı olarak da öngörülebilir. Taraflar, sözleşmelerinde zorunluluk ifade eden kelimelerle tahkim öncesi uzlaştırmaya gidileceğini veya uzlaştırma prosedürünün başarısız şekilde sona ermesinden sonraki belirli tarihte tahkim davasının açılabileceğini belirtmişler ise, ön safha olan uzlaştırma prosedürü tüketilmeden tahkime gidilemez veya sözleşmede

belirtilen süre geçince tahkime gidilemez. Bu türden zorunluluk ifade eden beyanlar taşımayan uzlaştırma klozlarının atlanarak tahkime gidilmesi, tahkim şartının geçerliliğini etkilemez. Genel olarak, taraflardan birinin (davacının) sözleşmedeki uzlaştırma safhasını tüketmeden davasını hakemde veya mahkemede açması, uzlaştırıcı tarafından verilecek karara peşinen uyulmayacağı anlamına gelir ki; bu zımnen uzlaştırma prosedürünün başarısızlıkla sonuçlandığı şeklinde yorumlanabilir” (Şanlı, a.g.e.,s.376).

“Günümüzde uluslararası ekonomik ve ticari uyuşmazlıkların çözümüne katkıda bulunmak amacıyla çok sayıda resmi, yarı resmi veya özel kurum, kurumsal uzlaştırma hizmeti sunmaktadır. Bu kurumsal uzlaştırma hizmetlerinden başlıcalarını sunan kuruluşlar şunlardır: ICC (International Chamber of Commerce), UNCITRAL(United Nations Commission on International Trade Law), ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes), AAA (American Arbitration Association), RCIA (The Regional Centre for International Arbitration/Malesia), CIA (The Chartered Institute of Arbitrators/London), CEDR (The Centre for Dispute Resolution/London), The British Academy of Experts/London, The Society of Construction Arbitrators/London, The Australian Dispute Center, The Australian Commercial Dispute Centre, The British Columbia International Commercial Arbitration Centre/Los Angeles-USA, The Hong Kong International Arbitration Centre, The Japan Commercial Arbitration Centre, The Korean Commercial Arbitration Board, NAI (The Netherlands Arbitrage Institute), Zurich Chamber of Commerce, İTO (İstanbul Ticaret Odası)” (Şanlı, a.g.e.,s.377).

“Uluslararası ticaret uygulamasında en çok kullanılan kurumsal uzlaştırma prosedürleri; MTO, UNCITRAL, ICSID ve FIDIC tarafından yürütülen uzlaştırma faaliyetleridir” (Şanlı, a.g.e.,s.377).

a. ICC Uzlaştırma Kuralları

“MTO’nun uzlaştırmayı düzenleyen kuralları, 1.1.1998’de yürürlüğe konulmuştur (bkz. Guide to ICC Arbitration, ICC Publishing, S.A., Paris, 1994). Ancak MTO’nun 1 Temmuz 2001 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 809 numaralı Broşüründeki “Uyuşmazlıkların Dostane Halli Kuralları”, MTO Uzlaştırma Kurallarının yerini aldığından; bu-

gün artık 1998 tarihli MTO İhtiyari Uzlaştırma Kuralları yürürlükten kalkmıştır” (Şanlı, a.g.e.,s.378; bkz. ADR Rules and Guide to ICC ADR, ICC Publication No:809, Paris, 2001, s.16).

b. UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları

“BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), uzlaştırmada kullanılmak üzere 1980’de bir dizi uzlaştırma kurallarını kabul etmiş ve söz konusu kurallar 4 Aralık 1980’de BM Genel Kurulunca da uluslararası iş dünyasına tavsiye edilmiştir” (Şanlı, a.g.e.,s.378; UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları için bkz. Dayınlarlı, Kemal: UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2007, s.125-168).

“UNCITRAL Kurallarına göre bir uzlaştırma prosedürünün icra edilebilmesi için, tarafların sözleşme ile bu yöntemi kabul etmiş olmaları gerekmektedir. Ayrıca, uzlaştırma yöntemi, tarafların uzlaştırıcının tayini konusunda karşılıklı anlaşmaları halinde yürürlük kazanacaktır. Uzlaştırma, tamamen tarafların uzlaştırıcının hazırladığı anlaşmaya uymalarına bağlı olarak gerçekleşen ihtiyari bir uyuşmazlık çözme yöntemidir. Uzlaştırma Kurallarınının 16’ncı maddesine göre, uzlaştırma prosedürü esnasında taraflar, herhangi bir hak kaybının söz konusu olduğu dava zamanasını süresinin dolması gibi durumlar dışında, uzlaştırma konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak tahkime veya mahkemelere başvurmamayı taahhüt etmişlerdir” (Şanlı, a.g.e.,s.379).

“Uzlaştırma prosedürünün başarısızlıkla sonuçlanması halinde taraflar, uyuşmazlığı tahkime veya resmi yargıya götürebilirler” (Şanlı, a.g.e.,s.379).

c. ICSID Uzlaştırma Kuralları

“Devletler ile diğer devlet vatandaşı kişi ve kuruluşlar arasındaki uluslararası yatırım ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların halli konusunda Dünya Bankası tarafından hazırlanan “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Anlaşma” (ICSID) 1965 yılında kabul edilmiştir” (Şanlı, a.g.e.,s.380; bkz. Convention on the Settlement of Investment Disputes between Parties from Different States and Nationals of Other States).

Türkiye, ICSID Anlaşmasını, 24 Haziran 1987’de imzalamış olup; anlaşma Türkiye açısından 2 Nisan 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Günümüzde 155 ülke ICSID Anlaşmasına taraf olmuştur.

“ICSID Anlaşmasının 1’inci maddesine göre, uyuşmazlıkların tahkim veya uzlaştırma yoluyla çözümünde yetkili olacak bir uluslararası merkez oluşturulmuştur. Washington’da bulunan merkezin adı “Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez” (The International Centre for Settlement of Investment Disputes) dir” (Şanlı, a.g.e.,s.380).

“ICSID Anlaşmasının 28-35’inci maddeleri arasında uzlaştırma prosedürü düzenlenmiştir. Anlaşmanın 28 (2)’nci maddesine göre, adı geçen Merkezde tahkim veya uzlaştırma prosedürünün başlatılabilmesi için, uyuşmazlığa taraf devlet veya diğer devlet vatandaşı gerçek veya tüzel kişinin mensup olduğu devletin ICSID Anlaşmasına taraf olması gerekir ve ayrıca tarafların özel bir anlaşma ile aralarındaki somut uyuşmazlık bakımından Merkezin yetkisini kabul etmiş olmaları gereklidir” (Şanlı, a.g.e.,s.380).

“Merkez, doğrudan uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında uzlaştırıcı veya hakem olarak görev yapmamakta, sadece bu prosedürleri yönetmektedir. Bu bağlamda Merkez, tarafların güvенеbilecekleri vasıflı uzlaştırıcı listeleri hazırlar ve uzlaştırma prosedürleri için gerekli sekreteryaya hizmetlerini sunar. Uzlaşma talebinde bulunan taraf, talebin karşı tarafa iletilmesi amacıyla Merkez Genel Sekreterliğine başvurur ve böylece uzlaştırma prosedürünü başlatmış olur. Merkez tarafından bir Uzlaştırma Komisyonu oluşturulur. Anlaşmanın 90’inci maddesine göre, uzlaştırma talebinin Merkez Genel Sekreterliğince kayda geçirilmesinden itibaren 90 gün içinde komisyon oluşturulamazsa, Dünya Bankası Başkanı, tarafların görüşlerini de alarak uzlaştırıcı atamasını re’sen yapar” (Şanlı, a.g.e.,s.381).

“Prensip olarak uzlaştırıcıların, Anlaşmanın 12’nci maddesine göre hazırlanmış bulunan Merkez listesinden seçilmesi şart değildir. Taraflar, dışarıdan da uzlaştırıcı seçebilirler” (Şanlı, a.g.e.,s.381).

“Anlaşmanın 34(2)’nci maddesine göre, taraflar Uzlaştırma Komisyonunun dostane çözüm önerilerini kabul edip uzlaşırlarsa, Komisyon tarafından anlaşma bir rapora bağlanır ve yayınlanır. Uzlaştırma pro-

sedürü başarısızlıkla sonuçlanırsa, Komisyon uzlaşmanın sağlanamadığını bir rapora bağlayıp yayınlatabilir” (Şanlı, a.g.e.,s.381).

“ICSID Kurallarına göre uzlaştırma prosedürü başarılı olup taraflar arasında bir anlaşma sağlandığında, Uzlaştırma Komisyonu raporuna bağlanan nihai metin, sonuç itibariyle bir anlaşmadır. Ancak bu anlaşmanın, hakem kararları gibi akit ülkelerde tenfizen icrası mümkün değildir. Taraflardan birinin, uzlaştırma prosedürü sonucunda varılan bir anlaşmaya sonradan uymaması sebebiyle uyuşmazlığın tahkime veya mahkemeye götürülmesi halinde, bu anlaşma taraflar açısından bağlayıcı bir sözleşme niteliği taşıyacaktır” (Şanlı, a.g.e.,s.382).

d. FIDIC Uzlaştırma Kuralları

“Günümüzde hemen hemen bütün ülkelerde yeni ve yüksek teknolojileri, ihtisası ve büyük mali kaynakları gerektiren sınai, ticari veya turistik tesislerin ve altyapı tesislerinin inşası için uluslararası ihalelere çıkılmaktadır. Yatırım anlaşmaları olarak nitelendirilebilecek anahtar teslimi proje sözleşmeleri, diğer bir deyişle otoyol, demiryolu, liman, havaalanı, metro, atıksu artıma tesisi, baraj, sınai tesis ve benzeri yatırımların inşasına ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesinde FIDIC’in standart sözleşmelerinden önemli ölçüde yararlanıldığından daha önceki bölümde bahsetmiştik. Günümüzde uluslararası yatırım sözleşmelerinin yaklaşık yüzde 30’unda FIDIC kurallarının kullanıldığı bilinmektedir. Dünya Bankası, borç vererek veya doğrudan finanse ettiği projelerin inşasında taraflara FIDIC Kurallarını önermektedir” (Şanlı, a.g.e.,s.383; ayrıca bkz. Dumont, H.A.: The FIDIC Conditions and Civil Law, ICLR (1988), p.43 vd).

“MTO ve FIDIC işbirliği içerisinde, FIDIC Sözleşmelerinden doğan tahkim davaları için özel bir tahkim kodu hazırlamaktadırlar. Halihazırda hazırlık aşamasında olan bu kodun amacı, FIDIC sözleşmelerinden doğacak sorunların MTO tahkimi ile etkin biçimde çözüme kavuşturulmasını sağlamaktır” (Şanlı, a.g.e.,s.383).

“FIDIC Genel Şartnamesinin (1987 baskı) 67’nci maddesine göre, inşaat sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık ister teknik ister hukuki konulara ilişkin olsun, tahkim prosedüründen önce mühendise havale edecektir. Mühendisinin kararı, tipik bir ihtiyari uzlaştırma kararıdır. Ancak, bu karara karşı 70 gün içinde itiraz edilmediğinde, mühendis

kararı taraflar açısından bağlayıcı bir nitelik kazanacaktır; diğer bir deyişle, mühendis kararına konu teşkil eden uyuşmazlıklar bakımından taraflar ve yargı mercileri bakımından kesin delil teşkil edecektir. Bu bakımdan kesinlik kazanmış bir mühendis kararı, hakem-bilirkişi kararı niteliğindedir. Mühendis kararına her iki tarafça uyulmadığı veya mühendisin başlattığı uzlaştırma prosedürüne her iki tarafça iştirak edilmediğinde, tahkime veya mahkemeye gitme imkanının olduğu açıktır” (Şanlı, a.g.e.,s.386).

C. ULUSLARARASI TİCARET SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLU İLE ÇÖZÜMLENMESİ

1. ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİM VE TÜRKİYE UYGULAMASI

“Günümüzde uluslararası ekonomik ve ticari uyuşmazlıkların en yaygın çözüm yolu uluslararası ticari tahkimdir. Uluslararası iş hayatındaki hukuki riskleri asgariye indirmede en uygun uyuşmazlık çözme tekniği tahkimdir. Uluslararası ticari ve ekonomik uyuşmazlıklar için tahkimin tercih sebepleri aşağıda sunulmaktadır” (Şanlı, a.g.e.,s.219):

(1) “Tahkim, uluslararası ticaret faaliyetlerini yürütenler tarafından bağımsız ve tarafsız bir yargı mercii olarak algılanmaktadır. Tarafların, objektif davranılmayacağı endişesi ile birbirlerinin devlet mahkemelerine gitmekten çekinmeleri nedeniyle devlet mahkemelerinin tercih edilmemesi, tahkim usulünü popüler kılmaktadır” (Şanlı, a.g.e.,s.220).

(2) “Tahkim, devlet mahkemelerine nispetle kararların daha çabuk verilebileceği bir usuldür” (Şanlı, a.g.e.,s. 220).

(3) “Tahkim mahkemeleri, uluslararası karakterli ticari uyuşmazlıkların çözümünde uzman kişi veya kurumlardır” (Şanlı, a.g.e.,s.220).

(4) “Tahkim usulünde hakemler, devlet mahkemeleri gibi lex fori'nin, kanunlar ihtilafı kuralları da dahil, maddi ve usuli kuralları ile sıkı sıkıya bağlı değillerdir. Tahkim, tarafların iradesine dayanan özel bir yargılama usulüdür. Bu nedenle hakemler, hakimlere nispetle uluslar arası ticaretin ihtiyaçları ile bağdaşmayan mahalli hukukların

emredici ve kamu düzeni kuralları dışına daha kolay çıkabilmekte, uyuşmazlık konusu ilişkinin dahil olduğu sektörlerde cari olan kural, örf-adet ve teamülleri ve taraf anlaşmalarını daha etkin biçimde uygulayarak karar verebilmektedirler. Böylece tahkimde, uluslararası ticaretin mahiyetine ve ihtiyaçlarına, tarafların beklentilerine ve adalet ilkelerine çok daha uygun kararlar verilebilmektedir” (Şanlı, a.g.e.,s.221; ayrıca bkz. Şanlı, Cemal: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, s.61).

(5) “Tahkimin uluslararası ticarete tercih edilmesinde en ciddi sebep, mahalli mahkeme kararlarına nispetle hakem kararlarının icrasındaki yaygınlık ve kolaylıktır. Günümüzde Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 1958 tarihli New York Anlaşmasına 135 devlet taraftır. Anlaşmaya göre, taraf ülkelerden birinde verilen hakem kararları, diğerlerinde de tenfiz edilebilmektedir. New York Anlaşması, uluslararası bir tahkim hukuku yaratmıştır” (Şanlı, a.g.e.,s.221-222).

“New York Anlaşmasından ayrı olarak, son yıllarda bazı İslam ülkeleri arasında da hakem kararlarının tenfizine ilişkin bölgesel nitelikte çok taraflı anlaşmalar aktedilmiştir. Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizine Dair Riyad Konvansiyonu’na Irak, Yemen, Ürdün, Sudan, Tunus ve Libya taraftır. Anlaşmaya göre, akit ülkelerde verilen hakem kararları, davacının vatandaşlığına bakılmaksızın ve karar esastan herhangi bir işleme tabi tutulmaksızın, Anlaşmada belirtilen şekli şartlar çerçevesinde tenfiz edilecektir. Riyad Konvansiyonu, özellikle New York Anlaşmasına taraf olmayan İslam ülkeleri bakımından büyük önem taşımaktadır” (Şanlı, a.g.e.,s.221; Konvansiyon hakkında bkz. El Ahbad, A.H.: Enforcement of Arbitral Awards in the Arab Countries, Arb. Int., V.11, No: 2,1995).

“Arap devletleri arasında 1987’de “Ticari Tahkime İlişkin Amman Konvansiyonu” kabul edilmiştir. Konvansiyona göre, merkezi Rabat’ta bulunan bir “Arap Ticari Tahkim Merkezi” kurulmuştur. Merkez tarafından verilen hakem kararları, kamu düzenine aykırı olmadığı müddetçe, Konvansiyon’a göre yetkilendirilen akit devlet yüksek mahkemeleri tarafından doğrudan tenfiz edilecektir. Merkez tarafından verilen kararlara, tenfiz sırasında akit ülke mahkemeleri nezdinde itiraz edilemeyecektir. Konvansiyon’a Irak, Ürdün, Libya,

Tunus, Yemen, Filistin, Lübnan ve Sudan taraftır” (Şanlı, a.g.e.,s.221; Konvansiyon hakkında bkz. El Ahbad, a.g.e.,s.180 vd).

(6) “Tahkim yargılamasının ucuz olması, tahkim yargılamasının gizli olması sebebiyle ticari sırların kolayca saklanabilmesi, hakemlerin aynı zamanda birer uzlaştırıcı olmaları sebebiyle tahkimin taraflar arasındaki ilişkilerin daha az tahrip olduğu barışçıl bir usul olması, tahkimin uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilmesinin diğer nedenleridir” (Şanlı, a.g.e.,s.222).

“Tahkim, tarafların serbest iradesine dayanan bir yargılama usulüdür. Taraflar, uyuşmazlıklarını çözecek hakem veya hakemleri, bunların sayı ve niteliklerini, seçim tarzını, tahkim sözleşmesi ve şartının içeriğini, tahkim yerini, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku, tahkim prosedürüne uygulanacak hukuku, esasa uygulanacak maddi hukuku, yargılamanın usul ve şeklini, başvurulacak ispat vasıtalarını ve yargılamada kullanılacak lisanı serbestçe belirleyebilirler. Milli mahkemeler sadece, milli hukuka veya bu hukukun bir parçası olan uluslararası anlaşmalara göre taraf iradelerine getirilen “kamu düzeni” gibi sınırlamaları aşan tahkim prosedürlerine dava sırasında veya kararın tenfizi sırasında müdahale ederek, bu tür tahkim kararlarının icrasını engellemektedirler” (Şanlı, a.g.e.,s.223).

“Taraflar ile hakem veya hakemler arasındaki anlaşmaya “Hakem Sözleşmesi” denilmektedir. Uygulamada, davanın başında taraflar ve hakemlerin iştiraki ile düzenlenip; her iki tarafça imzalanan “görev belgesi” (term of reference/ tensip zaptı) ile bu anlaşma, yazılı hale gelmektedir” (Şanlı, a.g.e.,s.223).

“Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmeyi kabul ettiklerine ilişkin sözleşmeye ise “Tahkim Sözleşmesi” denilmektedir. Tahkim sözleşmesi, ana sözleşmeden ayrı olarak müstakilen yapılabileceği gibi, maddi hukuk sözleşmesi içine dahil edilen bir kloz (madde) şeklinde yani “Tahkim Şartı/Klozu” biçiminde de yapılabilir. Tahkim sözleşmesi ile taraflar, aralarındaki belirli bir özel hukuk ilişkisinden doğmuş veya gelecekte doğacak uyuşmazlıkları, devlet mahkemelerine değil, özel kişilerden oluşan ve hakem denilen şahıslara çözdürme konusunda taahhütte bulunurlar. Buna bağlı olarak, tahkim sözleşmesi, sözleşme konusu uyuşmazlığın devlet yargısına götürülmesi durumunda ilgili hukuk sistemleri nezdinde bir itiraz imkanı sağlamaktadır” (Şanlı, a.g.e.,s.223).

“Tahkim sözleşmesi, maddi hukuk sözleşmesi içinde yer alan bir kloz şeklinde düzenlenmiş olsa dahi, geçerlilik bakımından maddi hukuk sözleşmesinden bağımsızdır” (Şanlı, a.g.e.,s.224).

“Kurumsal tahkim, belirli bir tahkim kurumunun önceden belirlenmiş kurallarına tabi olarak onun kontrolünde cereyan eden tahkimdir. Ad hoc tahkimde tahkim sözleşmesinin detaylı tutulması, özel bir önemi haizdir” (Şanlı, a.g.e.,s.224).

“Tahkim yönteminde taraflar, hakemlerce esasa uygulanacak maddi hukuku da serbestçe seçebilirler. Bu seçim; maddi hukuk sözleşmesi içinde yer alan tahkim klozu içinde, bu klozdan ayrı olarak maddi hukuk sözleşmesi içinde veya bundan bağımsız olarak müstakil bir “Hukuk Seçimi Anlaşması” şeklinde yapılabilir” (Şanlı, a.g.e.,s.227).

“Taraflar, hakemlerce uygulanacak usulü, belirli bir tahkim kurumunun kurallarına ya da ulusal hukuk sistemine atıf yapmak suretiyle veya doğrudan kaleme almak suretiyle kendileri belirleyebilirler” (Şanlı, a.g.e.,s.227).

“Son yıllarda çoğu ülkede uluslararası ticari tahkim prosedürlerinin hukuki rejimini düzenlemek amacıyla özel “Uluslararası Ticari Tahkim Kanunları” çıkarılmıştır. Bu tür özel kanunların çıkarılmasının nedeni, mahalli tahkimi düzenleyen kuralların, uluslararası ticari tahkimin nitelik ve ihtiyaçlarına uygun düşmemesidir. Nitekim, ülkemizde de, 21.06.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, 5 Temmuz 2001 tarih ve 24453 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanıp aynı gün yürürlüğe girmiştir. Kanun, tahkim yeri olarak Türkiye’nin belirlendiği bütün uluslararası ticari tahkim prosedürlerini düzenlemektedir. Yerel tahkim ise, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanuna tabi olmaya devam edecektir” (Şanlı, a.g.e.,s.227-228).

“Değişik ülkelerde yürürlüğe konulan Uluslararası Tahkim Kanunlarına, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)’nın 1985 tarihli “Uluslararası Ticari Tahkime Dair Model Kanunu” rehberlik etmiştir” (Şanlı, a.g.e.,s.230).

“Türkiye, 08.05.1991 tarihli ve 3730 sayılı Kanunla onaylanan “Uluslararası Ticari Tahkime Dair 1961 tarihli Avrupa (Cenevre) Anlaşması”na ve 08.05.1991 tarihli ve 3731 sayılı Kanunla onaylanan “1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

Hakkındaki New York Anlaşması"na taraf olmuştur. Yine Türkiye, 27.05.1988 tarihli ve 3453 sayılı Kanun ile "ICSID Anlaşması"na taraf olmuştur. Ayrıca, Türkiye'nin taraf olduğu iki ve çok taraflı "Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşmalarının" tamamında, ev sahibi devlet ile diğer akit tarafa mensup yatırımcılar arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının uluslararası tahkim yoluyla çözümü kabul edilmiştir. Her bir anlaşmada farklı bir uluslararası tahkim biçimi benimsenmiştir" (Şanlı, a.g.e.,s.231).

"ICSID ve iki taraflı Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşmaları ile Türkiye, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin taraf olduğu uluslararası idari sözleşmelerden doğan yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözümünü kabul etmiştir. Günümüzde, Türk Hukuku bakımından yabancılık unsuru içeren kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda da tahkim yolu kabul edilmiştir" (Şanlı, a.g.e.,s.234).

4886 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, sadece yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar yada hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanmaktadır.

Sadece tahkime elverişli bulunan, yani tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri yani sulh ve ibra konusu yapabilecekleri yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıkları, 4886 sayılı Kanunun kapsamına dahildir.

Uluslararası ticari bir uyuşmazlığın çözümü için ad hoc (arizi) tahkim usulünü tercih eden taraflar, sözleşmelerinde yapacakları bir atıfla, tahkim prosedürünü UNCITRAL'in 1976 tarihli Ad Hoc Tahkime İlişkin Kurallarına veya Uluslararası Ticaret Odası'nın Tahkim Kurallarına tabi kılabilirler.

2. ULUSLARARASI KURUMSAL TAHKİM

"Günümüzde uluslararası arenada hakemlik hizmeti sunan çok sayıda birbirinden farklı kurumsal tahkim merkezi bulunmaktadır. Bunların bir kısmı, mesleki ve sektörel oda veya birliklere bağlıdır. Bugün itibariyle ülkemizde, uluslararası tahkim alanında aktif bir kurumsal tahkim merkezi bulunmamaktadır. TOBB tarafından, 1990'da

merkezi Ankara'da bulunan bir TOBB Tahkim Divanı oluşturulmuşsa da; adı geçen Divan iş dünyasında aktif bir konuma gelememiştir. Ayrıca, İstanbul Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi, uluslararası ticari uyuşmazlıklarda tahkim hizmeti sunmaktadır. Odanın halihazırda yürürlükte bulunan "İstanbul Ticaret Odası Tahkim, Uzlaştırma ve Hakem-Bilirkişilik Yönetmeliği (Kuralları)" 1979 yılında yürürlüğe girmiştir" (Şanlı, a.g.e.,s.257).

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde Türk dış ticaretçilerinin de sık başvurduğu önemli kurumsal tahkim merkezlerinden (daimi hakem mahkemelerinden) bazıları aşağıda kısaca incelenmiştir.

a. ICSID Merkezi

"Merkez, Dünya Bankası tarafından 1966'da yürürlüğe konulan "Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Anlaşma" ile kurulmuştur. Merkez, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarından doğan tahkim davalarına bakmaktadır" (Şanlı, a.g.e.,s.259).

"Çok sayıda devletin taraf olmasına rağmen, ICSID tahkimine nadiren başvurulmasının bir nedeni, uluslararası karakterli yatırım anlaşmalarının pek çoğunda taraflarca ICSID dışında bir tahkim sisteminin öngörülmüş olmasıdır. Bu nedenle, ICSID'e genel olarak sadece ev sahibi devletin haksız fiil teşkil eden belirli davranışlarından doğan ve uyuşmazlığın doğmasından sonraki aşamada da ev sahibi devletin merkezin yetkisini kabul ettiği olaylarda gidilebilmektedir" (Şanlı, a.g.e.,s.259).

"Son yıllarda devletler arasında aktedilen pek çok ikili ve çok taraflı anlaşmada doğrudan ICSID'in hakemliği kabul edilmiştir. ICSID'e atıf yapılan ikili ve çok taraflı anlaşmalardan doğan uyuşmazlıkların hakem sıfatı ile Merkez tarafından çözümlenebilmesi için, uyuşmazlığın vukuundan sonraki safhada ayrıca yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında özel bir anlaşmanın yapılması gerekmemektedir" (Şanlı, a.g.e.,s.259).

"ICSID Konvansiyonu'nun 47'inci maddesine göre, Merkez ihtiyati tedbir kararları verebilir" (Şanlı, a.g.e.,s.259).

"ICSID Kurallarına göre verilen kararlar, ICSID sistemi içinde kesinleştiğinde, taraf devletlerde yerel hukukun cebri icra kuralları çerçevesinde doğrudan icra edilebilirler (Şanlı, a.g.e.,s.259).

b. Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi

“Milletlerarası Ticaret Odası (MTO), 1923 yılında “Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Divanı” (ICC Arbitration Court) adıyla bir tahkim mahkemesi oluşturmuştur. Doğrudan uyuşmazlığı çözümlleyen hakem veya hakem heyeti, her bir somut olayda taraflarca veya tarafların anlaşamadığı ya da tarafların yetki verdiği hallerde Divan tarafından oluşturulmaktadır” (Şanlı, a.g.e.,s.260).

“Günümüzde yürürlükte bulunan MTO Tahkim Kuralları, 1 Ocak 1998’de revize edilen Tahkim Tüzüğüdür (bkz. ICC Rules of Arbitration, ICC Publication No:581, Paris, 1997). MTO tahkim prosedürünün uygulanması, tamamen uyuşmazlık vukuunda tarafların MTO Tahkim Tüzüğüne göre bir tahkimi öngörmüş olmalarına bağlıdır (Şanlı, a.g.e.,s.260).

“MTO tahkim prosedürü, beş aşamadan geçmektedir. Birinci aşamada, Tahkim Tüzüğü’nün 4(1)’inci maddesine göre, davacı taraf veya taraflar, tahkim talebini MTO Tahkim Divanı Sekreteryasına gönderirler. İkinci aşamada, Tüzüğü’nün 7-12 maddeleri arasındaki düzenlemelere göre, tarafların anlaşmasına uygun olarak veya anlaşma sağlanamıyorsa MTO Tahkim Divanı tarafından somut uyuşmazlığı karara bağlayacak hakem mahkemesi oluşturulur. Hakem mahkemesi tek veya üç hakemden oluşur. Üçüncü aşamada, Tüzüğü’nün 13’üncü maddesine göre, hakem mahkemesinin teşkilinden sonra, Sekreteryaya tarafından dosya hakem mahkemesine tevdi edilir. Bu aşamada hakemler ve tarafların iştirakiyle düzenlenen görev belgesinde hükme bağlanan hususlar, tahkim prosedürü boyunca ve hatta tenfiz aşamasında tarafları bağlar. Dördüncü aşamada, Tüzüğü’nün 24’üncü maddesine göre, hakem mahkemesi davayı esastan inceleyerek, görev belgesinin imzalanması tarihinden itibaren altı ay içinde karar tasarisını imzalamaksızın hazırlar ve onay için Divan’a sunar. Hakem mahkemesi, MTO Tahkim Tüzüğü hükümlerini uygulayarak tahkim yargılamasını icra eder. Hakemler, davanın esasını tarafların anlaşmasına, burada hüküm bulunmayan hallerde taraflarca seçilen hukuka göre karara bağlarlar. Taraflar bir hukuk seçmemişlerse, hakemler dava bakımından uygun buldukları bir hukuku uygulayarak uyuşmazlığı esastan kararar bağlarlarken; her halükarda ticari örf ve adeti dikkate alırlar” (Şanlı, a.g.e.,s.261-263).

“Tüzüğün 23’üncü maddesine göre, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, hakem mahkemesi, taraflardan birinin talebi üzerine, geçici ve muhafaza amaçlı ihtiyati tedbir kararlarını verebilir” (Şanlı, a.g.e.,s.263).

“Beşinci aşamada Tüzüğün 27’inci maddesine göre, MTO Tahkim Divanı, hakem mahkemesince verilen karar taslağını inceler ve gerekli gördüğü şekil değişikliklerinin yapılması yönünde hakem mahkemesine tavsiyelerde bulunabilir veya karar verme özgürlüklerini etkilemeksizin hakemlerin dikkatlerini uyuşmazlığın esasını ilgilendiren bazı hususlara çekebilir” (Şanlı, a.g.e.,s.263).

“Tüzüğün 28 (1)’inci maddesine göre, Sekreteryaya, Divan tarafından onaylanıp, hakem mahkemesince imzalanan karar metnini, tahkim masraflarının tamamının ödenmesi üzerine, taraflara tebliğ eder. Tüzüğün 28 (b) maddesine göre, karar verildiği andan itibaren taraflar için bağlayıcıdır. Taraflar MTO Tahkim Kurallarını seçmekle, verilen karara derhal uyup icra etmeyi ve temyiz ve itiraz yoluna başvurmadan feragati kabul ve taahhüt etmiş sayılırlar” (Şanlı, a.g.e.,s.263).

“MTO tahkimlerinde taraflarca ödenecek tahkim idari giderleri, hakem ücretleri ve bunlarla ilgili avanslar, Tahkim Tüzüğü’nün ekinde yer alan “Tahkim Masrafları ve Ücretleri Tarifesi” ile düzenlenmiştir. Tarife, dava değerine bağlı ve bu değere bağlı olarak artan bir ücret sistemini benimsemiştir” (Şanlı, a.g.e.,s.263).

c. Diğer Kurumsal Tahkim Merkezleri

Uluslararası ticaret sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi için, sözleşme taraflarının başvurabileceği diğer uluslararası kurumsal tahkim merkezlerinin en tanınmış olanları aşağıda sıralanmaktadır (bkz. Şanlı, a.g.e., s. 264-279):

- Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (London Court of International Arbitration),
- Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Ticari Tahkim Mahkemesi (The International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of Russian Federation),

- Avusturya Federal Ekonomi Odası Uluslararası Tahkim Merkezi (International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber-Vienna International Arbitral Centre),
- Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce),
- Amerika Tahkim Odası (The American Arbitration Association),
- Hububat ve Yem Ticaret Birliği Tahkim Mahkemesi (The Grain and Feed Trade Association Arbitration Tribunal / GAFTA Arbitration Tribunal),
- Sıvı ve Hayvansal Yağ ve Tohum Birlikleri Federasyonu Tahkim Mahkemesi (Federation of Oils, Seeds and Fats Associations Arbitration Tribunal / FOSFA Arbitration Tribunal),
- Rafine Şeker Birliği Tahkim Mahkemesi (The Refined Sugar Association Arbitration Tribunal).

SONUÇ

Yirmibirinci yüzyılın başında, uluslararası müteahhitlik hizmetleri sektörü, inşaatla ilgili yan servisler ve yardımcıları ve ortaklar aracılığıyla faaliyette bulunan özgün yapısı ile, aynı zamanda hem fırsatlar ile hem de zorluklar ile karşı karşıya bulunmaktadır.

Uluslararası müteahhitlik hizmetleri sektörünün yurtdışındaki iş olanaklarını etkileyen geniş faktörler yelpazesinde; altyapı projelerinin uluslararası finansmanı, uluslararası ihale prosedürleri ve standart sözleşme formları, uluslararası tahkim ve uyuşmazlıkların alternatif çözüm mekanizmaları, ihracat kredisi sigortası ve yabancı inşaat pazarlarına giriş engellerinin kaldırılması hususları önceliğe sahip meseleler olarak öne çıkmaktadır.

Global ölçekte altyapı ihtiyacı her geçen gün artmakla birlikte, dünya çapında altyapı alanında yeni inşaat ve bakım faaliyetleri için gereken fonları bulmakta genel olarak güçlük çekildiği gözlenmektedir. Bu durum karşısında yeni bir finansman yöntemi olarak, altyapı yatırımlarının finansmanında ve alt yapı hizmetlerinin yürütülmesinde kamu-özel sektör ortaklığı (Public-Private Partnership) modeline daha fazla işlerlik kazandırmak güncel bir çözüm yolu olarak ortaya çıkmaktadır.

FIDIC tarafından 1999 yılında yayınlanan 5'inci baskı yeni kırmızı,sarı ve gümüş renkli kitapların (genel ve özel şartnamelerin), diğer bir deyişle standart sözleşme formlarının, geçmişte olduğundan daha fazla olarak inşaat riskini müteahhite yüklediği görülmektedir. Ancak Asya, Afrika ve Latin Amerika ülkelerinin çoğunda halen 1987 yılında yayınlanan 4'üncü baskı kırmızı kitap, inşaat sözleşmelerinin hazırlanmasında ve uluslararası ihalelerde yaygın olarak kullanılmakta olup; yeni baskı FIDIC tip şartnamelerinin bu eski baskı versiyonunun tamamen yerini almasının biraz daha zaman alacağı anlaşılmaktadır.

Modern bir ihale sistemi, başvuran isteklilerin etkili bir ön yeterlilik değerlendirmesine alınmasıyla başlamalı ve yüksek kaliteli ihale dökümanlarına dayanan bir ihale prosedürü ve işveren ile müteahhit arasında gelecekteki muhtemel riskleri adil olarak dağıtan dengeli sözleşme şartları ile devam etmelidir.

İnşaat projelerine ilişkin uyuşmazlıkların hızlı, hatta mümkünse çıktığı anda şantiyede çözülebilmesini temin edebilecek alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına, özellikle de uluslararası inşaat projelerinde inşaat sanayinin özel ihtiyacı bulunmaktadır.

Günümüzdeki uygulamada ihracat kredisi sigortası şirketlerinin sağladığı sigortaların kapsamı politik ve ticari riskler ile sınırlı olup; çevresel, sosyal ve kültürel riskleri azaltma kapasiteleri ihmal edilebilir düzeydedir. Geleneksel inşaat faaliyeti, işverenlerin ve onların müşavir mühendislerinin belirlediği teknik kriterlere ve şartlara dayanan talimatları yerine getirdiği için, müteahhitin inşaat işinin çevresel boyutlarını etkileme kapasitesi, üçüncü taraflar tarafından hazırlanan ihale dökümanları ve dizaynlar (çizimler) ile inşaatın yapılmakta olduğu yabancı ülkedeki ulusal mevzuat ile sınırlıdır.

Haziran 2003'de dünyanın en büyük ve en ünlü özel finans kuruluşlarından bazıları Ekvador Prensiplerini kabul etmişlerdir. Bu yol gösterici prensipler, kredi veren kuruluşların finanse ettikleri inşaat projelerinin sosyal açıdan sorumlu ve çevresel açıdan sakıncasız gelişmesini garanti etmeyi amaçlamaktadır. Nitekim, Avrupa Uluslararası Müteahhitler Birliği Genel Kurulu'nun 15 Nisan 2004 tarihinde İstanbul'daki konferansının konusunun "İhracat Kredi Sigortası ve Proje Finansmanında Çevresel ve Sosyal Standartlar"

olarak seçilmesi, gelişmekte olan ülkelerdeki altyapı projeleri için uluslararası finansman sağlamada yeni standartların önemini vurgulamaktadır.

2001 yılında Dünya Ticaret Örgütüne üye olan Çin, taahhütlerinin aksine, kabul ettiği yeni hukuki düzenlemeler ile yabancı müteahhitlerin Çin'in inşaat pazarına girmelerinin önünde yeni giriş engelleri yaratmıştır. Avrupa Komisyonu'nun ve diğer uluslararası kuruluşların işbirliği içinde yürüttükleri Çin Hükümeti nezdindeki ikna çabalarının kısmen başarılı olması sonucunda, Çin inşaat pazarına uluslararası inşaat şirketlerini daha fazla çekebilmek için, Çin'in yeni mevzuatının yabancı müteahhitler için öngördüğü ikamet şartı, yabancı mühendis sayısına getirilmiş olan sınırlamalar, belirli sermaye getirme mecburiyetleri gibi pazara giriş engeli niteliğindeki kısıtlamalar yumuşatılmıştır.

Yukarıda uluslararası müteahhitlik sektörünün gündemindeki son gelişmeler böylece değerlendirildikten sonra, konuyu ülkemizin yurtdışı müteahhitlik hizmetleri sektörü açısından ele aldığımızda sektörün gündemindeki başlıca sorunlar olarak başlıca şu hususlar dikkati çekmektedir: Bürokraside daha etkin bir koordinasyon oluşturma gereği, finansman bulma ve teminat mektubu temin etme güçlüğü, sosyal güvenlik, dış pazarlar hakkında bilgi edinme zorluğu, tanıtım eksikliği, sektörün belli bölgelerde yoğunlaşması ve yeni pazarlara açılmaması, iş alınarak faaliyet gösterilen tüm ülkeler ile "Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi" ve "Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması" anlaşmalarının henüz tamamlanamamış olması, Türk teknik müşavirlik ve mühendislik firmalarının yurtdışında yeterince etkin olamaması, teknik ve tecrübe bakımından yetersiz Türk inşaat firmalarının yurtdışında iş üstlenmesi nedeniyle sektörün olumlu imajının zedlenmesi.

Yukarıda özetlenen sorunlar biran önce halledilerek, ülkemizin halihazırda oldukça yüksek olan mevcut cari açığını kapatabilmek için, geleneksel olarak döviz kazandırıcı ihracat ve turizm sektörlerinin yanısıra, önündeki engellerin kaldırılması ve mümkün olan her türlü hukuki, mali desteğin sağlanması suretiyle acilen yurtdışı müteahhitlik hizmetleri sektörünün önünün açılması zarureti bulunmaktadır.

KAYNAKLAR

I. Kitaplar, Makaleler ve Raporlar

- ARKAN, Sabih: "İnşaat Sözleşmelerinde Teminat Mektupları", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996), 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001, s.309-315.
- DELAUME, G.R.: The Finality of Arbitration Involving States-Recent Developments, Arb.Int, V.5., No:1 (1989).
- DELAUME, G.R.: Transnational Contracts-Applicable Law and Settlement of Disputes, Appendix IV, Booklet D.2 (1988).
- DELAUME, G.R.: Sovereign Immunity and Transnational Arbitration, Arb. Int., V.3,No:1,1987.
- EREN, Fikret: "Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996), 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını, Ankara, 2001, s.49-86.
- EREN, Fikret: "İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996, 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:381, s.63-86).
- EREN, Fikret: "İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996, 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:381, s.89-103).
- SCHMITTHOFF, C.M.: The Law and Practice of International Trade, Nineth Ed., London, 1990.
- ŞANLI, Cemal: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986.
- ŞANLI, Cemal: "21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku", Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara, 1990.
- ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Üçüncü Bası, Beta, İstanbul, Haziran 2005.
- ŞANLI, Cemal/EKŞİ, Nuray: Uluslararası Ticaret Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 5.Bası, Arıkan, İstanbul, Kasım 2006.
- TANDOĞAN, Haluk : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 3.bası, Ankara, 1982.
- TANDOĞAN, Haluk: "Eser Sözleşmelerinde Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi,Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture)", BATIDER, Cilt XIII, Sayı:3-4, Aralık 1986, s.57-89.
- UYANIK, Nedim: İnşaat İşlerinde Sözleşme Yönetimi, Beta, 2004.

II. Uluslararası Anlaşmalar, Sözleşmeler, Model Kurallar ve İlgili Mevzuat

Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu Tahkim Kuralları/UNCITRAL Tahkim Kuralları),

Convention on the Recognition and Enforcement of the Foreign Arbitral Awards, New York, 1958 (1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfzi Hakkında New York Sözleşmesi),

European Convention on International Commercial Arbitration, Geneva, 1961 (Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında 21 Nisan 1961 tarihli Avrupa -Cenevre- Sözleşmesi),

General Act for the Pacific Settlement of International Disputes of 1928 (1928 Genel Tahkim Sözleşmesi),

International Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkındaki Sözleşme/ICSID Konvansiyonu),

Multilateral Agreement on Investment (Yatırımlar Hakkında Çok Tarafı Anlaşma / MAI),

Regulation on the Procedure of the International Conciliation (Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün Uluslararası Uzlaştırma Prosedürleri Hakkındaki Yönetmeliği),

Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Kuralları / ICC Tahkim Kuralları),

The 1899 Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes / La Haye Sözleşmesi,

The 1907 Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes / 1907 La Haye Sözleşmesi,

The Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States, 1992 (1992 tarihli İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü için Seçimlik Kurallar),

The Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two Parties of Which Only One is A State, 1993 (1993 tarihli Tarafardan Sadece Biri Devlet Olan İki Taraf Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü için Seçimlik Kurallar),

The Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitration between International Organizations and Private Parties, 1996 (1996 tarihli Uluslararası Örgütler ile Özel Kişi ve Kuruluşlar Arasındaki Tahkim için Seçimlik Kurallar),

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunu),

- Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes of World Trade Organization (Uyuşmazlıkların Çözümüne Dair Usul ve Kurallar Hakkında Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması),
- United Nations Model Rules on Arbitral Procedure, 1958 (1958 tarihli Birleşmiş Milletler'in Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları),
- ICC Uluslararası Tahkim Divanı Statüsü,
- ICC Uluslararası Tahkim Divanı İç İşlem Tüzüğü,
- ICC Tahkim Tüzüğü,
- 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun,
- 21.06.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu,
- Conciliation Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları),
- UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), (Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanun),
- UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), (Milletlerarası Ticari Uzlaşmaya İlişkin Model Kanun),
- Principles of International Commercial Contracts (Rome, 2004),(Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler),
- Principles of European Contract Law , 2004 (Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, 2004).

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUNUN GETİRDİĞİ YENİ DÜZENLEMELER

THE NEW REGULATIONS BROUGHT WITH TURKISH CODE OF OBLIGATIONS NUMBERED 6098

Hacı KARA*

Özet: Yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geçen 80 yıllık süre içerisinde, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun içeriğinde bazı değişiklikler yapılmıştır. Ancak, bu değişiklikler köklü ve önemli değişiklikler değildir. Borçlar Kanunu gibi temel kanunların baştan sona gözden geçirilerek, günün şartlarına ve ihtiyaçlarına cevap verebilecek hale getirilmesi zorunluluk ve önem arz etmektedir. 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medenî Kanunu ile uyum sağlamak ve Borçlar Kanununu günümüzün ihtiyaçlarına cevap verecek hale getirmek için, Türk Borçlar Kanunu isimli yeni bir kanun hazırlanarak yürürlüğe konulmuştur. Bu çalışmada yeni Türk Borçlar Kanunun getirdiği yeni düzenlemeler açıklanacaktır.

Anahtar Kelime: Türk Borçlar Kanunu, Yeni Düzenlemeler, Genel Borç İlişkileri, Özel Borç İlişkileri, Uluslar arası Satış Sözleşmeleri

Abstract: In the 80 year period from the date of entry into force, some changes were made to the content of the Code of Obligations No. 818. However, these changes are not essential and important changes. Entirely revising and making to respond to the current conditions of the Basic laws such as the Code of Obligations have necessity and importance. To adapt with the Turkish Civil Code which entered into force on January 1, 2002 and to make Law of Obligations to meet the needs of today's prepared and put into force a new law called the Turkish Code of Obligations. The paper explains new arrangements brought by the new Turkish Code of Obligations.

Keywords: Turkish Code of Obligations, New Regulations, General Obligation Relations, Private Debt Relations, International Sales Contracts

* Yrd. Doç. Dr., Kırklareli Üniversitesi, İİBF, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

I. GENEL OLARAK

Yürürlüğe girdiği 1926'dan günümüze kadar geçen 80 yıllık süre içerisinde, "818 sayılı Borçlar Kanunu"nun (eBK) içeriğinde bazı değişiklikler yapılmış olmakla birlikte, bunlar köklü ve önemli değişiklikler değildir¹. Borçlar Kanunu gibi temel kanunların baştan sona gözden geçirilerek, günün şartlarına ve ihtiyaçlarına cevap verebilecek hâle getirilmesi büyük zorunluluk ve önem arz etmektedir. Bu ihtiyaç ve zorunluluk, daha önce Türk Kanunu Medenîsi için söz konusu olmuş ve uzun çalışmalar sonucunda hazırlanan 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu (TMK) 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe konulmuştur. eBK'nın, TMK ile uyumunu sağlamak ve yaşanan gelişmeler karşısında Kanunu günümüzün ihtiyaçlarına cevap verecek hale getirmek için bir taslak hazırlamak üzere, Borçlar Kanunu Komisyonu kurulmuştur.

Komisyon, Kanun taslağının hazırlanmasında uluslararası çalışmaları da göz önünde bulundurmıştır. Zira, günümüzde, uluslararası veya uluslar üstü geçerliliği olan borçlar hukukunu oluşturmaya yönelik olarak, Türkiye'nin de üyesi bulunduğu, "UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law, Özel Hukukun Uyumlaştırılması Enstitüsü) ve Birleşmiş Milletler bünyesinde kurulmuş olan UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu) gibi kuruluşlar önemli çalışmalar yapmıştır.

Avrupa Birliği içinde de, uzun yıllardan beri ortak bir borçlar kanunu oluşturma düşüncesi hakimdir. Bu amaçla, bütün Avrupa Birliği ülkelerinden bilim adamları, Avrupa borçlar hukukunun ortak yönlerini tespit etmek için çalışmaktadırlar. Bu çerçevede Avrupa Birliği Komisyonu da, 2003 yılında "Daha Uyumlu bir Avrupa Sözleşme Hukuku için Faaliyet Planı" ve 2004 Ekim ayında da "Avrupa Sözleşme Hukuku ve Topluluk Mevzuatının Gözden Geçirilmesi - İleriye Dönük Adımlar" başlıklı Bildirileri yayınlamıştır. Bütün bu faaliyetlerin sonucunda, Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Principles of International Commercial Contracts), Milletlerarası Mal Satımına

¹ Türk Kanunu Medenîsi'nin tamamlayıcısı ve beşinci kitabı olarak bilinen 818 sayılı "Borçlar Kanunu", Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce 22 Nisan 1926 tarihinde kabul edilmiş, 8 Mayıs 1926 tarihli ve 366 sayılı Resmî Ceride'de yayımlanmış ve 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods), Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri (Principles of European Contract Law) ve Avrupa Haksız Fiil Hukukunun Temel İlkeleri (Principles of European Tort Law) isimli metinler ortaya konulmuştur.

Borçlar Kanunu Komisyonunun yaklaşık sekiz yıllık bir çalışması sonucunda hazırlanan tasarı yasalaşarak, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu” (yTBK) 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir². Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte eBK yürürlükten kaldırılmıştır (yTBK m. 647). 646’ncı madde gereğince, yTBK, Türk Medenî Kanunu’nun Beşinci Kitabı olup, onun tamamlayıcısıdır. Bu çalışmada yTBK ile getirilen yeni düzenlemeler açıklanacaktır³.

II. YENİ KANUNUN SİSTEMATİK YAPISI

Yeni Kanun, eBK’da olduğu gibi iki kısımdan oluşmaktadır. Birinci Kısım “Genel hükümler”, İkinci Kısım “Özel Borç İlişkileri” başlığını taşımaktadır. Kısımlar, bölümlere; bölümler, ayrımlara ayrılmıştır. Kısımların, bölümlerin ve ayrımların kendilerine özgü başlıkları mevcuttur. yTBK’da, her kısımda yer alan bölümlere yeni baştan numara verilmiş, böylece her kısmın kaç bölümden oluştuğu belirtilmiştir. Madde gerekçeleri hazırlanırken eBK’da yer verilmeyen ve/veya yeni hükümler getiren madde gerekçelerinin, daha ayrıntılı biçimde yazılmasına özen gösterilmiştir.

III. yTBK’NİN, eBK’YA GÖRE HÜKÜM FARKLILIĞI BULUNMAYAN DÜZENLEMELERİ

1) GENEL HÜKÜMLER

yTBK’nın “Genel Hükümler” başlıklı, beş bölüme ayrılan Birinci Kısımın Dördüncü Bölümünde, “Borç İlişkilerinde Özel Durumlar”, 162 ilâ 182’nci maddelerde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler ile eBK arasında bir hüküm farklılığı bulunmamaktadır.

² 11/01/2011 tarihinde TBMM’de kabul edilen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 12/01/2011 tarihinde TBMM’de kabul edilen 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun 4 Şubat 2011 Cuma, 27836 Sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

³ Bu çalışma yeni Türk Borçlar Kanunu’nun gerekçesi esas alınarak hazırlanmıştır.

2) ÖZEL BORÇ İLİŞKİLERİ

yTBK'nın "Özel Borç İlişkileri" başlıklı olup, onsekiz bölüme ayrılan İkinci Kısmında, eBKna göre hüküm farklılığı bulunmayan bölümler, bunların düzenleme konuları ve kapsadığı maddeler şunlardır:

- Beşinci Bölüm: Bu bölümde, "Ödünç Sözleşmeleri" başlığı altında, "Kullanım Ödücüsü" 379 ilâ 385'inci maddelerde, "Tüketim Ödücüsü" ise, 386 ilâ 392'inci maddelerde düzenlenmiştir.
- Yedinci Bölüm: "Eser Sözleşmesi"nin düzenlendiği bu bölüm, 470 ilâ 486'ncı maddelerden oluşmaktadır.
- Dokuzuncu Bölüm: Bu bölümde "Vekâlet İlişkileri", 502 ilâ 525'inci maddelerde, üç ayırım hâlinde düzenlenmiştir. Birinci Ayırımında "Vekâlet Sözleşmesi", İkinci Ayırımında "Kredi Mektubu ve Kredi Emri", Üçüncü Ayırımında da "Simsarlık Sözleşmesi" yer almıştır.
- Onuncu Bölüm: "Vekâletsiz İşgörme"nin düzenlendiği bu bölüm, 526 ilâ 531'inci maddeleri kapsamaktadır.
- Onbirinci Bölüm: Bu bölümde "Komisyon Sözleşmesi", 532 ilâ 546'ncı maddelerde düzenlenmiştir.
- Onikinci Bölüm: "Ticarî Temsilciler ve Diğer Tacir Yardımcıları"nın düzenlendiği bu bölüm, 547 ilâ 554'üncü maddelerinden oluşmaktadır.
- Onüçüncü Bölüm: Bu bölümde "Havale", 555 ilâ 560'uncü maddelerde düzenlenmiştir.
- Ondördüncü Bölüm: "Saklama Sözleşmeleri"nin düzenlendiği bu bölüm, 561 ilâ 580'inci maddeleri kapsamaktadır. Bu bölümde "Genel saklama sözleşmesi"nden başka, "Misli şeylerin saklanması", "Ardiyeciye bırakma" ve "Konaklama yeri, garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenlere bırakma" sözleşmeleri de düzenlenmiştir.
- Onaltıncı Bölüm: Bu bölümde "Kumar ve Bahis", 604 ilâ 606'ncü maddelerde düzenlenmiştir.
- Onyedinci Bölüm: "Ömür Boyu Gelir ve Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmeleri"nin düzenlendiği bu bölümün Birinci Ayırımında "Ömür Boyu Gelir Sözleşmesi"ne, 607 ilâ 610'uncü maddelerde; İkinci Ayırımında ise, "Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi"ne, 611 ilâ 619'uncü maddelerde yer verilmiştir.

III. eBK'DA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE GETİRİLEN YENİ DÜZENLEMELER

1) GENEL OLARAK

eBK'da düzenlenmiş olan bazı kurumlarda önemli sayılabilecek değişiklikler yapılırken, yTBK'da düzenlenmiş olmayan bazı konularda yeni kurum ve hükümlere de yer verilmiştir. Bu değişiklikler, günümüzde ortaya çıkan bir takım yeni ihtiyaçlara cevap vermek amacıyla yapılırken, yenilikler yabancı hukuk sistemlerinde, özellikle İsviçre ve Alman hukuklarında son zamanlarda gerçekleşmiş olan değişiklik ve gelişmelerden esinlenmek suretiyle Kanun metnine yansıtılmıştır.

Şekil olarak, eBK'nın bölüm ve madde numaralarından ayrılmış, bölüm ve maddelere birbirini izleyen yeni numaralar verilmiştir. yTBK, 649 maddeden oluşmaktadır. eBK'nın 544 maddeden ibaret olduğu göz önünde tutulduğunda, Kanun maddelerinin sayısında 105 maddelik bir artış olduğu görülmektedir. Bu artış, Kanuna yeni bazı hükümler eklenmesinden ve eBK'da da mevcut olan bazı hükümlerin, aynı maddede düzenlenmesi yerine, ayrı bir maddede düzenlenmesinden kaynaklanmıştır.

yTBK'nın tümünde terim birliği sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak Türkçe karşılığı bulunamayan, Feragat, tasarruf, muacceliyet, menfaat, muvazaa, müteselsil, halefiyet, rücu, mahsup, takip, fer'i, miktar, tahsil, tazminat, ifa, ibra, kısmî ifa, iradî devir, bedel, zilyetlik, def'i, müdahale, şerh, misli şey, fesih, hasar terimleri yTBK'da aynen kullanılmıştır.

Buna karşın eBK'da kullanılan dil, kavram, deyim ve terimler arılaştırılmış, kolay anlaşılabilir ifadeye dönüştürülmüştür. Bu kapsamda, Akit: Sözleşme; Akdin in'ikadı: Sözleşmenin kurulması; Borç münasebeti: Borç ilişkisi; İcap: Öneri; Gaipler arasında: Hazır olmayanlar arasında; Zımnî kabul: Örtülü kabul; İltizamsız icap: Bağlayıcı olmayan öneri; İlân suretiyle vaat: İlân yoluyla ödül sözü verme; Rükunlar: Unsurlar; Tahrirî şekil: Yazılı şekil; Mutlak butlan: Kesin hükümsüzlük; Batıl: Hükümsüz; Rızadaki fesat: İrade bozukluğu; Gabin: Aşırı yararlanma; Hata: Yanılma; Hile: Aldatma; İkra: Korkutma; Salâhiyeti natık vesika: Yetki belgesi; İcazet: Onama; Haksız muamele: Haksız fiil; İlliyyet: Nedensellik; İztırar hâli: Zorunluluk hâli; Ağır Kusur: Kast veya

ağır ihmal; Tazminata mahsup: Tazminattan indirme; Taksimi kabil olmayan borç: Bölünemeyen borç; Borç ödemededen aciz: İfa güçsüzlüğü; Tediye: Ödeme; Munzam zarar: Aşkın zarar; Tecdit: Yenileme; Muayyen zamanlarda verilen ivazlar: Dönemsel edimler; Müruruzaman: Zamanaşımı; Müruruzamanın kat'ı: Zamanaşımının kesilmesi; Müruruzamanın tatili: Zamanaşımının durması; Talikî şart: Geciktirici koşul; İnfisahî şart: Bozucu koşul; Pey akçesi: Bağlanma parası; Zamânî rücu: Cayma parası; Cezaî şart: Ceza koşulu; Alacağın temliki: Alacağın devri; Borcun nakli: Borcun üstlenilmesi; Nef'i: Yarar; Semen: Satış bedeli; Ayıba karşı tekeffül: Ayıptan sorumluluk; Zapta karşı teminat: Zapattan sorumluluk; Bey'i bilvefa: Geri alım hakkı; Şuf'a hakkı: Önalım hakkı; İştira hakkı: Alım hakkı; Tecrübe ve muayene şartıyla satım: Beğenme koşuluyla satış; Muayene: Gözden geçirme; Müzayede: Artırma yoluyla satış; Tazmin etme: Giderim; Trampa: Mal değişim sözleşmesi; Mükellefiyetli bağışlama: Yüklemeli bağışlama; Hâsulat kirası: Ürün kirası; Ariyet: Kullanım ödücüsü; Karz: Tüketim ödücüsü; İstisna akdi: Eser sözleşmesi; Müteahhit: Yüklenici; Neşir mukavelesi: Yayım sözleşmesi; Nâşir: Yayımıcı; Müvekkil: Vekâlet veren; Tellâlık: Simsarlık sözleşmesi; Vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf: Vekâletsiz işgörme; Komisyon: Komisyon sözleşmesi; Muhanülaleyh: Havale ödeyicisi; Muhalünleh: Havale alıcısı; Muhil: Havale eden; Vedia akdi: Saklama sözleşmesi; Mudi: Saklatan; Müstevdi: Saklayan; İstirdat: Geri alma; Yedimeine tevdi: Güvenilir kişiye bırakma; Kaydı hayat ile irat: Ömür boyu gelir; Âdi şirket: Âdi ortaklık olarak ifade edilmiştir.

2) MADDE METİNLERİNDE YAPILAN DÜZELTMELER

Esasa ilişkin değişikliklerden biri, kaynak İsviçre Borçlar Kanunundan çeviri yapılırken, eBK'da kullanılmış olan bazı terimlerin gerçek anlamı ifade etmemesi sebebiyle, düzeltilmeler olmuştur. eBK'da, gerek başlıklarda, gerek madde metinlerinde daima "borç" terimi kullanılmaktadır. Nitekim, Birinci Bap: Borçların Teşekkülü, Birinci Fası: Akitten Doğan Borçlar, İkinci Fası: Haksız Muamelelerden Doğan Borçlar ve Üçüncü Fası: Haksız Bir Fiil ile Mal İktisabından Doğan Borçlar başlığını taşımaktadır. Aynı şekilde, İkinci Bap: Borçların Hükümü, Üçüncü Bap: Borçların Sukûtu, Dördüncü Bap: Borçların Nev'ileri başlığı altında düzenlenmiştir. eBK'da kullanılan "borç" terimi ile, taraflar arasındaki ilişkiden doğan dar anlamdaki borçlardan (debt) her

biri değil, geniş anlamdaki borç, yani taraflar arasında kurulmuş olan hukukî ilişki; gerçek adıyla “borç ilişkisi” (obligation) ifade edilmek istenmektedir.

Nitekim, kaynak İsviçre Borçlar Kanununda da borç ilişkisi (obligation) sözcüğü kullanılmıştır. Alman Medeni Kanununda da, aynı şekilde borç ilişkisi (Schuldverhaeltnis) terimi kullanılmaktadır. Bu sebeple, eBK’da kullanılmış olan bu terimler düzeltilmiş ve “Borçların Teşekkülü” yerine, “Borç İlişkinin Kaynakları”, “Akitten Doğan Borçlar” yerine, “Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri”, “Haksız Muamelelerden Doğan Borçlar” yerine, “Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri”, “Haksız bir Fiil ile Mal İktisabından Doğan Borçlar” yerine, “Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri”, “Borçların Hükümü” yerine, “Borç İlişkinin Hükümleri” şeklindeki ifadelere yer verilmiş, “Borçların Sukutu” ifadesi ise, “Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi” şeklinde arılaştırılmıştır. Aynı şekilde, eBK’nın 182 ilâ 541’inci maddelerini kapsayan İkinci Kısımın başlığında kullanılan “Akdin Muhtelif Nevileri” ibaresi, bu kısımda düzenlenen ilişkilerin hepsinin akit (sözleşme) olmaması sebebiyle doğru olmadığından, bu başlık, yTBK’da “Özel Borç İlişkileri” olarak ifade edilmiştir.

3) yTBK İLE GETİRİLEN YENİ DÜZENLEMELER

A- GENEL HÜKÜMLER

“Genel Hükümler” başlıklı birinci kısım, Borç İlişkinin Kaynakları, Borç İlişkinin Hükümleri, Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi ve Zamanaşımı, Borç İlişkilerinde Özel Durumlar ve Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri olarak beş bölüme ayrılmıştır. Birinci Kısımındaki yeni hükümler ve içerikleri her bir bölüm başlığı altında şu şekilde özetlenebilir.

a) Borç İlişkinin Kaynakları (Birinci Bölüm)

1) İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi

“Genel Hükümler” başlıklı Birinci Kısımın “Borç İlişkinin Kaynakları” başlığını taşıyan Birinci Bölümünün Birinci Ayırımında “Sözleşmenin Kurulması” konusunda yeni bir hüküm, “İsmarlanmayan şeyin gönderilmesi” kenar başlığını taşıyan 7’nci maddedir. eBK’da

bulunmayan bu yeni hükümlerle, ısmarlanmadığı hâlde bir mal göndermenin öneri sayılmayacağı yasal bir tercih olarak kabul edilmiş, böyle bir şeyi alan kişinin, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü olmayacağı açıkça ifade edilmiş ve ısmarlanmayan şeyin yanlışlıkla gönderildiğinin anlaşılması durumunda, onu alana, uygun bir sürede gönderene haber verme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu maddeyle, kişilerin, arzu etmedikleri hâlde kendilerine gönderilmiş olan bir şeyi geri göndermek veya saklamak zorunda bırakılmaları önlenmek istenmiştir.

2) Yazılı Şeklin Unsurları Ve İmza

yTBK'daki yeniliklerden biri, yazılı şekil konusunda yTBK'nın 14 ve 15'inci maddelerinde yer almaktadır. 14'üncü maddenin ikinci fıkrasına, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile uyumlu olarak, güvenli elektronik imzayla veya teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ile gönderilip saklanabilen metinlerin de yazılı şekil yerine geçeceği hükmü eklenmiştir. Buna bağlı bir diğer yenilik ise, 15'inci maddenin birinci fıkrasına eklenen "güvenli elektronik imzanın da el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukukî sonuçlarını doğuracağına" ilişkin hükümdür. Aynı maddede, "açığa atılan imza"yla ilgili yeni bir hükme de yer verilmiştir.

3) Genel İşlem Koşulları

"Genel İşlem Koşulları" Kanunla getirilen çok önemli yeniliklerden biridir. eBK'da karşılığı bulunmayan, fakat günümüzde ihtiyacı şiddetle hissedilen ve yabancı hukuk sistemlerinde ayrıntılı bir biçimde düzenlenen bu kurum⁴, yTBK'da 20 ilâ 25'inci maddeler arasında, altı maddeyle düzenlenmiştir. Bu düzenleme yapılırken, yabancı kaynaklardan yararlanılmış ve bu konuda bilimsel çalışma yapanların da görüşleri alınmıştır. Borçlar Kanunumuz, bireysel sözleşme modeline dayanmaktadır. Bireysel sözleşme denilince, Borçlar Kanununun 1'inci ve devamı maddeleri anlamında öneri, öneriye karşı öneri ve kabul gibi aşamaların sonunda, irade açıklamalarının uygunluğu ve uyuşması sağlanıncaya kadar, sözleşmenin her hük-

⁴ Meselâ, Alman hukukunda "Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun" isimli özel bir kanun tarafından ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.

münün tartışma ve pazarlık konusu yapıldığı sözleşmeler anlaşılır. Ancak, çağımızın sosyal ve ekonomik gelişmeleri, kitlelere yönelik hizmet gereksinimini yaratmış ve yığınlar için üretim zorunluluğu doğurmuştur. Buna bağlı olarak bireysel sözleşme modeli yanında, kitle sözleşmesi veya formüler sözleşme denilen, yeni bir sözleşme modeli ortaya çıkmıştır.

Bankalar, sigorta şirketleri, seyahat ve taşıma işletmeleri, dayanıklı tüketim malları üretimi ve pazarlaması yapan teşebbüsler, bireysel sözleşmelerin kurulmasından önce, soyut olarak tek yanlı kalemeye alınmış sözleşme koşulları hazırlamakta ve bunlarla gelecekte kurulacak belirsiz sayıda, fakat aynı şekil ve tipteki hukukî işlemleri düzenlemektedirler. İşte, önceden hazırlanan tipik sözleşme koşulları için genel işlem koşulları terimi kullanılmakta; bu tip sözleşmelere “kitle sözleşme”, “katılmalı sözleşme” ya da “formüler sözleşme” denilmektedir. Kitlelere, yığınlara yönelik bu sözleşmelerde, sözleşmenin kurulması ile ilgili görüşmeler ve pazarlıklar yapılması söz konusu değildir. Hattâ, çoğu zaman fiyat konusu bile, tarifelerle belirlenmekte ve pazarlık dışı bırakılmaktadır. Girişimci karşısında diğer sözleşen, ya karşı tarafın koşulları içinde sözleşmeyi kuracak ya da söz konusu sözleşmenin içerdiği edim ya da hizmetten yararlanmayacaktır. Başka bir ifadeyle, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan birey, önüne hazır getirilen metin karşısında “evet” ya da “hayır” diyebilecek, “evet, ama” seçeneğinden yoksun olacaktır. Hizmet ya da edimden hiç yararlanmama söz konusu olamayacağına göre, “evet, ama” deme imkânının olmaması karşısında, bireyin, bu türden sözleşmeler uygulamasında yasalarla korunması gereği ve zorunluluğu ortadadır.

Bu nedenle, yTBK’da genel işlem koşullarının tâbi olduğu geçerlilik kuralları ile bunlara aykırılığın yaptırımları ve genel işlem koşullarının yorumlanması gibi konular açıklığa kavuşturulmuş ve tüm sözleşmeleri kapsayacak şekilde, genel hükümler kısmında emredici biçimde düzenlenmiştir. “Borç İlişkisinin Kaynakları” bölümünün “Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri” başlığını taşıyan İkinci Ayırımında, yürürlükte bulunan yTBK’daki hükümlerden pek çoğu aynen alınmış olmakla birlikte, bazı yeni düzenlemelere de yer verilmiştir.

4) Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması

yTBK'nın 60 ıncı maddesinde, "Sorumluluk sebeplerinin çokluğu" başlığı altında, sorumluluk sebeplerinin yarışması konusunda yeni bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile öğretide ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde tutularak, bir kişinin sorumluluğunun birden çok hukukî sebebe dayandırılabilmesi durumunda, hâkimin, kanunda aksine bir hüküm yoksa, zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermesi düzenlenmiştir.

5) Müteselsil Sorumluluk

eBK'nın 51'inci maddesi birinci fıkrasındaki hâl için "eksik teselsül" ve 50 nci maddesindeki hâl için de "tam teselsül" şeklinde yapılan ayırımın öğretide eleştirildiği göz önünde tutulmuş ve yTBK'da bu ayırımı yer verilmemiştir. Buna bağlı olarak, eBK'nın ikili teselsül sistemi terkedilmiş ve her iki teselsül durumu bir bütün olarak değerlendirilip, aynı hükümlere tâbi tutulmuştur. Müteselsil sorumluların yükümlü tutulacakları tazminat miktarının üst sınırına ilişkin yTBK'nın 62'inci maddesinin ikinci fıkrası, eBK'da yer verilmeyen yeni bir hükümdür. Söz konusu hükme göre, her bir müteselsil sorumlunun yükümlü tutulacağı tazminat miktarı, tek başına sorumlu olması durumunda yükümlü tutulacağı tazminat miktarından fazla olamaz. Bu yeni düzenlemeyle, müteselsil sorumlulardan her birinin, kendisi yönünden tazminatın azaltılmasını gerektiren nedenlerin, dış ilişkide göz önünde tutulmasının hakkaniyete uygun olacağı kabul edilmiştir.

6) Hakkaniyet Sorumluluğu

yTBK'nın 65'inci maddesindeki "Hakkaniyet sorumluluğu", yTBK'da kusursuz sorumluluk hâllerinin ilki olarak, eBK'dan kısmen farklı biçimde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa, hâkimin, zarar verenin kusuru olmasa bile, sebep olduğu zararın uygun şekilde giderilmesine karar verebileceği düzenlenmiştir. Böylece, eBK'nın 54'üncü maddesinde sadece ayırt etme gücünden yoksun olanların (yani kusurlu olmaları söz konusu edilemeyecek kişilerin) hakkaniyet sorumluluğuna tâbi oldukları şeklindeki düzenlemenin kapsamı genişletilmiştir. Ayırt etme gücüne sahip olmakla

birlikte kusuru olmaksızın başkalarına zarar verenlerin de, tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu tutulmaları zorunlu görülmüştür.

7) Tehlike Sorumluluğu Ve Denkleştirme

Borçlar Kanunumuzun kaynağını oluşturan İsviçre hukukunda, tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü birçok özel kanun bulunduğu hâlde, hukukumuzda bu konuya ilişkin yeterli sayılabilecek yasal düzenlemelerin olmaması karşısında, yTBK 71. maddede tehlike sorumluluğunun genel ilkesi ve koşulları düzenlenmiştir. eBK’da, genel hükümler arasında böyle bir düzenleme yapılmamış olmakla birlikte, yTBK’da, kusursuz sorumluluk hâlleri ile ilgili sistematik bütünlüğün sağlanması ve özel kanunî düzenleme yapılması beklenmeksizin, gerektiğinde mahkeme kararlarıyla, tehlike sorumluluğunun kabulünün mümkün kılınması amaçlanmıştır.

8) Zamanaşımı

eBK’nın 60. maddesinde, on yıllık uzun zamanaşımı süresi için kullanılan “zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren” şeklindeki ibarenin, haksız fiilin “zarar” unsuru gerçekleşmedikçe, fiilin işlendiği tarihten itibaren kaç yıl geçerse geçsin, haksız fiil nedeniyle tazminat isteminin zamanaşımına uğramayacağı şeklinde yorumlanmasını önlemek amacıyla, bu ibare yTBK’nın 72’inci maddesinde, “her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak” şeklinde değiştirilmiş ve zaman aşımı 2-10 yıl olarak belirlenmiştir. Ayrıca, bu değişiklik göz önünde tutularak eBK’da on yıl olan en uzun zamanaşımı süresi de, bir yapının ayıplı olmasından sorumluluğu düzenleyen m. 244 ve ayıplı eserde zamanaşımını düzenleyen m. 478 bakımından yirmi yıla çıkarılmıştır⁵.

9) Rücu İsteminde Zamanaşımı

eBK’da yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu hüküm ile tazminat yükümlüsünün zarar görenin uğradığı zararı tamamen ödedikten sonra diğer sorumlulara rücu hakkının tâbi olduğu zamanaşımı süresine

⁵ Haksız fiil zamanaşımı süreleri olarak Alman Medenî Kanununun (BGB) 852 nci maddesinde on ve otuz yıllık süreler öngörülmüştür.

ilişkin düzenleme boşluğunun doldurulması ve bu konuda özellikle uygulamada duyulan bir ihtiyacın karşılanması amaçlanmıştır (m. 73).

10) Geçici Ödemeler

yTBK 76. maddede yapılan yeni düzenlemeyle, meselâ, hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için âcilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunması amaçlanmıştır. Maddenin birinci fıkrasında, zarar görenin iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunması ve ekonomik durumunun da gerektirmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, hâkime, talep üzerine tazminat yükümlüsünün zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verme yetkisi tanınmıştır. Ancak, bu düzenlemenin amacı bakımından, geçici ödeme kararıyla, kesin hüküm sonucunun, eda amaçlı bir ihtiyatî tedbir aracılığıyla elde edilmesi söz konusu değildir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca zarar görene yapılan geçici ödemelerin nihaî kararda hükmedilmiş olan tazminata mahsup edileceği; zarar görenin açtığı davanın reddine karar verilmesi durumunda ise, hâkim tarafından, aynı davada, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine hükmedileceği düzenlenmiştir.

b) Borç İlişkisinin Hükümleri (İkinci Bölüm)

1) Faiz ve Temerrüt faizi

“Borç İlişkisinin Hükümleri” başlığını taşıyan İkinci Bölümde, “Faiz” kenar başlığını taşıyan 88 nci maddenin içeriği ile “Temerrüt faizi” kenar başlığını taşıyan 120’inci maddenin düzenlenmesinde, 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda yapılan son değişiklik dikkate alınarak, faiz oranının belirlenmesi, yürürlükteki mevzuata bırakılmıştır.

3) Sürekli Edimli Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü

Borçlunun temerrüdünün sürekli edimli sözleşmelere ilişkin sonucu, yeni bir madde olarak, yTBK’nın 126 ncı maddesinde düzen-

lenmiştir. Buna göre ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.

c) Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı (Üçüncü Bölüm)

1) İbra

eBK'nın kaynağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanununun 115'inci maddesinde ibra düzenlenmiştir. Borçlar Kanunumuza alınmayan ibranın, öğreti ve uygulamada borcu sona erdiren sebeplerden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır. Sistematik bir eksikliği gidermek amacıyla, ibra 132. maddede yTBK'ya alınmıştır.

2) Kısmî İfa İmkânsızlığı

eBK'nın 117 nci maddesinde borcu sona erdiren sebepler arasında sadece tam imkânsızlığın düzenlenmesi nedeniyle, borcun ifasının kısmen imkânsızlaşmasının sonuçları 137. maddede ayrıca düzenlenmiştir.

3) Aşırı İfa Güçlüğü

yBTK'nın 138 nci maddesinde, aşırı ifa güçlüğü konusundaki bu yeni düzenleme, öğreti ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen, "işlem temelinin çökmesi"ne ilişkindir. İmkânsızlık kavramından farklı olan aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarılma isteminin temeli, Türk Medenî Kanunu'nun (TMK) 2 nci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarıdır. Ancak, aşırı ifa güçlüğü hâlinde, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının kullanılması, maddede ve gerekçesinde belirtilen dört koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlanmıştır.

d) Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri (Beşinci Bölüm)

Bazı yabancı kanunlarda (meselâ, İtalyan Medenî Kanununun 1406 ilâ 1410'uncu maddelerinde) ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 66 ncı maddesi ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanu-

nunun 16 ncı maddesinde sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma düzenlenmiştir. Bu hukukî düzenlemelerin, borçlar hukuku öğreti ve uygulamasında da açıkça kabul edildiği göz önünde tutularak, yBTK'nın Beşinci Bölümünde, borca katılma ile sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma da düzenlenmiştir.

1) Borca Katılma

Bilindiği gibi, borcun üstlenilmesi sonucunda eski borçlu borcundan kurtulmakta, onun yerini yeni borçlu almaktadır. Borca katılmada ise, borçlu borcundan kurtulmamakta, "katılan" da borçlu ile birlikte aynı borçtan müteselsilen sorumlu olmaktadır. Uygulamada sıkça karşılaşılan borca katılmanın, "Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri" başlığını taşıyan Beşinci Bölümünün 201'inci maddesinde, yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur.

2) Sözleşmenin Devri

"Sözleşmenin devri", yBTK'nın 205'inci maddesinin birinci fıkrasında, "sözleşmeyi devralan 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 anlaşma" olarak tanımlanmaktadır.

3) Sözleşmeye Katılma

"Sözleşmeye katılma", yTBK'nın 206'ncı maddesinin birinci fıkrasında, "mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olmasını doğuran bir anlaşma" olarak tanımlanmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında, sözleşmeye katılmanın hukukî sonuçları, son fıkrasında ise, şekli düzenlenmektedir.

B) ÖZEL BORÇ İLİŞKİLERİ

yTBK'nın, "Özel Borç İlişkileri" başlıklı ikinci kısmı onsekiz bölüme ayrılmıştır. Yukarıda (III altında) da belirtildiği gibi, yTBK'nın İkinci Kısmının Üçüncü, Beşinci, Yedinci, Dokuzuncu ilâ Ondördüncü, Onaltıncı ve Onyedinci Bölümlerinde, eBK'da mevcut olmayan yeni bir hükme yer verilmemiştir. İkinci Kısmındaki yeni hükümler içeren bölümler içerikleri itibarıyla aşağıda özetlenmiştir.

a) Satış Sözleşmesi

“Özel Borç İlişkileri” başlıklı İkinci Kısımın “Satış Sözleşmesi” başlığını taşıyan Birinci Bölümün Üçüncü Ayırımında “Satış İlişisini Doğuran Haklar” başlığı altındaki 238, 239, 240, 241 ve 242’inci maddelerde, eBK’da yer almayan yeni düzenlemeler yapılmış, özellikle “sözleşmeden doğan önalım hakkı” düzenlenmiştir. Aynı Bölümün Dördüncü Ayırımında, eBK’da tanımlanmayan “Tecrübe ve muayene şartıyla satım”, bu kez “Beğenme koşuluyla satış” adı altında, 249’uncu maddede tanımlanmıştır. “Kısmî Ödemeli Satışlar” başlığı altında yer verilen “Taksitle satış”, eBK’dan farklı biçimde ve oldukça ayrıntılı olarak, 253 ilâ 263’üncü maddelerde düzenlenmiştir. Aynı şekilde, eBK’da yer verilmeyen “Önödeme Taksitle Satış”, yTBK’nın 264 ilâ 272’inci maddelerinde düzenlenmiş yeni bir satış türüdür. “Kısmî ödemeli satışlar” hakkında yTBK 253 vd. maddelerde düzenleme yapılırken, İsviçre Borçlar Kanununun 23 Mart 2001 tarihli “Tüketici Kredilerine İlişkin Federal Kanun”dan önceki düzenlemesi ile hukukumuzdaki 4077 sayılı “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun”daki düzenleme göz önünde tutulmuştur. Yapılan temel değişiklikler kısaca şunlardır:

1) Yarar ve Hasar

eBK’nın 183’üncü maddesinin birinci fıkrasında, parça borçlarında yarar ve hasarın, kural olarak sözleşmenin kurulduğu anda alıcıya geçtiği kabul edilmektedir. Türk-İsviçre Borçlar Kanununda, satılanın mülkiyetinin, borçlandırıcı işlem niteliğindeki satış sözleşmesinin kurulduğu anda değil, tasarruf işlemi niteliğindeki zilyetliğin devri veya tescil işleminin gerçekleştiği anda alıcıya geçtiği hâlde, onun, henüz malik olmadığı bir malın hasarına katlanmak ve bedeli ödemek zorunda bırakılması, hakkaniyete aykırı görülerek, öğretilde eleştirilmektedir. Uluslararası taşınır malların satışına ilişkin sözleşmelere uygulanacak kurallarda da, hasarın teslim anında alıcıya geçmesi kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, yTBK’da, eBK’da yapılan düzenlemeden farklı olarak, satış sözleşmesinde hasarın, taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil anına kadar satıcıya ait olduğu, istisnasız bir kural hâline getirilmiştir. Bu değişikliğe ve yeniliğe bağlı olarak, eBK’nın, çeşit (cins) borçlarında hasarın alıcıya geçmesinin koşullarına ilişkin ikinci fıkrası ile geciktirici koşula bağlı satış sözleşmesinde ha-

sarın alıcıya geçtiği ana ilişkin son fıkra hükümleri, yTBK'nın 208'inci maddesine alınmamıştır.

208'inci maddenin ikinci fıkrası eBK'da yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Fıkraya göre, taşınır satışlarında, alıcı, satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda taşınırın yarar ve hasarı, zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine alıcıya geçecektir⁶. Ancak, taşınmaz satışlarında teslimin tescil tarihinden sonra gerçekleştirilmesine ilişkin bir sözleşmenin varlığı hâlinde, yarar ve hasarın hangi anda alıcıya geçeceğine ilişkin düzenleme, yTBK'nın 245'inci maddesinin birinci fıkrasında yapılmıştır.

208'inci maddenin son fıkrası, eBK'da yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu hüküm uyarınca satıcı, alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderdiği takdirde, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçecektir⁷. eBK'da, satılanın yarar ve hasarının hangi anda alıcıya geçeceği düzenlenmiş iken, yTBK'da ise yarar ve hasarın hangi âna kadar satıcıya ait olacağı düzenlenmiştir.

2) Satış İlişkisi Doğuran Haklar

aa. Süresi ve Şerhi

238'inci maddeye göre, önalım, geri alım ve alım hakları en çok en çok on yıllık süre için kararlaştırılabilir ve kanunlarda belirlenen süre ile tapu siciline şerh edilebilir. Kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 216a maddesinde de aynı düzenlemeye yer verilmekle birlikte, bu hakların tapu siciline şerhin süresi bakımından bir farklılık bulunmaktadır. Gerçekten, kaynak Kanunda söz konusu hakların tapu siciline şerhi bir süreyle sınırlanmadığı hâlinde, yTBK'nın 238'inci maddesinde, "kanunlarda belirlenen süreyle" tapu siciline şerh edilebileceği öngörülmüştür. Böylece, madde, sözleşmeden doğan önalım hakkı ile alım

⁶ Buna benzer bir düzenleme, Alman Medeni Kanununun taşınır ve taşınmaz satışı ayrımı yapılmaksızın, yarar ve hasarın geçişine ilişkin 446 nci paragrafında da yer almaktadır.

⁷ Buna benzer bir düzenleme, 11/04/1980 tarihli "Milletlerarası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler (Vienna) Sözleşmesi"nin 67 nci maddesinde ve Alman Medeni Kanununun (BGB) 447 nci maddesinin birinci fıkrasında da bulunmaktadır.

ve geri alım haklarının şerhinin, her durumda on yıllık süre için etkisini göstereceğine ilişkin TMK'nın 735'inci ve 736 ncı maddelerinin ikinci fıkralarındaki düzenlemelerle uyumlu olacak biçimde kaleme alınmıştır.

bb. Devredilmesi ve Miras Yoluyla Geçmesi

239'uncu maddenin birinci fıkrasında, aksine anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım haklarının devredilemeyeceği, ancak miras yoluyla geçeceği belirtilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, bu hakların devrine ilişkin sözleşmelerin geçerliliğinin, hakkın kurulması için öngörülen şekilde yapılmasına bağlı olduğu ifade edilmektedir.

cc. Önalım hakkı

aaa. İleri Sürülmesi

240'ıncı maddenin⁸ birinci fıkrasında kullanılan "taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlem" şeklindeki ibare, satış ve onunla eşdeğerli bütün hukukî işlemleri kapsamaktadır. Böylece, önalım hakkı taşınmaz satışında ve ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemler yapılması hâlinde kullanılabilir. Meselâ, bir gayrimenkul yatırım ortaklığına ait hisselerin bütünüyle devri hâlinde bu işlem, fıkra anlamında ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem niteliğinde sayılabilecektir. Ancak, bir taşınmazın anonim veya limited şirkete aynı sermaye olarak konulmasında önalım hakkı kullanılamayacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise taşınmazın, mirasın paylaşılması kapsamında mirasçılardan birine özgülenmesi, cebri artırma yoluyla satışı ve kamusal yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla kazanılması hâllerinde, önalım hakkının kullanılamayacağı düzenlenmiştir.

bbb. Koşulları Ve Hükümleri

241'inci maddenin birinci fıkrasında, satıcının veya alıcının taşınmaz satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini, noter aracılığıyla

⁸ Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 216c maddesi göz önünde tutulmuştur.

önalım hakkı sahibine bildirmek zorunda olduğu belirtilmektedir. Gerçekten, TMK'nın 735'inci maddesinin son fıkrasına göre de, yasal önalım hakkının kullanılmasına ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanır. Yine TMK'nın 733'üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre, yapılan satış, satıcı veya alıcı tarafından önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirilecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında kullanılan "*satış sözleşmesi ... alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa*" şeklindeki ibareyle, sınırlı ehliyetsiz olan alıcı tarafından tek başına hareket edilerek yapılan satış sözleşmesine TMK'nın 16 ncı maddesi uyarınca, yasal temsilcisinin rıza göstermemesi yanında, ayırt etme gücüne sahip kısıtlı olan alıcı tarafından, tek başına hareket edilerek yapılan taşınmaz satış sözleşmesine, TMK'nın 462 nci maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca vesayet makamının izin vermemesi de kastedilmektedir.

Maddenin üçüncü fıkrasına göre, aksi kararlaştırılmadıkça önalım hakkı sahibi, taşınmazı satıcının üçüncü kişiyle yaptığı satışın koşulları çerçevesinde kazanır. Maddenin son fıkrasında sözü edilen satışa eşdeğer işlemlerin başlıca örneğini, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarında da kabul edildiği gibi, taşınmazın tamamı üzerinde üst hakkı kurulması oluşturmaktadır.

b) Kira Sözleşmesi

"Kira Sözleşmesi" başlığını taşıyan Dördüncü Bölüm, üç ayırma bölünerek, Birinci Ayırımda "Genel Hükümler"e, İkinci Ayırımında "Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları"na ve Üçüncü Ayırımında da "Ürün Kirası"na yer verilmiştir. Birinci Ayırımında, 300'üncü maddede yer alan "Kira süresi" yeni bir düzenlemedir. Aynı şekilde, "Üçüncü kişinin sınırlı aynı hak sahibi olması" kenar başlığını taşıyan 311'inci madde, "Kiralananın kiracı tarafından değişiklik yapılması"nu düzenleyen 321'inci madde, "Kira ilişkisinin devri" kenar başlığını taşıyan 323'üncü madde, "Takastan feragat yasağı" kenar başlıklı 326 ncı madde, geri verilmesinde "Kiralananın gözden geçirilmesi ve kiracıya bildirme" konusundaki 335'inci madde, eBK'da mevcut olmayan yeni hükümlerdir. Dördüncü Bölümün İkinci Ayırımı 339 ilâ 356'nci maddelerden oluşmakta ve "Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları" başlığını taşımaktadır.

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümleri, yTBK'da kira sözleşmesi düzenlenmesine dâhil edildiğinden, bu özel Kanuna tâbi kira sözleşmelerinin konusunu oluşturan taşınmazlar, bu ayırım altında düzenlenmiştir. Bu nedenle, 6570 sayılı Kanun da yürürlükten kaldırılmıştır⁹. Bu ayırimda yer verilen hükümlerin pek çoğu, 6570 sayılı Kanunda bulunduğu hâlde, eBK'da mevcut olmayan hükümlerdir. Meselâ, "Uygulama alanı", "Kiracının güvence vermesi", "Kira bedeli", "Kira bedelinin belirlenmesi", "Sözleşmenin sona ermesi", "Yeniden kiralama yasağı" ve "Kiracının ölümünde sözleşmenin sürdürülmesi" kenar başlıklarını taşıyan 339, 342, 343, 344, 346 vd., 355 ve 356 ncı maddeler böyledir. Buna karşılık; "Bağlantılı sözleşme", "Dava açma süresi ve kararın etkisi", "Kiracı aleyhine düzenleme yasağı" ve "Aile konutu" kenar başlıklı 340, 345, 346 ve 349'uncu maddeler, eBK'da ve 6570 sayılı Kanunda bulunmayan, yeni hükümlerdir. Kira sözleşmelerinin düzenlenmesinde de, yTBK'nın bütününde olduğu gibi, Yargıtay kararları ve AB mevzuatı göz önünde tutulmuştur. Yapılan değişikliklerden bazıları şunlardır:

1) Kira Süresi

300'üncü maddenin¹⁰ birinci fıkrasında, kira sözleşmesinin bir unsurunu oluşturmamakla birlikte, kira sözleşmesinin sona ermesi bakımından önemli olan kira süresi düzenlenmesi zorunlu görülmüştür. Böylece, türü ne olursa olsun, tüm kira sözleşmelerinin, belirli veya belirli olmayan bir süre için yapılabileceği belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasına göre: *"Kararlaştırılan sürenin geçmesiyle her hangi bir bildirim olmaksızın sona erecek kira sözleşmesi belirli süreli; diğer kira sözleşmeleri belirli olmayan bir süre için yapılmış sayılır"*.

2) Kiracı Tarafından Kiralananda Yenilik ve Değişiklik Yapılması

321'inci maddenin¹¹ birinci fıkrasında, kiracının kiraya verenin yazılı rızasıyla kiralananda yenilik ve değişiklikler yapabileceği be-

⁹ 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 10

¹⁰ Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 255'inci maddesi göz önünde tutulmuştur.

¹¹ Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 260a maddesi göz önünde tutulmuştur.

lırılmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında, kiraya verenin bu yenilik ve değişikliklere rıza göstermesi durumunda, yazılı olarak kararlaştırılmış olmadıkça, kiralananın eski durumuyla geri verilmesini istemeyeceği düzenlenmiştir. Böylece, kiracının kiralananı sözleşme sonunda, ne durumda teslim almışsa, o durumda geri verme borcuna ilişkin yTBK'nın 334'üncü maddesinin bir istisnasına yer verilmiştir. Bu düzenleme çerçevesinde, kiracının, kiralanda yenilik ve değişiklikler yapabilmesi için kiraya verenin yazılı rızasını alması koşulu aranmış ve bu rızayı alan kiracının, aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça, kiralananı eski durumuyla geri verme sorumluluğundan kurtulacağı esası benimsenmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında, aksine yazılı bir anlaşma yoksa, kiracının, sözleşmenin sona ermesinden sonra da, bu yenilik ve değişikliklerin kiralanda meydana getirdiği önemli değer artışının karşılığını kiraya verenden isteyebileceği esası benimsenerek, bu konudaki tartışmalar sona erdirilmek istenmiştir. Bu konuda kiracının korunması amacıyla, göreceli (nisbî) bir emredici kural getirilmiştir.

Kiracının önemli değer artışı yaratmış değişiklikler ve iyileştirmeler için karşılık isteme hakkının anlaşma ile kaldırılması veya sınırlandırılmasına imkân tanınmamış; buna karşılık, yazılı anlaşmada, daha fazla bir giderim talebine yer verilebileceği kabul edilmiştir.

3) Kira İlişkisinin Devri

323'üncü maddenin¹² birinci fıkrasında, kiracının kira ilişkisini başkasına devredebilmesi, kiraya verenin yazılı rızasına bağlanmış; ancak, kiraya verenin işyeri kiralalarında haklı sebep olmadan bu rızayı vermekten kaçınmayacağı öngörülmüştür. "Haklı sebep", somut olaydaki durum ve koşullar göz önünde tutularak, hâkim tarafından belirlenecektir. Maddenin ikinci fıkrasında, kira ilişkisinin devrinin, kira sözleşmesinin kiracı tarafını değiştirdiği açıkça ifade edilmiştir. Devir ile birlikte devreden kiracı, kiraya verene karşı tüm borçlarından kurtulacak ve devralan, devreden yerine geçerek, kiraya verene karşı

¹² Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 263'üncü maddesi göz önünde tutulmuştur. Bununla birlikte, kaynak Kanunda sadece işyeri kira ilişkisinin devri düzenlendiği hâlde, yTBK'da eBK'daki konut ve işyeri ayrımı yapılmaksızın buna imkân veren düzenlemesi korunmuştur.

sorumlu olacaktır. Bu devir, kiraya verenin rızasıyla gerçekleşebileceği için, borçlunun değişmesinin kiraya verenin sözleşmedeki durumunu olumsuz yönde etkilediği söylenemeyecektir. Maddenin son fıkrasında, işyeri kiralarda, devreden kiracının, devir konusu kira sözleşmesi süresinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olacağı belirtilmiştir.

4) Takastan Feragat Yasağı

326 ncı maddede¹³, takastan önceden feragat edilebileceğine ilişkin yTBK'nın 145'inci maddesindeki, borçlunun, takas hakkından önceden de feragat edebileceğine dair kurala, kira ilişkisinden doğan alacaklar bakımından emredici bir istisna getirilmiştir. Özellikle, uygulamada sıkça görüldüğü gibi, kira sözleşmelerinde kiraya veren lehine olarak, kiracının, meselâ kiralananın ayıplı olması sebebiyle sahip olduğu alacağının takas edilemeyeceğine ilişkin düzenleme yapılması engellenerek, bu konuda kiraya veren ile kiracı arasında, menfaat dengesi sağlanmıştır.

5) Kiralananın Gözden Geçirilmesi Ve Kiracıya Bildirme

335'inci maddeyle¹⁴, kiracının kiralananı geri verme borcunu gereği gibi ifası konusunda kiraya verenin sonradan ortaya çıkarabileceği çekişmelerin önlenmesi amaçlanmıştır. Kiraya veren, kiralananı teslim aldığı anda kiralananın durumunu gözden geçirecek; kiracının sorumluluğuna yol açacak nitelikte bir eksikliğin ve ayıbın varlığı hâlinde, bunu hemen, kiracıya yazılı olarak bildirecektir. Bu bildirim yapılması, kiracıyı her türlü sorumluluktan kurtaracaktır. Öte yandan, teslim alma sırasında yapılacak olağan inceleme ile belirlenemeyecek nitelikteki eksikliklerden ve ayıplardan, kiracının sorumluluğu devam edecektir. Ancak, kiraya veren, bu nitelikteki eksiklik ve ayıpları sonradan belirlediği takdirde, durumu hemen kiracıya bildirecektir. Bu bildirim yükünün yerine getirilmemesi de, kiracının sorumluluktan kurtulması sonucunu doğuracaktır.

¹³ Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 265'inci maddesi göz önünde tutulmuştur.

¹⁴ Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 267a maddesi göz önünde tutulmuştur.

6) Bağlantılı Sözleşme

340'inci maddede¹⁵, kiracıyı korumak amacıyla, kiracının yararı olmaksızın, konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin sözleşmenin kurulması veya devamının bir başka sözleşmeyle kiracılık ile ilişkisi olmayan bir borç altına girmesine bağlanması hâlinde, kira ile bağlantılı bu sözleşmenin geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır. Burada eBK'nın 20'nci maddesi anlamında her zaman ileri sürülebilir ve hâkim tarafından re'sen nazara alınması gereken kesin hükümsüzlük söz konusudur, burada geçersiz olan bağlantı sözleşmesidir. Kira sözleşmesi geçerliliğini korur; yani kısmî geçersizlik söz konusudur. Kiracı, bu madde ile kiraya verenin kiracı karşısında güçlü olma konumunu kullanarak kiracılıkla ilgisi olmayan başkaca borçları kendisine yüklemesine karşı korunmuştur. Meselâ, kiracının, kiralayana karşı kiralananı satın alma yükümlülüğü altına girmesi veya önceki kiracının bıraktığı eşyayı satın almayı borçlanması ya da kiralananla ilgili bir sigorta sözleşmesi yapmayı üstlenmesi geçersiz olacaktır. Öte yandan kiracılıkla bağlantısı bulunmayan, borç altına girmenin geçersiz olması bakımından, bu borçlanmanın kiraya verene veya üçüncü kişiye karşı olmasında fark yoktur. Her iki durumda da geçersizlik söz konusu olacaktır.

7) Dava Açma Süresi

345'inci maddenin birinci fıkrasında uygulamada da kabul edilen esaslara uygun olarak, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin "kira tespit davası"nın, her zaman açılacağı belirtilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında belirli süreli kira sözleşmelerinde, mahkemece belirlenen kira bedelinin, kiracıyı hangi tarihten geçerli olmak üzere bağlayacağı düzenlenmektedir. Buna göre, dava, dava dilekçesinin yeni dönemin başlangıcından en geç otuz gün önceki bir tarihte kiracıya tebliğ edilmiş olması koşuluna uyularak açılmışsa, mahkemece belirlenecek kira bedeli, bu yeni kira döneminin başlangıcından itibaren kiracıyı bağlayacaktır. Aynı sonuç, kiraya veren tarafından bu süre içinde, kiracıya yazılı bildirimde bulunmuş olması koşuluna uyularak, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin davanın, izleyen yeni kira döneminin sonuna kadar açılması durumunda da geçerli olacaktır. Maddenin son fıkrasında, sözleşmede yeni kira döneminde kira bedelinin artırılacağı

¹⁵ Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 254'üncü maddesi göz önünde tutulmuştur.

hakkında bir hükmün bulunması koşuluyla, kiraya veren kira bedelinin belirlenmesine ilişkin davayı yeni kira döneminin sonuna kadar açtığı takdirde, mahkemece belirlenecek kira bedelinin, bu yeni dönemin başlangıcından itibaren geçerli olacağı kabul edilmiştir¹⁶.

8) Kiracı Aleyhine Düzenleme Yasağı

Kiracının kira borcu bakımından korunmaması yönünde, uygulamada ortaya çıkan görüşler benimsenmeyerek, madde ile kiracıya kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilmesi önlenmiş; kira bedelinin zamanında ödenmemesi durumunda, sözleşme cezası (ceza koşulu) ödenmesi veya sonraki kira bedellerinin muaccel olması şeklindeki anlaşmalar da geçersiz sayılmıştır (m. 346).

9) Bildirimin Geçerliliği

aa. Şekil

348'inci maddede, konut ve çatılı işyeri kiralalarında, sözleşmenin sona ermesine ilişkin bildirimlerin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına bağlanmış ve böylece 6570 sayılı Kanunun 11'inci maddesindeki geçerlilik şekli aynen korunmuştur. Madde kapsamından anlaşılacağı üzere, geçerlilik için yazılı şekil zorunluluğu, kiraya verenin, yTBK'nın 346 ncı maddesinde öngörülen fesih bildirimini için de aranacaktır.

bb. Aile Konutu

349'uncu madde, TMK'nın 194'üncü maddesinin birinci, ikinci ve son fıkralarında yapılan düzenleme ile uyumlu olarak kaleme alınmıştır. Bu düzenlemede, aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracının, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemeyeceği; bu rızanın alınması mümkün olmazsa veya eş haklı sebep olmaksızın rızasını vermekten kaçınırsa kiracının, hâkimden bu konuda bir karar vermesini isteyebileceği ve sözleşmenin tarafı olmayan eşin, kiralayana (kiraya verene) yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline geleceği öngörülmektedir. yTBK'da da, aynı esaslar korunmuş, buna bağlı olarak, maddenin son fıkrasında, kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması hâlinde, kiraya verenin, fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı bir

¹⁶ Yerleşmiş uygulama da aynı yöndedir.

ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Böylece, bu durumda, evlilik birliğinin korunması amacıyla, eşlerden birinin, kiracı sıfatıyla, tek başına hareket ederek, diğer eşin açık rızası olmaksızın sözleşmeyi sona erdirmesi önlenmek istenmiştir.

Kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralalarında, 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346 ve 354'üncü maddeleri 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle (1/7/2020'ye kadar) uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır¹⁷.

c) Hizmet Sözleşmeleri

Altıncı Bölüm, "Hizmet Sözleşmeleri" başlığı altında üç ayırımdan oluşmaktadır. Hizmet sözleşmeleri, 4857 sayılı İş Kanununun kapsamı dışında kalan işçileri kapsamaktadır. Bu işçiler ile İş Kanununun kapsamına giren işçiler arasında çok büyük farklılık oluşturulmamaya çalışılmıştır¹⁸. Birinci Ayırımda "Genel Hizmet Sözleşmesi", İkinci Ayırımda "Pazarlamacılık Sözleşmesi" ve Üçüncü Ayırımda "Evde Hizmet Sözleşmesi" düzenlenmiştir. Birinci Ayırım, genel hizmet sözleşmesinin kurulmasını düzenleyen 394'üncü maddenin son fıkrasına, "Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur." hükmü eklenerek, işçilerin menfaati korunmuştur.

eBK'da yer almayan "Teslim ve hesap verme borcu", 397'nci maddede düzenlenmiş yeni bir hükümdür. Aynı şekilde, "Düzenlemelere ve talimata uyma borcu" da 399'uncu maddede düzenlenmiş yeni bir hükümdür. Yeni hükümlerden biri de, 404'üncü maddede yer verilen "Aracılık ücreti"dir. Aynı şekilde "İkramiye"yi düzenleyen 405'inci madde, "Ücret alacağına haczi, devri ve rehnedilmesi" konusunu düzenleyen 410'uncu madde, "Birim ücreti" düzenleyen 412'nci madde, "Giderler" kenar başlığını taşıyan 414'üncü madde, "Taşıma araçları"

¹⁷ Temmuz 2012 tarih ve 6353 sayılı Kanunun 53. maddesi ile değiştirilen, 31 Mart 2011 tarih ve 6217 sayılı Kanun'un Geçici 2. Maddesi hükmü gereğince.

¹⁸ Bu düzenlemelerde, İş Kanununu hazırlamış olan akademisyenlerden oluşan bir heyetin hazırladığı rapordan geniş ölçüde yararlanılmıştır.

kenar başlıklı 415'inci madde, "Giderlerin ödenmesi" konusunu düzenleyen 416'inci madde, "İşçinin kişiliğinin korunması" ile ilgili 419 ve ibraya ilişkin 420'nci maddeler, "Yıllık izin" ile ilgili 422 ilâ 425'inci maddeler ile "Hizmet ilişkisinin devri", "Sözleşmenin devri", "Feshe karşı koruma", "Haklı sebebe dayanmayan feshin sonuçları", "İşçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması", "Sözleşmenin sona ermesinin sonuçları", "Geri verme yükümlülüğü" ile "Makbuz hükmünde sayılmama" konularını düzenleyen 428, 429, 434, 438, 439, 442, 443 ve 448'inci maddeler, eBK'da mevcut olmayan yeni hükümlerdir.

İkinci Ayırımında düzenlenen "Pazarlamacılık Sözleşmesi", eBK'da yer almayan olmakla birlikte, uygulamada çok sık karşılaşılan, hizmet sözleşmesinin özel bir türüdür. Bu ayırımın içerdiği hükümlerin yer aldığı 448 ilâ 460'uncu maddeler, tamamen yeni düzenlemelerdir. Üçüncü Ayırımında yer verilen "Evde Hizmet Sözleşmesi"ne ilişkin 461 ilâ 469'uncu maddeler de yeni düzenlemeler arasındadır. Yapılan değişikliklerin bazıları aşağıda açıklanmıştır:

1) Düzenlemelere Ve Talimata Uyma Borcu

399'uncu maddede¹⁹, işverenin işin görülmesi ve işyerinde işçilerin davranışlarına ilişkin olarak genel düzenlemeler yapabilmesi ve ayrıca özel talimat verebilmesi kabul edilmiştir. İşverenin koyduğu genel düzenlemeler bütün işçiler ve işyeri için bağlayıcı düzenlemeler olduğu hâlde, özel talimat, ancak işin özelliği gerektirdiği ölçüde konulabilen ve sadece muhataplarının bilgisine ulaştırıldığı takdirde bağlayıcı olabilen düzenlemelerdir. Bununla birlikte, söz konusu özel talimatın bağlayıcı olması için, eBK'nın 315'inci maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, mutlaka önceden yazılı biçimde belirlenmesi koşulunun aranmasından vazgeçilmiştir.

2) Aracılık Ücreti

404'üncü maddenin²⁰ birinci fıkrasında, işçiye belli işlerde aracılık yapması karşılığında işverence bir ücret ödenmesi kararlaştırıldığı takdirde, işçinin talep hakkının, aracılık yapılan işlemin üçüncü kişi

¹⁹ Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 321d maddesi göz önünde tutulmuştur.

²⁰ Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 322b ve 322c maddesi göz önünde tutulmuştur.

ile geçerli olarak kurulduğu anda doğacağı belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasına göre, “borçların kısım kısım ifa edileceği sözleşmeler ile sigorta sözleşmelerinde, her kısma ilişkin ücret talebinin, bu kısma ilişkin borcun muaccel olmasıyla veya yerine getirilmesiyle doğacağı yazılı olarak kararlaştırılabilir.” Maddenin üçüncü fıkrasına göre, işçinin aracılığı suretiyle işveren ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşme işverence kusuru olmaksızın ifa edilmezse veya üçüncü kişi borçlarını yerine getirmese, ücret talebine yönelik hak sona erer; sadece kısmî ifa hâlinde ise, ücretten orantılı olarak indirim yapılır. Maddenin dördüncü fıkrasında, sözleşmeyle işçiye, kendisine ödenecek aracılık ücretinin hesabını tutma yükümlülüğü getirilmemişse, işverenin işçiye ücretin muaccel olduğu her dönem için bu ücrete tâbi işlemleri de içeren yazılı şekilde hesap vermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Maddenin son fıkrasına göre, “hesabı gözden geçirme ihtiyacı ortaya çıkarsa işveren, işçiye veya onun yerine birlikte kararlaştırdıkları ya da hâkimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri onun incelemesine sunmak zorundadır.”

3) İkramiye

405'inci maddenin²¹ birinci fıkrasına göre, işveren, bayram, yılbaşı ve doğum günü gibi belirli günler dolayısıyla işçilerine özel ikramiye verebilir; işçilerin bu ikramiyeye ilişkin talep hakları, bu konuda anlaşma olması hâlinde doğacaktır. Maddenin ikinci fıkrasında, hizmet sözleşmesinin ikramiyenin verildiği dönemden önce sona ermesi durumunda, işçinin ikramiyeden çalıştığı süreyle orantılı bir bölümünü isteme hakkının, yine bu konuda anlaşma olması hâlinde doğacağı açıklanmıştır.

4) Ücret Alacağının Haczi, Devri Ve Rehnedilmesi

410'uncu maddenin²² birinci fıkrasına göre, işçilerin ücretinin dörtte birinden fazlası haczedilemez veya başkasına devredilemez ve rehnedilemez; ancak, işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için hâkim tarafından takdir edilecek miktar bu orana dâhil değildir; nafaka alacaklılarının hakları saklıdır. Nitekim, aynı düzenlemeye,

²¹ Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 322d maddesi göz önünde tutulmuştur.

²² Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 325'inci maddesi göz önünde tutulmuştur.

4857 sayılı İş Kanununun “Ücretin saklı kısmı” kenar başlıklı 35’inci maddesinde de yer verilmiştir. yTBK’nın 410’uncu maddesi, “Ücretin korunması” kenar başlıklı 407’nci maddesinin tamamlayıcısı niteliğindedir. Aynı fıkra göre, işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için hâkim tarafından takdir edilecek miktar bu orana dâhil değildir. Yani, aile hukukundan doğan bakım ve yardım yükümlülüğüyle ilgili olarak, mahkemece hükmedilecek nafaka borçlarında, ücretin sınırlı olarak haczedilebileceği ileri sürülemeyecektir. Maddenin ikinci fıkrasında, gelecekteki ücret alacaklarının, devredilmesi veya rehnedilmesine ilişkin anlaşmaların geçersiz olduğu öngörülmüştür.

5) Giderler

aa. Genel olarak

414’üncü maddenin²³ birinci fıkrasında, işverenin, işin görülmesinin gerektirdiği her türlü gideri ve işçiyi işyeri dışında çalıştırdığı takdirde, geçimi için zorunlu harcamaları ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, yazılı olarak yapılmış bir hizmet sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde, bizzat işçi tarafından karşılanması kararlaştırılan harcamaların, kendisine götürü biçimde, günlük, haftalık veya aylık olarak ödenmesinin öngörülebileceği ifade edilmiştir.

Söz konusu yazılı anlaşmada, böyle bir ödeme kararlaştırılmışsa, işçi tarafından meselâ, işyerine gidiş dönüş, yemek, konaklama ve buna benzer amaçlarla yapılmış olan harcamaların, işverence, duruma göre her gün, her hafta veya her ay itibarıyla hesaplanacak tutarının da ödenmesi gerekecektir. Ancak, fıkra uyarınca işveren, “götürü biçimde” ödemeyi üstlendiği bu tür harcamaların, işçi tarafından fiilen yapılmadığını ileri sürerek bunları ödemekten kaçınamayacaktır. Fıkranın son cümlesine göre, işveren tarafından yapılacak ödeme, işçinin bu tür harcamalarının zorunlu kıldığı miktardan az olamayacaktır. Maddenin son fıkrasında, işçiyi korumaya yönelik emredici bir kural getirilmiştir. Buna göre, zorunlu harcamaların tamamen veya kısmen işçi tarafından bizzat karşılanmasına ilişkin anlaşmaların yapılamayacağı, aksi hâlde bunların geçersiz olduğu kabul edilmiştir.

²³ Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 327a maddesi göz önünde tutulmuştur.

bb. Taşıma Araçları

415'inci maddenin²⁴ birinci fıkrasında, işçinin, işin görülmesi için işverenle anlaşarak işverenin veya kendisinin sağladığı bir taşıma aracı kullanması durumunda, taşıtın işletilmesinin ve bakımının gerektirdiği olağan giderlerin, hizmet için kullanıldığı ölçüde işverence karşılanacağı belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, işçinin işverenle anlaşarak işin görülmesinde kendi motorlu aracını kullanması durumunda, işverenin sadece motorlu aracın işletilmesinin ve bakımının gerektirdiği olağan giderlerden değil, aynı zamanda bunların vergi, zorunlu malî sorumluluk sigortası primlerini ve aracın yıpranması karşılığında uygun bir tazminatı da ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Ancak, işveren tarafından karşılanacak olan bu giderler, "hizmet için kullanıldığı ölçüde" sınırlamasına tâbi tutulmuştur. Maddenin son fıkrasında, işçinin işverenle anlaşarak, hizmetin görülmesinde kendisine ait diğer taşıma araçlarını ve hayvanlarını kullanması durumunda, işverenin, bunların kullanımının ve bakımının gerektirdiği olağan giderleri, yine hizmet için kullanıldığı ölçüde karşılamakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir.

cc. Giderlerin Ödenmesi

416'ncı maddenin birinci fıkrasında, işçinin yapmış olduğu giderlerden doğan alacağının, daha kısa bir süre kararlaştırılmamışsa veya yerel âdet yoksa, her defasında ücretle birlikte ödeneceği belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, işçinin hizmetinin ifasının gerektirdiği giderler için avans alacağı düzenlenmiştir. İşçinin avans alacağı, hizmetin ifası için "düzenli olarak yapılması gerekli masraflar" için söz konusu olacaktır. Bu koşulun gerçekleşmesi hâlinde, işçiye en az ayda bir olmak üzere, belirli aralıklarla avans verilmesi zorunluluğu öngörülmüştür.

6) Kişisel Verilerin Kullanılması

419'uncu maddenin²⁵ birinci fıkrasında, teknolojik gelişmeler sonucu günlük yaşantının bir parçası hâline gelen ve bilgisayar ortamında saklanabilen verilerin kullanılması konusunda işçinin korunması amacıyla bazı sınırlamalar yapılmıştır. Buna göre, işveren, işçiye ait kişisel verileri ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleş-

²⁴ Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 327b maddesi göz önünde tutulmuştur.

²⁵ Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 328b maddesi göz önünde tutulmak suretiyle kaleme alınmıştır.

mesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanılabilir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, özel kanun hükümlerinin saklı olduğu belirtilmektedir.

7) Ceza Koşulu Ve İbra

420'nci maddenin birinci fıkrasına göre, hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulacak ceza koşulu geçersizdir. Buna karşılık hizmet sözleşmelerine işçi lehine ceza koşulu konulabilir. Böylece fıkra hükmü nispi emredici bir nitelik taşımaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında, işçinin işverenden olan alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin geçerliliği şu iki koşulun birlikte gerçekleşmiş olmasına bağlanmıştır:

- İbra sözleşmesi yazılı şekilde yapılmış olmalıdır.
- Sözleşmede ibra konusu alacağın türü ve miktarı açıkça belirtilmiş olmalıdır.

Maddenin üçüncü fıkrasında, hizmet sözleşmesinin devam ettiği sırada veya sona ermesinden başlayarak bir ay geçmeden, işçi aleyhine yapılan ibra sözleşmelerinin hükümsüz olduğu belirtilmektedir. Maddenin son fıkrasında ise, ibra sözleşmesinin iptalinin istenebilmesinin koşulları düzenlenmektedir. Buna göre, ibra sözleşmesi işçinin haklarını yeterince korumuyor veya aşırı ölçüde sınırlıyorsa ve bu durumlar açıkça belli ise işçi, böyle bir ibra sözleşmesinin, hizmet ilişkisinin sona erdiği tarihten başlayarak iki yıl içinde iptalini isteyebilecektir.

8) Yıllık İzin

aa. Süresi

422'nci maddede²⁶, işverenin, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yılda en az iki hafta ve onsekiz yaşından küçük işçiler ile elli yaşından büyük işçilere de en az üç hafta ücretli yıllık izin verme zorunda olduğu belirtilmektedir.

bb. İndirimi

423'üncü maddenin²⁷ birinci fıkrasına göre, işçi, bir hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan daha uzun bir süreyle hizme-

²⁶ Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 329a maddesi göz önünde tutulmak suretiyle kaleme alınmıştır.

²⁷ Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 329b maddesi göz önünde tutulmuştur.

ti yerine getirmezse işveren, çalışılmayan her tam ay için, yıllık ücretli izin süresinden bir gün indirim yapabilecektir. Maddenin ikinci fıkrasında, işçinin, bir hizmet yılı içinde kendi kusuru olmaksızın hastalık, kaza, yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğine bağlı sebeplerle en çok üç ay süreyle işgörme edimini yerine getirememesi durumunda, işverenin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamayacağı belirtilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasına göre, işveren, kadın işçinin gebelik ve doğum yapma sebebiyle işgörme edimini yerine getirememesinin üç ayı geçmemesi durumunda, yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamayacaktır. Maddenin son fıkrasında ise, hizmet veya toplu iş sözleşmeleriyle, işçinin aleyhine hüküm doğuracak şekilde, ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerine aykırı düzenleme yapılamayacağı öngörülmüştür.

cc. Kullanılması

424'üncü maddenin²⁸ birinci fıkrasında, yıllık ücretli izinlerin kural olarak aralıksız biçimde verileceği; ancak tarafların anlaşmasıyla ikiye bölünerek de kullanılabilmesi belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, işveren yıllık ücretli izin tarihlerini, iş yerinin veya ev düzeninin çıkarlarıyla bağdaştığı ölçüde, işçinin isteklerini göz önünde tutarak belirler.

dd. Ücreti

425'inci maddenin²⁹ birinci fıkrasına göre, "işveren, yıllık ücretli izini kullanan her işçiye, yıllık ücretli izin süresine ilişkin ücretini, ilgili işçinin izne başlamasından önce peşin olarak ödemek veya avans olarak vermekle yükümlüdür." Benzer bir düzenleme, 4857 sayılı İş Kanununun 57 nci maddesinin birinci fıkrasında "*İşveren, yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye, yıllık izin dönemine ilişkin ücretini ilgili işçinin izine başlamasından önce peşin olarak ödemek veya avans olarak vermek zorundadır.*" şeklinde yer almaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında, işçinin, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, işverenden alacağı para ve başka menfaatler karşılığında, yıllık ücretli izin hakkından feragat edemeyeceği belirtilmiştir. Yine, 4857 sayılı İş Kanununun 53'üncü maddesinin ikinci fıkrası

²⁸ Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 329c maddesi göz önünde tutulmuştur.

²⁹ Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 329d maddesi de göz önünde tutulmuştur.

sında, yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemeyeceği ifade edilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasına göre, hizmet sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi hâlinde, işçinin hak kazanıp da kullanamadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenecektir. Bu ücrete ilişkin zamanlaşımının başlangıcı, hizmet sözleşmesinin sona erdiği tarihtir³⁰. Maddenin son fıkrasında ise, yıllık ücretli iznini kullanmakta olan işçinin bu süre içinde ücret karşılığı bir işte çalıştığına anlaşılması durumunda, işverenin izin süresi için ödediği ücreti geri alabileceği belirtilmiştir³¹.

9) Hizmet ilişkisinin devri

aa. İşyerinin Tamamının Veya Bir Bölümünün Devri

428'inci maddenin³² birinci fıkrasında, bir işletmenin kısmen ya da tamamen bir üçüncü kişiye devri hâlinde, hizmet ilişkisinin bütün hakları ve borçları ile birlikte devir tarihinden itibaren, kendiliğinden devralana geçeceği hükme bağlanmıştır. Benzer bir düzenleme, 4857 sayılı İş Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında da bulunmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında, işçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihin esas alınacağı belirtilmektedir. Benzer bir düzenleme, 4857 sayılı İş Kanununun 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasında da bulunmaktadır. Maddenin son fıkrasına göre: *"Yukarıdaki hükümlere göre devir hâlinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar. Ancak, bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır."* Benzer bir düzenleme, 4857 sayılı İş Kanununun 6 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında da bulunmaktadır.

bb. Sözleşmenin Devri

428'inci maddenin birinci fıkrasında, hizmet sözleşmesinin, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle sürekli olarak başka bir işverene devredilebileceği belirtilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise,

³⁰ Bu fıkra, 4857 sayılı İş Kanununun 59 uncu maddesinin birinci fıkrasından aynen alınmıştır.

³¹ Bu fıkra da, 4857 sayılı İş Kanununun 58'inci maddesinden aynen alınmıştır.

³² Maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 333'üncü maddesi göz önünde tutulmuştur.

devir işlemiyle devralanın, bütün hak ve borçları ile birlikte hizmet sözleşmesinin işveren tarafını oluşturacağı ifade edilmektedir. Gerçekten, hizmet sözleşmesinin devralınmasıyla, hizmet ilişkisi sona ermemekte, devralan, sözleşmenin işveren tarafı hâline gelmektedir. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işverenin yanında işe başladığı tarih esas alınacaktır. Benzer bir düzenleme, geçici iş ilişkisi bakımından 4857 sayılı İş Kanununun 7 nci maddesinde de yapılmıştır.

d) Yayım Sözleşmesi

8. Bölümde yer alan yTBK'nın 488'inci maddesi, eBK'da yer verilmeyen, yeni bir hüküm içermektedir. 488. madde hükmü ile yayım sözleşmesinin, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 51'inci maddesinde olduğu gibi, yazılı geçerlilik şekline bağlanmıştır. 488. maddeye göre, yayım sözleşmesinin, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 51'inci maddesinde olduğu gibi, yazılı geçerlilik şekline bağlanmıştır. Söz konusu maddeye göre de: "Malî haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır".

e) Kefalet Sözleşmesi

Onbeşinci Bölümde "Kefalet Sözleşmesi", 581 ilâ 603'üncü maddelerde düzenlenmiştir. Bu bölümde getirilen yeniliklerden biri "Eşin rızası" kenar başlığını taşıyan 584'üncü maddedir. Diğer yeni bir hüküm "Kefaletten dönme" kenar başlığını taşıyan 599'uncu maddedir. Nihayet, "Uygulama alanı" kenar başlıklı 603'üncü madde hükmü de, ne eBK'da, ne de kaynak İsviçre Borçlar Kanununda mevcuttur. Tek fıkradan oluşan bu yeni hükümle, kefalet hükümlerinin uygulama alanının genişletilmesi düzenlenmiştir. Madde, kefilî koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yapılan sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağını hüküm altına almaktadır. Yapılan değişikliklerin bazıları şunlardır:

1) Eşin Rızası

584'üncü maddenin³³ birinci fıkrasına göre, kefalet sözleşmesinde eşin rızasının, sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulma-

³³ Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 494'üncü maddesi göz önünde tutulmuştur.

sı anında verilmiş olması şarttır. Ancak, fıkrada bu kuralın iki istisnasına yer verilmiştir. Birinci istisna, mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olması, ikincisi eşlerden birinin yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğmuş olmasıdır. Söz konusu istisnalardan birinin varlığı durumunda, eşin rızası aranmayacaktır. Maddenin ikinci fıkrasında ise, eşin rızasının aranmadığı diğer bir istisnalara yer verilmiştir. Buna göre, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya âdi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için de kefilin eşinin rızası aranmayacaktır.

2) Kefil İle Alacaklı Arasındaki İlişki

599'uncu maddenin³⁴ birinci fıkrasında sorumluluğun kapsamı düzenlenmiştir. Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki malî durumunun, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulması veya malî durumunun kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğunun ortaya çıkması hâlinde, kefilin alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebileceği belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, kefilin, kefaletten dönmesi sonucunda, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlü olacağı hükme bağlanmıştır.

3) Uygulama Alanı

603'üncü maddede, kefilin koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yaptıkları sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Böylece, meselâ kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefilin koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır.

f) Adi Ortaklık Sözleşmesi

Özel borç ilişkilerinin düzenlendiği İkinci Kısımın son bölümü olan Onsekizinci Bölümde "Âdi Ortaklık" düzenlenmiştir. Esas itiba-

³⁴ Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 510 uncu maddesi göz önünde tutulmuştur.

ıyla, ticaret hukukunu ilgilendiren bu ortaklık türünün, Türk Ticaret Kanununda yer alması gerekirse de, tüzel kişiliğinin bulunmamasından olsa gerek, Borçlar Kanununda yer alması yadırganmamaktadır. yTBK'nın 620 ilâ 645'inci maddelerinde düzenlenmiş olan âdi ortaklıkta ortakların koyacakları "sermaye" yerine, daha doğru olan "katılım payı" terimi kullanılmıştır. Ayrıca, "ortaklıktan çıkma ve çıkarılma" konuları da düzenlenmiştir (m.633-636). Yapılan değişikliklerin bazıları aşağıda açıklanmıştır.

1) Ortaklıktan Çıkma Ve Çıkarılma

633'üncü maddeye³⁵ göre, sözleşmede ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceğine ilişkin bir hüküm bulunması koşuluyla, aşağıdaki durumlardan biri gerçekleştiği takdirde ilgili ortağın veya temsilcisinin ya da ölen ortağın mirasçısının ortaklıktan çıkabileceği veya diğer ortaklar tarafından, yazılı olarak yapılacak bir bildirimle ortaklıktan çıkarılabileceği belirtilmektedir:

- Bir ortağın fesih bildiriminde bulunması,
- Kısıtlanması,
- İflâsı,
- Tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi,
- Ölmesi.

Böylece, âdi ortaklıktan çıkma ve çıkarılma konusundaki önemli bir ihtiyacın giderilmesine yönelik çağdaş bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemenin amacı, ortaklardan birinin ortaklıktan ayrılmak istediği veya ortaklıktan ayrılmasını gerektirecek yasal bir durum ortaya çıktığı takdirde, diğer ortaklara, ortaklığın sürdürülmesi konusunda, henüz ortaklığın kurulması aşamasında irade açıklamasında bulunma olanağını vermek ve bu suretle işleyen bir ortaklık sisteminin sona ermesini önlemektir. Ayrıca bu düzenleme, ölen ortağın mirasçılarıyla ortaklığı sürdürmek istemeyen diğer ortakları, ortaklığı tasfiye edip yeni bir ortaklık kurma zahmetinden kurtaracaktır.

³⁵ Maddenin düzenlenmesinde, Alman Medenî Kanununun (BGB) 736 ve 737 nci maddeleri göz önünde tutulmuştur.

2) Ortaklık Payının Tasfiyesi

634'üncü maddenin³⁶ birinci fıkrasında, bir ortağın ortaklıktan çıkması veya çıkarılması durumunda payının diğer ortaklara ortaklıktaki payları oranında kendiliğinden geçeceği belirtilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasına göre, diğer ortaklar, ortaklıktan çıkan veya çıkarılan ortağa, kullanımını ortaklığa bıraktığı eşyayı geri vermekle yükümlü olacaklar; ayrıca, kendisini ortaklığın muaccel borçlarından doğan müteselsil sorumluluktan kurtarmak suretiyle, ortak sıfatının sona erdiği tarihte ortaklık tasfiye edilmiş olsaydı ödenmesi gereken tasfiye payını ödemek zorunda kalacaklardır. Bu durumda, fıkroda kullanılan "ortaklık tasfiye edilmiş olsaydı" şeklindeki ibare karşısında, tasfiye usulüne ilişkin yTBK'nın 644'üncü maddesinin göz önünde tutulması gerektiği açıktır. Buna karşılık, ortaklığın henüz muaccel olmayan borçları için diğer ortaklar, çıkan veya çıkarılan ortağı borçtan kurtarma yerine kendisine bir güvence verebileceklerdir. Maddenin son fıkrasında ise, çıkan veya çıkarılan ortağın tasfiye payının, ortaklık sıfatının sona erdiği tarih itibarıyla, malî işlerde uzman bir kişiye hesaplatılacağı ve tarafların uzman kişi üzerinde anlaşamamaları durumunda bu kişinin, hâkim tarafından atanacağı düzenlenmiştir.

3) Malvarlığının Yetersizliği

635'inci maddeye³⁷ göre, ortaklık sıfatının sona erdiği tarihte, ortaklığın malvarlığı, borçlarını karşılamaya yetmediği takdirde, çıkan veya çıkarılan ortak, payına düşen borç tutarını, zarara katılmaya ilişkin düzenlemeler çerçevesinde diğer ortaklara ödemekle yükümlüdür.

4) Tamamlanmamış İşler

636'ncı maddenin³⁸ birinci fıkrasına göre, çıkan veya çıkarılan ortak, ortak olduğu dönemde henüz sonuçlanmamış işlerden doğan kâra veya zarara katılacaktır. Sonuçlanan işler sebebiyle varsa ortaklıktan kendisine düşecek kâr payının ödenmesini; devam eden işler hakkında da gerekli bilginin verilmesini isteyebileceği belirtilmektedir.

³⁶ Maddenin düzenlenmesinde, Alman Medenî Kanununun (BGB) 738'inci maddesi göz önünde tutulmuştur.

³⁷ Maddenin düzenlenmesinde, Alman Medenî Kanununun (BGB) 739'uncu maddesi göz önünde tutulmuştur.

³⁸ Maddenin düzenlenmesinde, Alman Medenî Kanununun (BGB) 740'inci maddesi göz önünde tutulmuştur.

IV. KANUNUN YÜRÜRLÜĞÜ

yTBK'nın yürürlüğü 12/01/2011 tarih ve 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir³⁹. Kural olarak, yTBK'nın yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, yTBK hükümlerine tabidir.

Ancak, şu hallerde her halükarda sadece yTBK uygulanır. Buna göre:

- yTBK'nın kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere,
- yTBK'nın yürürlüğe girmesinden gerçekleşmiş olsalar bile, içerikleri tarafların iradeleri gözetilmeksizin doğrudan doğruya kanunla belirlenmiş işlem ve ilişkilere,
- yTBK'nın yürürlüğe girmesinden gerçekleşmiş olup da, Kanun yürürlüğe girdiği sırada henüz herhangi bir hak doğurmamış fiil ve işlemlere,

yTBK hükümleri uygulanır.

Ayrıca, yTBK'nın yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan hak düşürücü süreler ile zamanaşımı süreleri, eBK hükümlerine tabi olmaya devam eder. Ancak, bu sürelerin henüz dolmamış kısmı, yTBK'da öngörülen süreden uzun ise, yürürlüğünden başlayarak yTBK'da öngörülen sürenin geçmesiyle, hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresi dolmuş olur. yTBK ile hak düşürücü süre veya özel bir zamanaşımı süresi ilk defa öngörülmüş olup da başlangıç tarihi itibarıyla bu süre dolmuşsa, hak sahipleri yTBK'nın yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıllık ek süreden yararlanırlar. Ancak, bu ek süre, yTBK'da öngörülen süreden daha uzun olamaz.

³⁹ 4 Şubat 2011 tarih ve 27836 Sayılı R.G.'de yayımlanmıştır.

POLONYA YARGI SİSTEMİ ÜZERİNE İZLENİMLER

Hüseyin BİLGİN*

Özet: Polonya Hukuk sistemini ele aldığımız bu çalışmamızda, Polonya’da yer alan yargı organları, bu organlara seçilme ve atanma koşulları, bu organların çalışma koşulları, mahkemelerin sayısı ve dava sayıları hakkında genel bilgilere yer verilmiştir. Ayrıca, Polonya Anayasa Mahkemesi, Polonya Adalet Bakanlığı, Polonya Yüksek Mahkemesi, Polonya Yüksek İdare Mahkemesi, Polonya Ulusal Mahkeme Kurulu, Polonya Ulusal Savcılık Kurulu, Polonya İl İdare Mahkemesi, Polonya Bölge Mahkemeleri tanıtılmıştır. Sonuç kısmında ise, Türk hukuk sisteminin Polonya hukuk sistemiyle benzer yönleri, farklı yönleri ve bizim hukuk sistemimize alınabilecek yönleri ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Polonya Anayasa Mahkemesi, Polonya Adalet Bakanlığı, Polonya Yüksek Mahkemesi, Polonya Yüksek İdare Mahkemesi, Polonya Ulusal Mahkeme Kurulu, Polonya Ulusal Savcılık Kurulu, Polonya İl İdare Mahkemesi, Polonya Bölge Mahkemeleri.

Abstract: In this study, It is aimed to give general information about judicial institutions in Poland ,Conditions of the selection and appointment for membership of these organizations, working conditions of them, the number of courts and cases.In addition, Constitutional Court of Poland, The Ministry of Justice of Poland, Court of Cassation, Supreme Administrative Court, National Council For Court Administration, National Council For Prosecutors, Administrative Court of Poland, Regional Courts of Poland are generally being introduced. In last section of study, Turkish and Poland judicial systems are being compared with regard to similarities, differences and some mechanisms which are considered applicable for Turkish Judiciary are being recommended.

Key Words: Constitutional Court of Poland, The Ministry of Justice of Poland, Court of Cassation, Supreme Administrative Court, National Council For Court Administration, National Council For Prosecutors, Administrative Court of Poland, Regional Courts of Poland.

* Afyonkarahisar İdare Mahkemesi Başkanı

Giriş

12 Eylül 2010 tarihindeki Anayasa değişikliğine ilişkin referandumdan sonra oluşan HSYK tarafından hakim ve savcıların eğitimine büyük bir önem verilmekte olup, yurt içindeki çeşitli konularda yapılan eğitimlerin yanı sıra yurt dışında da yabancı dil eğitimi, yüksek lisans ve doktora eğitimi ile bilgi görgü artırma ve gidilen ülkenin hukuk sistemini tanıma amaçlı çeşitli geziler de düzenlenmektedir.

Bilgi görgü artırma ve gidilen ülkelerin hukuk sistemini tanıma amaçlı olarak 30 Eylül 2012 - 05 Ekim 2012 tarihleri arasında Varşova, Wrocław ve Krokowdan oluşan Polonya Çalışma Ziyaretinde de Polonya hukuk sistemini tanıma adına çok faydalı bir ziyaret gerçekleştirilmiştir.

HSYK, adli ve idari yargıdan oluşan toplam 21 kişinin katılımıyla gerçekleştirilen bu ziyarette sırasıyla Polonya Anayasa Mahkemesi, Polonya Yüksek Mahkemesi, Ulusal Mahkeme Kurulu, Polonya Adalet Bakanlığı, Yüksek İdare Mahkemesi, Ulusal Savcılık Kurulu, Bölge Mahkemesi (İstinaf) ve İl İdare Mahkemesine gidilerek bu birimlerdeki yetkili kişilerce çalışma sistemleri hakkındaki genel bilgilendirme sonrasında, katılımcılar tarafından sorulan sorulara verilen cevaplar doğrultusunda Polonya yargı sistemi katılımcılara tanıtılmıştır.

Çalışmamızda Polonya hakkında genel bilgilendirme yapılarak ziyaret sırasındaki anlatılan hususları konu bütünlüğünü bozmadan ve sorulan sorulara verilen cevaplarla birlikte Polonya hukuk sistemi tanıtıldıktan sonra Türk hukuk sistemiyle mukayesine yer verilmiştir.

Polonya, Almanya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Rusya, Litvanya, Belarus, Ukrayna ve Baltık Denizi ile komşu bir Orta Avrupa ülkesi olan Polonya, 2004 yılında Avrupa Birliğine tam üye olarak katılmış olmasına rağmen hala Euro yerine kendi para birimi olan Złote'yi kullanmaktadır. Polonya, Wrocław, Bydgosz/Torun, Łódź, Lublin, Gorzów; Wielkopolski/Zielona Góra, Krokow, Varşova, Opole, Rzeszów, Białystok, Gdańsk, Katowice, Kielce, Olsztyn, Poznań ve Szczecin olmak üzere 16 idari bölgeden oluşmakta ve 312.679 km² bir alanda yaklaşık 38 milyon nüfusa sahiptir.

I. Polonya Anayasa Mahkemesi

Polonya Anayasa Mahkemesi, Polonyanın başkenti Varşovada bulunmaktadır.

Polonya Anayasa Mahkemesi 3'ü avukat olmak üzere 15 üyeden oluşmaktadır. 15 üyenin tamamı Parlamento tarafından 9 yıllığına seçilmektedir. Üyelik süresi sona eren üyeler yeniden seçilememektedir. Seçilen hakimler siyasi parti üyesi olamazlar ve 9 yıllık görev süresi sonunda son aldıkları maaşın %70-75 oranında emekli maaşı ile emekliye ayrılırlar. Şu anda Anayasa Mahkemesi'nde 11 erkek 4 bayan üye bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi üyeleri hukuk profesörleri, avukatlar ve hakimlerden oluşmaktadır. Avukatlar, Anayasa Mahkemesi üyesi olduğunda avukatlar listesinden ismi çıkartılır ve avukatlık yapamazlar. Avukatlar da Anayasa Mahkemesi üyesi olduklarında hakim yetkilerine sahip olurlar. Diğer seçilecek hakimlerin de hakim yetkilerine sahip olması gerekir. Hukuk profesörleri hem Anayasa Mahkemesi üyesi hem de üniversitede öğretim üyeliği görevine devam edebilirler. Bu sayede teori ile pratik buluşmaktadır. Üyeleri parlamento salt çoğunlukla yukarıda sayılan (avukat, hakim ve hukuk profesörlerinden) kaynaklardan istedikleri sayıda seçilebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi üyeliği için herhangi bir yaş sınırı bulunmamaktadır. Ancak bu konudaki çalışmalarda 50-65 arası yaş sınırı düşünülmektedir. Üyelerin seçiminde de herhangi bir kontenjan sınırlaması da bulunmamaktadır. Parlamento tarafından şartları taşıyan herkesi üye olarak seçebilirler.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamının Polonya Parlamentosu tarafından seçiliyor olması, Anayasa Mahkemesinin siyasi iradenin etkisinde kalabileceği korkularının yaşanmasına yol açmaktadır. Ancak, Polonya Anayasa Yargısında bu etki en aza indirgenmeye çalışılmıştır. Anayasa Mahkemesi üyeleri 9 yıllığına ve bir seferliğine seçilmektedir. Parlemtentonun çalışma süresi ise 4 yıldır. Üyelerin tamamı aynı dönemde seçilmemekte olup, dönem dönem bu seçimler yapıldığı için bütün üyelerin aynı anda seçilmesi söz konusu değildir.

Anayasa Mahkemesinde görev yapan her üyenin iki asistanı bulunmaktadır. Bu asistanlar hakim statüsünde değildirler. Her üye kendi asistanını belirleyebilmektedir. Bu asistanlar bazen hukuk profesörleri de olabilmektedir.

Polonya Anayasa Mahkemesi 1985 yılında kurulmuştur. Polonya Anayasa Yargısında hukuk kuralları ile hristiyanlık kuralları içiçe geçmiş durumdadır. Anayasa Mahkemesi kurulduğu tarihlerde komünist sistemden demokratik sisteme geçilirken önceleri Anayasa Mahkemesinin amacı komünist sistemi güzel bir sistem olarak tanıtmak iken zamanla demokratik kararlar vermeye başlamıştır. İlk Anayasa Mahkemesi kararı 1986 yılında verilmiştir. Mevcut Anayasada 1997 yılında yapılan değişiklik sonrasında Polonya Anayasası özgürlükleri tam olarak güvence altına almaya başlamıştır. Polonya Anayasa Mahkemesi, mevcut Anayasaları demokratik ülkelerdeki Anayasaların en modernlerinden biri olduğundan rahatlıkla karar verebilmekte olup yetkileri de oldukça genişlemiştir.

Polonya Anayasa Mahkemesi tarafından, Parlemtosundaki bütün yasaların Anayasaya uygunluğu denetlenmektedir. Parlemtoda kabul edilen uluslararası sözleşmelerin Anayasaya uygunluğu da denetlenmektedir.

Yasa yapımında süreç Cumhurbaşkanının imzası ile tamamlanmaktadır. Cumhurbaşkanı tarafından yasaların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi amacıyla Anayasa Mahkemesine dava açılabilir. Cumhurbaşkanının önüne bir yasa geldiğinde imza öncesi tereddüt yaşamaması halinde, Anayasa Mahkemesinden yasanın Anayasa uygunluğu konusunda görüş isteyebilir ve Anayasa Mahkemesinin görüşü doğrultusunda yasayı imzalayabileceği gibi Parlemtoya iade de edebilir. Cumhurbaşkanı yasayı imzaladıktan sonra da yasanın Anayasaya uygunluk denetimi için Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedir.

Cumhurbaşkanı dışında da Anayasaya uygunluk denetimi için başvuru yapan birimler bulunmaktadır. Bunlar;

- Ulusal Mahkeme Kurulu
- Vatandaş Hakları Temsilcisi
- Sosyal Organizasyonlar

- Mesleki Organizasyonlar
- Siyasi Partiler
- 50 kişilik Milletvekili
- Vatandaşlardır.

-*Vatandaşların Dava Açması*; Her Polonya vatandaşı Anayasa Mahkemesine “şikayet” başvurusunda bulunabilir. Vatandaşlar mahkemelerde görülmekte olan idari, medeni ve ceza davalarında şikayet yoluna başvurabilirler. Şikayet yoluna başvurabilmek için;

1- Şikayet için ortada kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmalı

2- Şikayet başvurusunu avukat veya hukuk müşaviri hazırlamalı

Anayasa Mahkemesine şikayet başvurusundaki avukat ile hukuk müşaviri arasında bir fark yoktur. Ceza Kanunu bünyesindeki bazı davalarda hukuk müşavirleri müdafii olarak katılamazlar. Daha hafif dereceli suçlarda bulunabilirler.

Anayasa Mahkemesinde yıl boyunca çok sayıda şikayet başvurusu görülmektedir. Bu başvurular yerinde görülebileceği gibi Anayasa uygun olmadığına da karar verilebilir. Bu sayede davaların tekrar görüşülmesi imkanı getiriliyor. Ayrıca Parlamento'ya da gerekli yasal değişikliklerin yapılması amacıyla bir sinyal gönderilmektedir.

Anayasa Mahkemesinde yıl boyunca yaklaşık olarak 180 karar verilmektedir. Bu kararların bir kaç tanesi 15 kişiden oluşan Genel Kurulca verilmektedir.

Genel olarak mahkeme 5 kişilik heyetler halinde çalışmaktadır. Nadiren 3 kişilik heyetler de bulunmakta ve karar vermektedir. Yasalara göre daha az önemli olan mevzuat hükümlerinin Anayasa uygunluk denetimi 3 kişilik heyetçe yapılmaktadır.

Mahkeme bünyesinde herhangi bir departman, daire veya bölüm bulunmamaktadır. Her türlü dava her birime (üye) gelebilmektedir. Herhangi bir çeşit ayrımı bulunmadığı, her dava türü her üye tarafından incelendiğinden devamlı bir öğrenme ve kendini geliştirme mevcuttur.

Anayasa Mahkemesinde kararların yazım süresi bazen uzun zaman alabilmekte ve 2 yılı bulabilmektedir. Ancak özel durumlarda kararlar daha çabuk da yazılabilmektedir.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen yasanın tamamı dava konusu edildiğinde ya da usuli eksiklikler bulunduğu Yasanın tamamını iptal edebildiği gibi tek tek Yasanın belirli maddeleri dava konusu edildiğinde o zaman Yasanın ilgili hükümleri tek tek iptal edilebilmektedir.

Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararlarının yürürlüğe girmesi ertelenebilir. Kural olarak, kararlar tebliğ edildiği tarihte yürürlüğe girerler. Ancak, Mahkeme sonraki bir tarihi de yürürlük tarihi olarak belirleyebilir. Erteleneme süresi en fazla 1 yıl olabilir. İptal kararları çok ciddi ekonomik şartları ve/veya sosyal hayatı etkiliyorsa bu takdirde Mahkemece erteleme karar verilebilir.

Anayasa Mahkemesince şekil denetimi de yapılabilmektedir. Şekil denetimine başvuru imkanına bütün hakimler sahiptirler. Bir mahkeme görüştüğü davada uyguladığı hükmün Anayasa uygunluğu denetimini yapabilmektedir. Hakim Anayasa Mahkemesine doğrudan doğruya hukuki soru yönlendirebilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesinde duruşma tarihi belirlenir. Anayasa Mahkemesine başvuran hakim de bu duruşmaya katılır ve hakimin şüpheleri Anayasa Mahkemesince giderilir. Polonya’da “Dolaysızlık Kuralı” vardır. Hakim şikayet ve sorularının görüşülmesi duruşmalarında yer alabilmektedir. Bu nedenle davalar uzun sürebilmektedir. Gizli duruşmalar da yapılarak iptal kararı verilebilmektedir. Duruşma sonrasında genellikle karar verilmekte olup bir duruşmanın yetmediği durumlarda yeni duruşma için dava ertelenebilmektedir.

Anayasa Mahkemesine başvuru için bir süre düzenlenmemiştir. Cumhurbaşkanı yasayı imzalamadan önce 2 hafta için Anayasa Mahkemesine soru sorabilir. Cumhurbaşkanı Anayasa Mahkemesinin görüşü doğrultusunda yasayı imzalayıp onaylaması halinde de daha sonra Yasa hükümleri şikayet yoluyla yeniden Anayasa Mahkemesi önüne götürülebilir. Ancak kimse bu yolu denememiştir.

Anayasaya göre Anayasa Mahkemesi bütün yasaları denetlemektedir. Anayasa değişiklikleri de bir yasa ile olduğu için bu yasalar da Anayasa Mahkemesi denetimi altındadır.

Anayasa Mahkemesi her zaman bir karar almakla birlikte bazen karar dışında sinyalizasyonlar da yapabilmektedir. Resmi yerler Par-

lemento, Başbakanlık bu sinyalizasyon aracılığıyla uyarılabilmektedir. Polonyada hakim yardımcıları (yedek hakim) hakim statüsünde olmalarına rağmen hakimler gibi karar verebiliyorlardı. Bu kararların geçerliliğiyle ilgili davanın görüşülmesi sırasında Anayasa Mahkemesi ciddi şüphelere düştü. Özellikle bu kararların insan hakları açısından Anayasaya uygunluğu konusunda tereddütler oluştu. Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararı davanın reddi yönünde olacaktı, ancak bu karar çıkmadan önce Başbakanlığa bir uyarı (sinyalizasyon) gönderildi. Bu şekilde ilgili makamlara uyarılar, sinyalizasyonlar gönderilebilmektedir.

Anayasa Mahkemesinde kararlar (önemine göre) 15 kişilik genel kurul, yada 5 kişilik veya 3 kişilik heyetler tarafından verilmektedir. En basit yönerge, talimatların Anayasaya uygunluğu denetimi 3 kişilik heyet tarafından yapılmaktadır. (Yüksek Mahkeme Yönetmeliğinin Yüksek Mahkeme Yasasına uygunluğunun denetimi gibi) diğer bütün açıklama ve talepler 5 kişilik heyetler tarafından görüşülmektedir. Gerek 3 kişilik heyetçe gerek 5 kişilik heyetçe görüşülen davalarda kendi aralarında görüş birliği bulunmadığı durumlarda, Anayasa Mahkemesi Başkanlığına yazılı müracaat üzerine uyuşmazlık 15 kişilik Genel Kurul tarafından görüşülebilir. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi de önüne gelen davayı karışık olarak tespit etmesi (önemli görmesi halinde) o takdirde bu davanın önceden 15 kişilik heyet tarafından görülmesini isteyebilir. Polonya Yargı Sisteminde düzenleyici işlemlerin (yönetmelik, yönerge vs) yargısal denetimi hem Anayasa Mahkemesince hem de idari yargı birimlerince yapılabilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla ceza yargılaması yapma yetkisi bulunmamaktadır. Yüce Divan işlevini Anayasa Mahkemesi dışında başka bir mahkeme yapmaktadır. O mahkemenin başkanı ise Yüksek Mahkemenin Birinci Başkanıdır. O mahkemeye 4 yıl süreyle seçilmektedir. Bu sosyal bir görevdir. O mahkeme üyeleri aynı zamanda kendi görevlerine devam etmektedirler.

Polonya yargı sisteminde hakimlerin hukuk fakültelerini bitirmeleri zorunludur.

Polonya Anayasa Mahkemesi, AİHM kararlarının bağlayıcılığını kabul etmektedir.

Anayasa Mahkemesinde siyasi parti kapatma davaları da görülebilir. Faşist sembollerin kullanılmasıyla ilgili örnek bir dava Anayasa Mahkemesi önüne gelmişti. Anayasa Mahkemesi bu davada siyasi partinin kapatılmasına karar verebilirdi. Ancak böyle bir karar verilmedi.

Uluslararası Sözleşme hükümleri ile Anayasa hükümlerinin çatışmasında her zaman öncelikli olan Anayasadır. Anayasa Mahkemesi Uluslararası Sözleşmeleri uygun bulan kanunların da Anayasaya uygunluk denetimini yapabilir.

II. Ulusal Mahkeme Kurulu

Ulusal Mahkeme Kurulu 25 üyeden oluşmaktadır. Üyeleri 4 yıl süreliğine en fazla 2 kere seçilebilmektedir. Ulusal Mahkeme Kurulu Anayasal bir kuruldur. *Ulusal Mahkeme Kurulundaki 25 üyenin dağılımına gelince;*

- Yüksek Mahkeme Başkanı
- Adalet Bakanı
- Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı
- Polonya Cumhurbaşkanı tarafından atanan 1 kişi (Cumhurbaşkanı temsilcisi herhangi bir kişi olabilir. Ama genellikle bir hukukçu tercih edilmektedir.)
- Polonya Paramentosundan seçilen 4 üye; (Bu 4 üye parlamento tarafından milletvekilleri arasından seçilmektedir. Hem iktidar hem de muhalefet temsilcilerinden üye bulunmaktadır.)
- Senato tarafından seçilen 2 üye,
- Geriye kalan 15 üye hakimler tarafından kendi meslektaşları arasından seçilmektedir. Ulusal Mahkeme Kurulunda aslında bir "hakim yönetimi" hakimdir. 15 hakimin dağılımına baktığımızda; 2 Yüksek Mahkeme hakimi, 2 idare mahkemesi hakimi, 1 askeri mahkeme hakimi, 2 temyiz tahkemesi hakimi, kalan 8 üyede bölge mahkemeleri veya asliye mahkemeleri hakimleri arasından kendi üyelerince seçilmektedir.

Kurulun iki ana görevi vardır.

1- Ulusal Mahkeme, mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlığını koruyan bir kuruldur. Polonya siyasi sisteminde iktidar 3'e ayrılır. Bunlar; yasama, yürütme ve yargıdır. Yasama ve yürütmenin iki uy-

gulama gücü bulunmaktadır. Ulusal Mahkeme Kurulu'nun Anayasa Mahkemesine başvuru hakkı da bulunmaktadır. (Mahkeme bağımsızlığına aykırı bir yasa çıkartılması halinde Ulusal Mahkeme Kurulu Anayasa Mahkemesine başvuru yapabilir.)

2- Cumhurbaşkanı hakim adaylarını sunmaktır. Polonyada bütün hakimler Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Kurulun talebi üzerine bu atama işlemleri gerçekleşmektedir. Asliye mahkemeleri, askeri mahkemeler, idare mahkemelerinin tamamının hakim adaylarını Ulusal Mahkeme Kurulu Cumhurbaşkanı sunar ve Cumhurbaşkanı tarafından atanırlar.

Hakimlerin atanacağı boş yerler Resmi Gazetede ilan edilir. Görev yerine göre talep edenlerin sayısı değişmektedir. Hakim olarak atanacak kişilerin;

- Polonya vatandaşı olması,
- Hukuk fakültesinden masterle mezun olması,
- Hygun staj süresini tamamlamış olması gerekir.
- İdare mahkemeleri için aynı koşullar aranmakta ve aynı prosedürler uygulanmaktadır.
- Hakimlik için yapılan ilandan sonra 1 ay içerisinde başvuru olmalıdır.
- Görevlendirilen hakimin mesleki tecrübesi hakkında değerlendirme yapılır.
- Adaylar daha sonra kurullar tarafından değerlendiriliyor. Bu değerlendirmeler atanmak istenilen yere göre, temyiz mahkemeleri ya da bölge mahkemeleri tarafından yapılmaktadır. Bu mahkemelerin değerlendirmeleri toplanan görüşlerle birlikte Ulusal Mahkeme Kuruluna gönderilir.
- Ayrıca hakim için Emniyet Genel Müdürlüğünden hakimliğe atanmasında sakınca olmadığına dair bir yazı alınmalıdır. Bu araştırmada "çevresine nasıl davranıyor, güvenlik güçleriyle arasında bir sorun var mı, karakterleri düzgün mü, geçmişinde herhangi bir sorun yaşamış mı?" sorularının cevapları araştırılır. Hakim olarak atanacak kişilerin karakterleri düzgün ve geçmişinde herhangi bir sorun olmamalıdır.

- Hakimliğe engel hali olmadığına dair doktor raporu ve psikolog raporları bulunmalıdır.
- Hakim adayı akademik çalışmalarını da değerlendirme için ilgili kurullara sunabilir
- Tüm bu sonuçlara göre bölge veya temyiz mahkemelerinden sunulan raporlarla birlikte Ulusal Mahkeme Kurulunca bir seçim yapılıyor.

En alt mahkemeler için bile zaman zaman bir boş yer için 20 adayın başvuru yaptığı olmaktadır. Rekabet çok fazladır. Bu durumlarda bütün adaylar eşit özelliklere sahipse adaylar kurul binasına görüşmeye davet edilebilmektedir. Görüşmelerde genellikle üst mahkemelere atamalarda daha sık kullanılmakta iken, asliye mahkemelerine çalışmak isteyen adaylar 3-5 kişilik kurul gruplarıyla da görüşebilmektedirler,

Ulusal Mahkeme Kurulunda daha fazla teknik ve elektronik imkânlarda faydalanılmaktadır. Tele-konferans yolu da bu görüşmelerde kullanılabilir. Bu takdirde aday kendine uygun bir mahkemeye giderek oradan tele konferans yoluyla görüşme yapabilir. Dolayısıyla adayın başkent Varşovaya gitmesine gerek kalmamaktadır.

Ulusal Mahkeme Çalışma Koşulları

Ulusal Mahkeme Kurulu kendi üyeleri arasından 1 başkan ve 2 başkan yardımcısı seçmektedir.

Ulusal Mahkeme Kurulu üyelerinin görev süresi 4 yıldır ve en fazla 2 kez Ulusal Mahkeme Kurulu Üyeliğine seçilebilir. Dolayısıyla azami çalışma süresi 8 yıldır.

Genel Kurul Toplantıları en az ayda 1 kere yapılmaktadır. Ancak, Eylül ayında 2 kez Genel Kurul toplantısı yapılmaktadır. Bunun nedeni ise, Ağustos ayının tatil olmasıdır.

Ulusal Mahkeme Kurulu 5 kişilik gruplar halinde toplanabilmektedir. Kurul üyeleri 1 ayın yarısına yakın iş gününü kurul çalışmalarında geçirebilmektedir. Kurulda ücret alınmadan çalışılmaktadır ve bu da sorun oluşturabilmektedir. Milletvekilleri ve Parlamento üyeleride kendi görevlerine devam etmektedirler.

Ulusal Kurulda çalışan hakimlerin işleri diğer hakimlere göre daha azdır. Ancak, bu hakimlerin ücretsiz/ücretli izinleri bulunmakta olup ücretlerini kendi mahkemelerinden almaktadırlar. Kurulda çalışan hakimler sadece harcırah / yolluk almaktadırlar.

Ulusal Mahkeme Kurulu, profesyonel organı olan “bürosu” olmadan çalışamaz. (Bizdeki HSYK Genel Sekreterliğine benzer bi yapıdır) Bütün bu organizasyonlar bu kurul bürosu tarafından yerine getirilmektedir. Daha önceleri Cumhurbaşkanı bürosu tarafından finanse ediliyor ve diğer işler yürütülüyordu. Son 6 yıldır, Ulusal Mahkeme Kurulu organizasyon ve finans açısından da bağımsızdır. Burada toplam 69 personel çalışmaktadır.

2011 yılı Mayıs ayındaki Yasaya göre kurul kendi arasında sabit heyetler (komisyonlar) oluşturabilmektedir. Bu dairelere baktığımızda:

- Disiplin Konuları Dairesi
- Mesleki Etik Dairesi : Etik konuları belirleme, ifasını denetleme kurulun görevlerindedir.
- Kontrol (Komisyonu) Dairesi : Mahkemelerde uygunsuzluk varsa bir kaç üye gidip denetim yapabilir. Müfettişler, hakimler çalışmak istedikleri komisyonlara başvururlar. Kontrol gereken bir durum varsa teftiş kararı verilir. Sonra müfettiş grubunu üyelerini kurul üyeleri arasından belirliyor. Yani bu bir kişi de olabilir. Ama genellikle 3 kişiden oluşur.
- Bütçe (Komisyon) Dairesi
- Şikayet (Komisyon) Dairesi: Yıllık birkaç bin şikayet gelmektedir.
- Dış İlişkiler (Komisyonu) Dairesi

Bu Komisyonlar Kurulun iç organlarıdır. Kurul üyeleri bu komisyonlardan istediklerinde çalışabilirler. Bir üye birden fazla komisyon da yer alabilir.

Yüksek Mahkemeye Ulusal Mahkeme Kurulu kararlarına karşı dava açılabilir. Bu davada itiraz başvurusunun dayanağı, kurul kararının hukuka aykırı olmasıdır.

Örneğin; Ulusal Mahkeme Kurulu tarafından atanması için Cumhurbaşkanı genellelikle 1 aday gönderilmektedir. Burada Cumhurbaşkanı

başkanına önerilmeyen diğer adaylar da Yüksek Mahkemeye bu işlemi dava konusu edebilirler. Yüksek Mahkeme bu işlemlerin hukuka uygunluğunu denetlemektedir. Hiçbir zaman Yüksek Mahkeme tarafından yerindelik denetimi yapılamaz. Yüksek Mahkeme şu kişi yerine şu kişi seçmelisin diye bir karar veremez.

Polonyada görev yapan toplam hakim sayısı 10000 civarındadır. Bunların 6000 civarındakiler asliye mahkemesi hakimi, 2000 civarındakiler bölge mahkemeleri hakimi, 700-800 tanesi temyiz mahkemeleri hakimi iken kalan 1200-1300 hakim ise idari mahkemeleri ve askeri mahkeme hakimleridir.

Polonya adli yargı sistemi üç aşamalı ve iki derecelidir.

- Asliye Mahkemeleri - İlk Derece
- Bölge Mahkemeleri - İlk Derece
- (Bölge Mahkemelerinde cinayet gibi daha karışık dosyalara, aile ve boşanma davalarına bakılmaktadır)
- Temyiz Mahkemeleri - İlk Derece
- En üst mahkeme ise Yüksek Mahkemedir. Yüksek Mahkemede 90 üye görev yapmaktadır.

İlk derece mahkemesi asliye mahkemesi ise bu mahkemenin temyiz yeri bölge mahkemesidir. Eğer ilk derece mahkemesi bölge mahkemesi ise bu mahkemenin temyiz yeri temyiz mahkemesidir.

Yüksek Mahkeme ise hepsinin üstündedir. Sadece bölge ve temyiz mahkemelerinden gelen işler Yüksek Mahkemeye gider. asliye Mahkemeleri kararı Yüksek Mahkemeye gitmez.

Asliye mahkemelerinde 4 yıl çalışan bir hakim boş ilan edilen bir bölge mahkemesi hakimliğine müracaat edebilir. Ayrıca, bölge mahkemelerine avukatlar, savcılar, hukuk müşavirleri de başvuru yapabilirler. Başvuru yapan kişilerin son 3 yıllık çalışması müfettiş hakimlerce değerlendiriliyor ve daha sonra adaylar bölge mahkemesi yönetimine sunuluyor. Bölge mahkemelerinde gizli oylama yapılıyor. Oylama sonuçlarıyla birlikte bütün adaylar Kurula (Ulusal Mahkeme Kuruluna) sunuluyor. Kurul tarafından inceleme yapılarak atama için Cumhurbaşkanı sunuluyor. Bölge mahkemelerinden temyiz mahkemelerine geçişte aynı şekilde olmaktadır.

Şikayetler de şikayetin kimden geldiğine bakılmaksızın şikayet komisyonunca incelenir. Ama şikayetin mahiyeti de önemlidir. Çünkü kurul, görülmekte olan davalarla ilgili herhangi bir işlem yapamıyor. Mahkemenin ve hakimin bağımsız olması nedeniyle görülmekte olan davalarla işlem yapılamıyor. Aksi durum hakimin bağımsızlığına müdahale olarak kabul ediliyor. Uygun disiplin sözcüsü seçilerek disiplin işlemleri yapılabilir. Disiplin sözcüsü, kurul tarafından seçilir. Bu kişi bir savcı gibi işlem yapıyor. Eğer hakim davranışı kabul etmezse durumu disiplin komisyonuna iletiyor. Disiplin mahkemesi kararı yetersiz görülürse o zaman bu karara karşı ikinci mahkemeye başvuru yapılabilir.

Polonyada hakimlerin atama ve rotasyonu gibi bir uygulama bulunmamaktadır. Ancak *“hakimler arasında atama ve rotasyon uygulaması olsa daha iyi olabilirdi”* diye sesli düşüncelerde dile getirilmektedir. Polonya’da hakimler Cumhurbaşkanlığı tarafından o görev yerine atandığı için, bu hakimi başka bir yere aktarmak (atama) istisnai ve özel bir durumdur. Bu durum delegasyonlarla olabilir. Hakimler çalıştığı mahkeme başkanınca başka bir bölge mahkemesi ya da temyiz mahkemesine çalışmak üzere delege edilebilir. Her halukarda bu delegasyonlar için hakimin izni/isteği gerekmektedir. Bölge mahkemesinde çalışmak isteyen asliye mahkemeleri hakimi kendi isteği ile gönderiliyor ve delege edilmiş oluyor. Aslında rotasyon sistemi çok yerinde ve mantıklı bir durumdur. Polonyada ters bir durum yaşanıyor. Türkiye’de herkes Ankara, İstanbul illerinde çalışmak istiyor ancak Polonya’da herkes Varşovadan kaçmak istiyor. Zira Varşova’da en zor ve en karmaşık davalarla karşı karşıyadırlar, ve hakimlerin büyük çoğunluğu Varşovada değillerdir. Hakimlerin maaşları da aynı olmasına rağmen Varşova yaşam masrafları en yüksek maliyetli olan yerdir. Bu arada hakimler kendi memleketinde de çalışabilirler. Varşovadaki mahkemeler uzun yıllar boyunca çok kötü koşullarda çalışıyordu. Aynı zamanda görülen dava sayısı da en fazla ve en karışıklıydı.

Adalet Bakanlığı delegasyon talepleri karşılanmadığı ve hakimler Varşovada kalmak istemedikleri için Ulusal Mahkeme Kuruluna şikayetlerde bulunmaktadır. Varşovadaki lojmanlarda da sadece Yüksek Mahkeme üyeleri ile üst (Yüksek) İdare Mahkemesi hakimleri oturumaktadırlar. Mahkemenin yanında odalar şeklinde lojmanlar olup ayrıca lojmanlarda bulunmamaktadır. Hakimlerin ev kredileri için

özel bir fon bulunmaktadır. Adalet Bakanlığı bünyesindeki bu fondan kredi talep edilebilmektedir. Buradan çok uygun şartlarda kredi verilmektedir. Bankalardaki faizlerin altında enflasyon oranında artışlar olmaktadır. Fondaki paralar mevcut ekonomik duruma bağlıdır.

Polonyadaki hukuk fakültelerinde eğitim süresi 5 yıldır.

Asliye mahkemesi ataması için masterle birlikte hukuk fakültesi bitirilmesinin ardından hakim olmak isteyen kişi Ulusal Mahkeme ve Savcılık Okuluna girip oradaki eğitimi tamamlamak ve sonunda yapılan sınavı geçmek zorundadır. Bu eğitimin süresi de 5 yıldır. Hakim ve Savcılık Okulu Krokowdadır. Buradaki eğitim 3 aşamalıdır. 1 yıl boyunca genel bir eğitim yapılır. Bu süre içinde sınavlar ve hazırlanan rapor, tezlerle ilgili puan toplanmaktadır. En fazla puan alanlar hakim bölümünde devam etmek için başvuru yapabiliyorlar. Daha az puan alanlar ise savcı eğitimine devam edebiliyorlar. Bir başka ifadeyle, bir yıl içinde başvuranların yarısının eğitimi 1 yıl sonunda sona ermektedir. Zira, hakimlerin atanacağı yerler sınırlı olduğundan, hakim ve savcı olarak okula devam etmek isteyenlere ayrılan kontenjan daha azdır. Okula her katılan hakimlik ve savcılık bölümüne gidemiyor. Daha az puan alanlar ya hakim asistanı yada katip gibi çalışıyorlar. Hakim asistanları 6 yıl çalıştıktan sonra hakimlik sınavını kazanarak hakimliğe atanabiliyorlar. Bu şekilde kazanan kişiler Hakimlik Okulunda 2,5 sene daha eğitim görüyorlar ve hakimlik sınavını kazanıyorlar. Bu kişilerin yine de 1 yıl asistan olarak çalışmaları gerekiyor. 5,5 sene çalıştıktan sonra bir hakim görevine başvurabiliyorlar. Bu da tek yol değildir. Ayrıca savcılar, noterler, avukatlar, hukuk müşavirleri de hakim olabilirler. Bunun için 3 yıllık pratik çalışma gerekiyor. Dolayısıyla uygun bölümde eğitimi tamamlamalı ve açılan sınavları da kazanmalıdır.

Polonyada en alt derece hakimi asgari 29 yaşında olmalıdır. Pratikte bu yaş 32-35 arasında değişmektedir. idare mahkemesi hakimi olmak için ise 35 yaşında olmak gerekiyor.

III. Ulusal Savcılık Kurulu

Ulusal Savcılık Kurulu, 09 Ekim 2009 da Kanunla kurulmuştur. Bu Yasa ile Polonyadaki Adalet Bakanlığı görevi ile Genel Savcı görevleri ayrılmıştır. Bu Yasa ile uygulama kuvveti ile savcılık tamamen

ayrılmıştır. Polonyada savcılara bağımsız olma imkanı getirildi. Hiçbir savcının mesleki kararları ve çalışmalarıyla ilgili bir etki olmuyor. Savcılarının üstünde çalışanların yöneticilerin yetkisi ve kapsamı da açık net olarak kanunlarla belirtilmiştir.

Savcılık kurumunu denetleyen organ ise Ulusal Savcılık Kuruludur. Polonya Ulusal Savcılık Kurulu 25 üyeden oluşmaktadır. 17 üye seçimle savcılar arasından, 4 üye parlamentodan, 2 üye senatodan seçilmekte olup Genel Savcı ile Adalet Bakanı ise kurulun doğal üyesidir.

Parlamento ve senatodan temsilcilerin olması aslında çok istenilen bir şeydir. Bu sayede parlamenterle ve senatörler savcılık müessesesinin işleyişine ve sorunlarına iştirak ediyorlar. Yönetim Kurulu bağımsızdır. Bütün kararlar gizli oylamalarla veriliyor. Bu açıdan millevetkillilerinin bir anlamda kurul üzerinde etkisi olabilir ancak bu durum hiçbir şekilde kurulun savcı olan üyeleri üzerinde herhangi bir tehlike arz etmeyecektir. Tam tersine prestijini artırıyor. Bazı Yasaların parlamentoda görüşülmesinde olumlu katkıları ve fayladaları olmaktadır.

Genel Savcı, Ulusal Savcılık Kurulu tarafından getirilen öneri doğrultusunda Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Yükselmeler mesleki yarışmalarla olmaktadır. Bu yarışmalarda kazananı belirleyen ise Ulusal Savcılık Kuruludur. Genel Savcıya savcı adayları atama için önerilmektedir. Ayrıca Ulusal Savcılık Kurulu emekli olacak savcılarının emeklilik işlemlerini yapmaktadır. Savcılarının sağlık durumları onların mesleki aktifliğini engelliyorsa bu konuda Ulusal Savcılık Kurulu karar verir.

Polonya Ulusal Savcılık Kurulu üyelikleri dönemseldir ve belli süre için seçilmektedir. Hiç bir savcı kendi görevinden Ulusal Savcılık Kurulu izni olmadan almamaz. Ayrıca Ulusal Savcılık Kurulu tarafından savcılarını bağlayan Etik Yönetmeliği kabul edilmiştir. Ulusal Savcılık Kurulu bu Yönetmelik hükümlerini uygular ve uygulanmasını denetler.

Ulusal Savcılık Kuruluyula ilgili mevzuatta örnek alınan ülke ise Fransadır. Fakat Fransadaki savcılar büyük oranda Cumhurbaşkanı bağlıdırlar. Almanyada da savcılar Polonyadaki kadar bağımsız değildirler.

Atamalarda da yönetimde de Genel Savcı yetkilidir.

Polonyada 4483 sayılı yasa benzeri, memurların yargılanması öncesinde soruşturma izni alınması gibi bir müessese bulunmamaktadır. Polonyada savcı resen muhakemeyi başlatmak zorundadır. Ancak milletvekilleri, senato üyeleri ile hakim ve savcılar bu konuda koruma altındadır. Bu kişiler hakkında soruşturma başlatılması, önceden verilen izne tabidir. Parlamento ve senato üyeleri için parlamento ve senato, hakim ve savcılar için ise disiplin mahkemesi kararları lazımdır. Normal kamu görevlileri için böyle bir yol bulunmamaktadır.

Ceza Muhakemeleri Kanunu ile ilgili olarak soruşturmayı sürdüren kişi savcıdır. Soruşturmayı yürütme işini de polise yaptırabilir. Delege edebilir. Polis yaptığı bütün işlemler için savcıya karşı sorumludur. Eğer polis memuru savcının emrini yapmazsa o polisin amirinden disiplin soruşturması açılması istenebilir. Sırf savcılığa bağlı bir adli kolluk (polis) kuvveti bulunmamaktadır.

Polonyada değişik konularda uzman olan bilirkişi birlikleri vardır. Meskeki birlikler. (Örnek:Trafik ile ilgili bilirkişiler) Bu birlikler Adalet Bakanlığına bağlı değildirler. Ayrıca Krokow Mahkeme Expertizi Enstitüsü bulunuyor. Bu enstitü Adalet Bakanlığına bağlıdır. O enstitüde değişik alanlarda uzman olan kişiler de çalışmaktadır. Bu bilirkişiler de savcılık için görüş hazırlamaktadır. Ayrıca Sağlık Bakanlığı bünyesinde çalışan Adli Tıp birimleri de vardır. Bu birimlerde patoloji vs konularda uzman doktorlar çalıştırılmaktadır.

IV. Yüksek Mahkeme

Yüksek Mahkeme ülkemizdeki Yargıtay'a eş değer bir kurumdur. 90 Yüksek Mahkeme üyesi kontenjanı bulunmakla birlikte heyetimizin ziyareti sırasında mevcut üye sayısı 86 idi.

Yüksek Mahkeme hakimlerinin ataması konusu ise; Hakimlerin görev yaptığı (bölümde) yerlerde yaş, ölüm, vs gibi nedenlerle bir boşalma olduğu zaman boşalan bu yer (Resmi Gazete) Yasalar Defterinde ilan ediliyor. 1 aylık bir başvuru süresi sonunda aranan nitelikleri taşıyan adaylar bu yer için başvurularını yapıyor. Aslında adaylar çoğunlukla şahsi davetiye beklediği için çok sayıda başvuru olmayabilmektedir. Adayların başvurusundan sonra 4 aşamalı bir seçim yapmaktadır. Birinci Daire bünyesinde işlemleri tamamlanan aday bu daire toplantısına çağrılarak, hakimlerden oluşan heyet tarafından mülakata alınıyor.

Toplantıda bulunan hakimlerce adaya soru sorulabiliyor. Gizli oylama yoluyla bir değerlendirme yapılıyor. Bu oylama sadece bir değerlendirme niteliğinde ve herhangi bir bağlayıcılığı bulunmuyor. Yüksek Mahkeme Başkanı o toplantıda yer alan hakimlerden birisini raportör olarak görevlendiriyor. O kişi adayın mesleki tecrübesini değerlendiriyor. Daha sonraki etapta Yüksek Mahkemede bir görüşme toplantı oluyor ve Yüksek Mahkeme hakimlerince Polonya Ulusal Mahkeme Kuruluna sunulmak üzere adaylar belirleniyor ve gizli oylama ile lehine daha fazla oy alan adaylar geçiyor. Bu adaylardan Ulusal Mahkeme Kuruluna genellikle her boş yer için 1 aday sunulmakta olup, çok nadiren bir boş yer için 2 aday sunulabilmektedir. Burada tek aday sunum ile Ulusal Mahkeme Kuruluna da bir tercih hakkı da bırakılmıyor. 3. aşamada Ulusal Mahkeme Kurulunda adayı veya adayların değerlendirilmesi yapılarak Cumhurbaşkanına sunup sunmama konusunda karar veriliyor. Sonrasında kendisine sunulan isim Cumhurbaşkanı atanıyor. Şu ana kadar sunulan hiç bir aday gerek Cumhurbaşkanı tarafından gerekse Ulusal Mahkeme Kurulundan dönmemiştir. Zaten böyle bir hakları da yoktur. Cumhurbaşkanı tarafından törenle o hakime cübbesi giydirilmektedir.

Yüksek Mahkeme Birinci Başkanının atamasına gelince; bütün Yüksek Mahkeme hakimleri tüm Yüksek Mahkeme üyeleri içinden 2 kişiyi başkan adayları olarak gösterebilirler. Gösterilen adayları oy sayısına bakılmaksızın oluşan listede adı geçen bütün isimler birinci başkanlık için başvurabiliyor. Toplantı başkanı gösterilen adaylara aday olmayı kabul edip etmediklerini sorar. Adaylığı kabul edenler arasında tüm üyelerin katılımı ile yeniden 2 oylama yapılır. En fazla oyu alan 2 aday Cumhurbaşkanına sunuluyor. Cumhurbaşkanı bu iki aday arasından birinci başkan seçiyor. Bu iki adayın aldığı oy sayısı (seçim sırasında) Cumhurbaşkanını bağlamaz. Cumhurbaşkanı daha az oy alan kişiyi de birinci başkan olarak seçebilir. Birinci başkanın çalışma (görev) süresi 6 yıldır. Görev süresi dolan kişi yeniden seçilebilir. Azami çalışma süresi ise, hakimlerde 70 yaşır. Seçilme yaşıyla ilgili olarak ise bir alt yaş sınırı bulunmamaktadır. Polonya Hukuk Sisteminde hakim olarak atanabilmek için alt yaş sınır 29 iken, Yüksek Mahkemeye üye seçilebilmek için herhangi bir alt yaş sınırı bulunmamakla birlikte genellikle 40 yaşının altında kimse Yüksek Mahkeme üyesi olarak seçilmemektedir. Şu anda Yüksek Mahkemede 50 yaşın altında bir kaç kişi bulunmaktadır.

Yüksek Mahkeme Başkanı aynı zamanda Hakimler Kurulunun da (Ulusal Mahkeme Kurulu) doğal üyesidir. Yüksek Mahkeme üyeleri kendi aralarında da Hakimler Kuruluna (Ulusal Mahkeme Kuruluna) 2 üye daha seçmektedirler. 25 kişilik kurulda Yüksek Mahkemeden toplam 3 üye bulunmaktadır.

Yüksek Mahkemede 4 ayrı daire bulunmaktadır.

1- Medeni Dairesi

2- Ceza Dairesi

3- Sosyal Güvenlik ve Çalışma Dairesi

4- Askeri Daire

Yüksek Mahkemenin ana görevi Polonyadaki hukukun bütünlüğünü, birliğini sağlamaktır. Bu görevi de Umumi ve Askeri Mahkemeleri denetleyerek yerine getirmektedir.

Polonya yargısında en temel mahkemeler asliye mahkemeleridir. Asliye mahkemeleri tüm ülke çapında toplam 315 adettir. Bu mahkemelerde temel medeni ve ceza davalarına bakmaktadır.

Ayrıca 43 adet bölge mahkemeleri vardır. Bölge mahkemeleri asliye mahkemelerine göre daha ciddi davalarına bakmakta olup, ayrıca asliye mahkemelerinde verilen bazı kararları incelemektedirler. (Bizim sistemimizdeki ağır ceza mahkemelerine benzetilebilir.)

Polonyada 11 adet temyiz mahkemesi bulunmaktadır. (istinaf mahkemelerine benzemektedir.)

Polonyada 3 aşamalı (asliye - bölge - temyiz mahkemeleri) ve 2 dereceli bir mahkeme sistemi bulunmaktadır.

11 temyiz mahkemesi bulunuyor olması nedeniyle her mahkeme bünyesinden farklı kararlar çıkma tehlikesi bulunmaktadır. Zira, 11 temyiz mahkemesi bazı davalarda kesin kararlar vermektedir. Oysa aynı uyuşmazlığa aynı kural uygulanmalıdır. 11 adet temyiz mahkemesinin kararları Yüksek Mahkemeye gelmektedir.

Polonyada 6 adet askeri mahkeme ve 2 bölge askeri mahkemesi vardır.

Ayrıca 16 il idare mahkemesi vardır. Bu mahkemelerin Yüksek

Mahkeme ile ilgisi yoktur. Bu mahkeme kararlarına karşı Yüksek İdare Mahkemesine (Danıştay gibi) başvurulmaktadır.

İdare mahkemeleri ile umumi mahkemeler arasındaki görev uyuşmazlıklarında çözüm mekanizması için ayrıca bir Uyuşmazlık Mahkemesi gibi bir mahkeme bulunmamaktadır. İdare Mahkemesi bir davada kendini görevsiz görmesi halinde bu karar uyarınca artık umumi mahkeme (adli yargı yeri) o uyuşmazlığı çözecektir.

Yüksek Mahkeme önüne gelen 2 çeşit temyiz istemi bulunmaktadır. Bunlar, karar iptali ve temyizidir. Yüksek Mahkemenin ana görevi verilen kararların hukuka uygunluğunun denetimi ve hukuka uygun olmayan kararların anılan mahkemesine iadesidir. Bunun dışında, mahkemelerin hukuki değerlendirme olan standart dışı kararlar da vermesi gerekebilir. İlk derece mahkemenin önemli şüpheleri varsa o zaman Yüksek Mahkemeden hukuki soru sorabilir. Yüksek Mahkemeye yapılan bu soru cevabına ilişkin değerlendirme soru sorulan dava için bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Bazı davalarda ise değerlendirmeler bağlayıcı olmasa da Yüksek Mahkemenin otoritesi nazara alınarak uyuşmazlığa uygulanmaktadır.

Yüksek Mahkemede heyetler genellikle 3 kişiden oluşmaktadır. Bu heyetler hem iptal kararı vermekte hem de mahkemeden gelen sorulara cevaplar vermektedir. 3 kişilik heyetin davanın karışık olması ve karar verememesi durumunda, dava 7 kişilik heyete sunulabilir. 7 kişilik heyetin verdiği karara “ Hukuki Kural Statüsü” verilebilir. O zaman bu karar Yüksek Mahkemenin bütün heyetlerini bağlamaktadır. Eğer Yüksek Mahkeme böyle bir hukuki kuralı uygulamaktan vazgeçmek isterse bu görüşünü heyetin tamamına sunmak zorundadır.

Yüksek Mahkemenin bu görevler dışında başka görevleri de vardır. Bunlar;

- Parlamento ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin itirazları değerlendirmek
- Avrupa Parlamentosu seçimleriyle ilgili itirazları değerlendirmek
- Cumhurbaşkanlığı ve Parlamento seçimlerinin geçerliliğine karar vermek
- Referandumların geçerliliğine ve seçimlerine ilişki kararlar vermek

Yasa kurma konusunda da yetkileri vardır. Yasalar ve diğer tasarıların değerlendirme çalışmalarına katılır veya görüş bildirir. Buradaki görüşler bağlayıcı nitelikte olmayıp talep edilmesi halinde verilmektedir.

Yüksek Mahkeme siyasi irade olan hükümetten tamamen bağımsız ve ayrıdır. Diğer mahkemeler Adalet Bakanlığına tabi ve hükümete bağlı iken Yüksek Mahkemenin böyle bir bağılılığı bulunmamaktadır. Yüksek Mahkeme her yıl kendi bütçesini hazırlayıp Parlamento'ya sunar ve hükümet bunda herhangi bir değişiklik yapamaz, değiştiremez. Bütçenin ifasında da Yüksek Mahkeme tamamen bağımsızdır. Bütçenin ifasında Birinci Başkanın yetkileri Finans (Maliye) Bakanının yetkilerine eşittir. Yüksek Mahkemeyle siyasi iktidarın etkileşimi sadece bütçenin parlamentoda kabulü aşamasında olur. Bütçeye karışılmasa da parlamentonun onayı ile çıkmaktadır.

Yüksek Mahkeme üzerinde uygulayıcı güç olarak hükümetin etkisi olmamasına rağmen Cumhurbaşkanı'nın etkisi bulunmaktadır. Zira, Cumhurbaşkanı, gerek Yüksek Mahkeme üyelerini gerekse diğer tüm hakimlerin atamalarını yapmaktadır. Yüksek Mahkemenin birinci başkanı ve diğer başkanlar da Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir.

Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkeme kararını iptal ederse, Yüksek Mahkeme kararı geçerlidir, bağlayıcıdır. Yani bu karara karşı direnilemez. Karar iptali (bozma) çıktıktan sonra dosya (dava) aynı hakim veya heyet yerine başka bir hakim veya heyet tarafından görüşülür. Yüksek Mahkeme kararı sorgulanamaz. Aksi durum hakim için disiplin muhakemesinin başlangıç nedeni olabilir. Yüksek Mahkemece verilen kararının aynısının verilmesi gerekir.

Umumi mahkeme kararı için hakimlere Yüksek Mahkemece herhangi bir not düzenleme söz konusu değildir. Yüksek Mahkemenin herhangi bir not şeklinde düzenlemeye gitmesi de mahkemelerin bağımsızlığı açısından bir tehlike oluşturacaktır. Eğer çok ciddi bir ihlal varsa böyle bir müessese düşünülebilir. Ancak pratikte böyle bir uygulama bulunmamaktadır.

Yüksek Mahkemede, davaların ortalama karara bağlanma süreleri ceza dairelerinde 6 ay iken, medeni dairelerinde 10 ay kadardır. Ortalama olarak yılda 10000 dava görülmekte olup, bu davaların 6000 tanesi iptal davası iken, 2000 civarı medeni davalardan oluşmaktadır.

Ceza infazı askıya alınan kararlar ve idari / adli para cezası kararları için iptal istemiyle Yüksek Mahkemeye başvurulamaz. Beraat ya da mahkumiyet kararı verildiği takdirde iptal için başvuru yapılabilir.

Adalet Bakanlığı denetim yetkisi asliye mahkemeleri, bölge mahkemeleri ve temyiz mahkemelerini de kapsamaktadır. Denetimin kapsamı, organizasyon ve idari işlemlerle ilgilidir. Binalarla ilgili işlemlerle ilgilidir. Ama Adalet Bakanlığının mahkemelere karşı bir çok yetkisi de bulunmaktadır. Yargılama faaliyetlerinin yürütülmesi, adaletin uygulanmasıyla ilgili faaliyetleri denetleyebilir ama kesinlikle karar verilmesine ve ne tür karar verilmesi gerektiğine karışamaz. Mahkeme heyetinin karar verme denetimi Adalet Bakanlığının 100 kişilik hakim-müfettiş grubunca yapılmaktadır. Bu hakimler, Adalet Bakanlığı adına gezerek Mahkemeleri denetlemektedir. Polonyada dosya inceleme ve denetleme konusu güncel bir sorundur.

Adalet Bakanlığı çıkaracağı bir kararnameyle kendisine dosyaların gönderilmesini talep edebilir. Sorun şudur ki, yasal izin varsa bu şekilde dosya talep edilebilir. Bu durum nadiren görülmektedir. Adalet Bakanlığı umumi mahkeme hakimlerine karşı disiplinsizlik işlemi nedeniyle soruşturma açabiliyor. Disiplinsizlik nedeniyle soruşturma açabilmek için dava dosyasına bakılması gerekmektedir. AİHM bir şikayet yönlendirildiğinde, şikayet başvurusu olduğunda Adalet Bakanlığı ülke adına görüş bildirebilir. Bu durumda da Adalet Bakanlığının dosya talep etme hakkı bulunmaktadır. Adalet Bakanlığı kesinlikle muhakemeye müdahale edemez ve gönderilmesi uygun görülmeyen dava dosyasını talep edemez.

Hakim maaşlarının belirlenmesinde kat sayı uygulaması vardır. Kıdeme göre de bu maaş miktarı değişmektedir. Yüksek Yargı Başkanlarının ek ödemeleri ile Yüksek Mahkeme çalışanlarına %15 civarında ek ödeme yapılmaktadır. Ortalama maaş miktarları 1600 ile 4700 Euro arasında değişmektedir.

Yüksek Mahkeme, asliye mahkemeleri ve bölge mahkemeleri hakimlerinin görevleriyle ilgili işledikleri suçlarda ilk derece mahkemesi sıfatına haiz değildir. Bu mahkeme hakimlerinin suçlarında ilk derece mahkemesi temyiz mahkemeleridir. Temyiz mahkemelerinde görev yapan hakimlerin görevleriyle ilgili işledikleri suçlarda ise, ilk derece mahkemesi Yüksek Mahkemedir. Bir başka ifadeyle, asliye heyetinde-

ki bir hakim göreviyle ilgili bir suç işlerse bunu çalıştığı yerdeki mahkeme yerine uygun olan temyiz mahkemesi görecektir. Eğer, bölge mahkemesi hakimi suç işlerse o takdirde, yine temyiz mahkemesi bu davada ilk derece mahkemesi sıfatıyla yargılamayı yapacaktır. Eğer temyiz mahkemesi üyesi suç işlerse bu takdirde Yüksek Mahkeme tarafından ya da Yüksek Mahkemenin görevlendireceği bir başka temyiz mahkemesi tarafından yargılama yapılabilir. Yüksek Mahkemenin bu suçlarla ilgili uyuşmazlıklara bakacak heyeti kura sonucu oluşturulur. Bu durumu Yüksek Mahkeme Başkanı organize eder. Çekilişle belirlenen heyetlere mahkeme başkanları katılmazlar. Yüksek Mahkeme üyelerinin disiplinsizlikle ilgili suçlarında yine ilk derece de ikinci derecede yargılama Yüksek Mahkemede yapılmaktadır. Bunlara 7 kişilik heyet bakmaktadır. 1990 yılından beri bu sistem bulunmakla birlikte herhangi bir Yüksek Mahkeme hakimi için böyle bir işleyiş ve suç isnadı ile karşılaşılmamıştır.

V. Bölge Mahkemeleri

Polonya yargı sisteminde adli yargı yerleri; asliye mahkemeleri, bölge mahkemeleri, temyiz mahkemeleri ve Yüksek Mahkemeden oluşmaktadır. Öğrenim amacıyla gelen öğrenciler dahil nüfusu yaklaşık 1 milyonu bulan Polonya'nın eski başkenti olan Wroslow'daki bölge mahkemesi bünyesinde 10 asliye mahkemesi vardır ve bağlı olduğu yer Wroslow Temyiz Mahkemesidir. Wroslow Temyiz Mahkemesi bünyesinde ise 5 adet bölge mahkemesi bulunmaktadır. Bu bölge mahkemelerinin en büyüğü Wroslow Bölge Mahkemesidir. Wroslow'da 3 asliye mahkemesi ve etrafında 7 tane ufak asliye mahkemesi vardır. Wroslow Bölge Mahkemesi bünyesinde 10 Asliye Mahkemesinde 400 hakim bulunmakta tüm çalışanların sayısı ise, 2000'e yakındır. 1997 yılında sel felaketinde bütün arşivleri su başmış ve 140.000 tapu su altında kalmıştır. Bu olay elektronik sisteme geçişi hızlandırmıştır. Hemen hemen tapuların tamamı elektronik sisteme taşınmıştır.

Bölge savcısı tarafından verilen bilgilere göre, Polonyadaki savcılık yapısında son 20 yıldır reform içindedir. İlk değişiklik 1989 yılında oldu. Bu değişikliğin nedeni ise, siyasi sistemin değişmesiydi. O zaman başsavcılık görevi kaldırıldı. Genel Savcılık görevi Adalet Bakanı tarafından yürütülüyordu ve 20 yıl bu sistem uygulandı. Ada-

let Bakanının Genel Savcı olması nedeniyle siyasetten etkilendiğinden bahisle şikayetler çoğalmaya başlamıştı. Bunun sonunda 31 Mart 2010 tarihinde bu iki fonksiyon birbirinden ayrıldı. Bir başka deyişle, Adalet Bakanlığı görevi ile Genel Savcılık görevleri ayrıldı. O zamandan beri Polonya Cumhurbaşkanı tarafından tayin edilen Genel Savcı, savcılığın başında durmaktadır. Genel Savcı için adaylar Cumhurbaşkanlığına Ulusal Mahkeme Kurulunca öneriliyor. Ayrıca Ulusal Savcılar Kurulunca da öneriliyor. Bu iki organ işbirliği için aday belirlemesi yapıyor. Genel Savcı 1 kereliğine 6 yıllığına Cumhurbaşkanı tarafından seçiliyor. Genel Savcı bünyesinde umumi savcılar, askeri savcılar ve Milli Hatıra Enstitüsü savcıları bulunmaktadır.

Savcılık sistemi kuralları 1985 tarihli bir Yasada belirlenmiş ve zaman zaman bu yasada değişikliklere gidilmiştir. Bu Yasa halen yürürlüktedir. Polonyadaki savcılık bir Anayasal organ değildir. Savcılıkla ilgili bütün kurallar yasada ve kararnamelerde belirtilmiştir.

Savcılığın genel sistemdeki yeri hukuka uygunluğun korunması ve işlenen suçların soruşturulmasıdır.

Organizasyon şemasında en altta asliye savcılıkları vardır. Bunlar 357 tanedir. Bölge savcılıkları 45 tanedir. Temyiz savcılığı ise 11 adettir. Savcılığa gelen davaların %95'i asliye savcılığında görülmektedir. Bu davaların sayısı ise yılda 1.1-1.2 milyon arasındadır. Bu davalardan 400 bini mahkemelere iddianame olarak sunulmaktadır. Bu davalardan sadece %2'sinde beraat kararı çıkmaktadır. Ülke genelinde yaklaşık 6000 savcı ile 7000 yedek savcı bulunmaktadır. Krokowdaki Ulusal Mahkeme ve Savcılık Eğitimi Okulunda savcılık ve savcı yedekliği eğitimi alınmaktadır.

Yasaya göre temyiz savcılığı bünyesinde en az 2 tane bölge savcılığı bulunması gereklidir. Buradaki temyiz savcılığı bünyesine ise 5 bölge savcılığı vardır. Wroskow bölgesi toplam 60.000 dava ile uğraşmaktadır. Temyize gelen dava sayısı ise 15.000 civarındadır.

Milli Hatıra Enstitüsü ayrı bir kuruluştur. Çok özel davalarla uğraşmaktadır. Geçmişte Polonya Milleti aleyhine işlenen suçlarla ilgili davalarla ilgilenir. O zamanki Devlet organlarınca işlenen suçlar dahil olmak üzere savaş suçları da vardır. Kominist sistemde işlenen suçlar da burada araştırılıyor.

Polonyada savcılar zorunluluk olmamasına rağmen bütün duruşmalara katılıyor. Ancak özellikle ceza davalarında hazır bulunmak zorundadırlar.

Yedek savcılar, savcı yetkisine sahip ama tam olarak bağımsız değildirler. İş yapabilmeleri için savcıların kabulü gerekmektedir. Mahkemelerde yedek hakim olamaz. Ama savcılıkta önce yedek savcı sonra savcı olunuyor. Bunlar stajyerlerden farklı olarak bir karar verebiliyorlar. Hukuk fakültesi mezunudurlar. Daha önceleri hakim yardımcılığı görevi de vardı. Bunları bakan seçiyordu. Şuanda o da yoktur. Eğer Yüksek Mahkemede görülen bir ceza davası varsa o zaman duruşmaya bir savcı katılıyor ama o mahkeme bünyesinde bir savcı değildir.

Savcı ceza soruşturmasına yürüten organdır. Ama sadece mahkeme öncesi safhada yetkilidir. Davalı mahkemeye girdiğinde savcıda mahkemeye taraf oluyor. Karar verme yetkisi yok. (Mahkemeleri ve duruşma salonlarını gezerken dışarıda bekleyen cübbeli beyefendinin kim olduğunu sorduğumuzda kendisinin görülecek olan davada savcı olduğunu öğrendik. Savcılar da davalılar gibi duruşması sırasının gelmesini bekliyor ve ülkemizin aksine hakim yanında kürsüde oturma yerine sanığın karşısında oturuyorlar.) Bölge Mahkemeleri daha ciddi davaların görüldüğü mahkemelerdir. Mesela adam öldürme, gasp, iktisadi dolandırıcılık, ticari davalar vs.

Muhakemelerin Elektronik Sisteme dönüştürülme çabaları Polonyada vardır. 1997 yılında bölge bünyesinde 11 toplamda ise 25 PC var iken ve daktilolarla çalışılmakta iken 2012 yılında Bölge bünyesinde 696 PC ve 19 server toplamda ise 2543 PC, 83 server vardır. Şuanda cihaz ve ekipman sorunu yoktur. İç belge dolaşımı bunlarla olmaktadır. İnternet sayfaları örnek alınarak iş ağı oluşturulmaktadır. Mahkemelerin yapısıyla ilgili temel bilgiler internet sayfasında vardır. İletişim bilgileri vardır. Elektronik posta adresleri vs var ve kullanılıyor. Dışarıdan mahkemenin iç ağına erişim yoktur.

Bilirkişiler uzman olduğundan ve çok nadir bulunduğundan dosyayı bilirkişiye gönderen mahkemenin bilirkişi görüşü için çok beklemesi gerekebilir. Mahkeme bilirkişi arası iletişim de PC aracılığıyla oluyor. Bilirkişinin raporunu hazırlayıcı tarihleri belirliyor. Bilirkişi mazeretleri (hasta, tatilde vs) bildiriyor.

Mahkeme başkanının görevi mahkemeyi yönetmektir. Mahkeme ile ilgili iş bölümüyle ilgili yeni bir karar alındığında bu internet sayfasında görülüyor ve kullanıcıya yeni karar uyarısı veriliyor. Mahkeme kararları da PC'ye atılabiliyor. Ayrıca yeni bir sisteme geçiliyor. Bütün mahkemelerde verilen kararlar burada yayımlanarak sadece muhakemenin tarafları için özel bilgileri içeren kararlar dışında tüm kararların yayımlanması düşünülüyor. Gizli olanlar ve hakim tarafından yayınlanmaması gerektiği düşünülen kararlarda yayınlanmayacak. Örneğin: Boşanma davaları yayınlanmayacak, küçüklerle ilgili davalar mağdur kişiyle ilgili hakim kararı olanlar yayınlanmayacaktır. Burada kişisel bilgilerin ifşa tehlikesi bulunmamaktadır. Kararlardan da kişisel bilgiler çıkartılacak taraflarda bu kararlara ulaşabilecektir. Polonyadaki mahkemelerin internet sayfaları içinde Wroslow birincilik ödülü aldı.

Polonyadaki müfettişler açıkta alkol alamaz. Devlet organlarında ayrıcalık isteyemez. Finans açısından borçları çok olmamalıdır. İş dışında başka faaliyette bulunamaz. Her yıl malvarlığı beyanı vermelidir.

Disiplin mahkemeleri, hakimlere ceza vermektedir. 1. derecede bu yer temyiz mahkemesidir. Ceza Muhakemeleri Kanununa göre davranılmaktadır. Mahkeme heyetinde mahkeme başkanınca seçilen 3 hakim bulunmaktadır. Disiplin suçu nedeniyle yargılanan hakim ceza muhakemesinde tanınan bütün haklara sahiptir. Müdafî tayin edilebilir. Başka bir hakimde o hakime müdafî olabilir. 1 derece mahkeme kararına itiraz Yüksek Mahkemeye yapılır. Sadece yargılanan hakim değil ayrıca disiplin sözcüsü Ulusal Mahkeme Kurulu ve Adalet Bakanı da bu itiraz yoluna başvurabilir. Hakimlerin hayat alanında ayrıcalığı ve önceliği yoktur. Extra bir indirim de olamaz.

Hakimlerin bir takım korunma ve dokunulmazlıkları vardır. Resmi ve maddi dokunulmazlıkları vardır. Resmi dokunulmazlık, eğer disiplin mahkemesi izin vermezse hakimin cezai sorumluluğu yoktur. Eğer bu dokunulmazlık kaldırılmazsa hakim hakkında savcı soruşturma yapmaz. Maddi dokunulmazlık ise, sadece kabahatler ile ilgilidir. Trafik suçu bir kabahat olabilir ve bu dokunulmazlık esas böyle hafif suçlarla ilgili maddi sorumluluk olmamasıdır. Ancak bu suçun işlenmesi hakimliğe uygun düşmeyeceğinden ayrıca disiplin sorumluluğu gündeme gelebilir ve bu hakim olan kişi için bu daha ağır neticeler doğuran bir cezadır.

VI. Yüksek İdare Mahkemesi

Polonya Yüksek İdare Mahkemesi bizim sistemimizdeki Danıştay'a eşdeğer bir kurumdur. Polonya idari yargılamasında 16 il idare mahkemesi ve bunların üzerinde Yüksek İdare Mahkemesi bulunmaktadır.

Polonya Adalet Sistemi Anayasada düzenlenmiştir. Anayasaya göre, İdare Mahkemeleri idarelerin faaliyetlerini denetlemektedir. Avrupada Avusturya, Almanya eyaletlerinde bu sistem vardır. Bu durum Polonya 1918'de özgür kaldığında Alman Hukuk düşüncesinin etkisi altında kalmasından kaynaklanmaktadır. Türkiyede ise yapılan Fransız sistemine göredir.

Sistemde İdare Mahkemesi devreye ne zaman girmektedir? Polonyada Genel İdari Usul Yasası bulunmaktadır. Örneğin, bir ev yapılmak isteniyor. Bunun için devletin ilgili birimine başvuru gerekiyor. İzin için gereken şartları taşıması gerekiyor. Başvurulan organ inşaat izni vermeyi reddederse bunu başvuran kabul etmezse bir üst derece organa şikayetle birlikte bir başvuru (zorunlu idari başvuru) yapılır. Bu aşamada ülkenin idare organları karşısında idari işlem süreci bitiyor. 2 dereceli mahkeme yolu açılıyor. O zaman ilk derece mahkemesi olan idare mahkemesine şikayet başvurusuna gidiliyor. (Burada ilgili işlem dosyasıyla birlikte İdare Mahkemesine başvuruyu idare yapıyor) İl İdare Mahkemesinin uyuşmazlık hakkında verdiği karardan memnun kalınmadığı takdirde bu karara karşı da Yüksek İdare Mahkemesine başvuru yapılıyor. Şunu da belirtiyim ki, Polonyada idari davaların çoğu mahkeme öncesi aşamalarda bitmektedir. Sadece çok karmaşık olan davalar en zor olanları mahkeme önüne gelmektedir.

Polonyada 1 yıl içinde yaklaşık olarak ilk derece organlarda 18 milyon civarında karar verilmektedir. (Bu sayı ile kastedilen idarelerce tesis edilen tüm işlemlerdir.) Bu 18 milyon başvuru ve / veya kararın 600-800 bin civarındaki ise üst idari makama zorunlu idari başvuru yoluyla gitmektedir. Bu sayının ise İdare Mahkemesi önüne gelen dava sayısı 80.000 civarındadır. Bu davalardan Yüksek İdare Mahkemesi önüne gelen iş sayısı ise 30000 civarındadır, Yüksek İdare Mahkemesi önüne gelmeden önce gerek idari organ aşamasında gerekse idare mahkemesi aşamasında uyuşmazlıkların büyük bölümü çözümlenmektedir.

Polonya idari yargı sisteminde ilk derece mahkemesi il idare mahkemesidir. 16 tane il idare mahkemesi vardır. Bunlarda karar veren 600 il idare mahkemesi hakimi bulunmaktadır. Bu hakimlerin statüsü ise umumi mahkeme sisteminde temyiz mahkemesi hakimlerine denktirler. İl idare mahkemesi hakimlerinin maaşları da temyiz mahkemesi hakimlerinin maaşlarıyla aynıdır.

İl idare mahkemesi hakimi olabilmek için;

- 35 yaşından büyük,
- Hukuk fakültesi mezunu,
- İdare mahkemesi dışında başka bir hukuki meslekte (hukuk müşavirliği, savcılık, asliye veya bölge hakimliği, avukatlık vs) en az 8 sene çalışmış olmak gerekmektedir.

İl idare mahkemeleri hakimlerinin mesleki tecrübeleri farklıdır. Süreleri ve öz geçmişleri de farklıdır. İl idare mahkemeleri hakimleri, avukatlar, hukuk müşavirleri, noterler, savcılar, devlet idaresindeki yüksek düzeyde çalışanlar Polonyadaki hukuk fakültesi profesörleri arasından seçilmektedir. İdare Mahkemesi atamalarında da, seçilmelerinde de adli yargı sistemine benzer bir sistem vardır. Boş olan yerler Resmi Gazetede ilan edildikten sonra başvurular alınır. Adaylar incelendikten sonra Ulusal Mahkeme Kuruluna sunulur. Ulusal Mahkeme Kurulu da uygun göreceği aday/adayları Cumhurbaşkanına önerir ve Cumhurbaşkanınca ataması yapılır. Polonyada bütün hakimlerin atanma usulleri aynıdır.

Yüksek Mahkemede üye kadrosu 105'tir ve 105 üyenin görev yapması gerekir. Ancak bu rakam hiç bir zaman tam 105 olamaz. Sürekli olarak hakimlerden emekli olanlar vs nedenlerle devamlı bir eksilme ve devamlı bir tamamlama vardır.

Yüksek İdare Mahkemesi hakimi ile Yüksek Mahkeme hakimi pozisyonları ve maaşları eşittir. Yüksek İdare Mahkemesi hakimi olabilmek için; en az 40 yaşında olmalıdır.

Avrupa idari yargılama sisteminin en önemli hastalıklarından biri yargılama süresinin uzun olmasıdır. Bu ana hastalık nedeniyle Fransada ortalama yargılama süresi 5-7 yıl arasında değişebilmektedir. Avusturya ve Almanyada da benzer şekildedir. Polonya da iki

dereceli idari yargı sistemiyle ve 1997 tarihli Anayasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte davaların karar verme süresinde neredeyse ideal duruma gelmeyi başarmıştır. İl idare mahkemelerinde ortalama yargılama süreleri 3 veya 4 aydır. Aslında bu sürenin daha da kısalmasına imkan bulunmamaktadır. Zira taraflara duruşma günü vermek ve duruşmaya hazırlık için belirli bir süre geçmesi lazımdır. Yüksek İdare Mahkemesinde ise bu süre 13-15 ay arasında değişmektedir. Bu da Polonya Yüksek İdare Mahkemesini bu konularda üst sıralarda tutan bir zaman süresidir. Ama yine de Yüksek İdare Mahkemesinin yargılama süresinin kısaltılması için çalışmalara devam edilmektedir. Yakın bir zamanda da Cumhurbaşkanlığı tarafından İdare Muhakemeleri Yasasında değişiklik için başvuru düşünülmektedir. Bu değişikliğin amacı ise Yüksek İdare Mahkemesine gelen dava sayısının azaltılmasıdır.

Yüksek İdare Mahkemesinde 3 daire vardır.

1- Finans Dairesi: Vergilerle ilgili özellikle kurumlar vergisi, gelir vergisi gibi dolaysız vergilerle davalar bakan daire

2- İktisat Dairesi: Bandrol vergisi ile ilgili davalar, sinai hakları koruma, ticari faaliyette bulunma için ruhsat ve izin konularına ilişkin davalara bakan daire

3- Genel İdare Dairesi: İdare mahkemelerinden gelen tüm işlere ilişkin davalara bakan daire.

İl İdare Mahkemeleri Hakimleri ortalama olarak 1 ay içinde duruşmada 16 davada karar veriyorlar ve bunun dışında da duruşmasız olarak değişik sayılarda karar verilmektedir. Harcın ödenmemesi halinde veya adli yardım taleplerine ilişkin konularda verilen kararlar gibi.

Yüksek İdare Mahkemesinin finans dairesinde 33, iktisat dairesinde 28, genel idare dairesinde 37 üye mevcuttur. Yüksek İdare Mahkemesi hakimleri ise 1 ayda 9 karar veriyor ve duruşma yapılmadan verilen kararların sayısı ise belirsizdir. Polonyada ayrıca raportör hakim (tetkik hakim) kadrosu bulunmamaktadır. Geçen sene 78000 karar verilmiştir.

Her mahkeme kararında gerekçe vardır. Ortalama 12-15 sayfayı bulabilmektedir. İlk derece mahkemelerinde daha uzun gerekçeler

olabilmekte ve kararlar 250 sayfayı bulabilmektedir. Her ay hakimler broşür hazırlarlar ve bildiğimiz üzere mahkeme başkanları hala hakimlerin daha fazla çalışacağına inanmaktadır ama hakimler neredeyse iş yoğunluğundan ölecekler.

Polonya hukuk sisteminde hem idari organlardaki karar aşamasında hem de idare mahkemesinde yürütülen muhakemelerde savcı bu süreçlere iştirak edebilir ancak, bu mecburi değildir. Yüksek İdare Mahkemesi daha geniş heyet olarak hukuki hükümleri açıklama getiren kararlar alıyorsa (7 kişi) 1 daire olarak ve bütün dairelerde olan bu duruma savcının katılması zorunludur. Ancak Danıştay savcılığına benzer bir müessese Polonya idari yargısında bulunmamaktadır.

Polonyada UYAP benzeri bir sistemin bulunup bulunmadığı konusunda sorulan bir soruya, "Türkiye elektronik ortamda yargılama faaliyetiyle ilgili mükemmel dereceye ulaşmıştır. Gerçekten bunun için sizi tebrik etmek istiyorum. Çok büyük bir olay gerçekleştirmişsiniz. Bu çok yönlü sorunun değişik etaplarından. Polonyada ilk olarak ücretsiz olarak internet sayfasında bütün kararlara ulaşımı sağladık. Bu sisteme her yıl yaklaşık 110.000 karar giriliyor. Bu kararların elektronik sisteme girebilmesi içinde kişisel bilgilerden de temizlenmesi gerekiyor. Bu da ekstra zaman ve emek çaba gerektirir. Bu iş içinde övünüyoruz. Çünkü Polonyada Yüksek İdare Mahkemesi dışında sadece Anayasa Mahkemesi bütün kararlarına internetten ulaşıyor. Ama örneğin Yüksek Mahkeme kararlarının yılda %4'ünü yayımlayabilmektedir. Bunun iyi tarafı burada vatandaş için çalıştığımız için vatandaş da bizim çalışmamızın sonucunu görüyor. Aynı zaman zayıf yönlerini de göstermiş oluyoruz. Verilen kararların birbirine uygun olmamasıyla ilgili zayıf noktamızı göstermiş oluyoruz. İkinci olarak İdare Mahkemeleri iç elektronik sistemiyle mahkeme dosyasına ulaşımını hallettik. 3 ve en zor etapta ise mahkeme ile muhakemenin tarafları arası irtibatta problem var. Hakimler için e-imza sorun değildir. Ancak, bizim korktuğumuz husus e-imzaya vatandaş nasıl zorlayabiliriz. Sorun buradadır. Geçiş mekanizması nasıl kurulacaktır. Çünkü yasalara göre kimse vatandaşları e-imza kullanmaya zorlayamaz. Biz bir sonraki etapta şunu düşünüyoruz. Bu mahkeme ile vatandaş irtibatı elektronik hale dönüştürme çabası içindeyiz uzunca bir geçiş dönemi olacaktır." şeklinde yanıt verilmiştir.

Yüksek İdare Mahkemesinde ilk derece olarak bakılan dava türü yoktur. Ancak bazı kararlar da sadece Yüksek İdare Mahkemesi tarafından verilebilmektedir. Mesela, hükümet organları ile yerel yönetim organları arasındaki yetki uyumsuzluklarında hukuki çelişkileri çözmeye için verilen kararlar sadece Yüksek İdare Mahkemesince verilmektedir. Diğer bütün davalar ilk derece mahkemesinde görülmektedir. Öte yandan, Varşova İdare Mahkemesi özel bir mahkemedir. Bakanlıklar ve diğer devletin merkezi ana organları Varşovada olduğundan bu yerlerin kararlarıyla ilgili Varşova İdare Mahkemesinde ilk derece davalar görülmektedir. İl idare mahkemeleri bütün idari davalara bakmaktadır. Bir iş sözleşmesi akdedilmesinden kaynaklanan veya işveren işçi arasındaki uyumsuzlukla ilgili ihtilaflar umumi mahkemeye gitmekte iken tayinlerle ilgili davalar idare mahkemesi görevindedir. Davaların büyük çoğunluğu memur ve atama işleriyle ilgilidir.

Temyiz incelemesi sonrası verilen kararlar kesindir. Kararlarda yol gösterme yapılmaktadır. Mahkeme kararını yüksek idare mahkemesi bozarsa karar yerinde olmadığından il idare mahkemesi yeni kararında yüksek idare mahkemesi kararını verecektir. Şikayet yerinde değilse mahkeme kararı onanır ve karar aynen kalır.

Dava dosyası gerek Yüksek İdare Mahkemesine gerekse il idare mahkemesine geldiğinde bir deftere kaydedilir ve sonra mahkeme dairesindeki alfabetik listeye göre dosya dağılımı yazılır. Kendisine dosya verilen hakim veya Yüksek İdare Mahkemesi üyesi dosyada raporör hakim olmaktadır. Bu davayı duruşma ve/veya oturuma hazırlamak için gerekli işlemleri dosya kendisine sunulan hakim tarafından yapılmaktadır.

Polonyada idari yargı sisteminde tek hakimle karar verilememektedir. İl idare mahkemesinde kararlar 3 kişilik heyet tarafından verilmektedir. İl idare mahkemesi içinde alt bölümler vardır. Her dairede iki bölüm vardır. Bir bölüm başkanı vardır. Orayı yöneten başkan vardır. Bu başkan bu bölümdeki çalışma organizasyonunu sağlamaktadır. Hakimleri, iş cetvellerini, iş bölümlerini, ayarlamakta ve karar verme esnasında karşılaşılan sorunlarla ilgili toplantıları organize etmektedir.

En önemli mahkemeler olan Yüksek İdare Mahkemesi, Yüksek Mahkeme, Anayasa Mahkemesi bütçeleri bağımsızdır. Bütün idare mahkemelerinin bütçesini Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı hazırlamaktadır. Bu bütçe hiç değişiklik yapılmadan devletin bütçesine girerek yürürlüğe girmektedir. Ne hükümet ne de bakan bunda değişiklik yapamamaktadır. Bütçe hakkında görüşmeler devam ettiği zaman değişiklik için milletvekillerini başkan ikna etmelidir. Tasarı iyi olduğunda milletvekilleri de ikna olmaktadır.

VII. İl İdare Mahkemesi (Wroslow)

Wroslow İdare Mahkemesi, Polonyada bulunan 16 İl idare mahkemesinden biridir. Türkiyeden farklı olarak Polonyada sadece idare mahkemesi varken, Türkiye’de ayrıca vergi mahkemesi de vardır. En büyük il idare mahkemelerinden biri olan Wroslow İdare Mahkemesinde 42 hakim ve 93 personel bulunmaktadır. Mahkemenin 5 dairesi vardır.

1- Vergi Dairesi: Mahkemenin en büyük dairesidir. Çok sayıda konu gelmektedir. Vergi organlarının kararlarıyla ilgili davalar bu dairede görülür.

2- İnşaat – İmar – Çevre koruma işleriyle ilgili daire

3- Ticari Davalar ve Yerel Yönetimlerle ilgili daire

4- Sosyal Davalar Dairesi; Sosyal Yardımlaşma, işsizlik, meslek hastalıkları gibi işlere bakar.

5-Mahkeme Bilgilendirme Dairesi; Bu dairede dava görülüyor. Bu daireden muhakemeye ilgili gerekli bilgilendirmeler yapılıyor. Bu sayede kişilerin bütün binayı gezmesine gerek kalmıyor.

İl idare mahkemesine yılda 4000 civarı dava gelmektedir. Çoğu vergi davasıdır. İdare Mahkemelerinin çalışmalarıyla ilgili gurur duyulan husus yargılama süresinin kısa olması ve kusursuz işlemesidir. Karar verme süresi 3-4 aydır. Yargılamada dolaysızlık kuralı uygulanıyor, tanık dinlenmiyor, dosyadaki yazılı belgelere göre karar verili-

yor. Yüksek İdare Mahkemesinde davaların görüm ve çözüm süresi ise daha uzundur. Yüksek İdare Mahkemesi ikinci derece mahkeme olduğu ve gelen dava sayısı fazla olduğundan bu şekilde süreç uzamaktadır.

Polonyadaki mahkemelerde açık oturumlu duruşmalar yapılmaktadır. Ancak tanık dinlenmemektedir. Taraflar duruşmada kendi görüşlerini sunmaktadır. Duruşma zorunludur. Ancak dava açma süresi kaçırılmışsa ya da görevli yargı yerinde dava açılmamışsa, gerekli dava harçları ödenmemişse duruşma yapılmaksızın da karar verilebilir ve şikayet (dava) reddedilebilir. Bunun dışında duruşma yapılmadan karar verilebilen son hal ise, eğer taraflardan birisi duruşma yapılmaması yönünde bir dilekçe verir ve karşı tarafta bunu kabul ederse o takdirde duruşma yapmadan karar verilebilir. Kararlar duruşmada 3 hakimden oluşan heyetçe karar verilmektedir.

3.Daire konuları olan, Avrupa Birliği fonlarından gelen paranın dağıtımını ile ilgili konular, ise muhakeme denetimi, oyun cihazları ile ilgili ruhsat işleri, kumar, gümrük oranları davaları azaldı.

İdari para cezalarında direk mahkemeye gidilmiyor. Bu cezalara karşı şikayet yoluyla idareye başvuruluyor. İdarece bu ceza yerinde görüldüğü takdirde 30 gün içinde belgeleriyle birlikte il idare mahkemesine sunmak zorundadır. Yoksa idari para cezası ile karşı karşıya kalabilir.

Eskiden replik ve düplik aşamaları vardı, şu anda böyle bir uygulama yoktur. Yargı kararı gereğini yerine getirmeyenlere karşı idari para cezası verilmesi yolu vardır. Mahkemeye gelen tüm belgeler idareden toplanmış olarak geliyor. Hakim bu belgeleri inceliyor. Eğer karar verme için lazım olan bilgi ve belge varsa bunları topluyor yoksa duruşma günü veriyor. Duruşmadan sonrada karar veriliyor. Tazminat davaları da görülen dava türleri içerisinde yer alıyor.

Cumhurbaşkanınca alınan kararlara karşı yargı yolu kapalıdır. Geçmişte 8 kere Ulusal Mahkeme Kurulunca sunulan isimleri Cumhurbaşkanı kabul etmedi. Bu kişiler Varşova İdare Mahkemesinde dava açtılar; Ancak, Varşova İdare Mahkemesi bu davaları kabul etmedi. Gerekeç olarak, idare mahkemesinin görüşeceği konu olmadığı ifade edildi. Konu Anayasa Mahkemesinin önüne de taşındı. Temmuz

ayında Anayasa Mahkemesi bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığını karar verdi. Cumhurbaşkanı, verdiği kararlarla ilgili olarak herhangi bir gerekçe sunmuyor ve açıklama getirmiyor. Anayasa Mahkemesi bu kararlar da gerekçeli olmak zorunda dedi. Yeni Anayasa hükmüne göre Cumhurbaşkanı Ulusal Mahkeme Kurulunca kendisine gönderilen ismin bir kez daha görüşülmesi için Ulusal Mahkeme Kuruluna iade edebiliyor.

İdarelerin avukat bulundurma zorunluluğu yoktur. İdarelerin böyle organların kendi avukatları var ama başka avukatlara da işlerini yaptırabiliyorlar. Dışarıdan da yardım alabiliyorlar. Birinci derece mahkemeler karşısında tarafların avukatları olmak zorunda değildir. Ancak ikinci derecede Yüksek İdare Mahkemesinde avukat bulundurmak zorunludur. Birinci derecede eğer organ kaybetti ise o zaman yargılama giderleri kendi üzerinde organın üzerinde bırakılır. Organ (idare) kazansa o zaman kaybeden taraftan herhangi bir para alınmıyor.

Polonyada İdare Mahkemelerine gelen davalar infaza konu olan kararlarla ilgili şikayetlerdir. Mahkeme bu infazı durdurabilir. Ancak, bir tarafın bu konuda başvuru yapması ve buna ilişkin gerekçesini ortaya koyması gerekir. Yargı kararını uygulamayan organa karşı adli para cezası uygulanabilir. Kararın uygulanmaması gibi bir sorun bulunmamaktadır.

İdare mahkemelerindeki her dairenin ayrı ayrı başkanları vardır. Bu daireler tamamen bağımsızdır. Finansal güvencesi vardır. Kendi bütçeleri vardır. Finansal bağımsızlık, bütçesi idare mahkemesince hazırlanıyor, Finans Bakanına gönderiyor. Ne hükümet ne de bakan bu bütçede herhangi bir değişiklik yapamıyor. Ancak parlamento da değişiklik olabiliyor. Ayrıca Adalet Bakanlığı ilgili herhangi bir ilişkisi yoktur.

Esas olarak hakimler her konuda uzmanlaşmıştır. Zira daha küçük il idare mahkemelerinde 2 daire olanlar da vardır. Bunlar vergi dairesi ve diğer idari dava daireleridir. Mümkün olduğunca hakimleri farklı dairelere atamamaya çalışılıyor. İdare mahkemesi hakimi en üst uzmandır. En üst bilirkişidir. Ancak gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırabilir. Özel organlara ya da devlet organlarına bilirkişi incelemesi yapılabilir.

Polonya hukuk sisteminde Genel İdari Usul Yasası bulunmaktadır. Bu Yasa uyarınca idari işlemlerde zorunlu idari başvuru yolu öngörülmüştür. Hakkında bir idari işlem tesis edilen kişi bu işleme karşı önce üst makama (idareyi tesis eden makamın üstüne) başvuru yapar. Başvuru üzerine idarece bu itiraz/şikayet uygun görülmezse gerekli bilgi ve belgeler tamamlanarak dosya ilgili idare mahkemesine karar verilmesi için gönderiliyor. Mahkemece aleyhine işlem tesis edilen kişiye yargılama harçlarını ödemesi için yazı yazılıyor. Bu yazı üzerine ilgili kişinin harçları yatırması üzerine, dava görülmeye başlanıyor. Dava dosyasında herhangi bir eksiklik varsa hakim tarafından bu eksiklikler gideriliyor. Daha sonra aleyhine işlem tesis olunan taraf yerine davalı idarece mahkemeye başvuru olmaktadır. Açılan davaların %70'e yakını idareler lehine sonuçlanmaktadır.

VIII- Polonya Adalet Bakanlığı

Polonya adalet sistemi umumi mahkemeler vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Ayrıca idari ve askeri mahkemelerde vardır.

Adli yargıda 2 dereceli sistem vardır. Ancak bazı davalarda Yüksek Mahkemeye gidilmektedir. En altta asliye mahkemeleri, daha üstte bölge mahkemeleri vardır. Bu mahkemeler hem 1. dereceli hemde 2. dereceli olarak davalara bakarlar. Temyiz mahkemesi (11 Adet) vardır. Bu mahkemeler bölge mahkemelerince verilen kararlarla ilgili istinaf mahkemesidir. En üstte ise Yüksek Mahkemesi vardır.

Avrupada kişi başına düşen hakim sayısının en fazla olduğu ülke Polonya'dır. 10.000 den fazla hakim vardır. Yılda 13 milyon dava görülmektedir.

Asliye mahkemeleri bünyesinde aile, medeni, çalışma, sigorta, iktisat, sicil, şirketler, tapu işlemleri, ceza işlerine ilişkin daireler vardır. Ayrıca idare mahkemeleri de bulunmaktadır. Ceza davalarında en çok işlenen suçlar, mal ve mülke karşı işlenen suçlardır. Trafik kazalarıyla ilgili suçlar da bulunmaktadır. Polonyada alışveriş merkezlerinde vs. XR cihazı yoktur. Bunun nedeni olarak ise terörle ilgili suçlar çok görülmemektedir.

Polonya'da belirli bir mahkemeye özgü bir teftiş sistemi yoktur. İdari denetimi, Adalet Bakanlığı yapmaktadır. Hukuki denetimi ise Adalet Bakanlığı yapmamakta, temyiz merkezi yapmaktadır. Teftiş teşkilatında, Adalet Bakanlığı bünyesinde delege edilen hakimler bulunmaktadır. Bu hakimler ilgili birimlerde çalışmaktadır. Kararların infazı ve şartlı tahliye konularına bakmakta görevli hakimler bulunmaktadır. Son değişikliklerle birlikte Adalet Bakanlığı değişik mahkemelerin başkanların denetim görevini denetlemektedir. Mahkeme başkanına yapılan denetim 2. dereceli denetimdir. Buradaki denetim bir idari denetimdir. Mahkemenin işleyişi ve dosyaların gidişiyle, mahkemelerin bütçesiyle ilgilidir. Adalet Bakanlığının denetimi biraz daha derine giriyor çünkü Adalet Bakanlığı mahkeme sisteminin ana yöneticisi ve dağıtıcısıdır. Bütçenin büyüklüğünü tespit parlamentoya sunulacak organ olarak bütçe uygulamasıyla ilgili sorumlu organ da Adalet Bakanlığı'dır.

Adalet Bakanlığı çalışanlarıyla ilgili, karma bir sistem vardır. Adalet Bakanlığında kadro olarak genellikle memurlardan oluşmaktadır. Denetim kadrosunda ise hakimler vardır. 2010 yılı Mart ayına kadar Adalet Bakanı aynı zamanda genel savcı idi. Bakan için çalışan Adalet Bakanlığı umumi savcılığın en üst derecesiydi. Ulusal Savcılık, genel savcı tarafından yardımcılarıyla birlikte yönetiliyordu. Adalet Bakanlığı bünyesinde ulusal savcılık vardı ve altta da, asliye savcılıkları, bölge savcılıkları, temyiz savcılıkları vardı. O zaman Adalet Bakanı en yüksek savcıydı. 2010 yılı Mart ayındaki Yasa değişikliğinden sonra bu iki fonksiyon ayrıldı. Genel Savcı ile Adalet Bakanının fonksiyonları ayrılmıştır. Şu anda savcılık ayrı bir kuruluştur. Başında bir genel savcı bulunmaktadır. Genel Savcı parlamentoya karşı sorumludur. Genel Savcı, Ulusal Savcılık Kurulunun talebi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından tayin edilmektedir.

AİHM'de Polonya aleyhine halen mevcut davalar bulunmakta ve bu davalarla Türkiyeden farklı olarak Dış İşleri Bakanlığı ilgilenmekte ve Adalet Bakanlığınca Dış İşleri Bakanlığına destek verilmektedir.

Davalarla ilgili istatistiklerin tutulmadığını, ancak İnsan Hakları Mahkemesi istatistiklerine göre, 31 Ağustos 2012 tarihi itibarıyla Po-

lonya aleyhine 5000 şikayet olduğu, bu davalarda en çok ihlal sayısının anlaşmanın 6. maddesi (Adil Yargılanma Hakkı), muhakemenin uzun sürmesi nedeniyle; 5. madde (özgürlük hakları), güvenlik haklarıyla ilgili; 8. madde, 10. madde, 3. maddelerden ihlal kararları vardır. Cezaevindeki şartlarla ilgili ihlal kararları çıkmaktadır. Bunlar bir kaç yıl önceki ihlallerdir. O zamanlarda cezaevlerinde yeterli sayıda yer olmadığından ihlaller çıkıyordu. 2011 yılında Polonya aleyhine 71 karar verilmiş 54 davada anlaşmalı ihlal (dostane çözüm) tespit edilmiştir.

13 milyon davanın içinde mal mülk sahipliğiyle ilgili dava sayısı yaklaşık 5 milyondur. Sicil dairelerinde katip hakimler karar vermektedir. Bu kişiler tam anlamıyla hakim olan kişiler değildirler. Sicil işleri dışında başka işlerde karar veremezler. Bu şekilde 3500 kişi vardır. Tapu Kütüğüne yapılan kayıtda bir ilamdır. Bir takım idari işlemlerde Polonyada dava olarak görülmektedir.

Polonya'da ortalama yargılama süreleriyle ilgili net bir şey söylemek çok zordur. Mesela bazı ceza davaları bir kaç yıl sürebilmektedir. Bazen duruşma yapılmadan da karar verilebilir. Emir hükmünde kararlar verilebiliyor. Aile davaları, nafaka davaları, velayet davaları, tazminat davaları, çalışma ile ilgili davalar en kısa sürmesine gayret edilen davalardır. Adalet Bakanlığı ve mahkeme başkanı denetimlerinde bunun için yapılmaktadır. Bölge ve temyiz mahkemesinde müfettiş hakimler vardır. Mahkemelerin çoğunda davalar güncel olarak yargılanmaktadır. Uzun süren davalar için karar çıkmayan davalar genellikle Polonyadaki büyükşehirlerdeki davalardır.

Polonya'da 1989 yılına kadar Devlet mülkiyeti sosyalist sistemin en önceliği idi. 1989 yılından sonra tamamen özel mülkiyet önem kazandı. Hem idare mahkemelerindeki hem de umumi mahkemelerdeki davalar sayesinde bir çok kişi kendi mülkiyetini geri aldı. Ancak Varşovadaki sorun şudur ki, 2. Dünya savaşıdan sonra özel mülkiyete konu arsalar üzerine genellikle Devlete ait binalar yapılmıştır. Bu binalar olduğu içinde fiziken iade imkanı bulunmamaktadır. Devlet bunun için tazminat ödemektedir. Kültür merkezi yanındaki küçük küçük bir kaç arsa sahiplerince geri alınabilmiştir. Ama parlamento tarafından halen tartışılmaktadır. Ve bir consensus sağlanmamıştır. Bu konuda bir kanun da çıkmamıştır. Bu durum parasal durumla ilgili

fiilen fiziken iade olamamasıyla ilgili 2. Dünya Savaşından sonra Devletçe sahiplerinden alınan mal ve mülk o kadar çok ki şu anki bütçe ile bunun iadesi mümkün değildir. Polonya Hukuk Sisteminde mülkiyet hakları da çok iyi korunmaktadır. Yabancıların da mülkiyet hakları korunuyor. Şu anda yurt dışında olan başka ülkelerde yaşayan eski Polonyalılar da mülkiyetlerini isteyebilmekte ve bu konularda da davalar bulunmaktadır.

Adli çalışan ve katipleri hakkında ise, Adalet Bakanlığı kararnameyi vardır. (Yönetmelik vardır.) Adalet Bakanlığının rolü bulunmaktadır. Bu kişiler en az lisans mezunu olmalıdır. İlk etapta dikte edilen yazıları yazabilmesi, görevini yapabilmesi için yeterli derecede hukuki terim bilgisine sahip olmalı, Mahkeme Başkanı ve Komisyon ile görüşmesinde olumlu olmalıdır. Bazen 1 boş yer için 40-50 kişi başvurabiliyor. 1 sene memuriyet stajı vardır. Bu stajda kişi değişik departmanlarda çalışmaktadır. Maaşları ise brüt 3500 zlot, 1700 TL civarındadır.

Sonuç

Polonya hukuk sistemini ayrıntılı olarak anlattıktan sonra sonuç bölümünde, Polonya hukuk sisteminin bizim sistemimizle benzer yönlerine, farklı yönlerine ve bu sistemde olup bizim sistemimize alınması gereken hususları maddeler halinde şu şekilde sayabilir.

Polonya Hukuk Sistemine Benzer Yönlerimiz

1-Her iki hukuk sisteminde de Anayasa Mahkemesi vardır. Anayasa Mahkemesi üyeleri belirli bir süre için seçilmektedir.

2- Her iki hukuk sisteminde de yargı sistemi adli ve idari yargı olmak üzere iki temel bölüme ayrılmıştır.(bizde farklı olarak askeri idari yargı ve askeri ceza yargısı ve uyuşmazlık yargısı, seçim yargısı vardır ancak en temel 2 yargı kolu adli ve idari yargıdır.)

3- İdari Yargıda yazılı yargılama usulü vardır. Bu yargılama da (bizde Bölge İdare Mahkemelerini birer istinaf Mahkemesi olarak görmezsek) ilk derece mahkemesi ve bu mahkeme kararlarına karşı başvuru Yüksek İdare Mahkemesi vardır.

4-Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler yargı denetimi dışında tutulmuştur.

5-Mahkemelerin ve hakimlerin her türlü etkiden uzak ve bağımsız oldukları inancı yanı sıra hakim olarak görev yapıyor olmanın bir takım sosyal yaşam kısıntılarına neden olabileceği kanaati mevcuttur.

6-Adli Yargıda bulunan istinaf sisteminin bizde de yürürlüğe girmesi halinde benzer bir yön olarak ele alınabilecek bir haldir. Her karar (dava) Yüksek Mahkeme önüne gelmemektedir. Bizde de İstinaf Mahkemeleri faaliyete geçtiğinde benzer bir uygulama olacaktır. Onlarda temyiz mahkemesi sayısı 11 iken bizde İstinaf Mahkemesi sayısı 15 olacaktır. Onların bölge mahkemeleri diye belirttiği mahkemeler ise aslında bizim ağır ceza mahkemeleri gibidir.

7-Hakimlerin özlük hakları, mesleğe alınmaları hakkında çoğunluğu yargı mensuplarınca seçilen bir üst kurul (Ulusal Mahkeme Kurulu, Ulusal Savcılık Kurulu, Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu gibi) yapılanmaları vardır.

8-Yüksek İdare Mahkemesi ve Yüksek Mahkemede temyiz üzerine incelenen kağıtlar hakkında not fişi düzenlenmemektedir.

9-Teftiş sisteminin olması ve teftişlerin hakim müfettişler tarafından yapılmaktadır.

10-Hakim ve Savcıların özel izne tabi olarak soruşturulmaları ve basit kabahat türü suçlar nedeniyle yargılanamamalarıdır.

11-Hakim ve Savcı maaşları bizdekiyle aynı seviyelerdedir. Hatta bizdeki satın alma gücü ile Polonya kıyaslandığında bizdeki hakim ve savcıların maaşları daha iyidir. Bu arada Polonyada da maaşlarda göreve ve kıdeme göre artış olmaktadır.

Polonya Hukuk Sisteminin Farklı Yönleri

1- Anayasa Mahkemesinin görüştüğü konuların çeşitliliği bakımından yönetmelik, genelge, tamim gibi düzenleyici işlemlerinde Anayasaya aykırılığının iddiasının incelenmesi,

2-Anayasa Mahkemesinin başvuruları görüşürken 3, 7 ve 15 kişilik heyetler halinde toplanarak karar verebilmesi,

3-Polonya AYM Üyelerinin tamamının Cumhurbaşkanı yerine Parlamento tarafından seçilmesi, Üye sayısı ve üyelerin görev süreleri

4-Anayasa Mahkemesi üyeleri yardımcıları bulunmakla birlikte tetkik hakimi veya raportör hakim müessesesi bulunmaması,

5-Anayasa Mahkemesine başvuru yapabilecek olan kişi ve kuruluşlar daha geniş olması

6-Ulusal Mahkeme Kurulu ve Ulusal Savcılık Kurulu olmak üzere iki ayrı kurulu bulunması, Bu kurulların üyeleri içerisinde parlamento ve senatodan seçilen üyelerde bulunması

7-Hukuk fakültelerinin eğitim süresinin 5 yıl olması,

8-Hakim olabilmek için öncelikle yüksek lisanslı hukuk fakültesi-nin bitirilmesi ve sonrasında Hakimlik Okulundaki sınavlarda başarılı olunması gerekmesi, hakimlik için alt yaş sınırı 29 iken, idari hakimlik için yaş sınırınının 35 olması, (Bu arada idari hakim olabilmek için ayrıca kişinin 8 yıllık hukukla ilgili tecrübesi aranması)

9-Hakimlerin atandıkları yerlerde görev yerinin kendi isteği dışında değişmemesi bu nedenle bir yere görevlendirmenin delegasyon denilen sistemle rızaya dolayı olarak yapılması ,

10-Hakim alımlarında genel bir hakim alımlığı yerine boş olan yerlerin ilan edilerek bu boş yerlere başvuru yapılarak başvuranların çeşitli mülakatlardan geçirilerek (atanmak istediği yerlerde çalışan hakimlerce) Ulusal Mahkeme Kurulu önerisiyle Cumhurbaşkanıca atanması, (Bütün Hakimler Cumhurbaşkanıca atanmaktadır)

11-Asliye - Sulh ayrımının olmaması aynı şekilde askeri idari yargı ve askeri ceza yargınının yargı yolu olarak bulunmaması ve uyuşmazlık mahkemesi ve Yüksek Seçim Kurulu gibi organların bulunmaması,

12- Hakim ve Savcı sayısının adli yargı yönünden bizden fazla, idari yargı yönünden, Yüksek İdare Mahkemesi, Yüksek Mahkeme bakımından az olması,

13-Savcılarının bizdeki konumlarından ayrı bir konuma sahip olması ve savcılarının duruşmalarda hakimlerin yanı yerine sanıkların karşısına oturmaları silahların eşitliği ilkesinin uygulanması,

14- Genel İdari Usul Yasasının bulunması ve bu nedenle bu Yasa uyarınca zorunlu idari başvuru yolunun bulunması, (Zorunlu idari başvuruyla istemi reddedilen kişi yerine idari yargı yerine başvuru yapılan organ gitmektedir. Bu durumda idarelerin gereksiz yere mahkemeye gitmesini önlemekte ve idari yargı önüne giden davaların çoğu ise ret ile sonuçlanmaktadır. Bu sayede pilot dosya uygulaması da faaliyete geçinlebilmektedir.)

15-İl idare mahkemeleri ile Yüksek İdare Mahkemesi arasında bizdeki bölge idare mahkemesine bir yapıda mahkemenin bulunmaması,

16-İdari Yargıda da duruşma kural olup bütün kararlar kural olarak duruşmalı davalarda verilmesi,

17-İdari Yargıda dosyaların tekemmülü için replik ve düplük uygulamalarının ortadan kaldırılmış olması,

18-Mahkemelerin mali yönden özerk olması ve kendi bütçelerini yapabiliyor olmaları ve bu bütçeye bakanın ya da hükümetin müdahale edememesi,

19-Mahkeme işleyişlerinde profesyonel elemanların çalıştırılıyor olması zabıt katiplerinin en az lisans mezunu olması gerektiği,

20-Adli yargı, idari yargı arasında görev uyuşmazlıkların idari yargı yerince verilen görev ret kararlarının adli yargı için bağlayıcı olması,

21- Hakimler hakkındaki disiplin cezalarının özel oluşturulan disiplin mahkemelerince verilmesi ve bu mahkeme kararıyla soruşturmaya başlaması ,

22-İdari Yargı kararını uygulamayanlara para cezaları verebilinmesi bizim hukuk sistemimizden farklı yönleridir.

Türk Sistemine Alınabilecek Hususlar

1-Öncelikle bizde de hukuk fakültelerinde öğrenim süresi 5 yıla çıkartılmalıdır. Ayrıca yüksek lisans bitiren kişiler hakim alımlarında öncelik tercih nedeni olabilir.

2-Hakim Okuluna benzer bir uygulama getirilerek uzun soluklu bir eğitim sonunda bizim gibi 22-23 yaşında hakim olma yerine 29 ya-

şında hakim olunması sağlanabilir. Ancak bunun için iş yükünün azalması hakim ihtiyacının aciliyet olmadan çıkması gerekir uzun vadede bu uygulamaya gidilebilir.

3- Aynı şekilde istinaf mahkemeleri faailemete geçirilerek Yargıtaya giden işlerin sayısında azaltmaya gidilmeli ve gerek Yargıtaydaki gerekse Danıştaydaki iş yükü azalmasına paralel olarak üye sayısında azalmaya gidilmeli Yargıtay üyeleri 150 civarına Danıştay üye sayısı 90-100 arasına düşürülmelidir.

4- HSYK yapısının şartların oluşması halinde hakim ve savcılar için ayrı ayrı yapılandırılması yerinde olmakla birlikte bunun için yeterli sayıda hakim ve savcı sayısı olmalı ve savcılar için gerekli fiziki şartlar oluşturulmalıdır. Savcıların hakimlerin yanında kürsüde oturma yerine sanıkların karşısında oturmasında ancak bu yolla gerçekleştirilir.

5- HSYK oluşumunda parlamentodan üye gelmesi bizde de olabilir. Ancak burada üzerinde önemle durulması gereken husus biz hakim ve savcıların seçtiği üyelerin mutlaka çoğunluk olarak korunmasından vazgeçilmemesidir.

6-İdari Yargı için idarenin mutlaka genel idari usul yasasını kabul etmesi ve zorunlu idari başvuru yolu getirilmesi yerinde olacaktır. Davacı yerine idarenin mahkemeye başvurmasında gelebilir. Ancak mevcut sistemde yargılamanın hızlandırılmasını sağlayıcı idarelerle gerekli bilgi ve belgeleri sunma konusunda ağır yükümlülükler getirilebilir. Ve idari yargı kararı uygulamayan mahkemelere adli /idari para cezası verilmesi yolu açılabilir.

7- Mahkemelerin sayısının ve çeşitinin azaltılması yerinde olacaktır bu bağlamda asliye sulh ayırımının kaldırılması gerekmektedir. Aynı şekilde, askeri ceza mahkemeleri, askeri yargıtay askeri yüksek idare mahkemesi yüksek seçim kurulu uyuşmazlık mahkemesi kaldırılmalı bu kurumlar Danıştay ve Yargıtay içinde eritilmelidir. Bu kadar çeşit yargı kolunu bulunmasında aslında uzun süre yargılamanın nedenlerinden başka bir nedenidir.

8-Tetkik Hakimleri olarak çalıştırılan hakimleri çok büyük çoğunluğu kürsüye döndürülmeli ve azalan iş yüküne bağlı olarak yüksek

yargı yerlerindeki üyelerin bizzat dosyaları karar bağlaması yolu açılmalıdır.

9-Bizde yüksek yargı üyelerine bir ek ödeme yapılmamakta iken Polonyada %15 ek ödeme yapılmaktadır. Bizde de yüksek yargı mensuplarına bu şekilde bir ek ödeme yönünde düzenleme yapılması yerinde olabilir.

10-Hakim ve Savcıların yargılanmasındaki özel hükümler yanı sıra disiplin suçlarında disiplin mahkemelerince ceza verilmesi ve bu cezaların yüksek mahkemeye / yüksek idari mahkemesine temyiz yolu açılması yerinde olacaktır.

ADALET NEDİR? WHAT IS JUSTICE?

Hans KELSEN*

Çeviren: Ali Acar**

Nasıralı İsa, Roma valisi Pilatus'un huzuruna getirildiğinde ve (ona) kral olduğunu itiraf ettiğinde, şöyle dedi: "Ben, bunun için doğdum ve bu amaç için dünyaya geldim: adalete şahadet etmek için." Bunun üzerine Roma valisi Pilatus sordu: "Hakikat nedir?" Roma valisi bir cevap beklemiyordu ve İsa da bir cevap vermedi bu soruya, çünkü hakikate şahadet etmek, İsa'nın, Mesih Kral olarak kutsal görevinin özü değildi. O, adalete; Tanrı'nın Krallığı'nda gerçekleşecek olan adalete şahadet etmek için doğmuştu ve bu adalet için O, çarmıha gerildi. Bu nedenle, Roma valisi Pilaus'un "hakikat nedir?" sorusundan, İsa'nın kanından doğan, başka ve daha önemli bir soru- insanlığın ebedi sorusu- ortaya çıkar: Adalet nedir?

Başka hiçbir soru, bu kadar tutkulu bir şekilde tartışılmamış; başka hiçbir soru böylesine çok kan ve gözyaşı dökülmesine sebep olmamış ve başka hiçbir soru Eflatun'dan Kant'a en ünlü düşünürlerin yo-

* Hans Kelsen, "Was is Gerechtigkeit" Erste Kapitel von *Was ist Gerechtigkeit* (Verlag Reclam, 1953, Zweite Neuauflage). Çeviri, yayın hakkı sahibi olan Verlag Österreich GmbH'nin izni doğrultusunda yapılmıştır. (Translated with friendly authorization of the Publishing House Verlag Österreich GmbH and the Hans Kelsen-Institut in Vienna).

Çeviri için Hans Kelsen "What is Justice?" *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science Collected Essays* (University of California Press: Berkeley and Los Angeles) (1960), s. 1-24'den de yararlanılmıştır.

Not: Dipnot ve son notlar çeviride yer almamıştır.

** Çeviren Ali Acar, Araştırma Görevlisi, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi

ğün ilgisine konu olmamıştır. Ancak başka hiçbir soru bugün, diğer zamanlarda olmadığı kadar da cevapsız kalmamıştır. Öyle görünüyor ki bu soru, kaderine boyun eğmiş bilgeliğin uygulandığı ve insanın kesin bir yanıt bulamayacağı, fakat ancak onu geliştirebileceği sorulardan biridir.

I

Öncelikle adalet, karşılıklı insan ilişkilerini düzenleyen toplumsal düzenin mümkün, ama zorunlu olmayan bir niteliğidir. O, ancak tali olarak insanın bir erdemidir; çünkü insan, eğer davranışı adil olarak kabul edilen toplumsal bir düzenin normlarına uyuyorsa adildir. Peki, toplumsal bir düzenin adil olduğunu söylemek gerçekte ne anlama gelir? O şu demektir: bu (toplumsal) düzen, insan davranışlarını herkesi tatmin edecek şekilde düzenlemiştir. Yani herkes, o düzende mutluluğu bulabilir. Adalet arzusu, insanın mutluluk için duyduğu ebedi arzudur. O, insanın yalıtılmış bir şekilde, yani yalnız başına bulamayacağı, bu nedenle bir toplum içinde aradığı bir mutluluktur. Yani adalet, toplumsal mutluluktur. O, toplumsal düzen tarafından garanti edilmiş bir mutluluktur. Bu bağlamda, adaleti mutluluk olarak tanımlayan Eflatun, sadece adil insanın mutlu ve adil olmayanın da mutsuz olduğunu ileri sürer. (Ancak) adaletin mutluluk olduğu yönündeki ifade, elbette ki nihai cevap değildir; o, sadece soruyu değiştirmektedir. Çünkü şu halde sormamız gerekir: Mutluluk nedir?

Mutluluk kavramı dar ve ilk anlamında, yani bir kişinin ondan ne anladığı biçiminde tanımlandığı müddetçe, herkese mutluluk bahşeden adil bir düzen olamayacağı açıktır. Çünkü bu durumda, bir kişinin mutluluğunun bazen başkalarının mutluluğuyla doğrudan çatışması kaçınılmaz olacaktır. Örneğin aşk, bir kişinin mutluluğunun da mutsuzluluğunun da en önemli kaynaklarından biridir. İki erkeğin aynı kadına aşık olduğunu ve bunların her birinin, doğru ya da yanlış, o kadın eşi olmadan mutlu olamayacağına inandığını varsayalım. Ancak, hukuka göre ve belki kadının da duygularına göre kadın, o iki kişiden yalnız birisinin eşi olabilir. Böyle bir durumda erkeklerden birinin mutluluğu, kaçınılmaz olarak diğerinin mutsuzluğu olacaktır. Hiçbir toplumsal düzen, bilge Kral Süleyman'ın ünlü hükmü bile, bu sorunu tatmin edici bir şekilde, yani her ikisinin de mutluluğunu sağlayacak

şekilde çözemez. Hatırlanacağı gibi Kral Süleyman, iki kadının kendinin olduklarını iddia ettikleri bir çocuğu iki parçaya ayırmaya karar vermişti. Fakat böyle karar vermekle O, çocuğu, çocuğun ölmesini engellemek için talebinden vazgeçmesi gereken kadına vermeyi istiyordu; çünkü Kral Süleyman, talebinden vazgeçenin çocuğu gerçekten seven (ve dolayısıyla çocuğun gerçek annesi) olduğunu varsaymıştı. Eğer Süleyman'ın hükmü gerçekten adil idiyse, bu ancak bir koşulla öyle olmuştur; o da, çocuğu sadece bir kadının sevmiş olmasıdır. Eğer iki kadın da çocuğu seviyor olsaydı- ki ikisi de çocuğu almak istediğine göre bu çok olasıdır- ve ikisi de talebinden vazgeçmiş olsaydı, mesele karara bağlanamayacaktı. Ve eğer çocuk, her ikisi de talebinden vazgeçmesine rağmen kadınlardan birine verilecek olsaydı, hüküm kesinlikle adil olmayacaktı, çünkü bu durumda taraflardan biri mutsuz olacaktı. Mutluluğumuz sıklıkla, toplumsal düzenin gideremeyeceği ihtiyaçların tatminine bağlıdır.

Bir başka örnek olarak, orduya başkomutan atanmak için iki aday yarışıyor olsun. Göreve sadece biri atanabilecektir. Bu durumda, göreve en uygun olanı atamanın adil olacağı aşikârdır. Ancak, eğer ikisi de göreve eşit derecede uygunsuzsa bu durumda ne olacaktır? Böyle bir durumda, hiçbir (adil) çözüm mümkün olmayacaktır. (Ancak) bu adaylardan birinin, yakışıklı, uzun ve etkileyici bir kişiliğe sahip olması nedeniyle daha iyi olduğunun düşünüldüğünü ve buna karşılık diğerinin, mesleki bakımdan diğeriyse tam olarak eşit olmasına rağmen, ufak tefek, gösterişsiz ve silik olması nedeniyle göreve uygun olmadığı düşünülmesini varsayalım. Eğer bunlardan ilki göreve atanırsa, ikincisi kararın adil olduğunu hissetmeyecek ve soracaktır: "Neden ben de diğeri gibi uzun ve yakışıklı değilim, neden bana bahşedilen yaradılış daha az ilgi çekici?" Gerçekten de, eğer doğayı adalet açısından yargılayacak olursak kabul etmemiz gerekir ki doğa adil değildir. O, birini sağlıklı, diğerini hasta, birini akıllı diğerini aptal yaratmıştır. Hiçbir toplumsal düzen, doğanın adaletsizliğini bütünüyle telafi edemez.

Eğer adalet, mutluluk olarak ve de bireysel mutluluk olarak anlaşılırsa, adil bir toplumsal düzen mümkün değildir. Öte yandan, adil bir toplumsal düzen, 'o düzenin, bireysel mutluluğu değil de mümkün olan en fazla sayıda bireyin mutluluğunu sağlamaya çalışır' varsayımı üzerinden bile mümkün değildir. Bu meşhur adalet tanımı, ünlü

İngiliz filozof ve hukukçu Jeremy Bentham tarafından formüle edilmiştir. Ancak, eğer adaletle öznel bir değer kastediliyorsa ve sonuç olarak farklı bireyler, kendi mutluluklarının ne olduğuna ilişkin farklı düşüncelere sahipse, Bentham'ın tanımı yine de uygulanamaz. Bir toplumsal düzenin sağlayabileceği mutluluk, öznel-bireysel anlamda mutluluk olamaz; o, nesnel-kolektif anlamda bir mutluluk olmalıdır. Yani mutlulukla biz, toplumsal (siyasal) otorite, yani yasakoyucu tarafından tanınan; beslenme, giyinme, barınma vb. gibi tatmin edilmeye değer bazı ihtiyaçların giderilmesini anlamalıyız. Şüphesiz ki toplumsal olarak tanınan ihtiyaçların giderilmesi, mutluluk kavramının ima ettiği ilk anlamdan çok farklıdır. O düşünce, doğası gereği çok öznel bir niteliğe sahiptir. Adalet arzusu çok temeldir ve insan düşüncesinde çok derin kök salmıştır; çünkü o, insanın kendi öznel mutluluğu için yok edilemez arzusunun bir belirtisidir.

Adaletin sağladığı mutluluğun toplumsal bir kategori olabilmesi için, mutluluk fikrinin anlamı esaslı olarak değiştirilmek zorundadır. Bireysel mutluluğun toplumsal olarak tanınan ihtiyaçların giderilmesi fikrine adaletin tanımı olarak dönüşmesi, özgürlük düşüncesinin toplumsal bir ilke olmak için geçirmesi gereken dönüşüme benzer. Ve bazen özgürlük düşüncesi, adalet fikriyle tanımlanır. Öyle ki bir toplumsal düzen, eğer bireysel özgürlüğü garanti ediyorsa adil olarak kabul edilir. Her türlü toplumsal otoriteden veya yönetimden bağımsız olmak anlamındaki gerçek özgürlük, hiçbir toplumsal örgütlenme türüyle bağdaşmaz olduğundan, özgürlük düşüncesi, yönetimin olmaması anlamına gelmemelidir. O, özel bir tür yönetim biçimini varsaymalıdır, yani, gerekirse azınlıkta kalan yönetilen bireylere rağmen/karşı, çoğunluk tarafından idare edilen yönetimi. Böylece anarşi özgürlüğü, demokrasideki kendi kaderini tayin etmeye fikrine dönüşür. Aynı şekilde ve aynı nedenle adalet fikri, bütün öznelerin bireysel mutluluklarını garanti etme ilkesinden, çoğunluk tarafından korunmaya değer görülen toplumsal olarak tanınmış bazı çıkarların korunduğu toplumsal bir düzene dönüşür.

Ancak hangi insan çıkarları giderilmeye değerdir ve onların tam bir sıralaması var mıdır? Bu, birbiriyle çatışan çıkarlar ortaya çıktığında zuhur eden sorudur ve olası çatışan çıkarlarla ilgili olarak toplumsal bir düzende adalet gereklidir. Çıkar çatışması olmayan yerde, adalete de gerek yoktur. Bir çıkar çatışması, bir çıkarın tatmininin bir başka çıkar

pahasına yapılması durumunda ortaya çıkar. Ya da eğer iki değer arasında bir çıkar çatışması varsa ve ikisini de aynı anda gerçekleştirme olasılığı yoksa; biri, sadece diğeri göz ardı edilerek gerçekleştirilecekse; birinin gerçekleştirilmesini diğerininkine tercih etmek gerekliyse, hangisinin önemli olduğuna karar verme ya da bir başka ifadeyle hangi değerün üstün olduğuna karar verme ve en nihayetinde en üstün değer hangisi olduğuna karar verme durumları aynı şeye, yani çıkar çatışması fikrine tekabül eder. Değer sorunu her şeyden önce değerler çatışması sorunudur ve bu sorun rasyonel kavrayışla çözülemez. Bu sorulara verilecek cevap, hissi etkenler tarafından belirlenen bir değer yargısıdır ve bu nedenle doğasında öznel ve ancak yargılayan taraf için geçerlidir, bu nedenle de görecelidir. Bazı örnekler bu ifadeyi açık kılacaktır.

II

Bazı etik görüşlere göre insan hayatı, her bir insanın hayatı, en yüksek değerdir. Bu etik görüşe göre, bir insanı, savaş halinde bile ve hatta ölüm cezası olarak, öldürmek mutlak olarak yasaktır. Bu, örneğin askerlik yapmayı reddeden vicdani retçilerin ve her durumda ilke olarak ölüm cezasını reddedenlerin görüşüdür. Ancak, bir başka etik görüşe göre ulusun çıkarı ve onuru en yüksek değerdir. Bu nedenle herkes, bu görüşe göre; savaş durumunda, eğer ulusun onuru ve çıkarı gerekli kılırsa ahlaki olarak kendi yaşamını feda etmeye ve başka insanları öldürmeye mecburdur ve insanlara suçlu olarak ölüm cezası uygulamak meşrudur. Bu iki çatışan değer yargısı arasında bilimsel ve akılcı bir şekilde karar vermek mümkün değildir. Bu çatışmaya karar veren, son tahlilde aklımız değil, isteğimiz, duygumuz, hissiyatımızdır.

Eğer bir insan, Nazi toplama kampında tutsak veya köle yapılmışsa ve eğer oradan kaçmak mümkün değilse, öyle bir durumda intihar etmenin meşru olup olmayacağı sorusu ortaya çıkar. Bu, Sokrates zehirli kâseyi içtiğinden beri sürekli olarak tartışılan bir konudur. Karar, daha 'yüksek değer ne?' sorusunun cevabına bağlıdır: yaşam ya da özgürlük. Eğer yaşam daha yüksek değerse, o halde intihar meşru değildir. Yok, eğer özgürlük daha yüksek değer ve özgür olmayan bir yaşam değersizse, intihar, ahlaken meşrudur. Mesele, yaşam ve özgür-

lük değerlerin sırası veya derecesi meselesidir. Bu soruya sadece öznel bir cevap mümkündür ve bu cevap ancak değer yargısında bulunan kişiyi bağlar. Herkes için geçerli, örneğin, ısı metali genleştirir ifadesi gibi nesnel bir ifade mümkün değildir.

Bir halkın ekonomik durumunun, planlı ekonomi denilen ekonomi tarafından esaslı bir şekilde iyileştirilebilmesinin mümkün olduğunu, herkese eşit düzeyde sosyal güvenliğin sağlandığını, fakat böyle bir (toplumsal) örgütlenmenin, ancak her bireyin özgürlüğünden vazgeçmesi halinde mümkün olduğunu varsayalım. Planlı ekonominin, serbest ekonomiye tercih edilir olup olmadığı sorusuna cevap, bizim özgürlük ve sosyal güvenlik değerleri arasında vereceğimiz karara bağlıdır. Aşağılık kompleksinden muzdarip biri, sosyal güvenliği tercih ederken, özgüveni yüksek bir insan, bireysel özgürlüğü tercih edebilir. Bu nedenle, bireysel değer mi yoksa sosyal güvenliğin mi daha yüksek değer olduğu sorusuna, yalnız öznel bir cevap mümkündür, yoksa demirin sudan ve suyun tahtadan daha ağır olduğu gibi nesnel bir değerlendirme mümkün değildir. Bu, deney tarafından gerçekliği test edilebilir olan bir değerlendirmedir, yoksa böyle bir test edilebilirliğe karşı duran bir değer yargısı değildir.

Bir doktor, dikkatli bir tetkikten sonra hastanın tedavi edilemez bir hastalığa yakalandığını ve belki de hastanın kısa bir süre içinde öleceğini teşhis ediyor olsun. Bu doktor hastaya gerçeği söylemeli midir veya o, hastaya tedavi edilebileceğini ve yakın bir tehlikenin olmadığına dair yalan söyleyebilir mi veya yalan söylemeli midir? Karar, gerçeği söyleme değeri ile korkudan uzak durma değeri arasındaki ilişkiye dair kabul ettiğimiz sıralamaya bağlıdır. Gerçeği söylemek, hastanın ölümden korkmasına sebep olmak; yalan söylemek ise onun bu korkudan uzak durması anlamına gelecektir. Eğer doğru ideali, korkudan uzak olma idealinden üstte yer alıyorsa, doktor hastaya doğruyu söylemek; eğer korkudan uzak durma ideali, doğru söyleme idealinin üstünde yer alıyorsa yalan söylemek zorundadır. Ancak, doğru söylemenin mi yoksa korkudan uzak olmanın mı daha yüksek değer olduğu sorusuna rasyonel bilimsel bir düşünce temelinde cevap vermek mümkün değildir.

Eflatun, adil bir insanın ve yalnız adil bir insanın -ki bu yasalara uyan insan demektir- mutlu olduğunu ve adil olmayan, yani yasaları ihlal eden bir insanın da mutlu olmadığını düşüncesini savunmuştur. Eflatun, “en adil yaşam en hoş yaşamdır” demekle birlikte, bazı durumlarda, adil insanın mutsuz ve adil olmayan insanın mutlu olabileceğini kabul eder. Ancak Eflatun, hukuk düzenine tabi olan bireylerin, ‘yalnız adil insanın mutlu olacağı’ ifadesine, ifade doğru olmasa bile inanmalarının mutlak olarak gerekli olduğunu; aksi halde hiç kimsenin hukuka uymayacağına ileri sürer. Netice itibarıyla Eflatun’a göre yönetimin, ‘adil insanın mutlu olduğu’ tezini yaymak için, bu tez yalan bile olsa, insanlar arasında propaganda yapmaya hakkı vardır. Eğer bu yalansa, o faydalı bir yalandır, çünkü hukuka uyulmasını sağlar, der Eflatun. İşinin ehli olan bir yasakoyucu, acaba insanları her durumda, isteyerek ve sınırlamaksızın adil davranmaya ikna etmede bundan daha faydalı ya da daha etkili bir yalan bulabilir miydi? Bir yasakoyucu olsaydım, şairleri ve bütün vatandaşları bu şekilde, yani ‘en adil yaşam en mutlu yaşamdır’ şeklinde konuşmaya zorlardım. Ondan sonra yönetim, faydalı bir yalanı kullanmada tam olarak meşrulaştırılmış olur(du). Eflatun adaleti (burada adalet, yönetimin adil olanın ne olduğuna dair düşündüğünü, yani yasal olanı, kasteder) hakikatin üstüne koymuştur; ancak hakikati yasallığın üstüne koymak ve -iyi bir amaca hizmet etse bile- yalan üstüne inşa edilen bir yönetim propagandasını ahlaksız olmak bakımından reddetmek için yeterli sebep vardır.

Özgürlük, eşitlik, güvenlik, hakikat, yasallık ve benzeri farklı değerlerin sıralamasına ilişkin soruya, örneğin, kurtuluşunu (öteki hayattaki ruhunun kaderini) dünya nimetlerinden daha çok önemseyen inançlı bir Hıristiyan veya öteki hayata inanmayan bir materyalist farklı şekilde cevaplandırılacaktır. Ve aynı şekilde bu cevap, kararın, bireysel özgürlüğün en yüksek iyi olduğunu düşünen bir liberal ile sosyal güvenliği ve bütün insanlara eşit muamelede bulunulmasını özgürlükten daha yüksekte sıralayan bir sosyalist tarafından verilmesine göre tamamen farklı olacaktır. Cevap her zaman öznel, bu nedenle sadece göreceli bir değer yargısı niteliğine sahiptir.

III

Değer yargılarının öznel olması ve çok farklı değer yargılarının mümkün olması, her insanın kendi değerler sistemine sahip olduğu anlamına gelmez. Aslında çok sayıda birey değer yargıları üzerinde mutabıktır. Pozitif bir değerler sistemi, münferit olarak bireylerin keyfi bir buluşu değil, fakat her zaman, bireylerin; aile, kabile, klan, kast, meslek grubu gibi bir grup içinde ve belli ekonomik ve siyasi koşullar altında birbiri üzerinde uyguladıkları karşılıklı etkilerin sonucudur. Her değer sistemi, özellikle bir ahlaki değerler sistemi ve onun merkezi değeri olan adalet, sosyal bir olgudur, yani toplumun bir ürünüdür ve bu nedenle o, içinde doğduğu toplumun niteliğine göre farklılık gösterir. Belli bir toplumda genel olarak kabul edilen bazı değerlerin olması, bu değer yargılarının öznel ve göreceli karakteri ile çelişmez. Birçok bireyin değer yargıları üzerinde uzlaşması, bu yargıların doğru, yani nesnel anlamda geçerli olduğunun kanıtı değildir; tıpkı birçok insanın güneşin dünyanın etrafında döndüğüne inanmasının veya inandığının, bu fikrin doğruluğunun kanıtı olmaması veya olmadığı gibi. Adalet ölçütü, tıpkı hakikat ölçütü gibi, değer yargıları veya gerçeklik hakkındaki değerlendirmelerin yapıldığı sıklığa bağlı değildir. Uygarlık tarihinde, oldukça genel kabul gören değer yargıları yerini sıklıkla, oldukça farklı ve daha az genel olmayan değer yargılarına bırakmıştır. Eski zamanlarda, kolektif sorumluluğa dayanan kan davası genel olarak adil bir kurum olarak kabul edilmiştir, fakat modern zamanlarda, bireysel sorumluluğun adil olduğu yönündeki fikir geçerlilik kazanmıştır. Yine de bazı alanlarda, örneğin uluslar arası ilişkilerde kolektif sorumluluğun yerleşmiş olması ve dini inançta kolektif sorumluluğu ifade eden ilk günah düşüncesinin hala hakim olması, birçok insanın adalet duygusuyla uyumsuz değildir. Ve eğer sosyalizm galip gelirse, gelecekte tekrar, bir tür kolektif sorumluluğun uygun olduğunun genel olarak düşünülmesi hiç de imkânsız değildir.

Birey mi ulus mu, maddi mi ruhsal mı, özgürlük mü güvenlik mi, doğru mu adalet mi en yüksek değeri temsil ediyor sorusuna rasyonel olarak cevap verilememesine rağmen, yine de bu sorunun gerçekte cevaplandırıldığı öznel, dolayısıyla görece değer yargısı, genellikle nesnel ve mutlak bir değer- genel olarak geçer bir norm- iddiasıyla sunulmaktadır. Bu, insanoğlunun davranışını meşrulaştırmaya dair duyduğu derin ihtiyaca ve onun bir bilinci olduğuna dair bir özelliğidir. Meşru-

laştırma veya rasyonelleştirme ihtiyacı belki de insanoğlu ve hayvanlar arasındaki farklılıklardan (önemli) biridir. İnsanın dışa yansıyan davranışı hayvanlarınkinden çok da farklı değildir. Hayvanlar aleminde de insanlar aleminde de, büyük balık küçük balığı yutar. Ancak, eğer güdüleriyle hareket eden bir insan, bu şekilde davranırsa, o, davranışını kendisi ve toplum nezdinde meşrulaştırmak, (yani) diğer insanlara yönelik davranışının haklı olduğu düşüncesiyle bilincini yatıştırmak ister.

Eğer insan az ya da çok rasyonel bir varlık ise, o, korku duygusu ve arzularıyla güdülenen davranışlarını rasyonel bir şekilde, yani aklının işleviyle meşrulaştırmaya çalışır. Ancak bu, belli bir ölçüde, yani korkuları ve arzuları bazı araçlarla elde edilecek amaçlara işaret ettiği ölçüde mümkündür. Çünkü aracın amaca yönelik ilişkisi, neden ve sonuç arasındaki bir ilişkidir ve bu, deneyim temelinde, yani akılcı ve bilimsel bir şekilde belirlenebilir. Şüphesiz ki, eğer belli bazı amaçları elde edecek araçlar, özellikle toplumsal önlemler olarak belirirse, az önceki değerlendirme bile sıklıkla mümkün değildir. Çünkü sosyal bilimlerin mevcut durumu odur ki, sosyal olgunun nedensel bağlarına ilişkin elverişli kavrayışımız yoktur ve bu nedenle, bazı toplumsal amaçların en iyi nasıl elde edileceğini belirlememizi sağlayacak yeterli deneyimimiz yoktur. Bu, örneğin bir yasakoyucunun, bazı suçları önlemek için ölüm cezası mı yoksa sadece hapis cezası mı koymasına gerektiğine karar vermek zorunda kaldığı durumdur. Bu soru, ölüm cezası mı yoksa hapis cezası mı adil cezadır şeklinde formüle edilebilir. Konu hakkında karar vermek için yasakoyucunun, bu farklı cezaların tehdidinin, önlenmesi amaçlanan suçu işlemeye meyletmemiş insanların kafasındaki etkisini bilmesi gerekir. Fakat maalesef, bu etkinin tam bir bilgisine sahip değiliz ve bu bilgiyi elde edebilecek bir pozisyonda da değiliz, zira bu, ancak deneyimle mümkündür ve sosyal bilimlerin alanında deney çok sınırlı ölçüde mümkündür. Bu nedenle adalet sorunu, varsayılan bir amaç için uygun aracın ne olduğu sorununa hasredilse bile, hiçbir zaman rasyonel olarak cevaplanamaz. Cevaplanırsa bile o cevap, davranışımızın, bilincin gerektirdiği, tam bir meşrulaştırılması olamaz. En uygun araçlarla en uygun olmayan amaçlar elde edilebilir. Atom bombasını düşünün. Amaç aracı meşrulaştırır doğrudur, ancak araç amacı meşrulaştırmaz ve sözünü ettiğimiz meşrulaştırma, daha başka bir amaç için araç olmayan, davranışımızın nihai meşrulaştırılması olan nihai amacın meşrulaştırılmasıdır.

Eğer bir şey, özellikle de bir insan davranışı örüntüsü, belli bir amaç için araç olarak meşrulaştırılıyorsa, kaçınılmaz bir soru olarak bu amacın meşrulaştırılabilir olup olmadığı ortaya çıkar. Bu düşünce dizisi en sonunda, genel olarak ahlakın ve özel olarak adaletin temel sorunu olan nihai bir amaç varsayımına varmalıdır. Eğer bazı insan davranışları, varsayılan bir amaç için uygun araç olarak meşrulaştırılıyorsa, bu davranışlar ancak koşullu olarak, yani varsayılan amacın meşrulaştırılabilir olması koşulu altında meşrulaştırılır. Böylesi koşulsal ve bu anlamda göreceli bir meşrulaştırma, tersi olasılığı dışlamaz. Çünkü eğer nihai amaç meşrulaştırılabilir değilse, bu amaca yönelik araç da meşrulaştırılamaz. Demokrasi, ancak bireysel özgürlüğün korunduğu bir yönetim modeli olduğu için adil bir yönetim modelidir. Yani demokrasi, bireysel özgürlüğün nihai bir amaç olarak varsayıldığı koşulu altında adil bir yönetimdir. Eğer, bireysel özgürlük yerine sosyal güvenlik nihai bir amaç olarak varsayılırsa ve eğer sosyal güvenliğin demokratik bir yönetim modeli altında sağlanamayacağı kanıtlanabilirse, o halde demokrasi değil fakat bir başka yönetim modeli adil olarak düşünülebilir, zira başka bir amaç başka bir aracı gerekli kılar. Bu nedenle demokrasi, mutlak olarak değil, sadece göreceli olarak adil bir yönetim modeli olarak meşrulaştırılabilir.

Bilincimiz böyle koşulsal, yani göreceli bir meşrulaştırma ile tatmin edilmeyebilir; o, koşulsuz, yani mutlak bir meşrulaştırmayı gerekli kılabilir. Yani bilincimiz sadece, davranışlarımız, yalnız meşruluğu şüpheli olan bir amaca yönelik uygun bir araç olarak değil de bir amaç, nihai bir amaç ya da aynı anlama gelen mutlak bir değer olarak meşrulaştırılırsa yatıştırılabilir. Ancak, böyle bir meşrulaştırma rasyonel bakımdan mümkün değildir, çünkü rasyonel bir meşrulaştırma, uygun bir araç olarak yapılan meşrulaştırmadır; nihai bir amacın kendisi ise, tanımı gereği başka bir amaca yönelik araç değildir. Eğer bilincimiz, davranışlarımızın mutlak meşrulaştırılmasını gerektiriyorsa ki bu mutlak değerlerin geçerli olduğu anlamına gelir, insan aklı bu koşulu yerine getiremez. Genel anlamda mutlak ve özel olarak mutlak değerler, insan aklının sınırları dışındadır. İnsan aklı için, insan davranışlarının meşrulaştırma problemi olarak adalet sorununun koşulsal, yani göreceli bir çözümü mümkündür.

Ancak mutlak bir meşrulaştırma ihtiyacı, her türlü rasyonel düşünceден daha kuvvetli görünmektedir. Bu nedenle, insanoğlu bu ihtiyacın tatminine, din ve metafizik yoluyla ulaşmaya çalışmaktadır. Bu da mutlak adaletin bu dünyadan öteki dünyaya havale edildiği anlamına gelir. Mutlak adalet, insanüstü varlığın, yani özellikleri ve işlevleri, tanımı gereği insanın idrakine açık olmayan Tanrı'nın zorunlu bir özelliği ve onun gerçekleştirilmesi de Tanrı'nın zorunlu bir işlevidir. İnsan, Tanrı'nın varlığına inanmak zorundadır ve bu da mutlak adaletin varlığına inanmak anlamına gelir; ancak insan bunu anlamaya muktedir değildir. Adalet sorunun bu metafiziksel çözümünü kabul etmeyenler ve yine de mutlak değerler düşüncesinde ısrar edip onları, rasyonel-bilimsel bir şekilde belirleyebileceğini umanlar, kendilerini bir yanılsamayla, yani insanın aklından mutlak değerlerin türetilabileceği bazı temel ilkeleri bulmanın olanaklı olduğu fikriyle, kandırmaktadırlar. Fakat gerçekte bu değerler, son tahlilde, buna inanan insanların aklının duygusal unsurlarıyla belirlenmektedir. Bu mutlak değerlerin belirlenmesi ve özelde bu şekilde elde edilen adalet idesi tanımı, her türlü toplumsal düzenin adil olarak meşrulaştırılabileceği boş reçetelerden başka bir şey değildir.

Bu nedenle, en eski zamanlardan günümüze kadar tanımlanagelen birçok adalet öğretisi, kolaylıkla iki temel türe indirgenebilir: metafiziksel-dinsel ve rasyonel, ya da daha tam ifadesiyle, rasyonelimsi adalet anlayışları.

IV

Metafiziksel türün en tipik temsilcisi Eflatun'dur. Onun bütün felsefesinin temel sorunu adalettir ve bu sorunun çözümü için o, meşhur *idealar* düşüncesini geliştirmiştir. İdealar, idealar dünyasında var olan aşkın varoluşlardır. Onlar, bu dünyada gerçekleştirilmesi gereken, ama hiçbir zaman tam olarak gerçekleştirilemeyecek olan, mutlak değerlerdir. Diğer bütün düşünceleri önceleyen ve diğer bütün düşüncelerin geçerliliğini aldığı temel idea, mutlak iyi ideasıdır. Eflatun'un felsefesinde bu ideanın oynadığı rol, Tanrı'nın herhangi bir dinin teolojisi için oynadığı rolün tamamen aynısıdır. Mutlak iyi ideası, Eflatun'un bütün diyaloglarının kavranmasını amaçladığı, adaleti ima eder. Ada-

letin ne olduğu sorusu, iyi'nin ne olduğu sorusuyla örtüşür. Eflatun, bu soruya rasyonel bir biçimde yaklaşmak için sayısız çaba sarf eder, fakat hiçbiri nihai sonuca götürmez. Bir tanıma ulaşılabilecek gibi olsa, Eflatun hemen, bunun kesin olmadığını, daha fazla araştırmanın gerekli olduğunu söyler. Eflatun sıklıkla, ona hâkim olanın ideaları kavramasını sağlayacak, daha doğrusu idealara yönelik bir fikir verecek belirli bir soyut düşünme -sözde diyalektik- yönteminden bahseder. Ancak kendisi, diyaloglarında bu yöntemi uygulamaz; en azından bize, bu diyalektik kavramanın sonuçlarını bildirmez. Üstelik mutlak iyi ideası konusunda, onun bütün rasyonel kavrayışın ötesinde olduğunu açıkça ifade eder. Felsefesinin içsel güdülerini sunduğu VII. Epistle'inde Eflatun, mutlak iyi görüşünün, yalnız belirli bir tasavvufi tecrübeyle mümkün olduğunu ve buna da sadece belirli sayıda (birkaç) kişinin kutsal lütufla ulaşabileceğini, ancak bu belirli sayıda kişinin tasavvufi görüşünün nesnesini, yani mutlak iyiyi, (insana ait) bir dilin sözcükleriyle betimlemenin mümkün olmadığını belirtir. Bu nedenle, adalet nedir sorusuna bir cevap (vermek) mümkün değildir. Çünkü adalet, Tanrı'nın (eğer gerçekten öyleyse), sadece birkaç seçilmiş kişiye vahyettiği ve o kişilerin diğerlerine aktaramadığı bir sırdır.

Eflatun'un adalet felsefesinin, temel ilgisi adalet olan İsa'nın öğretisine ne kadar yakın olduğunu görmek ilginçtir. Tevrat'ın, adaletin intikam olduğu yönündeki ussal cevabını, yani göze göz dişe dil ilkesini reddettikten sonra İsa, yeni adalet öğretisi olarak sevgi ilkesini ilan eder. Kötülüğe kötülükle karşılık vermeyin, haksızlığa direnmeyin, diğerlerini yargılamayın, kötülük yapın, hatta düşmanlarınızı bile sevin. Bu adalet anlayışı, gerçekte kurulabilecek her türlü toplumsal düzenin uzağındadır, zira bu adalet anlayışının özü olan sevgi açıkça, sevgi olarak nitelendirdiğimiz insan içgüdüleri değildir. Bu durum, sadece düşmanını sevmenin insanın doğasına aykırı olmasından değil, fakat aynı zamanda İsa'nın, kadını ve erkeği, ana-babayı ve çocukları birleştiren insani sevgiyi kesin olarak reddetmesinden ötürü de böyledir. Cennet Krallığına girmek isteyen herkes, evinden, eşinden, kardeşlerinden, ailesinden ve çocuklarından vazgeçmelidir. İsa öyle bir noktaya kadar giderek demiştir ki: "Her kim ki annesinden, babasından, çocuklarından ve kardeşlerinden nefret etmeksizin bana gelirse, o benim müridim olamaz." İsa tarafından öğretilen sevgi insanı bir sevgi değildir. Onun öğrettiği sevgi, insanı, Cennetteki Tanrısı

kadar mükemmel yapması gereken sevgidir; o Tanrı ki güneşi, fark gözetmeksizin iyinin ve kötünün üzerine doğurur; yağmuru, dürüst ve günahkârın üstüne yağdırır. O, Tanrı'nın sevgisidir ve onun, Kıyamet Gününde günahkâr olanlara verilecek olan acımasız ve ebedi cezaya ve bu nedenle de en derin korku olan Tanrı korkusuna uygun olduğu sanılır. İsa, bu çelişkileri açıklamadı ve açıklayamazdı, çünkü bu çelişkiler sadece sınırlı insan aklı için birer çelişkiydi, yoksa insanın bilemeyeceği, mutlak olan Tanrı aklı için değil. Bu nedenle, Hıristiyanlığın ilk teologu Aziz Paul, bu dünyanın bilgeliğinin Tanrı için saçmalık olduğunu; mantıksal-akılsal olan kavrayışın, yani felsefenin, Tanrı'nın mistik bilgeliğinde saklı olan kutsal adalet için bir yol olmadığını; adaletin Tanrı'dan, sevgiyle hareket eden iman yoluyla geldiğini öğretmiştir. Aziz Paul, İsa'nın yeni adalet öğretisi olan Tanrı sevgisini devam ettirir. Fakat o, İsa'nın öğretisi olan sevginin, bizim kavrayışımızın ötesinde olduğunu da itiraf eder. O, imanın diğer bir sürü sırlarından biridir.

V

Adalet kavramını insan aklı yoluyla tanımlamaya çalışarak soruya cevap vermeye çalışan rasyonel tür, bütün milletlerin genel bilgeliğinde temsil edildiği gibi bazı ünlü felsefi sistemlerde de temsil edilir. Eski Yunan bilgilerinden birine atfedilen meşhur özdeyişe göre adalet, herkese hakkını vermektir. Bu tanım, birçok seçkin düşünür ve özellikle hukuk felsefecileri tarafından kabul edilmiştir. Ancak bu tanımın boş bir reçete olduğunu göstermek kolaydır, zira asıl belirleyici soru olan, herkesin hakkının ne olduğu, cevaplanmamış olarak durmaktadır. Bu nedenle bu tanım, sadece bu sorunun, örf-adet veya yasama tarafından oluşturulmuş hukuki veya ahlaki (yani pozitif hukuk ya da toplumsal ahlak) bir düzen tarafından çözüme kavuşturulmuş olması halinde uygulanabilir. Bu yüzden, söz konusu tanım, böyle herhangi- kapitalist veya komünist, demokratik veya otokratik- bir toplumsal düzeni meşrulaştırmak için kullanılabilir. Bu durumda ise, söz konusu toplumsal düzen, belki kabul görmesini açıklayacaktır, ancak o, pozitif hukuk ya da genel ahlak tarafından garanti edilen göreceli değerlerden farklı olan 'mutlak bir değer olarak adalet'in tanımı bakımından, yararsız bir açıklama olacaktır.

Aynı şey, adaletin özü olarak sunulan temel ilke olan 'aynı olanlara aynı', yani, iyilik için iyilik, kötülük için kötülük (karşılıklılık ilkesi) bakımından da geçerlidir. Bu ilke, iyi ve kötü olan nedir sorularının cevabının belli olduğu varsayılmadığı sürece anlamsızdır. Ancak, bu sorunun cevabı öyle hiç de açık değildir, zira iyilik ve kötülük ideası, farklı insanlar için ve farklı zamanlarda birbirinden farklıdır. Karşılıklılık ilkesi sadece pozitif hukukun, suç kötülüğüne karşı yaptırım kötülüğüyle cevap veren belirli bir tekniğini ifade eder. Bunun için, herhangi bir pozitif hukuk düzeni, bu ilkeye uygun düşer. Ancak adalet sorunu, suç kötülüğüne yaptırım kötülüğü bağlayan bir pozitif hukuk düzeninin adil olup olmadığı; yasakoyucunun, topluma karşı kötülük olarak düşündüğü bir davranışa, toplumun gerçekten adil karşılık verip vermediği ve toplumun, o kötü davranışa karşılık olarak gösterdiği yaptırımın uygun olup olmadığı meselesidir. Tam da hukukun adaleti olan bu soruna, karşılıklılık ilkesi hiçbir şekilde cevap olamaz.

'Aynı olanlara aynı' anlamına geldiği müddetçe karşılıklılık, adaletin özü olarak da sunulan eşitlik ilkesinin bir sürü değişkeninden biridir. Bu adalet fikri, insanların, doğası gereği eşit oldukları varsayımından kaynaklanır ve her insana eşit şekilde davranılması gerektiği önermesiyle sonuçlanır. Ancak varsayımın kendisi açıkça yanlış olduğu için, yani insanlar gerçekte birbirinden farklı oldukları için, bir başka ifadeyle iki insan gerçekten birbiriyle eşit olmadığından bu önermenin tek olası anlamı, bir toplumsal düzenin, insanlara haklar bahşederken ya da görevler yüklerken sadece bazı farklılıkları, hepsini değil, göz ardı etmesi gerektiği olabilir. Buna göre, çocuklara yetişkinler gibi muamele etmek, akıl hastası insanlara akıl sağlığı yerinde olanlarla aynı muamelede bulunmak abes olacaktır. Ancak, göz önünde bulundurulması ya da bulundurulmaması gereken farklılıklar nelerdir? Bu temel belirleyici sorudur ve eşitlik ilkesi bu soruya bir cevap olamaz. Bu sorunu çözüme kavuştururken, var olan hukuki düzenler birbirinden esaslı bir biçimde ayrılmaktadır. Doğru, hepsi bazı farklılıkların göz ardı edilmesi gerektiğinde mutabıktır. Ancak göz ardı etmedikleri farklılıklar bakımından, yani haklar bahşetmede ve görevler yüklemekte dikkate alınan farklılıklar bakımından, birbiriyle bütünüyle örtüşen iki hukuk sistemi bulmak zordur. Örneğin, bir hukuki düzene göre sadece erkekler siyasi haklara sahipken, kadınlar bundan yoksundur.

Diğerine göre her ikisi de bu haklara sahiptir, ancak sadece erkekler askerlik hizmetiyle yükümlüdür. Bir üçüncü hukuk düzenine göre ise, cinsiyet farklılığının bu konuda (askerlik hizmeti) herhangi bir hukuki etkisi yoktur. Peki, bu hukuk düzenlerinden hangisi adildir? Eğer bir kimse dine kayıtsız ise, o durumda dini farklılığın alakasız olduğunu düşünmeye meyilli olacaktır. Ancak eğer biri derin ve kökten dini inançlara sahipse, o durumda kendi inancını paylaşanlarla- ki bu ona göre tek doğru inançtır- başka bir dine inansın ya da inanmasın, bütün diğerleri arasındaki farklılığı diğer bütün farklılıklardan daha önemli olarak değerlendirecektir. Böyle biri eşitlik ilkesini, sadece eşit olanlara eşit davranılması gerektiği biçiminde yorumlayacaktır. Ve aslında eşitlik ilkesinin anlamı da budur. O zaman, asıl soru, 'eşit olan nedir?' olacaktır ve bu soru, eşitlik ilkesi tarafından cevaplanamaz. Bunun için, bir pozitif hukuk düzeni, pratik sonuçları olması bakımından boş olan eşitlik ilkesiyle çelişmeksizin, herhangi bir farklılığı, insanlar arasındaki farklı muamelenin dayanağı yapabilir.

Hukuk yaratan otoriteye yönelen bir varsayım olarak eşitlik ilkesi, yani hukuktaki eşitlik, somut olaylara hukuk kurallarını uygulayan organlara yöneltilen hukuk önündeki eşitlik ilkesiyle karıştırılmamalıdır. Buna göre, hukuk uygulayıcısı organlar (mahkemeler), bir davayı karara bağlarken, hukukta hesaba katılmamış olan bir farklılık yaratamazlar. Yani, mahkemeler, kendi anlamına uygun olarak uygulanması gereken hukuku uygulamalıdır. Bu, her hukuk düzeninde içsel olarak var olan, yasaya uygunluk veya yasallık ilkesidir. Bu, bazen hukuka göre adalet olarak da anılmaktadır. Fakat aslında, bunun adaletle hiçbir ilgisi yoktur.

Eğer emek ve ürün arasındaki ilişkiye uygulanırsa eşitlik ilkesi, şu kurala varılır: "Eşit miktarda emek için, eşit miktarda ürün." Karl Marx'a göre bu, kapitalist toplumsal düzenin temelinde yer alan adalet fikridir; bu ekonomik sistemin sözde eşit kuralıdır. Gerçekte ise, eşitliğin ihlali ve bu nedenle adil olmayan bir kuraldır. Çünkü aslında eşit olmayan insanlara, eşit davranılmaktadır. Eğer güçlü biriyle zayıf biri aynı miktarda emeğe karşılık aynı miktarda ürün alıyorsa, eşit miktarda ürün, gerçekte eşit olmayan miktarda emeğe karşılık veriliyor demektir. Gerçek eşitlik, dolayısıyla görünürde değil gerçek adalet, sadece, "herkese kapasitesine ve herkese ihtiyacına göre" ilkesinin hakim olduğu komünist bir ekonomik sistemde sağlanabilir. Eğer bu

ilke, üretim sisteminin merkezi bir otorite tarafından düzenlendiğini varsayan planlı bir ekonomik sistemde uygulanacak olursa; herkesin kapasitesi nedir, bir kimse ne tür bir iş için uygundur, ondan ne kadar miktar emek beklenebilir gibi sorular ortaya çıkar. Bu soruların, her bir bireyin kendi öznel değerlendirmesiyle cevaplanamayacağı, fakat toplumsal otorite tarafından benimsenen genel kurallara uygun olarak toplumun yetkili organları tarafından kararlaştırılması gerektiği akla yatkındır. O halde de şu soru belirir: "Giderilmesi gereken ihtiyaçlar nelerdir?" Açıktır ki merkezi bir güç tarafından planlanan ve yönlendirilen üretim sistemi, sadece ihtiyaçları giderilecek olanlar için çalışmaktadır. Marx'ın da onayladığı gibi, geleceğin komünist toplumunda üretim güçleri büyümelidir ve toplumsal refahın bütün kaynakları tam kapasite çalışmalıdır, giderilecek ihtiyaçların seçimi ve onların giderilme oranı, bütünüyle her bir bireyin öznel isteklerine bırakılamaz. Bu mesele de, toplumsal otorite tarafından genel normlara göre karara bağlanmalıdır. Bu nedenle komünist adalet ilkesi, 'herkese hak ettiğini ver' formülü gibi, uygulanması için zorunlu olan sorulara, kurulu bir toplumsal düzen tarafından verilecek olan cevapları varsaymaktadır. İlgili sorulara nasıl cevap vereceğini hiç kimsenin öngöremeyeceği bir düzen tarafından, yoksa ne tür olursa olsun herhangi bir düzen tarafından değil, cevap verileceği doğrudur. Dikkate alınan bu olgu doğrultusunda, komünist adalet ilkesi, eğer gerçekten böyle bir ilke olmak iddiasındaysa, şu kurala tekabül eder: "Herkes komünist düzen tarafından belirlenen kapasitesine göre ve herkese, aynı şekilde, o düzen tarafından belirlenen ihtiyaçlarına göre." Bu toplumsal düzenin her bir bireyin kapasitesini, kendi öznel değerlendirmesiyle uyumlu olarak tanıyacağı ve kendi öznel isteklerine göre bütün ihtiyaçlarını gidermeyi garanti edeceği ve böylelikle kolektif ve bireysel çıkarların tam bir uyumunun ve böylelikle, bu düzen tarafından oluşturulan toplum içinde sınırlanmamış bireysel özgürlüğün sağlanacağı ütopyik bir yanılsamadır. Bu, Marx'ın da kehanette bulunduğu gibi, tipik bir Altın Çağ ütopyasıdır; sadece dar ufuklu burjuva hukukunun değil, fakat aynı zamanda, çıkar çatışması olmayacağı için çok daha geniş bir adalet ufkunun bütünüyle üstesinden gelineceği bir cennettir.

Eşitlik ve karşılıklılık ilkelerinden çok da farklı olmayan bir kural, 'başkalarına, kendine davranılmasını istediğin gibi davran ya da

başkalarına kendine davranılmasını istemediğin şekilde davranma' olan altın kuraldır. Herkesin, başkalarının kendisine yapmasını istediği şey, haz ve yapmasını istemediği şey de acı vermesidir. Bu nedenle altın kural şu norma eşittir: "Başkalarına haz ver, acı verme." Ancak, başkasına acı vermenin, birinin zevki olduğu sıklıkla vuku bulmaktadır. Eğer bu altın kuralın ihlali ise, o halde şu soru ortaya çıkmaktadır: "Böyle bir ihlali mümkün olduğu ölçüde önlemek için, ihlal edene ne yapılmalıdır?" Bu, adalete ilişkin bir sorudur. Eğer, hiç kimse başkasına acı vermeyecek olsaydı, adalet diye bir sorun da olmazdı. Eğer ihlal durumlarına uygulanacak olursa, altın kuralın abes bir sonuca götürmesi gerektiği açıktır: çünkü hiç kimse, bir suç bile işlese, cezalandırılmak istemez. Bundan ötürü altın kurala göre, hiç kimse suç işlememelidir. Bir kimse, diğerleri kendine yalan söylediğinde hiç de umursamayabilir, zira o, doğru ya da yanlış kendini doğruyu bulacak ve yine kendini yalancıdan koruyacak kadar akıllı sanmaktadır. O zaman, altın kurala göre bu kimse yalan söyleyebilecektir. Lafzıyla ele alındığında altın kural, ahlakın ve hukukun ortadan kaldırılmasıyla sonuçlanır. Ancak onun amacının, toplumsal düzenin ortadan kaldırılması değil, tersine sürdürülmesi olduğu açıktır. Eğer amacına uygun olarak yorumlanırsa altın kural, bu kuralın sözcüklerinin iddia ettiği gibi, doğru davranışın (insanların doğru davranışı, diğerlerinden beklediği davranış) sadece öznel ölçüt belirlememelidir; böyle bir ölçüt, herhangi bir toplumsal düzenle bağdaşmaz. Altın kural nesnel bir kıstas göstermelidir. Onun doğru anlamı: "Diğerlerine, diğerlerinin sana davranması gerektiği gibi davran." Ancak onlar nasıl davranmalı? Bu, adalete ilişkin bir sorudur. Bu soruya cevap altın kural tarafından verilmeyebilir, fakat varsayılır; cevap, adil veya gayri adil, kurulu bir toplumsal düzen tarafından verilir.

VI

Altın kuralın sözcüklerinde ima edilen doğru davranışın öznel ölçütü yerine, nesnel ölçüt getirilirse, yani eğer altın kuralın anlamı, her bir birey, diğerlerine, diğerlerinin kendine davranması gerektiği gibi davranmalı, olursa, o halde bu kural şu ilkeye eşittir: "Toplumsal düzenin genel normlarına uygun davran." Bu şekilde yorumlanan altın kuralın, Alman filozof Immanuel Kant'ın ahlak felsefesinin zorun-

lu sonucu ve adalet sorununa onun çözümü olan kategorik emperatif formülasyonunun esin kaynağı olduğu açıktır. Bu şu şekilde belirtilebilir: “Sadece, aynı zamanda evrensel olmasını istediğin kanun doğrultusunda davran.” Bunun anlamı; birinin davranışlarının sadece, o kişinin herkesi bağlamasını istemesi gereken ilkelerle belirlenmesi gerektiğidir. Ancak, herkesi bağlamasını istememiz gereken bu ilkeler nelerdir? Bu soruya kategorik emperatifin, tıpkı model aldığı altın kuralın olduğu gibi, bir cevabı yoktur.

Kant’ın, kategorik emperatifin uygulanmasını göstermeye çalıştığı somut örnekler, geleneksel ahlakın veya kendi döneminin pozitif hukukunun kaideleridir. O örnekler, kategorik emperatif düşüncenin iddia ettiği gibi bu ilkedan çıkarılmazlar, çünkü hiçbir şey bu boş formülasyondan çıkarılamaz. Onlar sadece, kategorik emperatifle uyumlu olduğunu kanıtlar ve kurulu bir toplumsal düzenin herhangi bir kaidesi, bireylerin genel normlara uygun olarak davranması gerektiğini söylemek dışında başka bir şey söylemeyen bu ilkeyle uyumludur. Bunun için, kategorik emperatif, tıpkı, “herkese hak ettiğini ver” kuralı ya da altın kural gibi, herhangi bir toplumsal düzenin meşrulaştırılmasının aracı olarak hizmet edebilir. Bu olasılık, bu formülasyonların bahsedilen boş niteliklerine rağmen, ya da daha iyisi onlar sayesinde, neden hala ve belki de her zaman, adalet sorununa tatmin edici birer cevap olarak kabul edileceklerini açıklamaktadır.

VII

Adaleti, akla dayalı olarak bilimsel ya da yarı-bilimsel bir şekilde tanımlamaya dair nafile çabaların bir diğer tipik örneği Aristo’nun etiğidir. Bu etik, adaletin en üst ve mükemmel erdem olduğu bir erdemler sistemini hedefler. Aristo bizi, ahlaki olarak ‘iyi’ anlamına gelen ‘erdem’i tanımlayan, matematiksel-geometrik, yani bilimsel bir metot bulduğuna inandırır. Bu bağlamda Aristo ifade etmektedir ki, tıpkı bir geometricinin bir çizginin iki ucuna eşit uzaklıktaki noktayı bulabileceği gibi, ahlak uzmanı da aradığı erdemi bulabilir. Bu nedenle erdem, biri eksiklik/yoksunluk diğeri de aşırılık olan ‘kötü’lerin (kötülüklerin) iki uç noktası arasındaki orta durumdur/noktadır. Buna göre örneğin cesaret erdemi, korkaklıkla korkusuzluk arasındaki orta noktadır. Bu, Aristo’nun meşhur ölçülülük/orantılılık

öğretisidir. Bir geometrici bir çizgiyi, ancak uçtaki iki noktası verilmişse eşit olarak ikiye bölebilir ve eğer bu iki nokta verilmişse, çizginin orta noktası, bu iki uç nokta tarafından önceden belirlenmiştir. Bu sebeple Aristo, bu geometrik yöntemiyle aradığı erdemi sadece iki kötü(lük)/ahlaksızlık verilmişse bulabilir. Ancak, eğer kötü(lük)lerin ne olduğunu biliyorsak, erdemlerin de ne olduğunu zaten biliriz, çünkü bir erdem, bir 'kötü'nün karşıtıdır. Eğer sahtekârlık bir kötü(lük)/ahlaksızlık ise, doğruluk/dürüstlük bir erdemdir. Ve gerçekten de Aristo, 'kötü'nün varlığını sorgulamadan kabul etmektedir. O, kendi döneminin geleneksel ahlak anlayışının 'kötü (lük) olarak damgaladığı şeyleri, kötü(lük) olarak aşikâr kabul etmektedir. Bu da, ölçülülük etiğinin, bir 'kötü'nün veya ahlaksızlığın ve sonuç olarak 'iyi'nin veya 'erdem'in ne olduğunu tespit etmek olan kendi sorununu sadece çözer gibi yapması anlamına gelmektedir. Zira iyi veya erdem, kötü(lük) veya ahlaksızlık tarafından içerilmektedir. Bu öğretisi, sorunun çözümünü başka bir otoriteye, bir toplumsal düzen tarafından kurulan genel ahlaka veya pozitif hukuka bırakmaktadır. Ölçülülük/orantılılık ilkesinde kurulu toplumsal düzeni varsaymakla Aristo'nun etiği, genel ahlakı ve pozitif hukuku meşrulaştırmaktadır. Bu yüzden aslında, 'çok fazla' ya da 'çok az' olanı; kötü ya da yanlışın uç noktalarını ve böylelikle 'iyi' ya da 'doğru' olan orta noktayı Aristo'nun felsefesi değil, bu genel ahlak ve pozitif hukuk belirlemektedir. Verili bir toplumsal düzeni bu şekilde meşrulaştırmanın altında, boş tolojinin gerçek ve son derece muhafazakâr olan işlevi yatmaktadır ki bunu, orta nokta formülüne yöneltilen eleştirel analiz ortaya çıkarır.

Adalet meselesine uygulanmasında, orta nokta formülünün tolojik karakteri daha açık bir şekilde görülür. Aristo, adil davranışın, adaletsizlik yapmakla adaletsizlikten ıstırap çekme arasında bir orta nokta olduğunu söyler, çünkü (ona göre) ilki çok fazlaya sahip olmak anlamına gelirken, ikincisi çok aza sahip olmak demektir. Bu noktada, erdemini iki kötü arasındaki orta nokta olduğu yönündeki formülasyon, sadece bir söylem şekli olarak bile faydasızdır, zira yapılan adaletsizlikle ıstırap duyulan adaletsizlik, iki farklı 'kötü'lük değildir; onlar tek bir kötülüktür ve adalet açıkça onların tam tersidir. Belirleyici soru olan adaletsizlik nedir, bu formülasyon tarafından cevaplandırılmamaktadır. Onun yerine, cevap konusunda varsayımda bulunulmakta ve Aristo, kendi zamanında var olan ahlak ve hukuk düzenine

göre adaletsiz olanı adaletsiz saymaktadır. Ölçülülük öğretisinin gerçek işlevi, iddia edildiğinin tersine adalet kavramını belirlemek değil, fakat kurulu toplumsal düzenin geçerliliğini onaylamaktır ve bu son derece önemli politik başarı bu öğretiyi, onun bilimsel olarak faydasız olduğunu kanıtlayan eleştirel bir analize karşı korumuştur.

VIII

Metafiziksel ve aynı zamanda rasyonel tarzdaki hukuk felsefesi, onyedinci ve onsekizinci yüzyılda hâkim olan, ondokuzuncu yüzyılda bastırılmış olmasına rağmen günümüzde tekrar önem kazanan bir düşünce okulu tarafından temsil edilmektedir. Bu, doğal hukuk öğretisidir. Bu öğreti, insan ilişkilerinin, genel anlamda doğadan veya akılla donatılmış olan insan doğasından kaynaklanan mükemmel bir şekilde adil düzenlemesinin mümkün olduğunu ileri sürer. Burada doğa, yasakoyucu olarak anlaşılır. Doğanın analiz edilmesinden biz, adil insan davranışlarını emreden ve her yerde mevcut olan normlara ulaşırız. Eğer doğanın Tanrı tarafından yaratıldığı düşünülürse, doğada her yerde mevcut olan normlar, yani doğal kanunlar da, Tanrı'nın iradesinin ifadesidir. O halde doğal hukuk öğretisi, metafiziksel bir karaktere sahiptir. Ancak eğer doğal hukuk, akılla donatılmış olan insan doğasından çıkarılacak olursa ve eğer insan aklında içsel olarak var olan adalet ilkesinin, insan aklının analiz edilmesiyle keşfedilebilir olduğu düşünülürse, o durumda, doğal hukuk öğretisinin rasyonel bir nitelik taşıdığını iddia edilebilir. Bilim perspektifinden ne biri ne de diğeri savunulabilir.

Nedensellik ilkesine göre biri diğerine bağlı olan bir olgular sistemi olarak doğa, bir iradeye sahip değildir. Bu nedenle (doğa) belirli insan davranışı emreder. Olgulardan, yani gerçekten var olan ya da yapılanlardan, olması ya da yapılması gerekene dair hiçbir çıkarımda bulunulamaz. Doğal hukuk öğretisi, doğadan insan davranışlarına ilişkin normlar çıkarmaya çalıştığı sürece, mantıksal bir yanlışa dayanacaktır.

Aynı sonuç insan aklına ilişkin olarak da geçerlidir. Davranış emreden normlar ancak insan iradesinden kaynaklanabilir, insan aklından değil. Bu nedenle, insanın belli bir yönde davranması gerektiği-

ne dair ifadeye ancak, insan iradesiyle o davranışı emreden bir norm belirlenmiştir koşulu altında insan aklıyla ulaşılabilir. İnsan aklı, bu davranışı anlayabilir ve tanımlayabilir, ancak onu emredemez. İnsan aklında, insan davranışlarına dair normları bulmak, o davranışları doğadan çıkarsamakla aynı yanılısamaya tekabül eder.

Bu sebeple, doğal hukuk öğretisi takipçilerinden bazılarının, doğadan adaletin bir sürü çelişkili ilkesini çıkarsaması veya bunları insan aklında bulmaları hiç de şaşırtıcı değildir. Bu öğretinin önde gelen temsilcilerinden biri olan Robert Filmer'e göre, mutlak monarşi otokrasisi tek doğal, yani adil yönetim biçimidir. Bir diğer önemli filozof John Locke ise, aynı yöntemle mutlak monarşinin aslında bir yönetim biçimi bile olmadığını ve sadece demokrasinin o şekilde düşünülebileceğini, çünkü sadece demokrasinin doğanın amacını karşıladığını kanıtlamıştır. Bu okula mensup birçok yazar, kapitalist sistemin temeli olan özel mülkiyetin doğal ve kutsal bir hak olduğunu iddia etmişlerdir, zira buna göre özel mülkiyet doğrudan doğa veya akıl tarafından insana bahşedilmiştir ve bunu takiben de komünizmin doğaya ve aklı karşı bir suç olduğu ileri sürülmüştür. Ancak, özel mülkiyetin kaldırılması ve tek adil örgütlenme olarak komünist bir toplumsal düzenin kurulması yönündeki propaganda da onsekizinci yüzyılda ve ondokuzuncu yüzyılın başında aynı doğal hukuk öğretilerine dayanmıştır.

IX

Eğer düşünce tarihi bir şey ispatlamışsa, bu da rasyonel bir düşünceyle insan davranışının mutlak doğru standardını- ki bu insan davranışı standardı, tek adil standart ve karşıt standardın da adil olabileceğini dışlayan bir standart olarak anlaşılır- kurmaya yönelik çabaların boşuna olduğudur. Eğer geçmişin entelektüel deneyiminden öğrenebileceğimiz bir şey varsa, o da sadece göreceli değerlerin insan aklınca ulaşılabilir olduğudur, yani bir şeyin adil olduğuna yönelik değerlendirme, karşıt değerlendirmenin mümkün olduğunu dışlama iddiasıyla yapılamaz. Mutlak adalet, irrasyonel bir idealdir ya da -aynı anlama gelen, bir yanılısamadır; insanlığın ebedi yanılısaması. Rasyonel kavrayış perspektifinden insanların sadece çıkarları ve bu nedenle çıkar çatışmaları vardır. Bu çatışmaların çözümü ya bir çıkarı diğeri pahasına tatmin etmekle ya da çatışan çıkarlar arasında bir uzlaşmayla

sağlanır. Sadece biri ya da diğèrinin adil çözüm olduğunu kanıtlamak mümkün değildir. Bazı koşullar altında biri, diğè koşullar altında öteki adil olabilir. Eğer toplumsal barışın nihai amaç olduğu düşünülürse ve sadece o zaman, uzlaşmaya dayalı çözüm adil olabilir, fakat barışın adaleti, sadece görece, yani mutlak olmayan bir adalettir.

X

O halde, bu göreceli adalet felsefesinin etiği nedir? O gerçekten bir ahlak içerir mi? Görecelilik, ahlakdışı, dahası bazen iddia edildiği gibi ahlaksızlık değil mi? Görecelilik, ahlaki sorumlulukla uyumsuz değil mi? Tam tersi! Ahlaki ilkelerin yalnız görece değerler olduğu düşünçesi, onların hiçbir şekilde değer oluşturmadığı anlamına gelmez. Bu, sadece tek bir ahlaki sistemin olmadığı, fakat birbirinden farklı sistemlerin olduğu anlamına gelir ve sonuç olarak, onlar arasında bir tercihte bulunulması gerekir. Bu nedenle görecelilik, bireylere, kendisi için doğru ve yanlış olanın ne olduğuna karar vermek için zor bir görev yükler. Elbette bu, insanın tahayyül edebileceği çok ağır bir sorumluluğu ve hatta en ağır ahlaki sorumluluğu ifade eder. Eğer insanlar bu sorumluluğu taşımak için çok zayıfsa, onlar bu sorumluluğu taşıma görevini kendi üstlerinde bir otoriteye -bir yönetime ve son keredede Tanrı'ya- yüklerler. İşte o durumda artık seçimleri yoktur. Ahlaki olarak kendinin efendisi olmaktansa üstün bir gücün verdiği emre itaat etmek daha kolaydır. Kişisel sorumluluk korkusu, göreceliliğe karşı gösterilen tutkulu direncin en güçlü itkilerinden biridir. Görecelilik, ahlaki olarak daha azı gerektirmesinden dolayı değil, fakat aslında daha fazlayı gerektirmesinden dolayı reddedilir ve daha da kötüsü, yanlış yorumlanır.

Göreceli adalet felsefesiyle ilgili olan belirli ahlak ilkesi, hoşgörü ilkesidir ve bu ilke, diğèlerinin siyasi fikirlerine ve dini inançlarına karşı, onları kabul etmeksizin, fakat onların özgür olarak ifade edilmesini engellemeyerek, anlayışlı olmayı ifade eder. Göreceli bir adalet felsefesiyle mutlak hoşgörünün övülemeyeceği; sadece barışı garanti eden ve düzene tabi olanlar arasında güç kullanılmasını engelleyen ve yasaklayan, ancak fikirlerin barışçıl bir şekilde ifade edilmesini engellemeyen ve yasaklamayan bir kurulu hukuk düzeni içindeki hoşgörünün benimsenmesi akla yatkındır. Hoşgörü, düşünce özgürlüğüdür.

En yüksek ahlaki idealler, onlar için savaşanlara gösterilecek hoşgörü-süzlükle riske atılmıştır. İspanya Engizisyonu'nun, Hıristiyanlığı savunmak için atışe verdiği direklerin üzerinde sadece kâfirlerin bedenleri yakılmadı, fakat aynı zamanda İsa'nın en yüce kaidelerinden biri de feda edildi. "Başkalarını yargılamayın ki siz de yargılanmayın." Onyedinci yüzyılın dini çatışmaları boyunca, eziyet edilen kilise/cemaat, eziyet eden kilise/cemaatle sadece, bir diğer kilise/cemaati yok etme isteğiyle anlaşınca, insan aklının en büyük özgürleştiricilerinden biri olan Pierre Bayle, kurulu bir dini ya da siyasal düzeni savunmanın en iyi yolunun muhalifleri bastırmak olduğunu düşünenlere yönelik olarak şöyle söylemişti: "Hoşgörü değil, fakat hoşgürsüzlüktür düzenin bozulmasına neden olan." Eğer demokrasi adil bir yönetim biçimiye o, özgürlük demek olduğu için ve özgürlük de hoşgörü demek olduğu için öyledir. Eğer demokrasi hoşgürülü olmayı bırakırsa, demokrasi olmaktan da çıkar. Ancak demokrasi, antidemokratik yönelimlere karşı mücadelesinde hoşgürülü olabilir mi? Antidemokratik fikirliilerin barışçıl ifadelerini baskı altına almadığı sürece olabilir. Demokrasi kendini otokrasiden tam da bu hoşgörü sayesinde ayırır. Otokrasiyi reddetmeye ve demokratik yönetim modelimizle gurur duymaya hakkımız vardır, ta ki bu ayrımı devam ettirdiğimiz sürece. Demokrasi, kendisi olmaktan vazgeçerek kendini savunamaz. Ancak, bir yönetimi devirmeye kalkışma girişimini güç kullanarak önlemek ve bastırmak, her yönetimin hakkıdır ve bunun genel olarak demokrasi ilkesiyle ve özelde de hoşgörüyle herhangi bir ilgisi yoktur. Bazen düşüncelerin sadece ifadesiyle, güç kullanma hazırlıkları arasında açık bir sınır çizmek zor olabilir, fakat böyle bir sınırı bulmak olasılığı, demokrasinin devam ettirilmesi olasılığına bağlıdır. Böyle bir sınır, bazı riskler gerektirebilir, fakat böyle risklerden geçmek, demokrasinin özü ve onurudur ve eğer demokrasi böyle risklere dayanamazsa, savunulmaya da değmeyecektir.

Demokrasi doğası gereği özgürlük ve özgürlük de hoşgörü demek olduğu için, bilimce savunulabilir başka hiçbir yönetim modeli yoktur. Çünkü bilim, ancak eğer özgürse gelişebilir ve bilim, sadece dışsal bir özgürlük, yani siyasal etkilerden bağımsız olma hali değil de, aynı zamanda bilim içinde de özgürlük varsa, yani argümanların ve karşı argümanların esneklik payı varsa, özgür olabilir. Hiçbir öğreti bilim adına baskılanamaz, zira bilimin ruhu hoşgürüdür.

Bu makaleye adalet nedir sorusuyla başladım ve şimdi makalenin sonunda farkındayım ki onu cevaplamadım. Tek mazeretim, bu konuda en iyi noktada olmam. Okuru, birçok tanınmış düşünürün başarısız olduğu noktada başarılı olduğuma inandırmaya çalışmak küstahlığın da ötesinde bir durum olurdu. Gerçekten de insanlığın özlemini çektiği mutlak adaletin ne olduğunu bilmiyorum ve onun ne olduğunu söyleyemem. Göreceli adaleti kabul etmem gerekiyor ve ben sadece bana göre adaletin ne olduğunu söyleyebilirim. Bilim adamlığı benim mesleğim olduğu ve bu nedenle benim hayatımdaki en önemli şey olduğu için, bana göre adalet, koruması altında 'hakikat' arayışının gelişebileceği bir toplumsal düzendir. O halde benim adalet anlayışım, özgürlük adaleti, barış adaleti, demokrasi adaleti ve hoşgörü adaletidir.

İNŞAATIN YASALLIK KAZANMASI İÇİN MAHKEMENİN TARAFLARA SÜRE VE YETKİ VERMESİ

İlker Hasan DUMAN*

I. Genel Olarak

Bir inşaat imar mevzuatına ve sözleşmeye aykırıdır diye hemen ve kesin olarak sözleşmeden dönülmesine ve inşaatın yıkılmasına olanak verilemez.

Öncelikle imar mevzuatına ve sözleşmeye aykırı inşaatın yasal duruma getirilmesi olanağı bulunup bulunmadığı incelenecektir.

Bu inceleme isteği sözleşmenin ve davanın taraflarından gelmese bile, mahkeme tarafından görevi gereği yapılacaktır.

Bir inşaat imar mevzuatına aykırı olmakla birlikte aykırılığın giderilmesi olanaklıysa, arsa sahibinden alacağını veya haklarını ya da haklılığının saptanmasını isteyen yükleniciye “uygun süre” ve “yetki” vermek gerekir.

Uygun süre ne demektir? Verilen yetkinin kapsamı ne olmak gerekir?

* Avukat, İstanbul Barosu

I. Sözleşmenin veya Davanın Tarafına Süre Verilmesi

Süre, aykırılığın giderilmesini sağlayacak kadar olmalıdır.

Sürenin yeterli olup olmadığı konusunda tereddüt doğarsa, bilirkişiden görüş alınacaktır. Zira yasal duruma getirme iş ve işlemleri çoğunlukla teknik niteliktedir.

Bilirkişiden görüş alarak veya almayarak verilen sürenin uygun olmadığı belirtilerek, mahkemeden ek süre istenebilir.

Mahkeme, ek süre istemini değerlendirirken, bir yandan yetki verilen tarafın yaptığı veya yapması gereken iş ve işlemlerin önemi, karmaşıklığını, parasal maliyetini, zaman alıcı özelliğini dikkate alırken, öte yandan sürüncemede bırakma ve kötü niyetle davranma olasılığını da dikkate alacak, sürüncemeye ve kötü niyete fırsat vermemeyecektir.

Sürenin uygunluğu bazen özellik arzedebilir. Şöyle ki, turistik bölgelerde yaz aylarında inşaat yasağı bulunduğundan, mahkeme süre verirken bu noktaya dikkat edecektir. Bir başka örnek de, belediyenin yeni imar planı çalışmalarının devam ettiğini bildirdiği bir durumda, mahkeme süre verirken imar planı çalışmalarının sonuçlanmasını dikkate alacaktır. Yine Bakanlık deprem veya başka bir gerekçeyle dava konusu inşaatın bulunduğu bölgede inşai faaliyetleri veya inşaat ruhsatlarını geçici bir süre için durdurmuşsa, mahkeme süre verirken bakanlığın işlemini dikkate alacaktır.

II. Davanın veya Sözleşmenin Tarafına Yetki Verilmesi

Mahkemenin davanın veya sözleşmenin tarafına (örneğin, yükleniciye) yetki vermelidir. Yetkinin kapsamı, aykırılığın giderilmesi için gerekli iş, işlem ve çalışmaların yapılmasına olanak verecek nitelikte olmalıdır. O denli yeterli olmalıdır ki, yetki verilen kişi veya kişiler başka bir mahkemede salt bu konuda kendilerine yetki verilmesine yönelik olarak dava açmak zorunda kalmamalıdır.

Yetkinin kapsamı hakkında örnekler verelim:

- İnşaatın yasallık kazanması proje değişikliğini gerektiriyorsa,

yüklenici mahkemenin verdiği yetki ile bu değişikliği gerçekleştirebilmelidir. Özellikle arsa sahibinin proje değişikliği için harekete geçmemesi, vekaletname vermemesi, verilen vekaletnameyi geri alması durumunda mahkemenin vereceği yetki önemli olacaktır.

- İnşaatın yasallık kazanması, arsada bazı alanların belediyeye bırakılması, parsellerin ayrılması veya birleştirilmesi, çekme uzaklığının ayarlanması gibi işlemlerin yapılmasına bağlı ise, yüklenici mahkemenin verdiği yetki ile bu işlemleri gerçekleştirebilmelidir. Özellikle arsa sahiplerinin bu işlemler için harekete geçmemesi, vekaletname vermemesi, verilen vekaletnameyi geri alması, muvafakatname verilmesi gereken durumlarda muvafakatname verilmemesi durumunda mahkemenin vereceği yetki önemli olacaktır.
- İnşaatın yasallık kazanması inşai müdahaleyi gerektiriyorsa, mahkemenin yükleniciye verdiği yetkinin bu müdahaleyi yapmasına olanak vermelidir.
- Yetki kararı, arsa sahiplerinin kötü niyetli ve keyfi tutum ve inatlarına set çekecek bir olanaktır.
- Yüklenicinin bu olanağın değerini bilerek kullanması ne denli önemli ise, yetkinin mahkeme kararına geçmiş olmasından sonra yüklenicinin artık başka kişi, kurum ve kuruluştan olur, onay, temsil belgesi almaya gereksinim duymaması da o kadar önemlidir. Başka bir anlatımla, mahkemenin bu yetkiyi şekilsel bir gereklilik olarak değil, sorunu çözmeye olanak verecek biçimde yetkinin içini doldurması gerekir.

III.Sonuç

Mahkeme, süre ve yetki verme hükmünü içeren Yargıtay bozmasına uyduktan sonra, "yetki" kelimesinin içini doldurmamışsa, başka bir anlatımla süre ve yetkinin kapsamı yüklenicinin inşaatı yasal duruma getirmek için yapması gereken tüm iş ve işlemler ile çalışmaları başlatmasına, sürdürmesine ve sonuçlandırmasına olanak verecek

nitelikte olmaması durumunda, mahkemenin bozma kararına şeklen uymakla birlikte gerçekte ise direndiği kabul edilerek dosyanın Hukuk Genel Kuruluna gönderilmesi gerekir.

Süre ve yetki kararı, ara karardır; bu nedenle koşullar ve gereksinimler süre ve yetkinin kapsamını daraltmayı ve genişletmeyi gerektirirse, mahkemenin başlangıçtaki kararında ısrar etmemesi, tarafların adalete duyduğu gereksinimi gözeterek esnek davranması gerekir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı

**T. 12.04.2011 * Kamu görevlisi olan sanığın, görevi sebebiyle
E. 2011/46 işlediği eyleminden dolayı yargılanabilmesi
K. 2010/261055 için 4483 sayılı Yasa hükümleri uyarınca ilgili
merceden izin alınması zorunludur.**

**(CMK'nın m. 231, 223; 5237 sayılı TCK m.
85/2, 62 ve 50)**

Taksirle ölüme ve yaralamaya neden olma suçundan sanık A. Yücesan'ın, 5237 sayılı TCY'nın 85/2, 62 ve 50. maddeleri uyarınca sonuç olarak 15.200 YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Üsküdar 2. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 28.02.2008 gün ve 202-54 sayılı hüküm, Cumhuriyet savcısı ile sanık müdafii tarafından temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay 9. Ceza Dairesince 18.06.2009 gün ve 6953-7218 sayı ile onanmıştır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 12.12.2010 gün ve 261055 sayı ile;

"Olay tarihinde Eminönü-Üsküdar arasında yolcu taşıyan 'Urfalı Cemal' isimli yolcu teknesi ile, Karadeniz-Marmara Denizi istikametinde seyreden 'Adil Kaptan' isimli kum kosterinin İstanbul Boğazı Üsküdar açıklarında lokal olarak oluşan sis ortamında çarpışmaları sonucu bir kişinin öldüğü, birden çok kişinin yaralandığı olayda, Urfalı Cemal isimli teknenin kaptanının asli, Adil Kaptan isimli geminin kaptanı A. Yürekçi, Tur-Yol Kooperatifi sefer operasyon sorumlusu ve terminal görevlisi Kazım Aynacı, İstanbul Liman Başkanlığı'nın olay saatinde nöbetçi denetleme memuru A. Yücesan ile Urfalı Cemal isimli teknenin sahibi Şafak Bulut'un tali kusurla olaya neden oldukları iddiasıyla, 5237 sayılı TCK'nın 85/2. maddesi

uyarınca cezalandırılmaları istemiyle açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonucunda, sanıkların suçu sabit görülerek cezalandırılmalarına karar verilmiştir.

Cumhuriyet savcısının ve sanıklar müdafilerinin hükmü temyiz ettikleri, Cumhuriyet Başsavcılığıımızca yapılan inceleme sonucu, temyiz istekleri yerinde görülmediğinden temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması talep edilmiş, Yargıtay 9. Ceza Dairesince yapılan inceleme sonucunda da, temyiz itirazları yerinde görülmeyerek hükmün onanmasına karar verilmiştir.

Yüksek Dairenin kararına, hükümlü A. Yücesan müdafileri tarafından 08.10.2009 ve 05.03.2010 tarihli dilekçelerle itiraz edilmesi üzerine yapılan inceleme sonucunda aşağıda belirtilen nedenlerle ve sanık lehine olması nedeniyle süreye tabi olmaksızın itiraz edilmesi düşünülmüştür.

İtiraz konusunu, İstanbul Liman Başkanlığı'nda denetleme memuru olarak göre yapan A. Yücesan hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine göre soruşturma izni alınmadan kamu davası açılması oluşturmaktadır.

A. Yücesan'ın, olay saatinde sisten dolayı transit gemi geçişini durdurmasına rağmen, sisin en yoğun olduğu bölgedeki yerel trafiğin devam etmesine izin vermesi nedeniyle kusurlu bulunarak cezalandırılmasına karar verilmiştir.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin yargılanması Hakkında Kanununun 2. maddesi;

'Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır.

Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır.

Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir.

Disiplin hükümleri saklıdır'.

Hükmünü içermektedir. Buna göre, yürüttükleri kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurların, görevleri nedeniyle işledikleri suçlarda bu kanun uygulanacaktır.

Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı'nın, taşra teşkilatı içerisinde yer alan İstanbul Liman Başkanlığı'nda asli ve sürekli görev yapan ve 657 sayılı Kanuna tabi denetleme memuru olan sanık, olay saatinde nöbetçi olup, görevi nedeniyle, sisin en yoğun olduğu bölgedeki yerel trafiği durdurması gerekirken durdurmadığı için kusurlu sayılmıştır. Suçu görevi nedeniyle işleyen sanık, görevi ve sıfatı nedeniyle özel soruşturma ve kovuşturma usulüne de tabi değildir. Maddenin ilk iki fıkrası olayımızda mevcuttur.

Dava konusu suçun ağır cezalı suçlardan olması nedeniyle maddenin üçüncü fıkrası yönünden olaya baktığımızda;

Öncelikle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda suçüstü hali düzenlenmemiş, 3005 sayılı Kanun da 5320 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Kaldı ki, suçüstü hali düzenlense dahi, sanığımız açısından suçüstü hali mevcut değildir.

İzah edilen yasal düzenlemeler karşısında, İstanbul Liman Başkanlığında denetleme memuru olan ve atılı suçu görevi nedeniyle işleyen sanık hakkında 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılması gerekirken, bu hususa uyulmayarak genel hükümlere göre yapılan soruşturma ile açılan davada, 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre soruşturma izni alınması, sanık yönünden CMK'nın 223/8. maddesi uyarınca durma kararı verilmesi gerekirken, yargılamaya devamla esasa ilişkin hüküm kurulması yasaya aykırıdır" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak Özel Daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesi isteminde bulunmuştur.

Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kapsamına göre inceleme, sanık A. Yücesan hakkında kurulan hükümlerle sınırlı olarak yapılmıştır.

Sanığın taksirle ölüme ve yaralamaya neden olma suçundan cezalandırılmasına karar verilen somut olayda, Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulu'na

çözülmesi gereken uyuşmazlık; Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı İstanbul Bölge Müdürlüğü İstanbul Liman Başkanlığı'nda "denetleme memuru" olarak görev yapan sanığın, nöbetçi olduğu gün ve saatte meydana gelen deniz kazası ile ilgili olarak yargılanabilmesi için, 4483 sayılı Yasanın 2. maddesine göre izin alınmasının gerekip gerekmediğinin belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Sanık A. Yücesan'ın, Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı İstanbul Bölge Müdürlüğü İstanbul Liman Başkanlığı'nda kontrol görevlisi olarak görev yaptığı, nöbetçi olduğu, 07.04.2007 günü saat 14.45 sıralarında Eminönü-Üsküdar arasında yolcu taşıyan ve Tur-Yol Kooperatifi bünyesinde faaliyet gösteren "Urfalı Cemal" isimli yolcu teknesi ile Karadeniz'den Marmara Denizi'ne doğru seyir halinde olan Vega Eğitim Sağlık Tekstil Gıda Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi'ne ait "Adil Kaptan" isimli kum kosterinin, İstanbul Boğazı Üsküdar açıklarında oluşan sis nedeniyle çarpıştıkları ve meydana gelen deniz kazası sonucunda bir kişinin öldüğü, kırk iki kişinin de yaralandığı,

Soruşturma aşamasında, uzak yol kaptanı olarak görev yapan bilirkişiden alınan rapora göre; sanık A. Yücesan'ın, sisten dolayı transit gemi geçişini durdurmasına rağmen, sisin en yoğun olduğu bölgede yerel trafiğin devam etmesine izin verdiği için tali kusurlu olduğu,

Cumhuriyet savcılığınca izin alınmaksızın yürütülen soruşturma sonucunda sanık hakkında kamu davasının açıldığı, yerel mahkemeye sanığın mahkûmiyetine karar verildiği ve Özel Dairece de hükmün onandığı,

Anlaşılmaktadır.

10.08.1983 gün ve 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 1. maddesinde; *"Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı, denizcilik sistem ve hizmetlerinin ülkenin deniz ilgi ve çıkarlarına ve ihtiyaçlarına uygun olarak tahsisi ve geliştirilmesi için, Başbakanlığa bağlı Denizcilik Müsteşarlığı'nın kurulmasına, teşkilat ve görevlerine ilişkin esasları düzenlemektir"* şeklindeki düzenlemeye yer verilmiş, 2. maddesinde Denizcilik Müsteşarlığının görevleri düzenlenmiş, 3. maddesinde de; Denizcilik Müsteşarlığının merkez ve taşra teşkilatlarından oluşacağı hükme bağlanmıştır.

Aynı Kanun Hükmünde Kararnamenin 24. maddesi uyarınca; *“kadroların tespiti, ihdası, kullanılması ve iptali ile kadrolara ilişkin diğer hususlar, Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre düzenlenir”*,

Geçici 2. maddesinde; *“Ekli 2 sayılı cetvelde belirtilen kadrolar ihdas edilerek Geçici 1’inci maddeye göre devredilen kadrolarla birlikte 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye bağlı cetvellere Denizcilik Müsteşarlığı bölümü olarak eklenmiştir. Denizcilik Müsteşarlığına devredilen kadrolar, aynı Kanun Hükmünde Kararnameye bağlı cetvelin Ulaştırma Bakanlığına ait bölümünden çıkarılmıştır”* ,

Ek 4. maddesinde de; *“Türk boğazlar bölgesinde ve diğer kıyılarımızda; gemiler, tankerler ve her türlü deniz aracı ile tersaneler ve kıyı tesislerinde meydana gelen yangın ve kaza halleri ile doğal afetlerde denizde seyir güvenliğini sağlamak ve çevre kirliliğini önlemek, bu hallerin karada sebep olabileceği yıkım ve zararları engellemek amacıyla; deniz ulaştırması, liman ve tersane hizmetlerinin planlanmasına yönelik faaliyet gösteren tüm kamu kuruluşları ile özel kuruluşların faaliyetlerinin düzenlenmesi, koordinasyonu, seok ve idaresi, krize neden olan olayların başlangıcından neticelerinin ortadan kalktığına idarece belirlenmesine kadar geçecek süre içerisinde Denizcilik Müsteşarlığının görev ve yetkisindedir.*

Müsteşarlık, bu görev ve yetki doğrultusunda, krizi yaratan olayların önlenmesi, ortadan kaldırılması veya kamu yararı ve milli menfaatlere uygun olarak sona erdirilmesi amacıyla; 10.10.1984 tarihli ve 3056 sayılı Kanununun 2 nci maddesin (ı) bendi hükmü uyarınca acil durum yöntemine geçildiği hallerde, 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 832 sayılı Sayıştay Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın eleman, malzeme ve her türlü kara, deniz ve hava aracını temin eder veya ettirir, alınacak mal ve hizmetlerin bedelini belirler, ödemeleri yapar veya yaptırır” biçiminde düzenlemeler getirilmiştir.

Anılan Kararnameye ekli 2 sayılı listede; denetleme memurunun, genel idari hizmetler sınıfı içerisinde yer aldığı belirtilmiştir.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yargılanmasına ilişkin usuller, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Yasanın 2. maddesinde; *“Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmet-*

lerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır.

Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır.

Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir.

Disiplin hükümleri saklıdır.

765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 inci maddeleri ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154 üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz" şeklinde düzenlenmiş,

765 sayılı TCY'nın uygulaması yönünden kimlerin memur sayılacağı, anılan Yasanın 279. maddesinde hüküm altına alınmış, belirtilen maddenin birinci fıkrasında iki bend halinde yapılan düzenlemeyle "kamu görevi" yapanlar, aynı maddenin ikinci fıkrasında iki bend halinde yapılan düzenlemeyle de "kamu hizmeti" yapanlar şeklinde bir ayırımı yer verilmiştir.

Bu düzenlemeye göre; "kamu görevi" yapanların, Ceza Yasası uygulamasında memur sayılacakları, buna karşın "kamu hizmeti" yapanların ise "memur" sayılmayacakları ilke olarak benimsenmiştir.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasasında ise, 765 sayılı TCY'nın uygulamasında duraksamalara neden olan "kamu görevi" ve "kamu hizmeti" gibi ikili ayırımı reddeden görüş benimsenerek, 765 sayılı Türk Ceza Yasasındaki "memur" tanımının doğurduğu sakıncaları gidermek amacıyla, memur kavramını da kapsayacak biçimde "kamu görevlisi" kavramına yer verilmiş,

5237 sayılı TCY'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" denilmek suretiyle de "kamu görevlisi"nin tanımı yapılmıştır.

Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.

Kamusal faaliyet de, anılan madde gerekçesinde; "Anayasa ve ka-

nunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir” şeklinde tanımlanmıştır.

Ayrıca; kamuya ait yetki ve gücü kullanacak organların, bu kamusal faaliyetlerine “genel idare esaslarına” göre katılan ve yardım edenlerin de “kamu görevi” yaptıklarının kabulünde zorunluluk vardır.

Bu nedenle; 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki “kamu görevlisi” tanımında yer alan “katılan kişi” ibaresi ile, madde gerekçesinde yer alan “kamusal faaliyet” açılımından hareketle, bir kimsenin Ceza Yasası uygulamasında “kamu görevlisi”, yapılan faaliyetin de “kamusal faaliyet” sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve yasalarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

10.08.1983 tarih ve 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesine göre kurulan ve Başbakanlığa bağlı Denizcilik Müsteşarlığı'nın taşra teşkilatı bünyesinde faaliyette bulunan İstanbul Liman Başkanlığı'nda, anılan Kararnameye ekli 2 sayılı listede genel idari hizmetler sınıfında gösterilen ve denetleme memuru olarak görev yapan sanığın, genel idare esaslarına göre atanması sebebiyle, kamu hukuku yükümlülüğü altına girdiği, bu nedenle 5237 sayılı TCY'nın 6/c maddesi uyarınca yasalarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasal kararla, bir kamu hizmetinin yürütülmesine “genel idare esaslarına göre” iştirakinin söz konusu olması itibarıyla, 5237 sayılı TCY uygulamasında “kamu görevlisi” olduğunda bir duraksama bulunmamaktadır.

O halde kamu görevlisi olan sanığın, görevi sebebiyle işlediği ve CYY'nın 2/1-j maddesinde tanımı yapılan suçüstü hali olarak kabulünde olanak bulunmayan inceleme konusu eyleminden dolayı yargılanabilmesi için 4483 sayılı Yasa hükümleri uyarınca ilgili merciden izin alınması zorunludur.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulü ile, Özel Daire onama kararının sanık A. Yücesan yönünden kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

- 1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının **KABULÜNE**,
- 2- Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 18.06.2009 gün ve 6953-7218 sayılı onama kararının sanık A. Yücesan yönünden **KALDIRILMASINA**,
- 3- Üsküdar 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 28.02.2008 gün ve 202-54 sayılı hükmünün, sanık A. Yücesan yönünden **BOZULMASINA**,
- 4- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE**, **12.04.2011** günü yapılan müzakerede oy-birliğiyle karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı

T. 12.04.2011 * Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu
E. 2010/7-250 Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza
K. 2011/53 davalarının günlük süreli yayınlar yönünden
iki ay, diğer basılmış eserler yönünden dört ay
içinde açılması zorunludur.

(Basın Kanunu m. 26/1-2; CMK'nın m. 223/8)

Sanık Necdet Tatlıcan hakkında Basın Yasasına Aykırılık suçundan açılmış olan kamu davasının 5187 sayılı Basın Yasasının 26/1-2. maddesinde belirtilen hak düşürücü nitelikteki iki aylık süre geçtikten sonra açılmış olması nedeniyle 5271 sayılı CYY'nın 223/8. maddesi uyarınca düşürülmesine ilişkin, Bağcılar 2. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 12.12.2006 gün ve 524-808 sayılı hükmün yerel Cumhuriyet savcısınca temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 7. Ceza Dairesince 19.10.2010 gün ve 15144-15225 sayılı hükmün onanmasına karar verilmiştir.

Yargıtay C. Başsavcılığı ise 03.12.2010 gün ve 81036 sayı ile;

“Yargıtay 7. Ceza Dairesi ile Cumhuriyet Başsavcılığımız arasında hukuki uyumsuzluk, 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 26/1,2. maddesinde belirtilen dava açma süresinin belirlenmesinde Cumhuriyet Savcısı tarafından düzenlenen iddianamenin mahkemeye verildiği tarihin mi, yoksa iddianamenin kabulü kararının verildiği tarihin mi esas alınacağı hususuna ilişkindir.

1. Dosya incelendiğinde görüleceği üzere; Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığı, resen takibi gereken 5187 sayılı Kanunun 21/c. maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle sanık Necdet Tatlıcan hakkında yaptığı soruşturma sonucunda, 22.09.2000 tarih ve 2006/297 numaralı iddianamesiyle, suç tarihi olan basılmış eserin Cumhuriyet Başsavcılığına teslimi tarihinden itibaren aynı Kanunun 26/1-2. maddesindeki iki aylık süre içinde iddianame düzenleyerek kamu davasını açmıştır.

2. Ancak, iddianamenin mahkeme tarafından reddolunması ve bu karara karşı yapılan itiraz üzerine, itiraz merciince iddianamenin iadesi kararının kaldırılması sonucunda iddianame mahkemenin esas defterine kaydolunarak yargılamaya başlanmıştır. Somut olayda iddianamenin kabulünün iki aylık süre geçtikten sonra gerçekleşmesinin nedeni, iddianamenin kabulüne ilişkin yasa yolu prosedürünün sonuçlanmasının belirli bir zaman gerektirmiş olmasıdır.

3. Uyumsuzluk konusuyla ilgili olarak mevzuatımızdaki hükümlere baktığımızda; 5187 sayılı Basın Kanunu’nun ‘Dava açma süresi’ kenar başlıklı 26/1-2. maddeleri şöyledir;

‘Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının günlük süreli yayınlar yönünden iki ay, diğer basılmış eserler yönünden dört ay içinde açılması zorunludur.

Bu süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten başlar. Basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmemesi halinde yukarıdaki sürelerin başlama tarihi, suçu oluşturan fiilin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihtir. Ancak bu süreler, Türk Ceza Kanununun dava zamanaşımına ilişkin maddesinde öngörülen süreleri aşamaz’

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun ilgili maddeleri ise şöyledir:

Kamu davasını açma görevi

Madde 170 – (1) Kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir.

(2) Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.

İddianamenin kabulü ve duruşma hazırlığı

Madde 175 – (1) İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar.

4. Kamu Davasının Açılması

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 175/1. maddesi, 'İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar' hükmünü içermekte olup, bilindiği üzere 5187 sayılı Basın Kanunu 26.06.2004 tarihinde yani CMK'nın yürürlüğe girmesinden yaklaşık bir yıl önce yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla 5187 sayılı Kanunun kabul edildiği dönemde iddianamenin kabulü kurumunun mevcut olmadığı hususu gözetildiğinde, Basın Kanunu 26. maddedeki dava açma süresinin denetlenmesi bakımından CMUK md. 163/1. maddenin gözetilerek iddianamenin mahkemeye verildiği tarihin esas alınması gerekecektir.

Bir an için aksini yani dava açma süresinin iddianamenin kabulü tarihi ile sınırlandırılmı kabul edecek olur isek; iddianamenin kabulü sürecinin tamamlanmasına ilişkin olarak aşağıda belirteceğimiz tüm olasılıklarda dava açma süresi 'özel yasada öngörülmemesine karşın' fiilen kısaltılmış olacaktır.

1. Olasılık; CMK 174/1. maddesiyle mahkemelere tanınan onbeş günlük iddianameyi inceleme süresinin (Feyzioğlu'na göre; 'Maddedeki on beş günlük süre, davayı açan iddia makamına değil, kendisine sunulan iddianame üzerine işlem yapmakla yükümlü kılınan mahkemeye hitap etmektedir' Bkz. Metin FEYZİOĞLU: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 62, 2006, s. 39.) tamamının kullanılması veya süre sonunda bir kabul kararı verilmeyerek CMK 174/3. maddesinde düzenlenen 'otomatik-kendiliğinden kabul' sonucu doğuran durumlarda sürenin ksalmasına neden olunacaktır.

2. Olasılık; CMK 174/4. fıkradaki 'Cumhuriyet savcısı, iddianamenin ia-

desi üzerine, kararda gösterilen eksiklikleri tamamladıktan ve hatalı noktaları düzelttikten sonra, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesini gerektiren bir durumun bulunmaması halinde, yeniden iddianame düzenleyerek dosyayı mahkemeye gönderir. İlk kararda belirtilmeyen sebeplere dayanılarak yeniden iddianamenin iadesi yoluna gidilemez' kuralının somut uygulanması halinde ise, iddianamenin iadesi kararı üzerine Cumhuriyet Savcısının eksiklikleri gidererek yeniden iddianame düzenlemesi halinde, farklı sebeplere dayanılarak yine iade kararı verilebileceği gözetildiğinde, bunun üzerine itiraz yasa yoluna başvurulması halinde de yine sürenin kısılmasına neden olunacaktır.

3. Olasılık; iddianamenin reddi kararlarına itiraz edilmesi durumunda (CMK 174/5, CMK 267 vd.) itirazın kabulü üzerine açılan davalarda itiraz incelemesinin tamamlanması bir süre almaktadır. Gerçekten de, CMK 271/3 'de 'Karar mümkün olan en kısa sürede verilir' denilmiş, dolayısıyla itiraz incelemesinin sonuçlandırılması herhangi bir düzenleyici süreyle sınırlandırılmamıştır, böylelikle, belirtilen durumda da sürenin kısılmasına neden olacaktır (Uygulamaya konu olan somut dosyada da durum böyledir).

Yukarıda belirttiğimiz tüm olasılıklarda dava açma süresi 'özel yasa da öngörülmemesine karşın' fiili durum nedeniyle ve belirsiz bir süre için kısaltılmış olacaktır. Çünkü değinilen süreçlerin tamamlanması için ihtiyaç duyulacak süre belirsiz olduğu gibi, sürecin tamamlanması yönünden de farklı savcılıkların ve mahkemelerin farklı uygulamaları da gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla bahsedilen tüm olasılıklarda dava açma süresini iddianamenin kabulü kararına bağlayarak sınırlamak 'özel yasa da öngörülmemesine karşın' dava açma süresini fiilen kısaltmak olacaktır ki, yasa koyucunun bunu amaçlamadığı tartışmasızdır.

5. CMK madde 170 ve 175'in Kanunda Düzenlendiği Yer, Amacı ve Anlamı

Bilindiği üzere CMK'nın İkinci Kitabı, adından da anlaşıldığı üzere 'soruşturma evresi' ni düzenlemektedir. 170. madde ise, 'kamu davasının açılması' başlığını taşıyan İkinci Kitabın İkinci Kısım Birinci Bölümünde yer almaktadır.

CMK'da 'Kovuşturma Evresi' ise Üçüncü Kitapta düzenlenmiş olup, bu kitabın 'Kamu Davasının Yürütülmesi' başlıklı Birinci Kısımının 'Duruşma Hazırlığı' başlıklı Birinci Bölümünde ise CMK 175. maddeye yer verilmiştir.

CMK 170 ve 175. maddelerin Kanunda düzenlendiği yerden de anlaşılacağı üzere, CMK 175. maddesi, kamu davasının açılma koşullarını gösteren bir hüküm olmayıp, Üçüncü Kitap'ın başlığında da işaret edildiği gibi kovuşturma evresine geçilmesinin koşulu olarak iddianamenin kabulü kararı aranacağını belirtmektedir. Dolayısıyla, CMK 175/1. maddedeki kural yargılama makamına yönelik bir buyruk olup, iddianamenin kabul edilmesiyle kovuşturma evresine geçileceği kuralını koymaktadır. Yine CMK'nın 'Tanımlar' başlıklı 2/ 1-e-f maddeleri de;

e) Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi,

f) Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi,

İfade eder.

Şeklindeki tanımları ile de iddianamenin kabulü kararının kovuşturma aşamasına geçişin bir koşulu olduğu görüşünü doğrulamaktadır.

CMK 175/1. maddedeki norm belirtildiği şekilde amaçsal olarak yoruma tabi tutulmayıp, lafzi olarak yorumlandığı takdirde, yani 'iddianameyi kabul kararı ile kamu davasının açılmış sayılması' durumunda ceza muhakemesi hukukunun temel esaslarına aykırı sonuçlar ortaya çıkacaktır. Gerçekten de, bu düşüncenin kabulü halinde; CMK 175/1. maddenin lafzına göre kamu davası iddianamenin kabulü kararı ile açılmış sayılacağından, kabul kararını veren de yargılama makamı olduğuna göre, sonuç olarak kamu davasını açan makam da kabul kararını veren yani yargılama makamı olmaktadır. Dolayısıyla bu durum, iddia ve yargılama fonksiyonlarının aynı süjede birleşmesi gibi tehlikeli bir hal doğurabilecektir. Ortaçağda var olan tahkik sistemini çağrıştıran bu halin, işbirliği sisteminin temellerini ve savunma hakkını ortadan kaldırarak, adil yargılama hakkının ve suçsuzluk karnesinin de ihlali anlamına geleceği tartışmasızdır. (Doktrinde iddianamenin kabulüne kurumuna ilişkin olarak; 'Eğer kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunup bulunmadığının da yargılama makamınca denetlenmesi isteniyor ise, bu denetimin yargılamayı yapacak olandan başka bir hakime yaptırılması zorunludur. Yoksa, aslında

insan hakları lehine düşünölmüş bir düzenlemenin savunma hakkını nasıl derinden yaralayabileceğinin özgün bir örneğı yaratılmış olacaktır' eleştirisi haklı olarak getirilmektedir, bkz. FEYZİÖĞLU, a.g.m., s. 40.) Diğer taraftan, CMK 170/1. maddedeki kamu davasını açma görevinin Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirileceğı yolundaki hüküm de kamu davasını açanın iddia makamı olduğı görüşünü doğrulamaktadır.

Yenisey'e göre de; CMK 175'deki kamu davasının 'iddianamenin kabul edilmesi kararı' ile açılmış sayılması şeklindeki düzenleme sistemi karıştırmış olup, iddianamenin mahkemeye verilmesi ile kamu davası açılmalı, fakat son soruşturmaya geçmek için 'iddianamenin kabulü kararı' , 'son soruşturmanın açılması kararı' halini almalıdır. (Feridun YENİSEY: Kamu Davasının Açılması ve İddianamenin İadesi, İstanbul 21 Haziran 2008, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Sempozyumu'nda sunulan tebliğ metni, Türk Ceza Hukuku Derneğı Yayını, İstanbul Haziran 2009, s. 240-241.)

Öte yandan, kamu davasının açılmasını iddianamenin kabulüne bağlamak, Cumhuriyet Savcısı tarafından CMK 170'e göre düzenlenen iddianameye de neredeyse hukuki bir sonuç atfetmemek gibi hatalı bir düşünceyi akla getirebilecektir. Halbuki 'davasız yargılama olmaz' ilkesi gereğince 'iddianame' yargılama evresine geçilmesini sağlayan ve ceza davasının sınırlarını çizen temel belgedir. Nitekim ceza hukuku sistemimizde iddianamenin düzenlenmesine birtakım önemli sonuçlar bağlanmış olup, iddianame düzenlenmesi ile dava zamanaşımının kesilmesi (TCK md. 66/2-c) bunlardan birisidir. Buradan hareketle, iddianamenin düzenlenmesi ile dava zamanaşımının kesilmesi kabul edilmesine rağmen, dava açma süresinin iddianamenin düzenlenmesine bağlı saymayıp, başka kriterler aramak hukuk sistemimizde uygulama birliğini bozabilecek sonuçların doğmasına neden olabilecektir.

6. Basın Kanunundaki Dava Açma Süresinin Amacı ve Niteliğı:

Basın Kanununda düzenlenen dava açma süreleri, basın suçlarının yargılanması usulünde sürat ilkesinin göz önünde tutulması nedeniyle kanun koyucu, basın olgusunun özelliğı nedeniyle basın yoluyla işlenen suçlarda dava açılmasını hak düşürücü süreye tabi kılmıştır. (Sulhi Dönmezer, Matbuat Suçları, Matbuat Kanununa Göre Suçlar, Müeyyideler, Yargılama Usulü, İstanbul 1946, s.155-158. Çetin Özek, Türk Basın Hukuku, İstanbul

1976, s. 707). Kanun koyucunun dava açmayı kısa sürelerle sınırlandırmasındaki amaç, yapılan haber dolayısıyla uzun zamanaşımı süreleri boyunca basın cezalandırılma baskısı altında kalmasının engellenmesidir. Dava açma süresinin getirilmesindeki temel amacın bu olmasına karşılık, dava açma süresinin başlangıcı yönünden Kanunun 26/2. maddesi ile getirilen ve dava açma süresini zamanaşımı süresine kadar uzatan norm, basın suçlarının kısa dava açma sürelerine tabi tutulması ilkesiyle bağdaşmamakta oluşu nedeniyle eleştirilmektedir. (İhsan BAŞTÜRK: Basın Kanununda Kimlik Açıklama Yasağına Aykırılık Suçu, TBB Dergisi, Ocak-Şubat 2010, Sayı 86, s. 159.) Sonuç olarak, Basın Kanununun getirdiği sürelerin mutlak süreler olmadığı, istisnalarını -hem de yoğun biçimde- kendi içinde barındırdığı görülmektedir.

Belirtilen dava açma süresinin 'hak düşürücü süre' niteliğinde olduğu hem doktrinde hem de Yüksek Yargıtay kararlarında kabul edilmekte (Yargıtay 4. CD'nin 28.11.2007 tarihli ve 2007/7328 E.-2007/10102 K. sayılı ve yine 04.03.2009 tarihli ve 2008/20551 E. 2009/3996 sayılı kararları gibi...) ve bu süreler içinde kamu davasının açılması zorunluluğu ise 'yargılama şartı' olarak görülmektedir (Yargıtay 4. Ceza Dairesi 03.12.2008 tarihli ve 2007/5669 E. ve 2008/21602 K. sayılı ve 13.05.2009 tarihli ve 2007/11100 E. ve 2009/9266 K. sayılı kararları).

7. CMK ve Basın Kanunundaki Normların İlişkisi

5237 sayılı CMK'nın usul kanunu olması nedeniyle derhal yürürlüğe girmesi söz konusudur. Diğer taraftan, Basın Kanunu'nun 26. maddesi de özel kanunda yer alan bir usul hükmüdür. Dolayısıyla, hukuki sorunun kaynağı, genel kanun niteliğindeki CMK ile özel kanun olan Basın Kanununun aynı konuda farklı düzenlemeler getirmekte oluşudur.

Gerçekten de yasa koyucu 2004 yılında 1412 sayılı CMUK'nın yürürlükte bulunduğu dönemde yasalaştırdığı Basın Kanunu'nun 26. maddesi ile basın yolu ile işlenen suçlar ve Basın Kanununda düzenlenen suçlar bakımından değindiğimiz düşünceden hareketle dava açmayı hak düşürücü süreye tabi tutmuştur. Bundan bir yıl sonra yürürlüğe koyduğu CMK 175/1. maddesi ile de; 'iddianamenin kabulüyle kamu davasının açılmış olacağı' kuralını getirmiştir. Kanun koyucunun bir yıl ara ile yaptığı bu iki ayrı yasal düzenlemede farklı düşüncelerle hareket ettiğinin kabulü zorunludur.

Ceza hukuku mevzuatımızı tamamen gözden geçiren ve yeni bir ceza adalet sistemi oluşturmak düşüncesiyle hareket eden yasa koyucu bu bağlamda, 2008 yılında ceza hükmü içeren özel kanunlardan yüzlercesini değiştirerek genel hükümlere uygun hale getirmiş, CMK birçok defalar değiştirilmiştir. Örneğin bu anlamda özel kanun olup, içinde ceza usul hukukuna ilişkin kurallar barındıran 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun usul hukuku hükmü niteliğindeki 75, 76, 77. maddelerinde değişikliğe gidilerek burada yer alan kurallar CMK ile uyumlu hale getirilmiştir. Ancak, demokratik toplum açısından yaşamsal önem taşıyan Basın Kanunundaki anılan dava açma süresine ilişkin kurala dokunulmamıştır. Düşüncemize göre, bunun bir anlamı vardır, kanaatimizce bunun nedeni yasa koyucunun iki aylık dava açma süresini CMK'nın genel nitelikteki normları ile yani iddianamenin kabul tarihi ile sınırlamak istemeyişidir. Çünkü dava açma süresini iddianamenin kabulüyle sınırlayarak fiilen kısaltmak, uygulamada delillerin tam olarak toplanarak dava açılmasını engelleyecek, savcıların salt 'süresinde davayı açmış olmak ve görevi ihmal etmiş olma durumuna düşmemek için dava açmak' şeklinde gerçekleşebilecek davranışlarının doğmasına zemin hazırlayabilecektir. Bu durum da deliller yeterince toplanmadan, eksik soruşturma ile açılan davalar sonucunda masum kişilerin yargı önüne çıkarılması gibi istenmeyen durumların doğmasına neden olabilecektir ki, bunun da adil yargılama hakkının ihlali olacağı muhakkaktır.

8. CMK ve Basın Kanunu Normları Arasındaki İlişkinin Niteliği

Somut olayımızda, genel kanun niteliğindeki CMK normu ile özel kanun olan Basın Kanunu normu arasındaki ilişki kural – istisna ilişkisidir. Basın özgürlüğünün demokratik toplumlardaki yaşamsal önemi nedeniyle basının tabi olacağı esaslar ayrı bir kanun ile düzenlenmiştir. Bu kanunda, basın organları ile çalışanlarının işlevlerinin özellikleri gözetilerek birçok konuda basına özgü –istisnai nitelikte düzenlemeler yapılmıştır. Kamu davası açılmasının da süreye tabi tutulması da belirtilen mahiyetteki düzenlemelerden birisidir. Gerçekten de ceza hukuku mevzuatımızda kamu davası açılmasının süreye tabi tutulduğu yalnızca iki kanun vardır, bunlardan birisi 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un 180. maddesi, (298 sayılı Kanun Madde 180 – (Değişik: 17/5/1979 - 2234/1 md.):

(Değişik: 10/6/1983 - 2839/61 md.) Seçim suçlarından doğan kamu davası, seçimin bittiği tarihten itibaren iki yıl içinde açılmadığı takdirde kovuşturma yapılamaz.

Kamu davasının açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda izin veya kararın alınması için yapılan müracaat tarihi ile izin veya kararın verildiği tarih arasında geçen süre dava süresi hesabına katılmaz. Ancak, bu süre üç ayı geçemez) diğeri ise inceleme konumuzu oluşturan Basın Kanunu'nun 26. maddesidir. Yasa koyucunun sadece bu iki kanunun uygulanması nedeniyle kamu davası açmayı (zamanaşımı süresi içinde bulunmak kaydıyla) hak düşürücü süreye tabi tutmuş olması gerçekten anlamlıdır. Seçimlerin gerçekleştirilmesinin ve basın özgürlüğünün sağlanmasının demokratik hayatın esaslı bir unsuru olduğu gözetildiğinde belirtilen iki kanundaki istisnai nitelikteki düzenlemenin amacı daha iyi anlaşılacaktır.

İşte bu nedenlerle Basın Kanunu'ndaki dava açma süresini düzenleyen 26. madde hükmünün istisna bir hüküm olduğuna kuşku bulunmamaktadır. Bu durumda yani, iki norm arasında kural – istisna ilişkisinin mevcut olduğu durumda, doktrinde; 'Eski kanun özel ise, yeni genel kanunun eski özel kanuna aykırı olduğu söylenemez. İstisna olduğuna göre, eski özel kanun yürürlükte kalır. Eğer onun da ilga edilmesi isteniyorsa, ilga ediş açık olmalıdır' görüşü haklı olarak ifade edilmektedir (Nurullah KUNTER / Feridun YENİSEY/ Ayşe NUHOĞLU: Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, onbeşinci baskı, İstanbul Kasım 2006, s. 551-552). Sonuç olarak Basın Kanunundaki dava açma süresine ilişkin kuralın 'istisna normu' olması gözetilerek, evleviyetle uygulanması gerekli olup, salt iddianamenin düzenleyerek mahkemeye verilmiş olması yeterlidir. Yoksa, davanın süresinde açılmış sayılması için iddianamenin kabulü prosedürünün de tamamlanması gerektiği şeklindeki genişletici yorum yasa koyucunun arzu etmediği şekilde dava açma sürelerinin kısaltılması sonucunu doğuracaktır.

9. Yüksek Yargıtay Uygulaması

Yargıtay 4. Ceza Dairesinin, somut uyuşmazlık konusuna ilişkin çeşitli kararlarında suç tarihine göre bir ayrıma gitmeyi tercih ederek, suç tarihi 01.06.2005 tarihinden önce olan fiiller yönünden Basın Kanunundaki dava açma süresi bakımından iddianamenin düzenlenme tarihini esas aldığı (Örneğin 4. CD. 04.03.2009 tarihli ve 2008/20551 E. - 2009/3996 K. sayılı), suç

tarihi yeni dönemde yani 01.06.2005 tarihinden sonra olan füller yönünden ise, iddianamenin kabul tarihini esas aldığı görülmektedir.

Yargıtay 4. CD. bu kararlarında özetle; ‘...5187 sayılı Basın Yasasının 26/1. maddesinde ceza davalarının açılmasına ilişkin hak düşürücü nitelikteki sürelerin, yasa koyucu tarafından 1412 sayılı CYY.nın yürürlükte bulunduğu dönemde kabul edilerek 26.06.2004 tarihinde yürürlüğe girmesi ve 1412 sayılı CYY.uygulamasında kamu davasının iddianamenin düzenlendiği tarihte açılmış sayılması karşısında, Cumhuriyet savcılığına tanınan 2 aylık dava açma süresinin, sonraki herhangi bir yasayla değiştirilmediği ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CYY’nın 175.maddesi hükmünün, 5187 sayılı basın Yasasını düzenleyen yasa koyucunun amacına aykırı biçimde yorumlanması suretiyle kısaltılmayacağı’ görüşünü haklı olarak savunmaktadır.

Bu görüşe kısmen katılmakla birlikte, burada dayanan ‘1412 sayılı CYY.nın yürürlükte bulunduğu dönemde kabul edilerek 26.06.2004 tarihinde yürürlüğe girmesi ve 1412 sayılı CYY. uygulamasında kamu davasının iddianamenin düzenlendiği tarihte açılmış sayılması karşısında, Cumhuriyet savcılığına tanınan dava açma süresinin de sonraki herhangi bir yasayla değiştirilmediği’ görüşünden hareketle ve yukarıdan itibaren açıkladığımız gerekçelerle 01.06.2005 tarihinden sonra işlenen suçlar yönünden de dava açma süresinin denetiminde iddianamenin düzenlenme tarihinin esas alınması gerektiği düşüncesindeyiz.

Sonuç olarak, 5187 sayılı Kanununun kabul edildiği dönemde iddianamenin kabulü kurumunun mevcut olmadığı, bu normun yürürlüğe girdiği tarihte ve sonrasında halen devam eden yasa koyucunun iradesi de göz önünde bulundurulmalı ve Basın Kanunu md. 26’daki dava açma süresini düzenleyen usul hukuku normunun CMK normlarına göre ‘istisna norm’ niteliği taşıması nedeniyle bu istisna normun uygulanması gerektiği kabul edilerek iddianamenin düzenlendiği tarih itibarıyla dava açma süresi hesaplanmalıdır.

Aksi düşüncenin kabulü halinde ise; kanun koyucunun iradesine rağmen dava açma süresi fülen kısaltılmış hale gelecek, iddianamenin iadesi veya incelenme süresinin uzun olması gibi hallerde Cumhuriyet Savcısına yüklenemeyecek gecikmelerden dolayı hak düşürücü sürenin geçmiş sayılmasına neden olunabilecek, yargı birliğini bozacak uygulamalara yol açılacak, Ba-

sın Kanunundaki usul hukuku normunun CMK normuna nazaran 'istisna' norm olduğu ve evleyle uygulanması gerektiği ilkesi görmezden gelinmiş olacaktır. CMK 175/1. maddedeki norm amaçsal olarak yoruma tabi tutulmayıp, lafzi olarak yorumlandığı takdirde, yani 'iddianameyi kabul kararı ile kamu davasının açılmış sayılması' durumunda ceza muhakemesi hukukunun temel esaslarına aykırı sonuçlar ortaya çıkacak, bu durum, iddia ve yargılama fonksiyonlarının aynı süjude birleşmesi gibi tehlikeli bir hal doğurabilecek, işbirliği sisteminin temellerini ve savunma hakkını ortadan kaldırarak, adil yargılama hakkını ve suçsuzluk karinesini de ihlal de edebilecektir.

Somut olayda, yerel mahkemenin kamu davasının CMK 223/8. maddesi gereğince düşürülmesine ve Yüksek Yargıtay 7. Ceza Dairesinin bu hükmün onanmasına ilişkin kararları hukuka uygun değildir" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Daire onama kararının kaldırılarak, yerel mahkeme hükmünün bozulması talebinde bulunmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında oluşan ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanık hakkındaki kamu davasının 5187 sayılı Basın Yasasının 26. maddesinde düzenlenen 2 aylık sürede açılıp açılmadığının belirlenmesine ilişkindir.

Dosyanın incelenmesinde;

5187 sayılı Basın Yasasının 2. maddesi uyarınca günlük süreli yayınlardan olan Hürriyet Gazetesinin 08.02.2006 günlü nüshasında, Trabzon'da işlenmiş olan kasten öldürme suçunun şüphelisi olduğu belirtilen ve suç tarihi itibariyle 18 yaşından küçük olan O.A.'nın tanınmasına neden olacak şekilde yayın yaptığından bahisle Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne 14.02.2006 gün ve 5529 sayı ile Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığından söz konusu haberin incelen-

rek işlem yapılmasının istendiği, Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığınca 2006/1756 sayılı dosyası üzerinden 21.02.2006 tarihinde soruşturmaya başlandığı, soruşturma sonucunda 10.04.2006 tarihinde 2006/297 sayılı iddianame ile şüpheli hakkında 5187 sayılı Yasanın 21/c maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle kamu davası açıldığı, Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesince suça konu gazetenin 08.02.2006 günlü sureti ile şüpheli Necdet Tatlıcan'a yapıldığı belirtilen ön ödeme tebligatı suretinin soruşturma dosyasında bulunmadığı gerekçesiyle 10.04.2006 gün ve 2006/40 değişik iş sayı ile iddianamenin iadesine karar verildiği, buna karşı Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan itiraz üzerine, Trabzon Ağır Ceza Mahkemesince 26.04.2006 gün ve 2006/245 değişik iş sayı ile itirazın kabulü ile iddianamenin iadesi kararının kaldırılması ve dosyanın gereği için Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verildiği, 01.05.2006 günü itibarıyla dosyayı esasa kaydeden Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından 02.05.2006 gün ve 88-157 sayı ile yetkisizlik kararı verilerek dosyanın İstanbul Nöbetçi Asliye Ceza mahkemesine gönderildiği, İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesince 27.07.2006 gün ve 550-633 sayı ile suça konu gazetenin yönetim merkezinin Bağcılar İlçesi sınırları içerisinde bulunduğu bahisle yetkisizlik kararı verilerek dosyanın Bağcılar Asliye Ceza Mahkemesine gönderildiği, Bağcılar 2. Asliye Ceza Mahkemesince de kamu davasının süresinde açılmadığından bahisle 12.12.2006 gün ve 524-808 sayı ile kamu davasının düşürülmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

26.06.2004 gün ve 25504 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5187 sayılı Basın Yasasının "Dava Süreleri" başlıklı 26. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları,

"Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının günlük süreli yayınlar yönünden iki ay, diğer basılmış eserler yönünden dört ay içinde açılması zorunludur.

Bu süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten başlar. Basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmemesi halinde yukarıdaki sürelerin başlama tarihi, suçu oluşturan fiilin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihtir. Ancak bu süreler, Türk Ceza Kanununun dava zamanaşımına ilişkin maddesinde öngörülen süreleri

aşamaz” şeklinde düzenlenmiş olup, maddenin açık düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere basılmış eserler yoluyla işlenen veya anılan Yasada öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının belli sürelerde açılması zorunludur. Buna göre günlük süreli yayınlar yönünden iki ay, diğer basılmış eserler yönünden ise dört ay içinde ceza davalarının açılması gerekmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere birinci fıkrada düzenlenmiş olan süreler, basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği, basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmemesi halinde ise suçu oluşturan eylemin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihten başlayacaktır.

1412 sayılı CYUY’da iddianamenin kabulü kurumuna yer verilmiş olması nedeniyle Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen iddianamenin ilgili mahkemeye verilmesiyle kamu davasının açılmış olduğu kabul edilmekteydi. Ancak 5271 sayılı CYY’nın 175. maddesinde iddianamenin kabulü kurumu düzenlenmiş olup, anılan maddenin “*İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar*” şeklinde ifade edilen birinci fıkrasının amir hükmü uyarınca kamu davasının açılmış sayılması ve kovuşturma evresine geçilmesi ancak iddianamenin kabulüyle mümkün olmaktadır. Dolayısıyla 01.06.2005 tarihinden sonra işlenmiş olan suçlar yönünden kamu davasının 5187 sayılı Yasanın 26. maddesinde düzenlenmiş olan hak düşürücü sürelerde açılıp açılmadığının belirlenmesinde her iki Yasanın ilgili maddelerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu itibarla davaların Basın Yasasında belirtilen hak düşürücü sürelerde açılığının kabulü için iddianamenin kabulü kararının Yasada belirtilen sürelerde verilmiş olması gerekmektedir.

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Suçta konu Hürriyet Gazetesinin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği dosya içeriğinden anlaşılamadığından, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün ihbarı ile suç oluşturan fiilin Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği 21.02.2006 tarihinin Basın Yasasının 26. maddesinde belirtilen sürenin başlangıcı olarak kabulü gerekmektedir. Suça konu Hürriyet Gazetesi, Basın Yasasının 2. maddesi gereğince günlük süreli yayın olup, sanık hakkındaki ceza davasının iki aylık sürede açılmış olması zorunludur.

Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 10.04.2006 gün ve 2006/297 sayılı iddianame Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesince 10.04.2006 gün ve 2006/40 değişik iş sayı ile iade edilmiş, bu karara karşı Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığınca itiraz edilmesi nedeniyle, Trabzon Ağır Ceza Mahkemesince itirazın 26.04.2006'da kabulü ile iddianamenin iadesi kararının kaldırılması üzerine dosyanın Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesince 01.05.2006 günü itibariyle esasa kaydedilmesiyle kamu davası açılmış ise de; suç tarihi olan 21.02.2006 ile gerek iddianamenin iadesi kararının kaldırıldığı 26.04.2006, gerekse dosyanın mahkeme esasına kaydedildiği 01.05.2006 tarihleri arasında 5187 sayılı Yasanın 26. maddesinde düzenlenmiş olan ve ceza davasının açılması için hak düşürücü süre olarak öngörülen iki aylık süre geçmiş olduğundan, kamu davasının süresinde açılmadığının kabulü gerekmektedir.

Bu itibarla, süresinde açılmayan kamu davasının düşürülmesine ilişkin yerel mahkeme hükmü ile bu hükmü onayan Özel Daire kararı isabetli olup, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmiştir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının REDDİNE,

2- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığına TEVDİİNE, 19.04.2011 günü yapılan müzakerede oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı

T. 19.04.2011 * Yargıtay, aleyhine itiraz olunan hükmü hangi
E. 2011/7-21 cihetten kanuna muhalif görmüşse o cihetten
K. 2011/47 bozar, hükmün bozulmasına sebep olan
kanuna muhalefet keyfiyeti, bu hükme esas
olarak tespit edilen vakıalarda olmuş ise bu
muameleler dahi aynı zamanda bozulur
(CMK'nın m. 309,323)

Kabahatli Sebahattin Gürses'in hakkında 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasasına aykırı davranmaktan, İstanbul Emniyet Müdürlüğü Trafik Denetleme Şube Müdürlüğü C Bölgesi Trafik Denetleme Ekiple Amirliği'nin 24.01.2007 gün ve 437973 sayılı trafik idari para cezası karar tutanağı ile uygulanan 53 Lira idari para cezasına yönelik başvurusu, Kadıköy 3. Sulh Ceza Mahkemesince 19.03.2008 gün ve 1745-535 sayılı karar ile kesin olarak reddedilmiştir.

Kadıköy 3. Sulh Ceza Mahkemesinin 19.03.2008 gün ve 1745-535 sayılı kararına karşı Adalet Bakanlığınca yasa yararına bozma isteminde bulunulması üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 7. Ceza Dairesince 24.11.2010 gün ve 16786-16641 sayı ile;

"01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine göre, suçlar ve kabahatler hakkında yapılan düzenlemelerle kendine özgü yargılama ve yasa yolları getirilmiştir.

5271 sayılı CMK'nın 309. maddesinde düzenlenen kanun yararına bozma yasa yolu suçlar için öngörülmüş olup, anılan Yasanın 267 ila 271. maddeleri kapsamındaki kararlara karşı başvurulabilen bir yasa yoludur.

Kabahatler Kanunu, genel hükümleri düzenlerken, ihtiyaç duyduğu konularda 5271 sayılı Yasaya atıfta bulunduğu halde, verilen kararlara karşı başvurulabilecek kanun yolları düzenlemesinde, 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesinde yer alan kanun yararına bozma yoluna gidilebileceğine dair bir atıfta bulunmamıştır.

Olağanüstü bir yasa yolu olan kanun yararına bozmaya, yerel mahkemelerce verilen ve temyiz edilmeksizin kesinleşen hükümlerde çok ciddi boyutlara ulaşan yargılama hukuku ile maddi hukuk kurallarına aykırılıklar halinde başvurulması mümkündür. Kanun yararına bozma; adalet, kamu yararı, eşit ve istikrarlı uygulama düşüncesi ve uyarma amacıyla kabul edilmiş olup, her aykırılıkta ve hâkimin takdirine bağlı konularda bu yola başvurulamaz.

İncelenen dosyada, 53 Lira idari para cezasına karşı yapılan başvurunun, yasal süresi içinde yapıldığından bahisle yerel mahkeme kararının bozulması istenmektedir. İdari para cezasının nevi ve miktarına göre, hukuki ihlalin ağırlığından da söz etmek, açıklanan ölçüler içerisinde mümkün görülmemiştir.

Başvurunun süresinde olup olmadığının hesabında yapılan hatanın, mahkemece başka bir olayda yapılacağı kabul edilmesi mümkün olmadığından, uygulamada birliği sağlama amacı da olayda söz konusu değildir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle ve Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 23.03.2010 gün ve 2010/33 E., 2010/58 K. sayılı kararı uyarınca; Kabahatler Kanunu kapsamında verilen kararlara karşı kanun yararına bozma yoluna gidilemeyeceği cihetle; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının yerinde görülmeyen kanun yararına bozma isteminin reddine” karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 21.01.2011 gün ve 205417 sayı ile;

“Uyuşmazlık; idari merciler tarafından verilen idari para cezasına başvuru üzerine adli merciler tarafından verilen kesin nitelikteki kararlara karşı kanun yararına bozma isteminde bulunulup bulunulamayacağına ilişkindir.

Somut olayda; kabahatlinin süresi içinde yaptığı başvuru, hatalı olarak süre geçtiği gerekçesiyle reddedilmiştir.

İdari para cezasına yönelik başvuru üzerine Sulh Ceza Mahkemesince verilen karar, miktarı itibarıyla kesin niteliktedir. Bu konularda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Kanun yararına bozma yasa yolunun konusunu, hâkim veya mahkemeler tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar ve hükümler oluşturmaktadır. Ancak, istinaf mahkemeleri faaliyete

geçinceye kadar kanun yararına bozmanın konusunu 1412 sayılı CMUK'ya göre temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümler oluşturacaktır.

5271 sayılı CMK'nun 309. maddesinde; ceza mahkemelerinin hangi tür karar veya hükümleri aleyhine kanun yararına bozma yoluna başvurulabileceği konusunda herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bu nedenle ceza mahkemelerinin veya hâkimlerinin suç karşılığı olarak ceza veya güvenlik tedbiri yaptırımını öngörülen eylemler nedeniyle yapılan yargılama dolayısıyla verilen karar veya hükümleri yanında, idari yaptırım öngörülen füller sebebiyle verilen kararları aleyhine de kanun yararına bozma yasa yoluna gidilebilir. Bu itibarla, yerel mahkemenin idari para cezasına yönelik başvurunun reddine ilişkin kesin nitelikteki kararına karşı yasa yararına başvurulması mümkün bulunmaktadır.

Ayrıca, Anayasanın 90. maddesine göre kanun hükmünde sayılan ve kanunlarla farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda esas alınması gereken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ve Anayasanın 36. maddesi uyarınca herkesin adil yargılanma hakkına sahip bulunması, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olması, yine Anayasanın 40. maddesi gereğince Anayasa ile tanınmış hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin, yetkili makamlara geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı bulunması karşısında; Yargıtay Özel Dairesinin kararının kabulü, kabahatlinin süresinde yaptığı başvurunun incelenmemesi sonucunu doğuracak, bu suretle Anayasa ve yasalar ile tanınan yargıya başvurma hakkının kullanılmasını engellemiş olacaktır.

Açıklamalar ışığında Yüksek Dairenin kanun yararına bozma isteminin reddine ilişkin kararının hukuka aykırı olduğu" gerekçeleriyle itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Daire kanun yararına bozma isteminin reddi kararının kaldırılmasına ve dosyanın kanun yararına bozma istemi incelenmek suretiyle bir karar verilmesi için Özel Daireye gönderilmesine karar verilmesi talep olunmuştur.

Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; idari merciler tarafından verilen para cezası kararına itiraz üzerine adli mercilerce alınan kararlara karşı yasa yararına bozma isteminde bulunulup bulunulamayacağıının belirlenmesine ilişkindir.

Uyuşmazlıkla ilgili sağlıklı bir sonuca ulaşabilmesi için Kabahatler Yasası ile getirilen sistem, Kabahatler Yasasının yapısı ve olağanüstü bir yasa yolu olan yasa yararına bozma yasa yolunun koşulları ve sonuçlarının birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

5252 sayılı Yasanın 12. maddesi ile, 01 Haziran 2005 tarihinde 765 sayılı Türk Ceza Yasasının bütün ek ve değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kalkması, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası ile birlikte 5326 sayılı Kabahatler Yasasının da yürürlüğe girmesi nedeniyle, suç ve yaptırım sistemimiz önemli değişikliklere uğramış, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası ile 765 sayılı Türk Ceza Yasasında yer alan cürüm ve kabahat ayırımına son verilerek, bir kısım kabahatler, anılan Yasada suç olarak tanımlanmış, bir kısım kabahatler ise, Ceza Yasası kapsamında çıkarılarak 5326 sayılı Kabahatler Yasası kapsamında idari yaptırımı gerektiren haksızlıklar olarak düzenlenmiştir.

Kabahatler Yasasının konuluş amacı, gerekçesinde özetle; *“bu düzenleme ile, özellikle ekonomik hayata ilişkin düzenlemelerde kazuistik olarak idari yaptırım öngören ve bir sistemden yoksun olan hükümlerin önüne geçebilmek ve ayrıca hukuk uygulamasında birliği ve hukuk güvenliğini temin etmek amacıyla belirlenen genel ilkelerin, özel yasalarda tanımlanan kabahatler hakkında da uygulanmasının sağlanması”* şeklinde belirtilmiştir.

Kabahatler Yasasının birinci kısmında genel hükümlere yer verilmiş, ikinci kısmında ise çeşitli kabahatler düzenlenmiştir.

Yasanın 1. maddesinde; *“Bu Yasada, toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla;*

a) Kabahatlere ilişkin genel ilkeler,

b) Kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idari yaptırımların türleri ve sonuçları,

c) *Kabahatler dolayısıyla karar alma süreci,*

d) *İdari yaptırıma ilişkin kararlara karşı yasa yolu,*

e) *İdari yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esaslar,*

belirlenmiş ve çeşitli kabahatler tanımlanmıştır” denilmek suretiyle Yasanın amaç ve kapsamı gösterilmiştir.

Yasanın 2. maddesinde, “kabahat” deyiminden; yasanın karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlığın anlaşılacağı, 16. maddesinde de; kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımların, “idari para cezası” ve “idari tedbirler”den ibaret olduğu ifade edilmiş, ayrıca “idari tedbirler”in de; mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili yasalarda yer verilen diğer tedbirler olduğu açıklanmıştır.

Buna göre, gerek Kabahatler Yasasında gerekse diğer özel yasalarda, karşılığında idari yaptırım uygulanması öngörülen fiiller kabahattir.

Öte yandan Kabahatler Yasasının en önemli özelliği, kabahatler için genel yasa niteliği taşımasıdır. Nitekim 3. maddesinde; yasa yoluna ilişkin hükümlerinin diğer yasalarda aksine hüküm bulunmaması halinde, diğer genel hükümlerinin ise, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Yasanın genel hükümlerinde de, idari yaptırım gerektiren fiiller açısından yasallık ilkesi, zaman ve yer bakımından uygulama, sorumluluk esasları, zamanaşımı, idari yaptırımların niteliği, türleri, sonuçları, yerine getirilmesi ve idari yaptırımlara karşı başvuru yolları düzenlenmiştir. Bu suretle genel nitelik taşıyan Kabahatler Yasasında öngörülen genel ilke ve hükümlerin, özel yasalardaki kabahatler için de geçerli olması temin edilmiş, genel yasa ile özel yasalardaki kabahatler arasında ilişki kurulmuş, uygulamadaki dağınıklık giderilmeye çalışılmış, sadelik ve basitlik getirilmiştir.

5326 sayılı Kabahatler Yasasının genel sistematığı ve yapısı incelendiğinde;

Anılan Yasanın 5918 sayılı Yasanın 9. maddesi ile eklenen 43/A maddesi ile birlikte 46 asıl, 1 ek ve 3 geçici maddeden oluştuğu,

“İki Kısım”dan oluşan Yasanın, Birinci Kısımını oluşturan 1 ila 31. maddelerinde;

İlk 6 maddesinde; Yasanın, kapsamı, amacı, yasallık ilkesi, zaman ve yer bakımından uygulamaya ilişkin hükümlere,

7 ila 15. maddelerinde, kabahatten dolayı sorumluluğun esasları kapsamında, kast, taksir, hata, sorumluluk, teşebbüs, iştirak ve içtima ile ilgili konulara,

16 ila 21. maddelerinde, idari yaptırımlar ve zamanaşımına ilişkin hükümlere,

Dördüncü bölümü oluşturan 22 ila 31. maddelerinde ise, kabahatler dolayısıyla karar alma süreci, idari yaptırıma ilişkin kararlara karşı yasa yollarına ilişkin konulara yer verildiği,

İkinci kısmı oluşturan 32 ve devamı maddelerinde de çeşitli kabahat fiillerinin yaptırıma bağlandığı anlaşılmaktadır.

Yasanın genel hükümlere ilişkin 1 ila 31. maddelerinin diğer yasalardaki kabahatler için de uygulanacağı belirtilmiş iken, bu hükmün, Anayasa Mahkemesinin 01.03.2006 gün ve 108-35 sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine, iptal kararı henüz yürürlüğe girmeden 06.12.2006 gün ve 5560 sayılı Yasanın 31. maddesi ile değiştirilen 3. maddesinde; yasa yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer yasalarda aksine hüküm bulunmaması halinde, diğer genel hükümlerinin ise, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı kabul edilmiştir.

Görüldüğü gibi Kabahatler Yasasının yasa yollarına ilişkin hükümleri, diğer yasalarda aksine bir düzenleme bulunmaması koşuluyla, diğer genel hükümleri ise kabahat oluşturan tüm eylemler için uygulanabilecektir.

5326 sayılı Kabahatler Yasasındaki yasa yollarına geçmeden önce, bu Yasa ile 5271 sayılı CYY arasında bağlantı bulunup bulunmadığı, başka bir anlatımla Kabahatler Yasasında hüküm bulunmaması halinde 5271 sayılı CYY hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesi gerekmektedir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, 5326 sayılı Yasada kabahatler yönünden hem maddi ceza hukuku konularına, hem de usul hukuku konularına yer verilmiş ise de, 5237 ve 5271 sayılı Yasa hükümlerine de atıfta bulunulmuştur.

Bu kapsamda zaman bakımından uygulama (madde 5), yer bakımından uygulama (madde 6), hata (madde 10), hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler (madde 12), teşebbüs (madde 13) konularında 5237 sayılı TCY hükümlerine; 22. maddenin 4. fıkrası ile yer bakımından yetki kurallarına, 28. maddenin 5. fıkrası ile de tanıklığa, bilirkişi incelemesine ve keşfe ilişkin konularda 5271 sayılı CYY hükümlerine atıfta bulunulmak suretiyle kabahatler konusunda, 5237 sayılı TCY ile 5271 sayılı CYY hükümlerinin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Ancak bu hükümlerden hareketle 5326 sayılı Yasanın açıkça atıfta bulunmadığı konularda 5271 ve 5237 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmamalıdır.

5326 sayılı Yasanın 27 ve 29. maddelerinde, yasa yolu olarak “başvuru” ve “itiraz” yöntemi kabul edilmiş, 28. maddede ise, başvurunun incelenmesi usulü düzenlenmiştir. Kabul edilen bu yasa yollarının koşulları ve sonuçlarına geçmeden önce idari yaptırım kararı verme yetki ve yöntemi konusunun da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yasanın 22. maddesinde, genel olarak idari yaptırım kararı verme, 23 ve 24. maddelerinde ise Cumhuriyet savcısı ve mahkemenin karar verme yetkisi düzenlenmiştir.

23. madde uyarınca; Cumhuriyet savcısı;

1- Yasada açıkça belirtilen hallerde,

2- Suç dolayısıyla yaptığı soruşturmada, bir kabahatin işlendiğini saptaması halinde,

3- Soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunu saptaması halinde,

İdari yaptırım kararı verebilecektir.

Ancak 2 numaralı halde, idari yaptırım kararı verebileceği gibi, durumu ilgili kamu kurum ve kuruluşuna da bildirebilir. 3 numaralı neden açısından ise, idari yaptırım kararı verebilmesi, daha önce bu

konuda ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından karar verilmemiş olmasına bağlıdır.

24. madde uyarınca da; Mahkeme, kovuşturma konusu fiilin suç oluşturmayıp, kabahat oluşturduğunu saptaması halinde idari yaptırım kararı verecektir.

İdari yaptırımlarla ilgili yasa yollarına gelince;

5326 sayılı Yasanın 27. maddesinde başvuru yasa yolu düzenlenmiş olup;

1- İdari yaptırım kararının, yasada açıkça gösterilen idari kurul, makam veya kamu görevlileri tarafından verilmesi durumunda ve yasada aykırı hüküm bulunmaması halinde, bu karar aleyhine onbeş gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurabilecektir. (27/1. fıkra) **Ancak, idari yaptırım kararı ile birlikte idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde, idari yaptırım kararına karşı yapılan başvuru, idari işlemin iptali istemiyle birlikte idari yargı mercilerince karara bağlanır. (27/8. fıkra)**

2- İdari yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı yedi gün içinde yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir. (27/5. fıkra) Ancak, kovuşturma konusu fiilin suç oluşturmaması nedeniyle verilen idari yaptırım kararı ile birlikte fiilin suç oluşturmaması nedeniyle beraat kararı verilmişse ve bu beraat kararına karşı yasa yoluna başvurulmuş ise, idari yaptırım kararına yönelik itiraz da bu yasa yolu mercii tarafından incelenir. (27/7. fıkra)

3- İdari yaptırım kararının Cumhuriyet savcısı tarafından verilmesi halinde, bu karar aleyhine onbeş gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. **Ancak idari yaptırım kararı ile birlikte kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karar verilmiş ise ve kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karara itiraz edilmişse, idari yaptırım kararına karşı itiraz da, kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararı inceleyen, Cumhuriyet savcısının görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından incelenir. (27/6. fıkra, 5271 sayılı Yasa 173. madde)**

Başvuru üzerine, mahkemece; yetkisi olmadığına anlaşılması halinde dosya, yetkili sulh ceza mahkemesine gönderilecek, başvurunun süresi içinde yapılmadığı, söz konusu kararın sulh ceza mahkemesince incelenebilecek kararlardan olmadığı veya başvuranın buna hakkının olmadığına saptanması halinde başvurunun bu nedenlerle 28/1-b maddesi uyarınca reddine karar verilecek,

Bu usuli eksikliklerin bulunmadığına saptanması halinde ise;

Mahkemece son karar olarak, idari yaptırım kararının hukuka uygun olması halinde başvurunun reddine, hukuka aykırı olması halinde ise idari yaptırım kararının kaldırılmasına karar verilecek, 28. maddenin 9. fıkrasındaki koşulların bulunması durumunda da başvuru mercii, idari para cezasının miktarında değişiklik yapmak suretiyle başvurunun kabulüne karar verebilecektir.

Mahkemenin verdiği son karara karşı 29. madde uyarınca yedi gün içerisinde yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilecek, idari yaptırım kararının ağır ceza mahkemesi tarafından verilmesi halinde ise, bu mahkemenin kararına karşı en yakın ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilecektir.

Kabahatler Yasasında öngörülen yasa yolu sistemini bu şekilde açıkladıktan sonra, 5271 sayılı CYY'nın yasa yolları sistemini de değerlendirmekte yarar bulunmaktadır.

5271 sayılı CYY'nın 260 ila 323. maddelerinde tüm yasa yollarına ilişkin hükümler düzenlenmiş, 260 ila 266. maddelerinde ise, yasa yollarına ilişkin genel hükümlere yer verilmiştir.

5271 sayılı CYY'nda teorik ayırımı uygun olarak yasa yolları, olağan ve olağanüstü yasa yolları olmak üzere ikiye ayrılmış, 267 ila 307. maddelerinde olağan yasa yolları olan itiraz, istinaf ve temyize ilişkin hükümlere, 308 ila 323. maddelerinde ise olağanüstü yasa yolları olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı, yasa yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

5271 sayılı CYY ile olağan yasa yolları, 1412 sayılı CYUY'nın hükümlerinden farklı olarak itiraz, istinaf ve temyiz olarak düzenlenmiş, 5235 sayılı Yasa ile de istinaf incelemesini yapacak olan Bölge Adliye Mahkemelerinin, yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl içinde kurulması öngörülmüştür.

5271 sayılı CYY, 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş, yine aynı şekilde 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5320 sayılı Yasanın 18/a maddesiyle de 1412 sayılı CYUY tüm ek ve değişiklikleriyle yürürlükten kaldırılmıştır. 5235 sayılı Yasa ile kurulması öngörülen Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulup henüz faaliyete geçmemesi nedeniyle 5271 sayılı Yasanın istinafa ilişkin hükümleri ile temyize ilişkin hükümleri yürürlüğe girmiş olmasına karşın uygulama olanağına kavuşmamış, 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi ile “*Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 322 nci maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere, 305 ilâ 326 ncı maddeleri*”nin uygulanacağı hüküm altına alınmış, bu suretle 1412 sayılı CYUY’nın 322. maddesinde yer alan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazı ve karar düzeltmeye ilişkin hükümleri hariç olmak üzere temyize ilişkin tüm hükümlerinin uygulanması sağlanmış, 5271 sayılı CYY’nın 308. maddesinde Yargıtay C.Başsavcılığı itirazına, 1412 sayılı CYUY hükümlerine göre daha geniş bir şekilde yer verilmesi ve yeni sistemde karar düzeltme yasa yolunun öngörülmemesi nedeniyle 1412 sayılı CYUY’nın 322. maddesinin dört, beş ve altıncı fıkralarının yürürlükte kalmalarına gerek görülmemiştir.

Bu genel açıklamalar ışığında itiraz ve temyize ilişkin hükümler incelendiğinde;

5271 sayılı CYY’nın 267 ila 271. maddelerinde itiraza ilişkin hükümlere yer verilmiştir. İtiraz kural olarak hâkimlik kararlarına, yasada açıkça belirtilmiş olmak koşulu ile de mahkeme kararlarına karşı başvuru olan olağan bir yasa yoludur. Nitekim yasada da itiraz yasa yoluna tabi olan mahkeme kararları ilgili hükümlerinde açıkça belirtilmiş, Yasanın 268. maddesinde itiraz usulü ile itiraz mercilerine ilişkin hususlara, 271. maddesinde de itiraz mercilerinin inceleme yöntemi ile merciince verilecek kararlara yer verilmiştir.

5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen uygulanma zorunluluğu bulunan 1412 sayılı Yasanın 305. maddesi uyarınca, ceza mahkemesince verilen hükümler temyiz yasa yoluna tabidir.

Hükümler ise, 5271 sayılı Yasanın 223. maddesinde; “*beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, da-*

vanın reddi, davanın düşmesi, adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı” şeklinde belirtilmiştir.

1412 sayılı Yasanın 305. maddesi uyarınca yukarıda sayılan hükümlerden birinin verildiği hallerde, kesin nitelikteki hükümler ayrık olmak üzere, bu kararlara karşı başvurulabilecek olağan yasa yolu temyizdir.

1412 sayılı CYUY'nın 320. maddesinde; *“Yargıtay, temyiz dilekçesi ve layihasında irad olunan hususlar ile temyiz talebi usule ait noksanlardan dolayı olmuş ise temyiz dilekçesinde bu cihete dair beyan edilecek vakı-alar hakkında tetkikler yapabileceği gibi hükme tesiri olacak derecede kanuna muhalefet edilmiş olduğunu görürse talepte mevcut olmasa dahi bu hususu tetkik eder”* hükmüne yer verilmiştir.

321. maddesinde ise; *“Yargıtay, aleyhine itiraz olunan hükmü hangi cihetten kanuna muhalif görmüşse o cihetten bozar, hükmün bozulmasına sebep olan kanuna muhalefet keyfiyeti, bu hükme esas olarak tespit edilen vakıalarda olmuş ise bu muameleler dahi aynı zamanda bozulur”* hükmü yer almaktadır.

Bu maddelere göre, Yargıtay temyiz nedenleriyle bağlı olmaksızın, temyiz dilekçesinde ileri sürülsün veya sürülmesin son karara etkili olan tüm yasaya aykırılıkları kendiliğinden inceleyip hükmü bozabilir. Yargıtay'ca yapılacak denetimde, mevcut kanıtların yerel mahkemece yanlış değerlendirildiği ve bu nedenle somut olaya ilişkin hukuki nitelenmenin yanlış yapıldığı sonucuna varılırsa, karar esastan bozulmakla birlikte, uygulanması gereken hukuki kurallar da gösterilecektir. Lehe temyiz davasında ise, suç niteliğinin belirlenmesinde yanlışlığa düşüldüğü belirlenirse, cezanın tür ve miktarı yönünden önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamayacağı koşulu ile yasaya aykırı olan hükmün bozulmasına karar verilecek, suç niteliği dışındaki sair hallerde ise eleştiri ile yetinilerek, aleyhe temyiz olmadığı vurgulanmak suretiyle hüküm onanacaktır.

Olağan yasa yolları olan itiraz ve temyize ilişkin hükümlerden sonra, uyumsuzluğun çözümü için olağanüstü bir yasa yolu olan yasa yararına bozma kurumunun uygulanma koşulları ile sonuçlarının da belirlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Öğretide “*olağanüstü temyiz*” 23.03.2005 gün ve 5320 sayılı Ceza Muhakemeleri Yasasının Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Yasanın 18. maddesi ile yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı CYUY’nda “*yazılı emir*” olarak adlandırılan bu olağanüstü yasa yolu, 5271 sayılı CYY’nın 309 ve 310. maddelerinde “*kanun yararına bozma*” olarak yeniden düzenlenmiştir.

5271 sayılı Yasanın 309. maddesi uyarınca, hâkim veya mahkemece verilip istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümlerde, maddi hukuka veya yargılama hukukuna ilişkin hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığı, o karar veya hükmün Yargıtay’ca bozulması istemini, yasal nedenlerini açıklayarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirecektir. Bunun üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı da hükmün veya kararın bozulması istemini içeren yazısına bu nedenleri aynen yazarak Yargıtay Ceza Dairesine verecek, ileri sürülen nedenlerin Yargıtay’ca yerinde görülmesi halinde de karar veya hüküm yasa yararına bozula- cık, yerinde görülmezse istem reddedilecektir.

Böylece ülke genelinde uygulama birliğine ulaşılabık, hakim ve mahkemelerce verilen cezaya ilişkin karar veya hükümlerdeki hukuka aykırılıkların, toplum ve birey açısından hukuk yararına giderilmesi sağlanacaktır.

Bozma sonrası yapılacak işlemler ve bu işlemleri gerçekleştirecek merciler ile, bozma kararının etkileri ise, bozulan hüküm veya kararın türü ve bozma nedenlerine göre ayrıma tabi tutularak maddenin 4. fıkrasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Bozma nedenleri;

5271 sayılı Yasanın 223. maddesinde tanımlanan ve davanın esasını çözmeyen bir karara ilişkin ise, 309. maddenin 4. fıkrasının (a) bendi uyarınca; kararı veren hâkim veya mahkemece gerekli inceleme ve araştırma sonucunda yeniden karar verilecektir. Bu halde yargılamanın tekrarlanması yasağına ilişkin kurallar uygulanamayacağı gibi, davanın esasını çözen bir karar bulunmadığından, verilecek hüküm veya kararda lehe ve aleyhe sonuçtan da söz edilemeyecektir.

Mahkûmiyete ilişkin hükmün, davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin olması halinde ise, anılan fıkranın (b) bendi uyarınca kararı veren hâkim veya mahkemece yeniden yapılacak yargılama sonucuna göre gereken hüküm verilecek, ancak bu halde verilen hüküm, önceki hükümlerle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamayacaktır.

Davanın esasını çözen mahkûmiyet dışındaki diğer hükümlerin bozulmasında ise, (c) bendi uyarınca aleyhte sonuç doğurucu herhangi bir işlem yapılamayacağı gibi, "tekriri muhakeme" yasağı nedeniyle kanun yararına bozma kapsamında yeniden yargılama da gerekmemektedir.

Yargıtay Ceza Dairesince; 4. fıkranın d bendi uyarınca, bozma nedeninin hükümlünün cezasının kaldırılmasını gerektirmesi halinde, cezanın kaldırılmasına, daha hafif bir cezanın verilmesini gerektirmesi halinde ise bu hafif cezaya doğrudan hükmedilecektir. Bu durumda da yargılamanın tekrarlanması yasağı bulunduğundan, Yargıtay Ceza Dairesince hükmün bozulması ile yetinilmeyip, gereken kararın doğrudan ilgili Ceza Dairesi tarafından verilmesi gerekmektedir.

5326 sayılı Kabahatler Yasasınının 27. maddesinde başvuru, 28. maddesinde başvurunun incelenme yöntemi, 29. maddesinde ise itiraz yasa yoluna ilişkin hükümlere yer verilmiş olup, her üç hükümde başvurulacak yasa yollarının koşulları ve sonuçları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Bu hükümler uyarınca;

2.000 Türk Lirasına kadar (2.000 TL dahil) idari para cezasına ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı başvuru üzerine sulh ceza mahkemesince verilen karar üzerine,

2.000 Türk Lirasından fazla idari para cezasına ilişkin idari yaptırım kararlarında ise, yapılan başvuru üzerine sulh ceza mahkemesince verilen kararların itiraz üzerine ağır ceza mahkemesince denetlenmesi sonucu verilen karar üzerine,

İdari yaptırım kararının mahkemece verilmesi halinde, itiraz üzerine ağır ceza mahkemesince verilen karar ile,

Ağır ceza mahkemesince idari yaptırım kararının verilmesi halinde en yakın ağır ceza mahkemesinin verdiği karar üzerine,

5326 sayılı Yasada öngörülen olağan yasa yolu süreci tamamlanacaktır.

Cumhuriyet savcılığınca eylemin suç oluşturmadığı ve kabahat niteliğinde olduğu saptanıp, suç nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi halinde, kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karara itiraz edilmesi üzerine, bu karar, Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından inceleneceğinden, ağır ceza mahkemesi başkanınca verilen karar, hem suç soruşturması ile ilgili yapılan işlemleri hem de idari yaptırım kararını kapsadığından, bu karar olağanüstü yasa yolu olan yasa yararına bozma yasa yoluna konu edilecek,

Yine aynı şekilde, mahkemelerce eylemin suç oluşturmaması nedeniyle suçtan dolayı beraat, kabahat nedeniyle de idari yaptırım kararı verilmesi halinde, bu şekilde kesinleşen bir beraat kararı, eylemin suç oluşturduğu iddiasıyla yasa yararına bozma konusu olabilecektir.

Ancak yasa yararına bozma konusu yapılabilecek kararlar, bu istisnalarla sınırlı değildir.

Zira 5271 sayılı CYY'nın 309. maddesinde, hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve temyiz veya istinaf incelemesinden geçmeksizin kesinleşen, karar veya hükümlerin yasa yararına bozma konusu yapılabileceği belirtilmiş olduğundan,

Anılan hüküm uyarınca bu olağanüstü yasa yoluna başvurulabilmesi için,

1- Karar veya hükmün, hâkim veya mahkemece verilmiş olması,

2- Bu karar veya hükmün, istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşmesi,

Koşullarının bir arada bulunması yeterlidir.

Açıklanan nedenlerle; yaptırım kararına karşı sulh ceza mahkemesine başvurulup, bu mahkemece verilen karara karşı, mahkeme tarafından idari yaptırım kararının verilmesi durumunda, mahkemece verilen karar ile, itiraz üzerine ağır ceza mahkemesince verilen karara

karşı, idari yaptırım kararının Cumhuriyet Başsavcılığınca verilmesi halinde, bu karara yönelik itiraz üzerine ağır ceza mahkemesi başkanıca verilen karara karşı, yasa yararına bozma olağanüstü yasa yoluna başvurulabilecektir.

İnceleme konusu somut olayda, yasa yararına bozma konusu yapılan karar, başvuru üzerine sulh ceza mahkemesince verilen karardır. Kabahatler Yasası kapsamında verilen bu karardaki hukuka aykırılıkları gidermenin tek yolu, yasa yararına bozma olağanüstü yasa yoludur.

Bu itibarla; yasa yararına bozmaya konu hususunun incelenerek, istem konusunda bir karar verilmesi yerine, Kabahatler Yasası uyarınca verilen kararlara karşı yasa yararına bozma yasa yoluna başvurulamayacağı gerekçesiyle istemin reddine ilişkin Özel Daire kararı isabetsiz olup, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulü ile dosyanın, istemle ilgili inceleme yapılmak üzere Yargıtay 7. Ceza Dairesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

- 1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının **KABULÜNE**,
- 2- Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 24.11.2010 gün ve 16786-16641 sayılı kararının **KALDIRILMASINA**,
- 3- Dosyanın, yasa yararına bozma konusu hakkında karar verilmek üzere Özel Daireye gönderilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE**, 12.04.2011 günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
DİSİPLİN KURULU KARARLARI
DECISIONS OF THE DISCIPLINARY COMMITTEE

T.30.12.2011 * Ceza Hukukunun temel prensibi olan “şüpheli sanık lehine yorumlanır” kuralı gereğince eylemin gerçekleştiği konusunda tam kanaat elde edilememesi
E. 2011/496
K.2011/768

Şikâyetçi, şikâyetli avukatın, yolda yürürken karşılaştıklarında yüzüne karşı “*tüh*” dediğini, kendisine niye böyle davrandığını sorduğunda ise “*kooperatife karşı açtığın davaları kaybettin, 30 Ekim 2008 de görülecek davayı da kaybedeceksin, bundan sonra seninle Ağır Ceza Mahkemesinde hesaplaşacağız, göreceksin bak ne kadar ceza alacaksın, hapis yatacaksın*” dediğini, ayrıca eşine ait bir gayrimenkulü kooperatife devretmesi konusunda telefon edip ihtarname çektiğini, bildirerek şikâyetçi olmuştur.

Şikâyetli avukat savunmasında, şikâyetçinin kuruluşundan beri başkanlığını yaptığı konut yapı kooperatifinin üyeleri tarafından hakkında suç duyurusunda bulunulduğunu, olağanüstü genel kurul ile yönetimin değiştirildiğini, bu genel kurulda şikâyetçinin eşine gayrimenkul devri hakkında verilen kararın da iptaline karar verildiği için bu konuda ihtar çektiğini, ihtarın uyulmaması üzerine dava açtığını, şikâyetçinin kooperatif nedeniyle aleyhinde bulunan herkes hakkında savcılığa şikâyetle bulunarak sindirmeye çalıştığını, hakkındaki şikâyetin de bu amaçla yapıldığını bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, 25.05.2009 tarihinde şikâyetli avukat hakkında "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin verdiği karar, şikâyetçinin itirazı üzerine Kurulumuzca 20.02.2010 günlü "*iddia olunan olay ve sözlerin tek delili olan tanığın kurulca yeminli olarak dinlenmesi*" gerektiğinden bozulmasına karar verilmiş, Baro Disiplin Kurulunca eksiklik giderilerek şikâyetçinin iddiasının her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delille ispatlanmadığından şikâyetli avukat hakkında "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığı" karar verilmiş, karara şikâyetçi itiraz etmiştir.

Dosyanın incelenmesinde, şikâyetli avukatın 26.04.2007 tarih ve 5199 yevmiye sayı ile Söke 1.Noterde tanzim edilen vekâletname ile T.H.S.S. A. Arsa ve Konut Yapı Kooperatifinin avukatı olduğu, şikâyetli avukatın önceki Kooperatif Başkanı olan şikâyetçi aleyhine Söke Asliye Hukuk Mahkemesi 2007/229 Esas sayılı 20.190,00 .-TL. sı bedelli alacak davası açtığı ve Mahkemenin 2008/51 Karar sayılı ile 14.02.2008 tarihli kararı ile davanın kabul edildiği, şikâyetçi tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına kooperatifin yeni yöneticileri ve denetçileri aleyhine yapılan şikâyetlerde kovuşturma açılmasına yer olmadığına karar verildiği, kooperatifin yeni yönetiminin şikâyeti üzerine şikâyetçi aleyhine Söke 3.Asliye Ceza Mahkemesi 2010/312 Esas sayılı iftira suçundan dolayı kamu davasının devam ettiği, şikâyetli avukatın 25.09.2008 günü sabahdan ve öğleden sonra duruşmalarda bulunduğu, şikâyetçinin o gün taraf olduğu duruşması olmadığı konusunda tutanaklar olduğu anlaşılmıştır.

Disiplin soruşturması aşamasında şikâyetçinin, 25.09.2008 tarihinde yolda şikâyetli avukat ile karşılaşmalarında gerçekleştiğini ileri sürdüğü şikâyet konusu olay ile ilgili olarak yanında bulunduğunu bildirdiği tanık H.K.'nin muhakkik üye tarafından ifadesi alınmış ve tanık beyanında olayı doğrulaması sebebiyle açılan disiplin kovuşturmasında Kurulumuzca Baro Disiplin Kurulu kararının bozulması üzerine Baro Disiplin Kurulu bu tanığı çağırıp ifadesini almıştır. Ancak tanığın soruşturmacı üyeye verdiği ifade ile Baro Disiplin Kurulunda verdiği ifadenin kısım kısım çelişkili olduğu, tanığın olay günü şikâyetçinin Asliye Hukuk ve Ağır Ceza Mahkemesinde davalarının olduğunu bildiğini söylemesine karşın Mahkeme çalışanlarınca tutulan dosyadaki tutanaklardan tanığın bildirdiği gün şikâyetçinin her iki mahkemede de duruşmasının olmadığı bildirilmiş olduğu, soruşturmacı üyeye

verdiği ifadesi ile Baro Disiplin kuruluna verdiği ifade de olayı farklı anlattığı, tanığın şikâyetçinin 20 yıllık arkadaşı olduğunu bildirmesi karşısında, tanığın ifadesinin hüküm vermeye yeterli ve yukarıdaki nedenlerle hatta geçersiz olduğu, anlaşılmaktadır.

Şikâyetçinin, yeni seçilen kooperatif yönetimi ve muhasebecisi hakkında Cumhuriyet Savcılığına birden fazla şikâyette bulunduğu, iddia ettiği eylem hakkında ise Cumhuriyet Savcılığına ise bir şikâyetinin bulunmaması, tek delil olan tanığın beyanlarının yukarıda açıklanan şekilde çelişkili olması sebebiyle her türlü şüpheden uzak, inandırıcı olmadığından ve Ceza Hukukunun temel prensibi olan “şüphe sanık lehine yorumlanır” kuralı gereğince eylemin gerçekleştiği konusunda Kurulumuzda tam kanaat elde edilemediğinden, Baro Disiplin Kurulunun şikâyetli avukat hakkında “Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına” ilişkin kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçinin itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulu’nun “**Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına**” ilişkin kararın **ONANMASINA** oybirliği ile karar verildi.

T. 10.02.2012 * Avukat, yazarken de, konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır.

E. 2011/565

K.2012/48 * Avukat salt ün kazandırmaya yönelik her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınılmalıdır.

(Av.K. m.34;TBB Meslek Kuralları 4, 5, 7)

Şikâyetli avukat hakkında, şikâyetçi avukatlar tarafından verilen dilekçede 10.01.2010 tarihli H. Gazetesinin “... Pazar” adlı ekinde şikâyetli avukatla yapılan röportajda meslek ilke ve kurallarına aykırı beyanda bulunduğu, konuya ilişkin tekzip talebinde bulunmadığı, mesleğin simgesi olan cübbeyi gazetecinin giymesine ve tepki doğurabilecek nitelikte fotoğraf çekirtmesine izin verdiği, iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca

eylemin disiplin suçunu oluşturduğu kabul olunarak disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında özetle, söz konusu röportajda bazı beyanların eksik yer aldığı, röportajın tamamı yayınlanmış olsa idi bu anlamın çıkmayacağını, röportaj yapan gazetecinin cübbe ile fotoğraf çektirmesinde bir beis görmediğini, reklam yasağı ve meslek ilkelerine aykırı davranmadığını, bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu şikâyetli avukatın eyleminin Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarınının 4 ve 7.maddeleri ile Reklam Yasağı Yönetmeliğinin 8.maddesinin c bendine aykırı olduğunu kabulle şikâyetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikâyetli avukat itiraz etmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, şikâyetli avukat 10.01.2010 günlü H. Gazetesinin pazar ekinde gazeteci ile röportaj yaptığı ve bu röportajda gazetecinin *“avukatlar için çok tehlikelidirler, herkesi kandırırlar doğru mu?”* sorusu üzerine şikâyetli avukatın *“avukatla tokalaştığın zaman parmaklarını sayacaksın derler...”* sözünün yer aldığı ve gazetecinin avukat cübbesini giyerek hukuk kitaplarının bulunduğu masaya uzanarak ve poz vererek çektiği fotoğraf karesinde şikâyetli avukatın da olduğu, gazetenin ilk sayfasında anlaşılmıştır.

Şikâyetli avukatın eylemleri, gazeteciye poz verip avukatların tepkisine neden olabilecek şekilde röportaj yapan gazetecinin avukat cübbesini giyerek çalışma masası üzerine uzanarak fotoğraflar çekmesi ve mesleki faaliyetleri hakkında reklam sayılacak yayın ile gazete de yer alan tüm avukatları rencide edecek sözleri sarf etmesidir.

Şikâyetli avukatın diğer eylemi ise röportajda ki *“avukatla tokalaştığın zaman parmaklarını sayacaksın derler...”* şeklindeki sözleri espri amaçlı dahi olsa tüm avukatlar için rencide edici, incitici ve hatta hakaret niteliğinde bile kabul edilebileceğinden, bu sözü bir avukatın söylememesi, söylemediği iddiasında ise tekzip etmemesi ve bu sözleri ile birlikte hukuk kitaplarının bulunduğu masa üzerine avukat cübbesini giyerek uzanan gazetecinin fotoğraf karesinde de yer alıp yayınlanmasını kabul etmesi, mesleğin itibarını zedeleyen, tüm avukatları rencide eden bir eylem olmakla, şikâyetli avukatın bu eylemi de disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Avukatlık Yasasının 34.maddesine göre, “Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğiince belirlenen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdür.”

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 4.maddesinde yer alan “Avukat mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.” 5.maddesinde “Avukat, yazarken de, konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır.” 7.maddesinde “Avukat salt ün kazandırmaya yönelik her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınmalıdır.”

Bu nedenlerle, şikâyetli avukatın eylemi Avukatlık Yasasının 34.maddesi ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları 4, 5 ve 7.maddelerinde düzenlenen yükümlülüklerle aykırı olduğundan, Baro Disiplin Kurulunun şikâyetli avukatın eyleminin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin hukuki değerlendirilmesinde ve takdir ettiği kınama cezasında hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun “**Kınama Cezası Verilmesine**” ilişkin kararın **ONANMASINA**, oybirliği ile karar verildi.

T.02.03.2012 * Eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat hali müstesna, beraatla sonuçlanmış bir ceza davasının konusuna giren eylemlerden dolayı disiplin kovuşturması, o eylemin ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette olmasına bağlıdır.

(Av.K. m.140/3)

Şikâyetli avukatlardan İ.Ö. hakkında, şikâyetçilerden G.K.’ya anesinden intikal eden taşınmazı G.K.’nın ve diğer mirasçılarının vekili olan U.T.K.’dan satın alırken yolsuz işlemler yaptığı, satış bedelinin tamamını ödemediği, tapudan satın aldığı taşınmazı boşaltmayan G.K. aleyhine “Elatmanın Önlenmesi” davası açarak icra yolu ile tahliye

ettiği, bu davalardan doğan alacağını icra yolu ile tahsil ettiği, aynı alacak için mükerrer icra takibi başlattığı iddiaları ile, diğer şikayetli avukat hakkında da bu işlemlerde vekil olarak görev yaparken aynı eylemlere iştirak ettiği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylemler sabit görülmeyle her iki şikayetli avukat hakkında ayrı ayrı “Disiplin cezası tayinine yer olmadığına” karar verilmiştir.

Şikâyetli avukatlardan İ.Ö. savunmalarında, isnat edilen eylemlerden hiçbirinin avukatlık görevi ile ilgili olmadığını, büro ihtiyacı nedeniyle satın aldığı taşınmazın önceki sahibinin ölümü sonrasında içlerinde şikâyetçinin de bulunduğu 9 kişiye intikal ettiğini bu 9 kişinin vekili olan U.T.K. ile taşınmazı 90.000,00.-TL. sı bedel ile satın almak konusunda anlaştıklarını, satış bedelinin 76.000,00.-TL. lık kısmını peşin olarak ödediğini, bakiyesinin taşınmazın boş olarak tesliminde ödenmesini kararlaştırdıklarını, taşınmazda fiilen oturan şikâyetçilerin taşınmazın gerçek değerinin 135.000,00.-TL.sı olduğunu iddia ederek taşınmazdan çıkmamaları ve vekâleten satış yapan U.T.K. hakkında daha sonra mahkûmiyeti ile sonuçlanan şikâyette bulunmaları sonrasında kayden malik bulunduğu taşınmazı işgale devam eden şikâyetçiler aleyhinde “Elatmanın Önlenmesi” davası açtığını, davanın lehine sonuçlanması ve kesinleşmesi sonrasında ilamı icraya koyarak tahliyeyi gerçekleştirdiğini, masraflar ve avukatlık ücretinin de bu karara dayanılarak icra yolu ile tahsil edildiğini, yargı kararına bağlı olarak yapılan işlemlerde usulsüzlük bulunmadığını bildirmiştir. Diğer şikayetli avukat M.Ö. ise savunmasında, birlikte çalıştığı kardeşi İ.Ö. tarafından satın alınan taşınmazın boş olarak teslim edilmemesi nedeniyle ona vekâleten “Elatmanın Önlenmesi” davası açtığını ve lehe sonuçlanıp kesinleşmesinden sonra kararın infazı ile masraflar ve avukatlık ücretini tahsil için işlem yaptığını, vekâleten yaptığı işlemlerin tümünün yasaya uygun olduğunu Avukatlık Yasasına ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına aykırı herhangi bir eyleminin bulunmadığını bildirmiştir.

Şikayetli avukatlar hakkında, Cumhuriyet Başsavcılığına aynı gerekçeler ile yapılan şikâyet üzerine yapılan inceleme sonucunda, şikâyete konu eylemlerin taraflar arasındaki alışverişten kaynaklanması, doğrudan doğruya avukatlık görevine bağlı eylemler olmaması nedeniyle soruşturmanın genel hükümlere göre yapılması ve şikâyet

konularından bir kısmının da kesinleşmiş yargı kararları uyarınca yapılan işlemler hakkında olması nedeniyle bu eylemlerin soruşturmayı gerektirmediği, sadece Avukat M.Ö. şikâyetçilere ait başka bir taşınmazın üçüncü şahsa satışı sırasında tapu kaydına icra dosyasındaki alacak nedeniyle koyduğu haczi kaldırmak için satış bedelinin bir kısmına el koyduğu halde icra dosyasına bildirimde bulunmayarak haciz işlemlerine devam ettiği gerekçesi ile soruşturma izni verilmiştir. Soruşturma izni verilen bu eylem ile ilgili olarak yapılan soruşturma sonucunda kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir.

Soruşturma izni verilmeyerek genel hükümlere göre tahkikat yürütülmesine karar verilen şikâyete konu eylemler hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından eylemin hukuki ilişkiye dayandığı gerekçesi ile kovuşturma açılmasına yer olmadığına karar verilmiş, karara şikâyetçiler tarafından yapılan itiraz sonucunda Sincan Ağır Ceza Mahkemesi tarafından kararın kaldırılmasına karar verilmiştir. Bu karar üzerine açılan davada Ankara 8. Asliye Ceza Mahkemesinin 31.12.2009 tarih ve 2009/1371 Esas, 2009/1539 Karar sayılı kararı ile şikâyetli avukatlar hakkında unsurları oluşmayan sahtecilik ve görevi kötüye kullanma suçlarından beraat kararı verilmiştir.

Dosya kapsamına göre tartışılması gereken husus, beraat kararının disiplin kovuşturmasına etkisinin ne olduğudur.

Avukatlık Yasasının 140/3.maddesi "Eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat hali müstesna, beraatla sonuçlanmış bir ceza davasının konusuna giren eylemlerden dolayı disiplin kovuşturması, o eylemin ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette olmasına bağlıdır." hükmünü amirdir.

Dosyada mevcut bulunan Ankara 8. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 31.12.2009 tarihli ve 2009/1371 Esas, 2009/1539 Karar sayılı beraat kararının gerekçesine ve hüküm fıkrasına göre, "eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması hali" nin söz konusu olmadığı ve "suçun unsurlarının oluşmaması" nedeniyle beraat kararı verildiği anlaşılmaktadır.

Danıştay 8. Dairesinin 20.11.2006 gün ve 2005/ 3760 Esas, 2006/4476 Karar sayılı kararında;

“Avukatlık Kanununun 140.maddesinde, avukat hakkında başlatılmış olan ceza kovuşturmasının disiplin işlem ve kararlarının uygulanmasına engel olmayacağı eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat hali müstesna, beraatle sonuçlanmış bir ceza davasının konusuna giren eylemden dolayı disiplin kovuşturmasının o eylemin ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette olmasına bağlı olduğu hüküm altına alınmıştır.

Ceza uygulaması ile disiplin uygulaması arasında amaç, kapsam, usul ve sonuçlar bakımından temel nitelik farkları mevcuttur, işte bu sebeptendir ki kanun koyucu ceza uygulaması ile disiplin uygulamasını iki ayrı ve farklı alan olarak görmekte ve bunların birbirini etkilemesini önleyici nitelikte bir düzenlemeye yer vermektedir.

Olayda, davacının eylemi nedeniyle her ne kadar adli yargıda ‘hizmet sebebiyle emniyeti suiistimal’ suçundan dolayı açılan kamu davasında delil yetersizliğinden beraat ettiği açık ise de, bu durumun disiplin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, disiplin kovuşturmasına konu eylemin adli yargı kararından bağımsız olarak incelenebileceği açıktır.”

Gerekçesi ile Avukatlık Yasasının 140/3.maddesi “Eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle” beraat kararı verilmeyen hallerde, eylemin ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette ise, disiplin cezası tayin edilmesi gerektiğini açıkça bildirmektedir.

O halde, beraat kararı Avukatlık Yasasının 140/3.maddesinde öngörülen unsurları taşııyorsa, dosyadaki bilgi ve belgelerden de yararlanmak suretiyle disiplin kovuşturmasını sonuçlandırmak ve eylem disiplin suçunu oluşturuyor ise eyleme uygun ceza tayin etmek Baro Disiplin Kurulu’nun görevidir.

Bu nedenle eylemler Disiplin Hukuku açısından değerlendirmeye alınmıştır. Taraflar arasındaki taşınmaz alışverişinden kaynaklanan davalar ve icra takipleri hukuki ihtilaf olarak görevli ve yetkili mahkemelerde görülmüş ve karara bağlanmıştır. Bu dosyalar ile ilgili olarak hukuka aykırı bir eylemden bahsetmek mümkün değildir. Yine Cumhuriyet Başsavcılığı, Adalet Bakanlığı ve Ankara 8. Asliye Ceza

Mahkemesi kararları ceza hukuku açısından da ortada suça konu bir eylem olmadığını göstermektedir. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı itiraz gerekçelerini Baro Disiplin Kurulu kararındaki karşı oya dayandırmaktadır. Karşı oyun incelenmesinde, şikâyetli avukatlardan Avukat İ.Ö.'nün 90.000,00.-TL. sı üzerinden protokol yapmasına rağmen tapuda işlemin 23.000,00.-TL. sı üzerinden yapılmasının, 90.000,00.-TL. sı bedelin 76.000,00.-TL. sınun ödenmesinden sonra bakiye 14.000,00.-TL. sınun ödenmemesinin, ödenmediği halde ecrimisil talep edilmesinin, haricen yapılan tahsilâtların dosyaya geç bildirilmesinin avukatın özel hayatında da göstermekle yükümlü olduğu özen yükümlülüğünün ihlali olduğu gerekçesine dayandığı anlaşılmıştır.

Şikâyetçiler ise itirazlarında hukuk ve ceza davalarında ileri sürdükleri hususları tekrar ile gayrimenkul satışlarının iptalini, aksi halde şikâyetli avukatların görevi kötüye kullanmak ve nitelikli dolandırıcılık suçlarını işlemiş olmaları nedeniyle Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanmasına karar verilmesini talep etmişlerdir.

Dosyanın bir bütün olarak incelenmesinde, 10.11.2004 tarihinde şikâyetçi G.K. ve 8 kardeşinin vekili olan U.T.K.'dan büro olarak kullanmak amacı ile taşınmaz satın alan şikâyetli avukatın bu dairenin satış işleminde herhangi bir sahtecilik yapılmadığı konusundaki kesinleşmiş kararlar nazara alınarak, şikâyete konu eylemlerinin satın aldığı taşınmazın boşaltılması, yargılama giderleri ve avukatlık ücretlerinin tahsiline yönelik icrai işlemler olması ve bu işlemlerin tümünün yargı denetimine açık olmasına rağmen işlemlerin usul ve yasaya aykırılığı yönünde bir itiraz ve karar bulunmaması karşısında eylemlerin disiplin hukuku yönünden yapılan değerlendirilmesinde Avukatlık Yasasına ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına aykırılık tespit edilememiş bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulunun her iki şikâyetli avukat hakkında ayrı ayrı "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının ayrı ayrı onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçilerin ve Cumhuriyet Başsavcılığının itirazlarının ayrı ayrı reddi ile Barosu Disiplin Kurulu'nun her iki şikâyetli avukat hakkında ayrı ayrı vermiş bulunduğu "**Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına**" ilişkin kararın ayrı ayrı **ONANMASINA** katılanların oybirliği ile karar verildi.

Dr. Tunay Köksal

Serhat Özer

Adalet Yayınları, Ankara/2013

YURTDIŞI İNŞAAT HİZMETLERİ SEKTÖRÜ İÇİN ULUSLARARASI TAHKİM REHBERİ

Uluslararası bir inşaat veya iş ortaklığı sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar, sözleşmenin taraflarının tabiyetinde bulunduğu ülkelerden birinin ulusal mahkemelerinde çözümlenebileceği gibi; uzlaştırma ve tahkim gibi uluslararası hukuki çözümlerine başvurmak suretiyle de çözüme kavuşturulabilir.

7.6.2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun geçen yıl yürürlüğe girmesini müteakiben bugünlerde de İstanbul'da tüzel kişiliği haiz, özel hukuk hükümlerine tabi olarak İstanbul Tahkim Merkezinin kurulması ve faaliyete geçmesi gündemdedir. İstanbul Tahkim Merkezi, yabancılık unsuru taŐıyanlar da dahil olmak üzere, uyuşmazlıkların tahkim veya alternatif uyuşmazlık çözümlerini sağlamakla görevli olacaktır. Bütün bu gelişmeler ve yeni oluşumlar, iş aleminin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla mahkemeler dışındaki alternatif uyuşmazlık çözümlerinin ülkemizin de sıcak gündemini oluşturduğunu göstermektedir.

İŞte yukarıda zikredilen güncel gelişmelere paralel biçimde okuyucusuna takdim ettiğimiz bu kitap kapsamında ön hakemlik, teknik bilirkişilik, arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkim gibi uyuşmazlıkların mahkeme dışı alternatif çözümlerini, uygulamaya yönelik yalın bir üslupla irdelenmektedir.

