

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

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

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

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

Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı

Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı / Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Hüseyin Özbek

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD
Araştırma Görevlisi

Mustafa Horuş

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Rona Aybay

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz

Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdal Onar

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdener Yurtcan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. /

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

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

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January, March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in these series can not be republished without citation.

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

İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Müdürlüğü

Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özak Sokak No: 8

06520 Balgat - ANKARA

Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65

web:www. barobirlik.org.tr

e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 75 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50

Özveren Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 13. 03. 2018

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

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

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKAN'DAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

- 9 Hasan Tahsin GÖKCAN**
Bireysel Başvuruda İkincilik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu / The Principle of Subsidiarity in Individual Application and the Question of Limits of Review
- 77 Cem Ümit BEYOĞLU**
AİHM Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı / The Right of Public Officials to Strike in the Light of ECHR Decisions
- 119 Berkiye Gizem ERGİN**
Yabancıların Türkiye'de Çalışma İzinleri hakkında Kanunî Düzenlemeler / Provisions of the Legislations about Foreigner's Working Permits in Turkey
- 151 Ayşe Aslı YÜCESOY**
Vergi Hukukunda Arama ve Arama Sürecindeki İşlemlerde Kamu Yararı Kavramı / Search in Tax Law and the Concept of Public Interest in Procedures During Search Process
- 185 Fahri Gökçen TANER**
Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Dar, Sarp ve Kısmen Açık Bir Yol / Individual Application to the Constitutional Court Against the Decision of "No Ground For Prosecution": A Narrow, Steep and Partially Open Path
- 235 Merve Nur YILMAZ**
Uluslararası Çevre Hukukunda Hakça Kullanım İlkesi / The Principle of Equitable Utilization in International Environmental Law
- 261 Ayşegül ATAY COŞKUN**
İstinaf Yargılaması / Appeal Court Judgment
- 309 Ş. Barış ÖZÇELİK**
Tüketicinin Kullandığı Dönme Hakkı Yerine Bedel İndirimine Karar Verilebilir Mi? / Is It Possible to Decide the Reduction of Price Instead of Right to Rescind Invoked by the Consumer?
- 319 Berk Hasan ÖZDEM**
Roma İmparatorluğu'ndan Günümüze Fideicommissum Familia / Fideicommissum Familia from Roman Empire to Present Time

335 Talya Şans UÇARYILMAZ

Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi / The Concept of Contractual Bona Fides (Good Faith) in Roman Law and Its Effect on Contemporary Law

383 Ertuğrul YUVALI

Hak Temelli Sosyal Yardım ve Klientalizm / Right Based Social Relief and Clientelism

405 Resul KURT

İş Yargısında "Arabuluculuk" / "Mediation" In Labour Judgement

445 İlke GÖÇMEN / Harun KESKİN

Avrupa Birliği Adalet Divanının Kararları Işığında Havayolu Yolcu Hakları ile İlgili 261/2004 Sayılı Tüzük / Regulation No 261/2004 on Air Passenger Rights in the Light of Court of Justice of the European Union Decisions

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

487 Hikmet Sami TÜRK

Meslek Kuruluşlarının Adlarındaki "Türk" ve "Türkiye" Sözcükleri

491 Saba ÖZMEN

2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi

517 Talih UYAR

Tasarrufun İptali Davalarında "Tasarrufun İptaline Karar Verilmesi" Konusunda Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Bir uyuşmazlık dosyasının içeriğini en iyi bilenler, tarafların avukatlarıdır. Avukatlık Kanunu madde 35/A Uzlaşması, tarafların avukatlarının, yani bizim, en kısa serede, en hakkaniyetli çözüme ulaşabilmemiz için son derece elverişli bir yöntemdir.

Bugüne kadar bu yöntemin kurumsallaşmamış olması, büyük ölçüde, alt mevzuatının bulunmamasıyla ilgilidir. Barolarımız ve Türkiye Barolar Birliği, müzakerelerin önünde iletişim engeli oluşturabilecek ve zm esasen oldukça basit olan sorunları tespit ederek, bunlara zmleri içeren bir yönetmelik ve yönergeden oluşan alt mevzuat düzenlemelerini hazırlamıştır. Söz konusu düzenlemeler yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu çerçevede örneğin barolarımız, tarafların birlikte talep etmeleri halinde bir müzakere odası tahsis edecek, müzakere sırasında oluşabilecek iletişim engellerini açabilmek için de bir "kolaylaştırıcı avukat" grevlendireceklerdir.

Öte yandan, gerek madde 35/A'nın işlemesi, gerekse diğer mesleki faaliyetlerimizin daha verimli olabilmesi için iletişim becerilerimizi ve müzakere tekniklerimizi geliştirmemizde yarar olabileceği düşünülmektedir. Bu amaçla çok fayda sağlayacağına inandığımız bir uzaktan eğitim kurs programı düzenlenmiştir.

Ayrıntılı bilgi ve kayıt için: <http://35a.barobirlik.org.tr/>

Saygılarımla.

Av. Prof. Dr. Metin FEYZIOğLU

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

BİREYSEL BAŞVURUDA İKİNCİLLİK İLKESİ VE DENETİM YETKİSİNİN SINIRLARI SORUNU

THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY IN INDIVIDUAL APPLICATION AND THE QUESTION OF LIMITS OF REVIEW

Hasan Tahsin GÖKCAN*

Özet: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde tanınan temel hakların güvence altına alınması konusunda birincil yetki, ilgili devletin idari ve yargısal mercilerine aittir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile iç hukukta bireysel başvuru tanınan ülkeler bakımından Anayasa Mahkemeleri, bu konuda ikincil olarak yetkilidirler. Bireysel başvuru denetimi, ilgili devletin kesinleşmiş mahkeme kararları/gerekçeleri üzerinden yapılmaktadır. Bireysel başvurunun amacı, kamu gücünün kullanımına bağlı olarak bir temel hakkın ihlal edildiğine ilişkin iddiayı Sözleşme/Anayasa bağlamında incelemek ve varsa ihlal tespitini yaparak mağduriyeti gidermektir. AİHM veya AYM tarafından yapılan bu denetimde, birincil yetkili mercilerin değerlendirme yetkileri dikkate alınmaktadır. Bu nedenle AİHM tarafından içtihatlarla ikincillik ilkesi ve takdir marjı doktrini ortaya konulmuştur. Bununla birlikte, ortak bir Avrupa kamu düzenine ulaşma ve bireysel başvurunun etkili bir yol olabilmesi amaçları, denetimin de etkin kullanılmasını gerekli kılmaktadır. Makalenin amacı, AİHM ve AYM kararları çerçevesinde bireysel başvuruda denetimin sınırlarını belirlemeye çalışmaktır. Bu doğrultuda kararlardan verilen örnekler, Sözleşme standardını sağlamayı gerektiren hallerde denetimin kapsamının son derece geniş olduğunu göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Başvuru Yolu, İkincillik İlkesi, Takdir Alanı Doktrini, Yerindelik Denetimi, Dördüncü Derece Yargı Yeri Doktrini, Kanun Yolu Denetimi Yasağı

Abstract: The mandate to protect the fundamental human rights enshrined in the European Convention of Human Rights (ECtHR) is primarily belong the judicial and administrative bodies of a member state. The ECtHR and constitutional courts of jurisdictions which recognize individual complaint remedy hold a secondary power in this respect. Individual complaint remedy is exercised, in principle, upon the final judgments of courts of member states. In the review exercised by ECtHR and the Turkish Constitutional Court

* Anayasa Mahkemesi Üyesi, hasan.tahsin.gokcan@anayasa.gov.tr

(TCC), the margin of appreciation of the authorities having primary power is taken into consideration. Accordingly, the ECtHR settled the principle of subsidiarity and the margin of appreciation through its case-law. However, the purpose of the Convention to reach a democratic public order in Europe and to establish an effective individual complaint mechanism require a meaningful and efficient exercise of individual remedy. This study attempts to determine the limits of review in individual application in light of ECtHR and TCC case-law. The examples provided in this respect reveal that the scope of review in cases in which the Convention standards are at stake is quite broad.

Keywords: Individual Application Remedy, Subsidiarity Principle, The doctrine of Margin of Appreciation, Substantive Review, Fourth Instance Doktrin, the Principle of Non-Appellate Review

I. GİRİŞ

A. Genel Olarak Bireysel Başvuru Yolu

Bireysel başvuru, temel hakları ihlal edilenlerin başvurabilecekleri istisnai ve usuli bir *dava yolu ve anayasal denetim* vasıtasıdır.¹ Fakat bu özel yargı yolu, iç hukuk düzenlerinde tanınmış olan esasa ilişkin davalardan ve bunların denetimini öngören olağan veya olağanüstü kanun yollarından ayrı ve onlardan bağımsızdır.

Türkiye bireysel başvuruyu, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvuru yetkisini kabul ettiği 28 Ocak 1987 tarihinde tanıdı. Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın yargı yetkisi ise 22 Ocak 1990'da tanındı.

Bireysel başvuru yolu kimi ülkelerde, bizde olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS-Sözleşme) vedolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin yargı yetkisi kapsamında kabul

¹ Bireysel başvuru veya karşılaştırmalı hukuktaki adıyla anayasa şikâyeti kavramı doktrinde, "temel hak ihlallerini gidermeye yönelik hukuki çare" (bkz; Ece Göztepe, Ece, Anayasa Şikâyeti, AÜHF Yayınları, Ankara 1998, s. 20; Ergin Ergül, Anayasa Mahkemesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, Ankara 2012, s. 6) veya "temel hakların yargısal yoldan geçerli kılınması için tanınmış özel bir hukuksal koruma aracı" (bkz; Zaffer Gören, "Bireysel Başvuru Türk Anayasa Yargısında", Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Ankara 2012, s. 646) veya "anayasal hak ihlali, olağan hukuk yolları tüketildikten sonra dava edilmesi imkânı tanıyan usuli bir haktır" şeklinde (Tolga Şirin, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti, İstanbul 2013, s. 11) ya da "ikincil karakterli ve yardımcı nitelikli bir dava türü" (Koroğlu Kaya, Cezai Konularda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, 2. B. Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 38 olarak da adlandırılmaktadır.

edilmiş, kiminde ise (Örn: Federal Almanya uygulaması)²Sözleşmeden önce iç hukukta tanınan anayasal şikâyet olarak ortaya çıkmıştır.

Bireysel başvuru bir yönüyle bireysel mağduriyetleri gidermekte iken, diğer yönüyle temel hak ve özgürlükleri koruyup geliştirmektedir.³ Ayrıca anayasa yargısı yoluyla kamu gücü işlem ve eylemleri denetlenmekte, hukukun üstünlüğü ilkesi ve hukuk düzeni korunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ninyargısal organlarının yetkisini kullanmaya başlaması ile uluslararası yargı yetkisine sahip bir mahkeme ile ulusal düzeyde yargılama yapan mahkemeler arasındaki yetki çatışmasının nasıl çözümleneceği sorunu ortaya çıkmıştır. Bu sorunun çözümü amacıyla ilk olarak, Sözleşmenin 35. maddesinde bireysel başvuru yapılabilmesi için "iç hukuk yollarının tüketilmesi" şartı öngörülmüştür. Böylece başvuranın iddiaları, Sözleşmedeki güvenceleri ülkesinde gerçekleştirmekle yükümlü olan devletlerin ulusal yargı organlarında tartışılmış olacak ve mağduriyet sürmekteyse, ancak bundan sonra Strazburg'a başvurulabilecektir.

Fakat bu düzenleme, Sözleşmedeki güvenceleri denetlemeye çalışan AİHM ile ulusal hukuk kurallarının yorumu ve uygulanması üzerinde yetkiye sahip olan ulusal hâkimin yetkisinin çatışmasına engel oluşturmamıştır.

AİHM çalışmalarının ilk onlu yıllarında kesişen yetki alanlarıyla ilgili sorunları çözmeye çalışmıştır. Metninde bulunmamakla birlikte, Sözleşmenin amacından hareketle "ikincilik ilkesi"⁴ ve bununla bağlantılı olarak 'takter alanı doktrini'ni, yine bu ilkelerin sonucu olarak 'dördüncü derece yargı yeri doktrini'ni geliştirmiştir.

² Almanya'da anayasa şikâyetinin başlangıcı Sözleşmenin yürürlüğünden de önce; 7 Eylül 1951 tarihidir; Ece Göztepe, İnsan Haklarının Korunmasında Geçici Tedbir, İstanbul 2017, s. 100; Gören, 2013, s. 9.

AİHS ise onuncu üye devletin onayıyla 3 Eylül 1952'de yürürlüğe girmiş; A. İnsan Hakları Komisyonu'nun ilk üyeleri 18 Mayıs 1954'te ve A. İnsan Hakları Divanı'nın üyeleri de 21 Ocak 1959'da seçilmiştir.

³ Göztepe, Anayasa Şikâyeti, s. 17.

⁴ Bu ilke uyarınca, iç hukuktaki mümkün kanun yolları (itiraz, istinaf, temyiz, karar düzeltme) tüketildikten sonra bireysel başvuruda bulunulmalıdır; Cabir Aliyev, Anayasa Şikâyeti, Beta Basın Yayın, İstanbul 2010, s. 22. Henüz yürürlüğe girmeyen Ek 15. Protokol ile ikincilik ilkesi ve takter alanı doktrini de normatif bir temele kavuşacaktır.

Makalenin kapsamı, Sözleşmenin uygulanması nedeniyle AİHM ve Anayasa Mahkemesi (AYM) ile hukuk doktrini ve Türk yargı mercileri arasında ortaya çıkan hukuki tartışmalar⁵ etrafında denetim alanının belirlenmesi ve yetki sorunu ile sınırlıdır.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Devletlerin Yükümlülükleri

AİHM'e göre Sözleşme, imzacı tarafların çıkarlarını temsil eden klasik tipte bir mukavele/sözleşme olmayıp, konusu ve amacı gereği taraf devletlere normatif mükellefiyetler yükleyen "yasa sözleşme" (traite normatif - law making treaty) niteliğindedir. Yine bu özelliği gereği Sözleşmenin, insan hakları temelinde Avrupa kamu düzenini oluşturan anayasal belge niteliğinden söz edilmektedir.⁶ Üye devletler Sözleşmeye uygun hukuki düzenleme yapma ve AİHM içti-hatlarına uyulması⁷ yükümlülüğü altındadır.⁸

AİHM, Sözleşmenin ulusal hukuk üzerindeki etkisi açısından, ulusal hukuktaki kanun veya daha alt düzeydeki kurallar ile anayasa

⁵ Nitekim bireysel başvurunun yasalasma sürecinde ve daha sonra da AYM'nin ilk kararlarını vermeye başladığı tarihlerde doktrinde, yüksek mahkemeler ile AYM arasında yetki tartışmalarının artarak sürebileceği öngörüsünde bulunulmuştur; Fazıl Sağlam, "Anayasa Şikayeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması İle İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları", *Anayasa Yargısı İncelemeleri I*, AYM Yayınları, Ankara 2006, s. 96; Korkut Kanadoğlu, "Bireysel Başvuruda Mahkeme Kararlarının Denetiminin Kapsamı", *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 2013, S. 9-117, (s.24-27), s. 20.

⁶ Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, AİHS ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 10. B. Ankara 2013, s. 15.

⁷ Sözleşmenin 1. maddesi ile Sözleşmedeki temel hakların tüm akit devletler tarafından güvence altına alınması yönünde getirilen yükümlülük, "Sözleşmenin mutlak üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi"ne dayandırılmaktadır; bkz. Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, Ankara 2005, s. 220. Ayrıca Sözleşmenin 46. maddesi uyarınca sözleşmeciler, bütün davalarda AİHM'nin verdiği kesin kararlara uymayı taahhüt etmişlerdir.

⁸ Devletlerin yükümlülüğü, Sözleşmedeki hakları güvence altına almak noktasındadır. Bu güvence; Sözleşmenin iç hukukun bir parçası haline getirilmesi veya bu yapılmaksızın iç hukukun Sözleşme standartlarına uygun biçimde düzenlenmesi yollarından biriyle gerçekleştirilebilir; Harris, D.J./O'Boyle, M./Bates, E.P/Buckley, C.M, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Avrupa Konseyi Yy. Şen Matbaa, Ankara 2013, s. 25. Ayrıca bkz. Varga ve diğ./Hungary, B. No: 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 ve 64586/13, 10.03.2015, par. 94. Türkiye'de ise Anayasa'nın 90/son maddesi uyarınca usulünce onaylanıp yürürlüğe giren Sözleşme hükümleri doğrudan iç hukukun parçası olmakta ve mahkemeler de bu hükümleri doğrudan uygulanabilir bulmaktadır; bkz. dipnot 16'daki kararlar.

hükümleri arasında bir fark bulunmadığını, iç hukukun tümüyle Sözleşmenin denetimine tabi olduğunu belirtmektedir.⁹ Bu niteliği gereği Sözleşme hükümleri iç hukuk kuralıyla (kanunla) değiştirilemez.¹⁰

Sözleşmenin Dibacesinde amaç; “*insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması, geliştirilmesi, özgürlüklere saygılı ve hukukun üstünlüğüne dayalı gerçekten demokratik bir siyasal rejimin kurulması*” olarak belirtilmiştir. Bu amaçtan hareketle AIHM Sözleşme hükümlerinin, “bu korumayı somut ve gerçek kılacak tarzda yorumlanıp uygulanması”¹¹ ve Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerin yorumunun da “demokratik bir toplumun ideal ve değerlerini koruyup gerçekleştirme amacıyla bağdaşır” olması gerektiğini ifade etmektedir.¹²

Sözleşme, 1. maddesinde belirtildiği üzere akit devletlerin yetki alanında bulunan herkese (vatandaş-yabancı ayrımı yapılmaksızın) uygulanacaktır. Yabancılar yönünden karşılıklılık esası Sözleşme bakımından geçerli değildir.¹³

Sözleşme, bireysel başvuru yoluyla bireyi uluslararası hukukun süjesi ve hak sahibi yapmıştır. AIHM de Sözleşmenin denetimini üstlenen uluslararası yargı organıdır. Sözleşme hükümlerinin yorumlanması ve ilgili uyumsuzlukları karara bağlama konusunda AIHM nihai yargı organıdır.

Anayasanın 90/son maddesi uyarınca kanun hükmünde görülmele, Sözleşme iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Sözleşmenin iç hukuktaki yeri konusunda farklı görüşler olsa dahi, kanun niteliğinde olduğu tartışmasızdır.¹⁴ Anayasa Mahkemesi norm denetiminde Sözleşme hükümlerini Anayasa düzeyinde görmemekte, fakat destek norm olarak kabul etmektedir.¹⁵ Doktrinde de belirtildiği

⁹ Gitonas ve diğ./Yunanistan, B. No:18747/91; 19376/92 ; 19379/92, 1 Temmuz 1997; T.B.Komünist Partisi (TBKP)/Türkiye, B. No: 19392/92, 30.1.1998, par. 30.

¹⁰ Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, 2.B. Ankara 2004, s. 69.

¹¹ AIHM Artiko/İtalya, 13.5.1980, A. 37, par. 33; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 140.

¹² Soering/İngiltere, 7.7.1989, A 161, par. 87, 102; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 140.

¹³ Ünal, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Yy. Ankara (tarihsiz) no 89, s. 70.

¹⁴ Tezcan/Erdem/Sancakdar, 2004, s. 123.

¹⁵ Örneğin, TCK'nun 226. maddesindeki “doğal olmayan yol” teriminin iptali istemini incelerken AYM, demokratik toplumda geçerli genel ahlak kavramının tahlilinde AIHS ve uygulamasıyla ilgili AIHM kararlarına destek norm olarak başvurmuştur; 2014/118 -2015/35, 1.4.2015, RG. 18.4.2015 -29330.

gibi Anayasanın anılan düzenlemesi karşısında, kanun-Sözleşme arasındaki normlar çatışmasında Sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.¹⁶ Belirtilen norm çatışmasında anayasada öngörülen çözüm yöntemi Yargıtay ve Danıştay tarafından da uygulanmaktadır.¹⁷

Mahkeme, Sözleşmede tanınan hakların gerçek anlamda bir güvence teşkil edebilmesi için, *hakların etkili korunması* gerektiğini belirtmektedir. Bunun yolu da Sözleşme hükümlerinin bu etkinliği sağlayabilecek bir yaklaşımla yorumlanmasından geçmektedir.¹⁸

Temel hakların etkili biçimde korunmasını öngören Sözleşme kuralının (Söz. m. 13) ve amaca uygun yorum ilkesinin AYM'nin bireysel başvuru denetiminde de gözönünde bulundurulması gerekmektedir.

Diğer taraftan Sözleşme hükümlerinin yorumlanması bakımından AİHM'nin konumuna benzer biçimde AYM de gerek genel anayasa yargısı işlevi ve gerekse bireysel başvuru yetkisi yönünden temel hakları ve anayasa hükümlerini yorumlama noktasında en üst yargı organıdır.

II. AİHM VE AYM İÇTİHATLARINDA TAKDİR ALANI TEORİSİ VE KANUN YOLU DENETİMİ YASAĞI

A. Sözleşmeye Hâkim Olan İlkeler

1. Ölçülülük İlkesi

Sözleşmedeki hakların sınırlanabildiği durumlarda, hakka yönelik müdahalenin meşru amaca uygun ve "ölçülü" olması zorunludur.

¹⁶ Kanun-Sözleşme çatışmasında Sözleşmenin uygulanması gerektiği hakkında bkz.; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 21; Zafer, "Hamide, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumuzdaki Yeri", *EÜHFD.*, Prof.Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, Kayseri 2013, s. 125.

¹⁷ Danıştay 7.12.1989 tarihli ve 6/4 sayılı İBK-da AİHM'nin anayasaya aykırılığının ileri sürülebilmesi ve yasanın Sözleşmeyi değiştirememesi nedeniyle yasalar üstü vasıfta olduğunu kabul etmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise Anayasanın 90/son maddesi uyarınca usulünce yürürlüğe giren uluslararası sözleşmelerin kanun gücünde ve iç hukukla çatışma halinde normlar hiyerarşisi yönünden uygulama önceliğini haiz olduğunu kabul etmiştir; HGK'nun 09.12.2015 gün ve 2015/10 - 1824 E., 2015/2903 K ve aynı yönde ; HGK 18.1.2017, 2016/10-2186 E.- 2017/33. Kadının soyadıyla ilgili olarak aynı yöndeki karar için bkz. HGK 30.9.2015, 014/2-889 - 2015/2011

¹⁸ "Sözleşme, hakları teorik veya soyut olarak değil, fakat pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı açıklamıştır."; Artico/İtalya, 1980, par. 33; Airey/İrlanda, 1979; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 15.

Ölçülülük, iki farklı menfaat arasındaki dengeyi ifade etmektedir. Bir temel hakka müdahale yapılırken “kamuya ait genel yarar ile bireye ait yarar arasında adil bir dengenin kurulması” (ölçülü müdahale)¹⁹ devlete yönelik pozitif bir mükellefiyettir.²⁰Somut olayda ölçülülük örneğin, örgütlenme özgürlüğü bakımından “demokratik bir toplumda gereklilik”²¹; mülkiyet hakkı yönünden ise “gereklilik” derecesinde aranacaktır.²²

AIHM ölçülülük kriterini ilgili hakka ilişkin zımnı sınırlamalar yönünden de uygulamaktadır.²³ Örneğin ayrımcılık yasağına dair 14. madde bakımından da ölçülülük ilkesi uygulanmıştır.²⁴ Yine, olağanüstü hallerde Sözleşmenin 15. maddesi gereği alınan tedbirlerin “durumun gerektirdiği ölçüde” olup olmadığı denetlenirken ölçülülük ilkesine başvurulmaktadır.²⁵ Fakat içinde bir sınırlama nedeni içermeyen işkence ve kötü muamele yasağı (Söz. m. 3) bakımından ölçülülük ilkesi kural olarak uygulanmamaktadır.²⁶

2. İkincillik İlkesi

AIHM'nin içtihatla geliştirdiği *ikincillik ilkesi* (*subsidiarity principle*) gereği, Sözleşmedeki hakların tanınıp, ihlallerin önlenmesi ve mağduriyetin giderilmesinde birincil/asıl yetki, taraf devletlerin iç hukuklarındaki ilgili idari ve adli makamlara aittir.²⁷ Sözleşme makamları ve AIHM ise bu konuda tamamlayıcı (complementarity) bir yetkiye sahiptir:

¹⁹ Fayed/İngiltere, 21.9.1994, A 294, par. 71; Sporrang ve Lönnrot/İsveç, 23.9.1982, A. 52, par. 69-73; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 145.

²⁰ Rees/İngiltere, 17.10.1986, A 106, par. 36, 37; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 146.

²¹ Anayasanın 13. maddesinde de yer alan demokratik toplum düzeni kavramı için bkz. Arslan, Anayasa Teorisi, s. 156 vd.

²² Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 146.

²³ Rees/İngiltere, 1986, A 106, par.37; PC ve Gaskin/İngiltere, 1989, A 160, par. 49; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley,2013, s. 11.

²⁴ Ayrımcılığın kabul edilebilmesi için başvuru için izlenen amaç arasında orantılılığın olmaması gerekmektedir; Belçika Dil Davası, 1968; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 11.

²⁵ Lawless/İrlanda, 1961, A 3 ve İrlanda/Birleşik Krallık, 1978, A 25, kararlarında açıkça yazılmasa da ölçülülük ilkesine dayanıldığı belirtilmektedir; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 11.

²⁶ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 11.

²⁷ Belirtelim ki 15. Protokol yürürlüğe girdiği takdirde bu ilke Sözleşme kuralı haline gelecektir.

“Sözleşme ile ihdas edilen koruma mekanizması, insan haklarının korunması konusundaki ulusal sistemlere nazaran ikincil niteliktedir. ... Sözleşme, içerdiği hak ve özgürlüklerin kullanımını sağlama sorumluluğunu ilkin sözleşen devletlere bırakmıştır. Sözleşme kurumları da bu göreve kendi yönlerinden, ... fakat iç başvuru yollarının tüketilmesinden sonra katılmaktadır.”²⁸

Taraf devletlerin akdi yükümlülüklerine karşın iç hukukta bir hak ihlali nedeniyle oluşan mağduriyet giderilememişse, görev ikincil yetkiye sahip bireysel başvuru yolu makamına geçmektedir. Bu nedenle bireysel başvuru için iç hukuktaki başvuru yollarının tüketilmesi aranmaktadır. İç hukukta mağduriyeti giderecek bir yolun bulunmaması veya mağduriyeti gidermek için etkili olmaması durumunda AİHM’e doğrudan başvurulabilmektedir. İç hukukta başvuru yolu olmakla birlikte mağduriyet giderilememişse, AİHM tamamlayıcılık rolünü üstlenmek zorunda kalmaktadır.

İç hukuk yollarının tüketilmesi, ikincilik ilkesinin “usuli” boyutunu oluşturmaktadır. Sözleşmenin tanıdığı takdir marjı çerçevesinde iç hukukun düzenlenmesi (yasama) ile bu hukukun yorumlanması (idari ve yargısal işlem ve kararlar) ise “esasa ilişkin ikincilik” boyutunu oluşturmaktadır.²⁹ Bu noktada takdir alanı doktrini gereği, ölçülülük ilkesinin olaya uygulanmasında iç hukukun (ve ulusal hâkimin) takdir marjı gözetilmektedir. Fakat takdir marjının da istisnaları bulunmaktadır.

AİHM’in ulusal mahkemelerin kararlarını iptal etme, değiştirme veya düzeltme gibi bir yetkisi bulunmamaktadır.³⁰ Bunlar iç hukuktan kaynaklanan olağan veya olağanüstü dava ve kanun yollarına ilişkin *derece mahkemelerine* (uyuşmazlığı çözmekle görevli mahkeme ile kanun yolu denetimi yapan mahkemelere) ait yetkililerdir. Yine AİHM bireysel başvuruda, mahkemelerin kararının iç hukuka uygunluğunu ve yerindeliğini ya da sonucu itibarıyla adil olup olmadığını kural olarak incelememektedir.³¹ Fakat AİHM, Sözleşme ile tanınan bir hakkın ihlal edildiğini tespit ettiğinde, devam eden mağduriyeti gidermeye

²⁸ Handyside/İngiltere, 7.12.1976, A 24, par. 48; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 147.

²⁹ Seçkin Erel, “Bireysel Başvuruda AYM’nin Denetim Sınırları” Sunum Notları (Ankara Swisotel 2-3 Mart 2017).

³⁰ Mehmet Öncü, “AİHM’de Usul İncelemesi ve Dördüncü Derece Türünden Şikâyetler”, *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, (s. 371-409), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2012, s. 399.

³¹ bkz. Ümmühan Kaplan / Türkiye, B. No: 24240/07, 20/03/2012.

yönelik olarak, gerektiğinde yetkili makamlara mağduriyeti giderme yolu da öneren bir karar oluşturmakla yükümlüdür.

Diğer taraftan ikincillik ilkesi gereği derece mahkemelerinde ileri sürülmeyen hak ihlali (örn. tanık dinletme veya sorgulatma imkanının tanınmadığı gibi) iddiaların bireysel başvuruda da ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir. İkincillik ilkesinin gereği olan bu sonuç da bireysel başvuruyu kanun yolundan ayıran bir unsur niteliğindedir.

İkincillik ilkesi, AYM'ne bireysel başvuru bakımından da geçerlidir. Bu ilkeye uygun olarak bireysel başvuru için olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunlu görülmüştür. Doktrinde ifade edildiği üzere aslında ikincillik ilkesi, uyuşmazlıklara uygulanan hukukun yorumunda anayasal değerlendirmeyi zorunlu kıldığı ve anayasal odaklı yorumu temin etmesi dolayısıyla temel hakların korunmasında olumlu bir rol oynamaktadır.³²

4. Takdir alanı doktrini

Takdir alanı doktrini (margin of appreciation) de ikincillik ilkesiyle bağlantılı olarak içtihatla kabul edilmiştir.³³ İkincillik ilkesi gereği ulusal makamın Sözleşmenin uygulanmasında asıl yetkili ve ulusal sorunu daha iyi değerlendirme avantajı olduğunun kabul edilmesi, ulusal makamların takdir alanı olduğu sonucunu doğurmaktadır.³⁴ Bu sonuç, Sözleşmenin *tamamlayıcılık* fonksiyonunu yansıtmaktadır.³⁵

³² Bertil Emrah Oder, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda İlk Evre, Sınırlar, Sorunlar ve Yeni İchtihat, *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 2013, S. 9-117, (s. 14-19), s. 15.

³³ Doktrinde bazı yazarlar takdir alanı doktrini üzerinden konuyu inceleyip, ikincillik ilkesini bu doktrin içerisinde görmektedirler; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 146 vd.; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 12-14. Buna karşın, AİHM'nin kimi kararlarında konu ikincillik ilkesiyle birlikte açıklanmaktadır; bkz. Handyside/Birleşik Krallık, 7.12.19176, par. 48-49; Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İchtihatları, Beta Yayınevi, C.I, İstanbul 2002, s. 170.

³⁴ Düşüncemize göre takdir alanı doktrininin en önemli dayanağı ikincillik ilkesi ve devletlerin egemenlik yetkilerine saygı ilkesi ile Sözleşme hükümlerinin "yerel gereklilikler dikkate alınarak uygulanacağına" ilişkin Sözleşmenin 56/3. maddesi hükmüdür.

Ancak bu doktrininin ortaya çıkış nedenleri için ayrıca; demokrasi ilkesi gereği kendi kendini sınırlama ilkesi, Sözleşme sisteminin devamını sağlama ihtiyacı, Sözleşme hükümlerinin gelişimini sağlama ihtiyacı ve ortak Avrupa konsensüsünün olmadığı durumda kültürel göreceliğe imkân tanıma ihtiyacı da dayanak olarak gösterilmektedir; Tolga Şirin, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C.2, S.4, 2013, (Kısaltma: "Takdir Marjı Doktrini") s. 379 vd.

³⁵ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 14.

Sözleşme devletlerin takdir alanı ilk olarak hukuk düzenlemelerini oluşturma konusunda, ikinci olarak da hukukun yorumlanıp uygulanması ve özellikle müdahalenin gerekli ve ölçülü olup olmadığı değerlendirilmesi noktasındadır. Fakat Sözleşmenin 15. maddesinde sözü edilen mutlak haklar bakımından takdir alanı kural olarak kabul edilmemektedir.³⁶

Bu doktrin özellikle ölçülülük ilkesinin açıkça öngörüldüğü Sözleşmenin 8 ila 11. maddeleri ile 14, 15 ve ek Protokol madde 1 gibi hükümler bakımından uygulanmaktadır. Fakat uygulama bunlarla sınırlı olmayıp, Sözleşmenin tümüne egemen bir ilke olarak devletin pozitif yükümlülükleri de dâhil olmak üzere tüm hükümlerde uygulanmıştır. Bu anlamda örneğin; 2. maddede güce başvurmada gereklilik; 4. maddede zorla çalıştırmanın şekli ve 5 ve 6. maddelerde makul süre ile hâkim önüne sevk, 7. maddede evlenme hakkına getirilen sınırlamalar gibi konularda uygulanabilmiştir.³⁷

Takdir alanı teorisi gereği, ulusal makamlara tanınan takdir marjı ile somut davalar özelinde ülke şartlarının gözönünde tutulması sağlanmış olur. Buna karşın ortak bir demokratik siyasal ve toplumsal düzeni oluşturma amacı çerçevesinde, takdir marjı sınırlarının Sözleşme ile bağdaşmaz derecede aşıp aşılmadığının denetlenmesi de gerekmektedir.³⁸

AİHM bir taraftan takdir alanının varlığını kabul ederken, diğer yandan da Sözleşme standardını oluşturma adına bu alanın denetimini yapmaktadır. Örneğin bu ilkenin zikredildiği ilk kararda bir taraftan *"İfade özgürlüğünü kısıtlayıcı müeyyidenin ulusal koşullarda gerekli (toplumsal bir ihtiyacın zorlaması) mahiyette olup olmadığı kararını vermenin öncelikle ulusal makamlara ait olduğu"*(par. 48) belirtilmekteken, diğer yandan ise *"10/2. madde ile devletlere sınırsız bir takdir yetkisi tanınmış da değildir ... Mahkeme (AİHM), kısıtlama ya da müeyyidenin 10. madde ile koruma altına alınan ifade özgürlüğü ile bağdaşır bağdaşmadığı hakkında kesin ve nihai olarak karar verme yetkisine sahiptir. Böylece, ulusal takdir marjı,*

³⁶ Bir görüşe göre bunun nedeni, 2. madde yönünden mutlak gereklilik ibaresinin kullanılması, 3. madde yönünden ise herhangi bir istisna öngörülmemesidir; Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s. 370.

³⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 149.

³⁸ AİHM'nin Sözleşme kapsamında yaptığı bu denetimin, bir nevi federal bir anayasa mahkemesinin denetim işlevine benzediğine dair yorum için bkz.;Harris/O'Boyle/Bates/Buckley,2013, s. 14.

Avrupa denetimiyle birlikte ve onunla paralel olarak işlemektedir. Bu denetim, hem alınan tedbirin amacına, hem de gerekliliğine yöneliktir."³⁹ ifadeleriyle iki yetkiyi dengelemektedir.

Ulusal makamlara tanınan takdir marjı konusuna göre değişebilmektedir. Olağanüstü hal tedbirleri (Söz. m.15) yönünden genel tehlikenin varlığı veya ulusal güvenlikle ilgili konularda⁴⁰ ya da genel ahlakın korunması⁴¹ ile sosyal ve ekonomik politikaların uygulanmasında yerel organların takdir marjı geniş tutulabilmektedir.⁴² Ayrıca, Sözleşmedeki hakların yarıştığı veya menfaatlerin dengelenmesinin gerektiği durumlarda geniş kabul edilmektedir.

Takdir alanının bulunması denetimi ortadan kaldırmamaktadır. AİHMçoğu kez devletlerin ve ulusal makamların takdir alanının bulunduğu konularda dahi Sözleşme denetimini yapması gerektiğini ifade etmektedir.⁴³ Aşağıda istisnalara değinilirken bu tür örnekler görülecektir.

Diğer taraftan cinsel davranışlar, cinsel ayrımcılık, kişisel veriler, avukat ile müvekkil arasındaki yazışmaların gizliliği gibi bireyin kim-

³⁹ Handyside/İngiltere, 7.12.1976, A 24, par. 48, 49; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 147- 148.

⁴⁰ İlgili kararlar sırasıyla; Brannigan ve McBride /İngiltere, 1993, A 258-B, par. 43; Leander/İsveç, 1987, A 116, par. 67; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 13.

⁴¹ AİHM bir kararında 10/2. maddedeki "ahlak" kavramına dayalı sınırlamayı inceleyen, Avrupa düzeyinde geçerli tek bir ahlak anlayışını kabul etmenin doğru olmadığına işaret ederek, bu konuda sözleşmeciler devletlerin takdir alanına sahip olduklarına belirtmekte, fakat Mahkemenin görevinin ulusal mahkemelerin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararları iç hukuka ilişkin argümanları da gözetenek denetlemek olduğunu ifade etmektedir; Handyside/Birleşik Krallık, 7.12.1976, par. 48, 50; Doğru, 2002, s. 170, 171.

⁴² Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 13.

⁴³ Örneğin Dudgeon başvurusunda, Kuzey İrlanda'da geçerli ahlaka aykırı cinsel davranışları cezalandıran kanun hükümleri gereği hakkında (homoseksüel kimliği nedeniyle) ceza soruşturması yapılan başvuran aleyhine dava açılmamış ise de başvuran özel hayatına yönelik bu müdahale nedeniyle şikâyetçi olmuştur. AİHM, ahlakın gerekleri, müdahalenin gerekliliği ve toplumsal ihtiyaç kavramları konusunda ve hatta çocuk ve gençlerin korunması için gereken yaş belirleme noktasında devletlerin takdir alanı bulunduğu, fakat gösterilen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı konusunda nihai değerlendirmeyi yapmanın AİHM'in görevi olduğuna işaret ettikten (par.58) sonra, yetişkin bir kişinin özel hayatının en mahrem alanıyla ilgili olan cinsel davranışlarının ceza yaptırımına tabi tutulmasını öngören kanun hükmünün demokratik bir toplumda meşru bir zorunluluk olarak görülemeyeceğini belirterek 8.maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir; Dudgeon/Birleşik Krallık, 7525/76, 22.10.1981, par. 52, 58-62; Doğru, 2002, s. 423-425.

liğine veya var oluşuna yönelik haklar söz konusu olduğunda takdir marjı**dar tutulmaktadır**.⁴⁴ Yine, evrensel bir standart haline gelen ‘demokratik toplum gerekleri’ gibi kavramlar konusunda da takdir alanı daraltılmıştır.⁴⁵

Takdir marjını**ndar kabul edildiği** konularda AİHM, denetimini daha sıkı koşullarda gerçekleştirmektedir.

Takdir alanı doktrininin bireysel başvurunun sonucu üzerindeki etkisine de değinilmelidir. AİHM, ulusal makamın takdir alanını ne şekilde kullandığını denetlemekte ve bu kullanım şeklinin Sözleşme standardına aykırı düşmediğini tespit ettiğinde ihlal bulunmadığı sonucuna ulaşmaktadır. Bu tür başvurular kabul edilemez görülmekte, fakat esas incelemesi sonunda iddianın kanıtlanamadığı gerekçeyle ihlal bulunmadığı kararı ile sonuçlanmaktadır.⁴⁶

4. Dördüncü Derece Yargı Yeri Doktrini ve Bu Nedenle Verilen Kabul Edilemezlik Kararları

a. Genel Olarak

AİHM, ‘dördüncü derece yargı yeri doktrini’ kavramını⁴⁷ içtihatla geliştirmiştir. İkincil niteliğini gözardı edip, itiraz, istinaf, temyiz gibi bir kanun yolu derecesinde görerek yapılan bireysel başvurular bu kapsamda değerlendirilmiştir.⁴⁸ AİHM, bireysel başvuruyu yeni bir olağan ya da olağanüstü kanun yolu gibi gören başvuruları *dördüncü derece türünden* şikâyet nitelemesiyle kabul edilemez bulmaktadır.⁴⁹

⁴⁴ Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 14; Şirin, “Takdir Marjı Doktrini”, s. 373. Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 149.

⁴⁶ Bu konuda bir örnek için bkz. Handyside/Birleşik Krallık, 5493/72, 7.12.1976, par. 48, 54 ve 57-60, 67.

⁴⁷ Hukuk sisteminde istinaf öngörülen devletler yönünden bu tür başvurular 4. derece, istinaf öngörülmemen devletler yönünden ise 3. derece kanun yolu başvurusu vasfı taşımaktadır.

⁴⁸ Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 204.

⁴⁹ Ancak öncelikle belirtmek gerekir ki, adil yargılanma hakkına ilişkin bir başvurunun konusunun medeni hak ve yükümlülüklerle veya suç isnadıyla ilgili olması gerekir. Bu kapsama girmeyen başvurular öncelikle, Mahkemenin konu bakımından yetkisizliği nedeniyle kabul edilemez bulunur. Mahkemenin konu bakımından yetkisine girdiği halde, dört nedene dayalı olarak “açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik” kararı verilmektedir. Bu nedenler sırasıyla; 1-Şikâyetin kanıtlanamaması, 2-Açık ve bariz bir ihlalin görülmemesi, 3-

Sözü edilen niteleme, bu tür başvurularda bireysel başvurunun iç hukuktaki kanun yolu gibi görülmesinden hareketle '*kanun yolu şikâyeti*' olarak da adlandırılmaktadır:

*"AİHM'in görevi, taraf devletlerin Sözleşmeyle üstlendikleri yükümlülüklerine uygun davranmalarını sağlamaktır. Ulusal mahkemeler tarafından yapılan maddi vakıalara ilişkin hatalar ve hukuki hataları ele almak Mahkemenin görevi değildir. Bu bağlamda AİHM, ulusal mahkemelerin aldığı kararlarla ilgili olarak bir temyiz merci veya dördüncü derece mahkemesi gibi hareket edemez."*⁵⁰

Takdir alanı doktrini ve ikincillik ilkesi gereği, iç hukukta görülen bir davada uygulanacak kanun hükmünün yorumu, delillerin değerlendirilmesi, davaya bağlı bir maddi olgunun kanıtlanması ve sonucun ne şekilde olacağı hususlarında kural olarak ulusal mahkemeler yetkilidir. Yargılama sürecinde mahkemeler hata yapmış da olabilir. AİHM, iç hukuktaki hukuka aykırılıkları düzeltme organı değildir. Bu noktada konu Sözleşmenin 6. maddesine gelmektedir.

AİHM kararlarında, adil yargılanma hakkının uyumsuzluğun esası ve sonucuyla ilgili değil, usule dair bir hak tesis ettiği kabul edilmektedir.⁵¹ Diğer bir anlatımla, Sözleşmenin 6. maddesi yönünden yargılamanın sonucunu ilgilendiren maddi adillik değil, sonuca ulaşırlarken yargılama sürecinde izlenen yöntemin adil olup olmadığı (usuli adillik) konusu güvence içinde görülmektedir.⁵² Milli mahkeme kararındaki hukukun uygulanması veya vakanın tespitine ilişkin hatalar, Sözleşmede tanınan *usuli güvencelerin* üzerinde etkili olmadığı takdir-

Karmaşık ve zorlama şikâyetler, 4- Dördüncü derece türü (kanun Yolu) şikâyetler şeklinde belirtilebilir. Dolayısıyla, dördüncü derece türü şikâyet olmasa dahi bir başvuru, kanıtlanmadığı için de "açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik" kararı ile sonuçlanabilir. Bu nedenle, aslında adil yargılanma hakkının usulüne (örneğin çelişmeli yargılanma hakkı veya aleni yargılanma ilkesine) ilişkin bir başvuru olmakla birlikte, içerik olarak iddialar temelsiz ise, dördüncü derece türü başvuru olarak değil, kanıtlanamamış başvuru olması nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilir.

⁵⁰ Kemmache/Fransa, B. No: 17621/91, 24.11.1994, par. 44; Melnychuk/Ukrayna, B. No: 28743/03, 5.7.2005; Salim Küçük, "Açıkça Dayanaktan Yoksunluk", Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, (Editörler: Hüseyin Turan, Recep Kaplan, s. 187 - 234) AYM Yayınları Ankara 2015, s. 197.

⁵¹ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 204.

⁵² Serdar Güleler, "Mukayeseli İnsan Hakları Hukukunda Temyiz Mercii Şikâyetlerinin İstisnai Bir Alanı Olarak Keyfilik Kriteri", *Bireysel Başvuru İncelemeleri 1*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, (s. 53-87), Ankara 2013, s. 68.

de AİHM tarafından dikkate alınmaz. Ayrıca üzerinde etkili olduğu durumda dahi bunların dikkate alınabilmesi için, başvurunun usuli güvencelerin ihlal edildiği iddiasıyla yapılmış olması gerekir.

Dördüncü derece şikâyet olarak nitelenen başvurular, yargılama usulü, delil değerlendirmesi ve sonucun adilliğine yönelik olduğundan, niteliği gereği adil yargılanma hakkıyla ilgili olarak ortaya çıkmaktadır.⁵³ Bu tür başvuruların ortak özelliği, adil yargılanma hakkının yanlış algılanmasından kaynaklanmasıdır. Bu teori 6. madde kapsamında geliştirilmekle birlikte, başvurunun iç hukuktaki bir yargılamanın sonucu ile bağlantılı olduğu diğer hak alanlarında da kıyasen uygulanmaktadır.⁵⁴

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuru incelemesinde denetimden feragat ile temyiz denetimi yapıyor olma ikilemi karşısında dengeyi Lüth kararında belirlediği esaslar ile sağladığı belirtilmektedir. Belirtilen kararın AİHM içtihatlarından da önceye tekabül ettiği söylenebilir. Mahkeme bu kararında, temel hakların vatandaşların devlete karşı savunma hakları niteliğinde olduğunu ve bireysel başvuruda mahkemelerce verilen kararlardaki hukuki hataların denetlenmeyip, yalnızca onlardaki temel hak ihlallerinin denetlendiğine vurgu yapmıştır.⁵⁵ Mahkeme ayrıca, derece mahkemelerinin hukukun yorumunda anayasadaki ilkeleri gözetmedikleri takdirde temel hak normlarını ihlal etmiş olacaklarını belirtmiştir.⁵⁶ Mahkemenin diğer kararlarında da bireysel başvuruda mahkeme hükümlerinin kanuna uygunluğunun incelenmeyip, yalnızca kanunun yorumu ve uygulamasında anayasa ilkelerinin ihlal edilip edilmediğinin ve özellikle keyfilik yasağının dikkate alınıp alınmadığının denetlendiği ifade

⁵³ Öncü, 2012, s. 400.

⁵⁴ Erel, Sunum Notları. Ancak, yazar kanun yolu şikâyeti nitelemesinin dikkatli yapılması gerektiğine, aksi takdirde bireysel başvurunun işlevini çok daraltacak bir eğilime yol açabileceğine dikkat çekmektedir.

⁵⁵ 15.1.1958 tarihli karar, BVerfGE 7, 198 vd.; Nevhis Deren Yıldırım, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruları Esas Bakımından İncelemesi", *Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan*, MÜHF HAD İstanbul 2013, C.19, S. 2, (Özel Sayı), s. 486, 487. Yazar bu kararda belirlenen esaslarla, basit hukuka aykırılık ile özgül anayasa hukukuna aykırılık kavramlarının da birbirinden ayrılmış olduğuna işaret etmektedir.

⁵⁶ Yıldırım, 2013, s. 488.

edilmiştir.⁵⁷ Ancak denetim yetkisinin öngörülebilirliğini zorlaştıran yönü, bazı kanuna aykırı yorum ve uygulamaların da kimi zaman temel hak ihlali olarak değerlendirilebilmesidir.⁵⁸ Alman Federal AYM bu sorunu, bireysel başvuruyu özgül anayasal aykırılık halleriyle sınırlandırmak suretiyle çözmeye çalışmıştır.⁵⁹

Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru için etkili başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun aranması (Anayasa 148/3; 6216-45/2) nedeniyle ikincillik ilkesinin geçerli olduğunu kabul etmektedir. Anayasadaki temel haklara güvence sağlama hususunda asli yetkili ve görevli olanlar, ilgili idari ve adli mercilerdir. AYM ise bireysel başvuru sırasında temel hakka ilişkin nihai yorum yetkisiyle denetim yapmaktadır. Bu nedenle AYM ikincillik ilkesi uyarınca kural olarak, esas mahkemelerinin vakayı tespitlerine veya hukuku yorum şekline ya da delil değerlendirmesine yönelik bir hukuka uygunluk denetimi yapılamayacağı görüşündedir.⁶⁰ Dolayısıyla, bireysel başvuruda genel olarak sonucun adil olmadığına, suçsuz olduğu halde mahkûm edildiğine, delil değerlendirmesinin veya kanunun uygulanmasının hukuka aykırı yapıldığına yönelik başvurular ikincillik ilkesi (ya da dördüncü derece doktrini) gereği kanun yolu başvurusu vasfında görülerek, Anayasa Mahkemesince açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemez bulunmaktadır.

b. Adil Yargılanma Hakkının Usuli Güvencelerine İlişkin Başvurular

Bireysel başvuruda kural olarak bir mahkeme hükmünün kanuna uygunluğu değil, anayasaya uygunluğu denetlenmektedir. Diğer taraftan kamu gücü müdahalesinin kanuna uygunluğu da denetim konularından biri olmakla birlikte, her kanuna aykırılık değil, anayasal hak ihlaline neden olan aykırılıklar denetim konusu yapılmaktadır.

Adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına dayalı bireysel başvurunun, kanun yolu şikâyeti olduğu gerekçesiyle kabul edilemezliğine karar verilebilmesi için, Sözleşmenin 6. maddesinde güvence al-

⁵⁷ BVerfGE 62, 338, 342 ve 65, 317, 322; Kanadoğlu, 2013, s. 21.

⁵⁸ Bkz. Elfes kararı, BVerfGE 6, 32; Kanadoğlu, 2013, s. 21.

⁵⁹ Yıldırım, 2013, s. 487; Gören, s. 668.

⁶⁰ AYM B. B. No: 2013/1728, 12.11.2014.

tına alınan hak ve ilkelere (usuli güvenceler)⁶¹ yönelik olmadan, doğrudan kanun yolu başvurusu tarzında yapılmış olması gerekir.

Diğer bir anlatımla, 6. maddede güvence altına alınan usuli hakların ihlal edildiği iddiasına dayalı bir başvurunun kanun yolu şikâyeti vasfında olduğu ileri sürülemez. Aksine, bireysel başvurunun konusu tam da bunlardır. Bu anlamda örneğin, çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkesinin (vb.) ihlal edildiği iddiaları, kanun yolu başvurusu olarak kabul edilemez. Bu tür şikâyetler hakkında temellendirilemesi veya karmaşık olmaları nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilebilir ise de, kanun yolu başvurusu olduğu gerekçesiyle kabul edilemezlik kararına konu yapılamaz.⁶²

Anayasa Mahkemesi yönünden de Anayasanın 36 ve Sözleşmenin 6. maddesinde tanınan usuli yargılama güvencelerine aykırılıkları denetlemek bireysel başvuruya ilişkin görevi kapsamındadır. Fakat bu denetimin yapılabilmesi için, sözü edilen usuli güvencelere başvuru dilekçesinde yer verilmiş olmalıdır. Diğer taraftan başvuruda usuli güvencelerin ihlal edildiği iddialarının bir kavramsal değiniden ibaret kalmaması ve dayanaklarıyla birlikte açıklanması icap eder. Sözgelimi başvuru dilekçesinde gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği ileri sürülmekteyse, gerekçede neticeyi etkileyen hangi iddiaya cevap verilmediğinin izah edilmesi de gerekir.

AYM'nin Sabahat Tuncel ve Rahmi Özgenç kararları, usuli güvencelere yönelik dayanaklı iddialar içeren başvuruların, kanun yolu şikâyeti kapsamında görülemeyeceğine ilişkin örnek teşkil eder :

"Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında kalan hak ve özgürlüklere müdahale edilmedikçe, derece mahkemelerinin maddi vakaları ve delilleri

⁶¹ Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının usuli güvenceleri şöyle sıralanabilir: Mahkemeye erişim hakkı, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, aleni yargılanma hakkı, aleni karar hakkı, Duruşmada hazır bulunma hakkı, duruşmaya etkili olarak katılma hakkı, silahların eşitliği hakkı, çekişmeli (çelişmeli) yargılanma hakkı, masumiyet karinesinden yararlanma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı, gerekçeli karar hakkı, kesin hüküm hakkı. Sözleşmenin 6/3. maddesi kapsamında ceza davalarındaki diğer güvenceler; savunma için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı, hukuki yardım olarak savunma hakkı, adli yardım hakkı, tanık dinletme ve çapraz sorgu hakkı, tercüman hakkı'dır; bkz.Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 237 vd. ve s. 309 vd.

⁶² Öncü, 2012, s. 400.

değerlendirmesi, hukuk kurallarını yorumlaması ve uygulaması ile uyumsuzluğun sonucunun esas yönünden adil olup olmaması Anayasa Mahkemesinde bireysel başvuru incelemesine konu olmayacaktır ... Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, görevi gereği Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında bulunan adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan usule ilişkin güvencelerin asgari standartlarda sağlanıp sağlanmadığını denetlemek zorundadır. Bu durum salt kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapıldığı şeklinde yorumlanamayacağı gibi Anayasa Mahkemesinin, Anayasa ile verilen temel haklardan birinin ihlal edilip edilmediğini incelemek görevinin yerine getirilmesi anlamını taşımaktadır."⁶³

Nitekim AYM çelişmeli yargılanma hakkı, silahların eşitliği ilkesi ve gerekçeli karar hakkı ihlali iddialarına ilişkin olarak verdiği kararlarında derece mahkemesinin hükme esas aldığı delili tartışarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁶⁴

c. Kanun Yolu Şikayeti Niteliğinde Görülen Bireysel Başvurular

Kanun yolu (dördüncü derece türü) şikayetiniteliğinde görülüp kabul edilmezlik kararı ile sonuçlandırılan başvuruları dört başlık altında tasnif edip açıklamak mümkündür⁶⁵:

aa- Davaya konu maddi vakanın tespiti: Kural olarak, bir uyumsuzluğa konu maddi vakanın hangi şekilde gerçekleşmiş olduğuna ilişkin tespiti davadaki kanıtlara dayanarak ulusal mahkemeler takdir eder. AİHM, olayın gerçekleşme biçimine ilişkin vicdani kanaati yansıtan bu tespiti esas alır, vakanın başka şekilde gerçekleşmiş olduğuna yönelik iddiaları inceleyemez, bunları kanun yolu şikâyeti olarak değerlendirir.

bb- Ulusal hukukun yorumlanması ve uygulanması: Bireysel başvuruda, açık keyfilik veya bariz takdir hatası içermedikçe, ulusal huku-

⁶³ Hasan Rahmi Özgeç, B. No: 2013/2418, 16.12.2015, par. 38; Sebahat Tuncel, B. No: 2014/1440, 26.2.2015, par. 53,54.

⁶⁴ Dijital delile ilişkin gerekçeli karar hakkı ihlali için bkz. AYMB. No: 2014/4991, 20.6.2014 (Balyoz Davası), par. 49-52. Aynı kararda tanık dinletme hakkı yönünden de ihlal kararı verilmiştir; par. 64-81. Ayrıca bkz. silahların eşitliği ilkesi yönünden ihlal içeren Yankı Bağcıoğlu ve Diğ. B. No: 2014/253, 9.1.2015; çelişmeli yargılama ilkesi yönünden Cezair Akgül, B. No: 2014/10634, 26.10.2016; Kanıtların kabul ve değerlendirmesiyle (hukuka aykırı delil) ilgili ihlal içeren Yaşar Yılmaz B. No: 2013/6183, 19.11.2014.

⁶⁵ Tasnif ve açıklamalar için bkz. Küçük, 2015, s. 200-202.

kun yorumlanıp uygulanmasıyla ilgili hukuki sorunlar incelenemez. AİHM, kural olarak ulusal mahkemenin bu konudaki yorumunu temel alarak başvuruyu değerlendirir. Bu nedenle, mevzuatın yanlış yorumlandığına yönelik başvurular, AİHM tarafından kanun yolu şikâyeti niteliğinde görülür.⁶⁶

cc- Delillerin değerlendirilmesi: Başvuruya konu davada ileri sürülen delillerin kabul edilebilirliğine veya değerlendiriliş biçimine ilişkin ulusal mahkemenin kabulü, maddi vakanın oluş biçimiyle ilgili kanıyı ve davanın sonucunu etkilemektedir. Fakat takdir alanı ve ikincilik ilkesi gereği bu konudaki ulusal mahkemenin takdiri, bireysel başvuruda denetlenemez. Aslında burada denetlenemez olan hakimin değerlendirme yetkisi değil, vicdani delil sistemine bağlı olarak ortaya çıkan hakimin vicdani kanaatidir.⁶⁷Nitekim vicdani kanaat yargılaması yapma yetkisi yalnızca maddi sorunu çözmeye yetkili mahkemeye aittir. Bu nedenle temyiz denetiminde dahi vicdani kanaat denetimi yapılamaz. Buna karşın vicdani kanaata ulaşma sürecinde delil araçlarının ikamesinde ortaya çıkan usul hataları veya delillerin değerlendirilmesinde yapılan mantık/gerekçe hataları ise tutanak üzerinden kanun yolunda denetlenebilir.⁶⁸Bu durumda hakimin vicdani kanaati, bireysel başvuru denetimini sınırlayan bir etkiye sahiptir. Delil değerlendirmesinin hukuka aykırı ve hatalı biçimde yapıldığına ilişkin bireysel başvurular da AİHM tarafından, (başvurucunun yargılama sürecinde delil ileri sürme ve karşı delile itiraz etme imkânı bulmuş olması şartıyla)kanun yolu şikâyeti olarak değerlendirilmektedir.⁶⁹

⁶⁶ bkz.Göktaş /Türkiye, B. No : 66446/01, 29 Kasım 2007, par. 32-34,

⁶⁷ Hukukumuzda ceza yargılamasında vicdani delil sistemi (CMK 217/1), hukuk yargılamasında ise kanundaki istisnalar (HMK 200, 205) dışında serbest delil sistemi (HMK 198) kabul edilmiştir. Vicdani delil sisteminde hakimin yargılama sonunda tüm delilleri değerlendirip (suçsuzluk karinesi ve şüphenin sanık lehine yorumlanması ilkeleri doğrultusunda) şüphesini yenerek ulaştığı kanaat, vicdani kanıyı oluşturur. Bu anlamda Feyzioğlu'nun ifade ettiği üzere AİHS kapsamında masumiyet karinesi ve adil/dürüst yargılama ilkelerinin benimsenmesi, sözleşme devletleri vicdani kanaatin de içinde olduğu dürüst yargılama hakkı ortak paydasında buluşturmuştur; Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, İstanbul 2015, s. 78. Yazar vicdani kanaat kavramının günümüzde evrenselleştiğini ve hukukun genel ilkesi niteliğini kazandığını belirtmektedir; Feyzioğlu, s. 79. Hukuk yargılamasında geçerli serbest delil sisteminde de hakimin delilleri değerlendirme sürecinin adil yargılama hakkı ilkeleri doğrultusunda gerçekleşmesi gerekmektedir.

⁶⁸ Feyzioğlu, s. 182, 303.

⁶⁹ Barbera Messegue ve Jabardo/İspanya, B. No: 10590/83, 6.12.1988, par. 68.

dd- Davanın sonucunun adilliği : Yukarıda belirtildiği üzere Sözleşmenin 6. maddesi dava sonucuna değil, yargılama usulüne dair bir güvence teşkil etmektedir. Açık keyfilik veya bariz takdir hatası içermedikçe, ilgili ulusal mahkemenin vicdani ve hukuki kanatı doğrultusunda yaptığı değerlendirme ve sonuç, bireysel başvuruda incelenmemektedir. Başvuruya konu yargılamanın *usuli adilliği* gerçekleşmişse (veya usuli adilliğe yönelik bir başvuru yapılmadan sonuçtan şikâyet edilmişse), AİHM, bu tür başvuruyu kanun yolu şikâyeti niteliğinde görerek kabul edilemez bulmaktadır.⁷⁰

Sonuç olarak; iç hukukun yanlış yorumlandığını,⁷¹ delillerin yanlış değerlendirildiğini ve uyuşmazlık sonucunun adil olmadığını ileri süren başvurular kural olarak AİHM tarafından ‘kanun yolu şikâyeti’ nitelmesiyle kabul edilemez bulunmaktadır. Bunun istisnası, keyfi uygulama veya açık ve bariz kanuna aykırılık halleridir.⁷² Böyle bir durum varsa 6. maddenin ihlal edildiği kabul edilmektedir.⁷³

Uygulamada AİHM tarafından verilen kararlarda örneğin, ulusal mahkemenin bilirkişi raporu almadan ve bir delile dayanmadan, lehe delilleri de dikkate almadan hukuka aykırı karar vermesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası, dördüncü derece türü şikâyet nitelmesiyle ve açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur.⁷⁴

Diğer taraftan kanun yolu şikâyeti nitelmesi yapılan başvurularda

⁷⁰ AİHM çoğu kararında, Sözleşmenin 19. maddesine atf yaparak; “Mahkemenin görevinin Sözleşmeci devletlerin Sözleşmeye dair üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirip getirmediğini denetlemek olduğunu” açıklamış ve “bunun ulusal makamların yetkisinde olduğuna» işaret ettikten sonra Mahkemenin, “ulusal makamların yaptığı yargılamaların hatalı olduğu iddiasıyla yapılacak olan bir başvuruyu, Sözleşme’de tanınan bir hak ve özgürlükleri ihlal etmediği sürece denetleyemeyeceğini” ifade etmiştir; bkz., GarciaRuiz - İspanya (GC), B. No : 30544/96, 21.1.1999, prg. 28, 29; Shenk - Switzerland, B. No : 10862/84, 12.7.1988, prg. 45; Güleler, 2013, s. 78.

⁷¹ İç hukukun hatalı yorumlandığı veya uygulandığı yönündeki şikâyetler kural olarak dördüncü derece şikâyet vasfında görülmekte ise de, kimi zaman dava açma süresi gibi bazı usul kurallarının aşırı katı şekilde yorumlanması, AİHM tarafından mahkemeye erişim hakkı kapsamında görülebilmektedir; Öncü, 2012, s. 402.

⁷² Açık ve bariz keyfilik kavramı ; “bir yasa metninin, hukuk bilgisine sahip ortalama bir kimsenin baktığında lafzından çıkartacağı anlamın tam tersi mahiyette yorumlanıp uygulanması” şeklinde açıklanmaktadır; Öncü, 2012, s. 402.

⁷³ Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s 2013, s. 204.

⁷⁴ Bkz., Nane ve Diğ. – Türkiye kararı, B. No: 41192/04, 24.11.2009, prg. 30-33; Öncü, 2013, s. 401.

dahi usuli güvencelerin sağlanması hususu denetlenmektedir. AİHM genel anlamda adil yargılanma hakkının ihlal edildiği veya hakkaniyetsiz yargılama yapıldığına ilişkin şikâyetleri değerlendirirken, 6. maddenin usule ilişkin güvencelerinin olayda gerçekleştiğine işaret ederek,⁷⁵ başvuruyu dördüncü derece türü şikâyet vasfında görüp açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemez bulmaktadır.

Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuruyu kanun yolu (istinaf-temyiz) gibi görerek yapılan başvuruları ‘kanun yolu başvurusu’ niteliğinde değerlendirerek kabul edilemez bulmaktadır. Gerçekten, olgusal bir temeli bulunmayan, delil değerlendirmesini veya karar sonucunu hukuka aykırı görerek ya da soyut olarak yargılamanın hakkaniyetli olmadığını ileri sürerek yapılan başvurular bu niteliktedir. Buna karşın AYM bu tür başvuruları incelerken de ilgili usuli güvencelere yönelik bir hak ihlalinin olup olmadığını denetlemektedir:

“Başvurucu, yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığına, kendi delillerini ve iddialarını sunma olanağı bulamadığına, karşı tarafça sunulan delillere ve iddialara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığına ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediğine veya kararın gerekçesiz olduğuna ilişkin bir bilgi ya da kanıt sunmadığı gibi mahkemenin kararında bariz takdir hatası veya açık keyfilik oluşturan herhangi bir durum da tespit edilmemiştir. Açıklanan nedenlerle, başvurucunun yargılamanın hakkaniyete aykırı olduğu yönündeki şikâyetine ilişkin olarak delilleri inceleme ve değerlendirme fırsatı bulunduğu ve derece mahkemesi kararlarının bariz takdir hatası veya açık keyfilik içermediği anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizinaçıkça

⁷⁵ AİHM’nin benzer başvurulardaki gerekçesi şöyledir: “Başvurucu çekişmeli yargılama ilkesinden yararlanmış olup, iddialarını sunabilmiş; yargılamanın değişik aşamalarında davasıyla ilgili olduğunu düşündüğü delil ve itirazlarını sunabilmiş; karşı tarafça sunulan delil ve iddialara etkili bir şekilde itiraz edebilme fırsatını bulabilmiş; objektif bir bakışla, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili bütün iddiaları mahkemeler tarafından gereği gibi dinlenmiş ve incelenmiş; tartışma konusu karar için ayrıntılı olarak maddi olay ve olgularla hukuki nitelendirmeye ilişkin gerekçeler gösterilmiş olduğundan, yargılama prosedürü bir bütün olarak değerlendirildiğinde adil yargılanma ilkesine uygundur. Somut olayda herhangi bir keyfi durum da saptanmamış olup, dördüncü derece temyiz incelemesi niteliğindeki söz konusu şikâyet, Sözleşmenin 35/3a-4 hükmü gereğince reddedilmiştir.”; Akbayır ve diğ. - Türkiye, B. No: 30415/08, 28.6.2011; Valencia Diaz - İspanya, B. No: 22557/09, 23.8.2011; Topa - Moldova, B. No: 12495/05, 6.9.2011; Öncü, 2013. s.403.

dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.”⁷⁶

Doktrinde AYM'nin, bariz hata ve keyfilik dışında kanunun yorumuna, delil değerlendirilmesine veya yargılamanın sonucuna ilişkin bireysel başvuruları kanun yolu niteliğiyle kabul edilemez bulmasına yönelik kararları, temyiz kanun yolu ile arasındaki sınırı çizmesi ve kendisini temyiz organı konumuna düşürmeyeceği anlamına geldiği belirtilerek olumlu yönde değerlendirilmiştir.⁷⁷Buna karşın bu konudaki denetimin salt keyfilikle sınırlandırılmasının, temel hakların güvencesini zayıflatacağı eleştirisi de yapılmış ve kanunun temel haklara aykırı yorumlanmasının da denetlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁷⁸

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya ilişkin kararlarında da mahkeme hükümlerinin kanunlara uygunluğunun kural olarak denetlenmeyeceği, fakat başvuruya konu mahkeme hükmünde anayasal sınırın aşılması durumunda AYM'nin düzeltici olarak faaliyete geçeceği belirtilmiştir.⁷⁹

B. Takdir Alanı Teorisi ve Kanun Yolu Şikâyeti Yasağının İstisnaları

1. Genel olarak

a. AİHM Yönünden Genel Açıklama

Yukarıda açıklandığı üzere AİHM kural olarak, adil yargılanma hakkı kapsamında yapılan başvurularda kendisini temyiz mercii (4.

⁷⁶ AYM B. No: 2014/10531, 30.12.2014, prg. 36, 37. Benzer şekilde, “başvurucunun iddialarının kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu ve derece mahkemeleri kararlarının bariz takdir hatası veya açık keyfilik de içermediği anlaşıldığından başvurunun bu kısmının “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna” gerekçesiyle verilen kararlar için bkz. AYM B. No: 2014/5532, 17.11.2014, par. 28-30; AYM B. No: 2014/10531, 30.12.2014, par. 29; AYM B.No: 2013/2767, 2.10.2013, par. 22.

⁷⁷ Oder, s. 15.

⁷⁸ Korkut Kanadoğlu, “Bireysel Başvuruda Mahkeme Kararlarının Denetiminin Kapsamı”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 2013, 9-117, (s. 20-23), 22. Yazar ayrıca, AYM'nin hükmün yasaya uygunluğunun denetlenmesinin mahkemenin yerine geçme anlamına geleceğini, bunun yerine AYM'nin denetimini yalnızca temel haklara aykırılıkla sınırlaması gerektiğini belirtmekte ve Federal Alman AYM örneğinde temel hak ölçütlerinin incelenen karar için önemi bulunduğu durumda denetim alanının sınırlandırılmadığını ifade etmektedir; Kanadoğlu, s. 23.

⁷⁹ Kanadoğlu, s. 21.

derece yargı yeri) gibi gören şikâyetleri, *dördüncü derece türü şikâyet* niteliğiyle kabul edilemez bulmaktadır. Ancak bu kuralın istisnaları bulunmaktadır. Dolayısıyla bunlar, kanun yolu denetimi yapılması yasağının istisnalarını oluşturmaktadır. İstisna teşkil eden hallerde AİHM, ulusal mahkemenin tespit, yorum veya uygulamasını esas almayıp, yerine göre ulusal hukuku yorumlayıp, kanıtlara dayalı vaka tespiti yaparak, yargılama usulünün veya dava sonucunun adil olup olmadığına karar vermektedir.

Diğer taraftan takdir alanı teorisi bakımından da AİHM kural olarak Sözleşmenin tamamlayıcı niteliği gereği, ulusal yargı makamlarının olguya ilişkin tespiti veya iç hukuk kuralına dair yorumunu esas almaktadır. Fakat istisnai hallerde AİHM iç hukukta görülen dava ile ilgili vakanın tespitini veya iç hukuk kuralının yorumunu adeta ulusal derece mahkemeleri gibi doğrudan inceleyip, delilleri değerlendirmekte ve iç hukuka ait bir yasayı yorumlamaktadır. Hatta AİHM İçtüzüğü'nden aldığı yetkiyle⁸⁰ maddi olayla ilgili belgeleri isteyebilmekte veya örneğin yaşama hakkı veya işkence-kötü muamele yasağının ya da olumsuz cezaevi koşullarının tespiti amacıyla tanık dinleme veya Mahkeme üyelerini olay yerinde soruşturma yapmak için görevlendirme yoluna da gidebilmektedir.

Örneğin İrlanda- Birleşik Krallık davasında (1978) Komisyon, Strazburg, Norveç ve Birleşik Krallıkta 100'den fazla tanık dinlemiştir. İllascu-Moldava ve Rusya davasında 4 hâkimden oluşan bir heyet Trisapol ve Chişinau'da 43 tanık dinlemiştir.⁸¹ AİHM, re'sen davanın

⁸⁰ AİHM İçtüzüğü Madde 49/3-a: Raportör Yargıçlar başvuruları incelerken, (a) taraflardan, maddi bir olayla ilgili olduğunu düşündükleri bilgi, belge veya materyalleri, belirlenen süre içinde sunmalarını isteyebilirler; Madde 54/2 : "Daire veya Daire başkanı, (a) taraflardan, maddi olaylarla ilgili olduğunu düşündüğü bilgi, belge veya materyalleri sunmalarını isteyebilir; 3. Daire, kabul edilebilirlik kararı vermeden önce, gerekli gördüğü takdirde duruşma yapmaya karar verebilir. Bu durumda Daire istisnai olarak aksine karar vermedikçe, taraflar başvurunun esasıyla ilgili sorunlar hakkında görüşlerini bildirmeye de davet edilirler." *İçtüzüğe Ek Madde 1 (Soruşturma Tedbirleri)* : 1. Daire...ifadelerinin ...yardımcı olacağını düşündüğü bir kimseyi tanık veya uzman veya başka bir sıfatla dinlemeye karar verebilir. 3. Daire, ... üyelerinden birini veya birkaçını veya Mahkemenin diğer yargıçlarını, yerinde inceleme veya soruşturma yapmaları veya başka bir biçimde delil toplamları için görevlendirebilir... dışarıdan bağımsız uzmanlar atayabilir."; Osman Doğru, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 156, 158, 173.

⁸¹ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s 2013, s. 872.

kanıtını oluşturan eksik belgelerin temini için de devletlerden talepte bulunmuş, belgeler gönderilmemişse, ispat yükünün ilgili devlet üzerinde olduğunu belirterek, ihlal sonucuna ulaşmıştır.⁸²

Aşağıda, her iki ilke bakımından denetimi gerektiren istisnalar incelenmektedir.

b. AYM Yönünden Genel Açıklama

Anayasanın 148/3. maddesinde başvurunun konusu AİHS ile tanınan haklarla sınırlı tutulduğu gibi, olağan kanun yollarının tüketilmesi şartının getirilmesi de bireysel başvurunun *ikincil/tamamlayıcı niteliğini* göstermektedir. Anayasanın 148. maddesinin 4. fıkrası ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 49/6. maddesinde yer alan “*kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz*” hükmünde bireysel başvuru ile yapılacak denetimin sınırı belirtilmek istenilmiştir.

AİHM yönünden geçerli olan takdir alanı doktrininin temelini, ortak Avrupa konsensüsünün sağlanması amacı ve ülkeler bazında kültürel farklılığın dikkate alınması ihtiyacına dayandığına değinmişti. AYM bakımından ise aynı ülke içerisindeki kültürel koşulların dikkate alınması gerektiği ve devletle egemenlik çatışmasının söz konusu olmadığı söylenmelidir. Millete ait olan egemenliği anayasadan aldığı (AY 6, 9) yetkiyle kullanan AYM’nin, denetlediği yürütme, yasa ve diğer mahkemeler karşısında takdir yetkisinin olmadığı söylenemez. Fakat anayasal yargı yetkisini kullanan diğer mahkemelerle arasında yetki alanı çatışmasından söz edilebilir. Bu nedenle doktrinde belirtildiği üzere anayasallık denetimi sırasında, denetlenen mercilerin takdir yetkisine gönderme yapılması yerinde olmaz.⁸³

Diğer taraftan anayasal yorum noktasında son sözü söyleme yetkisi her ikisinde de kendisine ait ise de AYM’nin norm denetimi işlevi ile bireysel başvurudaki denetim yetkisi arasında önemli bir fark bulunmaktadır. İlkinde Mahkeme konuya özgü ilk ve tek yetkili konum-

⁸² Bkz.; Akkum ve diğ./Türkiye kararı, (2005), par. 211; Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s 2013, s. 873.

⁸³ Şirin, “Takdir Marjı Doktrini”, 390. Yazar ayrıca, hakları güvence altına alma bakımından Sözleşmenin yaşayan bir sistem olması işleviyle de savunulan takdir yetkisi doktrininin, insan haklarının sınırlandırılması amacıyla iç hukukta kullanılmaması gerektiğini ifade etmektedir; Şirin, s. 392-394.

dadır. Buna karşın bireysel başvuruda AYM'nin güvenceleri sağlama yetkisi ikincil niteliktedir. Bu bakımdan, bireysel başvuruda AYM'nin yetki alanının çizilmesinde takdir alanı doktrini yerine ikincillik ilkesinden hareket edilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir. Bu anlamda ikincillik ilkesi bağlamında mahkemelerin 'yetki alanı'ndan söz edilebilir.

Bireysel başvuruya iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra başvurulabilmesinin (ikincillik ilkesi) gereği olarak, anayasallık denetiminde elbette derece mahkemelerinin hukuku yorumlama, delil değerlendirme ve uyuşmazlığın sonucu hakkında karar verme yetkisi esastır. Anayasa Mahkemesi de kural olarak derece mahkemesinin bu konulardaki tespit ve kararlarını esas almalıdır. Nitekim uygulamada AYM tarafından kabul edilemez bulunan başvuruların büyük bir çoğunluğunda esas mahkemelerinin kabul ve tespitleri temel alınarak, kanun yolu şikâyeti niteliğiyle başvuru reddedilmektedir.

AYM ile adli-idari yargı yerleri arasındaki yetki sınırının belirlenmesi sorunu Alman doktrinini de meşgul etmiştir. Alman doktrininde Schuman ve Starck tarafından önerilen ölçüte göre, anayasa şikayetine konu norm denetimine benzetilerek bir yasa gibi değerlendirilmelidir. Bu anlamda nasıl ki norm denetiminde yasa koyucunun genel yetkisi kapsamında anayasaya aykırı bulunmayan yasa yapma yetkisi bulunmakta ve denetimde anayasaya uygunluğun değil, aykırılığın tespiti yapılmaktaysa, kişisel başvurular incelenirken de her türlü hukuk hataları değil, yalnızca anayasaya aykırılık oluşturanlar incelenebilir ve ihlal edilebilir bulunmalıdır. Anayasaya aykırılığın bulunmadığı haller mahkemelerin yetki alanı içinde görülmelidir. Diğer bir görüşe göre yetki sınırının, mahkemeler ile anayasa şikayetini inceleyen AYM'nin işlevleri açısından tayin edilmesi sorunu daha iyi çözebilecektir. Belirtilen mercilerin yetki alanları çerçevesinde ne kadar yetkili oldukları tayin edilmelidir.⁸⁴

Alman Federal Anayasa Mahkemesi de 1952 ila 1958 yılları arasında verdiği kararlarda Henk Formülü olarak adlandırılan bir ölçütü kullanmıştır. Mahkeme kimi kararlarında bu sınırı çizmek için işlevsel yaklaşımla "anayasa şikayetine anlamı", "Anayasa Mahkemesinin özel görevi" gibi ifadeler kullanmış, kimi zaman da anılan formülü içeren; "Anayasa Mahkemesinin bir mahkemece verilmiş yanlış bir

⁸⁴ Sağlam, 2006, s. 96-100.

kararı salt taraflardan birinin temel hakkına dokunma olasılığı taşıdığı için bir temyiz mercii gibi sınırsız hukuki denetimden geçirmesi, anayasa şikayetinin anlamına ve Anayasa Mahkemesinin bu alandaki özel görevine uygun düşmez.” şeklindeki açıklamalarla sınır çizmeye çalışmıştır.⁸⁵

Doktrinde “kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz” ve “yerindelik denetimi yapılamaz” biçimindeki hükümlerin yersiz olduğu ve bunların mutlak olarak anlaşılması durumunda bireysel başvuru yolunun işletilemez hale geleceği eleştirisi yapılmıştır.⁸⁶ Bir yazarın da işaret ettiği üzere, anayasal hak ve özgürlüklerin yorumu konusunda nihai yetkiye sahip olan AYM’nin gerektiğinde anayasaya uygun yorum yaparak, mahkemelerin yasayı yorumlayış biçimine müdahale etmesi bireysel başvuru açısından bir zorunluluktur.⁸⁷ Bu anlamda çeşitli kararlarda derece mahkemelerinin yorum alanına AYM’nin ‘haklı müdahalesi’ görülebilmektedir.⁸⁸

Bu noktada 6216 sayılı Kanununun 50/1. maddesinde yer alan; “*yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez*” hükmünün anlamına da değinilmelidir. Anılan kural uyarınca AYM örneğin, denetlediği mahkemenin kararını iptal edemez, değiştiremez veya onun yerine geçerek nihai kararı veremez. Yine, bireysel başvuruda idari bir eylem veya işlem niteliğinde karar verilemez.

Yerindelik denetimi yapılamayacağı kuralı, denetlenen idari işlem veya yargı kararının somut olaydaki isabetinin (hukukiliğinin) tartışılmayacağı anlamında da yorumlanabilir. Esasen ikincillik ilkesi gereği zatenderece mahkemelerinin hukuku yorumlaması, vaka tespiti ve nihai kararının isabeti ve yerinde olup olmadığı denetlenemez. Fa-

⁸⁵ Sağlam, 2006, s. 100.

⁸⁶ Aliyev, Türk sisteminde kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağına ilişkin yasağın isabetli olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, çoğu kez temyiz merciiinden geçip kesinleşen kararlar aleyhine yapılacak başvurularla tam da temyizde dikkate alınmayan (örneğin silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğine yönelik) bir savunmanın incelenmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır; Aliyev, 2010, s. 41, 42.

⁸⁷ Sibel İnceoğlu, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, (Kısaltma: Türkiye ve Latin Modelleri) İstanbul, 2017, s. 225.

⁸⁸ Birden fazla suç isnadıyla tutuklanan kişiler yönünden kanundaki (CMK 102) azami tutukluluk süresinin anayasaya (m.19) uygun yorumuna ilişkin olarak bkz: Ramazan Aras Başvurusu, par. 51,54, 60-70; tutukluluğun yasallığı ve makullüğü yönünden bkz. Murat Narman başvurusu, par. 72. İnceoğlu, bu örneklerin AYM’nin haklı müdahalesi niteliğinde olduğunu ifade etmektedir; İnceoğlu, Türkiye ve Latin Modelleri, s. 229 vd.

kat zorunlu Anayasallık denetiminin gereklerinin de yerindelik denetimi yasağına gireceğine dair bir yorum, bireysel başvurunun amacı ve Anayasa Mahkemesine verilen yetkinin içeriği ile bağdaşmaz. Bu kural denetim yetkisinin doğasına uygun olarak yorumlanmalıdır. Daha önce örnekleri verildiği ve doktrinde de belirtildiği üzere AİHM kararlarında Sözleşme standardını sağlamak amacıyla gerektiğinde yerindelik denetimi de yapılmaktadır.⁸⁹ Ayrıca bireysel başvuruda temel hakka ilişkin anayasal uyumsuzluğu nihai olarak karara bağlama yetkisinin yalnızca AYM’de olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Sınırlayıcı kuralların katı şekilde yorumlanması durumunda AYM’ne bireysel başvuruya verilen denetim yetkisinin kullanılması önlenmiş ve bu özel yargı yolu etkisiz hale getirilmiş olur. Örneğin iç hukukun açıkça anayasaya aykırı yorumlandığı veya işkence yaptığı iddia edilen kamu görevlileri hakkında etkin soruşturma yapılmadığı durumda, AYM’nin hukukun yorumlanması veya delillerin değerlendirilmesini denetleyemeyeceğini kabul etmek, hak ihlalinin ve mağduriyetin sürdürülmesini tercih anlamına gelir.⁹⁰ Gerçekten de böyle bir durumda AYM hak ihlalinin gideremeyecek ve ihlal tespiti AİHM’nin kararına ertelenmiş olacaktır.

Diğer taraftan, Anayasanın 148/3. maddesinde yer alan ölçü norm ile iç hukukta etkili bir bireysel başvuru yolunun öngörüldüğü açıktır. Bundan başka, Anayasanın 148/3. maddesi ile AİHS’ne yapılan atf ve Anayasanın destek norm olan 90/son maddesi ile Sözleşmenin iç hukuk düzeni üzerindeki etkisi ve Devletin bu kapsamdaki yükümlülükleri gözetildiğinde, bir anlamda 6216 sayılı Kanunun başvuruya ilişkin hükümleri gibi, başvurunun etkinliği ve usulüyle ilgili Sözleşme kurallarının da bireysel başvuruda uygulanması gereken normlar olduğu düşünülmelidir. Bu kurallar örneğin Sözleşmenin 3. maddesinde yer alan işkence yasağı ihlal edildiğinde, etkin soruşturma yükümlülüğü derece mahkemelerine hitap ettiği gibi, bireysel başvuruyu inceleyen AYM’ne de hitap etmekte ve denetleme yükümlülüğü getirmektedir. Aynı örneği kişi özgürlüğü (Söz. 5) hakkı ve diğer haklar yönünden de vermek mümkündür.

AYM bazı kararlarında bireysel başvurunun amacı ve sınırlayıcı

⁸⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, AİH Sözleşmesi ve Uygulaması, 2013, s. 428.

⁹⁰ Bu yöndeki eleştiri ve örnekler için bkz. İnceoğlu, Türkiye ve Latin Modelleri, s. 227, 228.

hükümler arasındaki çatışmayı ne şekilde yorumladığını açıklamaya çalışmıştır:

“Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz... Ancak kanun veya Anayasaya bariz şekilde aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik halinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren bu tür kararların bireysel başvuruda incelenmesi gerekir. Aksinin kabulü bireysel başvurunun getiriliş amacıyla bağdaşmaz.”⁹¹

AYM son olarak Şahin Alpay (2) kararında bu konuya değinmiştir. Kararda, kanunyolu ve yerindelik denetimi yasağına ilişkin kuralların, Anayasanın 148/3. maddesi doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiğine işaret edilmiştir (par. 49-52). Anılan hüküm ile Anayasadaki güvencelere uygun biçimde bireysel başvuruların incelenmesi ve etkili bir denetim yapma görevi AYM’ne verilmiştir. Mahkeme değerlendirmesi sonunda şunları da ifade etmiştir;

“Anayasa ve Kanun’da bireysel başvuruda inceleme yasağı getirilen alanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak Anayasa’da öngörülen güvencelerle ilgili olduğu düşünülemez. Bu alan, bireysel başvuru kapsamı dışındaki hukuka aykırılık iddialarına ilişkindir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da ifade edildiği üzere temel hak ve özgürlüklere müdahale söz konusu olmadıkça hukuk kurallarının uygulanması ve yorumlanması ile delillerin takdiri ve değerlendirilmesi derece mahkemelerine aittir. Ancak temel hak ve özgürlüklere müdahalenin söz konusu olduğu durumlarda derece mahkemelerinin takdir ve değerlendirmelerinin Anayasa’daki güvencelere etkisini nihai olarak değerlendirecek merci Anayasa Mahkemesidir. Bu itibarla Anayasa’da öngörülen güvenceler dikkate alınarak bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğine ilişkin herhangi bir inceleme “kanun yolunda gözetilmesi gereken hususun incelenmesi” veya “yerindelik denetimi” olarak nitelendirilemez.

Aksinin kabulü durumunda Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları karara bağlama yetki ve görevinin işlevsiz hale geleceği, bunun da bireysel başvurunun etkili bir hak arama yolu olarak öngörülmüş olması amacıyla (bkz. §§ 40, 48) bağdaşmayacağı ortadadır.”⁹²

⁹¹ Murat Narman başvurusu, par. 48; Ramazan Aras başvurusu, par. 49.

⁹² Şahin Alpay (2), B. No: 2018/3007, 15.3.2018, par. 53-54.

2. Denetimi Gerektiren İstisnalar

a. Mutlak Hakların Varlığı

Sözleşmenin 15/1. maddesi uyarınca; savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde Devlet, "durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek şartıyla, Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir." Bu hüküm gereği Devletler, demokratik devlet düzenini korumak amacıyla ve belirtilen şartlar oluştuğunda 2. fıkrada belirtilenler hariç olmak üzere Sözleşmedeki hakları sınırlayıcı müdahalelerde bulunabileceklerdir.⁹³ Buna karşın, olağanüstü durumlarda sınırlanabilen haklarda dahi hakka vaki müdahalenin *ölçülü* olması zorunludur. AİHM Aksoy kararında, Güneydoğu Anadolu Bölgesine ilişkin olağanüstü hal uygulaması kapsamında terör suçu iddiasıyla 14 gün gözaltında tutulma işleminin ölçülü olmaması nedeniyle 15. madde şartlarına uyulmadığına ve 5. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁴ Dolayısıyla ölçülülüğün takdiri de AİHM tarafından denetlenmektedir.

Fakat 2. fıkra gereği, savaş veya diğer olağanüstü hallerde dahi; (meşru savaş fiillerinden kaynaklanan ölüm müstesna olmak üzere) yaşama hakkı (m.2), işkence ve kötü muamele yasağı(m.3), kölelik ve kulluk yasağı (m.4/1) ve kanunsuz ceza olmaz ilkesine (m.7) aykırı tedbirlere cevaz verilemez. Dolayısıyla mutlak veya sert çekirdek haklar adı verilen bu haklar bakımından Devletlere hiçbir durumda takdir alanı tanınmamaktadır.⁹⁵ Buna karşın bu hakların kapsamıyla ilgili bazı konularda devletlerin takdir alanı vardır.⁹⁶

Sözleşmenin 15/2. maddesinde belirtilmemekle birlikte, 14. maddede düzenlenen ayrımcılık yasağının da bu kapsamda istisna getirilemeyen haklardan olduğu kabul edilmiştir (bkz. AİHM İrlanda/İngiltere, 18.1.1978, par. 225). Ayrıca doktrinde, adil yargılanma hakkının temel unsuru olan bağımsız ve tarafsız mahkeme güvencesine de istisna tanınmaması gerektiği belirtilmiştir.⁹⁷

⁹³ bkz.Brannigan ve McBride/İngiltere, 26.5.1993, par.43,68

⁹⁴ Aksoy/Türkiye, 18.12.1996, par. 83-87; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013,s. 411.

⁹⁵ Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s. 369.

⁹⁶ Örneğin yaşamın başlangıç anı, ceninin yaşam hakkı, ötenazi ve yaşam hakkıyla bağlantılı sosyal ve sağlık politikaları gibi konularda devletlerin takdir hakkı bulunmaktadır; Şirin, Takdir Marjı Doktrini, s. 369.

⁹⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, 2013,s. 409.

Diğer yandan, mutlak nitelikte olmayan haklar hakkında Sözleşmenin izin verdiği müdahaleler yönünden de 'hak ve özgürlüğün kural', müdahale ve kısıtlamanın ise 'istisna' olduğu ve bu nedenle dar yorumu tabi tutulmaları gerektiği kabul edilmektedir.⁹⁸

Türkiye'de 20 Temmuz 2016 tarihinde başlayan OHAL dönemindeki kararlarında AYM'deAY'nın 15. maddesinin 2. fıkrasındaki haklara dokunulamayacağına işaret etmiş ve durumun gerektirdiği ölçüde' kriterini esas almıştır. Mahkeme AY'nın 15. maddesinde sayılmamakla birlikte kişi özgürlüğüne keyfi müdahalede bulunulmaması güvencesinin OHAL döneminde de geçerli olduğunu belirtmiştir.⁹⁹

b. Geçici Tedbirler

Tedbir kararları da aslında devlet makamlarının eylem ve işlemlerinde söz konusu egemenlik ve takdir yetkisine Sözleşmenin müdahalesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla tedbir kararları, takdir alanı doktrininin istisnası mahiyetindedir.

AIHM İç Tüzüğü'nün 39. maddesi uyarınca Daire veya Başkan, tarafın yararı veya davanın şartları gerektirdiğinde geçici tedbir kararı alıp, taraflara bildirebilir. Örneğin tedbir kararı ile ilgili devletten, başvuranın başka bir ülkeye sınırdışı veya iade edilme işleminin durdurulması talep edilmektedir. Konunun aciliyeti gereği tedbir kararları çok kısa bir sürede verilmektedir.¹⁰⁰ Geçici tedbir başvurularında da ikincillik ilkesi geçerlidir. İç hukukta yürütmeyi durdurucu yollar varsa öncelikle bu yollar tüketilmelidir.¹⁰¹ Fakat iç hukuktaki yol etkisizse doğrudan AIHM'nden tedbir talebinde bulunulabilir.

Tedbir konusu özellikle sınırdışı işlemlerinde ve tutuklu-hükümlülerin sağlık yardımından yararlanmalarını gerektiren ciddi durumlarda söz konusu olmaktadır.¹⁰²

⁹⁸ Klass ve diğ./Almanya, 6.9.1978, par. 41; Handyside/İngiltere, 7.12.1976; Observer ve Guardian/incildere, 26.11.1991, par. 59; Sunday Times/İngiltere, 26.11.1991, par. 50; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013,s. 373.

⁹⁹ AYM Aydın Yavuz vd. B. No: 2016/22169, 20.6.2017, par. 344, 347; Turhan Günay, B. No: 2016/50972, 11.1.2018, par. 87,88.

¹⁰⁰ Ünal, s. 415.

¹⁰¹ Ece Göztepe, İnsan Haklarının Korunmasında Geçici Tedbir, AIHM, Almanya ve Türkiye Örnekleri, İstanbul 2017, (Kısaltma Geçici Tedbir), s. 45.

¹⁰² Tedbir konusu yapılabilecek haklar için bkz. Göztepe, Geçici Tedbir, s. 61 vd.-241 vd.

Geçici tedbir kararları doğrudan Sözleşme’de yer almayıp, Sözleşmenin verdiği yetki ile İç Tüzük’te düzenlendiğinden, taraf devletleri bağlayıcılığı noktasında tartışmalara neden olmuştur. Ancak doktrinde farklı temellere dayanılsa da AİHM’in tedbir kararlarının devletleri bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir.¹⁰³ AİHM de kararlarında bağlayıcılığın temellerini Sözleşmenin 13. maddesindeki etkili yol kavramı ile 1 ve 34. maddeleri gereği devletlerin bu şekilde etkili bir yolu temin etme yükümlülüğüne dayandırmaktadır. Etkili başvuru yolu güvenesi, gecikmesinde önemli zararın bulunduğu halde acil kararların alınması ve bunlara uyulmasını da gerekli kılmaktadır.¹⁰⁴

Sınırdışı kararları bakımından Sözleşme hükümleri, bir devletin uluslararası hukuka göre yabancıların ülkeye girişini kabul etmeme hakkına mani teşkil etmemektedir (bkz. Chahal/Birleşik Krallık, 1996). Yine Sözleşme, ülkeye girişine izin verilen yabancılara iltica veya sınırdışı edilmeme hakkı vermez. AİHM sınırdışı işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetlemediği gibi, siyasi bir suçtan aranan kişinin iade edilmesi de Sözleşmeyi ihlal etmez.¹⁰⁵ Başka deyişle sınırdışı ve iade konuları devletlerin egemenlik yetkisi ve uluslararası hukuk çerçevesinde takdir alanı içerisindedir. Fakat başka bir ülkeye gönderilen yabancının, gideceği ülkede 3. maddeyi ihlal edecek biçimde işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ile karşılaşma riskinin varlığı, bu genel kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Böyle gerçek bir risk bulunduğu Sözleşmeciler devletlerin sınırdışı veya iade etmeme yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülüğe (ve tedbir kararlarına) aykırılık, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlaliyle sonuçlanmaktadır.¹⁰⁶

¹⁰³ Tedbir kararlarının bağlayıcılığı konusunda; 1- Sözleşmedeki hakların etkili korunması bakımından bağlayıcılığın kaçınılmaz olduğu, 2-AİHM’in genel yargı yetkisinin içinde olduğu için ayrı bir yetkilendirmeye gerek olmadığı, 3- Uluslararası hukukun iyi niyet ilkesi (Viyana Söz. 31/1) gereği devletlerin tedbir kararına uymakla yükümlü oldukları, şeklinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Göztepe, Geçici Tedbir, s. 69,70.

¹⁰⁴ AİHM Mamatkulov ve Askarov/Türkiye, B. No: 468/27/99, 4.2.2005, par. 123-129; Olaechae Cahuas/İspanya, B. No: 24668/03, 10.8.2006, nihai karar 11.12.2006, par. 81.

¹⁰⁵ Ek 4 No’lu Protokol’un 4. maddesinde istisnai olarak, yabancıların toplu halde sınırdışı edilmeleri yasaklanmaktadır. Bu tür işlemlerde 8. Maddenin ihlali söz konusu olabilir; Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, 2013,s. 82. Ayrıca konuyla ilgili olarak, 1951 Tarihli BM Mülteciler Sözleşmesinin 33. maddesindeki geri gönderme yasağı ile 1984 tarihli BM İşkence Sözleşmesinin 3. maddesi zikredilmelidir.

¹⁰⁶ Bkz. Soering/Birleşik Krallık, A 161, 1989; Cruz Varas/İsveç, A 201, 1991; Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, 2013,s. 84. Ayrıca bkz. Paladi c. Moldova [GC], B. No: 39806/05, 10 Mart 2009.

Benzer bir yorum, tutuklu veya hükümlünün hayatı veya sağlığı için çok ciddi riskin bulunduğu durumda gerekli tedbirlerin alınmaması ya da uygulanmaması nedeniyle yapılmakta ve yine bu durumda 3. maddenin ihlal edildiğine karar verilmektedir.¹⁰⁷

Tedbir kararına uyulmaması Sözleşmenin 34. maddesini de ihlal edebilmektedir (bkz. Tedbir kararına uyulmaması sebebiyle 34. madde ihlali (3. madde ihlali yok) - Mamatkulov ve Askarov /Türkiye [GC], no. 46827/99 ve 46951/99, ECHR 2005-I)

Türkiye ile ilgili olarak da sınırdışı işlemleri ve cezaevinde tedaviye ulaşım gibi nedenlerle çok sayıda tedbir kararı verilmiştir. Öcalan başvurusunda ölüm cezasının infaz edilmemesi amacıyla 21.11.2000 tarihinde tedbir kararı alınmıştır.¹⁰⁸

Türk bireysel başvuru sisteminde de 6216 sayılı Kanunun 49/5. maddesinde, esas inceleme sırasında Bölümlerin başvuruçunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere re'sen veya başvuruçunun talebi üzerine karar verebileceği belirtilmektedir. AYM İç Tüzüğü'nün 73. maddesi uyarınca, başvuruçunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike halinde geçici tedbir kararı verilebilmektedir.

¹⁰⁷ Lavrov kararında, cezaevinde olan başvuruçunun ilerlemiş kanser hastalığından acı çekmesine ve cezaevinde tedavi ve ağrıların giderilmesini sağlayacak ilaçların bulunmaması nedeniyle tedbirle tahliye edilmesi talebinde bulunulması üzerine AİHM aldığı geçici tedbir kararında; Rusya Hükümetinden, başvuruçunun cezaevinden bağımsız bir onkolog da dâhil olmak üzere tıbbi uzmanlar tarafından derhal muayene edilerek; (1) tutma koşullarının tedavi için yeterli olup olmadığı; (2) mevcut sağlık durumunun cezaevi hastanesi koşullarında tutma ile uyumlu olup olmadığı; (3) mevcut durumunun ihtisaslaşmış bir hastaneye yerleştirilmesini veya serbest bırakılmasını gerektirip gerektirmediği hususlarında rapor talep edilmiştir. Tıp uzmanlarının başvuruçunun böyle bir hastaneye yerleştirilmesi gerektiğine karar vermesi durumunda, Rus Hükümetinden başvuruçunun özel bir hastaneye derhal transferini sağlaması" (par. 19) istenmiştir. Bu karar üzerine alınan tıbbi raporda başvuruçunun tedavi edilemez kanser hastası olduğu ve ölebi-leceği belirtilmesine karşın Rus mahkemeleri başvuruçunu serbest bırakmayı kabul etmemişlerdir (par. 24).

AİHM bu davada, cezaevinde kapsamlı ve yeterli tıbbi tedavi (ve acıları dindirecek uyuşturucu ilaç) imkânı olmamasının, başvuru sahibini uzun süre zihinsel ve fiziksel acıya maruz bırakma etkisine sahip olduğunu ve bu durumda yetkililerin başvuruçuna, ihtiyaç duyduğu tıbbi bakımı sağlamamalarının, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele anlamına geldiğini belirterek, AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (par. 61-63); Andrey Lavrov/Rusya, No: 2016/26503, 1.3.2016.

¹⁰⁸ Ünal, s. 417.

3. Açık Keyfilik veya Bariz Takdir Hatasının Bulunması

İstisnaya değinmeden önce adil yargılanma hakkı yönünden milli idari ve yargı mercilerinin takdir yetkisi üzerinde durmak da gerekebilir. Sözleşmenin devlete getirdiği yükümlülükler 6. madde yönünden de söz konusudur. Bu anlamda 6. maddenin ilk fıkrası ile 3/b,c fıkra ve bentlerindeki adil yargılanma hakkı güvencelerinin hangi araçlarla sağlanacağı hususunda devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.¹⁰⁹ Fakat bu araçların 'etkili' olup olmadığı konusunda AİHM'nin denetim yetkisi vardır. Ayrıca iç hukukun yorumlanması ve delillerin takdiri de milli mahkemelerin takdir alanı içerisinde kalmaktadır. Böylece kural olarak adil yargılanma hakkı yönünden belirtilen hususlarda takdir alanı doktrininin uygulandığı söylenmelidir. Buna karşın her kural için söz konusu olan istisnalar burada da geçerlidir.

AİHM'ne göre kanun yolu şikâyeti teorisinin ilk istisnasını, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarında kanunun yorumu veya takdir hakkının kullanımında *açık keyfilik ya da bariz hatanın* varlığı oluşturmaktadır.¹¹⁰

Keyfilik terimi, hangi usul veya gerekçeyle o sonuca ulaşıldığı anlaşılmayan,¹¹¹ makul ve mantıklı bir dayanağı görülemeyen yorum ve uygulamaları içermektedir. Hukuki bir dayanağı bulunmayan veya kuralın açık anlamına ters uygulamalar keyfi nitelikte görülmelidir. Yine, gerekçesiz olup niteliği gereği de makul bir temele dayandığı anlaşılmayan kararların keyfi nitelikte olduğu düşünülmelidir.

AİHM'nin keyfilik istisnasına işaret ettiğine ilişkin olarak Almanya'ya karşı Van Kuck ve Von Hannover kararları örnek gösterilebilir.¹¹²

¹⁰⁹ Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s. 371.

¹¹⁰ GarciaRuiz/İspanya, par. 28;Sisojeva ve diğ./Letonya, B. No: 60654/00, 15.1.2007, par. 89; Miroljbovs ve diğ./Letonya, B. No: 798/05, 15.9.2009, par. 91; Wegera/Polonya, B. No: 14107, 19.1.2010, par. 73; Öncü, 2012, s. 402.

¹¹¹ Açık keyfilik, "adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan bir keyfiliktir" açıklaması için bkz; Öncü, 2012, s. 402;

keyfi karar, "hangi nedenle verildiği hususunda hiçbir gerekçe içermeyen karardır" tanımı için bkz.;Küçük, 2015, s. 206; açık keyfilik, "ortalama bir yasa metninin ortalama hukuk bilgisine sahip bir kimsenin anlayacağı anlamın tam tersi mahiyetinde yorumlanıp uygulanmasıdır" tanımı için bkz.; Güleler, 2013,s. 79.

¹¹² Örn.; Van Kuck/Almanya, B. No : 35968/97, 2003, ve Von Hannover/Almanya, B. No : 59320/00, 24.6.2004 ; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 15. Van Kuck davasında, cinsiyet değişikliği için ameliyat ve hormon tedavisi olan

Bariz takdir hatası, hukuk kuralının yorumu ve uygulanmasında hak ihlaline neden olan belirgin bir hataya düşülmesini ifade etmektedir. Hukukun uygulanmasında, maddi olayla bağdaşmayan yoruma dayalı uygulama halinde açık takdir yanılığısından söz edilir. Yargılama usulünü adil olmaktan çıkartan bu tür bariz hataların bireysel başvuru yoluyla giderilmesi gerekmektedir.¹¹³

Bir konuda iç hukukun yorumuyla ilgili olarak (yüksek mahkeme kararları ile belirginleşmiş) istikrarlı bir yorum şekli bulunmakta (ve AİHM'nin deyimıyla bu yorum şekli 'hukuk' haline gelmiş) iken, mesnetsiz farklı bir karar verilmesi de takdir hatasına veya yerine göre keyfiliğe işaret edebilir.

AİHM kararlarında, "açık bir şekilde keyfi olmadıkça, belirli bir kanıt türünün kabul edilebilir olup olmadığına veya aslında başvuruçunun suçlu olup olmadığına karar vermenin kendi görevi olmadığını" ifade etmektedir."¹¹⁴Fakat bu kararlarda, bariz hata veya keyfiliğin bulunduğu durumda denetim görevinin olduğu da ifade edilmektedir. Dolayısıyla keyfiliğin bulunduğu yerde ulusal hâkimin takdir alanı sona ermekte ve AİHM iç hukuktaki davanın sonucuyla ilgili olarak da değerlendirme yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi yönünden de kanun yolu denetimi yasağının istisnası, derece mahkemelerince verilen kararların keyfi olması veya açık ve bariz bir kanuna aykırılığa dayanmasıdır. Temel hakları keyfi veya bariz hatalı yorumla ihlal eden karar ve işlemlerde ikincillik ilkesinden söz edilemez, Mahkemenin hakka ilişkin anayasal yorum yetkisi öne çıkar. Nitekim AYM de kararlarında bu hususa işaret et-

başvuruçunun, tedavi giderlerini geri ödemeyi kabul etmeyen özel sigorta şirketine karşı açtığı davada Temyiz Mahkemesi, söz konusu tedavinin 'sigorta sözleşmesi' bakımından gerekli olmaması nedeniyle davanın reddine karar vermiştir. AİHM ise, toplumsal cinsiyet kimliğinin mahiyetini ve geri dönülemez tıbbi işlemlerden geçme kararının ciddiyetini dikkate alarak, başvuruçunun adil bir yargılama görmesini sağlamayan ulusal mahkemenin yaklaşımının Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal ettiğine karar vermiştir; Osman Doğru/ Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, Avrupa Konseyi Yy. Ankara 2013, C.2, İHAS C.2, s. 613.

¹¹³ Mellinshof, Rudolf, Federal Almanya Cumhuriyetinde Anayasa Şikayeti, Anayasa Dergisi, AYM Yayınları, Ankara 2009, C 26, (s. 32-44), s. 34.

¹¹⁴ AİHM Kazım Albayrak/Türkiye, B. No: 2014/3836/, 17.9.2014, par. 45; Küçük, 2015, s. 204. Yine gözaltında insanlık dışı muamele sonucu elde edilen ikrara dayalı karar nedeniyle 6. madde ihlaliyle sonuçlanan bir başvuru örneği için bkz: Söylemez/Türkiye, B. No: 46661/99, 21 Eylül 2006, par. 123-125.

mektedir: *“Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınmaz.”*¹¹⁵

Gerçekten de bu tür iddiaların hiçbir şekilde denetlenemeyeceği ileri sürülürse, bireysel başvurunun bir anlamı kalmayacak, hak ihlali bulunduğu halde suskun kalınacaktır.¹¹⁶ Dolayısıyla AYM’nin denetimi, gerektiğinde hem derece mahkemesinin uyuşmazlığın sonucuyla ilgili değerlendirmesini hem de hukuku yorumlama biçimini kapsaması zorunludur.¹¹⁷ Bu bakımdan AİHM ve AYM kararlarında, Anayasa ve Sözleşme’de tanınan bir hakkın ihlaliyle sonuçlanan hukuka aykırılıklar kanun yolu şikâyeti olarak nitelenmemektedir.

AYM beş yıllık uygulamasında bariz takdir hatası gerekçesiyle altı başvuruda ihlal kararı vermiştir.¹¹⁸

Anayasa Mahkemesi, yargılamanın ve sonucunun adil olmadığı ya da delil değerlendirmesinin yanlış yapıldığı iddialarını incelerken; başvuru kenden kendi delillerini ve iddialarını sunma olanağı bulamadığına, karşı tarafça sunulan delillere ve iddialara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığına ya da iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediğine veya kararın gerekçesiz olduğuna ilişkin bir bilgi ya da kanıt sunup sunmadığı gibi hususları değerlendirerek bir karara varmaktadır. Dolayısıyla bu tür başvurularda, ileri sürülen hususlarla ilgili usuli güvencelere yönelik bir hak ihlalinin olup olmadığı denetlenmektedir:

“Başvurucu, yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığına, kendi delillerini ve iddialarını sunma olanağı bulamadığına, karşı tarafça sunulan delillere ve iddialara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığına ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla

¹¹⁵ AYM B. No: 2012/1027, 12.2.2013, prg. 26; AYM B. No: 2012/1056, 16.4.2013.

¹¹⁶ Krş.; Fazıl Sağlam, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar, *Türkiye Barolar Birliği Paneli*, TBB yy. Ankara 2011, s. 22; Mustafa Kuş, “Örnek Uygulamalar Işığında Bireysel Başvuru ve Geleceği”, *Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti)*, Editör: Sevtap Yokuş, 2.B. Ankara 2015, s. 98.

¹¹⁷ İnceoğlu, *Türkiye ve Latin Modelleri*, s. 225, 227.

¹¹⁸ AYM tarafından bariz takdir hatası nedeniyle ihlal tespiti yapılan kararlar: Kenan Özteriş, B. No: 2012/989, 19.12.2013; Şahin Erol, B. No: 2013/2539, 7.7.2015; Süleyman Bargın, B. No: 2014/6096, 12.7.2016; Mehmet Sıddık Güneşoğlu, B. No: 2014/7571, 12.7.2016; Aydın Öner, B. No: 2014/13415, 13.7.2016; Askeri Karakaş, B. No: 2014/19705, 30.6.2016.

ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediğine veya kararın gereksiz olduğuna ilişkin bir bilgi ya da kanıt sunmadığı gibi mahkemenin kararında bariz takdir hatası veya açık keyfilik oluşturan herhangi bir durum da tespit edilmemiştir. Açıklanan nedenlerle, başvuruçunun yargılamanın hakkaniyete aykırı olduğu yönündeki şikâyetine ilişkin olarak delilleri inceleme ve değerlendirme fırsatı bulduğu ve derece mahkemesi kararlarının bariz takdir hatası veya açık keyfilik içermediği anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin” açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.”¹¹⁹

4. Sözleşmenin 3. Maddesine Aykırı Olarak Delil Elde Edilmesi

Bireysel başvuruda delillerle ilgili olarak çekişmeli yargılanma, silahlara eşitliği hakkı veya tanığa soru sorma hakkı gibi usuli güvencelerden şikâyet edilmeksizin, soyut biçimde delil değerlendirilmesinin hukuka aykırı yapıldığından söz edilmesi durumunda, kanun yolu şikâyeti nitelemesi ve dolayısıyla kanun yolu denetimi yasağı devreye girmektedir. Kural olarak iç hukukta görülen bir davada delillerin değerlendirilmesi ve takdiri yetkisi ulusal makamlara ait görülmektedir.¹²⁰ Hatta AİHM’ne göre Sözleşme açısından hukuka aykırı bir delile dayanılmayacağı gibi mutlak bir yasak yoktur. Başvuranın delillere itiraz etme imkânı bulabilmesi, ilgili usuli güvencelerin sağlanmış olması ve delilin baskı, cebir, tuzak gibi bir yöntemle elde edilmemiş olması şartıyla hukuka aykırı delile dayanılmasının da yargılamanın adilliğini etkilemeyebileceği değerlendirilmektedir.¹²¹

AİHM, delilin elde edilmesinde Sözleşmedeki bir hakkın ihlal edildiği iddialarında dahi, bu delilin mahkûmiyet için tek delil olmaması durumunda, başvuranın yargılama sırasında bu delile karşı itirazlarını ileri sürme imkânı bulabilmesi ve yargılamanın bütünü açısından adil olmadığı söylenemediğinde, ihlal nedeni olarak görmemiştir.¹²² Kural

¹¹⁹ AYM B. No: 2014/10531, 30.12.2014, prg. 36, 37.

¹²⁰ Van Mechelen ve diğ./Hollanda, 30 Ekim 1997, par.50; Khan/Birleşik Krallık, B. No: 35394/97, 12.5.2000, par. 34.

¹²¹ Rachdad/Fransa, B. No : 71846/01, 13 Kasım 2003, par. 23; Gafgen/Almanya, B. No: 22978/05, 30 Haziran 2008, par. 164.

¹²² Bu örnekte, hâkim kararı olmadan dinlenen telefon kaydı tek delil olmasa da delillerden biri olarak esas alınmış ise de delile itiraz imkânı bulunduğu vs. gerekçelerle ihlal kararı verilmemiştir; Schenk/İsviçre, 12 Temmuz 1988, B. No: A 140, par. 48. AİHM haberleşme ve özel hayatın gizliliği haklarını ihlal ederek elde

olarak derece mahkemelerinin bu konudaki takdiri denetlenmemektedir. Ancak bu genel yaklaşımın istisnası bulunmaktadır.

Mahkeme adil yargılanma hakkı bakımından, ceza davalarında hükme esas alınan delilin Sözleşmenin 3. maddesine aykırı olarak elde edildiği iddialarını farklı değerlendirmekte ve delilleri değerlendirme konusunda kendisini yetkili görmektedir. Bu durumda delilin davanın sonucuna etkisi değil, elde ediliş biçimi ihlal nedeni¹²³ olmaktadır.¹²⁴

Cebir, tehdit ve hile ile şüpheliden delil elde edilmesi durumunda kişinin kendisi aleyhine delil sunmaya zorlanamaması yasağı da ihlal edilmektedir. Örneğin ceza davasında ileri sürülen delilin işkence veya kötü muamele yasağını veya özel hayatın gizliliği hakkını ihlal eder biçimde hukuka aykırı olarak elde edilmesi söz konusu olduğunda, AİHM bu olguya ilişkin delilleri bizzat değerlendirmektedir.¹²⁵ Mahkemeye göre, sanığın ikrarı kötü muamele sonucu elde edilmişse, bu ikrar hükme temel alınmasa dahi, adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir.¹²⁶ Diğer taraftan 3. maddenin ihlaliyle elde edildiği ileri sürülen deliller bakımından, iç hukukta fail işkence veya kötü muameleden mahkûm edilmese veya hakkında etkili soruşturma yapılmamış olsa dahi AİHM delil değerlendirmesi yaparak bu olguyu tespitle, 6. maddenin ihlal edildiğine karar verebilmektedir.¹²⁷

Sözleşmenin 8. maddesini ihlal eder şekilde elde edilen deliller bakımından ise mutlak bir ihlal yaklaşımı bulunmamakta, yargılamanın bütünü değerlendirilmektedir. Yargılamada kullanılan ve 8. maddeyi

edilen deliller bakımından benzer yaklaşım içindedir. Ancak bu tür delillerin mahkûmiyetin tek kanıtı olması durumunda ihlal sonucu ortaya çıkabilecektir.

¹²³ Turan, Hüseyin, Adil Yargılanma Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 348.

¹²⁴ Söylemez /Türkiye, B. No : 46661/99, par. 107 ve 122-24, 21 Eylül 2006. Gäfgen/Almanya [GC], B. No : 22978/05, par. 162-188, ECHR 2010 (kararda 6. maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmış)

¹²⁵ Khan/Birleşik Krallık, B. No: 35394/97, 12.5.2000, par. 34-40; O'Halloran ve Francis/Birleşik Krallık, B. No: 15809/02 ve 25624/02, 29.6.2007, par. 53-63; Heaney ve McFinnness/İrlanda, B. No: 34720/97, 21.12.2000, par. 54,55; Bykov/Rusya, B. No: 4378/02, 10.3.2009, par. 88-93; Öncü, 2012, s.402.

¹²⁶ Ashot Harutyunyan /Ermenistan, B. No: 34334/04, 15 Haziran 2010; Levința/Moldova, B. No: 17332/03,16 Aralık 2008, par. 101,106; Örs ve Autres /Türkiye, B. No : 46213/99, par. 58- 61, 20 Haziran 2006.

Mahkeme, Türkiye'ye karşı bir başvuruda, gözaltında 3. maddeye aykırı muamele sonucu elde edilen delilin dosyaya kabul edilmemesini temin edecek bir ön sorun yargılamasının bulunmamasını da eleştirmiştir; Hulki Güneş/Türkiye, B. No: 28490/95, par. 91.

¹²⁷ Doğru/Nalbant, 2013, C. 2, s.641.

ihlal eder biçimde elde edilmiş olan delil tek veya temel delil vasfında ise ve başvuru tarafından inanılabilirliğine ilişkin olarak ileri sürülmüş makul şüphe nedenleri varsa 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilir.¹²⁸

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da, işkence sonucu ve müdafii bulundurulmadan alınan ifadenin hükme esas alınması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹²⁹

5. Bir Davanın Olgularının Belirlenmesi Gerektiğinde

Sözleşmedeki bir güvencenin uygulanması dolayısıyla bir davanın olgularının belirlenmesi talep edildiğinde AİHM, ulusal mahkemelelerin olgular hakkındaki değerlendirmeleri ile bağlı değildir.¹³⁰ Örneğin, Sözleşmenin 3. maddesine aykırılık (işkence veya diğer bir insanlık dışı muamele yasağını ihlal) iddiası ileri sürüldüğünde, o dava hakkında ulusal mahkemenin yaptığı tespitle bağlı kalınmaksızın, davaya ilişkin kanıtlar incelenerek, işkence veya kötü muamele olgusunun varlığı ve bu olgunun asgari eşiği aşmış olup olmadığı ortaya konulmaktadır.¹³¹

AİHM kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddialarını maddi veya usul bakımından incelerken, derece mahkemeleri veya soruşturma makamlarının iç hukuka dair tüm uygulama ve yorumlarını denetlemekte, adeta bir derece mahkemesi gibi hareket etmektedir. Dolayısıyla bu tür başvurularda ikincillik ilkesi bir dereceye kadar terk edilmektedir. AİHM'in sonraki birçok kararında atfı yaptığı İrlanda/Birleşik Krallık kararında, gerektiğinde bizzat delil elde etmeyi de kapsayan açıklamaları konuya örnek teşkil etmektedir:

"İdari pratiğin kanıtlanması: Mahkeme olayda Sözleşmenin 3. maddesine aykırı pratiklerin bulunup bulunmadığı konusunda ikna olabilmek için, ispat külfetinin sadece Hükümetin üzerinde olduğu düşüncesine dayanmaz. Mahkeme önüne gelen davalarda, ister Komisyon'dan ister taraflardan, isterse başka kaynaklardan gelsin önündeki bütün materyallere dayanır ve gerekirse kendisi materyal toplar.

¹²⁸ Sibelinceoğlu, AİHM Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınevi, 3.B. İstanbul 2008, s. 289.

¹²⁹ Müslüm Turfan, B. No: 2013/2516, 18.11.2015, par. 52-57.

¹³⁰ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013,s. 15.

¹³¹ Örn. Ribitsch/Avusturya, A 336, (1995); Harris/O'Boyle/Bates/Buckley,2013,s. 15.

*Komisyon vardığı sonuçları, dinlediği 100 tanığın ifadelerine, sağlık raporlarına 16 tamamlayıcı olaya, 41 olayla ilgili yazılı sözlü sunuşlara dayanmıştır. Kanıt standardı olarak 'makul kuşkunun bulunmaması' standardını kullanmıştır."*¹³²

Benzer biçimde, *yaşam hakkının* maddi yönden ihlal edilip edilmediği (devletin yaşama hakkını koruma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği) olgusuda AİHM tarafından bizzat delil değerlendirilmesi yapılarak incelenen konulardandır. Sözleşmenin 2. maddesinde ayrıca iç hukuktaki yasaya atıf yapıldığından, yaşama hakkına yönelik başvurularda bu nedenle de ulusal yasa doğrudan AİHM tarafından yorumlanabilmektedir.

Bu konuda Alman Federal AYM'nin de gerektiğinde 'müdahalenin yoğunluğu' ölçütünü kullanarak kendisini maddi olguları incelemeye yetkili gördüğü belirtilmektedir.¹³³

Anayasa Mahkemesi yaşam hakkı ile işkence ve diğer kötü muamele yasağının ihlaliyle ilgili başvurularda, uyumsuzluğa konu olgunun tespiti için aynı yöntemi kullanmakta, dosyadaki delilleri irdeleyerek kendi hukuki nitelmesini yapmaktadır. Örneğin İpek Deniz başvurusunda kolluk görevlilerinin güç kullanımı nedeniyle ölümün gerçekleştiği kabul edilmiş ve yaşam hakkının esastan ve usul yönünden ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹³⁴ Diğer bir başvuruya konu kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiası da Mahkemece benzer bir yöntemle yapılan incelenmiş ve yapılan muamelenin asgari ağırlık eşiğini aştığı ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele niteliğinde bulunduğu tespiti yapılarak, Anayasanın 17/3. maddesinin esas ve usul yönünden ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.¹³⁵

6.Sözleşmenin İç Hukuka Atıf Yaptığı Hallerde Takdir Alanının Denetlenmesi

a. Genel olarak

AİHM kararlarında, Sözleşme maddelerinde iç hukuka atıf yapılan hallerde Devletlerin ve ulusal makamların takdir yetkilerinin bulunduğu kabul edilmektedir. Takdir alanı doktrini gereği kural olarak

¹³² İrlanda/Birleşik Krallık, 18.1.1978, 5310/71, par. 161; Doğru, 2002, s. 215.

¹³³ BVerfGE 85, 1, 14; Kanadoğlu, s. 23.

¹³⁴ İpek Deniz ve Diğ. B. No: 2013/1595, 21.4.2016.

¹³⁵ Özlem Kır, B. B. No: 2014/5097, 28.9.2016.

ulusal hâkimin iç hukuku yorumu, uygulaması ve olgu (vaka) tespiti esas alınmaktadır. Fakat kararlarda bu takdir alanının sınırsız olmayıp, Sözleşmeye uygunluk denetiminin yapılması gerektiği de ifade edilmektedir. Bir açıdan, takdir alanının denetimiyle ilgili bu ifadelerin takdir alanı teorisinin istisnaları olmayıp, sınırının çizilmesiyle ilgili olduğu da söylenebilir. Fakat kararlarındaki kendisini sınırlayıcı açıklamalarına karşın, ulusal düzeydeki uygulamanın Sözleşmeye bağdaşmadığı hallerde AİHM'nin; "iç hukuku yorumlama, vakayı bizzat tespit ve delilleri bizzat değerlendirme" şeklindeki uygulaması düşüncemize göre, fonksiyonel olarak denetimin ötesine geçerek takdir alanı teorisinin istisnasına dönüşmektedir. Aşağıda üç ana başlık altında verilen örnekler bu fikrimizin teyit eder mahiyettedir. Nitekim AİHM eski hâkimi Gölcüklü'nün ifadesiyle, belirtilen hallerde aslında AİHM tarafından, devlet organlarının (idare-mahkeme) yaptığı müdahalenin "yerindeliği" ve "yasaya uygunluğu" Sözleşme yönünden denetlenmektedir.¹³⁶

AİHM ulusal makamın takdir alanını denetleme (fonksiyonel olarak önüne geçme) yetkisine dayanak olarak bazı kararlarında Sözleşmenin iç hukuka (yasa kavramıyla) atıf yaptığı halleri göstermektedir. Buna iki örnek, Sözleşmenin 5(1). maddesiyle ilgili Winterwerp/Hollanda ve Lukanov/Bulgaristan, kararlarıdır.¹³⁷ Benzer 'yasa' atıfları Sözleşmenin 2. maddesinde ve 8 ila 11. maddelerinin ikinci fıkralarında da yapılmaktadır. Bu atıflar, iç hukukun hakları sınırlayıcı düzenlemeleri konusunda üye devletlere takdir alanı sağlamaktadır. Fakat aynı atıflar yine belirtilen kararlarda AİHM'nin denetim yetkisine dayanak olarak kabul edilmektedir.

AİHM diğer bazı kararlarında, ulusal makamın takdir alanını denetleme konusundaki yetkisini, "takdir alanının sınırsız olmadığı ve ulusal uygulamanın Sözleşmenin standardı ile bağdaşıyor olup olmadığını denetleme yetkisinin kendisinde bulunduğu" görüşüne dayanmaktadır:

*"Madde 10(2), Sözleşmeci devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez. Devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini güvence altına almakla görevli olan AİHM, ... nihai kararı vermekle yetkilidir"*¹³⁸

¹³⁶ Gözübüyük / Gölcüklü, 2013, s. 428.

¹³⁷ Winterwerp/HollandaB. No : 6301/73, 24.10.1979, par. 46; Lukanov/Bulgaristan, B. No :21915/93, 20.3.1997, par. 41.

¹³⁸ Handyside/Birleşik Krallık, par.49.

AİHM'nin Sözleşmenin 2 ve 3. maddeleriyle ilgili davalarda, ölümün devletin yükümlülüğüne aykırı biçimde gerçekleştiği veya işkenenin varlığını tespit için tüm delilleri incelemekte, gerekirse delil elde etmeye çalışmakta ve bu olguların kanıtlanabilmesi için bir kanıt standardı ortaya koymaktadır. AİHM'ne göre bu olgular, "makul şüpheye yer bırakmayacak" bir biçimde ispatlanmalıdır. Bu düzeydeki ispat, yeterli derecede sağlam, kesin ve birbiriyle uyumlu bir ipuçları demetinden ya da inkâr edilmeyen veya çürütülememiş karinelere dayanabilir. Kimi durumda olayın özelliğine göre bir tarafın ispatla yükümlü tutulması gerekebilir. Örneğin gözaltı veya cezaevinde ölüm olayları gibi devletin kontrolü altında iken ölüm olaylarında, devletin ölümün nedenleriyle ilgili açıklama yapma yükümlülüğü bulunmaktadır.¹³⁹

b. Gözaltı ve Tutuklamanın hukuka uygunluğunun denetlenmesinde

aa. AİHM Kararlarında denetimin kapsamı

Sözleşmenin 5/1. maddesinin alt bentlerinde özgürlüğü kısıtlayan ve yasaya dayanan haklı müdahaleler düzenlenmiş ve bu arada c bendinde ise "kişinin suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması" nedeni gösterilmiştir. Yakalanan ve tutulan kişiler (yakalama-gözaltı süreci) tarafından yapılan başvuru anılan (c) bendi kapsamında incelenmektedir. Yine 5/1-c maddesindeki sebeple yakalanan veya tutulan kişinin, aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca derhal bir hakim önüne çıkarılması, makul süre içinde yargılanması ya da yargılanma süresince serbest bırakılma hakkı bulunmaktadır. Yakalanan veya tutulan kişi, 5. maddenin 4. fıkrası uyarınca; kısa bir süre içinde tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında karar verilmesi ve yasaya aykırı ise serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

¹³⁹ Doğru/Nalbant, 2013, C.2,s. 12, 13; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 152. Bu konuda örnek kararlar için bkz; Selmouni v. France [GC], no. 25803/94, § 87, ECHR 1999-V; Salman v. Turkey [GC], no. 21986/93, § 99, ECHR 2000 VII; İpek v. Turkey, no. 25760/94, §165, 17.02.2004; Akdeniz v. Turkey, no. 25165/94, § 96, 31.05.2005.

AİHM, Sözleşmenin 5. maddesi bakımından iç hukukta askeri hizmetin gereği olarak asker kişilere farklı bir disiplin hukuku ve ceza sisteminin kabul edilmesinde¹⁴⁰ ve bir kişinin akıl hastası olması (ve hasta kategorileri olarak alkolik, uyuşturucu bağımlısı, serseri kavramlarının belirlenmesi) nedeniyle tutulmasının gerekip gerekmediğinin düzenlenmesi konularının devletlerin takdir alanı içerisinde olduğunu kabul etmektedir.¹⁴¹ Buna karşın, 1. fıkranın (c) bendinde geçen 'makul gerekçe,' 3. fıkradaki 'derhal' ve 4. fıkradaki 'kısa süre' ibareleri bakımından takdir marjı kabul edilmemektedir.¹⁴² Özgürlüğün asıl, tutmanın yasal sebebe bağlı ve istisna oluşu karşısında, kişinin hukuka uygun olarak tutulduğunun (tutmanın zorunluluğunun) ulusal makamlar (derece mahkemesi) tarafından kanıtlanması gerekir.¹⁴³ Kanıtlamanın yöntemi, ilgili ve yeterli gerekçe gösterilmesidir.

Sözleşmenin 5. maddesinde iç hukuktaki 'yasa'ya atıf yapıldığından, 5/1. madde gereği yapılan başvurularda, ulusal makamın yargısal kanaati denetlenmekte, deliller AİHM tarafından tekrar değerlendirilerek tutuklamanın hukuka uygun olduğu veya olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Mahkeme, Sözleşmenin 5. maddesinde iç hukuka gönderme yapılması nedeniyle denetim yetkisinin bulunduğunu kabul etmektedir:

*"Mahkemeye (AİHM) göre Sözleşmenin 5(1). maddesindeki hukukun öngördüğü bir usule uygun tutma deyimi, iç hukuktaki usule göndermede bulunmakta ve bu iç hukukta öngörülen usule uygun davranmayı öngörmektedir. ... Mahkeme olayda iç hukukta öngörülen usule uygunluk bulunup bulunmadığını inceleme yetkisine sahiptir. Çünkü burada Sözleşme doğrudan iç hukuka atıfta bulunmaktadır."*¹⁴⁴

AİHM benzer kararlarında, ulusal makamların yorum yetkisini gözetmekle birlikte, ilgili iç hukuk kuralını bizzat yorumlayıp, bir taraftan kuralın ve diğer taraftan da kurala ilişkin ulusal makamın yoru-

¹⁴⁰ Engel ve diğ./Hollanda, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8.6.1976, par. 59.

¹⁴¹ Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s. 370.

¹⁴² Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s. 370.

¹⁴³ HutchisonReid/Birleşik Krallık, 2003 IV; 37 ECHR 211, par. 71; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 186.

¹⁴⁴ Winterwerp/Hollanda B. No: 6301/73, 24.10.1979, par. 46; Doğru, 2002, s. 328. Aynı yönde bkz.; AİHM Lukanov/Bulgaristan, B. No : 21915/93, 20 Mart 1997, par. 41.

munun Sözleşmenin ilgili maddesindeki standardı sağlayıp sağlamadığını kontrol etmektedir.

Örneğin Sözleşmenin 5/1-c maddesi bakımından bir suç isnadıyla kişinin yetkili hâkim önüne çıkarılmak amacıyla tutulabilmesi için ‘makul şüphenin varlığı’ gerekli görülmektedir.¹⁴⁵ Anayasamızda bu hükmün karşılığı “kuvvetli belirti” ibaresini içeren 19/3. maddedir. AİHM makul şüphe kavramını; “kişinin suç işlemiş olabileceğine dair tarafsız bir gözlemciyi tatmin edecek olgu ve bilgilerin varlığını gerektirir düzeyde bir şüphe hali” olarak anlamaktadır.¹⁴⁶ Aynı şekilde, bu gerekçeyle hâkim tarafından tutuklandıktan sonra da tutukluluğun devamının hukuka uygunluğu açısından şüphelinin müsnet suçu işlediğine dair makul şüphenin devam ediyor olması da şarttır.¹⁴⁷ Başka deyişle, ilk yakalama ve tutuklama anında var olması zorunlu olan makul şüphenin, tutukluluk boyunca devam ettiğinin ve halen var olduğunun gösterilmesi gerekir.¹⁴⁸ Dolayısıyla AİHM, ulusal hâkimin makul şüphenin varlığına ilişkin kanaatini esas almayıp, gerekçede gösterilen kanıtlar bağlamında bu kanaatin şüpheyi ispat bakımından *yerinde olup olmadığını* ayrıca değerlendirmektedir.

Lukanov kararında, halen milletvekili olan başvuruçunun, başbakan olarak görevdeyken aldığı kararları suç olarak değerlendiren ulusal mahkeme kararının aksine, AİHM tarafından bizzat yapılan delil değerlendirmesi sonunda, başvuruçunun kararlarının hukuka aykırı olduğuna ilişkin dosyada ‘hiçbir delil olmadığı’ tespitini yaparak tutuklamanın hukuka aykırı olduğuna ve 5(1). maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Bkz.:Jecius/Litvanya, B. No: 34578/97, 31.7.2000, par. 50. Bu durumda sorgu için tutmanın amacı şüpheyi teyit etme veya ortadan kaldırmak suretiyle ceza soruşturmasını yürütmek olduğundan, makul şüphe şartı gerçekleşmek kaydıyla bu esnada suçlamak için yeterli delil elde edilmiş olması da gerekli görülmemektedir (Brogan ve diğ./Birleşik Krallık, 29.11.1988, par. 53).

Ayrıca, Madde 5/1 kapsamında suç isnadıyla tutma için suçla şüpheliyi irtibatlı ve dolayısıyla şüpheyi makul kılan bazı olgu ve bilgilerin var olması gerekli olduğu gibi, isnat edilen eylemin iç hukukta suç teşkil etmesi veya edebileceğinin makul bir biçimde değerlendirilebilir olması da gereklidir. İç hukukta suç oluşturmayan bir eylem hakkında makul şüpheden söz edilemez (Woch/Polonya, B. No: 27785/95, 19.10.2000, par. 108-109).

¹⁴⁶ Tanım için bkz. Fox, Cambell ve Harley-Birleşik Krallık, 30.8.1990, B. No: 9, par. 32.

¹⁴⁷ Bkz.:Stögmüller/Avusturya, 10.11.1969, par. 40; McKay/Birleşik Krallık (GC), B. No: 543/03, 3.10.2006, par. 44.

¹⁴⁸ Bkz. Ilgar Mammadov/Azərbaycan, B. No: 15172/13, 22.5.2014, par. 90.

¹⁴⁹ AİHM Lukanov/Bulgaristan, B. No: 21915/93, 20 Mart 1997, par. 41-46.

Hukuka aykırı tutuklama nedeniyle Sözleşmenin 5(1). maddesinin ihlal edildiği kararı verilen diğer bir başvuruda da hüküm fıkrasında derhal tahliye anlamına gelen; “davalı *Devletin başvurusunun mümkün olan en kısa tarihte salıverilmesini sağlaması gerektiğine*” kararı verilmiştir.¹⁵⁰

Gözaltı ve tutuklama kararını veren milli mahkeme ve hâkimin makul şüpheye ilişkin kanısının denetlenip, delillerin tartışıldığı diğer bir karar *Ayşe Yüksel kararı*dır.¹⁵¹ Kararda Çağdaş Yaşamı Destekleme Derneği'nin faaliyeti nedeniyle gözaltına alınıp bunlardan birinin tutuklanmasıyla sonuçlanan süreç incelenmiştir. Mahkeme, incelediği mevcut deliller karşısında tutuklamaya esas iddiaların ve tutuklama gerekçelerinin objektif bir gözlemciyi, başvuranların yasadışı bir örgüte üye olma suçunu işlemiş olacakları konusunda ikna etmek için yeterli kabul edilemeyeceğini belirterek Sözleşmenin 5(1). maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Diğerlerinde olduğu gibi bu kararda da AİHM gözaltı-tutuklama gerekçesi olarak gösterilen *delilleri isnat edilen suç bağlamında* bizzat kendisi değerlendirmiştir.

*Buzadji-Moldova kararı*nda (No: 23755/07, 5.7.2016-BD) önceki içtihatlarda ortaya konulan kriterler geliştirilmiş; ilk tutulma (yakalama-gözaltı) anında makul şüphe yeterli sayılabilir ise de tutulma kararının ilk yargısal denetimi (tutuklama kararı) sırasında ve tutukluluğun uzatılmasına ilişkin sonraki kararlarda makul şüphenin varlığı ile diğer tutma nedenleri konusunda ilgili ve yeterli gerekçenin aranması gerektiği belirtilmiştir (par.86-88 ve 96-97). Karardaki bu yaklaşım doktrinde, tutuklama konusunda hakime tanınan takdir yetkisinin daraltılması anlamına geldiği şeklinde yorumlanmıştır.¹⁵² Kararda ayrıca özgürlüğü kısıtlama için 5. maddede aranan güvenceler bakımından hapis ile *ev hapsinin* aynı şekilde değerlendirilmesi gerektiği (par. 104) ve başvurusunun ev hapsini kendisinin istemesinin de özgürlükten ferat olarak yorumlanamayacağı (par. 108-113) ifade edilmiştir.

¹⁵⁰ Bkz. Assanidze/Gürcistan, B. No: 71503/01, 8 Nisan 2004, par. 202, 203, hüküm fıkrası 5, 7/a.

¹⁵¹ AİHM Ayşe Yüksel ve diğ./Türkiye, B. No: 55835/09, 55836/09 ve 55839/09, 31.5.2016, par. 16,17.

¹⁵² Ersan Şen, Tutuklulukta İlgili ve Yeterli Gerekçe ve Geçici Tedbir, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2164081-tutuklulukta-ilgili-ve-yeterli-gerekce-ve-gecici-tedbir> (erişim tar.15.3.2018).

Görüldüğü gibi AHİM ilk tutuklama kararından itibaren ilgili ve yeterli gerekçeyi zorunlu görmekte ve tutuklamaya karar veren yerel makamların gerekçesinde dayanan delilleri tartışıp, *yerel hâkimin makul şüpheye dair takdirini* ve (bazı yazarların ifadesiyle)¹⁵³ *kararın yerindeliğini* denetlemekte ve makul şüphenin bulunmadığı sonucuna ulaşabilmektedir.

Mergen davasında, örgüt üyesi olarak gözaltına alınan dernek üyelerinin başvurularını inceleyen AİHM, makul şüphe için dayanak olarak gösterilen tüm delilleri kararda tartışarak Türk makamlarının gözaltı kararlarının yerinde olmadığını tespit etmiştir:

*“Hükümetin, başvuranlarla Ergenekon örgütü arasında bir ilişki bulunduğu dair delil unsuru sunmamış olması sebebiyle, Mahkeme bu gerekçeyle ikna olmamıştır. Söz konusu derneğin bazı üyelerinin de yasadışı bir örgüte mensup oldukları yönündeki iddia, tek başına, tarafsız bir gözlemcinin, başvuranların yasadışı bir örgüte mensup olma suçunu işlemiş olabileceklerine dair ikna edilmesi için yeterli olarak değerlendirilemeyecektir. Mahkeme, bu değerlendirmeler ışığında, somut olayda, ulusal makamlar tarafından ileri sürülen yasal hükümlerin yorumlanması ve uygulanmasının, başvuranların yakalanmaları ve gözaltına alınmalarının kanuna aykırı ve keyfi bir nitelik taşıması bakımından makul olmadığı kanısı (ile) ... Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır.”*¹⁵⁴

AİHM ceza kararının infazı yönünden iç hukukun yorumlanmasıyla ilgili olarak da denetim yapmıştır. İspanya'ya karşı yapılan bir başvuruda, terör suçundan mahkum olan başvuranın cezasının infazıyla ilgili kanunun yorumunun (ceza indiriminde uygulanan yöntem konusundaki içtihat değişikliğinin) neden olduğu belirsizlik nedeniyle, belirsizliğin ortaya çıktığı tarihten sonraki tutmanın 'hukuka uygun olmadığına' ve Sözleşmenin 5(1). maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹⁵⁵ Kararda takdir alanı doktrini yönünden önemli noktalardan biri, başvuruçunun tahliyesine karar verilmesinin istenmesidir. Mahkeme tutuklamanın hukuka uygun olmadığı gerekçesine dayalı ihlal tespitinden sonra kararın 3 numaralı hüküm fıkrasında, *“davalı Devletin başvuruçunun mümkün olan en kısa tarihte salıverilmesini sağlaması gerektiğine”* karar vermiştir.

¹⁵³ Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 428.

¹⁵⁴ AİHM Mergen Ve Diğerleri/Türkiye, 31.5.2016, B. No: 44062/09, 55832-34-41-44/09, par. 52-55.

¹⁵⁵ AİHM Del Rio Prada/İspanya, B. No: 42750/09, 21 Ekim 2013, par. 127-132.

Tutuklama dolayısıyla makul şüphe bağlamında iç hukuku detaylı bir şekilde yorumlamaya ilişkin diğer bir örneği Azarbeycan'a karşı *Jafarov kararında* görmekteyiz. Bu davada başvuran, ülkesinde resmi bir kaydı olmayan İnsan Hakları Kulübünü işletmek ve bu faaliyetler kapsamında topladığı bağışları yasadışı kazanç kabul edilip, vergi kaçırma suçunu işlediği iddiasıyla tutuklanmıştır. AİHM bu davada ulusal hukuku inceleyerek, bağışların Azerbaycan Bağışlar Kanununa uygun toplandığını, bağışları bildirim zorunluluğuna uymamanın yaptırımının da İdari Suçlar Kanunu uyarınca idari para cezasını gerektirdiğini, fiilin ulusal hukukta özgürlüğü bağlayıcı bir cezanın gerektirmediğini, ticari kazanç sayılamayacak olan bağışlar nedeniyle vergi tahsili gerekmediğinden vergi kaçırma suçunun oluştuğuna dair bir bilgi ve bulgunun bulunmadığını, bunun dışında başvuranın bağış paralarını amacı dışında kullandığına dair bir kanıtın da ortaya konulmadığını ve ayrıca Ceza Kanununun 308. maddesi kapsamında yetki suiistimali suçu kapsamında 'kanunsuz avantaj elde etmek' suçunun işlendiğini gösterir bilgi, olgu veya kanıt bulunmadığını belirtmek (par.130) suretiyle, başvurana yapılan suçlamaların makuliyetten uzak ve 'uydurma' olduğu tespitini yapmıştır(par. 132). Ayrıca hernekadar başvuran hakkında ceza davası açılmış ise de tutukluluk incelemesi bakımından Mahkemenin görevinin de, "yargılamadan önceki duruma göre tutukluluğun haklılığını değerlendirmek" olması karşısında, başvuranın "makul şüphe olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakıldığı" belirtilerek **5/1. maddenin** ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹⁵⁶ Bu kararda AİHM'nin tutuklamaya temel olan suçlamaya konu eylemi ulusal hukuk yönünden niteleyip, vergi kaçırma veya özgürlüğü bağlayıcı bir ceza gerektiren bir suçu oluşturmadığı ve ayrıca isnat edilen suça ilişkin bir kanıtın da bulunmadığı tespitlerini yaptığına dikkat edilmelidir.

Takdir alanı doktrininin istisnalarına ilişkin başka örnekler de bulunmaktadır. Azarbeycan'a karşı *Fatullayev davasında* AİHM, gazeteci olan başvurucunun gazetede yazısı nedeniyle tutuklu yargılanması dolayısıyla ilk ve ikinci ceza mahkûmiyeti nedeniyle Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verdi. Mahkeme, gazete yazısında ABD ve İran ilişkileri incelenip, etnik azınlığın bulunduğu bölgedeki işsizlik, uyuşturucu kullanımı, sosyal ve ekonomik nedenlerin tar-

¹⁵⁶ AİHM RasulJafarov/Azerbaycan, B. No: 69981/14, 17.3.2016, par. 114-134.

tışıldığını ve yazıda şiddet vurgusu veya etnik bir grubu aşağılayıcı bir unsur bulunmadığı gibi milli mahkemenin bu konuda yeterince gerekçe sunmadığı halde başvurunun yazısının terör tehdidi ve etnik düşmanlığı kışkırtma şeklinde yorumlanarak başvurunun 8 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasının demokratik bir ihtiyaca cevap vermediğini ve hukukun keyfi biçimde yorumlanarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini kabul etmiştir (par. 124-131). Kararda ayrıca, ceza mahkemesi hâkiminin aynı olay nedeniyle hukuk yargılaması hâkimi olarak da görev yapmış olmasının bağımsız mahkeme önünde yargılanma hakkını (Söz. 6/2) ihlal ettiği belirtildi (par. 139, 140). Bu kararda yine, savcılığın başvuru hakkında terör suçu işlediğine ilişkin basın açıklamasının da masumiyet karinesini (Söz. 6/2) ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

Fatullayev kararının 176 ve 177. paragraflarında, Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği durumda başvuranın halen hapsedilmeye devam edilmesinin kabul edilemez bir durum olduğu ifade edilmiş ve davanın şartları ve 10. madde ihlalini gidermeye yönelik acil ihtiyaç dikkate alındığında Mahkemenin (AİHM) Sözleşmenin 46. maddesi uyarınca davalı Devletin başvurunun derhal serbest bırakılmasını güvenceye almasını değerlendirdiği belirtilmiştir. Mahkeme bu tespitle yetinmemiş ve 6 numaralı hüküm fıkrasında “davalı Devletin başvurunu *derhal serbest bırakılmasını sağlaması* gerektiğine” karar vermiştir.¹⁵⁷

Tutukluluk süresinin makul olmadığı iddiaları yönünden de AİHM tarafından milli mahkemenin karar gerekçeleri denetlenmektedir. Tutukluluğu devam ettiren kararların, özgürlükten yoksun kılmayı gerektiren önemli toplumsal yararı ve ölçülülüğü, ilgili ve yeterli gerekçeyle gösterememeleri durumunda Sözleşmenin 5(3). maddesinin ihlal edildiğine karar verilmektedir.¹⁵⁸

Ahmet Şık kararında AİHM, terör örgütüne yardım amacıyla kitap yazdırılmakta olduğuna dair ciddi bir suça dayalı isnat üzerine başvuranın tutuklanmasından sonra, ele geçen kitabın serbestçe satılmakta olduğu da dikkate alınmak suretiyle, içeriği itibarıyla bazı kısımlarının

¹⁵⁷ AİHM Fatullayev/Azarbeycan, B. No : 40984/07, 22 Nisan 2010.

¹⁵⁸ Örneğin; AİHM Mansur-Türkiye kararı, 8 Haziran 1995, seri A no 319-B, § 52, Ali Hıdır Polat-Türkiye kararı, no: 61446/00, 5 Nisan 2005); Yakışan/Türkiye, B. No: 11339/03, 6 Mart 2007.

hakaret veya adli makamlara baskı suçunu oluştursa dahi tutuklamayı gerektirir ağırlıkta olmadığını değerlendirip ihlal sonucuna ulaşmıştır. Kararda ulaşılan kanaat; "... böylesi bir işlem, terör eylemleri yaptıkları iddia edilen sorumluları yargı önüne çıkarma amacından daha çok, Ergenekon davasına karşı yöneltilen ve soruşturma makamları tarafından haksız olarak değerlendirilen eleştirilerin cezalandırılması iradesinden esinlenmiş olarak gözükmektedir. Mahkeme, başvurana atfedilen fiilleri soruşturmanın daha en başında ciddi terör suçu olarak nitelendirerek ve dolayısıyla tutukluluğa dair yasal karineyi uygulayarak yerel makamların, başvuramı böylesine uzun süren bir dönem boyunca "ikna edici" ve "yeterli" olarak nitelendirilemeyecek gerekçelerle tutuklu olarak bulundurduklarını değerlendirmektedir. Dolayısıyla Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrası ihlal edilmiştir." ifadeleriyle açıklanmıştır. Mahkeme ayrıca, başvurucunun yazdığı kitap nedeniyle hukuka aykırı olarak tutuklanmasının ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etkisi bulunduğunu belirtmiş ve Hükümetin başvuru yollarının tüketilmediğine yönelik itirazlarını reddederek (daha önce verdiği Yılmaz ve Kılıç/Türkiye, No. 68514/01, par. 37-44, 17 Temmuz 2008-kararına atıfla), Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine de karar vermiştir.¹⁵⁹

Diğer taraftan makul şüphe ile yakalanıp hâkim önüne çıkartıldıktan sonra (5/1-c, 5/3)hâkim kararıyla tutuklanan kişinin, 5. maddenin 4. fıkrası gereği kısa bir süre içinde tutuklamanın hukuka uygunluğunu inceletebileceği bir mahkemeye başvuru hakkının da tanınması gerekmektedir. Sözleşme gereği, tahliye istemini reddeden hâkimin kararına karşı kanun yolu tanınması zorunlu değil ise de, iç hukukta bu yol öngörülmüşse, itirazı inceleyen mahkemenin de 4. fıkranın gereklerine uygun bir inceleme yapması ve yetkisinin bu incelemeyi kapsamaması zorunludur.¹⁶⁰ Başka deyişle, itirazı inceleyen hâkim, tutmanın hukukiliği konusunda şüphe yaratan maddi vakıaları usulünce incelemek zorunda olup, tutmanın 'makul şüphe' şartını taşıyıp taşımadığının incelenmemesi halinde 5/4. madde ihlal edilmiş olacaktır.¹⁶¹

¹⁵⁹ AİHM Şık/Türkiye, 8 Temmuz 2014, B. No: 53413/11, par. 64, 65, 85,111.

¹⁶⁰ Toth/Avusturya, A 224, 1991, EHRR 551, par. 84; Grauzinis/Litvanya, 2000, 35 EHRR 144; Aerts/Belçika, 1996-V, 29 EHRR 50, par. 46; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley,2013, s. 185.

¹⁶¹ Bu zorunluluk için bkz. Nikolova/Bulgaristan, 1999-II, 31 EHRR 64, par. 61;Jecius/Litvanya, 2000-IX, 35 EHRR 400; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 187.

bb. AYM Kararlarında özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin denetimin kapsamı

Kişi özgürlüğü ve güvenli hakkının ihlal edildiği iddiaları Anayasanın 19. maddesi kapsamında incelenmektedir. AYM tutukluluğun hukuki olmadığı iddialarını bu maddenin 3. fıkrası, tutukluluğun makul süreyi aştığı (uzun tutukluluk) iddialarını ise 7. fıkrası üzerinden incelemektedir.

Tutuklama ya da tutukluluğun devamına ilişkin bireysel başvurulara, ilk derece mahkemesinin kararı ile AYM'nin denetim yetkisi arasında çatışma olduğu ileri sürülebilir. Fakat aslında iki mahkemeye kanunlarla verilen yetkiler farklıdır. Bu konuda daha önceki bölümde, Sözleşmenin 5/1. maddesi yönünden AİHM'nin yaptığı denetimin, tutuklanan kişi hakkında 'makul şüphe'nin ve tutuklama nedenlerinin varlığı ile ölçülülüğünü kapsadığına değinilmişti. AYM'de aynı doğrultuda inceleme yapmaktadır.

Öncelikle ifade edilmelidir ki tutuklamaya veya devamına ya da bunlara itirazın reddine karar veren mahkeme de Anayasa ve CMK'da yer alan kişi özgürlüğüne ilişkin güvenceleri temin etmekle yükümlüdür. Özgürlüğün asıl, tutuklamanın istisna olduğu anılan güvence sistemi bakımından Mahkemeler kararlarında, tutuklanmasına karar verilen kişinin suç işlediğine ilişkin "kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin" bulunduğunu ve tutuklama tedbirinin 'ölçülü' olduğunu, dosyadaki delillerle ilişkilendirerek "ilgili ve yeterli gerekçeyle" göstermek zorundadır. Dolayısıyla mahkemenin göstereceği gerekçe suçun sübutu ile ilgili olmayıp, yalnızca tutuklamayı gerektiren şüpheyi kanıtlamaya yönelik olacağından, ihsası rey sorunu da söz konusu değildir.

Bu kapsamda derece mahkemesinin tutuklama koşullarını ve ilgili hukuk normunu yorumlama ve olaya özgü ölçülülüğünü belirleme konusunda değerlendirme yetkisi bulunmaktadır.¹⁶² Ne var ki bireysel

¹⁶² Bu noktada doktrinde kimi zaman tutuklama merciinin 'takdir yetkisinden' söz edilmekte ise de düşüncemize göre takdir yetkisi, iki şeyden birini tercih yetkisini içerir. Buna karşın tutuklama konusunda kanunun (CMK m.100) hakime tanıdığı husus, tutuklama koşullarının somut olaya uygulanması ve şartlarının bulunduğu durumda ölçülü olduğu da belirlenebiliyor ve kamu yararı tutuklama yönünde ise bu tedbire, aksi durumda tutuklamama veya daha hafif bir tedbire karar vermeyi kapsamaktadır. Bu bakımdan hakimin takdir yetkisinden değil, yorumlama ve değerlendirme yetkisinden söz edilebilir.

başvuruda bu yetki denetime tabidir ve tutuklamaya ilişkin başvuru- nun konusu tam budur. Bu nedenle tutuklama kararının denetlenmesi ‘hakimin takdir alanına girilmesi’ veya ‘uyuşmazlığın esasını incele- me’ olarak nitelenemez. Zira hak ihlali söz konusu olduğunda bireysel başvuru yolu zorunlu olarak hakimin değerlendirme yetkisini sınırla- ma etkisine sahiptir.¹⁶³

Tutuklamanın hukuki olmadığı iddiaları AYM tarafından, tutuklama ve itirazı reddeden mahkeme-hakim kararlarındaki gerekçeler esas alınarak denetlenmektedir. AYM denetimini Anayasanın 19/3. maddesi çerçevesinde yapmaktadır. Anılan hüküm uyarınca tutuklama tedbirine ancak, ‘suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler’ hakkında ve kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla başvurulabilir. Ayrıca aynı fıkra uyarınca, ‘bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan’ diğer bir sebeple tutuklamanın zorunlu olduğunun kanunda gösterilmiş olması da gerekir. Dolayısıyla, 19/3. maddeye bağlı olarak AYM denetiminde öncelikle tutuklanan kişi hakkındaki iddianın kanunlara göre suç niteliği taşıyıp taşımadığını ve tutuklama şartları ile tutuklama yasağı veya engeli olup olmadığını dikkate almak zorundadır. İkinci olarak, isnat edilen eylemi sanığın işlediğine ilişkin olarak gösterilen olgu veya belirtilerin, tutuklamayı gerektirebilecek derecede ‘kuvvetli belirti’ niteliğinde olup olmadığını incelemelidir.¹⁶⁴ “Bunun için, suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olgu ve bilgilerin niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır.”¹⁶⁵ Denetimde üçüncü aşama, kaçma veya delilleri karartma gibi tutuklama nedenlerinin varlığıdır. Son aşamada ise tutuklamanın ölçülülüğü değerlendirilmektedir. Tutuklama tedbirinin uygulanması bu olay bakımından ‘gerekli’ olmalı ve tutuklamayla sağlanabilecek kamu yararının daha hafif bir (adli kontrol gibi) tedbirle temini mümkün olmamalıdır (bkz. Engin Demir, B. No: 2013/2947, par. 69).

¹⁶³ Ulaş Karan, “Bireysel Başvuru Usulünün ilk Dokuz Ayına Dair Kısa Bir Değerlendirme”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 2013, S. 9-117, (s.24-27), s. 27.

¹⁶⁴ AYM’nin tutukluluğun hukukiliğini incelerken, ‘kuvvetli belirti’ konusundaki gerekçeyi, tutukluluğu gerektiren şüphenin kanıtlanması boyutuyla denetlemesi gerektiği görüşü için bkz. Osman Doğru, “Bireysel Başvurunun Embriyon Çağı”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 2013, S. 9-117, (s.28-32), s. 30.

¹⁶⁵ Hanefi Avcı, B. No: 2013/2814, 18.6.2014, par. 46. Kararın 48. paragrafında 5271 sayılı CMK’nın 100 vd. maddelerindeki tutuklama koşulları da dikkate alınmıştır.

AYM bu denetimi sonunda her bir aşamayla ilgili olarak tutuklamayı hukuki kılan unsurun yokluğu nedeniyle ihlal kararı verebilir. Örneğin suçluluğa ilişkin kuvvetli belirtinin olmadığı anlaşılmış ya da tutuklama nedeni gerekçede gösterilememişse, tutuklamanın ölçülülüğünün tartışılmasına gerek yoktur. AYM ilk bu güne kadar tutuklamanın hukuki olmadığı gerekçesiyle dört başvuru hakkında ihlal kararı vermiştir.¹⁶⁶

Kimi durumda denetimin, gerekçede yer alan delilin müsnet suç yönünden uygunluğunu ve hatta delil sayılıp sayılmadığının değerlendirilmesini kapsaması da zorunludur.¹⁶⁷ Örneğin ifade açıklamasına yönelik suç isnatlarında denetim zorunlu olarak, söz konusu açıklamanın isnat edilen suçu oluşturup oluşturmayacağını da kapsayacak ve konu hakka ilişkin anayasal ilkeler çerçevesinde değerlendirilecektir. Suç tipi bakımından başka bir delil veya belirti gerektiği halde eylemin kendisi suçun kanıtı olarak gösterilmişse, denetimde zorunlu olarak tutuklamayı gerektiren delilin olmadığı tespitin yapılması icap eder.¹⁶⁸ Örneğin bir kişinin özel bir araziye girmesinin askeri yasak bölgeye girme suçunu (TCK m. 332) teşkil ettiği ileri sürülmekeyse, kişinin girdiği yerin askeri yasak bölge olduğuna ilişkin kanıtların da gösterilmesi gerekir. Bu yapılmayıp, soyut şekilde askeri yasak bölgede görüldüğüne ilişkin iddiaya dayalı olarak yapılan tutuklamanın hukuki olduğu söylenemez.

Bireysel başvuruya ilişkin denetim yetkisi AYM'ne sadece hukuk kuralının olaya uygulanmasını denetlemeyi değil, kuralın Anayasal yorumu yönünden de son sözü söyleme yetkisini vermektedir.¹⁶⁹ Nitekim Mahkeme Burak Döner kararında, CMK'nın 102. maddesinde ağır cezalı suçlar için öngörülen azami 5 yıllık tutukluluk süresini, kişinin

¹⁶⁶ Can Dünder-Erdem Gül, B. No: 2015/18567, 25.2.2016; Ayhan Bilgen, B. No: 2017/5974, 21.12.2017; Turhan Günay, B. No: 2016/50972, 11.1.2018; Mehmet Hasan Altan, B. No: 2016/23672, 11.1.2018; Şahin Alpay, B. No: 2016/1692, 11.1.2018.

¹⁶⁷ AYM bir kararında, başvuranın gazete yazısına konu haberin başka gazetelerde yayınlanmış olması karşısında, milli güvenlik açısından sakıncanın halen devam edip etmediğinin ve ölçülülük açısından da tutuklama tedbirine yayın tarihinden yaklaşık 6 ay sonra başvurulmuş olmasının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir; Can Dünder-Erdem Gül, B. No: 2015/18567, par. 78, 80.

¹⁶⁸ Kimi suçlar bakımından eylemin kendisi de suçun tek kanıtı olabilir. Örneğin hakaret veya tehdit suçu, tahkir eden ya da korkutan bir irade açıklamasıyla gerçekleşir. Bu tür suçlarda irade açıklamasını içeren gazete yazısı veya video görüntüsü hem eylemi hem de kanıtı içinde barındırmaktadır.

¹⁶⁹ Inceoğlu, Türkiye ve Latin Modelleri, s. 225; Sağlam, 2011, s. 22.

yargılandığı her bir suç için ayrı şekilde değerlendiren derece mahkemelerinin yorumunun, kanun hükmünü belirsizleştirdiğini ve bu durumun tutukluluğu öngörülemez bir şekilde uzatmaya elverişli olduğunu belirterek, tüm suçlar yönünden sürenin tek olarak değerlendirilmemesi nedeniyle Anayasanın 19/3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁷⁰

Tutukluluk süresinin makul bulunmadığına ilişkin iddialar da bireysel başvuru konusudur. Mahkeme ‘uzun tutukluluk’ gerekçesiyle verdiği ihlal kararlarında; tutuklama kararı üzerinden uzun süre geçmesine karşın yargılamanın halen tutuklu olarak sürdürülmesinin ilgili ve yeterli gerekçelerinin gösterilmemesi ve gerekçelerin kişiselleştirilmemesi ihlal nedeni olarak kabul edilmektedir. Bu anlamda delillerle ilişkilendirmeden “suçun vasıf ve mahiyetine ve suçu işlediğine ilişkin kuvvetli suç şüphesinin bulunması” gibi soyut ifadelerin “ilgili ve yeterli gerekçe” olarak kabul edilmesi mümkün görülmemektedir. Tutuklama üzerinden üç yıl geçtiği halde tutukluluğun devamı için “delillerin tam olarak toplanmadığı” gibi bir gerekçe ileri sürülmesi kabul edilebilir değildir.¹⁷¹ Mahkeme çeşitli başvurularda, 3 ila 5 yıl arasında devam eden tutukluluklar nedeniyle Anayasanın 19/7. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin kararlar vermiştir.¹⁷²

AYM tutukluluğun hukuki olmaması veya uzun tutukluluk nedeniyle ihlal kararı verdiğinde, bu ihlalin başvuranın diğer bir hakkı üzerindeki etkisini dikkate alarak, tutuklamaya temel olan ilgili hakkın da ihlal edilmiş olduğuna karar vermektedir. Bu durumda ikinci hak yönünden başvuru yollarının tüketilmesi şartı da aranmamaktadır. Bu uygulama AİHM içtihatlarına dayanmaktadır.¹⁷³

¹⁷⁰ Burak Döner, B. No: 2012/521, 2.7.2013, par. 51-54.

¹⁷¹ Bkz. AYM Mehmet Güneş, B. No: 2014/1268, 17.5.2016, par. 54-56.

¹⁷² Örneğin; Firas Aslan ve Hebat Aslan, B. No: 2012/1158, 21.11.2013; Mehmet Haberal, B. No: 2012/849, 4.12.2013; Hanefi Avcı, B. No: 2013/2814, 18.6.2014; Veli Küçük, B. No: 2013/6099, 16.7.2014; Levent Ersöz, B. No: 2013/5274, 16.7.2014.

¹⁷³ Bkz. AİHM Nedim Şener/Türkiye (par.96, 122) ve Ahmet Şık/Türkiye (par. 85, 111) kararları.

Türkiye hakkındaki başvurularda başvuru yollarının tüketilmemesi (BYT) itirazının incelenip reddedildiği kararlara ilk örnek Kılıç kararıdır. Bu olayda başvuranlar, siyasal bir gösteri sırasında attıkları slogan nedeniyle PKK terör örgütüne yardım suçundan yargılanıp mahkûm edilmeleri dolayısıyla Sözleşmenin 6. maddesi ile 10. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşler, Hükümet ise 10. madde yönünden iç hukukta bir başvuru yapılmaması nedeniyle başvuru yollarının tüketilmediğini iddia etmiştir. AİHM bu itirazı incelerken, BYT koşulunun her ola-

Örneğin AYM tarafından tutuklamanın hukuki olmadığı kabul edilmiş ve başvuranın tutuklanmasına dayanak olan eylem gazetecilik faaliyetiyle ilgili ise, hukuka aykırı tutuklamanın caydırıcı etkisi karşısında ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu nedenle incelenen ikinci hak yönünden başvuru yollarının tüketilmesi de aranmamaktadır.¹⁷⁴ AYM Balbay kararında uzun tutukluluk nedeniyle (AY 19/7) ihlal kararı vermiş ve başvurucunun tutuklandıktan sonra milletvekili seçilmesine karşın bu durumun demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük yönünden dikkate alınmaması nedeniyle seçilme hakkının (AY 67) da ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹⁷⁵

AYM'nin tutukluluğun hukuki olmadığı nedeniyle verdiği ihlal kararları sonrasındaki tartışmalarda başvuranın serbest bırakılmasına ilişkin de bir karar verip veremeyeceği yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Belirtilen ihlal kararlarında Mahkeme yalnızca ihlale bağlı olarak mağduriyetin giderilmesi amacıyla 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesi uyarınca kararı ilgili mahkemeye gönderme kararı vermekle yetinmiştir. Buna karşın 6216 sayılı Kanun'un 50/1. maddesinde yer alan; "İhlal kararı verilmesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir" kuralı uyarınca doktrinde AYM'nin de AİHM'nin kimi kararlarında verdiği gibi, "başvuranın derhal salıverilmesi için gereğinin yapılması" kararı ve gerektiğinde de 'tedbiren tahliye' yönünde karar verebileceği belirtilmiştir.¹⁷⁶ AYM bu yetkisini ilk kez ihlal kararının yerine geti-

yın özelliğine göre değerlendirileceğine işaret etmiş ve olayda başvuranın ifade biçimi nedeniyle yargılanmış olması karşısında, başvuranın yargılama sırasında ifade özgürlüğü hakkını zorunlu olarak ileri sürmüş olduğunun göz ardı edilemeyeceğini belirterek itirazı reddetmiş ve esas hakkında inceleme yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir; Yılmaz ve Kılıç/Türkiye, B. No: 68514/01, 17 Temmuz 2008.

¹⁷⁴ Bkz. AİHM Ahmet Şık/Türkiye, par. 85; AYM Erdem Gül-Can Dünder, B. No: 2015/18567, 25.2.2016, par. 92-100; Şahin Alpay, B. No: 2016/1692, 11.1.2018.

¹⁷⁵ AYM Mustafa Ali Balbay, B. No: 2012/1272, 4.12.2013.

¹⁷⁶ Tolga Şirin, „AYM'nin ve Derece Mahkemelerinin Yetki Kesişimi Tartışması : Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Özelinde Bazı Notlar“, [https:// www.tolgasirin.com/blog](https://www.tolgasirin.com/blog) (erişim t.18.1.2018).

Yazar aynı yazısında AYM'nin Şahin Alpay kararını da değerlendirmiş ve kararın 103. paragrafına yaptığı atıfla ; "Söz konusu olayda AYM, Ağır Ceza Mahkemesi'nin tutuklama ve tutuklamaya devam kararlarındaki gerekçeye odaklanmış ve sadece gazete yazılarından ibaret olan bulguların kuvvetli suç şüphesinin delili olarak gerekçelendirilmiş olduğunu tespit etmiş ve tutuklama kararında, Anayasa'nın 19'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan suçla dair

rilmemesi üzerine yapılan başvuru nedeniyle Şahin Alpay (2) kararında kullanmıştır.¹⁷⁷

c. Yaşama hakkının ihlal edildiği iddiaları

Sözleşmenin 2. maddesi gereği devletin negatif yükümlülüğü, kimseyi öldürmemektir. Devletin pozitif yükümlülüğünün ise maddi ve usuli boyutu bulunmaktadır. Maddi boyut gereği kişilerin öldürülmelerini önlemek için gerekli idari tedbirleri almak ve bu amaçla gerekli hukuk düzenini oluşturmak yükümlülüğü bulunmaktadır. AİHM yaşam hakkının ihlali iddialarını incelerken de ikincilik ilkesini esas almakla birlikte, incelenen olayın koşullarının mecbur bıraktığı hallerde delilleri değerlendirip, ulusal hâkimin ulaştığı tespitten ayrılabileceğine işaret etmektedir;

“Mahkeme (AİHM) rolünün ikincil mahiyette olduğu hususunda çok hassastır. ... iç hukuka göre olayların değerlendirilmesi söz konusu olduğunda, iç hukuk mahkemesinin yerine geçip gerçekleri değerlendirmek Mahkemenin görevi değildir. Genel bir kural olarak, iç hukuk mahkemesine sunulan delilleri değerlendirmek iç hukuk mahkemesinin görevidir. Mahkeme, her ne kadar iç hukuk mahkemesinin bulgularıyla bağlı değilse de, normal şartlarda bu tespitlerden ayrılabilmesi için inandırıcı deliller temin etmesi gerekmektedir (Bkz. Klaas/Almanya, par. 17-30). Ancak Mahkeme (AİHM), Sözleşmenin 2. ve 3. maddeleri ile ilgili iddiaları çok dikkatli bir şekilde incelemelidir. ... Benzersuçlamalarla ilgili olarak iç hukukta ceza davası olduğu zaman, ... Mahkeme bu anlamda devletin görevlilerini ...suçsuz veya suçlu bulmakla ilgili bulgulara ulaşmakla ilgilenmez.”¹⁷⁸

Mahkeme Sözleşmenin amacı doğrultusunda delilleri değerlendirirken, makul şüphenin ötesinde bir ispat” standardını aramaktadır:

“Mahkeme, delilleri değerlendirirken, “mâkul şüphenin ötesinde” bir de-

kuvvetli belirti koşuluna uygun olarak ortaya konulmamış olmasının ihlal yaratmış olduğunu söylemiştir.” diyerek Mahkemenin delillere ve makul şüpheye yönelik incelemesini tutuklama ve devam kararlarının gerekçesine hasren yaptığına işaret etmiştir.

¹⁷⁷ Bu kararın hüküm fıkrasında; “Kararın bir örneğinin başvuruçunun tutukluluk halinin sona erdirilmesi suretiyle ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine,” ibaresi yer almıştır; Şahin Alpay (2), B.No: 2018/3007, 15.3.2018.

¹⁷⁸ Tanlı/Türkiye, B. No: 26129/95, 10.4.2001, par. 110-111; (Karar metni için bkz; Cengiz Başak, *Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi*, S. 1, Nisan 2002, s. 127)

il standardını benimsediğini hatırlatır (bkz. *Orhan v. Türkiye*, no. 25656/94, prg. 264, 18.6.2002). Bu tür deliller, yeterince güçlü, açık ve uyumlu çıkarımların veya olayların çürütülememiş benzer karinelerinin bir arada bulunmalarından elde edilebilir. Mahkeme, kendisinin ikincil rolü konusunda hassastır ve bir davanın şartlarının bunu kaçınılmaz kıldığı birinci dereceden olgu mahkemesinin rolünü üstlenmeme konusunda dikkatli olmak durumundadır.”¹⁷⁹

AİHM yaşama hakkıyla ilgili başvurularda iç hukuk adli makamlarının tüm uygulamalarını denetlemekte, delil değerlendirmesi yaparak farklı bir sonuca da ulaşabilmektedir. Örneğin AİHM’in Türkiye’ye karşı *İkincisoy* kararında, tanık anlatımları ve oluşa dair diğer deliller karşısında ölenin gözaltına alınmayıp, çatışmada öldürüldüğüne ilişkin hükümetin savunması ve gözaltı kararı bulunmadığına dair resmi makamların kararları kabul edilmeyip,¹⁸⁰ gözaltına alınma olgusu kabul edilmiş, daha sonra vurularak öldürüldüğü kanısına ulaşılmış ve ihlal kararı verilmiştir.¹⁸¹

Yine *Güli Zengin* kararında, başvurucunun eşinin güvenlik güçleri ile PKK mensuplarının silahlı çatışması sırasında kaynağı belirlenemeyen bir mermiye bağlı olarak ölümü olayında, eldeki delillerin, ölümün devlet görevlilerinin eyleminden kaynaklandığını göstermeye yetmediği kanısıyla 2. maddenin maddi yönden ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Fakat bu kararda yaşama hakkının usuli boyutu incelenirken, olay yerinde ölüme neden olan mermi çekirdeğinin tespitiyle ilgili çaba gösterilmemesi ve çatışmaya katılan korucuların tanık olarak dinlenmemesi gibi eksiklikler nedeniyle 2. maddenin etkili soruşturmaya ilişkin usuli yönden ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹⁸²Görüldüğü üzere AİHM yaşama hakkının maddi ve usuli boyutunun ihlali iddialarını incelerken milli makamların kanunu uygulama ve delilleri değerlendirmeye ilişkin kanaatlerini denetlemekte, gerektiğinde ikincil-

¹⁷⁹ *İkincisoy/Türkiye*, 27.7.2004, B. No: 26144/95, par. 60. Kararda Mahkemenin önceki bir kararına da (*McKerr / İngiltere*, no. 28883/95, 4.4.2000) atıf yapılmıştır.

¹⁸⁰ AİHM diğer bazı kararlarında da gözaltı kayıtlarının güvenilmez olduğu sonucuna varmış ve delilleri bizzat değerlendirmiştir; bkz., *İrfan Bilgin/Türkiye*, B. No : 25659/94, prg. 130, ECHR 2001-VIII; *Çakıcı v. Türkiye*, B. No: 23657/94, prg. 105, ECHR 1999-IV; ve *Aydın/Türkiye*, 25 Eylül 1997 tarihli karar, Reports of Judgments and Decisions 1997-VI, s. 1941, prg. 172.

¹⁸¹ *İkincisoy/Türkiye*, 27.7.2004, B. No: 26144/95, par. 76-80.

¹⁸² *Güli Zengin/Türkiye*, 28 Ekim 2004, B. No: 46928/99.

lik ilkesinden vazgeçerek taraflarca sunulan tüm delilleri kendisi de inceleyip bir sonuca varmaktadır.¹⁸³

Anayasa Mahkemesi yönünden yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağının ihlali iddialarında, Anayasanın 17. maddesi uyarınca devletin pozitif yükümlülüğünün incelenmesi gerekmektedir.

Pozitif yükümlülüğün maddi boyutu bakımından uyuşmazlığa konu olgunun tespiti ve nitelenmesi (hakkın maddi/esas yönden ihlal edilip edilmediği veya kötü muamelenin niteliğini belirleme gibi) gerekirken, usuli boyutu bakımından ise etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği hususları araştırılmaktadır. Dolayısıyla belirtilen hususların incelenmesi zorunlu olarak ilgili C. başsavcılığı ve mahkeme kararlarının ve kararlarda ulaşılan sonuçların denetlenmesini gerektirmektedir.

Görüldüğü üzere bu haklara ilişkin bireysel başvurularda da adli merci veya mahkemenin yargısal yetkileri, AYM'nin denetim yetkisi kapsamına girmektedir. Fakat daha önce belirtildiği üzere AYM'nin haklara ilişkin anayasal yorum ve uygulamada nihai karar verme yetkisi karşısında denetimin kapsamı zorunlu olarak geniştir. Fakat doktrinde, AYM'nin devletin koruma yükümlülüğünü yerine getirmediğini tespit etmesine karşın, olaydan sorumlu olanlarla ilgili kovuşturmayaya yer olmadığı kararının hiç sorgulanmaması ve bu tür kararlarda, yürütülen soruşturmalarda eksik delil toplanmış olduğuna değinilmemesi (mahkemenin kendisini kısıtlaması) eleştirilmiştir.¹⁸⁴

d. Sözleşmenin iç hukuka atıf yaptığı ve takdir alanının denetlendiği diğer haller

Sözleşmenin 5. maddesinde olduğu gibi benzer 'yasa' atıfları ayrıca, Sözleşmenin 2. maddesinde ve 8 ila 11. maddelerinin ikinci fıkralarında da yapılmaktadır. Bu atıflar, iç hukukun hakları sınırlayıcı düzenlemeleri konusunda akit devletlere takdir alanı sağlamaktadır.

¹⁸³ Nitekim Çiçek kararının 120. Paragrafında başvuru 2, 3 ve 5. maddeler yönünden incelenirken, "A. Delillerin Değerlendirilmesi ve Olayların Tespiti" alt başlığı altında, davadaki tüm deliller AİHM tarafından değerlendirilmiş ve Hükümetin iddiasının aksine, ölenlerin gözaltına alınmış olduğu olgusu tespit edilmiştir (par.141); Çiçek/Türkiye, B. No: 25704/94, 27.2.2001 (Karar metni için bkz; Beşe, Ertan, Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi, S. 1, Nisan 2002, s. 68, 73)

¹⁸⁴ Tolga Şirin, Bireysel Başvuru Hakkı, İstanbul, 2015, s. 236.

Takdir alanı özellikle, müdahalenin gerekli olduğu halleri belirleme anlamında iç hukuku oluşturma ve yorumlama bakımından geçerlidir. Somut olayda iç hukukun yorumlanarak müdahalenin toplumsal bir ihtiyacı karşıladığına ilişkin gerekçelerin ortaya konulması da takdir alanı kapsamındadır. Fakat bu takdir alanı sınırsız değildir.

Mahkeme milli mahkemelerin takdir alanının sınırlı olduğunu ve bunun de denetime tabi bulunduğunu çok sayıda kararda açıklamıştır. *Türkiye Birleşik Komünist Partisi* başvurusunu incelerken AİHM, Sözleşmenin 1. maddesi uyarınca üye devletlerin 'yetki alanının' her yönüyle Sözleşmenin denetimi altında olduğunu ve taraf devletlerin 'egemenliklerini' Sözleşmeye saygı hükümleri çerçevesinde kullanacaklarını ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca, üye devletlerin kurumlarının ve siyasal organlarının Sözleşmede öngörülen hak ve ilkelere saygı göstermeleri gerektiğini ve bu bağlamda iç hukuktaki anayasal veya yasal düzenlemelerin tamamının Sözleşme hükümlerinin denetimine tabi olduğunu açıklamıştır.¹⁸⁵

Bireysel başvuruda AİHM denetiminin milli hukuku mu yoksa milli mahkeme kararını mı kapsayacağı hususu da tartışma konusu olmuştur. Nitekim bu tartışma, çocuklara cinsel bilgiler vermeyi amaçlayan ve Avrupa'daki kimi ülkelerde iki yıldır yayımlanmakta olan "Küçük Kırmızı Ders Kitabı" isimli kitabın 1971 yılında Londra'da yayımlanma girişiminin yasaklanmasıyla ilgili Handyside kararında yapılmıştır. Kararda; İngiliz Hükümeti ve Komisyon çoğunluğunun, Mahkemenin (AİHM) sadece, Sözleşmenin 10/2. maddesi ile Sözleşmeciyi devlete bırakılan takdir alanı içinde kalıp kalınmadığını tespitle yetinmesi gerektiği görüşünde olduğu, Komisyondaki azınlık görüşüne göre ise bu görevin ulusal hâkimin kararını denetlemek olmayıp, sadece davaya konu Kitabı Sözleşme ışığında incelemek yönünde olduğu belirtilmiştir (par.47). AİHM bu tartışmayı sonuçlandıran kararında denetim yetkisinin hem ulusal hukukun yorumunu, hem de milli mahkeme kararını kapsadığını ifade etmiştir :

¹⁸⁵ TBKP/Türkiye, B. No: 19392/92, 30.1.1998, par. 29, 30. Kararda, anayasa hükümlerinin de Sözleşme denetimine tabi olduğuyla ilgili olarak Gitanas kararına da atıf yapılmıştır (bkz.Gitanas ve Diğerleri/ Yunanistan, 1 Temmuz 1997 tarihli karar, 1997-V).

“Mahkeme, Sözleşme tarafından oluşturulan koruma mekanizmasının, insan haklarının ulusal sistemlerle korunmasına getirilen ikincil bir mekanizma olduğunu belirlemiştir.Devlet yetkilileri, ... ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları ‘yasak’ veya ‘ceza’nın ‘gerekliliği’ hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumdadırlar. ... bu bağlamda ‘gereklilik’ kavramının ima ettiği toplumsal ihtiyaç baskısının varlığını ilk aşamada değerlendirecek olanlar, ulusal makamlardır. Sonuç olarak Sözleşmenin 10/2. maddesi Sözleşmeci Devletlere bir **takdir alanı** bırakır. Hukukun öngördüğü bu alan, hem ulusal yasakoyucuya, hem de yürürlükteki hukuku yorumlamak ve uygulamakla görevlendirilmiş yargılama makamına da tanınmıştır. Bununla beraber, Sözleşmenin 10/2. maddesi Sözleşmeci devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez. Komisyon ile birlikte Devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini güvence altına almakla görevli olan Mahkeme (AİHM), (iç hukuktaki) bir ‘yasak’ veya ‘ceza’nın 10. maddede korunan ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olup olmadığı hakkında nihai kararı vermekle yetkilidir. Ulusal takdir alanı, Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir. Bu denetim hem şikâyet edilen önlemin amacıyla, hem de bunun gerekliliği ile ilgilidir; **denetim sadece milli mevzuatı değil**, bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş de olsa, bu mevzuatı uygulayan **mahkeme kararlarını da kapsar**(bkz. Engel ve Diğ. par.100) (par. 48, 49).Bundan çıkan sonuca göre Mahkemenin görevi herhangi bir biçimde yetkili ulusal mahkemenin yerini almak değil, fakat ulusal mahkemelerin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların Sözleşmenin 10. maddesine uygunluğunu denetlemektir. Bununla beraber, ulusal mahkemelerin kararları verdikleri şartlardan soyutlanarak incelenirse, Mahkemenin denetimi genellikle yanaltıcı olacaktır. Mahkeme bu kararları, dava konusu yayının ve başvuruçunun ulusal hukuk ile uluslararası aşamada gösterdiği delillerin ve gerekçelerindâhil olduğu bütünlük içinde ele almalıdır. **Mahkeme**, elindeki çeşitli verilere dayanarak, **ulusal makamların müdahale biçiminde aldıkları önlemleri haklı kılmak için gösterdikleri gerekçelerin**, Sözleşmenin 10/2. maddesi bakımından **uygun ve yeterli olup olmadığına kararvermelidir**(par. 50).”¹⁸⁶

¹⁸⁶ Handyside/Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 7.12.1976, par. 48; Doğru/Nalbant, 2013, C.2, s. 251, 252. Kararda aynı açıklamaların, Sözleşmenin 5/3. maddesi yönünden; Wemhoff, (par.50), Stögmüller (par.3), Ringeisen(par. 104) kararlarında da tekrar edildiği atfı yer almaktadır.

AİHM bir taraftan, müdahalenin toplumsal bir ihtiyacın zorlaması niteliğinde olup olmadığını ulusal hâkimin daha iyi belirleyebileceğini ifade ederken, diğer taraftan ise “müdahalenin bir ihtiyaca karşılık gelip gelmediği, müdahalenin izlenen amaçla orantılı olup olmadığı ve ulusal makamlara müdahaleyi haklı kılmak için gösterdikleri gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı hususunda nihai tespitite bulunmak, Mahkemeye (AİHM) düşen bir görevdir” demektedir. Nitekim alıntılanan ifadelerin geçtiği başvuruda, veteriner hekimin basın aracılığıyla mesleki sorunları adı ve resmi görünür biçimde ifade ettiği için reklam yasağını ihlal ettiği gerekçesiyle alınan tedbir kararının “ifade özgürlüğüyle bağdaşmadığı” belirtilerek ihlal kararı verilmiştir.¹⁸⁷

Diğer bir kararda AİHM'nin yetkisi; “Mahkeme denetim yaparken, yetkili ulusal makamların yerine geçmez, fakat onların takdir yetkisine dayanarak verdikleri kararları, 10. maddeye göre incelemekle görevlidir...” sözleriyle açıklanmıştır.¹⁸⁸ Başka bir kararda yalnızca gereklilik ve ölçülülük noktasında değerlendirme yapılmamış, bir gazetenin olağanüstühal bölgesine sokulmaması ve bu karara karşı yargı yolunun bulunmaması nedeniyle, ilgili Kararname hükmünün olaydaki uygulama şeklinin “demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olarak görülemeyeceği” gibi, bu durumun “izlenen *meşru amacın* gereklerinin ötesine geçtiği” de belirtilmiştir.¹⁸⁹

Bazı kararlarda ise yapılan denetim sonucunda, ulusal mahkemelerce verilen kararlarda uygulanan standardın Sözleşmenin 10. maddesindeki ilkelerle uyuşmadığı ve ulusal mahkemelerin üye devletlere tanınmış olan dar takdir alanını aştıkları belirtilmiştir.¹⁹⁰ Türkiye'ye karşı bir davada, ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı yasa hükmü gereği uygulanan yaptırımın, 10. madde ile bağdaşıp bağdaşmadığını belirlemenin AİHM'nin görevi olduğu belirtilmiş ve başvuranın ceza davasına konu ifadeleri incelendiğinde siyasi bir liderin yaptığı konuşma

¹⁸⁷ Barthold/Almanya, B. No: 8734/79, 25.3.1985, par. 55, 58; Doğru/Nalbant, 2013, C. 2, s. 284, 285.

¹⁸⁸ Guja/Moldova, B. No: 14277/04, 12.2.2008, par. 69; Doğru/Nalbant, 2013, C. 2, s. 336.

¹⁸⁹ Çetin ve diğ./Türkiye, B. No: 40153/98, 13.2.2003, par. 66; Doğru/Nalbant, 2013, C. 2, s. 358.

¹⁹⁰ Scharsachve News Verlagesellschaft/Avusturya, B. No: 39394/98, 13.11.2003, par. 46; Doğru/Nalbant, 2013, C. 2, s. 368.

nedeniyle bir yıl hapis ve para cezasına mahkûm edilmiş olmasının, demokratik bir toplumda gerekli olmadığı ve izlenen meşru amaçla orantılı bulunmadığı gerekçesiyle ihlal kararı verilmiştir.¹⁹¹

Görüldüğü üzere, AİHM bu kararlarında, ulusal makamın tespit ve değerlendirmelerini bir kenara koyup, ifade özgürlüğünü kısıtlayan müdahalenin ulusal hukuktaki yasaya uygunluğu, meşru amacının varlığı ve gerekli-ölçülü olup olmadığı hususlarını, uyuşmazlığa konu eser veya ifadeleri ve davadaki tüm delilleri bizzat değerlendirerek sonuca ulaşmaktadır. Dolayısıyla, örneğin iç hukuk gereği başvurana yayınladığı bir yazı için hapis veya para cezasına hükmeden ulusal hâkimin kararına karşın, AİHM bu yazının ifade özgürlüğünden yararlanması gerektiğine, bu nedenle ceza verilmesinin Sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiğine karar vermekle, **aslında iç hukuktaki uyuşmazlığın esası** ve sonucu hakkında bir karar vermiş olmaktadır.

Sözleşmenin 11. maddesi yönünden de aynı değerlendirmeler geçerlidir. “Mahkeme kendi görevinin... ulusal makamların takdir alanları içinde verdikleri kararları, Sözleşmenin 11. maddesine göre denetlemek olduğunu yineler.” Bu alıntının yapıldığı başvuruda, başvuran siyasi partinin kapatılmasının, ulusal mahkeme kararındaki tespitlerin aksine, “izlenen meşru amaçla orantısız olup, demokratik bir toplumda gerekli olmadığı” sonucuna ulaşarak, Sözleşmenin 11.maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹⁹²

Örgütlenme hakkıyla ilgili bir kararda Mahkemenin, milli mahkemenin takdir alanını kısıtlayan yaklaşımı şöyle açıklanmıştır:

¹⁹¹ Erbakan/Türkiye, B. No: 59405/00, 06.07.2006, par. 55, 70; Nedim Şener/Türkiye, B. No: 38270/11, par. 112-124, 8 Temmuz 2014; Şık /Türkiye, B. No: 53413/11, par. 101-112, 8 Temmuz 2014.

HADEP kongresinde yaptığı konuşma nedeniyle terör örgütünün propagandasını yapma suçundan 10 hapis cezası ile para cezasına mahkûm edilen başvuran hakkındaki kararda da, konuşma içeriğinde şiddete, ayaklanmaya çağırının bulunmaması karşısında mahkûmiyet kararı verilmesinin demokratik toplumda gerekli olmadığı belirtilerek Sözleşmenin 10. Maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir; İbrahim Ülger/Türkiye, B. No: 57250/00, 27 Nisan 2000. Kararda benzer önceki kararlara da atıf yapılmıştır; Ceylan-Türkiye, B. No: 23556/94, par.38, 1999- IV; Öztürk-Türkiye, B. No: 22479/93, par.74, 1999-VI; İbrahim Aksoy, par. 80; Karkın, par. 39, 23 Eylül 2003; Kızılyaprak-Türkiye, B. No: 27528/95, par. 43, 2 Ekim 2003; Sürek-Türkiye, B. No: 26682/95, par. 62, 1999-IV; Gerger-Türkiye, B. No: 24919/94, par. 50, 8 Temmuz 1999.

¹⁹² Sosyalist Parti ve diğ./Türkiye, B. No: 21237/93, 25.5.1998, par. 44, 54.

“Mahkeme, bir kısıtlamanın, Sözleşme tarafından korunan haklarla bağdaştırılabilir olup olmadığı hakkında nihai kararı vermekle yetkilidir (Gerger, par. 46). Bu denetimi yaparken Mahkeme’nin görevi ilgili ulusal makamların görüşlerinin yerine kendi görüşlerini koymak değil, fakat ulusal makamların takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararları, Sözleşmenin 11. maddesine göre denetlemektir. Bu demek değildir ki Mahkeme, davalı devletin takdir yetkisini makul olarak dikkatlice ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığını tespit etmekle yetinir. Mahkeme, şikâyet konusu müdahaleye davanın bütünlüğü içinde bakarak, müdahalenin izlenen ‘meşru amaçla orantılı’ olup olmadığını ve müdahaleyi haklı kılmak için ulusal makamlar tarafından gösterilen gerekçelerin ‘ilgili ve yeterli’ bulunup bulunmadığını belirler. Mahkeme böyle yaparken, ulusal makamların Sözleşmenin 11. maddesinde yer alan ilkelere uygun olan standartları uyguladıklarına ve ayrıca verdikleri kararları, maddi olayların kabul görülebilir bir değerlendirmeye dayandırdıklarına kanaat getirmelidir.”¹⁹³

Bu nedenle örneğin iç hukukta ifade özgürlüğünü veya toplantı ve dernek kurma özgürlüğünü sınırlayan (örn. ceza hükmü öngören) yasa hükmünün yorumlanması gerektiğinde, ulusal hâkimin yorumu esas alınmayıp, AİHM tarafından bu yasal hükümlerin yorumunun, Sözleşmenin standardına uygun olup olmadığı bizzat değerlendirilmektedir. Diğer taraftan AİHM’nin iç hukuka ilişkin değerlendirmesi sadece yasanın yorumuyla sınırlı kalmamakta, örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşüne yapılan müdahalenin ihlal oluşturur nitelikte olup olmadığı olgusunun tespitini de kapsayabilmektedir.¹⁹⁴

Ek 1 no’lu Protokol’ün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkıyla ilgili sınırlama ve müdahalelerin denetiminde de, ulusal işlemin makul bir dayanağı var ya da tedbirle amaç arasındaki orantı makul görülmeğeitse, ulusal merciin takdir ve yorumu esas alınmakta, aksi durumda AİHM tarafından bizzat değerlendirilmektedir.¹⁹⁵

¹⁹³ Stankov ve Ilinden Birleşik Makedonlar Derneği/Bulgaristan, B. No: 29221/95, 2.10.2001, par.87;Hadev ve Demir/Türkiye, B. No: 28003/03, 14.12.2010, par. 58; Doğru/Nalbant, 2013,C. 2, s. 503, 533.

¹⁹⁴ Bu konuda bkz. Gün ve diğ./Türkiye, B. No: 8029/07, par. 77-85, 18.06.2013; Oya Ataman/Türkiye, B. No: 74552/01, par. 33-34, 05.12.2006.

¹⁹⁵ Örnekler için bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, 2013,s. 428.

Verilen örneklerden de görüleceği üzere AİHM'nin Sözleşmenin uygulanması amacıyla, 8 ila 11. maddeler ve mülkiyet hakkı yönünden yaptığı denetim, hakka yapılan müdahalenin 'gerekliliği' üzerinde değil, fakat ulusal yargı yerindeki değerlendirmenin makuliyeti, yani "yasallığı" ile "yerindeliği" üzerinde yoğunlaşmaktadır.¹⁹⁶

AİHM bazı konuları takdir alanı içinde görmekte, bazı konularda takdir alanını dar kabul etmekte ve bazı konularda da takdir alanının bulunmadığı görüşüyle hareket etmektedir. Örneğin mağdurun rızasının bulunduğu halde şiddet kullanımı nedeniyle cezanın belirlenmesi (Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık, no 21627/93, 20.1.1997); terörle mücadele kapsamında gizli denetleme sistemi ve şartlarının belirlenmesi (Klass ve Diğ./Almanya, No: 5029/71, 6.9.1978, par. 49) ; kürtaja ne zamana kadar izin verileceği (R.H. Norveç, No: 17004/90, 19.5.1992); isim ve soyisim değişiklikleri (Salonen/Finlandiya, No: 27868/95, 2.7.1997); zorunlu cezaevi kıyafeti uygulamaları (Thomas McFeeleyve Diğ./Birleşik Krallık, No: 8317/78, 15.5.1980); zorunlu nedenlerle köyün tehirci usulü (Noak ve Diğ./Almanya, No: 46346/99, 25.5.2000); çocukların bakım ve korunması usulü (Marckx/Belçika, No: 6833/74, 13.6.1979, par. 36); ensest ilişkinin cezalandırılması (Stubing/Almanya, No: 43547/08, 12.4.2012, par. 60); hapis hane kurallarının belirlenmesi, konularında devletlerin takdir alanının geniş olduğu kabul edilmektedir.¹⁹⁷

Takdir alanının geniş olduğu kabul edilen 'ahlak' kavramı; özel yaşamın gizliliğinin korunması, ifade özgürlüğü ve toplantı-dernek kurma özgürlüğü bakımından meşru sınırlama nedenleri arasında yer almaktadır. AİHM genel ahlak kavramının ulusal hukuktaki anlamını belirleme konusunda devletlerin geniş takdire sahip olduğunu kabul etmekte, ancak o alanda Sözleşme standardının veya ortak Avrupa konsensüsünün olduğu durumda bu kavrama da müdahil olmaktadır. Bu anlamda örneğin homoseksüel ilişkilerin cezalandırılmaması gerektiği veya transseksüellerin hukuki durumlarının kabul edilmesinin gerekli olduğu ya da soyadı hakkı konusunda cinsiyete dayalı ay-

¹⁹⁶ Gözübüyük/Gölcüklü, 2013,s. 428.

¹⁹⁷ Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s. 373 - 375.

rımcılık yapılmaması yönünde oluşan Avrupa konsensüsü nedeniyle, aksi yöndeki ulusal düzenlemeleri takdir marjı içinde görmemektedir. Buna karşın, özel yaşamın dâhili öğeleri, konut dokunulmazlığı, kişisel verilerin korunması, avukat-müvekkil arasındaki yazışmaların mahremiyeti, eşcinsellerin evlat edinmesi; gibi konularda ulusal makamların sınırlı da olsa takdir marjına sahip olduğu kabul edilmektedir.¹⁹⁸

Din ve inanç özgürlüğü konusu da salt özgürlük alanı bakımından devletlere takdir alanı bırakmamaktadır. Bu anlamda örneğin; kişilere iradeleri dışında baskı yapan veya cinsiyet eşitliğine aykırı dini pratikler, dini kurallara dayalı çocuk evlilikleri (Khan/Birleşik Krallık, 1157985, 7.7.1986) ve dini nedenle askerlik hizmetinden muafiyet (vicdani ret; Bayatyan/Ermenistan, 23459/03, 7.7.2011, par. 121-123) konularında takdir marjı tanınmamakta ve Sözleşme standardı esas alınmaktadır.¹⁹⁹Fakat inancın açıklanması noktasında takdir alanı doktrini devreye girmektedir. Burada da takdir alanının dar ve geniş yorumlanması söz konusudur. AİHM dini vecibelerin yerine getirilmesine müdahale ve ibadet yerlerine izin verilmesi konularında devletlerin *takdir alanını dar tutmaktadır*.²⁰⁰

Buna karşın laiklik ilkesinin korunmasına yönelik alınacak tedbirler (Kalaç/Türkiye, No: 680/96-870/96, 23.6.1997, par. 28); bir grubun dini cemaat olarak tanınması (Kimlya ve Diğ./Rusya, No: 76836/01, 32782/03, 1.10.2009, par. 79); dinin reklamı ve finansmanının sınırlandırılması (Murphy/İrlanda, No: 4179/98, 3.12.2003, par 81); dini sembollerle işyeri sağlığı arasındaki dengenin korunması (Eweida ve Diğ./Birleşik Krallık, No: 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 15.1.2013, par. 73-88, 94-99); uygunsuz nitelikteki mühtediliğin yaptırma tabi tutulması (Kokkinakis/Yunanistan, No: 14307/88, 25.5.1993, par. 47) ve devletin resmi bir din kurumu kurması, konularında *devletlerin geniş takdire sahip olduğu* kabul edilmektedir.²⁰¹

Sözleşmenin 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkı yönünden, cinsiyet değişikliği geçiren kişinin karşı cinsle evlenmesi, ayırt

¹⁹⁸ Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s. 373.

¹⁹⁹ Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s. 374.

²⁰⁰ Bkz. Manoussakisve Diğ./Yunanistan, 26.9.1996, par. 44.

²⁰¹ Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s. 375.

etme gücüne sahip olmayan çocukların evlendirilmeleri gibi konularda devletlere takdir alanı tanınmamaktadır. Fakat eşcinsel evlilikleri tanımak, evlenme usullerini benimsemek gibi hususlarda devletlerin *geniş takdir alanı* bulunmaktadır.²⁰²

İç hukukumuzdaki bireysel başvuru yönünden ilk derece, üst ve yüksek mahkemelerle AYM arasında yetki kesişimi olan diğer bir hak türü *düşünceyi açıklama ve basın özgürlüğü*dür. Özgürlük kapsamında görülmesi gereken bir düşünce açıklamasının tazminat veya ceza yaptırımına tabi kılınması, kişiler üzerinde düşüncesini ifade etmekten kaçınmaya yönelik caydırıcı bir etkiye de neden olmaktadır. Buna karşın kişilerin onur ve şerefine korunması da düşünce açıklaması ve basın özgürlüğü hakkının sınırlandırılmasına ilişkin meşru nedenler arasındadır. Bu hakların ihlal edildiği iddialarında başvuranın hakkı ile şeref ve onuru korunmak istenen muhatabın hakları arasında uygun dengenin kurulması gerekmektedir. Bu denge kurulurken, açıklanan düşüncenin kamusal tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı da dikkate alınmaktadır. Bireysel başvuruda öncelikle müdahalenin mevcudiyeti ile kanuni dayanağının ve meşru amacın varlığı tespit edildikten sonra müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli ve ölçülü olup olmadığı incelenmektedir.

Bireysel başvuru sonunda AİHM ve AYM uygulamasında düşünce açıklamalarının yaptırıma bağlanması nedeniyle ihlal tespiti yapıldığında, ilgili mahkeme kararlarının nihai sonucu bakımından yerinde olmadığı da söylenmiş olmaktadır. Bu nedenle düşünce açıklaması nedeniyle tazminata veya cezaya hükmeden mahkemenin yargı yetkisi ile AİHM ve AYM'nin yetkisi çatışmaktadır. Gerçekten bu tür başvurularda tam da hukuka aykırılığı veya suçu tespit yetkisinin isabeti, yerindeliği denetlenmektedir. Ancak düşünce açıklaması ve basın özgürlüğü haklarında anayasal hakkın ihlal edildiği incelemesinin temeli zorunlu olarak uyuşmazlığın merkezini içine almaktadır. Somut olaylar üzerinde Anayasanın 26 ve 28. maddelerinde sözü edilen meşru sınırlama nedeninin varlığını ve müdahalenin demokratik toplum düzeni açısından gerekli ve ölçülü olup olmadığını nihai olarak yorumlama ve karara bağlama yetkisi AYM'ne verilmiştir.

²⁰² Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s. 377.

AYM çeşitli başvurularda düşüncüyü açıklama ve basın özgürlüğü haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁰³ İhlal kararlarının gereği, mahkemesince yeniden yargılama yapılarak ihlal nedeninin ortadan kaldırılması suretiyle yerine getirilmektedir. İhlal, yaptırımın demokratik toplumda gerekli olmadığı nedenine dayanıyorsa yaptırım veya mahkûmiyet kararının kaldırılması gerekir. İhlal nedeni müdahalenin ölçüsüzlüğü ise, yaptırımın ölçülü olarak yeniden belirlenmesi icap eder.²⁰⁴

Bireysel başvuruda AYM'nin yetki alanıyla ilgili olarak benzer değerlendirmenin, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı,²⁰⁵ siyasi örgütlenme hakkı,²⁰⁶ özel hayatın gizliliği hakkı²⁰⁷ veya mülkiyet hakkı²⁰⁸ ile ilgili kararlar üzerinden yapılması da mümkündür. Belirtilen haklar bakımından da Mahkemenin denetim yetkisini anayasal ölçü normlar çerçevesinde kullandığı söylenmelidir. Ancak makalenin sınırlı kapsamı nedeniyle burada örnek olarak yapılan değerlendirmelerin yeterli olduğu düşünülmektedir.

III. SONUÇ

Ülkemizde 23 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe giren AYM'ne bireysel başvuru uygulaması 5 yılını doldurmuş bulunmaktadır. Bu sürede gerçekleşen bireysel başvurulara konu kamu gücü işleminin çoğunlukla mahkeme kararları olması nedeniyle, AYM ile ilk derece mahkemeleri ve yüksek mahkemeler arasında zaman zaman yetki tartışmaları

²⁰³ Bkz. örneğin AYM Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23.1.2014; Bekir Coşkun, B. No: 2014/12151, 4.6.2015.

²⁰⁴ Belirtelim ki AYM'nin Emin Aydın kararı bu açıdan sorunludur. Kararın 86. paragrafında müdahalenin haklı ve demokratik toplumda gerekli olduğunun söylenemeyeceği tespiti yapılması karşısında bu nedenle ihlal kararı verilmeli iken, sonraki paragrafta gerekmediği halde ölçülülük incelemesi yapıp, ölçüsüzlük nedeniyle ihlal kararı verilmiştir.

²⁰⁵ Örneğin bkz. Ali Rıza Özer ve Diğ. B. No: 2013/3924, 6.1.2015; Osman Erbil B. No: 2013/2394, 25.3.2015.

²⁰⁶ Bkz. Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi B. No: 2014/15220, 4.6.2015; Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğ. B. No: 2014/920, 25.5.2017.

²⁰⁷ Bkz. Aslan Faruk Toprak B. No: 2013/2957, 24.3.2016; T.A.A. B. No: 2014/19081, 1.2.2017; Halime Sarı Aysal B. No: 2013/1789, 11.11.2015; Ahmet Acartürk B. No: 2013/2084, 15.10.2015.

²⁰⁸ Bkz. Yaşar Albayrak B. No: 2013.45.23, 16.9.2015; Tevfik Baltacı B. No: 2013/8074, 9.3.2016; Bekir Sağırdak B. No: 2013/5669, 24.3.2016; Mahmut Üçüncü B. No: 2014/1017, 13.7.2016.

meydana gelmiştir. Bu tür tartışmalar diğer ülkelerde de yaşanmıştır. Fakat örnekleri verilen AİHM ve AYM kararlarında görüldüğü üzere, Sözleşme standardını ve ortak demokratik kamu düzenini oluşturma amacını önceleyen bireysel başvuru denetimi gerektiğinde ilk derece mahkemesinin takdir yetkisini kapsayabilmektedir. Yine bu denetim kimi durumda hukuka uygunluğun yanı sıra Sözleşme standardını temindeki isabeti kontrol anlamında yerindelik denetimini de gerekli kılmaktadır.

Diğer taraftan, mahkemelerin yetki alanlarını korumaya çalışmaları anlaşılabilir bir durumdur. Bireysel başvuru yoluyla yargı kararları üzerinde inceleme yapan AYM'nin kimi kararlarında sınırlarını aştığı iddia edilebilir ve edilmektedir. Akademik eleştiri hukuk düşüncesini ve uygulamasını zenginleştirir. Fakat düşüncemize göre bütün bu tartışmaların hukuk düzenini sarsmayacak, mahkemeleri itibarsızlaştırmayacak düzey ve üslupta yapılması ve hukuki zeminde kalınması zorunludur. Hep söylenegeldiği üzere mülkün/devletin/barışın temeli olduğu kabul edilen 'adalet'e' inancın yıkılması sadece kurumlara değil bütün topluma zarar verecektir.

Sonuç olarak, bütün bu yetki tartışmalarının, bireysel başvuru yolunun Türk hukuk düzeninde temel hakların güvenceye alınması bakımından çok önemli bir işlev gördüğü gerçeğini gölgeleyemeyeceğini düşünmekteyiz.²⁰⁹

AYM beş yıllık sürede (19 Ocak 2018 itb.) 175.172 başvurudan 137.574'ünü sonuçlandırmış ve 2.489 ihlal kararı vermiştir. Federal Almanya Anayasa Mahkemesine 7 Eylül 1951 - 31 Aralık 2015 tarihleri arasında 212.827 başvurunun geldiği ve 64 yılda 4.872 ihlal kararı verildiği dikkate alındığında, Türk AYM'nin bu kısa sürede gösterdiği çabanın anlamı ortaya çıkacaktır.

²⁰⁹ Düşüncemize göre bireysel başvuru yetkisinin verilmesi norm denetimini de kapsar biçimde AYM'nin bakışını etkilemiş ve temel haklar ekseninde yoğunlaştırmıştır. Nitekim Mahkemenin norm denetimi ve siyasi partiler konularındaki önceki kararları karşılaştırıldığında bu fark açıkça görülebilecektir. Diğer taraftan AYM'nin hak ihlali kararları sonrasında adli ve idari mahkemeler ile yüksek mahkemelerin temel haklara yaklaşımının da anayasal odaklı olmaya başladığı görülmektedir. AYM ve genel mahkemeler yönünden AİHM kararları ile çatışan örnekler için bkz. Arslan, Anayasa Teorisi, s. 226 vd.; Sevtap Yokuş, Türkiye'de Çatışma Çözümünde Anayasal Arayışlar, Ankara 2013, s. 42 vd.

Bireysel başvuru yolu, devam eden mağduriyetlere karşı son bir çare olarak öngörülmektedir. Adli sistem ne kadar düzgün işlese de her nasılsa ortaya çıkan hak ihlalleri bu yolla ortadan kaldırılabilmektedir. Başvuranın ihlal kararı ile elde ettiği yarardan çok daha fazlası, ihlal kararının hukuk düzenini olumsuz etkileyen aksaklıkları gidermeye yönelik yatay etkisiyle gerçekleşmektedir. Bu açıdan, diğer anayasal demokrasilerde olduğu gibi verilen her bir ihlal kararı hukuk güvencesini artıran, demokrasi ve hukukun üstünlüğü bilincini geliştiren bir etki yaratmaktadır.

Kaynakça

- Aliyev Cabir, *Anayasa Şikâyeti*, Beta Basın Yayın, İstanbul 2010
- Arslan Zühtü, *Anayasa Teorisi*, Ankara 2005
- Osman Doğru, "Bireysel Başvurunun Embriyon Çağı", *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 2013, S. 9-117, s.28-32
- Doğru Osman, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012
- Doğru Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Beta Yayınevi, C.I, İstanbul 2002
- Erel Seçkin, "Bireysel Başvuruda AYM'nin Denetim Sınırları" başlıklı *Sunum Notları* (AYM-AK Bireysel Başvurunun Desteklenmesi Projesi, Ankara Swisotel 2-3 Mart 2017).
- Ergül Ergin, *Anayasa Mahkemesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması*, Yargı Yayınevi, Ankara 2012
- Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat*, İstanbul 2015
- Göztepe Ece, *İnsan Haklarının Korunmasında Geçici Tedbir*, AİHM, Almanya ve Türkiye Örnekleri, İstanbul 2017
- Göztepe Ece, *Anayasa Şikâyeti*, AÜHF Yayınları, Ankara 1998
- Zafer Gören, "Bireysel Başvuru Türk Anayasa Yargısında", *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, AYM Yayınları, (s. 645-676), Ankara 2012
- Gözübüyük Şeref/Gölcüklü Feyyaz, *AİHS ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 10. B. Ankara 2013
- Gülener Serdar, "Mukayeseli İnsan Hakları Hukukunda Temyiz Mercii Şikâyetlerinin İstisnai Bir Alanı Olarak Keyfilik Kriteri", *Bireysel Başvuru İncelemeleri 1*, AYM Yayınları, (s. 53-87), Ankara 2013
- Harris D.J./O'Boyle, M./Bates E.P/Buckley C.M, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Avrupa Konseyi, Şen Matbaa, Ankara 2013
- İnceoğlu Sibel, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, (Kısaltma: Türkiye ve Latin Modelleri) İstanbul, 2017

- İnceoğlu Sibel, AİHM Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınevi, 3.B. İstanbul 2008
- Kanadoğlu Korkut, "Bireysel Başvuruda Mahkeme Kararlarının Denetiminin Kapsamı", *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 2013, 9-117, (s. 20-23)
- Karan Ulaş, "Bireysel Başvuru Usulünün ilk Dokuz Ayına Dair Kısa Bir Değerlendirme", *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 2013, S. 9-117, (s.24-27)
- Kaya Köroğlu, Cezai Konularda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, 2. B. Ankara 2016
- Kuş Mustafa, "Örnek Uygulamalar Işığında Bireysel Başvuru ve Geleceği", *Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)*, (Editör Sevtap Yokuş), s. 77-113, Ankara 2015
- Küçük Salim, "Açıķça Dayanaktan Yoksunluk", *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri*, (Editörler: Hüseyin Turan, Recep Kaplan), s. 187 - 234, AYM Yayınları Ankara 2015
- Mellinghof Rudolf, Federal Almanya Cumhuriyetinde Anayasa Şikâyeti, *Anayasa Dergisi*, AYM Yayınları, C 26, (s. 32-44), Ankara 2009
- Oder Bertil Emrah, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda İlk Evre, Sınırlar, Sorunlar ve Yeni İçtihat", *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 2013, S. 9-117, (s. 14-19)
- Öncü** Mehmet, "AİHM'de Usul İncelemesi ve Dördüncü Derece Türünden Şikâyetler", *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, s. 371-409, AYM Yayınları, Ankara 2012
- Sağlam Fazıl, "Anayasa Şikâyeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması İle İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları", *Anayasa Yargısı İncelemeleri I*, AYM Yayınları, (s. 71-112), Ankara 2006
- Sağlam Fazıl, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", *Anayasa Şikâyeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar*, *Türkiye Barolar Birliği Paneli*, TBB Yayınları, Ankara 2011, S. 20-30.
- Şen Ersan, Tutuklulukta İlgili ve Yeterli Gerekçe ve Geçici Tedbir, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2164081-tutuklulukta-ilgili-ve-yeterli-gerekce-ve-gecici-tedbir> (erişim tar.15.3.2018)
- Şirin** Tolga, „AYM'nin ve Derece Mahkemelerinin Yetki Kesişimi Tartışması: Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Özelinde Bazı Notlar“, <https://www.tolgasirin.com/blog> (erişim t.18.1.2018).
- Şirin** Tolga, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, İstanbul, 2015
- Şirin** Tolga, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2013, C.2, S.4, s. 359-401.
- Şirin** Tolga, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İstanbul 2013.
- Tezcan Durmuş/Erdem M. Ruhan/Sancakdar Oğuz, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2.B. Ankara 2004
- Turan Hüseyin, Adil Yargılanma Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016
- Ünal Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Yy. No 89 Ankara (tarihsiz)

Yıldırım Nevhis Deren, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruları Esas Bakımından İncelemesi", *Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan*, MÜHF HAD, C.19, S. 2, (Özel Sayı), s. 481-488, İstanbul 2013.

Yokuş Sevtap, *Türkiye'de Çatışma Çözümünde Anayasal Arayışlar*, Ankara 2013

Zafer Hamide, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumuzdaki Yeri", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof.Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, s. 121-148, Kayseri 2013

AİHM KARARLARI IŞIĞINDA KAMU GÖREVLİLERİNİN GREV HAKKI

THE RIGHT OF PUBLIC OFFICIALS TO STRIKE IN THE LIGHT OF ECHR DECISIONS

Cem Ümit BEYOĞLU*

Özet: Kamu görevlilerinin grev hakkı özellikle ILO belgeleri olmak üzere birçok uluslararası düzenlemede yer alan bir husustur. Her ne kadar Türkiye, bu hakkı tanıyan uluslararası sözleşmelere taraf olsa da, bu hak henüz Türk hukukunda tanınmamıştır. Türk hukukunda Anayasal ve yasal düzeyde tanınmayan bu hak, idari makamlar ve ilk derece mahkemeleri tarafından da yok sayılmaktadır. Bununla beraber Danıştay ve Anayasa Mahkemesi başta AİHM içtihatları ve ILO belgeleri olmak üzere uluslararası belgelere atıfta bulunarak bu hakkın varlığını kabul etmektedir. Yasal düzenlemeler ve uygulamada bu şekilde değerlendirilen kamu görevlilerinin grev hakkı, doktrinde de tartışmalı ve güncel bir sorun olmuştur. Bu bağlamda, başta AİHM içtihatları olmak üzere uluslararası hukuk ışığında bu hususun tartışılması ve bir çözüme bağlanması, Türk hukuku açısından önemli bir ihtiyaçtır. Çalışmanın temel amacı bu hakkın varlığına yönelik olarak, Türk hukukunun uluslararası belgeler ışığında değerlendirilmesi olup, bu hakka ilişkin sorunlara çözüm önerisi sunmaktır. Bu bağlamda, öncelikle kamu görevlisi ve grev kavramları, ulusal ve uluslararası düzenlemeler ile doktrin ışığında ele alınacaktır. Ardından, kamu görevlilerinin grev hakkı hususu, başta AİHM içtihatları olmak üzere, ILO belgeleri, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi içtihatları ile doktrin ışığında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Çalışanların Grev Hakkı, Temel Hizmetler, ILO Sözleşmeleri, AİHM İçtihatları, Kamu görevlileri

Abstract: The right to strike of public officials is an issue that is included in many international regulations, especially in ILO documents. Although Turkey is party to international agreements granting this right, this right has not yet been recognized by the Turkish law. This right, which is not recognized at constitutional and legal level in Turkish law, is also ignored by administrative authorities and first instance courts. However, the Supreme Administrative Court and the Constitutional Court accept the existence of this right, especially with reference to the ECtHR decisions and ILO documents. The right to strike by public officials, who are assessed in this way and in

* Arş. Gör., Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

legal regulations, has become a controversial issue in the doctrine as a controversial issue. In this context, particularly in the light of ECtHR decisions and international law, including the discussion of these issues and connecting to a solution, has been an important need in terms of Turkish law. The main aim of the study is to evaluate the Turkish law in the light of international documents and to propose solutions to the problems related to this right. In this context, the concepts of public officials and strike will first be addressed in light of national and international regulations and doctrine. The right to strike of public officials was then assessed in the light of the ECtHR, the ILO documents, the case law of the Council of State, the Constitutional Court, and the doctrine.

Keywords: The Right to Strike of Employees, Basic services, ILO Conventions, ECtHR Decisions, Public Officials

GİRİŞ

Kamu görevlilerin grev hakkı hususu; gerek idari uygulamalar gerek yargı kararları gerekse de doktrinde tartışmalı bir konu olmuştur. Her ne kadar devletler genelde kamu görevlilerine grev hakkı tanımamak eğiliminde olsa da, çağdaş dünya ve çalışma ilişkileri artık bu eğilime uygun değildir. Zira devletlerin klasik egemenlik anlayışı kapsamındaki kamu görevlisi ile devlet arasındaki statü hukuku ilişkisi, çağdaş dünyada temel insan hak ve özgürlükleri anlayışıyla beraber değişmeye başlamıştır. Bu anlayış doğrultusunda, başta grev hakkı olmak üzere, kamu görevlilerinin sendikal haklara sahip olması ve bu hakları kullanması artık olağan bir durum olmuştur. Gerçekten de kamu görevlileri her ne kadar devlet ve diğer kamu tüzel kişileri bünyesinde yer alan çalışanlar olsa da, belli bir çalışma karşılığında bazı ekonomik ve sosyal çıkarlar elde etmektedirler. Bu ekonomik ve sosyal çıkarların, sunulan kamu hizmetiyle uyumlu olması da ancak belli bir örgütlenme ve bu örgütlenmenin yürüttüğü mücadele ile mümkün olabilecektir. Çalışanların örgütlenmesi de doğal olarak sendikalar olacaktır ve aynı şekilde bu örgütlerin mücadelesi de toplu sözleşme ve grev ile mümkün olacaktır. Kamu görevlisi-devlet ilişkisinde, “çalışan” niteliğindeki kamu görevlilerinin ekonomik ve sosyal çıkarlarının çerçevesini belirleyecek olan toplu sözleşmelerin, sendikal haklar bağlamında tamamlayıcısı olan grev hakkı hayati bir öneme sahiptir. Zira, uygulamada ve doktrinde de, çalışanın işverene karşı tek baskı aracı olan grev, şüphesiz ki kamu görevlilerinin ekonomik ve sosyal

çıkarları açısından vazgeçilmez bir hak olmaktadır. Çalışma kapsamında, bu önemine ve hassasiyetine binaen grevin kamu görevlileri açısından bir hak olabilmesi ve kullanılabilmesi, ulusal ve uluslararası düzenlemeler, içtihatlar ve doktrin görüşleri kapsamında değerlendirme konusu yapılacaktır.

Türk hukuku açısından kamu görevlilerinin sendikal haklarına ilişkin bazı ulusal düzenlemeler bulunsa da, sendikal hakların bölünmez bir parçası olan grev hakkına ilişkin maalesef herhangi olumlu bir düzenleme bulunmamaktadır. Aksine, grev hakkının yasaklanmasına, grev yapılmasına yönelik olarak cezai yaptırım ve disiplin cezaları uygulanmasına dair yasal düzeyde hükümler bulunmaktadır. Türk mevzuatında kamu görevlilerinin grev hakkının bulunmaması hususu ile grev hakkının yasaklanmasına dair hükümler ve uygulamaların, başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ILO Sözleşmeleri ile AİHM içtihatları ışığında değerlendirilmesi önemli bir ihtiyaçtır. Zira, temel insan haklarından olan sendikal haklar kapsamındaki grev hakkının, kamu görevlilerine tanınmaması Anayasa'nın Başlangıç kısmında yer alan; *"Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu..."* ifadesi ve 2. maddesi uyarınca Türkiye'nin *"insan haklarına saygılı"* bir hukuk devleti olması ile düşünüldüğünde, şüphesiz ki önemli bir sorun olmaktadır. Bu sorunun giderilebilmesi açısından, Türk hukukundaki kamu görevlilerine yönelik düzenleme ve uygulamaların, uluslararası belgeler ve içtihatlar ışığında değerlendirilmesi önemli bir gerekliliktir. Bu doğrultuda çalışma kapsamında, öncelikle kişi yönünden bir değerlendirme anlamında kamu görevlisi kavramı ve bu kavram kapsamına hangi çalışanların girdiği irdelenecektir. Ardından, grev hakkının net bir şekilde anlaşılabilmesi için, ulusal mevzuat, doktrin ve uluslararası belgeler ışığında grevin tanımının, unsurlarının ve özelliklerinin ele alınması gerekecektir. Kamu görevlisi ile grev kavramları ele alındıktan sonra, kamu görevlilerinin grev hakkı çalışmanın temeli olarak öncelikle AİHM içtihatları ışığında değerlendirilecektir. Ardından, AİHM içtihatları ile ilişkili olarak ulusal içtihatlar çerçevesinde, Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki bireysel başvurulara ilişkin kararları ile Danıştay kararları ele alınacaktır.

I. Kamu Görevlisi Kavramı

1982 Anayasası'nın 128. maddesi "*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*" şeklindedir. Dolayısıyla kamu görevlilerinin temel olarak memurlar ve diğer kamu görevlilerinden oluştuğu ifade edilebilir.¹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "*İstihdam Şekilleri*" başlıklı 4. maddesine göre memurlar : "*Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanun'un uygulanmasında memur sayılır*" şeklinde ifade edilmiştir.² Memuriyet statüsünü, devlete ait kuruluşlarda kamu hizmeti gören, asli ve sürekli olarak atanan, üçüncü şahıslara karşı sorumluluğu bulunmayıp görev yaptığı kamu kuruluşuna karşı sorumluluğu bulunan, ücretlerini "maaş" olarak Devlet bütçesinden alan ve maaşı çalıştığı kurum tarafından işe başladığı gün peşin olarak ödenen kamu görevlisi olarak tarif etmek mümkündür.³ Başka bir deyişle memur, kamu hizmetlerine özgülenmiş kadrolar içinde sürekli biçimde çalışan, kamu hizmeti dışında özel bir iş görmeyen, Devlet ve örgütü içinde yer alan, altlık-üstlük ilişkisi şeklindeki hiyerarşi düzeninin kuralları ile sıkı sıkıya bağlı olan kamu görevlisidir.⁴ Anayasa tanımı kapsamındaki diğer kamu görevlileri ise, genel olarak yardımcı hizmetlerde çalışan kamu görevlileri ve sözleşmeli personel olarak ifade edilebilir. 657 sayılı DMK'nın 36. maddesinin 10(X). bendine⁵ göre kamu kuruluşlarında bedeni işgücü ile büro hizmetin-

¹ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, R.G. Tarih: 9.11.1982, Sayı: 17863 (mükerrer).

² 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, R.G. Tarih: 23.7.1965, Sayı: 12056.

³ Refik Korkusuz, "*Ülkemizde Kamu Görevlilerine Sendika Hakkı ve İçeriği*", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 12, 2009, s. 107-108.

⁴ İsmet Giritli/ Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner/Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, 7. Basım, İstanbul 2015, s. 677; Ünal, Emel, *Türkiye'de Memurların Sendikal Hakları Çerçevesinde Grev Hakkı*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2012, s. 14.

⁵ 657 sayılı DMK'nın 36/X. düzenlemesi "*Yardımcı hizmetler sınıfı, kurumlarda her türlü yazı ve dosya dağıtmak ve toplamak, müracaat sahiplerini karşılamak ve yol göstermek; hizmet yerlerini temizleme, aydınlatma ve ısıtma işlerinde çalışmak veya basit iklim rasatlarını yapmak; ilaçlama yapmak veya yaptırmak veya tedavi kurumlarında hastalarını ve hastanelerin temizliği ve basit bakımı ile ilgili hizmetleri yapmak veya kurumlarda koruma ve muhafaza hizmetleri gibi ana hizmetlere yardımcı mahiyetteki görevlerde her kurumun özel bünyesine göre ve*

de çalışan ve işçi sayılmayan personeli, yardımcı hizmetlerde çalışan kamu görevlileri olarak tarif etmek mümkündür.⁶ Sözleşmeli personel ise, 657 sayılı DMK'nın 4. Maddesinin B bendinde düzenlenmiş olan⁷ ve genel olarak kamu kurum kuruluşlarında bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kamu görevlisi olarak tarif edilebilir.⁸ Sözleşmeli personel-ler ayrıca, 399 sayılı KHK uyarınca da istihdam edilebilen ve genellikle teknik nitelikli görevlilerden oluşmaktadır.⁹ Diğer kamu görevlileri kavramını, idare ile kamu hukuku ilişkisi içinde bulunan ve hizmetin asli elemanı sayılabilecek bir görevde çalışanları kapsayacak şekilde düşünmek gerekir.¹⁰

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin (a) bendinde kamu görevlisi: "Bu Kanun kapsamında yer alan kurum ve kuruluşların kadro veya pozisyonlarında istihdam edilenlerden işçi statüsü dışında çalışan kamu görevlilerini" ifade ettiği düzenlenmiştir.¹¹ 2012 yılında 6289 sayılı Kanun değişikliği ile madde metninden "adaylık veya deneme süresini tamamlamış kamu görevlilerini" ifadesinin çıkarılması, bu kanun değişikliği öncesindeki eleştirilerin giderilmesi açısından olumlu olmuştur. Nite-

yine bu mahiyette olmak üzere ihdasına lüzum gördüğü yardımcı hizmetleri ifa ile görevli bulunanlardan 4 üncü maddenin (D) bendinde tanımlananların dışında kalanları kapsar. Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerden hizmet yerlerinin ve tedavi kurumlarının temizlenmesi, tesisatın bakım ve işletilmesi ve benzeri nitelikteki hizmetlerin üçüncü şahıslara ihale yoluyla gördürülmesi mümkündür" şeklindedir.

⁶ Korkusuz, s. 108.

⁷ 657 sayılı DMK'nın 4/B düzenlemesi "Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, Bakanlar Kurulunca belirlenen esas ve usuller çerçevesinde kurumun teklifi ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca vizelenen pozisyonlarda, mali yıl-la sınırlı olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir." şeklindedir.

⁸ Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s. 670; Korkusuz, s. 108.

⁹ 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, R.G. Tarih: 29.1.1990, Sayı: 20417(mükerrer).

¹⁰ Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s. 663.

¹¹ 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu, R.G. Tarih: 12.7.2001, Sayı: 24460.

kim 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin "Çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahiptirler" şeklindeki 2. maddesi¹² uyarınca tüm çalışanlara ayırım gözetmeksizin sendikal haklar tanınması gerekmektedir.¹³ 4688 sayılı Kanun, işçi sayılmayan tüm kamu görevlilerini kapsamaktadır. Dolayısıyla, kamu kurum ve kuruluşlarında işçi statüsü dışında bir kadro veya pozisyonda çalışan ve daimi surette çalışan kamu görevlileri bu Kanun kapsamında olacaktır.¹⁴

II. Grev Kavramı

Grev hukuki anlamda, çalışanların işlerini bırakmaları anlamına gelip, sosyal ve ekonomik hayatta önemli bir yere sahiptir. Zira, çalışanlar grev yaparak taleplerini işverenlerine kabul ettirebilmek için baskı kurabilme imkanına sahip olmaktadır. Grev kelimesi, Fransızca kökenli bir sözcük olup ismini Paris'teki Grev (Grève) Meydanı'ndan almaktadır. Ortaçağ'da Grev Meydanı iş arayanların toplu olarak beklediği bir yer olup, bir süre sonra halk arasında bu bekleyişin adı grev yapmak olarak anılmaya başlanmıştır. Yani grev, kelime anlamı olarak "işsiz olmak" anlamıyla ortaya çıkmıştır. 19. yüzyılın başlarından itibaren ise bugünkü anlamıyla çeşitli çıkarlar elde etmek amacıyla toplu ve iradi olarak çalışmaya ara vermek anlamını kazanmıştır.¹⁵ Grev kavramının anlaşılabilmesi açısından, ulusal mevzuat, doktrin ve uluslararası düzenlemeler kapsamında yapılmış olan grev tanımları ile grevin unsurlarının incelenmesi doğru olacaktır.

¹² 87 sayılı ILO Sözleşmesi Türkiye tarafından onaylanarak, 25 Şubat 1993 tarihinde 21507 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme metni için bkz. http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377261/lang--tr/index.htm, E.T.: 5.6.2017.

¹³ Değişiklik öncesi söz konusu düzenlemenin eleştirisi hakkında bkz. Mesut Gülmez, "Aykırlıklarla Dolu Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 34, Sayı: 3, 2001, s. 8; Mesut Gülmez, Uyum Düzenlemelerinin Üvey Evladı: Sendikal Haklar, "Anayasa ve Uyum Yasaları Paneli", Türkiye Barolar Birliği 2003, s. 266.

¹⁴ Korkusuz, s. 110.

¹⁵ Grevin genel kökeni ve tarihçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, "Hukuki Grev Kavramı", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Yıl: 5, Sayı: 20, 2010, s. 111-113.

1- Grev Tanımı

Grev, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 58. maddesinde *"İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir"* şeklinde tanımlanmıştır.¹⁶

Grevi, belli bir işverene bağlı olarak çalışan ve mevcut çalışma şartlarından memnun olmayan, şartlarını düzeltmeyi amaçlayan çalışanların işverene baskı yapmak amaçlı olarak toplu şekilde çalışmayı bırakmak olarak tanımlamak mümkündür. Grev hakkı, çalışanların topluca işi bırakabilmesi, grev devam ettiği sürece çalışmadan kaçınabilmesi ve grev sona erince ise işinin başına dönebilmesini ifade eder. Normal zamanda çalışmak durumunda olan çalışanların, grev süresince işlerini bırakmalarının hukuka ve sözleşmelerine aykırılık teşkil etmemesi, grev hakkı ile mümkün olacaktır.¹⁷ Grevin maddi ve psikolojik unsur olmak üzere, temelde iki unsuru olduğunu ifade etmek gerekir. Maddi unsur çalışmanın bırakılması olup, psikolojik unsur ise çalışmanın bırakılması hususunda anlaşma veya bir kuruluşun kararına uyma şeklindedir. Maddi unsur kapsamında çalışmayı bırakmanın; çalışan sıfatını taşıyan kimseler tarafından topluca ve fiilen yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Psikolojik unsorda ise, çalışmayı durdurmak veya çalışmanın niteliğine göre önemli ölçüde çalışmanın aksatılması amacıyla çalışmanın topluca bırakılması gerekmektedir. Ayrıca çalışmayı bırakma veya yavaşlatma kararı, toplu şekilde alınması ya da bir kuruluşun kararı doğrultusunda olmalıdır.¹⁸ Grevin de dahil olduğu toplu eylemleri etkileyen dinamikler ve şartlara da değinmek gerekirse; genel olarak çalışma gücü ve istihdamın yapısı, sendikalaşma ve çalışma mevzuatı ile siyaset ve sendikacılık gibi hususların grevi tetiklediğini söylemek gerekmektedir.¹⁹

¹⁶ 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, R.G. Tarih: 7.11.2012, Sayı: 28460.

¹⁷ Grevin çeşitli tanımları ve özellikle sosyolojik tanımı ile hukuki tanımı arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yüksel, s. 113-114.

¹⁸ Grevin maddi ve psikolojik unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yüksel, s. 114-118; Erhan Tural, "Türk Hukukunda Grev Hakkı ve Uluslararası Belgelerde Görünümü", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 15, 2013, s. 432-434; Ünal, s. 29-30.

¹⁹ Aziz Çelik, "Türkiye'de 2000'li Yıllarda Grevler ve Grev Dışı Eylemler: Çalışma Hayatında "Pax Romana" mı?", IV. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, 2012, s.

Grevin genel olarak özelliklerini belirtmek gerekirse; grevler geçici olup, geçici olarak çalışmayı durdurma özelliğine sahiptirler. Ayrıca grev genelde bir çıkar uyumsuzluğundan doğar. Grev toplu, bilinçli ve hesaplı bir çalışmayı bırakma eylemidir.²⁰ Grev kavramının anlaşılması açısından, genel uyarı eylemleri ile iş bırakma eylemlerine de değinmek yararlı olacaktır. Genel uyarı ve iş bırakma eylemleri, genel grev niyetiyle yapılmış olan eylemlere yasal kaygılardan dolayı verilmiş olan isimlerdir. Bu eylemler 2000'li yıllarda etkili bir iş bırakma ve genel grevden ziyade basın açıklaması, yürüyüş ve ara dinlenmelerinde yapılan açıklamalar şeklinde yapılmıştır. Zira pek çok genel uyarı ve iş bırakma eylemi de özüne aykırı olarak sadece kitlesel basın açıklaması şeklinde gerçekleşmiştir.²¹ Çalışma hayatında çeşitli grevlerin yapıldığı söz konusu olduğundan bunlara değinmek gerekmektedir. En yaygın olan grev türü olarak genel grevi, bir ülkedeki çalışanların tamamının veya büyük bir kısmının, topluca çalışmamak suretiyle çalışma faaliyetini durdurması veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla çalışmayı bırakmaları olarak tarif etmek mümkündür. Siyasi grevin ayırt edici unsuru ise devletin yasama veya yürütme organının baskı altına alınma amacıdır. Dönen grev kavramı ise, çalışanlardan bir kısmının bir süre çalışmayı bıraktıktan sonra tekrar çalışmaya başlarken, diğer bir bölümünün çalışmayı bırakmasıdır. Dönen grev türünde, çalışanlar hep birlikte çalışmayı bırakmamakta, çalışmayı nöbetleşe bırakmaktadırlar. Dayanışma grevi ise çalışanların kendi işyerinde değil de başka bir işyerinde greve giden işçilere destek amacıyla greve gitmesi olarak tarif edilebilir. Oturma grevi, greve katılan çalışanların işyerini terk etmeyip, çalışmamak suretiyle işyerinin çalışmaz hale gelmesi şeklindeki grev türüdür. Son olarak uyarı grevi ise, greve katılan çalışanların kendi yararlarına olmayan, sosyal, iktisadi ve siyasi gelişmeler karşısında işverenleri ve devlet yetkililerini uyarma amaçlı yapılan kısa süreli çalışmayı bırakmak şeklindeki eylemdir.²²

Grevin özellikleri ile ilgili olarak, Fransız iş hukuku, sosyal alanda en ileri sistemler arasında yer aldığı için, bu alandaki değerlendirme-

124-127.
²⁰ Burcu Kümbül Güler, "Psiko-Sosyal Boyutuyla Grev", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2012/1, s. 117.
²¹ Çelik, s. 118.
²² Ünal, s. 35-39.

lere değinmek yararlı olacaktır. Bu bağlamda, öncelikle grev kapsamında çalışan kesimin belli bir veya birden fazla talebinin aranması gerekecektir. Bu taleplerin niteliği konusunda ise, grev hakkı mesleki çıkarların korunmasına yönelik bir araç olarak tanımlandığı için, özellikle ekonomik ve sosyal çıkarlar anlamında mesleki yönde talepler olması gerektiği ifade edilebilir. Ayrıca bu taleplerin muhatabının da bu talepleri yerine getirme olanağı olan bir işveren olması, kamu görevlileri açısından ise Devlet veya ilgili kamu tüzel kişisi olması gerekmektedir. Grev hakkının kullanılması hususunda; yargılama makamı, taleplerin haklılığına yönelik olarak değil, sadece hakkın kötüye kullanılması hallerine müdahale edebilmelidir. Sonuç olarak Fransız Hukuku kapsamında, grev hakkının meşruluğu bağlamında başvuru temel kıstas, çalışanların ekonomik ve sosyal çıkarlarını ilgilendiren somut taleplerin varlığı olmaktadır.²³

2- Uluslararası Belgelerde Grev

Grev hakkına ilişkin olarak, 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23. maddesinin dördüncü fıkrasında "*Herkesin çıkarını korumak için sendika kurma veya sendikaya üye olma hakkı vardır*" düzenlemesi yer almaktadır.²⁴ Bildiri metninden de anlaşılacağı üzere, sendika hakkı herkese tanınmış olup, kişi yönünden herhangi bir ayırım gözetilmemiştir. Bu doğrultuda, niteliğine bakılmaksızın kamu görevlileri ve tüm çalışanlar "*çıkartlarını savunmak için*" sendikalar kurabilir veya sendikalara üye olabilir.²⁵

Grev hakkı, ILO'nun 17 Haziran 1948 tarihinde kabul etmiş olduğu 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Sözleşmesi'nin 3. maddesinde; "*Çalışanların ve işverenlerin örgütleri, tüzelik ve iç yönetmeliklerini düzenlemek, temsilcilerini serbestçe seçmek, yönetim ve etkinliklerini düzenlemek ve iş programlarını belirlemek hakkına sahiptirler. Kamu makamları bu hakkı sınırlayacak veya bu hakkın yasaya uygun*

²³ Grev hakkının Fransız iş hukuku örneği kapsamındaki değerlendirmesi hakkında bkz. Melda Sur, "Siyasi Grev", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2009/4, s. 21-23.

²⁴ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Türkiye tarafından onaylanarak 27 Mayıs 1949 tarihinde 7217 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme metni için bkz. http://www.un.org.tr/humanrights/vm/Insan_Haklari_Evrensel_Beyanname.pdf, E.T.: 5.6.2017.

²⁵ Gülmez, Mesut, *Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü*, Ankara 1996, s. 136.

şekilde kullanılmasına engel olacak nitelikte her türlü müdahaleden sakınmalıdır” yer almaktadır. Her ne kadar Sözleşme metninde grev hakkı açıkça düzenlenmemiş ise de, ILO Denetim organları, tüm çalışanların ekonomik ve sosyal çıkarlarını koruyup geliştirebilmek için başvurabilecekleri temel ve yasal bir grev hakkının olduğunu belirtmişlerdir.²⁶ Dolayısıyla, hem yargı organlarının hem de yönetsel yetkililerin, ulusal mevzuatta yer alan kesin grev yasaklarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözülmesinde ILO Sözleşmeleri ile beraber ILO Denetim organlarının da bu içtihat niteliği kazanmış kararlarını göz önüne almadan karar vermemeleri gerekmektedir.²⁷ ILO Denetim organları, grevin çalışanların ekonomik çıkarlarını savunma amacı ile kullanılmasında çok önemli olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca “ekonomik çıkar” kavramının geniş yorumlanması gerektiğini ve bu doğrultuda grevi, daha iyi çalışmalar elde etme amacının yanında, çalışanları doğrudan ilgilendiren ve sosyal sorunlara çözüm bulunmasını da kapsayan eylemler olarak ifade etmiştir.²⁸ 7 Haziran 1978 tarihli 151 sayılı Kamu Kesiminde Çalışma İlişkileri Sözleşmesi’nin kamu görevlileri örgütünü tanımlayan 3. maddede “Bu Sözleşmenin uygulanması bakımından ‘Kamu Görevlileri Örgütü’ deyimini oluşumu ne olursa olsun amacı kamu görevlilerinin çıkarlarını savunmak ve geliştirmek olan herhangi bir örgüt anlamına gelir” şeklinde düzenleme mevcuttur. Ayrıca Sözleşme’nin 9. maddesi “Kamu görevlileri, diğer çalışanlar gibi yalnızca görevlerinin niteliğinden ve statülerinden kaynaklanan yükümlülüklerine bağlı olarak örgütlenme özgürlüğünün normal olarak uygulanması için gerekli kişisel ve siyasi haklardan yararlanacaklardır” şeklindedir.²⁹ 151 sayılı Sözleşme hakkında belirtil-

²⁶ Metin Kutal, Uluslararası Çalışma Normları Karşısında 1982 T.C. Anayasası’nın Grev Hakkına İlişkin Hükümleri, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Kamu-İş Yayınevi, 2010, s. 329; ILO denetim organlarının, grevin amaçları, kapsamı, türleri, koşulları, kısıtlanabileceği durumlar, uygulanması ve yürütülmesi konusunda verdiği kararlar, 87 sayılı Sözleşme’nin grev hakkı konusunda boşluğu dolduracak derecede uluslararası içtihat oluşturmaktadır. Gülmez, “Dünyada Memurlar ...”, s. 147-148; Gülmez, “İnsan Hakları ...”, s. 77; Gülmez, “Sendikal Haklar ...”, s. 40; Metin Kutal, “Grev Hakkının Uluslararası Normları ve Türk Mevzuatının Bunlara Uyum Sorunu”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Yıl: 3, Sayı: 12, 2008, s. 136.

²⁷ Mesut Gülmez, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 54, 2004, s. 159; Gülmez, “İnsan Hakları ...”, s. 77; Gülmez, “Sendikal Haklar ...”, s. 40.

²⁸ Kutal, “Uluslararası Çalışma Normları ...”, s. 329.

²⁹ 151 sayılı ILO Sözleşmesi, Türkiye tarafından onaylanarak 25 Şubat 1993 tarihinde 21507 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Sözleşme metni için bkz. http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377291/lang--tr/

mesi gereken bir husus, Sözleşme'nin 1. maddesi "Bu Sözleşme, diğer uluslararası çalışma sözleşmelerinde bu kesime uygulanabilecek daha elverişli hükümler bulunmadığı durumlarda kamu makamlarınca çalıştırılan herkeşe uygulanır" hükmü uyarınca, bu Sözleşme "yedek" bir sözleşmedir. Dolayısıyla, 87 sayılı Sözleşme, sendikal hak ve güvenceler açısından, 151 sayılı Sözleşme'den daha ileri içerik ve kapsamla düzenlendiği için, Türk yasal düzenlemelerinin öncelikle 87 sayılı Sözleşme'ye uygun olması, bu sözleşmede yer almayan veya daha elverişli nitelik taşıyan kurallar konusunda ise 151 sayılı Sözleşme'ye uygun olması gerekmektedir.³⁰ Nitekim, doktrinde 4688 sayılı Kanun'un gerekçesindeki yanılı da örnek gösterilerek, sadece 151 sayılı Sözleşme'nin esas alınması, buna karşılık 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin göz önüne alınmamış olması, kamu görevlilerinin sendikal hakları açısından önemli bir yanlış olması dolayısıyla eleştiri konusu olmuştur.³¹ ILO denetim organları "çalışanlar" kavramının, kamu görevlilerini kapsadığını açıkça vurgulamış, ulusal mevzuatta kamu görevlilerinin "çalışanlar" kavramına dahil olmadığından hareketle statü rejimine bağlı tüm memurlara uygulanan grev yasağını haklı görmemiştir.³² ILO Denetim organlarının içtihat niteliği kazanmış olan kararları göz önüne alınmadan, sözleşme metinlerini doğru yorumlamak ve ulusal düzenlemeler yapmak olanaksızdır. Bundan dolayı, her ne kadar kamu görevlilerinin grev hakkı 87 sayılı ILO Sözleşmesi metninde açıkça yer almasa da, ILO Denetim organları kararlarında uzun zamandır yasal bir hak olarak nitelendirildiği vurgulanmalıdır.³³ ILO Denetim organları, içtihat niteliği kazanmış birçok kararında grev hakkı ile sendikal toplantılar düzenleme hakkının sendika özgürlüğünün temel unsurları olduğunu vurgulamış ve grev hakkının da 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin ayrılmaz bir parçası olduğunu ifade etmiştir.³⁴

index.htm , E.T.: 6.6.2017.

³⁰ Özellikle sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkından yararlanacak olan kamu görevlilerinin belirlenmesi ile sendikaların iç işleyiş, yönetim ve etkinliklerinin yasal çerçevesinin çizilmesi ve toplu pazarlık hakkının sınırlanması konusunda 87 sayılı Sözleşme daha elverişli kurallar içerdiği için, bu Sözleşme'nin esas alınması gerekmektedir. Gülmez, "Aykırlıklarla Dolu ...", s. 5; Görmüş, s. 18.

³¹ Gülmez, "Uyum Düzenlemeleri ...", s. 256-257.

³² Gülmez, "Dünyada Memurlar ...", s. 206.

³³ Gülmez, "Aykırlıklarla Dolu ...", s. 5.

³⁴ Kutal, "Uluslararası Çalışma Normları ...", s. 329; Mesut Gülmez, "Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi (11. Kongre Özel Sayı), 2008/3, s.

4 Aralık 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Dernek Kurma ve Toplantı Özgürlüğü" başlıklı 11. maddesi "Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir"³⁵ 18 Ekim 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nın "Örgütlenme" başlıklı 5. maddesi "Tüm çalışanlar ve çalıştıranlar ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak amacıyla ulusal ve uluslararası kuruluşlar düzeyinde örgütlenme özgürlüğüne sahiptir" ve "Toplu Pazarlık" başlıklı 6. maddesinin dördüncü fıkrası "Menfaat uyumsuzluğu durumunda çalışanların ve çalıştıranların, bir önceki toplu sözleşmelerden doğabilecek yükümlülükler saklı kalmak üzere grev hakkı dâhil, ortak hareket hakkını tanır" şeklindedir.³⁶ Türkiye, her ne kadar Şart'ı onaylamış olsa da, Şart'ın 5 ve 6. maddelerine çekince koymuştur. Türkiye'nin Şart'ı onaylamasının gerekçeleri sosyal normların Batı Avrupa ülkelerinin sosyal normlarına uyum, Şart kapsamındaki haklardan çağdaş ve demokratik Türk toplumunun mahrum edilmemesi düşüncesi ve çalışan Türk vatandaşlarının sosyal şartlarının iyileştirilmesi olarak özetlenebilir. Ancak öne sürülen bu gerekçelere rağmen, sendikal haklara ilişkin maddelere çekince konması bir çelişki olmuştur. Üstelik bu çekincenin resmi gerekçesinde yer alan "Ülkemizin sosyo-ekonomik şartları" şeklindeki yetersiz ve muğlak ifade göz önünde bulundurulduğunda, çelişki daha net şekilde görülebilecektir.³⁷ Bununla beraber, Türkiye tarafından bu maddelere konan çekincelerin sınırlı etkisi olduğu, GÜLMEZ tarafından: "... söz konusu haklar, üstelik daha etkili ve güçlü bir denetim mekanizmasının yaptırımına bağlanmış olarak, onaylanan

141; Kutal, "Grev Hakkı ...", s. 135-136.

³⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye tarafından onaylanarak 19 Mart 1954 tarihinde 8662 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme metni için bkz. <http://www.goc.gov.tr/files/files/AIHS.pdf>, E.T.: 6.6.2017.

³⁶ Avrupa Sosyal Şartı, Türkiye tarafından onaylanarak 14 Ekim 1989 tarihinde 20312 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. [http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20312.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20312.pdf](http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20312.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20312.pdf), E.T.: 6.6.2017.

³⁷ Avrupa Birliği'nin Türkiye'ye ilişkin ilerleme raporlarında da sürekli biçimde eleştirilen son derece önemli bir hususun, bu şekilde genel ve belirsiz gerekçeyle geçiştirilmesi kabul edilemez. Üstelik her iki madde için de aynı gerekçenin öne sürülmesi, asıl sebebin kamu görevlilerinin sendikal haklardan yoksun bırakılması isteği olduğunu düşündürmektedir. Mesut Gülmez, "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek miyiz?", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2007/1, s. 36-43.

87 sayılı ILO Sözleşmesi ve İHAS'dan yıllar önce doğmuştur." şeklinde ifade edilmiştir.³⁸ Bu çekincelerin en olumsuz etkisi, Türkiye'nin Avrupa Konseyi'ne karşı yükümlülük doğurmaması olacaktır. Buna rağmen, Türkiye ILO Sözleşmeleri'ne taraf olduğu için, ILO'ya karşı yükümlülükleri söz konusudur.³⁹

16 Aralık 1966 tarihli, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 8-1/d hükmünde yer alan "Her ülkenin yasalarına uygun olarak kullanılmak kaydıyla, grev hakkı" ifadesi ile tüm taraf devletler grev hakkı güvence altına almakla yükümlü tutulmuştur.⁴⁰ Sözleşme, ulusal yasalarla grev hakkına getirilebilecek kısıtlamalar hususunda herhangi bir sınırlama öngörmemiştir.⁴¹ 16 Aralık 1966 tarihli, Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 22. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkesin, kendi çıkarlarını korumak için sendikalar kurmak ya da bunlara girmek hakkı da dahil olmak üzere, başkalarıyla biraraya gelip dernek kurma hakkı vardır" şeklinde İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi düzenlemesine benzer, ancak daha ayrıntılı bir düzenleme mevcuttur.⁴² "İkiz Sözleşmeler" olarak anılan, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme'nin 8. maddesinin üçüncü fıkrası ile Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 22. maddesinin üçüncü fıkrası "Bu maddenin hiçbir hükmü, Sendika Kurma Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunmasına İlişkin 1948 tarihli Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi'ne Taraf olan Devletlere, bu Sözleşme'de öngörülen güvencelere zarar verecek yasama tedbirleri alma ya da hukuki uygulamalarda bulunma yetkisini vermez" şeklinde aynı düzenlemeyi içermektedir. Söz konusu ortak düzenlemeden de anlaşılacağı

³⁸ Yazara göre, bu çekincelerin sebebi kamu görevlilerini sendika, ortak danışma, toplu pazarlık ve grev hakkını da kapsayan toplu eylem haklarından yoksun bırakmaktır. Gülmez, "Dünyada Memurlar ...", s. 194-211.

³⁹ Gülmez, "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ...", s. 42.

⁴⁰ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Türkiye tarafından onaylanarak 11 Ağustos tarihinde 25196 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme metni için bkz. <http://www.un.org.tr/humanrights/vp/insan-haklari-belgeleri/tuerkiye-ve-anlasma-temelli-organlar/ekonomik-sosyal-ve-kueltuerel-haklara-iliskin-sozlesme.php>, E.T.: 5.6.2017.

⁴¹ Gülmez, "Dünyada Memurlar ...", s. 138.

⁴² Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme Türkiye tarafından onaylanarak, 21 Temmuz 2003 tarihinde 25175 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme metni için bkz. <http://www.un.org.tr/humanrights/vp/insan-haklari-belgeleri/tuerkiye-ve-anlasma-temelli-organlar/medeni-ve-siyasi-haklar-sozlesmesi.php>, E.T.: 5.6.2017.

üzere, İkiz Sözleşmeler, 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin sendika hak ve özgürlüğü konusunda öncelikli ve kendine üstün tutularak uygulanması gerektiğini ve Sözleşmelere taraf olan devletlerin, 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nden doğan yükümlülüklerinin devam ettiğini açıkça ifade etmiştir.⁴³ Bu Sözleşmelerin Türkiye tarafından onaylanmasıyla, kamu görevlilerinin sendika haklarının uluslararası hukukun çizdiği çerçeve içinde herhangi bir ulusal düzenlemeye gerek olmadan kullanmaları mümkün olmuştur.

III. Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı

Kamu görevlilerine sendika hakkı tanınırken, sendikaya da varlık-sal öneme sahip ve baskı aracı olan grev hakkının tanınması gerekir. Grev aracına sahip olmadan sahip olunan sendikal haklar anlamsız ve yetersiz olacaktır.⁴⁴ Kamu görevlilerinin grev hakkı tartışmalı bir husus olup, hakkın varlığı konusunda lehte ve aleyhte gerekçeler ileri sürülmüştür. Kamu görevlilerinin grev hakkının olmaması gerektiğine yönelik olarak ileri sürülen en yaygın gerekçe, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesidir. Halkın yaşamı, güvenliği ve sağlığı için temel nitelik taşıyan kamu hizmetleri, özel sektörde sunulan hizmetlerden farklı olup, kamu hizmetlerinin kesintiye uğramasının devletin işleyişini tehlikeye sokacağı düşünülmektedir.⁴⁵ Bir diğer gerekçe ise, grevin işverene yönelik baskı aracı niteliğinin devletin egemen gücü ile bağdaşmayacağıdır. Ayrıca, kamu görevlilerinin özel sektör çalışanlarında olmayan, ayrıcalıklar içeren özel bir statüden yararlanmalarından ötürü devlete titizlikle bağlı olması dolayısıyla, işçilerin yararlandığı bazı haklardan vazgeçmesi ve yükümlülükler üstlenmesi gerektiği de ileri sürülmüştür. Bunlara ek olarak, 1980 yılı öncesinde grev hareketlerinin yoğunlaşması ve grevde kaybedilen işgünü sayısının ciddi

⁴³ Gülmez, "Dünyada Memurlar ...", s. 139.

⁴⁴ Sendikal haklar kapsamında yer alan toplu görüşme hakkının, grev hakkı olmadan kullanılması doktrinde "kolektif dilenme", toplu pazarlık ve grev hakkı olmayan sendika ise "motoru olmayan lokomotif" olarak nitelenmiştir. Sütçü, Nezi, Kamu Çalışanlarının Toplu Pazarlık ve Grev Hakkı, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı: 17, 2008, s. 79; 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu, sendika hakkı tanınmasına rağmen, toplu sözleşme ve grev hakkını tanımamasından ötürü "topal" olarak da nitelenmiştir. Şebnem Gökçeoğlu Balcı, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 'Satılmış ve Diğerleri/Türkiye' Kararı", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2008/2, s. 219; Görmüş, s. 10, 19.

⁴⁵ Korkusuz, s. 122.

boyutlara varması da grev hakkı aleyhine ileri sürülen bir gerekçe olmuştur.⁴⁶ Bu yönde diğer gerekçeler, grev hakkı tanınmasının sermayenin kaçışına sebep olacağı, uluslararası belgelerin grev hakkını açıkça ve net şekilde düzenlemediği, mevcut sistemde Türkiye'deki kamu görevlilerinin verimsiz ve yetersiz çalışmasından dolayı grev hakkı tanınması halinde daha da verimsiz çalışma yürütüleceği gibi dayanaksız ve muğlak düşüncelerden oluşmaktadır.⁴⁷ Bunlara karşılık, kamu görevlilerinin de grev hakkına sahip oldukları savunulmuştur. Bu doğrultuda, kamu görevlilerinin tümünün temel hizmetler yerine getirmediği ve hatta birçok özel sektör çalışanının kamu görevlileri tarafından yerine getirilen hizmetlerden daha önemli ve yaşamsal hizmet gördüğü ifade edilmiştir. Dolayısıyla, kamu görevlileri arasında bir ayırım gözetilerek, aksaması halkın tamamının veya bir bölümünün yaşamını, güvenliğini veya sağlığını tehdit edecek “*temel kamu hizmetleri*” gören kamu görevlilerine grev kısıtlaması getirilmesi daha uygun olacaktır. Bu yönde bir diğer gerekçe ise, grev yapan kamu görevlilerinin sadece çalışma koşullarını iyileştirme amacı gütmekte olduğunu, yani devlet egemenliğini haksız bir biçimde ele geçirmeye çalışmadıkları düşüncesidir. Ayrıca grev hakkının, sendika özgürlüğü kavramına dahil olan bir hak olduğu ve toplu sözleşme hakkı için vazgeçilmez bir tamamlayıcı unsur olduğu da ileri sürülmüştür. Grev hakkı, sendika ve toplu sözleşme haklarıyla birlikte çalışma ilişkileri sisteminin üç temel unsurunu oluşturmaktadır.⁴⁸ Her ne kadar, kamu görevlilerinin idare hukukuna tabi olması, evrensel nitelikli sendikal hakların, kamu görevlileri açısından ayrı bir şekilde düzenlenmesini haklı kılarsa da, bu hakların tamamen yok sayılmasına da neden olmamalıdır.⁴⁹ Kamu görevlilerinin grev hakkına sahip olmasına ilişkin öne sürülen diğer gerekçeler, sendikal hakların bir bütün olduğu, dolayısıyla grev hakkını içermeyen sendikal hakların anlamsız ve gereksiz olması ile grev yapma hakkının uluslararası düzenlemelerde yer alması nede-

⁴⁶ Kutal, “Uluslararası Çalışma Normları ...”, s. 326.

⁴⁷ Korkusuz, s. 122.

⁴⁸ 1960 sonrasında yaşanan somut gelişmeler, kamu görevlilerinin grev haklarına yönelik olarak ileri sürülen görüşlerin temelden yoksun olduğunu ortaya koymuştur. Grev hakkına ilişkin tartışmalar, grevlerin 1960'lı yıllar sonrası artışı ve grev hakkı konusunda ülkelerin yaklaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gülmez, “Dünyada Memurlar ...”, s. 108-132; Sütçü, s. 104-114; Ünal, s. 165-174.

⁴⁹ Sütçü, s. 79.

niyle Anayasa'nın 90. maddesi düzenlemesi uyarınca, bu uluslararası antlaşma hükümlerinin iç hukuk kurallarından üstün olup uygulanması gerekliliğidir.⁵⁰

1- AİHM Kararlarında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı

Avrupa İnsan Haklar Sözleşmesi'nin sendikal hakları içeren "Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü" başlıklı 11. maddesi: "1. Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.

2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir" şeklindedir. AİHM, Karaçay/Türkiye Davası'nda bu düzenlemenin birinci paragrafının herkes bir sendikaya üye olma ve çıkarlarını koruma hakkını güvence altına aldığını ve devlet memurlarının doğrudan bu haktan mahrum bırakılmaması gerektiğini belirtmiştir. AİHM, ayrıca ordu, emniyet ve bazı sektörlerde görev yapan devlet memurlarının, sendikal haklarına kısıtlamalar getirilmesinin mümkün olduğunu, ancak bu kısıtlamaların resmi görevlerinin yerine getirilmesinde gerekli olmasının şart olduğunu ifade etmiştir.⁵¹ Bu kısıtlamaların, meşru bir amaca dayanması, yasal dayanağının olması ve demokratik bir toplum için gerekli nitelikte olması gerekmektedir.⁵² "Demokratik toplum" kavramının belirleyici özelliklerinin, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olduğunu ifade etmek mümkündür. Bu doğrultuda demokrasi, bir çoğunluğun görüşüne indirgenmemesi gereken, azınlıklara haklı bir davranış sağ-

⁵⁰ Korkusuz, s. 120-121.

⁵¹ 27 Mart 2007 tarihli Karaçay/Türkiye Davası, [http://hudoc.echr.coe.int/tur#{"itemid":\["001-121653"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{), E.T.: 10.6.2017; Özgür Heval Çınar, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Yeni Anayasa'da Sendikal Haklar Nasıl Düzenlenmeli?", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 36, 2012, s. 136.

⁵² Mesut Gülmez, "Sendikal Hakların Bölünmezliği", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2010/3, s. 19.

layan ve egemen bir konumun her türlü kötüye kullanımını önleyen bir denge gerektirdiği ifade edilmelidir. “Gereklilik” kavramı konusunda ise, esas alınması gereken ilkenin “orantılılık veya ölçülülük” olduğu ifade edilmelidir. Bu bağlamda, hakka getirilecek kısıtlamaların, güdülen meşru amaçla ölçülü olması gerekmektedir. Bu kapsamda ileri sürülen gerekçelerin ve kısıtlamaların ölçülü ve gerekli olup olmadığı AİHM tarafından değerlendirilecektir.⁵³ AİHM sendikal haklara ilişkin davalarda, başvurularda çeşitli kriterlere göre inceleme yapmaktadır. Bu bağlamda, öncelikle başvuranın hakkına bir müdahale olup olmadığını ele almaktadır. Eğer bir müdahale var ise, bu müdahalenin meşruiyetini öncelikle yasal dayanağı noktasında incelemektedir. Yasal dayanağı olan müdahalenin meşru bir amaç içerip içermediğini de saptadıktan sonra, bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliğini değerlendirme konusu yapmaktadır.

AİHM, Karaçay/Türkiye Davası’nda, başvurana iş yavaşlatma ve bırakma eylemine katıldığı gerekçesiyle, uyarı cezası verilmesinin hakka müdahale olduğunu ifade etmiştir. Başvurana verilen uyarı cezasının yasal dayanağının 657 sayılı DMK’nın 125/A hükmü olduğundan bahisle, bu müdahalenin yasal dayanağının bulunduğunu ifade etmiştir. AİHM, bu müdahalenin Sözleşme’nin 11. maddesinin ikinci paragrafı dahilinde meşru amaç güttüğünden şüphe duyulmadığını, ancak bu müdahalenin gerekli olup olmadığının tespitinin gerektiğini ifade etmiştir. Bu tespit kapsamında, AİHM başvurana verilen uyarı cezasının, her ne kadar “düşük” olsa da, kendisi gibi sendika üyesi kişilerin çıkarlarını savunmak amacıyla sendika üyelerinin grev ve eylemlere yasal olarak katılmamasına yönelik olarak caydırıcı bir müdahale niteliğine sahip olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak AİHM, başvurana verilen uyarı cezasının “demokratik bir toplumda gerekli olmadığı” sonucuna varmış ve Sözleşme’nin 11. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁵⁴ Karaçay/Türkiye davası, grev hakkı konusunda AİHM’nin emsal niteliğinde bir kararı olup, bu hak ile ilgili diğer davalarda genelde bu kararındaki değerlendirmelerine atıf yapmıştır.

AİHM, Satılmış ve Diğerleri/Türkiye Davası’nda, Sözleşme dü-

⁵³ Gülmez, “Dünyada Memurlar ...”, s. 189-190.

⁵⁴ Karaçay/Türkiye Davası, [http://hudoc.echr.coe.int/tur#{"itemid":\["001-121653"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{), E.T.: 10.6.2017.

zenlemesi kapsamında grev hakkı tanındığı ve tanımı konularına girmeden, başvuranların üç saat süreyle iş yavaşlatma eylemlerinin “topluy eylem” olarak değerlendirilebileceğini ifade etmiştir.⁵⁵ Bu değerlendirme, “topluy eylem” ile grev kavramlarının nitelendirmeleri arasındaki farklılığın hangi ölçütlere tabi olacağını çözümlenmesini gerektirmektedir. Bu soruna ilişkin olarak Balcı: “Buradaki temel ölçü, kanuni grev için gerekli formalitelerin yerine getirilmiş olmasıdır. Bu formaliteler yerine getirilmişse, grevin süresinin kural olarak bir önemi yoksa da, uygulamada bir grevin birkaç saat gibi kısa süreli olması pek rastlanır bir durum değildir... Olayda iç hukukta kamu görevlilerinin grev yapmasına ilişkin bir düzenleme mevcut olmadığından kanuni formalitelere uyulmaksızın yapılmış bu kısa süreli iş bırakmanın grev değil, bir topluy eylem olarak nitelenmesi daha doğrudur” şeklinde değerlendirmede bulunmuştur. Bununla beraber, yazar, kısa süreli iş bırakma şeklindeki dava konusu eylemin, AİHM tarafından “iş yavaşlatma” olarak nitelendirilmesini eleştirmiştir. Nitekim iş yavaşlatmayı; işi görmekle beraber, çalışanların çalışmayı bırakmaksızın, çalışmalarını yavaşlatmak suretiyle verimlerini düşürmesi olarak tanımlayan yazar, dava konusu olayda iş terki söz konusu olduğunu ifade etmiştir.⁵⁶ AİHM, bu davada başvuruyu değerlendirmeden önce sendikal haklarla ilgili ilkelerden söz etmiştir. Mahkeme, Sözleşme düzenlemesinde yer alan “çıkartmalarını korumak için” ifadesinin sendikanın topluy eylem yoluyla sendika üyelerinin meslek çıkartmalarını savunma özgürlüğünün güvence altına alındığını belirtmiştir. Bununla beraber AİHM, grev yapma hakkının madde metninde açıkça ifade edilmemesine rağmen, bu hakkın en önemli sendikal haklardan biri olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, başvuranların üç saat süreli iş yavaşlatmaları sonucu sebep oldukları zararın 657 sayılı DMK’nın 12/2 hükmü⁵⁷ uyarınca kendilerinden tahsil edilmesinde yasal dayanak olduğunu belirtmiştir. AİHM, söz konusu zararın başvuranlardan tahsil edilmesini, “başvuranların sivil sorumluluğu” olarak adlandırmıştır. Mahkeme, meşru amaç konusunda, kamu hizmetinin

⁵⁵ 17 Temmuz 2007 tarihli Satılmış ve Diğerleri/Türkiye Davası, Özersin, Serdar/Ruhi, Ahmet Cemal, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Kararları (1995-2011), Adalet Yayınevi, Ankara 2012 s. 1147.

⁵⁶ Balcı, s. 230-231.

⁵⁷ 657 sayılı Kanun’un 12/2 düzenlemesi : “Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır.” şeklindedir.

sağlıklı bir şekilde yürütülmesini kesintiye uğratabilecek karışıklıkların engellenmesi amacı güdüldüğü için, söz konusu tedbirin kamu düzeninin korunması gibi meşru bir amaca hizmet ettiğini tespit etmiştir. AİHM, iş yavaşlatma eyleminin, başvuranların üyesi olduğu sendika tarafından düzenlendiğini ve yetkililere eylem öncesinde haber verildiğini belirterek eylemin barışçıl toplantı yapma özgürlüğü kapsamında olduğunu ifade etmiştir. Sonuç olarak AİHM, müdahale ile meşru amaç arasındaki orantılılık hususunda, hükümetin sendikaların başka barışçıl yollarla memurların çıkarlarını koruma hakkına sahip olmadığı konusunda herhangi bir açıklama yapmadığını belirtmiş ve başvuranların sivil sorumluluklarının “*demokratik bir toplumda gerekli olmadığı*” sonucuna varmıştır.⁵⁸

AİHM, Urcan ve Diğerleri/Türkiye Davası’nda, başvuranların bir günlük ulusal greve katılmaları sonucu adli para cezası verilmesinin, toplanma özgürlüğüne karşı bir müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, bu para cezasının 756 sayılı TCK’nın 236. maddesi⁵⁹ uyarınca verildiği belirterek, müdahalenin yasal dayanağının bulunduğunu da ifade etmiştir. AİHM, meşru amaç hususunda söz konusu müdahalenin meşru bir amaç taşıdığından şüphe duyduğunu belirterek, gereklilik konusunda vardığı sonuca göre başvuruyu değerlendirmeye karar vermiştir. AİHM, başvuranların şiddet eylemlerinde bulunmadığı için yetkili makamların bu gibi barış yanlısı toplanmalara karşı hoşgörüsüyle yaklaşması gerektiğini ifade etmiştir. Başvuranlara uygulanan yaptırımlar, yasal olarak grev hakkını kullanmak isteyen sendika üyelerini ve diğer kişileri caydırma amacı güttüğü için, bu yaptırımların “*demokratik bir toplum için gerekli olmadığı*” sonucuna ulaşmıştır.⁶⁰

⁵⁸ Satılmış ve Diğerleri/Türkiye Davası, Özersin/Ruhi, s. 1149-1150.

⁵⁹ 765 sayılı (mülga) TCK’nın 236. maddesi: “Devlet memurlarından üç veya daha ziyade kimse evvelce aralarında vakı olan karar ve ittifaka binaen usul ve nizam hilafına memuriyetlerini terk ederlerse her biri otuz liradan yüz elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye ve muvakkaten memuriyetten mahrumiyete mahkûm olurlar. Bu hareketlerinden devletçe bir zarar hasıl olmuş ise zararın derecesine göre bunlardan her biri üç aydan beş seneye kadar hapis olunur.” şeklindedir.

⁶⁰ AİHM, toplanma özgürlüğü ve demokratik toplum ile ilgili olarak bu davada: “... toplanma özgürlüğü demokratik bir toplumun temel değerlerinin bir parçasıdır. Demokrasinin esasında meselelerin halka açık olarak tartışılarak çözümlenmesi yeteneği bulunmaktadır. Şiddete teşvik etme ve/veya demokratik ilkelerin reddi söz konusu olmadığı sürece, toplanma ve ifade özgürlüğü çerçevesinde dile

AİHM, Demir ve Baykara/Türkiye Davası'nda belediye memuru olarak görev yapan başvuranların Sözleşme'nin 11. maddesinde yer alan güvencelerden yaralanıp yararlanmadıkları hususunda bir değerlendirme yapmıştır. Zira Sözleşme'nin 11/2 hükmü uyarınca devletin gerekli olduğunda *"silahlı kuvvetler, polis veya devletin idare mekanizmasında görevli memurlar"* söz konusu ise, yasal kısıtlamalar getirebileceği ortadadır. AİHM, söz konusu hüküm uyarınca sayılan üç gruba uygulanan kısıtlamaların dar yorumlanması ve dolayısıyla söz konusu hakların kullanılmasıyla sınırlı olması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, bu kısıtlamaların örgütlenme hakkının özüne dokunmaması gerektiğini de eklemiştir. Mahkeme, bu kısıtlamaların meşruiyetinin ispatının devletin yükümlülüğünde olduğunu belirterek, devletin idare mekanizması ile alakası olmayan belediye memurlarına, kural olarak *"devletin idare mekanizmasının görevlileri"* olarak muamele edilemeyeceğini ve bu bağlamda örgütlenme ve sendika kurma haklarına bir kısıtlama yapılamayacağına karar vermiştir.⁶¹

AİHM, Enerji Yapı-Yol Sen/Türkiye Davası'nda, grev hakkı ile ilgili olarak *"Bir sendikaya sesini duyurma imkanı sağlayan grev, sendika üyelerinin çıkarlarının korunmasında üyeler açısından önemli bir unsurdur. AİHM, ILO'nun denetim organları tarafından, grev hakkının, sendika özgürlüğü ve sendikalaşma hakkının korunmasına ilişkin ILO'nun 87 sayılı Sözleşmesi ile güvence altına alınan sendikal örgütlenme hakkının ayrılmaz bir parçası olarak kabul edildiğini kaydetmektedir. AİHM, Avrupa Sosyal Şartı'nın da grev hakkını, toplu görüşme hakkının etkin işleyişini sağlamaya yönelik bir yöntem olarak kabul ettiğini hatırlatmaktadır"* şeklinde değerlendirmeye yapmıştır. AİHM bu değerlendirmenin ardından, başvuru konusu müdahalenin yasallığı hususunda, *"yasa ile öngörülme"* ifadesinin, öncelikle müdahalenin iç hukukta dayanağının olmasını gerektirdiğini

getirilen bazı görüşler veya kullanılan ifadeler yetkili makamların gözünde kabul edilemez veya şok edici veya ileri sürülen talepler gayrimeşru olsalar dahi, ifade ve toplanma özgürlüğünü ortadan kaldırmaya yönelik önleyici nitelikteki radikal tedbirler demokrasiye hizmet etmez, hatta tehlikeye düşürür. Hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik bir toplumda, yerleşik düzene karşı çıkan ve barışçı yöntemlerle hayata geçirilmesi savunulan siyasi düşüncelerin toplanma özgürlüğü veya başka yasal yollarla dile getirilebilmesine olanak tanınmalıdır." şeklinde değerlendirmede bulunmuştur. 17 Temmuz 2008 tarihli Urcan ve Diğerleri/Türkiye Davası, Özersin/Ruhi, s. 1939-1941.

⁶¹ 12 Kasım 2008 tarihli Demir ve Baykara/Türkiye Davası, par. 96-97, [http://hudoc.echr.coe.int/tur#{"itemid":\["001-89558"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{), E.T.: 10.6.2017.

belirtmiştir. Mahkeme, “yasa” kavramının şeklen değil, özü itibariyle algılanması gerektiğini ve yasa terimine yetkili merciler tarafından yasayla kendilerine verilen yetkiye dayanarak düzenlenen “yasalardan alt” düzeydeki metinleri de eklediğini ifade etmiştir. Dolayısıyla AİHM, müdahalenin dayanağı olan 1996/21 sayılı genelgenin yasal temel oluşturduğuna karar vermiştir. AİHM, söz konusu genelgenin tüm memurlara mutlak şekilde grevi yasaklayan ifadeler içerdiğini belirterek, bu genelgenin Sözleşme’nin 11/2 hükmünde yer alan meşru amaçların gerekleri ile dengelenmediğini belirtmiştir. AİHM, bu genelgeye dayanılarak katılanların disiplin cezasına çarptırılmasının, hakka bir müdahale niteliğinde olduğunu da kabul etmiştir. Mahkeme, bu disiplin cezalarının üyelerinin çıkarlarını savunmak amacıyla greve katılmak isteyen sendika üyeleri ile diğer kişiler açısından “*çaydırıcı*” nitelikte olduğu için, bu kısıtlamaların “*demokratik bir toplumda gerekli olmadığı*” sonucuna ulaşmıştır. AİHM, sonuç olarak bu genelgenin kabul edilmesinin ve uygulanmasının “*zorlayıcı bir sosyal gereksinimi*” karşılamadığı ve dolayısıyla Sözleşme’nin 11. maddesinde yer alan haklara orantısız bir müdahale olduğundan dolayı, maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶²

AİHM, Kaya ve Seyhan/Türkiye Davası’nda, başvurulara bir günlük ulusal eyleme katılmalarından dolayı “uyarı” cezası verilmesinin dernek kurma ve toplantı özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Mahkeme, bu uyarı cezasının 657 sayılı DMK’nın 125/A hükmü uyarınca verildiğini ifade ederek müdahalenin yasal bir temeli olduğunu kabul etmiştir. AİHM, Karaçay/Türkiye ve Enerji Yapı-Yol Sen/Türkiye kararlarına da atıfta bulunarak, dava konusu müdahalenin meşru bir amaç taşıdığından şüphe duyduğunu belirtmiş, bu müdahalenin gerekliliğini değerlendirmeye karar vermiştir. AİHM, bu davada da, söz konusu bir günlük eylemin bir gün önceden ulusal düzeyde bildirildiğini ve ilgili makamlarca yasaklanmadığını ifade ederek, bu eylemin barışçıl toplantı özgürlüğü hakkı kapsamında olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, verilen uyarı cezasının her ne kadar “*çok küçük*” olsa da, sendika üyelerinin çıkarlarını korumak için meşru grev ya da eylem günlerine katılmaktan vazgeç-

⁶² 21 Nisan 2009 tarihli Enerji Yapı-Yol Sen/Türkiye Davası, Özersin/Ruhi, s. 629-631

recek nitelik taşıdığını belirterek, bu cezaların “*acil bir sosyal ihtiyaca*” tekabül etmediğine ve dolayısıyla “*demokratik bir toplumda gerekli olmadığına*” karar vermiştir.⁶³

AİHM, her ne kadar söz konusu kararlarında sendikal haklar lehine kararlar vermiş olsa da, 1970li yıllarda vermiş olduğu kararlarda “*katı sözelci*” bir yaklaşım ile değerlendirme yapmış ve bu yaklaşımını da Avrupa Sosyal Şartı ile desteklemeye gayret etmişti. Ancak yakın zamanda artık, kamu görevlilerinin grev hakkına karşı çıkan bu yaklaşımın Sözleşme çerçevesinde de hukuksal bir dayanağı kalmamıştır.⁶⁴ Değinilen kararlardan da anlaşılacağı üzere, dava konusu işlemlerde hak ihlali tespit edilmiş olmasının en yaygın sebebi, sendikal haklara yapmış olduğu müdahalelerin “*demokratik bir toplumda gerekli olmadığı*” gerekçesine dayanmasıdır. Nitekim söz konusu “*demokratik toplumda gereklilik*” koşulunun temelinde yatan düşünce, insan hakları alanında temel kuralın “*kısıtlama*” değil, “*hak ve özgürlük*” olduğu gerçeğidir.⁶⁵ AİHM’nin, Türkiye aleyhine vermiş olduğu kararlarda göz çarpan bir diğer husus, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası düzenlemelerin, henüz Türk hukukunda içselleştirilememiş ve uygulanabilir bir yargılama hukukunun henüz oluşmamış olmasıdır. Zira, hâlâ Türk hukukunda, temel hak ve özgürlüklerin korunması ile ilgili uluslararası düzenlemeler ve AİHM içtihatları yeterince dayanak alınmamaktadır. AİHM içtihatlarının ve Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası düzenlemelerin, Türk hukukunda uygulanması gereken kurallar olarak kabul edilmesi, demokratik toplum düzenine uygun bir yargılama hukuku ve temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından önem arz etmektedir.⁶⁶ AİHM’nin bu kararları, kamu görevlilerinin sendikalaşma istemlerinin somutlaştığı yıllardan beri, sendikaların üyelerinin ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak ve geliştirmek amacıyla başvurduğu kısa süreli barışçıl toplu eylemlerin Sözleşme güvencesinde olduğunu yinelemesi açısından olumlu ve önemlidir. Zira bu bağlamda, bir sendikal hak olan toplu eylem hakkının içeriği somutlaştırılmıştır.⁶⁷

⁶³ 15 Eylül 2009 tarihli Kaya ve Seyhan/Türkiye Davası,

⁶⁴ Gülmez, “Sendika Hakkı ...”, s. 146.

⁶⁵ Gülmez, “Sendikal Hakların Bölünmezliği”, s. 19.

⁶⁶ Çınar, s. 146; Gülmez, “Sendika Hakkı ...”, s. 165-166.

⁶⁷ Gülmez, “Sendika Hakkı ...”, s. 165.

AİHM, içtihatlarından da anlaşılacağı üzere, grev hakkı Sözleşme'nin 11. maddesi güvencesi kapsamında olan bir hak olup, sendika üyelerinin çıkarlarının korunmasının gereği olan bölünmez olan haklardandır. Türkiye, bu anlamda, birbirinin ayrılmaz parçasını oluşturan sendikal hakların etkin kullanımını engellememeli, aksine kullanılmasını sağlayıcı ve yaygınlaştırıcı olumlu adımlar atma yükümlülüğünü yerine getirmelidir.⁶⁸

2- Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı

Sendikal haklar Anayasa'nın 51-54. maddelerinde düzenlenmiş olup, kamu görevlilerinin sendika kurma hakkı 51. maddenin beşinci fıkrasında "İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir." şeklinde yer almaktadır. 51. maddenin ilk fıkrası, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği öncesinde işçilere sendika kurma hakkı tanımış iken, bu değişiklik sonrasında sendika kurma hakkı "*çalışanlara*" tanınmıştır. Bu değişiklik neticesinde, 1961 Anayasası'nın ilk metninde olduğu gibi sendika hakkının öznelere işçilerden çalışanlara dönüştürülmüştür. Ancak, 51. maddenin beşinci fıkrasında görüldüğü üzere, yine 1961 Anayasası'nda olduğu gibi, sendikal haklar açısından çalışanlar arasında ayırım gözetme ve kamu görevlilerinin sendikal haklarının kısıtlı düzenlenmesi konusunda yasa koyucuya yetki verilmesi sağlanmıştır.⁶⁹ Bununla beraber grev hakkını düzenleyen, "*Grev hakkı ve Lokavt*" başlıklı 54. maddede "*çalışanlar*" değil de, "*işçiler*" ifadesi kullanılmıştır. 1995 yılında yapılan Anayasa değişikliğinde, her ne kadar verilen kanun teklifinde grev hakkının "*çalışanlara*" tanınması öngörülmüş olsa da, bu teklif Anayasa Komisyonu'nda hakkın "*işçilere*" tanınması yönünde değiştirilmiştir. Bu değişikliğin gerekçesi ise, memurların statü hukukuna bağlı olmaları ve bu hakkın memurlara tanınmasını sağlamanın Türk toplumunun yapısına uygun olmadığı düşüncesidir.⁷⁰ Nitekim, eski

⁶⁸ Gülmez, "Sendikal Hakların Bölünmezliği", s. 50.

⁶⁹ 2001 yılında yapılan Anayasa Değişikliği, sendikal hakların kişiler yönünden uygulama alanını genişletmesi yönüyle olumlu bir adım olsa da, değişikliğin olumlu anlamda bir katkısı bulunmamaktadır. Değişikliğin eleştirisi hakkında bkz. Gülmez, "Uyum Düzenlemeleri ...", s. 259-261.

⁷⁰ "...Her ne kadar grev de her sosyal faaliyet gibi siyasi iktidar mücadelesini etkiler ise de, grevin işçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkiyi düzenleme amacı dışında

düzenleme zamanında sendika kurma hakkına ilişkin olarak da, “*çalışanlar*” ifadesi yerine “*işçiler*” ifadesinin kullanılmış olmasından dolayı, kamu görevlilerine sendika hakkı tanınamayacağı ve hatta sendika hakkının yasaklanmış olduğu ileri sürülmekteydi. Aralarında politikacıların, sendika uzmanlarının ve akademisyenlerin de bulunduğu bu görüşün gerekçesi, Anayasal düzenlemedeki “*işçiler*” ifadesi olup, bu görüşün temelsiz olduğu yargı kararlarıyla ortaya konmuştur.⁷¹ Dolayısıyla, grev hakkını içeren Anayasal düzenlemede, “*işçiler*” ifadesinin kullanılmış olması, kamu görevlilerinin grev hakkının yasaklanmış olduğunu ifade etmemektedir. Zira mevcut Anayasal düzenleme, işçilerin grev hakkını anayasal güvence altına almıştır. Kamu görevlilerinin grev hakkının Anayasal güvence altında olmaması, bu hakkın yasaklandığı anlamına gelmemektedir.⁷² Bu noktada doktrinde “*isimsiz hürriyetler veya sayılmamış hürriyetler*” kavramına değinmek yararlı olacaktır. Anayasa, kanunlar, yönetmelikler vb. pozitif hukuk metinlerinde açıkça düzenlenmemiş bulunan hak ve özgürlükler “*isimsiz hürriyetler*” olarak ifade edilmektedir. Zira, insanlara tanınabilecek tüm hak ve özgürlüklerin pozitif hukuk kurallarında yer alması mümkün değildir. Her insan fiili için, serbest hareket etme gücü yani özgürlük tanınabileceği için hak ve özgürlüklerin sınırsız olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Dolayısıyla, bu sınırsız olan hak ve özgürlüklerin tamamının Anayasa, kanunlar, yönetmelik vb. pozitif hukuk kuralları ile tanınması mümkün değildir. Pozitif hukuk metinlerinde yer almayan hak ve özgürlüklerin reddedilmiş veya dışlanmış haklar ve özgürlükler olarak görülemez. GÖZLER, bu hususta “... insanlar, insan olmaktan dolayı hak ve hürriyet sahibidir. Hürriyet asıl, hürriyetin devlet tarafından askıya alınması veya sınırlandırılması istisnadır. Dolayısıyla, bazı

bir amaç taşımasını meşrulaştırmak, Türk toplumunun bugünkü yapısı bağlamında mümkün değildir. Bu mülahaza, sadece grev için değil, aynı zamanda lokavt için de geçerlidir. Görülü yor ki, Teklifin öngördüğü bu değişikliğin memurlara ve işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerine grev hakkı tanınmasının ötesinde, işverenler ve işçiler arasındaki ilişkilerin çalışma barışını vahim ölçüde bozucu etkileri olabilecektir.” *TBMM Tutanak Dergisi*, Dönem: 19, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 861, Adalet Komisyonu Raporu, s. 28, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/TBMM/d19/c088/tbmm19088123ss0861.pdf>, E.T.: 5.6.2017.

⁷¹ Mesut Gülmez, “Anayasa Değişikliği ve Memur Sendikacılığı”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 28, Sayı: 4, 1995, s. 27.

⁷² Nitekim, örneğin; 657 sayılı Kanun’un 27. maddesi değiştirilerek kamu görevlilerine grev hakkı tanıyacak bir düzenleme Anayasa’ya aykırı olmayacaktır. Gülmez, “Anayasa Değişikliği...”, s. 39-40, 43.

hürriyetlerin pozitif hukuk metinleri tarafından tanınması ve sayılması, o metinlerde sayılmayan hak ve hürriyetlerin reddedildiği anlamına gelmez.” şeklinde değerlendirme yapmıştır.⁷³

Doktrinde, 1982 Anayasası, sosyal haklara ilişkin yaklaşımı açısından, aşırı tepkici, ayrıntıcı, baskıcı ve yasakçı olmasından dolayı eleştirilmiştir. Nitekim, 1982 Anayasası'nın işveren isteklerine anayasal dayanak ve güvence sağlayan bir belge olması yönüyle, anti-sosyal ve anti-sendikal bir anayasa olduğu ifade edilmiştir.⁷⁴ 1982 Anayasası ayrıca, bu ayrıntılı hükümleri ile yasa koyucunun hareket alanını önemli ölçüde kısıtladığı ve ILO belgelerine uyumsuz düzenlemeler içerdiği için eleştirilmiştir.⁷⁵ Nitekim, 1992 yılında Anayasa'nın 51. maddesinin kamu görevlilerini de içerecek derecede geniş bir şekilde yorumlanmasının mümkün olup olmadığına ilişkin olarak Danıştay'dan danışma görüşü istenmiştir.⁷⁶ Danıştay 1. Dairesi, bu talebe cevaben şu görüşe yer vermiştir: “...Anayasa'nın 51. Maddesinde kamu görevlilerinin sendika ve üst kuruluş kurma konusunda bir düzenleme yer almamış olmakla birlikte Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)nün Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 sayılı Sözleşme (1948 Sözleşmesi) ile Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunmasına ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin 151 sayılı Sözleşmenin onaylanarak, kamu görevlileri de dahil olmak üzere herkese sendika hakkı kurma

⁷³ Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, II. Cilt, Ekin Yayınevi, 1. Baskı, Bursa 2011, s. 523-525.

⁷⁴ Gülmez, 1961 Anayasası'nın gerekçesinin “Sosyal devlet, fertlere yalnız klasik hürriyetleri sağlamakla yetinmeyip, aynı zamanda onların insan gibi yaşamaları için zaruri olan maddi ihtiyaçlarını karşılamalarını da kendisine vazife edinen bir devlettir. Zamanımızın devleti, refah devleti, iktisaden zayıf olan kişileri bilhassa işleri bakımından başkalarına tabi olan işçi ve müstahdemleri, her türlü dar gelirli ve yoksul kimseleri himaye edecektir.” bölümüne binaen, 1961 Anayasası'nın insan haklarının bölünmezliği, bütünselliği ve karşılıklı bağımlılığı ilkesini çarpıcı ve açık şekilde ifade ettiğini belirtmiştir. 1982 Anayasası'nın sosyal haklar açısından ayrıntılı eleştirisi hakkında bkz. Mesut Gülmez, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı Bildirisi, Türkiye Barolar Birliği 2001, s. 142-148.

⁷⁵ Kutal, “Uluslararası Çalışma Normları ...”, s. 325; Gülmez, “Sendikal Haklar ...”, s. 51.

⁷⁶ Hatırlanacağı üzere Anayasa'nın 51. maddesi kapsamında sendikal hakların “çalışanlara” tanınması 2001 yılındaki 4709 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun” ile yapılan Anayasa değişikliği ile mümkün olmuştur. Danışma görüşünün talep edildiği 1992 yılında söz konusu hak madde metni uyarınca “işçilere” tanınmış bulunmaktaydı. Söz konusu Anayasa değişikliği metni ve gerekçesi için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d21/2/2-0803.pdf>, E.T.: 13.6.2017.

hakkı tanınmasına ve konunun yasal olarak düzenlenmesine Anayasal bir engel bulunmadığı görüşüyle ...” Danıştay aynı kararında, Anayasa’nın 51. madde metninde sendika kurma hakkının yalnızca işçilere tanındığı anlamını içeren bir ifade olmadığını, Anayasa’nın bütünü incelendiğinde kamu görevlilerinin sendikal haklarını yasaklayan bir hüküm yer almadığını ve ayrıca bir hakkın Anayasa’da yer almamış olmasının yasayla tanınmasına engel olmayacağını ifade etmiştir.⁷⁷ Dolayısıyla, Danıştay’ın 1992 yılındaki bu görüşünde belirttiği üzere, bir hakkın Anayasa’da düzenlenmemiş olması, bu hakkın yasaklandığı anlamına gelmemektedir. Nitekim bir hakkın mevcudiyetini Anayasa’da yer alması doğrultusunda Anayasal güvence altında olması değil, bu hakkın çağdaş insan hakları alanında kabul edilmiş olması sağlamaktadır.

Uluslararası hukukta sendikal haklara ilişkin olarak yer alan kuralların Türk Hukukundaki yeri de ele alınmalıdır. Anayasa’nın “Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma” başlıklı 90. maddesinin beşinci fıkrası “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*” şeklindedir. Dolayısıyla sendikal haklar da temel insan haklarına dahil olduğuna göre, dayanağını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ILO Sözleşmeleri’nden alan kamu görevlilerinin grev hakkının da dahil olduğu sendikal hakların yasal bir hak olduğunu ifade etmek gerekmektedir.⁷⁸ 87 sayılı ILO Sözleşmesi yanında, bu sözleşme maddeleri kapsamında yorum, inceleme, değerlendirme ve denetim yapan ILO Denetim organlarının kararları

⁷⁷ “...Yurttaşların bütün haklarının Anayasada bir bir sayılmasına olanak bulunmadığı gibi buna gerek de yoktur. Esasen Anayasalar, temel hak ve özgürlükleri belirtmek ve bunları anayasal güvenceye bağlamakla yetinir. Anayasada yer almayan diğer hakların konusu, kapsamı ve kullanım biçimi yasalarla düzenlenir. Yukarıda da değinildiği gibi kamu görevlilerinin sendikal örgütlenmesini yasaklayan bir hüküm Anayasada yer almadığına göre bu hususun kanunla düzenlenmesinde Anayasaya aykırılık söz konusu olamaz. Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin asli yetkisi olan yasama işlevini yerine getirirken Anayasaya uygunlukla birlikte insan haklarının bugünkü evrensel boyutunu, Türkiye Cumhuriyeti’nin uluslararası ilişkilerini ve yüksek çıkarlarını da gözetecektir.” Danıştay 1. Daire, E: 1992/136, K: 1992/147, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemci-Web/>, E.T.: 11.6.2017.

⁷⁸ Gülmez, “Dünyada Memurlar ...”, s. 221.

da AİHM kararları gibi, Türk Hukukunda etkilidir. Zira ILO organlarının kararları ile AİHM kararları arasında yargısal nitelikleri dışında herhangi bir fark olmayıp, çatışma sorunlarının çözülmesinde “uluslararası andlaşmaların esas alınması” açısından ayırım gözetilmemesi gerekmektedir.⁷⁹ Nitekim, 87 sayılı Sözleşme’nin grev hakkını sadece işçilere değil, tüm çalışanlara tanıdığı göz önüne alındığında, Türk hukuku kapsamında kamu görevlilerinin grev hakkı kapsamı dışında bırakılması uluslararası hukuk kurallarına aykırı olacaktır.⁸⁰

Avrupa Birliği, Türkiye’ye ilişkin 2000 yılı İlerleme Raporu’nda çok sayıda çalışan kamu görevlisinin sendikal haklarının kısıtlandığını belirtmiştir. 2001 yılı Raporu’nda ise, Türk ulusal mevzuatında kamu görevlilerinin sendikal hakları bağlamında toplu pazarlık ve grev haklarına yer verilmediği, ayrıca polis, hakim ve savcılar gibi kamu görevlisi kesimlerinin sendikal haklardan yararlanmadığı ifade edilmiştir. 2002 yılı Raporunda da, kamu görevlilerinin grev hakkından yoksun bırakıldıkları ve sendikaların örgütlenme özgürlüğü ve grev hakkı konusunda kısıtlamalar bulunduğu vurgulanmıştır. Raporda ayrıca, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu’nun⁸¹, Türkiye’nin onayladığı ILO Sözleşmelerine aykırı olduğu, kamu görevlilerinin örgütlenme haklarına ilişkin önemli kısıtlamalar içerdiği ve özellikle grev hakkını dışlayan sınırlayıcı kurallar barındırdığı ifade edilmiştir.⁸² Ayrıca, 2000-2004 yılı İlerleme Raporlarına yansıyan diğer saptamalar, başta grev hakkı olmak üzere sendikal haklar üzerinde baskılar olması, Türk hukukunda ILO normlarına uyumun tam olarak sağlanamaması ve Avrupa Sosyal Şartı’nın sendikal haklara ilişkin olan 5 ve 6. maddelerinin hala onaylanmamış olmasıdır.⁸³

⁷⁹ Gülmez, “Anayasa Değişikliği Sonrasında ...”, s. 159; Gülmez, “İnsan Hakları ...”, s. 77; Gülmez, “Sendikal Haklar ...”, s. 40.

⁸⁰ Kutal, “Uluslararası Çalışma Normları ...”, s. 333; Gülmez, “Sendikal Haklar ...”, s. 49.

⁸¹ 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu, R.G. Tarih: 12.7.2001, Sayı: 24460.

⁸² Avrupa Birliği’nin Türkiye’ye ilişkin ilerleme raporlarının değerlendirilmesi hakkında bkz. Gülmez, Mesut, Avrupa Birliği Hukukunda Sendikal Haklar ve Türkiye’nin Uyum Sorunu, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 23-24, 2001-2002, s. 10-16; Ünal, s. 158-161; Ayrıca 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu’nun uluslararası düzenlemelere aykırılıkları ve eleştiri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gülmez, “Aykırılıklarla Dolu ...”, s. 1-21.

⁸³ Gülmez, “Sendikal Haklar ...”, s. 44-46.

Kamu görevlilerinin grev yapmasına ilişkin olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 260. maddesinde "Kamu görevinin terki veya yapılmaması" başlıklı bir suç yer almaktadır. Söz konusu düzenleme: "(1) Hukuka aykırı olarak ve toplu biçimde, görevlerini terk eden, görevlerine gelmeyen, görevlerini geçici de olsa kısmen veya tamamen yapmayan veya yavaşlatan kamu görevlilerinin her biri hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir. Kamu görevlisi sayısının üçten fazla olmaması halinde cezaya hükmolunmaz.

(2) Kamu görevlilerinin mesleki ve sosyal hakları ile ilgili olarak, hizmeti aksatmayacak biçimde, geçici ve kısa süreli iş bırakmaları veya yavaşlatmaları halinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza da verilmeyebilir" şeklindedir.⁸⁴

Devlet memurlarının grev yapması ve toplu eylemlere katılması 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 26 ve 27. maddeleri kapsamında yasaktır. "Toplu eylem ve hareketlerde bulunma yasağı" başlıklı 26. maddeye göre "Devlet memurlarının kamu hizmetini aksatacak şekilde memurluktan kasıtlı olarak birlikte çekilmeleri veya görevlerine gelmemeleri veya görevlerine gelipte Devlet hizmetlerinin ve işlerinin yavaşlatılması veya aksatılması sonucunu doğuracak eylem ve hareketler bulunması yasaktır.", "Grev yasağı" başlıklı 27. maddeye göre ise "Devlet memurlarının greve karar vermeleri, grev tertiplemeleri, ilan etmeleri, bu yolda propaganda yapmaları yasaktır. Devlet memurları, herhangi bir greve veya grev teşebbüsüne katılamaz, grevi destekleyemez veya teşvik edemezler" şeklindedir. Bu doğrultuda disiplin suçlarının düzenlendiği 125. madde kapsamında, özürsüz olarak göreve gelmemek şeklindeki fiillere disiplin cezası verileceği öngörülmüştür. Bu bağlamda, özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmeme durumunda aylıktan kesme cezası, 3-9 gün göreve gelmeme durumunda kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ve özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmeme durumunda ise devlet memurluğundan çıkarma cezası verileceği düzenlenmiştir. Her ne kadar bu düzenleme ilk bakışta grev hakkıyla ilişkiz gibi düşünülse de, uygulamada greve katılan memurların özürsüz olarak göreve gelmedikleri şeklinde bir değerlendirme mevcuttur. Bununla beraber, 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinde "...iş yavaşlatmak ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak göreve gelme-

⁸⁴ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, R.G. Tarih: 12.10.2004, Sayı: 25611.

mek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımında bulunmak" devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiiller arasında sayılmıştır. 657 sayılı Kanun'un 27. maddesinde yer alan genel ve kesin nitelikli grev yasağı ile 125. maddesi uyarınca grev yasağının devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla yaptırıma bağlanması, başta Avrupa Birliği düzenlemeleri olmak üzere, uluslararası düzenlemelere aykırıdır.⁸⁵ 87 sayılı ILO Sözleşmesi ve Sözleşme metninin yorumlanmasını ve uygulanmasını denetleyen ILO Denetim organlarının kararlarına göre, grev hakkı ilke olarak tüm çalışanlar için güvenceye alınmıştır. Dolayısıyla 657 sayılı DMK ile 5237 sayılı TCK'da yer alan grev yasağına ilişkin hükümlerin değiştirilmesi, Türkiye'nin uluslararası yükümlülüklerinin bir gereğidir.⁸⁶

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya ilişkin Tayfun Cengiz Başvurusu'na ilişkin kararında, başvuranın üyesi olduğu sendikanın tüm Türkiye'de yaptığı göreve gelmeme çağrısına katılarak görevine gelmediği için mazeretsiz olarak göreve gelmediği gerekçesiyle hakkında verilen uyarma cezasının iptali talebini değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında, AİHM'in yaptığı inceleme ile aynı sistemle değerlendirme yapmıştır. Bu doğrultuda, başvurana verilen disiplin cezasını sendika hakkına yönelik bir müdahale olarak kabul etmiştir. Söz konusu müdahalenin kanunilik ölçütünü 657 sayılı DMK'nın 26. maddesi ile 125. maddesinin karşıladığını belirten Mahkeme, sendika üyelerinin idarenin olağan uygulaması ile idari yargının yerleşmiş içtihatlarında sendikal faaliyet dahilinde göreve gelmemesi halinde kişinin mazeret iznini kullandığının kabul edildiğine ve disiplin soruşturması açılmadığına değinmiştir. Mahkeme son olarak, AİHM'in Kaya ve Seyhan/Türkiye ve Karaçay/Türkiye kararlarına da atıfta bulunarak, söz konusu uyarı cezası her ne kadar hafif bir ceza olsa da, *"toplumsal bir ihtiyaç baskısına tekabül etmemesi"* ve *"demokratik bir toplumda gerekli olmadığı"* sonucuna vararak, başvurucunun sendika hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁷ Anayasa Mahkemesi'nin grev

⁸⁵ Gülmez, "AB Hukukunda ..." , s. 23; Gülmez, "Uyum Düzenlemeleri ..." , s. 270; Gülmez, "Sendikal Haklar ..." , s. 51; Gülmez, "Dünyada Memurlar ..." , s.186.

⁸⁶ Gülmez, "Aykırılıklarla Dolu ..." , s. 15; Gülmez, "Uyum Düzenlemeleri ..." , s. 267.

⁸⁷ "... Gerek idarenin olağan uygulamasında ve gerekse de idari yargının yerleşmiş içtihatlarında başvuru konusu olayda olduğu gibi sendikal faaliyet çerçevesinde işe gelmemesi halinde mazeret iznini kullandığı kabul edilmekte ve disiplin

hakkının ihlal edildiğine ilişkin diğer bireysel başvurularda “emsal” niteliğinde kullandığı bu karar, ILO Sözleşmeleri, Avrupa Sosyal Şartı ve AİHM içtihatlarına atıfta bulunması açısından da oldukça önemli bir karardır. Ayrıca Danıştay da bazı kararlarında AİHM’nin Kaya ve Seyhan Türkiye kararı ile Anayasa Mahkemesi’nin bu kararına atıf yapmak suretiyle, bağlı olduğu sendikanın aldığı karar uyarınca iş bırakma eylemine katılan davacıların, göreve gelmeme eyleminin “*sendikal faaliyet*” kapsamında kabul edilmesi gerektiği değerlendirilmesinde bulunarak, davacıların bu fiillerden dolayı almış olduğu disiplin cezalarının hukuka uygun olmadığına karar vermiştir.⁸⁸

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 2013 yılında verdiği bir kararda davacının üyesi olduğu sendikanın kararına uyararak bir gün göreve gelmemesinden dolayı 657 sayılı DMK’nın 125/C-b hükmü uyarınca aylıktan kesme cezası ile cezalandırılması işleminin iptalini incelemiştir. Bu inceleme sonucunda Mahkeme, Anayasa’nın 90. maddesine, dolayısıyla AİHS’nin 11. maddesine ve AİHM’nin Kaya ve Seyhan/Türkiye kararına da atıfta bulunarak, davacının sendikal faaliyet gereği göreve gelmeme eyleminin “*özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek*” fiili kapsamında değerlendirilemeyeceği ve sendikal faaliyet kapsamında bir gün göreve gelmemek fiilinin mazeret olarak sayılması gerektiğinden verilen cezayı hukuka aykırı bulmuştur.⁸⁹ Nitekim Danıştay 12. Dairesi’nin de bazı kararlarında, AİHM’nin

soruşturması açılmamaktadır. Ne var ki sendika üyelerinin sendikal faaliyet kapsamında işe gelmemeleri halinde mazeret izinli sayılacakları yönündeki yerleşik hale gelen idari yargı içtihatlarına rağmen, idarenin ve yargının bir bütün olarak yuknesak hareket etmesini sağlayacak mevzuat düzenlemeleri bulunmamaktadır. Bu sebeple mevcut başvurudaki gibi durumlarda sendika hakkını kullanan kişilerin disiplin soruşturması tehdidi altında kaldıklarını not etmek gerekir.” AYM, Tayfun Cengiz Başvurusu, Karar Tarihi: 18.9.2014, par. 40-63, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> , E.T.: 11.6.2017.

⁸⁸ “...Davacının üyesi bulunduğu sendikanın ve sendikanın bağlı olduğu konfederasyonun aldığı kararlar uyarınca gerçekleşen göreve gelmeme eyleminin sendikal faaliyet kapsamında bir fiil olarak kabulü gerekeğinden, disiplin suçu teşkil etmeyen eylem nedeniyle tesis edilen dava konusu işlemde ve bu işleme karşı açılan davada uyuşmazlığın özünü oluşturan dava konusu disiplin cezasının hukuki denetimi yapılmaksızın, sendikanın ve konfederasyonun aldığı kararın hukuki denetimi yapılarak davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.” Danıştay 12. Dairesi, E: 2016/2488, K: 2016/5547; E: 2016/3992, K: 2016/5844, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/> , E.T.: 11.6.2017.

⁸⁹ DİDDGK, E: 2009/1063, K: 2013/1998, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/>

Kaya ve Seyhan/Türkiye kararına da atıf yaparak, üyesi olunan sendika kararı doğrultusunda göreve gelmemek şeklindeki eyleme katılmanın “*kabul edilebilir bir mazeret*” niteliğinde olduğuna ve dolayısıyla bu fiillere yönelik verilen disiplin cezalarının hukuka uygun olmadığına karar verilmiştir.⁹⁰ Ayrıca, Danıştay başka kararlarında da, yine AİHM'nin Kaya ve Seyhan/Türkiye kararlarına atıf yaparak, üyesi olunan sendika kararı doğrultusunda göreve gelmemek şeklindeki eyleme katılmanın “*sendikal faaliyet*” kapsamında olduğuna ve dolayısıyla bu fiillere verilen disiplin cezalarının hukuka uygun olmadığına karar vermiştir.⁹¹ Dolayısıyla, sendika kararı uyarınca bir greve katılmak, disiplin cezası gerektiren bir eylem olmayıp bir “*sendikal faaliyet*” ve “*haklı bir mazeret*” olacaktır. Bu toplu eylemler çalışanların ve sendika üyelerinin “*çıkarlarını koruma*” amacı taşıdığı için, sendikal örgütlerin geniş anlamda eylem ve etkinliklerini düzenleme hakkının da bir gereği olmuştur. “*Çıkarları koruma*” amacı, sadece sendika kurma hakkının değil, bir bütün oluşturan sendikal hakların da dayanağını oluşturmaktadır. Bu içtihatlar doğrultusunda, mazeret izni verme konusunda yetkili olan kamu yetkililerinin, üyesi olduğu sendikanın kararına uyararak bir toplu eyleme katılan kamu görevlilerini yasal sınırlar çerçevesinde mazeret izinli sayması mümkündür.⁹²

giris.htm , E.T.: 11.6.2017.

⁹⁰ Danıştay 12. Dairesi, E: 2012/11297, K: 2015/4815; E: 2013/5972, K: 2013/9647, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/> , E.T: 11.6.2017.

⁹¹ “... davacının üyesi bulunduğu sendikanın ve sendikanın bağlı olduğu konfederasyonun aldığı kararlar uyarınca gerçekleşen göreve gelmeme eyleminin sendikal faaliyet kapsamında bir fiil olarak kabulü gerekeceğinden ve özürsüz olarak göreve gelmemek olarak değerlendirilemeyecek olan fiili nedeniyle tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varıldığından ...” Danıştay 12. Dairesi, E: 2012/10829, K: 2016/345; E: 2012/11200, K: 2016/698; E: 2014/3866, K: 2016/1478; E: 2016/5722, K: 2016/5443, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/> , E.T: 11.6.2017.

⁹² Bununla beraber, mazeret izni konusunda ki takdir yetkisinin, “sendika üyesi olmayan” kamu görevlileri ile üyesi olmadığı başka bir sendikanın kararına uyararak benzer eylemlere katılan kamu görevlileri için kullanılmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bu noktada, eşit işlem ve ayrımcılık gözetmeme ilkesi uyarınca, sendikasız veya başka bir sendikanın üyesi olan kamu görevlilerinin de mazeret izninden yararlandırılması daha uygun olacaktır. DİDDK'nın söz konusu kararında Anayasa'nın 90. Maddesi doğrultusunda iç hukuktaki düzenleme ile uluslararası düzenlemeler arasında çatışma olup olmadığını değerlendirilmemesi eleştiri konusu olmuştur. Kararın ayrıntılı değerlendirilmesi hakkında bkz. Mesut Gülmez, “Sendika Kararına Uyararak Toplu Eyleme Katılma, “Disiplin Suçu” değil “Mazeret”tir - Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı Karar İncelemesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Pars Esin'in Anısına, Sayı:41, 2014, s. 199-201.

3- Kamu Görevlilerinin Grev Hakkının Sınırları

Kamu görevlilerinin sendikal hakları bağlamında uluslararası düzenlemelerde kişi ve sunulan kamu hizmeti yönünden birtakım sınırlamalar söz konusu olmaktadır. Kişi yönünden sınırlamalarda en çok göz çarpan meslek grupları silahlı kuvvetler ve polisler olup, kamu hizmeti yönünden sınırlama açısından temel kamu hizmetleri söz konusudur. 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 9. maddesi *"Bu sözleşmede öngörülen güvencelerin silahlı kuvvetlere ve polis mensuplarına ne ölçüde uygulanacağı ulusal mevzuatla belirlenir."* Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinin ikinci fıkrasında ise *"Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarıncı yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir"* şeklinde bir sınırlama mevcuttur. Benzer şekilde, Avrupa Sosyal Şartı'nın *"Örgütlenme Hakkı"* başlıklı 5. maddesinde *"Bu maddede öngörülen güvencelerin, güvenlik güçleri için hangi ölçüde uygulanacağı ulusal yasalarla veya düzenlemelerle belirlenir. Bu güvencelerin silahlı kuvvetler mensuplarına uygulanmasına ilişkin ilke ile bu kesime hangi düzeyde uygulanacağı, yine ulusal yasalar veya düzenlemelerle saptır"* şeklinde bir sınırlama yer almaktadır. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 8. maddesinin ikinci fıkrası *"Bu madde, sözü edilen hakların, silahlı kuvvetler, polis ya da devlet yönetiminin mensupları tarafından kullanılmasına yasal kısıtlamalar getirilmesine engel olmaz"* şeklinde bir düzenleme içermektedir. Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme açısından ise, 22. maddenin ikinci fıkrasında *"Bu hakkın kullanılmasına, yasalara uygun olarak konulmuş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik ya da kamu güvenliği, kamu düzeni bakımından ve kamu sağlığının, genel ahlakın korunması ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından gerekli olan sınırlamalardan başka sınırlama getirilemez. Bu madde, silahlı kuvvetler ya da polis teşkilatı mensuplarına bu hakkın kullanılmasında yasal sınırlamalar konulmasını engellemez"* şeklinde daha geniş kapsamlı bir sınırlama imkânı yer almaktadır. Uluslararası sözleşmelerde yer alan bu istisnai düzenleme-

ler, yani yasal kısıtlamalar dayatma imkanı, sendika ve grev haklarının daha ayrıntılı ve özel şartlara tabi tutulması yetkisini içerip, kesin bir yasaklama yetkisini içermemektedir.⁹³ “Devlet yönetimi mensupları” hususunda ILO Denetim organlarının kararlarına göre ulusal mevzuat kapsamındaki memur veya kamu görevlisi tanımları ile bunlara ilişkin kriterler belirleyici olmayıp, kamu görevlilerinin yerine getirdiği işlevlerin niteliği, üstlenilen işlevlerin kamu gücü veya devlet otoritesi kullanılmasını gerektirip gerektirmediği önemli olacaktır. Bu bağlamda, öğretmenler, petrol tesislerinde, bankalarda, anakent taşımacılık işletmelerinde çalışanlar, kısacası “temel hizmet” niteliği taşımayan görevlerde bulunanlar, bu kapsama girmemektedir. Bu noktada, genel kural olan grev hakkına getirilmesi söz konusu olan bir istisna söz konusu olduğu için, grev yasağı kapsamına giren “devlet yönetimi mensupları” kavramı dar yorumlanmalıdır.⁹⁴ Bu doğrultuda, grev yasağı kapsamına giren çalışanların sosyal hak ve menfaatlerini korumak için uzlaştırma, arabuluculuk veya tahkim gibi etkili ve tarafsız barışçıl çözüm yollarıyla sistem dengelenmelidir.⁹⁵

Türk hukuku açısından ise, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun “Sendika Üyesi Olamayacaklar” başlıklı 15. maddesi: “Bu Kanuna göre kurulan sendikalara;

a) Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde çalışan kamu görevlileri,

b) Yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar,

c) Bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların müsteşarları, başkanları, genel müdürleri, daire başkanları ve bunların yardımcıları, yönetim kurulu üyeleri, merkez teşkilâtlarının denetim birimleri yöneticileri ve

⁹³ Gülmez, “Dünyada Memurlar ...”, s. 138, 172-173.

⁹⁴ Grev yasağı kamu gücünün organları olarak hareket eden kamu görevlilerine veya aksaması halkın tümünün ya da bir bölümünün yaşamını, güvenliğini veya sağlığını tehlikeye sokacak hizmetlerle sınırlı uygulanmalıdır. Gülmez, devlet yönetimi kavramını, merkez yönetimi bağlamında Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık, Bakanlar Kurulu ile Bakanlıklar ile sınırlı tutmak gerektiğini ifade etmiştir. Gülmez, “Dünyada Memurlar ...”, s. 150-151, 173; Kutal, “Uluslararası Çalışma Normları ...”, s. 331-332; Görmüş, s. 12-13; Tatal, s. 453.

⁹⁵ Kutal, “Grev Hakkı ...”, s. 137.

kurul başkanları, hukuk müşavirleri, bölge, il ve ilçe teşkilâtlarının en üst amirleri ile bunlara eşit veya daha üst düzeyde olan kamu görevlileri, belediye başkanları ve yardımcıları,

d) Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri, üniversite ve yüksek teknoloji enstitüsü rektörleri, fakülte dekanları, enstitü ve yüksek okulların müdürleri ile bunların yardımcıları,

e) Mülkî idare amirleri,

f) Silahlı Kuvvetler mensupları,

g) (...)

h) Millî İstihbarat Teşkilâtı mensupları,

ı) Bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların merkezi denetim elemanları,

j) Emniyet hizmetleri sınıfı (...),

k) Ceza infaz kurumlarında çalışan kamu görevlileri,

l) Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında görevli subay, sözleşmeli subay, astsubay, sözleşmeli astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve sözleşmeli erler,

Üye olamazlar ve sendika kuramazlar." şeklinde kişi yönünden bir sınırlama içermektedir. Bu denli geniş bir sınırlama yapılmış olması, 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 9. maddesine aykırı olması sebebiyle ILO Denetim organları tarafından da birçok kararda eleştirilmiştir.⁹⁶ Zira, bu sınırlamanın bu kadar çeşitli meslek gruplarını kapsamına almasının dışında, sendika hakkının tamamen yasaklanması da uluslararası düzenlemelere aykırılık arz etmektedir.⁹⁷ Türkiye'nin de taraf olduğu ILO Sözleşmeleri, devletlere polisler ve silahlı kuvvetlere yönelik sendikal hakların sınırlanması için yasal düzenleme imkanı tanımış olup, sendikal hakların tamamen yasaklanmasını da içeren sınırsız veya mutlak bir yetki tanımamaktadır. Burada ulusal mevzuatlara tanınan yetki, sendikal hakların tamamen yasaklanması olmayıp, sendikal

⁹⁶ Kutal, "Uluslararası Çalışma Normları ...", s. 334; Gülmez, "Sendikal Haklar ...", s. 49; Sütçü, s. 97; Kutal, "Grev Hakkı ...", s.141.

⁹⁷ Görmüş, s. 12.

hakların sadece ölçüsünü belirleme ile sınırlıdır.⁹⁸ Maddenin (g) bendindeki “*Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında (Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı dahil) çalışan sivil memurlar ve kamu görevlileri*” ifadesi Anayasa Mahkemesi’nin 10 Nisan 2013 tarihli kararıyla iptal edilerek, madde metninden çıkarılmış ve böylece söz konusu sivil kamu görevlilerinin sendika üye olması ve kurması bu kanun kapsamında mümkün olmuştur. 87 sayılı ILO Sözleşmesi ve AİHM’nin Demir ve Baykara/Türkiye kararına da atıfta bulunan Anayasa Mahkemesi bu ifadenin iptal gerekçesinin, asker sayılmayan sivil personele sendika kurma yasağı getirilmesinin askeri disiplinin sağlanması ve korunması açısından zorunlu bir tedbir olarak sayılamayacağı ve yurt savunmasında görev alan üniformalı askeri personel için geçerli olan askeri disiplin gerekçesiyle sivil personelin sendika hakkından yoksun bırakılmasının demokratik toplum gerekleriyle bağdaşmaması olduğunu ifade etmiştir.⁹⁹ Maddenin (j) bendinde yer alan “... *ve emniyet teşkilatında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel*” ifadesi de, Anayasa Mahkemesi’nin 29 Ocak 2014 tarihli kararıyla iptal edilerek, madde metninden çıkarılmıştır. Yine 87 sayılı ILO Sözleşmesi ve AİHM’nin Demir ve Baykara/Türkiye kararına da atıfta bulunan Anayasa Mahkemesi bu ifadenin iptal gerekçesinin ise, polis dışındaki personelin ifa ettiği görevlerin, iç güvenlik hizmetlerinin asli unsuru olmayan ve silah kullanımını gerektirmeyen kimi teknik ve lojistik hizmetlerden ibaret olması sebebiyle, bu personele sendika hakkı yasağı getirilmesinin polis disiplini için zorunlu olmaması ve polis olmayan sivil personelin sendika hakkından mahrum bırakılmasının demokratik toplum gerekleriyle bağdaşmaması olduğunu ifade etmiştir.¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı doktrinde, yasak kapsamını görece/ kısmen daraltmış olmakla birlikte, “*emniyet hizmetleri sınıfı*” kapsamındaki personelin tümü için sendika hakkının içeriği ve kişiler yönünden kapsamı gibi konularda ölçünün nasıl belirleneceğine değinmemesi ve “*emniyet hizmetleri sınıfı*” kapsamındaki dar anlamda

⁹⁸ Gülmez, “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ...”, s. 40-41; Kural, “Grev Hakkı ...”, s. 142; Melda Sur, “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda Grev Hakkı”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Yıl: 7, Sayı: 28, 2012, s. 164.

⁹⁹ Anayasa Mahkemesi, E: 2013/21, K: 2013/57, Karar Tarihi: 10.4.2013, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T: 11.6.2017.

¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, E: 2013/130, K: 2014/18, Karar Tarihi: 29.1.2014, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T: 11.6.2017.

polislerin sendika haklarından yararlanması hususunu ele almaması açısından eleştirilmiştir.¹⁰¹ Söz konusu karar özellikle, uluslararası düzenlemelerde emniyet mensupları için sendikal hakların tamamen ortadan kaldırılabilmesine ilişkin herhangi bir ifade yer almamasına rağmen, maddenin (j) bendindeki “emniyet hizmetleri sınıfı” kapsamındaki personele sendika hakkı yasağının Anayasa’ya aykırı olmadığına karar verilmesi açısından eleştirilmiştir. Bu yasak, emniyet mensuplarının ağır çalışma koşulları altında görev yapması ve bu nedenle örgütlenerek seslerini duyurmalarının demokratik bir toplumun gereği olması sebebiyle uluslararası düzenlemelere aykırıdır. Zira başta ILO Sözleşmeleri olmak üzere, tüm uluslararası düzenlemelerde emniyet teşkilatı mensuplarının sendikal haklarının sadece kısıtlanabileceğine ilişkin bir yetki tanınmış olup, tamamen yasaklanması gibi bir durum söz konusu değildir.¹⁰² Anayasa Mahkemesi, ayrıca maddenin (a) bendinde yer alan “Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı” ifadesini de, 30 Eylül 2015 tarihinde iptal etmiş ve böylece söz konusu ifade madde metninden çıkarılmıştır. AİHS’in 11. maddesi ile AİHM’nin Demir ve Baykara/Türkiye kararına da atıfta bulunan Anayasa Mahkemesi bu ifadeyi, Meclis Başkanlığı idari teşkilatında görev yapan personelin yürüttüğü hizmetlerde meydana gelebilecek aksamaların, yasama organının çalışma düzeni yönünden telafisi güç ve imkansız zararlar oluşmasını yol açmayacağı ve bu personelin sendika hakkından yoksun bırakılmasının demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olmadığı gerekçeleriyle iptal etmiştir.¹⁰³

Grev hakkının kamu hizmetleri yönünden kısıtlamasına yönelik olarak, ILO Denetim organlarının kararlarına göre; kesintiye uğraması halkın tümünün veya bir bölümünün yaşamını, güvenliğini ya da sağlığını tehlikeye koyabilen hizmetlerin temel kamu hizmetleri olduğu ifade edilebilir. Bu noktada, grev hakkının yasaklanabileceği temel kamu hizmetlerinin belirlenmesinde esas alınacak kriter, halkın tümü veya bir bölümünün yaşamı, güvenliği ya da sağlığı için açık veya çok

¹⁰¹ Mesut Gülmez, “Anayasa Mahkemesi’nin Emniyet-Sen Kararı ve Değerlendirmesi”, *Karatahta İş Yazıları Dergisi*, Sayı: 5, 2016, s. 89-112.

¹⁰² Banu Uçkan Hekimler, “Anayasa Mahkemesi’nin Sendikal Haklara İlişkin İptal Kararlarının Genel Bir Değerlendirmesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2015/4, s. 17-20.

¹⁰³ Anayasa Mahkemesi, E: 2015/62, K: 2015/84, Karar Tarihi: 30.9.2015, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T: 11.6.2017.

yakın bir tehlikenin varlığıdır. Grev yasağı konusunda dar anlamda ve gerçekten temel nitelik taşıyan hizmetlere yönelik uygulama yapılmalıdır. ILO denetim organlarının kararları ışığında, hastane, elektrik, telefon ve su sağlama hizmetleri, polis, silahlı kuvvetler, cezaevleri ile hava trafiğinin kontrolü hizmetlerinin, temel hizmetlerden sayıldığını ifade edilebilir. Bununla beraber, radyo-televizyon, ulaşım hizmetleri, bankalar, öğretim hizmetleri, posta hizmetleri, petrol tesisleri ve limanlar, besin maddeleri sağlanması ve dağıtımı, darphane, madenler, devlet basımevi, alkol tuz ve tütün tekelleri yönetimi temel kamu hizmetlerinden sayılmamaktadır.¹⁰⁴ Bununla beraber, ILO Denetim organları çöp toplama hizmetlerinde sürdürülen grevin, halkın sağlığını veya güvenliğini tehdit edecek şekilde uzaması halinde yasaklama getirilebileceğini ifade etmiştir.¹⁰⁵ Ulusal güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması bakımından temel rol oynayan sektör ve görevlerde bulunan kamu görevlilerinin sendikal haklarına yasal sınırlamalar getirilmesinin makul gerekçelerinin ortaya konulması gerekmektedir. Aksi halde yapılan kısıtlamaların, ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturması ve son denetim aşaması olan hakkın özüne dokunması söz konusu olacaktır.¹⁰⁶

SONUÇ

Çağdaş insan hakları olarak sendikal haklar içinde yer alan grev hakkı, çalışanların ekonomik ve sosyal çıkarlarını savunmaları açısından hayati öneme sahiptir. Özel kesimde çalışanların grev hakkının mevcudiyeti ve kullanımı hususunda herhangi bir tereddüdün bulunmadığı Türk çalışma hayatında, kamu görevlilerinin grev hakkı hususunun halen tartışmalı olması, şüphesiz ki insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olması hasebiyle Türkiye için olumsuz bir durumdur. Kamu görevlilerinin grev hakkına yönelik olarak Anayasal ve yasal düzeyde herhangi olumlu bir düzenleme yer almaması, başta AİHM içtihatları ve ILO belgeleri olmak üzere birçok uluslararası belgeye

¹⁰⁴ ILO denetim organları kararlarını aktaran Gülmez, "Dünyada Memurlar ...", s. 147-151; Kutsal, "Uluslararası Çalışma Normları ...", s. 328-332; SUR, "6356 sayılı Sendikalar ...", s. 164; Görmüş, s. 22; Tatal, s. 453-454.

¹⁰⁵ Kutsal, "Uluslararası Çalışma Normları ...", s. 331; Sur, "6356 Sayılı sendikalar ...", s. 165; Tatal, s. 454-455.

¹⁰⁶ Sütçü, s. 93-94; Çınar, s. 150; Görmüş, s. 19.

aykırıdır. Ancak, bu hakkın Anayasa'da yer almaması, bu hakkın yasaklandığı anlamına gelmemektedir. Zira bir hakkın Anayasa'da düzenlenmiş olması, bu hakkın Anayasal güvence altında olduğuna ilişkin bir durumdur. Başka bir deyişle, bir hakkı var eden Anayasal güvence değil, bu hakkın uluslararası alanda tanınmış ve kabul edilmiş olmasıdır. Çalışma kapsamında değerlendirme konusu yapılan AİHM içtihatlarında ve değinilen ILO belgeleri doğrultusunda, kamu görevlilerinin grev hakkının mevcudiyeti ve kullanımı hususunda herhangi bir tereddüt olmadığı aşikardır. Bununla beraber, Türk hukukundaki durum ilk aşamada kamu görevlilerinin grev hakkının olmadığı şeklindedir. İlk aşamadan kasıt idarenin uygulamaları ve ilk derece mahkemelerinin kararlarıdır. Zira idare uygulamaları ve ilk derece mahkeme kararlarında, üyesi bulunduğu sendikanın eylem kararına uyarak göreve gelmeyen kamu görevlilerine, disiplin cezalarının uygulanması gerektiği düşüncesi hakimdir. Ancak, bu disiplin cezaları Danıştay, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ve AİHM içtihatları nazarında hukuka uygun sayılmamaktadır. Bu mahkemelerin görüşü, kamu görevlilerinin toplu eylem hakkının bulunduğu yönündedir. Bahsedilen içtihatlar ışığında mevcudiyeti ve kullanımı hususunda herhangi bir tereddüt olmayan kamu görevlilerinin grev hakkının, Türk hukukunda düzenleme ve idari uygulama anlamındaki durumunun bir an önce uluslararası belgeler ışığında tekrar değerlendirilmesi zorunludur.

Başta AİHM içtihatları ve ILO belgeleri olmak üzere uluslararası belgelerde güvence altına alınmış olan kamu görevlilerinin grev hakkı ile ilgili olarak Türk hukuku açısından öncelikle yapılması gereken şey, kamu görevlilerinin grev hakkını güvence altına alacak şekilde bir anayasal düzenlemeye gidilmesidir. Anayasa'nın "*Grev Hakkı ve Lokavt*" başlıklı 54. maddesinin, kamu görevlilerini de kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi, bununla beraber kamu görevlilerine özgü yasal düzenlemelerin ve istisnai hükümlerin dayanağının da bu maddede metninde yer alması gerekecektir. Anayasal güvence altına alınması gereken kamu görevlilerinin grev hakkının, ayrıca yasal düzeydeki mevcut hukuksal engellerden de arındırılması gerekir. Bu bağlamda öncelikle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamındaki grev hakkının yasaklanmasına ve cezalandı-

rılmasına ilişkin hükümlerin ilga edilmesi gerekmektedir. Ardından, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu kapsamında, grev hakkına ilişkin düzenlemelerin yer alması sağlanmalıdır. Yasal düzeyde düzenleme kapsamında, grev hakkının hangi şartlarda kullanılabilmesi, hangi kamu hizmetlerinde kısıtlı kullanılabilmesi veya kullanılamayacağı, hangi kamu görevlilerinin grev hakkının kısıtlı olacağı veya yasaklanacağı gibi hususların yer alması gerekecektir. Bu bağlamda, halkın güvenliği, sağlığı ve kamu düzeni gibi temel konularda, kişi ve hizmet yönünden bazı sınırlama ve yasakların olması doğal olup, bu istisnaların dar yorumlanması gerekmektedir. Nitekim uluslararası düzenlemeler, kişi yönünden silahlı kuvvetler mensupları, polisler ve devlet yönetimi mensubu kamu görevlilerinin grev hakkının sınırlandırılması veya yasaklanması hususunda devletlere yasal düzenleme yapma yetkisi tanımıştır. Hatırlatmak gerekir ki, devletlerin bahsedilen kamu görevlisi kesimlerine sendika hakkı anlamında kısıtlama yetkisi bulunmakta, ancak tamamen yasaklama yetkisi bulunmamaktadır. Bununla beraber, sendika hakkını sınırlama anlamında, grev hakkının yasaklanması mümkün olabilecektir. Zira, gerçekten de ulusal anlamda önem ve hassasiyet arz eden görevlerde bulunan kesimlerin grev yapması pek makul ve yerinde olmayacaktır. Ancak, önemle vurgulanması gereken husus, bu sınırlamaların dar yorumlanmasıdır. Bununla beraber, kamu hizmetleri açısından, halkın sağlığı, güvenliği ve kamu düzeni açısından “temel hizmetler” sayılan kamu sektörlerinde de, grev hakkının kısıtlanması ve yasaklanması söz konusu olabilecektir. Kişi ve kamu hizmetleri yönünden bu istisnaların, özellikle uluslararası belgelerde yer alan değerlendirmeler ve ölçütler ışığında dar yorumlanması, meşru bir amaç gütmesi, ölçülü ve “demokratik bir toplumda gerekli olması” zorunludur.

Düzenleyici işlemler boyutunda yapılması gerekenler uzun vadede ulaşılabilecek bir çözüm olup, kısa vadede idari uygulamalar kapsamında kamu görevlilerinin grev hakkının tanınması gerekmektedir. Bu bağlamda, idarenin düzenleyici işlemleri düzeyinde özellikle genelgeler ile grev hakkını kullanan kamu görevlilerinin mazeret izni kullandığı varsayılmalı ve herhangi bir disiplin cezası uygulanmamalıdır. Bu doğrultuda, idari yetkililere resmi anlamda bilgilendirme yapılması ve gerekirse eğitim programları uygulanarak, grev hakkının

uluslararası düzenlemeler ile güvence altına alınmış olduğu düşüncesinin hakim olması sağlanmalıdır. Her ne kadar Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası düzenlemeler ve uluslararası yargı içtihatları Türk hukuku açısından bağlayıcı ve uygulanması gerekli olsa da, idari makamlar açısından konunun daha belirgin ve net şekilde anlaşılması açısından bu bilgilendirme ve eğitim programlarının uygulanması doğru olacaktır. Bu noktada, başta izin vermeye ve disiplin soruşturması açmaya ve yürütmeye yetkili kamu görevlileri olmak üzere idari makamlara, kamu görevlilerinin grev hakkı kapsamında çalışmayı bırakması halinde göreve gelmedikleri süre içerisinde mazeret izinli sayılmaları gerektiğine yönelik gerekli bilgilendirmenin yapılması gerekmektedir. Elbette söz konusu gereklilik kısa vadede bir çözüm önerisi olup, asıl ve uzun vadeli çözüm önceden de belirtildiği üzere anayasal ve yasal düzeyde yapılması gereken düzenlemelerdir.

Kaynakça

- Balcı Şebnem Gökçeoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 'Satılmış ve Diğerleri/Türkiye' Kararı", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2008/2, s. 219-235
- Çelik Aziz, Türkiye'de 2000'li Yıllarda Grevler ve Grev Dışı Eylemler: Çalışma Hayatında "Pax Romana" mı?, IV, Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, 2012, s. 107-131.
- Çınar Özgür Heval, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Yeni Anayasa'da Sendikal Haklar Nasıl Düzenlenmeli?", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 36, 2012, s. 133-152.
- Giritli İsmet/Bilgen Pertev/Akgüner, Tayfun/Berk, Kahraman, İdare Hukuku, Der Yayınları, 7. Basım, İstanbul 2015.
- Görmüş Ayhan, Kamuda Grevsiz Toplu Sözleşmenin ILO Normlarına Uyumu ve Grev Hakkı Kapsamında Asgari Hizmetler Yaklaşımı, Namık Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Metinler, No: 03/2012, s. 1-28.
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, II. Cilt, Ekin Yayınevi, 1. Baskı, Bursa 2011.
- Güler Burcu Kümbül, "Psiko-Sosyal Boyutuyla Grev", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2012/1, s. 113-146.
- Gülmez Mesut, "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 54, 2004, s. 147-161.
- Gülmez Mesut, "Anayasa Değişikliği ve Memur Sendikacılığı", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 28, Sayı: 4, 1995, s. 27-43.

- Gülmez Mesut, "Anayasa Mahkemesi'nin Emniyet-Sen Kararı ve Değerlendirmesi", *Karatahta İş Yazıları Dergisi*, Sayı: 5, 2016, s. 89-112.
- Gülmez Mesut, "Avrupa Birliği Hukukunda Sendikal Haklar ve Türkiye'nin Uyum Sorunu", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt: 23-24, 2001-2002, s. 1-29.
- Gülmez Mesut, "Aykırılıklarla Dolu Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt:34, Sayı: 3, 2001, s. 1-21.
- Gülmez Mesut, *Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü*, Ankara 1996.
- Gülmez Mesut, "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek miyiz?", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2007/1, s. 27-52.
- Gülmez Mesut, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı Bildirisi, Türkiye Barolar Birliği*, Ankara 2001, s. 38-82.
- Gülmez Mesut, "Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi (11. Kongre Özel Sayı), 2008/3, s. 137-169.
- Gülmez Mesut, "Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2005/1, s. 11-56.
- Gülmez Mesut, "Sendika Kararına Uyarak Toplu Eyleme Katılma, 'Disiplin Suçu' değil 'Mazeret'tir - Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı Karar İncelemesi", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Pars Esin'in Anısına, Sayı:41, 2014, s. 191-203.
- Gülmez Mesut, "Sendikal Hakların Bölünmezliği", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2010/3, s. 9-50.
- Gülmez Mesut, *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı Bildirisi, Türkiye Barolar Birliği* 2001, s. 140-148.
- Gülmez Mesut, *Uyum Düzenlemelerinin Üvey Evladı: Sendikal Haklar, "Anayasa ve Uyum Yasaları Paneli"*, Türkiye Barolar Birliği 2003, s. 248-272.
- Hekimle, Banu Uçkan, "Anayasa Mahkemesi'nin Sendikal Haklara İlişkin İptal Kararlarının Genel Bir Değerlendirmesi", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2015/4, s. 11-34.
- Korkusuz Refik, "Ülkemizde Kamu Görevlilerine Sendika Hakkı ve İçeriği", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 12, 2009, s. 105-123.
- Kutal Metin, *Uluslararası Çalışma Normları Karşısında 1982 T.C. Anayasası'nın Grev Hakkına İlişkin Hükümleri, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu-İş Yayınevi*, 2010, s. 325-335.
- Kutal, Metin, "Grev Hakkının Uluslararası Normları ve Türk Mevzuatının Bunlara Uyum Sorunu", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Yıl: 3, Sayı: 12, 2008, s. 135-143.
- Özersin, Serdar/Ruhi, Ahmet Cemal, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Kararları (1995-2011)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Sur Melda, "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda Grev Hakkı", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Yıl: 7, Sayı: 28, 2012, s. 163-171.

- Sur Melda, "Siyasi Grev", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2009/4, s. 11-26.
- Sütçü Nezih, "Kamu Çalışanlarının Toplu Pazarlık ve Grev Hakkı", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı: 17, 2008, s. 79-116.
- Tutal Erhan, "Türk Hukukunda Grev Hakkı ve Uluslararası Belgelerde Görünümü", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 15, 2013, s. 431-460.
- Ünal Emel, Türkiye'de Memurların Sendikal Hakları Çerçevesinde Grev Hakkı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2012.
- Yükse, Armağan Ebru Bozkurt, "Hukuki Grev Kavramı", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Yıl: 5, Sayı: 20, 2010, s. 111-121.

YABANCILARIN TÜRKİYE'DE ÇALIŞMA İZİNLERİ HAKKINDA KANUNÎ DÜZENLEMELER

PROVISIONS OF THE LEGISLATIONS ABOUT FOREIGNER'S WORKING PERMITS IN TURKEY

Berkiye Gizem ERGİN*

Özet: Türkiye, coğrafik konumu ve ekonomisindeki işgücü potansiyeli sebebiyle birçok insanın göç ettiği bir ülkedir. Türkiye'ye göç eden yabancıların sayısı her geçen gün artmaktadır. Bu artış beraberinde yabancıların çalışmasına ilişkin esasları düzenleyen kanunlarda değişiklik yapılması ihtiyacını doğurmuştur. Geçmişten günümüze Türkiye'de çalışma izinlerini düzenleyen Kanunlar birçok kez değişmiş, her değişiklik beraberinde yeni uygulamalar getirmiştir. Bu çalışmada öncelikle yabancı kavramının Türk Hukuk Sistemi'ndeki karşılığına değinilecek olup bu kapsamda mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsüne sahip yabancı kavramları açıklanacaktır. Ayrıca yabancıların çalışma izni türleri, her bir izin türü için Kanunda aranan şartlar, başvuru, usul, denetim ve yargı yolu bu çalışma kapsamında incelenecek olup gerekli görülen hallerde eski kanun hükümlerine de bu kapsamda değinilecektir. Bu çalışmada ayrıca Türk Hukuk Sisteminde yeni bir göçmenlik statüsü olan Turkuaz Kart uygulaması, ilgili mevzuat hükümleri, turkuaz kart başvuru ve iptal süreçleri ayrıntılı olarak açıklanacaktır. Bu çalışmanın amacı Türk hukuk sisteminde yabancıların çalışma izinlerini düzenleyen kanunlara ilişkin genel bir çerçeve oluşturmak suretiyle ilgili mevzuat hükümlerini ve uygulamayı açıklamak olup, bu amaç doğrultusunda güncel mevzuata, kanun hükmünün uygulanması açısından olası fikir ayrılıklarının olduğu yerlerde ise doktrindeki görüşlere yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Yabancı, Göçmen, Mülteci, Çalışma İzni, Turkuaz Kart

Abstract: Turkey's geographical position and the potential of labour in its economy, make Turkey the destination of many immigrants. The number of foreigners migrating to Turkey is increasing day by day. This increase brought about the need to amend the laws regulating the principles regarding the employment of foreigners. To this day, the Laws regulating the working permits in Turkey were amended numerous times and each amendment brought with its new practices. This study will, firstly, focus on the concept of foreigners in the Turkish legal system, and then explain the concept of foreigners with the status of immigrant, conditional immigrant and secondary protection. This study will also focus on the types of working permits, the conditions set forth in the Laws for each type

* Avukat, ORCID: 0000-0001-9315-5850

of permit, the applications, the procedures, the supervision and the legal courses, and include outdated legal provisions where necessary. This study will focus in detail on the “Turkuaz Card” system, which is a new status of immigration in the Turkish Legal System, on the provisions of the relevant legislations, and on the “Turkuaz Card” application and cancellation procedures. The aim of this study is to explain the provisions of the legislations, and the practices regarding the establishment of a framework of laws regulating the working permits of foreigners in the Turkish legal system, and will include doctrinal views at points of disagreement with the current legislations in terms of the enforcement of the provisions of the law.

Keywords: Foreigner, Immigrant, Refugee, Working Permit, Turkuaz Card

GİRİŞ

Yabancıların çalışma izinlerine ilişkin geçmişten günümüze birçok kanun değişikliği yapılmıştır. Değişiklikler incelendiğinde geçmişten günümüze yaklaştıkça yabancıların Türkiye’de istihdamına ilişkin getirilen düzenlemelerin yumuşatıldığını ve yasakların kapsamının daraltıldığını söylemek mümkündür.

Çalışmamızda öncelikle yabancı kavramı açıklanacak olup bu kapsamda iç hukukumuzdaki mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüsüne sahip olan yabancı ve geçici koruma statüsü kavramları kısaca açıklanacaktır. Yabancı kavramı ve bu kapsamda oluşturulan kategoriler değerlendirildikten sonra genel kapsamda çalışma izni, çalışma iznine getirilen sınırlamalar ile çalışma izni türleri açıklanacaktır. Çalışmamızın devamında 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu ile getirilen yeni bir uygulama olan Turkuaz Kart uygulaması ve bu kapsamda Turkuaz Kart Yönetmeliği’ne açıklık getirilerek değerlendirmeler yapılacaktır. Çalışmamızın son kısmında ise yeni Kanun’da düzenlenen çalışma izinlerine ilişkin denetim ve yargı yolu açıklanmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızın temel amacı, yabancıların çalışma izinlerine ilişkin kanun değişikliklerine genel bir bakış açısı kazandırmak olup, düzenlemelerin uygulamada meydana getirdiği sonuçları, yabancıların Türkiye’de istihdam edebileceği halleri açıklayarak; çalışma izni türlerine, başvurularda öngörülen usule, gerçekleştirilecek denetime ve bu kapsamda uygulamada karşılaşılabilecek sorunlara değinmek suretiyle eleştirel gözden bir değerlendirme yapılmasını sağlamaktır.

I. YABANCI KAVRAMI

Yabancı kavramının tanımına ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş yabancı kavramını “yabancı devlet vatandaşı olan kişi” olarak tanımlamaktadır. Bu görüş herhangi bir devlet vatandaşlığına sahip olmayan (vatansız) kişileri tanım kapsamına dâhil etmemesi sebebiyle eleştirilmektedir. Doktrindeki diğer bir görüş ise yabancı kavramını “yabancı bir devlet ülkesinde bulunup o devletin vatandaşlığını halen iddiaya hakkı olmayan kimse” olarak tanımlamaktadır.¹ Doktrinde büyük ölçüde benimsenen bu tanım temelini 1892 Cenevre Toplantısı’nda yapılan temel yabancı tanımından almakta olup içerisinde barındırdığı “ülkede bulunma” koşulu sebebiyle eleştirilmektedir. Zira bir kişinin fiziksel olarak o ülkede bulunmadan dava açabilmesi, vize talebinde bulunabilmesi gibi hallerde o devletin yetki alanı içerisinde birtakım haklara sahip olması mümkündür.²

Son zamanlarda ülkemize göç eden kişi sayısındaki artış sebebiyle medyada ve günlük dilde “göçmen”, “yasa dışı göçmen”, “kaçak göçmen” kelimeleri de sık kullanılır hale gelmiştir. Bu kelimelerin temelinde yabancılar kast edilmektedir. Göçmen kelimesi yaygın olarak dış göç olgusunda kullanılmakla birlikte uluslararası doktrinde bir ferdin yaşadığı ülkeyi terk ederek başka bir ülkeye yerleşmek amacıyla gitmesi hareketine göç, giden kimseye ise göçmen denilmektedir.³ Türk Hukuku’ndaki düzenleme ise uluslararası hukuktaki tanımdan farklılık arz etmektedir. 5543 sayılı İskân Kanunu⁴ m. 3/d uyarınca göçmenler, Türk soyundan gelen ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye’ye gelip İskân Kanunu gereğince kabul olunanlardır. 4817 sayılı Kanun⁵ da yabancı kavramı, o dönemde yürürlükte bulunan 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu⁶

¹ Aysel Çelikel/Günseli Gelgel, Yabancılar Hukuku, Beta Yayınları, Yenilenmiş 22. Baskı, İstanbul, 2016, s. 16.

² Rona Aybay, Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 10-11; Bülent Çiçekli, Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2014, s. 30.

³ Çiçekli, s. 31.

⁴ 5543 sayılı Kanun, 26.09.2006 tarih ve 26301 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak, 19.09.2016 tarihinde kabul edilmiştir.

⁵ 4817 sayılı Kanun, 06.03.2003 tarih ve 25040 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak 27.02.2003 tarihinde kabul edilmiştir.

⁶ 403 sayılı Kanun, 22.02.1964 tarih ve 11638 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak 11.02.1964 tarihinde kabul edilmiştir.

kapsamında Türk vatandaşlığına sahip olmayan kişi olarak tanımlanmıştır. Şu an yürürlükte bulunan 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu⁷ m. 3/d hükmünde ise yabancı kavramı “Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi” olarak tanımlanmıştır. 6735 sayılı yeni Kanun⁸ m. 3/1 hükmünde ise yabancı kavramına yönelik 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ile benzer bir düzenleme yapılmış ve yabancı, Türkiye Cumhuriyeti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi olarak tanımlanmıştır.

Mültecileri diğer göçmen kategorilerinden ayırmak gerekmektedir; zira mülteciler, serbest iradeleriyle ülkelerinden ayrılma tercihinde bulunmayan kişilerdir. Mültecilik halinin temel unsuru sığınma eylemidir. Sığınma kavramının teorik temeli, bireyin tabiiyetinde bulunduğu devletin etki alanından kaçması ve “yabancı” olarak nitelendirildiği bir başka devletten korunma talep etmesi üzerine kurulmuştur.⁹

“Mülteci” İngilizce’deki “*refugee*” ve Fransızca’daki “*réfugié*” deyiminin karşılığıdır ve uluslararası sözleşmelerde tanımı yapılmış, belirli bir hukuksal statüyü belirten bir deyim niteliğindedir. “Sığınmacı” deyimini ise İngilizce’deki “*asylum seeker*” ın ve Fransızca’daki “*demandeur d’asile*” in karşılığıdır; hukuksal bir statüden çok fiili bir durumu belirtmektedir. Sığınmacıya sağlanan haklar ve olanaklar, “mülteci” ye oranla daha sınırlı düzeydedir.¹⁰

Mülteci kavramına hukukî bir bakış açısıyla yaklaşıldığında, mültecinin menşe devleti ile arasındaki bağın mümkün olduğunca zayıflamış olması gerektiği doktrinde savunulmaktadır. Bu bağ ne kadar zayıfsa bireyin menşe devletine olan aidiyeti ve o devletin birey üzerindeki egemenlik yetkisi de o kadar zayıf tezahür edecek ve bu durum bir başka devletin o birey üzerinde egemenlik yetkisini kullanmasını; dolayısıyla bireye sığınma tanıyabilmesini, ona menşe devletin sağlaması gereken korumayı ikame edebilmesini mümkün hale getire-

⁷ 5901 sayılı Kanun, 12.06.2009 tarih ve 27256 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak 25.09.2009 tarihinde kabul edilmiştir.

⁸ 6735 sayılı Kanun, 13.08.2016 tarih ve 29800 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak 28.07.2016 tarihinde kabul edilmiştir.

⁹ Neva Övünç Öztürk, Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 48.

¹⁰ Aybay, s. 20.

cektir. Bu sebeple mültecilik statüsü, bireyin zorunlu göçü ve korunma ihtiyacı unsurlarını içerisinde barındırmaktadır.¹¹

Ülkemize sığınma amacıyla gelen kişiler taşıdıkları kriterlere göre çeşitli statülere sahip olmaktadır. İç hukukumuzda; Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu¹²'nda mülteci kavramına ilişkin uluslararası koruma çeşitleri “mülteci”, “şartlı mülteci” ve “ikincil koruma” başlıkları altında ayrı ayrı tanımlanmıştır. Mülteci statüsünün kimlere verileceği Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 61. maddesinde düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca, *“Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir”*. Hükme göre, kişilerin ülkemizde mülteci statüsüne sahip olabilmesi için taşımaları gereken öncelikli kriter Avrupa ülkelerinden ülkemize gelmiş olmalarıdır.

Şartlı mülteci statüsüne sahip olabilecek kişiler ise YUKK m. 62 hükmünde düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca: *“Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında şartlı mülteci statüsü verilir. Üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, şartlı mültecinin Türkiye’de kalmasına izin verilir”*.

Mülteci ve şartlı mülteci statüsü verilmeyen kişilere ise ikincil koruma statüsü verilecektir. İkincil koruma statüsü alabilecek kişiler

¹¹ Öztürk, s. 66.

¹² 6458 sayılı Kanun, 11.04.2013 tarih ve 28615 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak 04.04.2013 tarihinde kabul edilmiştir.

YUKK m. 63 hükmünde düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca, *“Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek; işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak; uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir.”*

Ülkemize Suriye’deki savaş sebebiyle sığınan kişiler ise YUKK m. 91 kapsamında düzenlenen “geçici koruma” statüsüne sahiptir. Geçici koruma, büyük ölçüde meydana gelen kitlesel sığınma olaylarında acil çözümler bulmak üzere geliştirilen bir koruma biçimi olup, geçici korumada temel amaç, sığınmacıların acilen güvenli bir ortama erişimlerini sağlamak ve temel insan haklarını koruma altına almaktır. Bu temel ve acil gereksinimler sağlandıktan sonra sığınmacılara YUKK kapsamında statüler verilecektir. Geçici koruma sağlanan kişilerin bu statülerinin sona ermesi ya da durumlarının kalıcı çözüme ulaşması açısından dört alternatif çözümün varlığından söz edilmektedir. Bunlar; kendi ülkesine gönüllü dönüş, üçüncü bir ülkeye yerleşme, mülteci statüsüne veya başka bir uluslararası koruma statüsüne geçiş, ikamet veya çalışma gibi yabancılık statüsüne geçiştir.¹³

II. ÇALIŞMA İZİNİ

A. Genel Olarak

Geçmişten günümüze Türkiye’de yabancıların çalışma izinlerini ve ikamet şartlarını düzenleyen birçok kanun yürürlüğe girmiş ve her bir kanun diğerinden farklı koşulları hükme bağlamıştır. 2007 sayılı Türkiye’deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun¹⁴ ile yabancıların birçok alanda çalışması ve o meslekleri icra etmesi yasaklanmıştır. 2007 sayılı Kanun’un amacı, Türk

¹³ Çiçekli, s. 324.

¹⁴ 2007 sayılı Kanun, 16.06.1932 tarih ve 2126 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak 11.06.1932 tarihinde kabul edilmiştir.

vatandaşlarının istihdamını arttırarak yabancı işçilerin belirli alanlarda Türk vatandaşlarının meslek edinmelerini önlemelerinin önüne geçmektir. 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ile 2007 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış, yabancıların çalışma izni alabilecekleri meslek ve işkolları alanı bir nebze de olsa genişlemiş ve yabancıların belirli iş kollarında çalışabilmesi çalışma izni alabilmeleri şartına bağlanmıştır.¹⁵ Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'un öncelikli hedefi AB Müktesebatı'na¹⁶ uyum sağlamaktır. AB Müktesebatı'nın üstlenilmesine ilişkin Türkiye Ulusal Programında "Türk Mevzuatında Yapılması Gereken Değişiklikler ve Yenilikler" kısmında Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun tasarısına atıfta bulunulmuştur.¹⁷

6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu m. 27/7 uyarınca 4817 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. 6735 sayılı Kanun kurumsal altyapının güçlendirilmesini, kayıt dışı istihdam ile mücadelenin iyileştirilmesini, yerli-yabancı işgücü dengesini kurarak nitelikli yabancı işgücünden de yararlanılmasını amaçlamaktadır. Kanun, uluslararası işgücü potansiyeli hareketliliği de izlenerek AB üyelik sürecinde uygulanmakla yükümlü olunan müktesebata uygun olarak hazırlanmış olup yabancı istihdamına ilişkin işlemlerin etkin yönetilmesini sağlamakta ve içeriğinde Birleşmiş Milletler Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme ile Dünya Ticaret Örgütü Hizmet Ticareti Genel Antlaşması (GATS) kapsamında mal ve hizmet sektörlerine yönelik düzenlemeleri barındırmaktadır.¹⁸ 6735 sayılı Kanun'un uygulanmasına ilişkin yönetmelik halihazırda yürürlükte bulunmamaktadır. Bu sebeple 4817 sayılı Kanun'un uygulanmasına ilişkin yönetmeliğe niteliğine uygun düştüğü ölçüde 6735 sayılı Kanun'un uygulanmasında da başvurulabilecektir.

¹⁵ Aybay, s. 156; Gülören Tekinalp, Yabancılar Hukuku, Beta Yayınları, 8. Baskı, İstanbul, 2003, s. 121; Aysel Çelikel/Günseli Gelgel, s. 165; Nuray Ekşi, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular (temel), Beta Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2012, s. 94.

¹⁶ Avrupa Birliği Müktesebatı (acquis communautaire), temel Avrupa Birliği anlaşmalarında ve diğer, tüzük, karar yönerge gibi yardımcı hukuk kaynaklarında yer alan kural ve kurumlar bütünüdür ifade etmektedir.

¹⁷ Mustafa Alp, "Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2003, Cilt. 53, Sayı. 2, s. 36

¹⁸ 6735 sayılı Kanun genel gerekçesi, (<http://www.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0727.pdf>).

Yabancıların çalışma iznine ilişkin düzenlemelerdeki temel amaç, işçi istihdamının kontrollü ve hukuka uygun bir şekilde yerine getirilmesi, kayıt dışı istihdamın önüne geçilmesi, işsizliğin önlenmesi ve gerekirse kayıt dışı kazancın ekonomimize kazandırılmasıdır.¹⁹ Ayrıca belirtmek gerekir ki, YUKK m. 27 uyarınca çalışma izninin varlığı veya çalışma izninden muaf olunması halleri ikamet izni yerine geçmektedir ve yabancıların ayrıca bir ikamet izni başvurusunda bulunması gerekmemektedir. Ancak mülteci veya ikincil koruma statüsü dışındaki statüye sahip olan bir yabancıların ikamet izninin olması yabancıya çalışma izni vermemektedir, bu gruba giren yabancıların çalışma izni başvurusunda bulunmaları gerekmektedir. Şartlı mültecilerin ve geçici korunanların ikamet izinleri ise çalışma izinleri yerine geçmektedir.²⁰

B. Kapsam

6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu’nun 2. maddesi uyarınca, bu Kanun, Türkiye’de hâlihazırda çalışmakta olmayıp çalışmak için başvuruda bulunanlar veya hâlihazırda Türkiye’de çalışmakta olanlara; bir işveren yanında mesleki eğitim görmekte olan veya görmek üzere başvuru yapanlara; staj yapmak amacıyla başvuruda bulunan veya hâlihazırda staj yapanlara; Türkiye’de geçici nitelikte hizmet sunumu amacıyla bulunan sınır ötesi hizmet sunumunda görev alan yabancılar ile yabancı çalıştırmak üzere başvuruda bulunan gerçek veya tüzel kişilere uygulanacaktır.

6735 sayılı Kanun staj yapmak üzere başvuruda bulunan veya staj yapan yabancıları ve Türkiye’de geçici nitelikte hizmet sunumu amacıyla bulunan sınır ötesi hizmet sunucularını da Kanun kapsamına dâhil etmiştir.²¹ İki Kanun’da da karşılıklılık ilkesi, uluslararası hukuk ve Avrupa Birliği esasları dikkate alınarak çalışma izninden muaf tutulanlar veya diğer bir özel kanun hükmüyle farklı bir uygulamaya tabi olanlar kapsama dâhil edilmemiştir.

6735 sayılı ÜİK m. 3/f hükmünde; m. 2’de bahsedilen sınır ötesi

¹⁹ Halis Kıral, *Yabancıların Türkiye’de Çalışma Esasları*, Yorum Matbaacılık, Ankara, 2006, s. 30

²⁰ Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku (yabancı)*, Beta Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2016, s. 249.

²¹ Hediye Ergin, *Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 38.

hizmet sunucusundan ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Hüküm uyarınca sınır ötesi hizmet sunucusu, Türkiye’de geçici nitelikte olmak üzere ve herhangi bir hizmet sunumu amacıyla bulunan ve ücretini Türkiye’deki ya da Türkiye dışındaki kaynaktan alan yabancıyı ifade etmektedir.

C. Sınırlamalar

1932 tarihli ve 2007 sayılı Kanun kapsamında getirilen sınırlandırmalar 1950’lerde yapılan birçok değişiklikle yumuşatılmıştır. İlk değişiklikler 1950 yıllarında yapılmakla birlikte 1980’lerden itibaren bazı alanlarda 2007 sayılı Kanun’a istisnalar getirilmiştir. Bu alanların ilki, yabancı yatırımların teşviki kapsamında yabancı personel çalıştırılabilmesidir. Bu kapsamda öncelikle 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu²²’nin 7. maddesi ile bu Kanun gereğince kurulan teşebbüslerin etüt, kurulma ve işletme devrelerinde 2007 sayılı Kanun’daki yasakların üst düzey ve teknik personel açısından uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Yabancı Sermaye Çerçeve Kararnamesi ve bu kararname hakkında Tebliğ ile Türkiye’de özel sektörde işçi olarak istihdam edilecek yabancılardan idari ve teknik personel sıfatını haiz olanlara yeterli bilgi ve donanıma sahip olmaları şartını yerine getirmeleri halinde çalışma izni verilebileceği hükme bağlanmıştır.²³

3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu²⁴ m. 10 uyarınca serbest bölgelerde faaliyet gösteren işyerlerinde Serbest Bölgeler Genel Müdürlüğü’nden izin almak suretiyle yabancı uyruklu yönetici ve vasıflı personel çalıştırılabilmesi mümkündür. 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu²⁵’nin 18. maddesinde ise yabancı personel çalıştırılmasına ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Bu kapsamda işletmelerde, Kültür ve Turizm Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı’nın olumlu görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na verilen izinle yabancı uzman personel ve sanatkarlar çalıştırılabilmesi mümkündür; çalıştırılan ya-

²² 6224 sayılı Kanun, 23.01.1954 tarih ve 8615 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak 18.01.1954 tarihinde kabul edilmiştir.

²³ Alp, s. 35.

²⁴ 3218 sayılı Kanun, 15.06.1985 tarih ve 18785 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak 15.06.1985 tarihinde kabul edilmiştir.

²⁵ 2634 sayılı Kanun, 16.03.1982 tarih ve 17635 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak 12.03.1982 tarihinde kabul edilmiştir.

bancı personelin miktarı toplam personelin % 10’ unu geçemez ancak bu oranın Bakanlıkça % 20’ ye kadar artırılabilmesi mümkündür.

4817 sayılı Kanun ile yabancıların çalışması diğer kanunlarda belirtilen istisnai haller dışında çalışma izni alma şartına bağlanmıştır. Burada özel olarak değinilmesi gereken husus, ikinci derecede askeri yasak bölgelerde yabancılar için mutlak bir çalışma yasağının varlığıdır. 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu²⁶’nun 9. maddesi uyarınca ikinci derece kara askeri yasak bölgelerinde yabancıların çalışması yasaklanmıştır. Hangi bölgelerin ikinci derecede kara askeri yasak bölge teşkil edeceği Kanun’un 8. maddesinde hükme bağlanmıştır.

2007 sayılı Kanun m. 8 ile getirilen hükümle yabancıların il ve ilçe merkezleri dışında dükkân açma yasağı 4817 sayılı Kanun ile yürürlükten kalkmış olmakla birlikte 442 sayılı Köy Kanunu²⁷ m. 88 uyarınca yabancıların köylerde ikamet edebilmesi için İçişleri Bakanlığı’ndan izin almaları gerekmektedir.²⁸

Çalışma izni verilmesine ilişkin usulde diğer önemli bir husus, 4817 sayılı Kanun’un 14/b hükmünde yer alan çalışma izni başvurusuna konu iş için ülke içerisinde dört haftalık sürede o işi yapacak aynı niteliğe sahip bir kişinin bulunması halinde çalışma izni veya uzatma talebinin reddedilmesine yönelik düzenlemenin 6735 sayılı Kanun’da yer almamasıdır. Bu düzenlemenin temel amacı ülke içerisinden istihdam yerine yabancı istihdamının nedenini açığa kavuşturmak ve ülke içi istihdama öncelik vermektir.²⁹

6735 sayılı Kanun’un 19. maddesi ile Türkiye’de bir yükseköğretim kurumunda örgün öğretim programlarına kayıtlı yabancı öğrencilere çalışma izni alma koşulu ile çalışma hakkı tanınmıştır. Hüküm uyarınca, ön lisans ve lisans düzeyindeki öğrenciler ilk yıldan sonra ve kısmi süreli olarak çalışabileceklerdir. Burada kısmi süreli çalışma ile kast edilen, 4857 sayılı İş Kanunu³⁰’nun 13. maddesinde hükme bağ-

²⁶ 2565 sayılı Kanun, 22.12.1981 tarih ve 17552 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak 18.12.1981 tarihinde kabul edilmiştir.

²⁷ 442 sayılı Kanun, 07.04.1924 tarih ve 68 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak 18.03.1924 tarihinde kabul edilmiştir.

²⁸ Alp, s. 37-38.

²⁹ Alp, s. 40.

³⁰ 4857 sayılı Kanun, 10.06.2003 tarih ve 25134 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak

lanan ve Çalışma Sürelerine İlişkin Yönetmelikle ayrıntılı olarak düzenlenen kısmi süreli çalışmadır. Yönetmelik m. 6 uyarınca: “İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanı üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır”. Kanun’un 19/2. maddesi uyarınca örgün eğitim programlarına kayıtlı lisansüstü öğrenciler için bu sınırlamaların uygulanması söz konusu değildir.³¹

Yabancı öğrencilere verilen çalışma izinleri, öğrenci ikamet iznini ve bu ikamet izninin öğrenciye sağladığı hakları sona erdirir nitelikte değildir.³²

6735 sayılı Kanun’un 20. maddesi ile öğrenimini Türkiye’de bir yükseköğretim kurumunun mühendislik veya mimarlık fakültelerinde ya da yurtdışında ilgili ülke makamları ile Yükseköğretim Kurulu tarafından tanınmış bir yükseköğretim kurumunda tamamlayarak mühendis ve mimar unvanlarını almış olan yabancılara proje bazlı ve geçici süreli olmak üzere çalışma izni almak suretiyle mühendislik ve mimarlık mesleklerini icra etme hakkı tanınmıştır. Mühendis ve mimarların çalışma izni başvurularında 6735 sayılı Kanun’un 27/1. maddesi ve 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu³³nun 34. maddesi uyarınca Mühendis ve Mimarlar Odaları Birliği’nin görüşünün alınması gerekmektedir.

Eğitimlerini yurt dışındaki yükseköğretim kurumlarında tamamlayan Türk vatandaşları açısından dahi aranan diplomaların denkliği şartının proje bazlı geçici işlerde çalışacak yabancı mühendis ve mimarlar açısından aranmamasının temel sebebi, özellikle yatırım projelerinde denklik verilmesinin zaman alabilecek olması sebebiyle ortaya çıkabilecek sıkıntıları bertaraf etmektir.³⁴

Yönetmelik’in 20. maddesi kapsamında Türkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı sözleşmelerle sağlanan haklar saklı kalmak kaydıyla ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde çalışma izinlerinin, iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler istihdama ilişkin

22.05.2003 tarihinde kabul edilmiştir.

³¹ Ergin, s. 41.

³² Ekşi (yabancı), s. 240.

³³ 6235 sayılı Kanun, 04.02.1954 tarih ve 8625 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak 27.01.1954 tarihinde kabul edilmiştir.

³⁴ Ekşi (yabancı), s. 240-241.

sektörel ve ekonomik konjonktür koşullarının gerekli kıldığı hallerde belirli bir süre için tarım, sanayi veya hizmet sektörlerinde belirli bir meslek, işkolu veya mülkî ve coğrafi alan itibariyle sınırlandırılması mümkündür; ancak ikinci fıkrada bu sınırlandırmanın süresiz çalışma izni verilmesinde uygulanamayacağı hükme bağlanmıştır. 6735 sayılı Kanun kapsamında ilgili Yönetmelik maddesi değerlendirildiğinde tüm bu sayılanların işgücü politikası kapsamında değerlendirileceği ve sınırlandırılabilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Yeni Kanun’da aksine bir hüküm olmaması sebebiyle bu sınırlandırmanın yeni Kanun’da da süresiz çalışma izinlerine uygulanamayacağını kabul etmek mümkündür.

D. ÇALIŞMA İZİNİ TÜRLERİ

1. Genel Olarak

6735 sayılı yasada süreli çalışma izni, süresiz çalışma izni, bağımsız çalışma izni ve istisnai hallerde verilen çalışma izni olmak üzere dört tür çalışma izni düzenlenmiş olmakla birlikte yönetmelikte yasadan farklı olarak doğrudan yabancı yatırımlarda kilit personel statüsündeki yabancılara verilecek çalışma izni ve çalışma izni yükümlülüğünden muaf tutulma halleri düzenlenmiştir. Bu durumda sayılan dört çalışma iznine ek olarak kilit personel ve çalışma izninden muaf olanlar olmak üzere yabancıların çalışma izinlerini altı ayrı gruba ayırarak incelemek mümkündür.³⁵

Her çalışma izni için Kanun’da aranan şartlar çalışmamızda ayrıntılı olarak incelenecek olmakla birlikte burada belirtmek gerekir ki 4817 sayılı Kanun’un yürürlükte olduğu tarihte yabancıların çalışmasının millî güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlâk ve genel sağlık için tehdit oluşturmaması şartı Anayasa Mahkemesi’nin 14.1.2015, E. 2014/108, K. 2015/8 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.³⁶

2. Süreli Çalışma İzni

6735 sayılı Kanun m. 10/1 uyarınca yabancıya, iş veya hizmet sözleşmesinin süresini aşmamak şartıyla belirli bir işyerinde veya bunla-

³⁵ Alp, s. 38.

³⁶ Çelikel ve Gelgel, s. 171.

rın aynı işkolundaki işyerlerinde belirli bir işte çalışma koşulunun da sağlanması halinde ilk başvuruda üst sınır bir yıl olmak üzere süreli çalışma izni verilebilir. Eski düzenlemeden farklı olarak 6735 sayılı Kanun'da, alınan ilk bir yıllık çalışma izninin sonunda yapılan uzatma talebi sonucunda yabancıya aynı işverene bağlı olmak şartıyla ilk uzatma başvurusunda en çok iki yıl, sonraki uzatma başvurularında ise en çok üç yıla kadar çalışma izni verileceği hükme bağlanmıştır. Kanun hükmünde "sonraki uzatma başvuruları" ifadesinden, iki yıldan sonra 3'er yıllık periyotlarla çalışma iznine tekrar başvurabileceği anlaşılmaktadır. Farklı işveren yanında çalışmak üzere yapılacak başvurular ise bir uzatma başvurusu olarak kabul edilmeyip, ilk kez yapılan çalışma izni başvurusu olmak üzere m. 10/1 kapsamında değerlendirilecek ve yabancıya en çok bir yıla kadar çalışma izni verilecektir.

Eski düzenlemede yer alan süreli çalışma iznine sahip yabancıların eş ve bakmakla yükümlü olduğu yabancıyla birlikte en az beş yıl kesintisiz olarak Türkiye'de ikamet etmiş olmaları şartı³⁷ ile çalışma izni verilebileceğine ilişkin hüküm 6735 sayılı Kanun'da yer almamaktadır. Yabancıların eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarının da çalışma izninden faydalanabilmesine ilişkin düzenleme Turkuaz Kart sahibi yabancılarla ilişkin hükümde düzenlenmiştir. Turkuaz Kartla ilgili açıklamalar bölümünde bu hususlar ayrıntılı olarak incelenecek olup burada tarihsel yorum yönteminden faydalanarak Turkuaz Kart sahibi olmayan ve süreli çalışma iznine sahip olan yabancıların eş ve bakmakla yükümlü olan çocuklarına salt ikamet şartı ile süreli çalışma izni verilmesinin yeni Kanun ile ortadan kalktığı sonucuna varmak mümkündür.

3. Süresiz Çalışma İzni

Süresiz çalışma izni 6735 sayılı Kanun'da 10. maddenin 3. ve 4. fıkralarında düzenlenmiş olup Türkiye'de uzun dönem ikamet izni veya en az sekiz yıl kanunî çalışma izni olan yabancıların süresiz çalışma iznine başvurabileceği hükme bağlanmıştır. Hükümün devamında ya-

³⁷ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 28 uyarınca, zorunlu kamu hizmeti eğitim ve sağlık nedenleri hariç olmak üzere bir yılda altı ayı veya beş yıl içerisinde toplam bir yılı aşan Türkiye dışında kalışlar ikamette kesinti olarak kabul edilmektedir.

bancının başvuru şartlarını taşımasının yabancıya mutlak bir hak sağlamayacağı da ayrıca belirtilmiştir. Böylece eski düzenlemede yer alan “verilebilir” ifadesinin Bakanlık’a çalışma izninin verilmesi hususunda takdir yetkisi verip vermediğine ilişkin tartışmalara yeni düzenleme ile son verilmiştir.³⁸

Süresiz çalışma iznine sahip yabancı, uzun dönem ikamet izninin sağladığı haklardan faydalanacaktır. Esasen “uzun dönem ikamet izni” kavramında herhangi bir süre sınırlaması mevcut değildir. Uzun dönem ikamet izninin herhangi bir süreye tabi olmaması sebebiyle aslında “süresiz ikamet izni” olarak adlandırılması gerektiği görüşü doktrinde savunulmakta ve mevcut adlandırma eleştirilmektedir.³⁹ Bu hususta şahsi kanaatimiz de belirtilen görüş yönünde olup, “süresiz ikamet izni” kavramına daha yerinde olacağı yönündedir.

Uzun dönem ikamet izni olan yabancıların hakları YUKK m. 44’de düzenlenmekle birlikte 6735 sayılı Kanun m. 10/4 hükmünde ilgili YUKK maddesine aynen yer verilmiştir. İlgili hüküm, kanun yapma tekniği açısından eleştirilmektedir.⁴⁰ Bu hususta şahsi kanaatimiz de YUKK m. 44 hükmüne aynen yer verilmesi yerine ilgili hükme atıf yapılmasının daha yerinde olacağına yöneliktir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, süresiz çalışma iznine sahip yabancıların askerlik yapma yükümlülüğü olmadığı gibi, seçme, seçilme, kamu görevlerine girme hakkı bulunmamaktadır.

4. Bağımsız Çalışma İzni

6735 sayılı Kanun’da 4817 sayılı Kanun’dan farklı bir düzenleme yoluna gidilerek⁴¹ ikamet şartının sağlanması halinde yabancıya bağımsız çalışma izni verilebilmesine ilişkin hüküm kaldırılmış ve profesyonel meslek mensubu yabancılara diğer kanunlarda belirtilen özel şartların sağlanması kaydıyla bağımsız çalışma izni verilebileceği hükme bağlanmıştır. Profesyonel meslek mensubu kavramından ne anlaşılması gerektiği ise tanımlar bölümünde ayrıca açıklanmamıştır.

³⁸ Alp, s. 41; Karşı Görüşte, Ergin, s. 45; Hamit Tiryaki, Yabancıların Türkiye’de Çalışma İzinleri, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2016, s. 85.

³⁹ Ekşi (yabancı), s. 244.

⁴⁰ Ekşi (yabancı), s. 244.

⁴¹ Aybay, s. 162; Ekşi (temel), s. 99.

Düzenlemede bağımsız çalışma izninin uluslararası işgücü politikası kapsamında değerlendirileceği belirtilerek, bu değerlendirmede yabancının eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye'deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi, yabancı şirket ortağı ise sermaye payı ile uluslararası işgücü politikası danışma kurulu önerileri doğrultusunda Bakanlıkça belirlenecek diğer hususların dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır.

10/son maddesi uyarınca bağımsız çalışma izni bu maddede yer alan süre sınırlamalarına tabi olmaksızın süresiz olarak düzenlenecektir. Madde lafzından hareketle bağımsız çalışma izninde diğer izin çeşitlerinde olduğu gibi ilk başvuruda bir yıllık süre sınırlamasının olmadığı sonraki uzatma başvurularında da iki ve üç yıllık periyotların söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır.

5. Kilit Personel Çalışma İzni

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'⁴²nun 3/g. maddesi ve 4817 sayılı Kanun'un 23. maddesi hükümlerinde bahsedilen yönetmelik "Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik" (kilit personel yönetmeliği) dir. Yönetmelik'in 3. maddesinde de dayanak olarak ilgili husus belirtilmiştir. 6735 sayılı Kanun'un 26. maddesindeki atf hükmünün sonucu olarak, kilit personel uygulaması 6735 sayılı Kanun döneminde de devam etmektedir.

Yönetmelik, özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlarda ve irtibat bürolarında istihdam edilecek yabancı uyruklu kilit personele uygulanacaktır. Yönetmelik'in 4. maddesi uyarınca özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlar, 4875 sayılı Kanun kapsamına giren ve m. 4'deki şartların en az birini sağlayan şirket veya şubeyi ifade etmektedir. Madde kapsamında ana şirketin merkezinin bulunduğu ülkenin dışında en az bir ülkede daha doğrudan yabancı yatırımının bulunması şartı aranmakta; ayrıca diğer şartlarda belirtilen ortakların sermaye payı ve ihracat miktarlarının sayısal değerleri Bakanlık tarafından her yıl ayrıca düzenlenmektedir.⁴³

⁴² 4875 sayılı Kanun, 17.06.2003 tarih ve 25141 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak 05.06.2003 tarihinde kabul edilmiştir.

⁴³ 2017 yılı için belirlenen şartlar: yabancı ortakların toplam sermaye payının en az 1.333.150 Türk Lirası olması kaydıyla, şirket veya şubenin son yıl cirosunun en az

Doğrudan yabancı yatırım kavramından ne anlaşılması gerektiği ise 4875 sayılı Kanun’un 2/b. maddesinde tanımlanmıştır. Kilit personel kavramı da Yönetmelikte tanımlanmış olup, Türkiye’de kurulu bulunan ve tüzel kişiliğe sahip bir şirketin 4/IV. maddesinde belirtilen şartlardan⁴⁴ en az birini sağlayan personel “Kilit Personel” olarak kabul edilecektir.

Kilit personele sağlanan imtiyazlar ise Yönetmelik’in 12, 13 ve 14. maddesinde hükme bağlanmıştır. Hüküm uyarınca, Bakanlık kilit personel için yapılan çalışma izni veya süre uzatımı müracaatlarını, belgelerin tam ve eksiksiz olması kaydıyla, Bakanlığa müracaat tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde sonuçlandıracaktır.

Yönetmelik’in 2. ve 15. maddesi birlikte değerlendirildiğinde kilit personel kapsamına giren belirli kişilere çalışma izni verilmesinde Bakanlığın takdir yetkisinin var olmadığı ve Bakanlık tarafından yapılacak tek değerlendirmenin aranan şartların varlığını kontrolden ibaret olduğu ve şartlar sağlandığında çalışma izninin verilmesi gerektiği görüşü doktrinde savunulmaktadır.⁴⁵

6. İstisnai Çalışma İzni

6735 sayılı Kanun’un 16. maddesi kapsamında istisnai çalışma izni verilebilecek haller hükme bağlanmıştır. İstisnai çalışma iznine baş-

100,2 milyon Türk Lirası olması; yabancı ortakların toplam sermaye payının en az 1.333.150 Türk Lirası olması kaydıyla, şirket veya şubenin son yıl ihracatının en az 1 milyon ABD Doları olması; yabancı ortakların toplam sermaye payının en az 1.333.150 Türk Lirası olması kaydıyla, şirket veya şubede son yıl içinde Sosyal Sigortalar Kurumu’na kayıtlı en az 250 personelin istihdam edilmesi; şirket veya şubenin yatırımda bulunacak olması halinde, öngörülen asgari sabit yatırım tutarının en az 33,3 milyon Türk Lirası olmasıdır.

⁴⁴ Hüküm uyarınca şirketin üst yönetiminde ya da yürütme pozisyonunda çalışmak; şirketin tamamını veya bir bölümünü yönetmek; şirketin denetçilerinin, idarî veya teknik personelinin işlerini denetlemek veya kontrol etmek; şirkete yeni personel almak ya da mevcut personelin işine son vermek veya bu konularda teklif yapmak; alanlarından en az bir tanesinde görev alan veya bu konularda yetki sahibi, şirket ortağı, yönetim kurulu başkanı, yönetim kurulu üyesi, genel müdür, genel müdür yardımcısı, şirket müdürü, şirket müdür yardımcısı ve benzeri mevkilerde görev yapan kişi; şirketin hizmetleri, araştırma cihazları, teknikleri ya da yönetimi için temel sayılan bilgiye sahip kişi; irtibat bürolarında, yurt dışındaki ana şirket tarafından adına yetki belgesi düzenlenen en fazla bir kişi kilit personel olarak kabul edilecektir.

⁴⁵ Alp, s. 45.

vurma hakkına sahip yabancılara Kanun'un 7, 9 ve 10. maddesinde düzenlenen (çalışma izni başvurusu, başvurunun değerlendirilmesi, başvurunun reddi ve çalışma izni türleri hakkındaki) hükümlerin uygulanmasında istisna tanınabileceği belirtilmiştir.

İstisnai çalışma iznine Bakanlıkça belirlenen uluslararası işgücü politikasına uygun olmak üzere eğitim düzeyi, ücreti, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ve benzeri özellikleri itibarıyla nitelikli işgücü olarak değerlendirilen; bilim ve teknolojiye katkısı, yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü ve benzeri özellikleri itibarıyla nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen; belirli bir süre için işvereni tarafından Türkiye'de gerçekleştirilen bir projede istihdam edilen; İçişleri Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığı tarafından Türk soylu olduğu bildirilen; Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşı olan; Avrupa Birliği üyesi ülke vatandaşı olan; 6458 sayılı Kanun uyarınca uluslararası koruma başvurusu sahibi, şartlı mülteci, geçici koruma sağlanan veya vatansız ya da mağdur destek sürecinden yararlanan insan ticareti mağduru sıfatını haiz olan; bir Türk vatandaşı ile evli ve eşiyle Türkiye'de evlilik birliği içinde yaşayan; Yabancı devletlerin ve uluslararası kuruluşların Türkiye'deki temsilciliklerinde diplomatik dokunulmazlığı olmadan çalışan; alanındaki başarısı ile uluslararası düzeyde temayüz etmiş olarak bilimsel, kültürel, sanatsal veya sportif amaçla Türkiye'ye gelen; sınır ötesi hizmet sunucusu sıfatını haiz olan yabancılar başvurabileceklerdir.

7. AB Vatandaşlarının İstisnai Çalışma İzni

İstisnai çalışma izni, 6735 sayılı Kanun'un 16. maddesinde düzenlenmiş olup; 4817 sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği'nin 50. maddesi uyarınca, Avrupa Ekonomik Topluluğu-Türkiye Ortaklık Konseyi'nin 1/80 sayılı Kararı⁴⁶nın, bu yabancıların iş piyasasına girmeleri ile ilgili daha lehte olan 6. ve 7. maddelerinin hükümleri, söz konusu Kararın 11. maddesiyle bağlantılı olarak saklı tutulmuştur.⁴⁷ Kararın 11. maddesi uyarınca, Türkiye'deki iş gücü piyasasına yasal olarak dâhil bulunan üye devlet vatandaşları ve onunla birlikte oturma hakkına

⁴⁶ Ortaklık Konseyi Kararı (OKK), (https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/okk_tur.pdf).

⁴⁷ Aybay, s. 164; Ekşi (temel), s. 101; Alp, s. 49.

sahip olan aile bireyleri, Türkiye’de; 6, 7, 9 ve 10. maddelerde öngörülen hak ve avantajlardan, bu maddelerde belirtilen şartlara uymak kaydıyla, faydalanacaklardır. Kararın kapsamına sadece Avrupa’daki Türkler girmemekle birlikte Türkiye’deki AB vatandaşları da girmekte ve 6. İle 7. maddede bahsedilen AB vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanmaktadır.

Kararın 6. maddesinin kapsamına yasal olarak AB üyesi ülkede ikamet eden ve o ülkenin işgücü piyasasına dâhil olan Türk işçileri girmektedir ve bu işçiler (Aile bireylerinin serbestçe işe girmelerine ilişkin 7. madde hükmü saklı kalmak kaydıyla);

1) Üye devlette bir yıllık yasal çalışmadan sonra, eğer iş mevcut ise, aynı işverenin yanında çalışma iznini yenileme hakkına,

2) Üye devlette, üç yıllık yasal işten sonra ve Topluluk üye devletleri işçilerine tanınan öncelik saklı kalmak kaydıyla, dilediği bir işveren yanında, ancak aynı meslek için, üye devletin iş bulma kurumlarına kayıtlı ve normal şartlarda yapılmış bir iş teklifine başvurma hakkına,

3) Üye devlette, dört yıllık yasal çalışmadan sonra, dilediği bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkına

sahiptirler.

Kararın 7. maddesinde ise üye devletin işgücü piyasasına yasal olarak dâhil bulunan Türki işçisi ile birlikte oturan aile bireyelerine, o üye devlette üç yıl ikamet ettikten sonra, Topluluk üye devletleri işçilerine tanınan öncelik saklı kalmak kaydıyla her türlü işe başvurma; üye devlette beş yıl ikamet ettikten sonra, diledikleri bütün ücretli işlere serbestçe girme; ev sahibi ülkede mesleki bir eğitim programını tamamlayan Türk işçi çocuklarına, bu üye devletteki oturma sürelerine bakılmaksızın, anne veya babasından birinin ilgili üye devlette en az üç yıldır yasal olarak çalışıyor olması kaydıyla, söz konusu üye devlette, her türlü işe başvurma hakkı tanınmıştır.

Ortaklık Konseyi Kararı (OKK) m. 11 ve Yönetmelik m. 50 uyarınca Türkiye’de işgücü piyasasına dâhil edilen AB vatandaşı işçilere ve onların birlikte ikamet ettikleri aile bireyelerine OKK m. 6 ve 7 kapsamındaki haklar tanınmaktadır. İşçilerin aile bireyleri de üç yıl birlikte ikamet sonucunda süresiz çalışma iznine hak kazanacaklardır. İstisnai

çalışma izninde Bakanlığın takdir yetkisini AB vatandaşları açısından ortadan kalktığını söylemek mümkündür.⁴⁸

İlk kez çalışma izni talebinde bulunanlar ile bağımsız çalışanlar ilgili hükümlerin kapsamı dışında kalmaktadır. Türkiye’de bir yıl yasal olarak çalışmış kişiler aynı işveren yanında çalışma olanakları varsa çalışma izinlerinin üç yıla kadar uzatılmasını talep hakkına sahiptirler. Üç yılın sonunda aynı meslekle sınırlı olmak üzere Türk başvuruların önceliği saklı kalmak kaydıyla işyeri sınırlaması olmaksızın başvuruların çalışma izni uzatılacaktır. OKK ile Kanun arasında farklılık oluşturacak hükümlerin yer alması halinde ise yabancı lehine olan hükümler uygulama alanı bulacaktır. Burada böyle bir yorum yapılmasının sebebi 6735 sayılı Kanun’un henüz yürürlükte olan bir yönetmeliğinin var olmamasıdır. 6735 sayılı Kanun’da 2 yıl; OKK 6. madde hükmünde 3 yıl olarak belirlenen uzatma sürelerinde şahsi kanaatimizce yabancı lehine olan 3 yıl uygulama alanı bulmalıdır.

8. Çalışma İzninden Muafiyet

6735 Sayılı Kanun’da çalışma izninden muafiyet hali m. 13 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olup çalışma izninden muaf tutulan yabancıların kimler olacağı hususu 4817 sayılı eski Kanun’daki gibi spesifik bir maddede düzenlenmeyerek çeşitli maddelerde muaf olma şartları hükme bağlanmıştır. Diğer kanunlarda Türkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar veya uluslararası sözleşmelerdeki özel hükümler saklı kalmak üzere; 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 28. maddesi kapsamında çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilere tanınan haklar saklı tutulmuştur. 6735 sayılı Kanun kapsamında çalışma izninden muaf olabilecek kişiler, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁴⁹na göre kurulmuş anonim şirketlerin Türkiye’de ikamet etmeyen yönetim kurulu üyesi ve diğer şirketlerin yönetici sıfatı olmayan ortağı ile Türkiye’de gerçekleştirdiği faaliyetleri yüz seksen gün içinde doksan günü geçmeyen sınır ötesi hizmet sunucusu olan; yabancı ülkelerin Türkiye’deki diplomatik ve konsüler temsilciliklerinin bağlı birimi olarak faaliyet gösteren okullarda, kül-

⁴⁸ Alp, s. 51.

⁴⁹ 6102 sayılı Kanun, 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak 13.01.2011 tarihinde kabul edilmiştir.

tür kurumlarında ve din kurumlarında görevli olan ile özel hizmetinde çalışan; 6458 sayılı Kanun uyarınca uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş veya şartlı mülteci sıfatını haiz olan yabancılardır. Uluslararası koruma statüsünden faydalanan yabancılar, uluslararası koruma başvurusu tarihinden; geçici koruma sağlanan yabancılar ise geçici koruma kimlik belgesinin düzenlendiği tarihten altı ay sonra çalışma izni muafiyeti için Bakanlığa başvurma hakkına sahiptirler.

6735 sayılı Kanun’un 14. maddesi kapsamında düzenlenen yabancı ülkelerin Türkiye’deki diplomatik ve konsüler temsilciliklerinde çalışan kişilerin muafiyet başvurularının Dışişleri Bakanlığı’na yapılması gerekmektedir. Bu gruba giren yabancıların muafiyet başvurusu hakkında İçişleri Bakanlığının olumlu görüşünün alınması zorunludur.

III. TURKUAZ KART

Turkuaz kart, 4817 sayılı Kanun’da yer almayan, 6735 sayılı Kanun’un 11. maddesi ile getirilen bir uygulamadır. Kanun 13.08.2016 tarihinde yürürlüğe girmiş olup ilgili Turkuaz Kart Yönetmeliği 6735 sayılı Kanun’un 11. ve 25. maddelerine dayanılarak 14.03.2017 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmelik’in 4. maddesi uyarınca Turkuaz Kart, sahibi olan yabancıya süresiz çalışma ve ikamet, yabancıнын eşi ile kendisinin veya eşinin ergin olmayan veya bağımlı olan çocuklarına ise ikamet hakkı veren belge olarak tanımlanmıştır.

6735 sayılı Kanun’un 11. maddesi uyarınca uluslararası işgücü politikası doğrultusunda eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye’deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara göre başvurusu uygun görülen yabancılara Turkuaz Kart verilecektir. Kanaatimizce Kanun hükmünde yer alan “verilir” ifadesi “verilebilir” olarak anlaşılmalıdır; çünkü hükümde sayılanlar nitelik olarak Bakanlığın takdir yetkisi kapsamında değerlendireceği hususlardır. Yönetmelik’in 5. maddesinde Turkuaz Karta hak kazanacak kişiler belirtilmiş olup ilgili hükümde kanun hükmünün aksine “verilebilir” ifadesi yer almaktadır.

Yönetmelik hükmü uyarınca, eğitim düzeyi, ücreti, mesleki bilgisi ve deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ve benzeri nitelikleri itibarıyla yüksek nitelikli işgücü olarak değerlendirilen; yatırım ve ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü ve teknolojik gelişmeye yaptığı katkı ve benzeri özellikleri itibarıyla yüksek nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen; bilimsel ve teknolojik gelişmeye katkı sağlayan veya bilim, sanayi ve teknoloji alanlarında uluslararası düzeyde ülke menfaatleri açısından stratejik kabul edilen çalışmalar ve araştırmalar yapan bilim insanı veya araştırmacı; kültürel, sanatsal veya sportif faaliyetler açısından uluslararası düzeyde başarılı olan; Türkiye'nin veya Türk kültürünün uluslararası tanınırlığına veya tanıtımına katkı sağlayan, Türkiye'nin millî menfaatlerine ilişkin hususlarda uluslararası düzeyde faaliyette bulunan yabancılara turkuaz kart verilebilir.

Turkuaz Kart başvurusu, yurt içinde doğrudan sistem üzerinden, yurt dışında ise yabancının vatandaşlığına sahip olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türk dış temsilciliğine yapılabilir. Yurtdışından yapılan başvurularda Turkuaz Kart sahibi yabancının yakınının ikamet izni başvurusu için gereken bilgilerinin bulunmaması halinde bu kişilerin başvurularının Türkiye'ye giriş tarihlerinden itibaren vize veya vize muafiyeti sürelerini aşmamak kaydıyla en geç doksan gün içerisinde Bakanlığa yapılabilmesi mümkündür. Turkuaz Kart başvurusu sırasında ibraz edilmesi gereken belgeler başvuran yabancının çalışacağı iş kolu ve meslek dalına ilişkin farklı nitelikler arz edecek şekilde Yönetmelik m. 8 hükmünde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Başvurunun değerlendirilmesinde uluslararası işgücü politikası doğrultusunda Genel Müdürlükçe (Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü) belirlenen kıstaslar ve bu kapsamda oluşturulan puan sistemi kullanılacaktır. Puanlama sisteminde öncelikle yabancılar çeşitli değerlendirme gruplarına ayrılacaklardır. Gruplara ayrılan yabancıların başvuruları ait oldukları gruba özel belirlenen kriterlere göre puanlandırılacaktır. Bu kapsamda yabancılar nitelikli işgücü; nitelikli yatırımcı; bilim insanı veya araştırmacı; kültürel sanatsal veya sportif faaliyetlerde uluslararası başarılı olan yabancı; Türkiye'nin veya Türk kültürünün uluslararası tanınırlığına veya tanıtımına katkı sağlayan, Türkiye'nin millî menfaatlerine ilişkin hususlarda uluslararası düzeyde faaliyette bulunan yabancı olmak üzere kategorilere ayrılacaklardır.

Kategorilere ayırma işleminden sonra puanlama her kategori için yabancıların ülke ekonomisine ve gelişmişlik düzeyine sağlayacağı katkı, yabancıların uluslararası başarıları, gerçekleştireceği faydalı etkinlikler, meydana getireceği farklılık, Türkiye’nin ve Türk kültürünün tanınması amacıyla yürüttüğü faaliyetler gibi kıstaslar üzerinden yapılacak değerlendirme ile puanlama işlemi sonuçlandırılacaktır.

Başvurunun değerlendirilmesi aşamasında Bakanlık, ilgili mercilerden gerek gördüğü takdirde görüş alabilir. Görüşü talep edilen merci on beş gün içerisinde görüşünü Bakanlığa bildirmekle yükümlüdür, yeterli sürenin bulunmaması halinde merci, on beş günü geçmemek üzere ek süre talep edilebilir. Millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hususlar saklı kalmak üzere, süresi içerisinde Bakanlığa görüş bildirilmemesi halinde merciinin görüşü yabancıların Turkuaz Kart sahibi olmasına ilişkin olumlu görüş olarak kabul edilecektir. Bu husus idarenin susması halinde bu susmanın zımnî ret anlamına gelmesi kuralının bir istisnasıdır. Bu düzenleme, eleştiri konusu olabilecek niteliktedir zira ülkemizde devlet kurumlarındaki yoğunluk ve iş yükü sebebiyle merciinin gerekli sürede Bakanlık’a görüş bildirememesi ihtimal dâhilinde olan bir durum olup, bu durum en az üç yıl istihdam edecek ve ailesini de beraberinde getirecek yabancıların lehine sonuç doğurmamalıdır. Bu hususta şahsi kanaatim, merciinin süresi içerisinde görüş bildirmemesi halinde Bakanlık’ın başvuru sebebi kapsamında gerekli araştırmayı kendi bünyesinde gerçekleştireceğine ve bu durumun yabancıların lehine bir kabul teşkil etmeyeceğine yönelik bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu yönündedir.

Başvurusu kabul edilen yabancıya Turkuaz Kart, ilk üç yılı geçiş süresi olma koşulu ile verilecektir. Bakanlık ihtiyaç gördüğü hallerde takdir yetkisine bağlı olarak geçiş sürecinde yürütülen faaliyetlerle ilişkin yabancılarından bilgi ve belge talep edebilir. Geçiş sürecinde yabancıların faaliyetlerini izlemek üzere Genel Müdürlükçe bir uzman görevlendirilir ve görevlendirilen uzman tarafından on iki aylık periyotlarda içeriği Genel Müdürlükçe belirlenecek raporlar hazırlanması gerekmektedir.

Turkuaz kart sahibi yabancıların geçiş süresi kaydının kaldırılması ve sürekli Turkuaz Kart verilmesine yönelik talepleri için geçiş süresinin dolmasına yüz seksen gün kalmasından itibaren ve her halde ge-

çiş süresi dolmadan önce başvuruda bulunması gerekmektedir. Süre dolduktan sonra başvuru yapılması halinde geçiş süresinin kaldırılmasına ilişkin başvuru reddedilip Turkuaz Kart geçersiz hale gelecektir. Yabancıнын talep tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ilgili uzman, yabancı hakkında nihai raporunu hazırlayacak ve bu raporun olumlu olması halinde Genel Müdürlükçe Turkuaz Karttaki geçiş süresi kaydı kaldırılacaktır. Uzman tarafından hazırlanan raporun olumsuz olması halinde Genel Müdürlükçe değerlendirme yapılacak ve geçiş süresinin uzatılmasına veya geçiş süresinin sonlandırılması suretiyle Turkuaz Kartın iptal edilmesine karar verilecektir. Geçiş süresi kaydının kaldırılmasına ilişkin talebin yerinde görülmesi halinde ise yabancıнын Turkuaz Karttaki süre kaydı kaldırılarak Kart süresiz hale getirilecektir.

Turkuaz Kart sahibi yabancı süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanmaktadır. Turkuaz Kart sahibi yabancılar Türkiye’de askerlik yapma yükümlüğünden muaftırlar. Seçme ve seçilme ile kamu görevlerine girme haklarından yararlanmaları mümkün değildir. Kural olarak bu gruba giren yabancıların Türkiye’de ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticari faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz mallarına ilişkin konularda yapılacak işlemler ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından Türk vatandaşlarına uygulanan hükümlere tabi olarak gerçekleştirilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, özel kanunlarda bu işlemlere ilişkin Türk vatandaşı olma şartının özel olarak aranması halinde yabancıların Türk vatandaşlarına tanınan haktan yararlanmaları söz konusu olmayacaktır. Turkuaz Kart sahibinin ve yakınının millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek herhangi bir halinin bulunmaması ve Turkuaz Karttaki geçiş süresi kaydının kaldırılması halinde Bakanlıkça Turkuaz Kart sahibinin vatandaşlık alması teklif edilebilecektir. Bu halde Kart sahibi 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu m.12/1-b kapsamında vatandaşlık alması zaruri görülen kişiler kapsamına girmek suretiyle Türk vatandaşlığına hak kazanacaktır.

Turkuaz kart sahibi yabancıнын eşi ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına kart sahibi yabancıнын yakını olduklarını gösteren ve ikamet izni yerine geçen nitelikte belge verilecektir. Turkuaz kart sahibi yabancıнын yakınlarının çalışma izni olmayıp ikamet izni vardır. Turkuaz kart uygulamasına benzer uygulamaların yer aldığı ülkelerde kart sahibinin aile üyelerine sadece aile üyesi olmaları sebebiyle kart verilmektedir ve bu kişiler herhangi bir değerlendirme olmaksızın

çalışma iznine sahip olmaktadır. Ülkemizde ise aile fertlerinin sadece ikamet iznine sahip olması uygulamanın temel hedefine uygundur zira aile fertlerinin ülke ekonomisine katkısı değerlendirilmeden kişilere direkt çalışma izni verilmesi Turkuaz Kart uygulamasının temel amacına aykırılık teşkil edecektir. Geçici koruma sağlanan yabancılara ise m. 11/6 kapsamında Turkuaz Kart verilmesi mümkün değildir.

Turkuaz Kart başvurularının değerlendirilmesi ve Kart sahiplerinin çalışacağı alanların belirlenmesinde uluslararası işgücü politikası kapsamında belirli bir süre ile sınırlı olmak üzere tarım, sanayi veya hizmet sektörleri belirli meslek işkolu veya mülki ve coğrafi alan bakımından Bakanlık tarafından bir sınırlama yapılması veya bu faaliyetlerin durdurulması mümkündür. Burada önemli olan husus Bakanlığın bu sınırlama veya durdurma hakkının belirli bir süre ile sınırlı olma koşuluna bağlanmış olmasıdır. İlgili düzenlemelerde bu sürenin uzatılabileceğine ilişkin hüküm olmaması sebebiyle şahsi kanaatim sınırlamanın belirli bir süre ile sınırlı olarak yapılabileceği ve uzatılmaya çağına yöneliktir.

Turkuaz Kartın iptaline sebep olacak haller Yönetmelik’in 22. maddesinde düzenlenmiştir. Turkuaz Kartın geçerlilik tarihinden itibaren altı ay içerisinde Türkiye’ye gelinmemesi veya mücbir sebep olmaksızın iki yıldan uzun bir süre aralıksız yurt dışında kalınması; Dışişleri Bakanlığı veya İçişleri Bakanlığı’nın uygun görüşünün bulunması halleri saklı kalmak üzere pasaport veya pasaport yerine geçen belgenin geçerliliğini kaybetmesi; yabancının kanun hükümlerine aykırı bir şekilde veya kayıt dışı çalıştığına tespit edilmesi; yabancının en az bir yıl kesintisiz olarak çalışmadığının tespit edilmesi; gözlem raporlarında yabancının kart alma için aranan nitelikleri kaybettiğinin anlaşılması; İçişleri Bakanlığı’nca yabancının YUKK uyarınca Türkiye’ye girişine izin verilmeyecek, vize verilmeyecek veya sınır dışı etme kararı alınacak yabancılar kategorisinde olduğunun bildirilmesi; yabancının kamu sağlığı, kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından Türkiye’de çalışmasının sakıncalı olması hallerinde Turkuaz Kart iptal edilecektir.

Yabancının Turkuaz Kartının iptal edilmesi halinde Turkuaz Kartta tekrar başvurunun nasıl gerçekleştirileceği hususunda yönetmelikte herhangi bir düzenleme bulunmaması eleştirilmesi gereken bir husustur zira hâlihazırdaki düzenlemede Turkuaz Kartın iptali halinde ya-

bancının ülkeyi terk ederek ülke dış temsilciliklerine tekrar başvuruda bulunması ve art arda geçici süreli Turkuaz Kart alabilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu açıdan şahsi kanaatim Turkuaz Kartı iptal edilen yabancıların diğer başvurularında bu hususun iptal sebebine göre bir ret sebebi teşkil edip etmeyeceği yönünde bir düzenlemenin varlığına gerek olduğu yönündedir. Bu konuda Turkuaz Kartın geçici süreli olarak verilme sayısına bir sınırlandırma getirilmesi de yerinde olacaktır.

Turkuaz Kart uygulamasına benzer uygulamalar Türkiye haricinde Amerika, Kanada gibi birçok ülkede yer almaktadır. Yabancılar farklı bir statü kazandıran bu uygulamada temel amaç nitelikli işgücü istihdamını sağlamaktır. Uygulanacak puan sistemi sayesinde nitelikli ve çeşitli alanlarda özel bilgi ve beceriye sahip yabancıların istihdamı sağlanacaktır. Bu açıdan Turkuaz Kart uygulaması hakkındaki şahsi kanaatim gerekli ve yerinde bir uygulama olduğuna yöneliktir. İlk üç yılın geçiş süresi niteliğinde olması, puanlama sisteminin varlığı ve kart sahiplerinin yerine getirmesi gereken yükümlülükleri yerine getirmemesi ihtimalinde kartın iptalinin söz konusu olması sebebiyle denetim mekanizmasının da düzgün işlemesi halinde Turkuaz Kart uygulaması ülkemizdeki yabancıların istihdamına yeni bir kategori kazandıracaktır.

IV. SÜREÇ VE USUL

Çalışma izni uluslararası işgücü politikası esas alınarak Bakanlıkça verilecektir. 6735 sayılı Kanun'un 3/1-b. hükmünden de anlaşıldığı üzere "Bakanlık" ifadesiyle anlaşılması gereken Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'dır. Çalışma izni başvuruları m. 7 uyarınca yurt içinde doğrudan Bakanlığa, yurt dışında başvuran yabancıların vatandaş olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri veya başkonsolosluklarına yapılabilir.⁵⁰ Bu durumun istisnası ise Yönetmelik'in 7. maddesinde düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca, yurt içinden sadece ve en az altı ay süreli ikamet tezkeresi almış ve bu ikamet tezkeresinin süresi sona ermemiş olan yabancılar veya yabancıların işverenleri başvurularını doğrudan Bakanlık'a yapabilir.

⁵⁰ Çiçekli, s. 113.

Çalışma izni başvurusunun kim tarafından yapılacağı hususunda dünyada iki farklı sistem bulunmaktadır. Almanya, Fransa ve İsveç’te başvurunun bizzat işçi tarafından yapılması gerekirken, İtalya, İngiltere, İsviçre ve Hollanda gibi ülkelerde başvurunun yabancı işçiyi istihdam edecek işveren tarafından yapılması gerekmektedir. Türk Hukukunda ise karma sistem benimsenmiştir. Türkiye dışında bulunan yabancıların başvuruları kendilerinin yapması gerekmele birlikte ikamet izni bulunan yabancıların başvurularının istihdam edecek işvereni veya kendisi tarafından yapılabilmesi mümkündür.⁵¹

Başvuru için istenilen belgelerin elektronik başvuruyu takip eden altı iş günü içerisinde Bakanlığa ulaştırılması gerekmektedir.⁵² Çalışma izninden muaf olmak için yapılan başvurular da aynı kurum ve kuruluşlara yapılmalıdır. Çalışma izni başvurularının yetkili aracı kurum tarafından da yapılabilmesi mümkündür. Kanun’un 3/1-i. maddesinde, yetkili aracı kurum, nitelikleri ve görev çerçevesi yönetmelikle belirlenen ve Bakanlık tarafından yetkilendirilen kurum ve kuruluş olarak ifade edilmiştir. Yabancıların başvurusu üzerine Bakanlık gerekli gördüğü hallerde kamu kurum ve kuruluşlar ile gerçek ve tüzel kişilerden bilgi ve belge talep edebilecektir.

6735 sayılı Kanun’un 7/8. maddesi uyarınca da yapılan başvuruların gereken belgelerin tam olması şartıyla otuz gün içerisinde sonuçlandırılacağı hükme bağlanmıştır. Kilit Personel Yönetmeliği’nin 12. maddesi kapsamında kilit personellerin yapacağı başvurular ise en geç on beş gün içerisinde sonuçlandırılacaktır.

Çalışma izni uzatma başvurusu çalışma izni süresinin dolmasından altmış gün önce ve her durumda çalışma izni süresi dolmadan önce yapılmalıdır. Belirtilen süreler dolduktan sonra başvuru yapılması halinde başvuran kişi yeterli şartları sağlasa dahi 6735 sayılı Kanun m. 7/3’de düzenlenen emredici hüküm sebebiyle başvurusu reddedilecektir. Başvuruda eksik bilgi veya belgelerin olması halinde ilgili eksiklikler tamamlanana kadar başvurunun değerlendirmesi Bakanlık tarafından ertelenecektir. Kural olarak erteleme süresi otuz günü aşamaz. Bilgi veya belge eksikliklerinin tamamlanmasını engelleyen bir mücbir sebebin varlığı resmî makamdan alınan belgeyle is-

⁵¹ Tiryaki, s. 35.

⁵² Çiçekli, s. 114.

patlanabiliyorsa erteleme süresi otuz günden fazla olabilir. Erteleme süresi sonunda eksiklik başvuran tarafından tamamlanmazsa başvuru reddedilecektir.

6735 sayılı Kanun ile birlikte 4817 sayılı Kanun'un 12. maddesinde yer alan ön izin müessesesi zorunlu hale getirilmiş ve kapsamı değiştirilmiştir. 6735 sayılı Kanun'un 8. maddesinde, eski Kanun'dan farklı olarak var olan ön izin müessesine yükseköğretim kurumlarında çalışacak yabancı öğretim elemanları da dâhil edilmiştir. Bu kapsamda mesleki yeterlilik gerektiren sağlık ve eğitim hizmetlerinde çalışacak yabancıların çalışma izni başvurularının değerlendirilmesi için ön izin alınması zorunlu hale gelmiştir. Ön izin için sağlık hizmetlerinde Sağlık Bakanlığı, eğitim hizmetlerinde Millî Eğitim Bakanlığı başvuruda bulunan yabancılara ön izin vermeye yetkilidir. Ön izin başvurusunda bulunan yabancıların başvurusu gerekli nitelik ve uzmanlığa sahip olmamaları sebebine dayalı olarak reddedilemeyecektir. Çalışma izni alındıktan sonra yapılacak uzatma başvurularında da ilgili Bakanlığın veya Yüksek Öğretim Kurulunun ön izni alınmalıdır. Ayrıca; 5746 sayılı Araştırma Geliştirme ve Tasarım Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun⁵³ kapsamında Ar-Ge merkezi belgesi olan firmalarda AR-GE personeli olarak çalışacak yabancıların çalışma izni başvurularında Bilim Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'nın olumlu görüşünün alınması zorunludur. Bakanlığın olumlu görüşü üzerine yabancıların çalışma izni başvurusu değerlendirilecektir ve bu hususta Bakanlığın olumlu görüşünün bir ön şart niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür.

6735 sayılı Kanun ile ön izin kapsamında Ar-Ge personeline ve 17. maddede belirtilen uluslararası koruma kapsamındaki yabancılara çalışma izni ve çalışma izni muafiyeti verilmesine ilişkin İçişleri Bakanlığı'nın görüşünün alınması halleri saklı kalmak üzere çalışma izni için görüş alınması m. 7/5 kapsamında Bakanlığın takdir yetkisine bırakılmıştır.⁵⁴ Uluslararası işgücü politikasının belirlenmesine ilişkin ise Bakanlığın kurum ve kuruluşların görüşlerine başvurabileceği belirtilmiştir. Burada Yönetmelik'in 13. maddesi kapsamında İŞKUR raporları uluslararası işgücü politikasının belirlenmesi hususunda et-

⁵³ 5746 sayılı Kanun, 12.03.2008 tarih ve 26814 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak 28.02.2008 tarihinde kabul edilmiştir.

⁵⁴ Ergin, s. 44.

kili olacaktır.⁵⁵ Yeni Kanun’da Bakanlığın takdir yetkisine bağlı olarak gerekli gördüğü hallerde ilgili kurum ve kuruluşların görüşüne başvuracağına belirtilmiş olması, Bakanlığa verilen bu yetkiyi sınırlandıran hallerin Kanun’da sınırlayıcı olarak sayılması ve Yönetmelik’in atf yaptığı maddelerin yeni Kanun’da yer almaması sebebiyle kanaatimizce yeni Kanun’un uygulanmasına ilişkin yönetmelik yürürlüğe girene kadar eski yönetmelikte görüş alma zorunluluğunu düzenleyen haller, normlar hiyerarşisinin de bir sonucu olarak artık uygulama alanı bulamayacaktır.

Kanun’un 18. maddesinde 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu kapsamında çalışacak yabancıların çalışma izni başvurularını Ekonomi Bakanlığı’na yapacağı hükme bağlanmıştır. Ekonomi Bakanlığı tarafından yapılan değerlendirme sonucunda çalışma izni alması uygun görülen yabancılar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na bildirilecektir.

Yeni Kanun’un 9. maddesinde yabancı tarafından yapılan başvurunun ret sebepleri belirtilmiştir. Uluslararası işgücü politikasına uygun olmayan, gerekli nitelik ve uzmanlığı taşımayan, işverenin bildirdiği yabancı istihdam gerekçesi yeterli olarak kabul edilmeyen, Türkiye’de çalışması kamu yararını tehlikeye düşürecek olan, Dışişleri Bakanlığı’nın uygun görüşünün alınması hali saklı olmak üzere Türkiye’nin tanımadığı veya diplomatik ilişkisinin bulunmadığı ülke vatandaşlarının başvuruda bulunması, yabancıların Türkiye’ye girişine izin verilmeyecek, vize verilmeyecek veya hakkında sınır dışı etme kararı verilecek yabancı olarak kabul edilmesi hallerinde yabancıların çalışma izni başvurusu reddedilecektir.

Yabancıların veya işverenin talebi halleri saklı kalmak üzere yurt dışından yapılan başvuru üzerine çalışma izni alan yabancıların çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti geçerliliğinin başladığı tarihinden itibaren 6 ay içerisinde Türkiye’ye gelmemesi sağlık sebepleri veya zorunlu kamu hizmeti gibi mücbir sebepler dışında süreli çalışma izinlerinde aralıksız olarak altı aydan, bağımsız ve süresiz çalışma izinlerinde ise aralıksız olarak bir yıldan uzun süre Türkiye dışında kalması, Turkuaz Kart sahibi olması hâlinde yurt dışında kalış süresinin Bakanlıkça belirlenen süreyi aşması hallerinde yabancıların çalışma izni iptal edilecektir.

⁵⁵ Alp, s. 39-40.

4817 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yer alan yıllık izinler, iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık geçici iş göremezlik ödenekleri ile işsizlik sigortası ödeneği alınan sürelerin kanunî çalışma süresine dâhil edileceğine ilişkin hüküm, yeni Kanun'da yer almamaktadır. Burada tarihsel yorum yöntemiyle kanun koyucunun bu süreleri dâhil etmeye yönelik iradesinin sona erdiğinden artık bu sürelerin çalışma süresine dâhil olmayacağını kabul etmek mümkündür.

V. DENETİM VE YARGI YOLU

Çalışma izni veya muafiyeti başvurusunun reddi halinde m. 21 uyarınca 7201 sayılı Tebligat Kanunu⁵⁶ hükümlerine göre ilgilere ret kararı tebliğ edilecektir. İlgililer, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içerisinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na itiraz edebilirler. İtirazın reddedilmesi halinde idarî yargı yoluna başvurulabilir.

Tebliğat gönderilecek kişiler yabancı çalıştıran işveren veya bağımsız çalışma izni, süresiz çalışma izni veya Turkuaz Kart sahibi yabancı olarak belirtilmiştir. Hükümde süreli çalışma iznine sahip işçinin çalışma izninin iptali halinde işçiye bizzat tebligat yapılacağı açıkça belirtilmemiştir. Çalışma izni iptalinde işverene tebligat yapılacak durumlarda kanaatimizce süreli çalışma iznine sahip işçiye de bizzat tebligat yapılmalıdır. Zira işçinin çalışma izninin iptal edildiğini ve artık yasal olarak çalışma hakkına sahip olmadığını bilmesi, gerekli yargı yollarına başvurabilmesi veya artık yasal olarak çalışma hakkına sahip olmadığını ülkeyi terk etmesi açısından önem arz etmektedir.

Süreli çalışma izni bulunan hallerde işverenler, süresiz çalışma izninin veya bağımsız çalışma izninin bulunduğu hallerde ise yabancılar, çalışmanın başlaması ve sona ermesi durumlarına ilişkin değişiklikleri veya çalışma izni muafiyetine veya muafiyetin iptaline ilişkin halleri Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na on beş gün içerisinde bildirmekle yükümlüdür. Yabancı işçi çalıştıran işverenlerin 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'⁵⁷ndan doğan sorumluluk halleri her halükarda devam etmektedir. Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin yaptırımını, 23/5. maddede belirtilmiş

⁵⁶ 7201 sayılı Kanun, 19.02.1959 tarih ve 10139 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak 11.02.1959 tarihinde kabul edilmiştir.

⁵⁷ 5510 sayılı Kanun, 16.06.2006 tarih ve 26200 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak 31.05.2006 tarihinde kabul edilmiştir.

olup dört yüz Türk Lirası alt sınır olarak belirlenmek suretiyle çalışma izni bulunmayan yabancıları çalıştıran işverenlere her bir yabancı sayısına para cezası tahakkuk ettirilecek ve çalışma izni olmaksızın çalışan yabancılara da idarî para cezası yaptırımını uygulanacaktır. Kanuna aykırı istihdam fiillerinin tekrarı halinde ise idarî para cezaları bir kat arttırılarak uygulanacaktır.

Çalışma izni bulunmayan yabancıların çalışması halinde m. 23/1 kapsamında yapılacak denetimler sonucunda çalıştığı tespit edilen yabancılar İçişleri Bakanlığı’na bildirilmek suretiyle sınır dışı edilecektir. M. 23/9 uyarınca, işveren veya işveren vekili çalışma izni bulunmadan çalışan yabancıların, varsa eş ve çocuklarının konaklama giderlerini, ülkelerine dönmeleri için gerekli masrafları ve gerektiği hallerde sağlık harcamalarını karşılamakla yükümlüdür. Bu masrafların Göç İdaresi Genel Müdürlüğü bütçesinden karşılanması halinde bu masraflar amme alacağı olarak kabul edilecek ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun⁵⁸ uyarınca işveren veya işveren vekilinden tahsil edilecektir.

SONUÇ

Türk hukuk sistemi uluslararası doktrinden farklı olarak yabancı kavramını Türkiye Cumhuriyeti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi olarak tanımlanmıştır. Mülteciler, diğer serbest iradeleriyle ülkelerinden ayrılma tercihinde bulunmayan kişiler olup göçmenler ise kendi iradesiyle ülkelerinden ayrılan kişilerdir. Ülkemize sığınma amacıyla gelen kişiler taşıdıkları kriterlere göre çeşitli statülere sahip olmaktadır. Ülkemize gelen yabancıların mülteci statüsüne sahip olabilmesi için Avrupa ülkelerinden gelmiş olmaları gerekmektedir. Avrupa ülkeleri dışındaki ülkelere gelen kişiler ise şartlı mülteci statüsüne sahip olarak geçici süreliğine ülkemizde bulunabilirler. Mülteci veya şartlı mülteci statüsü verilmeyen kişilere ise ikincil koruma statüsü verilecektir. Ülkemize Suriye’deki savaş sebebiyle sığınan kişiler ise YUKK m. 91 kapsamında düzenlenen “geçici koruma” statüsüne sahiptir. Geçici koruma, büyük ölçüde meydana gelen kitlesel sığınma olaylarında acil çözümler bulmak üzere geliştirilen bir koruma biçimi olup geçici korumada temel amaç, sığınmacıların acilen güvenli bir ortama erişimlerini sağlamak ve temel insan haklarını koruma altına almaktır.

⁵⁸ 6183 sayılı Kanun, 28.07.1953 tarih ve 8469 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak 21.07.1953 tarihinde kabul edilmiştir.

Geçmişten günümüze yabancıların çalışma hakkındaki kanunî düzenlemelerde birçok değişiklik olmuştur. 2007 sayılı Türkiye'deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun ile yabancıların birçok alanda çalışması ve o meslekleri icra etmesi yasaklanmıştır. 2007 sayılı Kanun'un amacı, Türk vatandaşlarının istihdamını arttırarak yabancı işçilerin belirli alanlarda Türk vatandaşlarının meslek edinmelerini önlemelerinin önüne geçmektir. 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ile 2007 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış, yabancıların çalışma izni alabilecekleri meslek ve işkolları bir nebze de olsa genişlemiş ve yabancıların belirli iş kollarında çalışabilmesi çalışma izni alabilmeleri şartına bağlanmıştır. 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu'nun 27/7. maddesi uyarınca 4817 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. 6735 sayılı Kanun kurumsal altyapının güçlendirilmesi, kayıt dışı istihdam ile mücadelenin iyileştirilmesi, yerli-yabancı işgücü dengesini kurarak nitelikli yabancı işgücünden de yararlanılmasını amaçlamaktadır. Yabancıların çalışma iznine ilişkin düzenlemelerdeki temel amaç, işçi istihdamının kontrollü ve hukuka uygun bir şekilde yerine getirilmesi, kayıt dışı istihdamın önüne geçilmesi, işsizliğin önlenmesi ve gerekirse kayıt dışı kazancın ekonomimize kazandırılmasıdır.

Çalışma izni türlerini süreli çalışma izni, süresiz çalışma izni, bağımsız çalışma izni, kilit personele özel çalışma izni, istisnai çalışma izni, AB vatandaşlarına özel istisnai çalışma izni ve çalışma izninden muafiyet halleri olarak sınıflandırmak mümkündür. Eski ve yeni düzenlemelerde, çalışma izninin düzenlenmesi ve yenilenmesine yönelik yıl periyotları ile aranan şartlar arasında farklılıklar bulunmaktadır.

6735 sayılı Kanun'un henüz bir uygulama yönetmeliği bulunmamaktadır. Bu sebeple eski Kanun'un uygulama yönetmeliği niteliğine uygun düştüğü ölçüde yeni Kanun'a da uygulanacaktır. Ayrıca 6735 sayılı Kanun ile yeni bir uygulama olan Turkuaz Kart uygulaması getirilmiş ve Turkuaz Kart Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir. Bu kapsamda uluslararası işgücü politikası doğrultusunda eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye'deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara göre başvurusu uygun görülen yabancılara Turkuaz Kart verilecektir. Turkuaz kart sahibi süresiz çalışma izninin sağladığı tüm haklardan yararlanma hakkı elde etmiş olacaktır.

Çalışma izni bulunmayan yabancıların çalışması halinde yabancılar sınır dışı edilecektir. Yabancılar çalışmanın başlaması ve sona ermesi durumlarına ilişkin değişiklikleri veya çalışma izni muafiyetine veya muafiyetin iptaline ilişkin halleri çalışma ve sosyal güvenlik bakanlığına bildirmekle yükümlüdür. Yabancı işçi çalıştıran işverenlerin Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’ndan doğan sorumluluk halleri her halde devam etmektedir. Kanun’a aykırı istihdam fiillerinde idarî para cezaları yaptırım olarak belirlenmiş olup bu fiillerin tekrarı halinde ise idarî para cezaları bir kat arttırılarak uygulanacaktır.

Kaynakça

- Alp Mustafa, “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2003, Cilt. 53, Sayı. 2, s. 33-59.
- Aybay Rona, *Yabancılar Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005.
- Çelikel Aysel/Gelgel Günseli, *Yabancılar Hukuku*, Beta Yayınları, Yenilenmiş 22. Baskı, İstanbul, 2016.
- Çiçekli Bülent, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2014.
- Ekşi Nuray, *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular (temel)*, Beta Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2012.
- Ekşi Nuray, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku (yabancı)*, Beta Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2016.
- Ergin Hediye, *Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
- Kıral Halis, *Yabancıların Türkiye’de Çalışma Esasları*, Yorum Matbaacılık, Ankara, 2006.
- Öztürk Neva Övünç, *Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Tekinalp Gülören, *Yabancılar Hukuku*, Beta Yayınları, 8. Baskı, İstanbul, 2003.
- Tiryaki Hamit, *Yabancıların Türkiye’de Çalışma İzinleri*, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2016.
- 1/80 sayılı Avrupa Ekonomik Topluluğu Türkiye Ortaklık Konseyi Kararı, 09.02.2018 tarihinde (https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/okk_tur.pdf) adresinden erişildi.
- 6735 sayılı Kanun gerekçesi, 26.04.2017 tarihinde (www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0727.pdf) adresinden erişildi.

VERGİ HUKUKUNDA ARAMA VE ARAMA SÜRECİNDEKİ İŞLEMLERDE KAMU YARARI KAVRAMI

SEARCH IN TAX LAW AND THE CONCEPT OF PUBLIC INTEREST IN PROCEDURES DURING SEARCH PROCESS

Ayşe Aslı YÜCESOY*

Özet: Vergi hukukunda arama, vergi idaresinin yükümlüyü denetim yollarından biridir. Hem vergi alacağına doğru tespitine hem de uygulanacak yaptırımlara yönelik delil ve veri sağlamak amacıyla kullanılır. Olağanüstü bir inceleme yolu olan arama, bireyin temel hak ve özgürlüklerinden özel hayatın gizliliği hakkına ve bu hakla yakından ilgili konut dokunulmazlığına doğrudan müdahale niteliğindedir. Bu nedenle hassasiyetle kullanılması gereken bir denetim yoludur. Bu çalışmada öncelikle arama kurumunun genel bir çerçevesi çizilecektir. Ardından arama sürecindeki işlemlerin hukuki niteliğinden bahsedilecek ve varılacak sonuçtan yola çıkılarak arama sürecindeki işlemlerde kamu yararı meselesi tartışılacaktır.

Anahtar kelimeler: Vergi Denetimi, Vergi Yükümlüsü, Vergi İdaresi, Vergi Alacağı, Kamu Yararı

Abstract: Search in tax law is one of the means of the tax administration to control the taxpayer. It is used in order to provide evidence and data directed both at the correct determination of tax claim and the sanctions to be approved. Being an extraordinary inspection method, search is of a quality of direct intervention in the right of privacy, which is among the fundamental rights and freedoms to the individual, and in the inviolability of domicile, which is closely related with that right. Therefore, it is a control method which should be used with sensitivity. In this study, first a general framework of the search organization shall be drawn. Subsequently, legal quality of the procedures in the search process shall be mentioned, and, based on the conclusion to be reached, the issue of public interest in the procedures in search process shall be discussed.

Keywords: Tax Audit, Taxpayer, Tax Administration, Tax Claim, Public Interest

* Araştırma Görevlisi, Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı aysesasliyucesoy@gmail.com, ORCID: 0000-0003-4788-2234

GİRİŞ

Vergilerin gereği gibi toplanabilmesi için tek başına vergi mevzuatının öngördüğü yükümlülüklerin varlığı yeterli değildir. Vergi Usul Kanunu'nda, vergi dairesine vergiyi doğuran olayı ve yükümlülüğe etkili olguları ortaya çıkartmak, yükümlünün yaptığı beyanların doğruluğunu saptamak ve vergi yasalarına uyup uymadıklarını belirlemek üzere tanınan hukuksal olanaklardan, yani vergi idaresinin yükümlüğü denetleme yollarından birisi de inceleme, yoklama ve bilgi toplanmanın yanı sıra aramadır.¹

Kural olarak vergi ile ilgili yükümlülüklerle ilişkin araştırma, mükellef tarafından ibraz edilen defter ve belgeler esas alınarak yürütülmektedir. Defter veya belgelere mükellefin bunları gizlemesi, yetkililere ibraz etmemesi sebebiyle ulaşılamaması halinde ise, idarenin harekete geçerek gizli belge ve defterleri elde edebilmesi arama ile mümkün olmaktadır.² Bununla birlikte Vergi Usul Kanunu, yalnızca ilgili hükümlerde aradığı koşullar gerçekleştiği takdirde istisnai olarak yükümlü ve sorumlunun rızası olmaksızın vergi incelemesi sırasında "vergisel arama" yapılabileceğini hüküm altına almıştır. Bu yönüyle aramanın olağanüstü bir inceleme yolu olduğu söylenebilir. Hem vergi alacağı'nın doğru tespitine hem de uygulanacak yaptırımlara yönelik delil ve veri sağlamak amacıyla yapılan³ arama, gerek mükellef veya diğer ilgili kişiler üzerindeki etkisi, gerekse aramayı yapacak kişiler ve uyacakları usul şartları açısından önemli bir denetim aracı olması sebebiyle, Vergi Usul Kanunu'nda (madde 142-147) ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.⁴

Bu çalışmada öncelikle, arama esas olarak bir ceza muhakemesi hukuku müessesesi olduğu için, hem ceza muhakemesi hukuku hem de vergi hukuku bağlamında arama kavramının anlamı üzerinde durulacak, ardından Vergi Usul Kanunu düzenlemeleri esas alınarak vergisel aramanın hukuki çerçevesi ve koşullarına yer verilecektir. Sonrasında arama kararının hukuki niteliği ve uygulanması ile devam edilecektir. Aramanın bu şekilde genel bir çerçevesi çizildikten son-

¹ Feridun Yenisey, "Vergi Hukukunda Arama ve Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Adnan Tezel Günleri: "Vergi Hukuku", haz., Feridun Yenisey, Gülsen Güneş, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006, ss.173-194, s.189.

² Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce, Adnan Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 6. B., Ekin Kitabevi, Bursa, 2015, s.153.

³ Yenisey, a.g.m., s.189.

⁴ Hakkı Koçak, "Aramalı Vergi İncelemesi ve Karşılaşılan Bir Sorun", *Vergi Dünyası*, S. 213, 1999, www.vizyonymm.com/makale_detay/7, (17.08.2017).

ra, arama sürecindeki işlemlerin hukuki niteliğinden bahsedilecek ve varılacak sonuçtan yola çıkılarak arama sürecindeki işlemlerde kamu yararı meselesi tartışılacaktır.

I. KAVRAM

Arama esas olarak bir ceza muhakemesi hukuku kavramıdır. Bu nedenle vergi usul hukukundaki aramayı tanımlamadan önce ceza muhakemesi hukukunda aramanın ne anlama geldiğini açıklamamız gerekmektedir.

Ceza muhakemesi anlamında arama, kural olarak hakimin, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının, ona ulaşılamayan hallerde ise kolluk âmirinin yazılı emri ile, gerek şüpheli veya sanığın yakalanması gerekse delil olan eşyaya el konulması amacıyla, kişinin mesken ve sair yerleri ile üst ve eşyasında yapılan araştırma işlemidir.⁵ Ceza muhakemesi hukukunda arama, yargılamanın sağlıklı biçimde yapılabilmesi ve yargılama sonunda verilen kararların uygulanabilmesi sağlayan,⁶ bu anlamda müeyyide değil müeyyidenin uygulanmasını sağlamaya yönelik araç olan koruma tedbirlerinden⁷ biri olmakla birlikte, suç işlendikten sonra ya da suç şüphesiyle yapılan adli bir arama⁸ niteliğindedir.⁹

⁵ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. B., Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s.547; Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 10. B., Kazancı Yayınları, İstanbul, 2004, s.474.

⁶ Yurtcan, a.g.e., s.399, 400; Nihal Saban, *Vergi Hukuku*, 5. B., Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.192; Başar Soydan, *Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi*, On İki Levha, İstanbul, 2015, s.513.

⁷ Öğretide başvurulan bu önlemler “ceza yargılaması önlemleri” olarak da ifade edilmekle birlikte (Yurtcan, a.g.e., s.399 vd.; Saban, a.g.e., s.192), çoğunlukla bizim de kullandığımız biçimde “koruma tedbirleri” şeklindeki kavramla adlandırılmaktadır (Öztürk, Erdem, a.g.e., s. 483; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. B., Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006, s.753; Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. B., Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s. 244).

⁸ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 5.maddesinde adli arama; “bir suç işlemek veya buna istirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemi” şeklinde tanımlanmıştır. 01.06.2005 tarih, 25832 Sayılı Resmi Gazete.

⁹ Öztürk, Erdem, a.g.e., s. 537; Kunter, Yenisey, Nuhoglu, a.g.e., s. 926; Centel, Zafer, a.g.e.; s. 292; Yurtcan, a.g.e., s. 337.

Tanımdan anlaşılacağı üzere, ceza yargılamasındaki aramanın amacı, şüpheli veya sanığın ele geçirilmesinin yanında ve onun öncesinde delillerin bulunmasıdır.¹⁰ Ceza yargılamasında arama, yakalama ve/veya el koyma koruma tedbirlerine aracılık eden ve fakat bunlardan bağımsız bir koruma tedbiridir.¹¹

Ceza muhakemesi hukukunda **şüpheli veya sanığın ele geçirilmesi ve delil toplama araçlarından biri olan arama müessesinin vergi hukuku içinde de yer aldığı** görülmektedir.¹²

Kural olarak vergi incelemesi için defter, kayıt ve belgeler yükümlüden istenir ve yine kural olarak yükümlünün kendi isteği ile bunları inceleme elemanına vermesi beklenir.¹³ Ancak istisnaen yükümlünün rıza ve isteği aranmaksızın vergi uygulamaları ile ilgili ya da vergi uygulamalarına yönelik defter, kayıt ve belgelerin aranması ve bunlara el konulması durumu söz konusu olur ki bu istisnai duruma vergi hukukunda "arama" denilmektedir.¹⁴

Fakat ceza yargılamasından farklı olarak, Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen vergi aramasındaki amaç yalnızca delil elde etmektir, **şüpheliyi yakalama amacı yoktur**.¹⁵ Zira arama sonucunda ele geçirilen defter ve belgeler vergi incelemesine tabi olmaktadır. Bir başka deyişle arama, vergi incelemesi denetimine aracılık eder. Vergi incelemesinin ön aşamasını oluşturur.¹⁶ Esasında bu bakımından ceza yargılamasındaki arama ile benzerlik gösterir fakat ceza yargılamasındaki aramadan farklı olarak, adli kolluk faaliyeti değil, idari kolluk faaliyetidir.

¹⁰ Burak Pınar, Yıldırım Taylar, "Türk Vergi Hukukunda Kamusal Bir Denetim Yolu Olarak Vergi Araması", *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 21, Nisan 2013, ss: 139-180, s.146.

¹¹ Pınar, Taylar, a.g.m., s.146. Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin gereği gibi yapılabilmesini, yürütülen muhakeme sonucunda verilecek hükmün kâğıt üzerinde kalmayarak infazının mümkün kılınmasını ve muhakeme masraflarının karşılanmasını sağlamak amacıyla, kural olarak ceza muhakemesinde karar verme yetkisini haiz olan yetkililer tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda geçici olarak başvurulmuş ve hükümden önce gerektiğinde zor kullanmak suretiyle bazı temel hak ve özgürlüklere geçici müdahaleyi gerektiren kanuni çarelerdir. Öztürk, Erdem, a.g.e., s.583.

¹² Yusuf Karakoç, Genel Vergi Hukuku, 5. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.315; Taşdelen, a.g.e., s.160; Yargıtay 21. Ceza Dairesi, 5.4.2017 tarih, E. 2016/10857, K. 2017/1723 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (2.2.2018).

¹³ Selim Kaneti, Vergi Hukuku, 2. B., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s.173.

¹⁴ Kaneti, a.g.e., s.173; Yenisey, a.g.m., s.189.

¹⁵ Pınar, Taylar, a.g.m., s.146.

¹⁶ Pınar, Taylar, a.g.m., s.146.

Ceza yargılamasındaki arama ile vergi araması arasından bir diğer fark da, vergi aramasının olağan değil, olağanüstü bir denetim yolu¹⁷ olmasıdır. Vergi araması yoluna Vergi Usul Kanunu'nun ilgili maddesinde düzenlenen şartların gerçekleşmesi halinde başvurulabilecektir. Bu hususların yanı sıra, Vergi Usul Kanunu'nda arama kurumunun düzenlendiği bölümün son maddesi olan 147'nci maddede "Bu bölümde açıkça yazılı olmayan hallerde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun arama ile ilgili bulunan hükümleri uygulanır" denilerek, vergi aramasının kendine özgü niteliği ortaya konulmuştur.

Tüm bunlardan çıkarılacak sonuç, vergi aramasının koruma tedbirlerinin özelliklerini bünyesinde barındıran ancak idarî yönleri de bulunan, vergi hukukuna özgü özelliklere sahip, karma nitelikli denetim yollarından biri olduğudur.¹⁸

Vergi Usul Kanunu'nda arama yapılabilecek haller ve aramanın koşulları belirtilmiş olmakla beraber açık bir tanım yapılmamıştır. Ancak bu müessesenin düzenlendiği Vergi Usul Kanunu'nun ilgili maddelerinden (VUK madde 142-147) yola çıkılarak vergi hukukunda arama, bir ihbar ya da inceleme sonucu vergi kaçırdığı yolunda kuvvetli belirtiler bulunan kişinin ve olayla ilgili bulunan üçüncü kişilerin nezdinde ve üzerinde vergi kaybı ve vergi suçuna ilişkin delillerin elde edilebilmesi amacıyla, sulh ceza hakimi kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda savcılık makamının yazılı emri ile yapılan araştırma¹⁹ şeklinde tanımlanabilir.

II. VERGİSEL ARAMANIN HUKUKİ ÇERÇEVESİ

Arama müessesesi bireyin temel hak ve özgürlüklerinden özel hayatın gizliliği hakkına ve bu hakla yakinen ilgili konut dokunulmazlığına bir müdahale niteliğindedir.²⁰ Bu sebeple söz konusu müessese hem iç hukuk hem de uluslararası hukuk metinleriyle düzenlenmiştir.

¹⁷ Aziz Taşdelen, "Vergisel Arama", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.2, 2003, ss.159-190, s.160.

¹⁸ Pınar, Taylar, a.g.m., s.146.

¹⁹ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, 20. B., Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.101; Taşdelen, a.g.e., s.166.

²⁰ Saban, a.g.e., s.194, Yenisey, a.g.m., s.190; Ayşe Nil Tosun, Engin Özden, "Vergi Denetiminde Arama Yönteminin Mükellef Hakları Yönünden Değerlendirilmesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yaklaşımı ve Türkiye Örneği", *Maliye Dergisi*, Sayı 166, Ocak-Haziran, 2014, ss.286-298, s.287.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8'inci maddesinde,²¹ herkesin özel ve aile yaşamına, konutuna ve yazışmalarına saygı gösterilmesini bekleme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Bu hakların kısıtlanması, ikinci fıkrada sayılan hallerde, başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu bulunduğu ölçüde ve kanunla düzenlenmesi şartıyla gerçekleştirilebilir.

1982 Anayasası'nda da aynı şekilde, 20'nci madde ile "özel hayatın gizliliği"²² ve 21'inci maddede "konut dokunulmazlığı"²³ güvence altına alınmış, bu hak ve özgürlüklerin ancak Anayasa'da belirlenen hallerde ve usullerle sınırlandırılabilirliği belirtilmiştir. 13'üncü maddesi ile temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilirliği düzenlenmiş, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı ifade edilmiştir. Öte yandan Anayasa'nın 20'nci maddesinin ikinci fıkrası ile milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecik-

²¹ Madde 8: Özel ve aile hayatına saygı hakkı: 1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmalarına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makâmının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.

²² Özel hayatın gizliliği madde 20: Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (...).

²³ Konut dokunulmazlığı madde 21: (Değişik: 3/10/2001-4709/6 md.) Kimse konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

mesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstünün, özel kağıtlarının ve eşyasının aranmayacağı kuralı getirilmiştir.

Tüm bu hükümlerden çıkan sonuca göre, temel hak ve özgürlükler konusunda yapılacak bir sınırlama, konumuz bağlamında vergisel arama, kanun ile yapılmalı, Anayasa'nın 20'nci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen meşru sebeplerden birine dayanmalı ve demokratik toplum düzeni ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır.²⁴

Vergi yükümlüsünün temel haklarından özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarının "sınırlandırılmasının sınırını" çizen üst hukuk normları olan Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden sonra, Vergi Usul Kanunu'nun "Genel Hükümlerin Uygulanması" başlıklı 147'nci maddesiyle yaptığı atıf dolayısıyla²⁵ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun da niteliğine uygun düştüğü ölçüde vergisel aramaya hukuki dayanak teşkil edeceğini belirtmemiz gerekir.²⁶ Aynı şekilde Ceza Muhakemesi Kanunu'na yapılan yollamanın bir sonucu olarak, bu kanunun uygulaması gösteren Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin²⁷ de vergisel arama müessesesine, niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekmektedir.²⁸

III. ARAMANIN KOŞULLARI

Aramanın yapılabilmesi için gerekli olan şartlar Vergi Usul Kanunu'nun 142'nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre;

*"İhbar veya yapılan incelemeler dolayısıyla, bir mükellefin vergi kaçır-
dığına delalet eden emareler bulunursa, bu mükellef veya kaçakçılıkla ilgisi*

²⁴ Saban, a.g.e., s.193,194; Nihal Saban, "Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile Bir Vergi Hukuku Kavramını Okumak", *Polis Dergisi*, S. 36, 2003, ss. 93-96, s.94; Yenisey, a.g.m., s.190.

²⁵ 23.03.2005 tarih ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesi uyarınca, yürürlükten kaldırılan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na yapılan yollamalar, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılmaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116 vd. maddeleri aramaya ilişkin hükümleri içermektedir.

²⁶ Taşdelen, a.g.m., s.162-163.

²⁷ 01.06.2005 tarihli, 25832 sayılı Resmi Gazete.

²⁸ Taşdelen, a.g.m., s.163.

görülen diğer şahıslar²⁹ nezdinde³⁰ ve bunların üzerinde arama yapılabilir.

Aramanın yapılabilmesi için:

1. Vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların buna lüzum göstermesi ve gerekçeli bir yazı ile arama kararı vermeye yetkili sulh yargıcından bunu istemesi;

2. Sulh yargıcının istenilen yerlerde arama yapılmasına karar vermesi; şarttır.

İrtibatları sebebiyle muhtelif şahıslar nezdinde ve mahallerde yapılmasına lüzum gösterilen aramalardan birine karar vermeye yetkili olan sulh yargıcı bunlardan diğer sulh yargıçlarının salahi-yetine dahil bulunanlar hakkında da karar vermeye yetkilidir. İhbar üzerine yapılan aramada ihbar sabit olmazsa nezdinde arama yapılan kimse muhbirin adının bildirilmesini isteyebilir, bu takdirde, vergi dairesi muhbirin ismini bildirmeye mecburdur.”

Yer verdiğimiz bu madde ve aramanın tanımından hareketle, vergi incelemesinde aramanın şartları aşağıdaki gibi sıralanabilir.

1. Vergi Kaçırıldığına Yönelik Emarelerin Bulunması

Aramanın koşullarından ilki, mükellefin vergi kaçırıldığına yönelik emarelerin bulunmasıdır.³¹ Dikkat edileceği üzere aramanın kapsamı,

²⁹ Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere mükellef dışındaki diğer kimseler nezdinde arama yapılabilmesi kaçakçılıkla ilgilerinin bulunması şartına bağlanmıştır. Diğer bir ifadeyle, doğrudan işin içinde olmayan kişiler nezdinde arama yapılabilmesi, denetim elemanları tarafından yapılacak ön incelemede kaçakçılığa ait belgelerin bu kişiler tarafından saklandığı veya muhafaza edildiğine dair emarenin bulunmasını gerektirir. Fazıl Tekin, Ali Çelikkaya, Vergi Denetimi, 6. B., Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s.216. Örneğin, sahte fatura kullanarak vergi kaçırma da vergi kaçakçılığının dayanağı olan sahte faturayı düzenleyen kişiler bu kapsamda değerlendirilebilir. Arama kararı kapsamında kalan kişilerin vergi kaçaklığı ile ilgilerinin tespit edilecek isimlerinin açıkça belirtilmesi zorunludur. Taşdelen, a.g.m., s.171.

³⁰ “Nezdinde” kelimesini anlam olarak “yanında” kelimesi karşılıktadır. Burada “yan” kelimesinin “defter ve belgelerin bulundurulabileceği fiili hakimiyet alanı” olarak düşünülmesi gerekir. Yani, kişinin işyeri, evi, taşıtı ve çantası fiili hakimiyetinin kullanıldığı alanlardır. Bu bağlamda arama büro, satış mağazası, depo, fabrika gibi işyerleri ile; ev, apartman dairesi, villa, sayfiye evi, otel odası gibi yerlerde ve kaçakçılıkla ilgili görülen mükellefin yakınları, yanında çalışanlar, iş münasebeti bulunan kimseler nezdinde yapılabilir. Tekin, Çelikkaya, a.g.e., s.213.

³¹ Yargıtay 21. Ceza Dairesi, 5.4.2017 tarih, E. 2016/10857, K. 2017/1723 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (2.2.2018).

vergi kaçakçılığı suçu³² ile sınırlandırılmıştır. Vergi aramasının amacı, vergi kaçakçılığı suçunun işlendiğinin ispatını sağlayacak delillerin, kayıt ve belgelerin bulunması ve bunlara el konulmasıdır.³³ Bunun dışındaki vergi suçları ve vergi kabahatlerine ilişkin delillerin bulunması amacıyla vergi usul kanununa dayanılarak arama yapılamayacaktır.³⁴ Bir başka ifade ile vergi kaçakçılığı haricindeki vergi suçlarının belirtileri ile karşılaşıldığında, arama yoluna başvurulamayacağı açıktır.³⁵

Vergi Usul Kanunu m.142/1'de "*bir mükellefin vergi kaçırdığına delalet eden emareler*" ifadesi kullanılmıştır. Emare sözcük anlamıyla belirtir, iz, ipucu demektir.³⁶ Madde metninde geçen "*emareler*" başlı başına delil niteliğinde olmamakla beraber bir fiilin yapıldığı ve verginin kaçırıldığı şüphesini uyandıran belirtilerdir. Bunlar, defter ve belgeler olabileceği gibi herhangi bir olay da olabilir.³⁷

³² Madde 359 - (Değişik :23/1/2008-5728/276 md.)

a) Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;

1) Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kayıt gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler,

2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar,

Hakkında on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibarıyla gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belgedir.

b) Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir.

c) Bu Kanun hükümlerine göre ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basanlar veya bilerek kullananlar iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

³³ Pınar, Taylar, a.g.m., s.148.

³⁴ Pınar, Taylar, a.g.m., s.148.

³⁵ Taşdelen, a.g.m., s.167.

³⁶ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=emare, (7.2.2018).

³⁷ Pınar, Taylar, a.g.m., s.150.

Vergisel aramada mükellefe yönelen bir şüphe vardır.³⁸ Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular var olmalıdır.³⁹ “Vergi mükellefinin vergi kaçırdığına dair emareler bulunması”, makul şüphe⁴⁰ kavramına işaret eder.⁴¹ Bu demektir ki, mükellefler makul olmayan ve şüphe doğurmayan sebeplerle aranmayacaktır.⁴²

Arama için emare ya da makul şüphenin bulunup bulunmadığına, her olayın özelliğine göre hakim karar vermekle birlikte; somut bir olayla karşılaşan vergi inceleme elemanı makul şüphenin bulunup bulunmadığını önce kendisi takdir edecektir.⁴³ Vergi inceleme elemanının sürdürmekte olduğu bir inceleme esnasında mükellefin vergi kaçırdığına yönelik emareler bulması makul şüphe kapsamında değerlendirilmekle birlikte, ihbarda bulunan kişinin güvenilir ve verdiği bilgilerin detaylı olması şartıyla ihbar da aynı şekilde makul şüphe olarak görülebilir.⁴⁴ Ancak bunun için vergi inceleme elemanının mahkemeden arama talebinde bulunmadan önce, gelen ihbarda yer alan bilgileri kuvvetlendirmek ve somutlaştırmak için bir ön araştırma yapması gerekebilir.⁴⁵

³⁸ Yusuf Karakoç, *Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi*, 2. B., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1997, s.200; Tekin, Çelikkaya, a.g.e., s.212.

³⁹ Tosun, Özden, a.g.m., s.293.

⁴⁰ Adli Arama ve Önleme Yönetmeliği, Makul Şüphe Madde 6: Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir.

Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir.

Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir.

Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır.

Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır.

⁴¹ Saban, a.g.e., s.195; Saban, a.g.m., s.95; Taşdelen, a.g.m., s.172; Yenisey, a.g.m., s.190.

⁴² Adnan Gerçek, “Vergilemede Mükellef Hakları ve Türkiye’deki Durumun İncelenmesi”, *Vergi Sorunları*, Sayı:209, Şubat, 2006, ss.121-149, s.129.

⁴³ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, a.g.e., s.926.

⁴⁴ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, a.g.e., s.926.

⁴⁵ Tekin, Çelikkaya, a.g.e., s.214.

2. İhbar veya Yapılmakta Olan Bir İnceleme Bulunması

Vergi Usul Kanunu'nun 1'inci fıkrasında belirtildiği üzere; vergisel arama yapılabilmesi için mükellefin vergi kaçırdığına yönelik emarelerin, ihbar ya da yapılmakta olan bir inceleme vesilesiyle ortaya çıkması gerekir.

Olağan vergi incelemeleri sırasında vergi inceleme elemanı, incelediği yükümlünün veya yükümlü ile iş ilişkisinde bulunan diğer kişilerin vergi kaçırdığına yönelik birtakım bilgiler edinebilir.⁴⁶ Böylelikle arama talebinde bulunulabilmesi için "yapılmakta olan bir inceleme bulunması" şartı sağlanmış olur.

Vergi incelemesinin dışında ihbar üzerine yükümlünün vergi kaçırdığına ilişkin bir emare bulunması durumunda da arama işlemine girişileceği açıktır.⁴⁷ İhbara dayanan aramalarda mükellef hakkında yapılan ihbar tek başına yeterli değildir.⁴⁸ Vergi inceleme elemanı, ihbar dilekçesinde belirtilen olay ve olgular ile yükümlünün vergi idaresinde bulunan dosyalarındaki beyan ve bilgilerini değerlendirerek bir kanaate varacaktır. "Vergi kaçırma" niteliğinde bir emareye ulaşılması durumunda vergisel arama yoluna başvurulacaktır.⁴⁹

Vergi Usul Kanunu, "ihbar"ın şekli hakkında herhangi bir hüküm getirmemiştir. Ancak belirtmek gerekir ki her ihbar, arama ile sonuçlanmayacaktır.

Öncelikle yapılan ihbarın "*vergi kaçırılması konusunu içeren bir bildirim*" niteliğinde olması gerekmektedir.⁵⁰

Kanun metninde, bildirim sözlü veya yazılı olmasına dair bir ayrıma gidilmemiştir. Sözlü yapılan ihbarların, en azından yazılı hale getirilmesi gerekmektedir. Zira, yapılan ihbarın geçerli olmadığı durumlarda, nezdinde arama yapılan kişinin hakkında ihbarda bulunanı öğrenmek istemesi ihtimal dahilindedir. Nitekim Vergi Usul

⁴⁶ Taşdelen, a.g.m., s.169.

⁴⁷ Taşdelen, a.g.m., s.168.

⁴⁸ Tekin, Çelikkaya, a.g.e., s.214.

⁴⁹ Taşdelen, a.g.m., s.169.

⁵⁰ Taşdelen, a.g.m., s.167.

Kanunu'nun 142'nci maddesinin son fıkrası, yapılan ihbarın sabit olmaması durumunda nezdinde arama yapılana, muhbirin ismini vergi idaresinden öğrenme imkânını vermiştir.⁵¹ Başka bir deyişle Vergi Usul Kanunu nezdinde arama yapılanın, ihbar edenin kimliğini öğrenme hakkını, yapılan aramanın sabit olmaması şartına bağlamıştır. Bu sebeple vergi idaresinin kendisine yapılan ihbara hukuksal açıdan değer kazandırabilmesi, ihbarın asılsız olması durumunda ihbar edeni yükümlüye bildirilebilmesi için 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun⁵² hükümlerinden yararlanılması gerekmektedir.⁵³

İhbarın doğru olması halinde ise ihbarcının adı hiçbir şekilde ara-maya muhatap olanlara bildirilmeyeceği gibi ihbarcıya bir de kaçırılan vergi miktarına bağlı olarak ihbar ikramiyesi⁵⁴ ödenecektir.⁵⁵

3. Sulh Ceza Hakiminin Kararı

Arama, vergi incelemesine göre istisnâî bir yolu oluşturmaktadır. Aramayı diğer denetim yollarından ayıran en önemli özellik, hâkim kararına ihtiyaç duyulmasıdır.⁵⁶ Arama ile kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edildiği için ve idarenin keyfi uygulamalarından yükümlüyü koruyabilmek amacıyla hakîmden izin alma şartı getirilmiştir.⁵⁷ Diğer bir ifadeyle, müdahalenin meşruiyetini sağlamak için hakim güvencesi konulmuştur.⁵⁸ (VUK m. 142/1 b.1)

Arama kararını vermeye yetkili makam, sulh ceza hâkimliğidir. Ancak sulh ceza hakîminin vereceği arama kararı, vergi incelemesi

⁵¹ Tekin, Çelikkaya, a.g.e., s.216.

⁵² 10.11.1984 tarih ve 18571 sayılı Resmi Gazete.

⁵³ Taşdelen, a.g.m., 168; Tekin, Çelikkaya, a.g.e., s.217; Emrah Akın, "Vergi İncelemesinde Temel Kişi Hakları Bağlamı", *Yaklaşım Dergisi*, Kasım 2006, S.167, ss.93-97, <http://www.vergi.tc/makaleDetay/SizdenGelenler/Aramali-Vergi-İncelemesinde-Temel-Kisi-Haklari-Baglami-/44fc2cba-800e-4db4-bf69-4aee4f9d202a>, (19.08.2017), s.94.

⁵⁴ İhbar ikramiyesi 31.12.1931 tarih ve 1990 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 1905 sayılı "Menkul ve Gayrimenkul Enval ile Bunların İntifa Hakları ve Daimi Vergiler Mektumatı Muhbirlerine Verilecek İkramiye Hakkında Kanun" ile düzenlenmiştir.

⁵⁵ Tekin, Çelikkaya, a.g.e., s.216.

⁵⁶ Tekin, Çelikkaya, a.g.e., s.214; Akın, a.g.m., s.95; Danıştay 4. Dairesi, 20.10.2006 tarih, E. 2006/451, K. 2006/2009 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (2.2.2018).

⁵⁷ Tosun, Özden, a.g.m., s.292; Soydan, a.g.e., s.518.

⁵⁸ Saban, a.g.e., s.196.

yapmaya yetkili olanların buna gerek görmesi şartına bağlanmıştır. Yeterli emarelerin varlığı halinde vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların gerekçelerini ve dayanaklarını belirtmek suretiyle,⁵⁹ yetkili sulh ceza hakiminden arama yapılmasını talep etmeleri gerekir. Talep üzerine hâkim, kanunda yer alan şartların var olup olmadığını resen inceleyecek ve bu koşulların, “mükellefin vergi kaçırdığına delalet eden emareler”in varlığına ikna olduğu takdirde⁶⁰ arama kararı verecektir.⁶¹

Yalnızca mükellef nezdinde ve üzerinde değil, mükellefle olan ilgileri sebebiyle diğer şahıslar nezdinde ve yerlerde yapılmasına lüzum gösterilen aramalardan birine karar vermeye yetkili olan sulh hakimi, bunlardan diğer sulh hakiminin yetkisine dahil bulunanlar hakkında da karar vermeye yetkilidir (VUK m.142/3).⁶² Aramanın önemi, gizlilik ve aciliyet durumları dikkate alınarak getirilen bu hüküm, ilgili sulh hakiminin yetki alanını genişletme ve bunun sonucu olarak yetki çatışması da önleme amacına hizmet etmektedir.⁶³

Vergi Usul Kanunu’nda, hakîmden izin alma şartı yer almakla beraber, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde⁶⁴ ne yapılacağına iliş-

⁵⁹ Taşdelen, a.g.m., s.170.

⁶⁰ Saban, a.g.e., s.196.

⁶¹ Örnek mahiyetinde, bir arama kararının gerekçe kısmı özetle şu şekildedir: “Vergi dairesinde kayıtlı bir kısım mükelleflerin vergi kaçırdıkları, beyan ettikleri vergi kayıtlarının gerçek durumu yansıtmadığı, bu nedenle vergi kayıplarına neden oldukları, mükelleflerin gerçek gelir durumlarının saptanması için vergi kanunlarına göre tutmak ve saklamak durumunda oldukları yasal defter ve belgeler üzerinden gerçek kazançlarının tespit edilmesi imkanının bulunmaması nedeni ile bu tespitin yapılabilmesi için, mükelleflerin yazı ekinde belirtilen adreslerinde bulunacak el defteri, protokol defterleri, bilgisayar kayıtları ve gerçek gelirin tespitine yarayacak her türlü belge ve bilgilerin tespiti amacı ile Vergi Usul Kanunu’nun 142-147’nci maddeleri ve CMUK’un 94’üncü maddesi gereğince gündüzleyin bir defaya mahsus olmak üzere aşağıda isimleri ve işyerleri belirtilen şahısların işyerlerinde, evlerinde ve geçici olarak kullandıkları ikamet ve eklentilerinde (yazlık olarak kullandıkları konutlar da buna dahildir) ve mükelleflerden alınacak bilgilere göre tespit edilecek olan geçici adreslerinde... arama yapılmasına karar verilmiştir” Tekin, Çelikkaya, a.g.e., s.216.

⁶² Saban, a.g.e., s.193; Tekin, Çelikkaya, a.g.e., s.216.

⁶³ Tekin, Çelikkaya, a.g.e., s.216.

⁶⁴ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.4 uyarınca; Gecikmesinde sakınca bulunan hâl: a) Adli aramalar bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini, (...) ifade eder.

kin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili hükümlerinden faydalanılacaktır (VUK m. 147). Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 119'uncu maddesine göre aramaya hâkim karar verecek fakat gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı durumlarda ise kolluk âmirinin yazılı emri gerekecektir. Ancak, "gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda kolluk amirinin yazılı izni", vergisel aramalarda söz konusu olmamaktadır.⁶⁵ Zira konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda, aramanın hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabileceği hükmü gereği (CMK m.119/1), kolluk amirinin yetkisi bulunmamaktadır.

Hâkimin, arama talebine ilişkin kararında:

- Aramanın nedenini oluşturan fiili,
- Aranılacak kişiyi, aramanın yapılacağı konutu veya diğer yerin adresini

ya da eşyayı,

- Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresini, açıkça göstermesi gerekmektedir (CMK m. 119/2).⁶⁶ Buradan çıkan sonuç, arama kararında belirtilen yer, kişi veya eşya ile belirlenen zaman süreci dışında arama yapılamayacağıdır.⁶⁷

Eğer hâkim arama talebini yerinde görmezse talebin reddine karar verecek,⁶⁸ gerekçeleriyle bunu kararında açıklayacak⁶⁹ ve talepte bulunan inceleme elemanına tebliğ edilecektir.⁷⁰ Fakat hakimin vereceği

⁶⁵ Taşdelen, a.g.m., s.163.

⁶⁶ Ancak şu hususu belirtmek gerekir; arama yapılmadan önce, aramada nelerin bulunacağı belli olmadığı için, aranacak ve el konulacak eşyaların tek tek, bir liste halinde arama kararında gösterilmesi gerekmez. Kararda, aranacak ve el konulacak eşyalarla ilgili, "vergi kaçaklığı fiillerine delil teşkil edecek defter, kayıt ve belgeler" şeklinde genel bir ifade yeterlidir.

⁶⁷ Kaneti, a.g.e., s.174.

⁶⁸ Bu karar vergi kaçırılmadığı anlamında olmayıp, talep anında geçici tedbir olan aramaya gerek görülmediği anlamındadır. Taşdelen, a.g.m., s.173.

⁶⁹ 5271 sayılı CMK, "Madde 34 - (1) hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dâhil, gerekçeli olarak yazılır. Gerekçenin yazımında 230 uncu madde göz önünde bulundurulur. Kararların örneklerinde karşı oylar da gösterilir.(2) Kararlarda, başvurulabilecek kanun yolu, süresi, mercii ve şekilleri belirtilir".

⁷⁰ 5271 sayılı CMK, "Madde 35 - (1) İlgili tarafın yüzüne karşı verilen karar kendisine

ret kararı kesin bir karar değildir. İnceleme elemanı ret kararına karşı itiraz yoluna⁷¹ gidebileceği gibi, daha geçerli kanıtlar bularak yeniden talepte bulunabilir yahut arama yapılması talep edilen yerler arasında, ret kararını veren hâkimin bulunduğu yargı sınırları dışında başka yerler de varsa, orada bulunan sulh hâkiminden arama kararı isteyebilir.

IV. ARAMA KARARI

1. Arama Kararının Hukuki Niteliği

Aramanın bir koruma tedbiri olduğundan, koruma tedbirlerinin de müeyyide değil müeyyidenin uygulanmasını sağlamaya yönelik araçlardan biri olduğundan yukarıda söz etmiştik. Peki yargı kararının öncesinde yapılan, bir anlamda yargı kararının hazırlığı niteliğinde olan bu işlemin hukuki niteliği nedir?

Arama kararının, her ne kadar bir hâkim tarafından verilmiş olsa da, ortada bir uyuşmazlık, bir hukuka aykırılık iddiası olmadığından, iddia - tespit - müeyyide süreci de bulunmadığından yargı kararı niteliğinde değil idari işlem niteliğinde olduğu⁷² söylenebilir mi?

Kanaatimizce burada hâkimin sahip olduğu yetkinin yargısal bir yetki değil idari bir yetki olduğu dolayısıyla bu konuda aldığı kararın da idari bir karar olduğu şeklindeki görüş isabetli değildir.

Arama da dahil olmak üzere yargı kararının hazırlığı niteliğindeki yargısal prosedür işlemleri genellikle çeşitli düzenlemelerin öngördü-

açıklanır ve isterse kararın bir örneği de verilir.(2) Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararları, hukuken geçerli mazerete dayanarak hazır bulunamayan ilgisine tebliğ olunur.(3) İlgili taraf serbest olmayan bir kişi veya tutuklu ise tebliğ edilen karar, kendisine okunup anlatılır”.

⁷¹ Vergi Usul Kanunu, arama kararlarına ilişkin olarak, bu karara itiraz konusunda herhangi bir düzenleme getirmiş değildir. Ancak itiraz konusunda da Ceza Muhakemesi Kanunu'nun itirazı düzenleyen hükümlerinden faydalanılabilecektir. İtiraz, yedi gün içinde arama kararı veren sulh ceza hâkimliğine yapılacaktır (CMK m. 268/1). Bu hususta ilk incelemeyi yapacak olan, kararı veren sulh ceza hakimidir. Sulh ceza hakimi, itirazı inceleyerek, itirazın yerinde olduğu kanaatine varırsa gerekli düzeltmeyi yapacaktır. Şayet itirazın yerinde olmadığı kanısına varırsa, itirazı incelemek üzere, o sulh ceza hâkimliğinin bulunduğu yargı çevresindeki asliye ceza hâkimliğine üç gün içinde gönderecektir (CMK m. 268/2, 3 b. a). İtiraz merciinin verdiği kararlar kesin niteliklidir (CMK m. 271/4).

⁷² Kemal Gözler, İdare Hukuku C.I, 2. B., Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s.639.

ğü ve birbirinin zorunlu sebep ve sonucunu oluşturan birtakım aşamalardan meydana gelir. Bu aşamalar bir arada zincir işlemi oluşturur.⁷³

Zincir işlemler belirli ve nihai bir sonucu doğurmak amacıyla birbirini takip eden bir dizi işlemdir.⁷⁴ Amacı nihai işlemi ortaya çıkarmaktan ibaret olan⁷⁵ bu halka işlemler nihai işleme karşı açılan davada ele alınabileceği gibi, icrailik niteliğine sahipse gerek nihai işlemin yapılışında önce gerekse sonra bağımsız bir idari işlem olarak tek başına iptal davasına konu olabilir.⁷⁶

Bu noktada ayrılabilir işlem teorisinden bahsetmek yerinde olacaktır. Ayrılabilir işlem teorisi, birbirini takip eden (halka) işlemlerden oluşan idari süreç içinde, hukuki sonuçlar doğurabilme gücüne sahip idari işlemlerin nihai işlem beklenmeksizin ve ondan ayrı tek başına dava konusu edilebilir olmasını ifade eder.⁷⁷ Tanımdan da anlaşılacağı üzere, zincir işlemin halkalarını meydan getiren işlemlerin nihai işlemden bağımsız olarak dava konusu edilebilmesi için bunların kendi başına hukuki sonuç doğurabilir nitelikte yani icrai olmaları gerekir. İdari süreç içindeki, icrailik özelliğine sahip olmayan hazırlık işlemleri ayrılabilir işlem teorisi kapsamı içinde değerlendirilemez.⁷⁸

Halka işlemler şeklinde birbirlerine sıkı sıkıya bağlı olan bu tür işlemlerin söz konusu zincirden ayrılarak iptal davası konusu olabilmelerinin en zor olduğu durum kendisini yargı kararlarının hazırlığı niteliğindeki prosedür işlemlerinde gösterir. Dolayısıyla bu tür işlemlerin zincirin sonu olan yargı kararından ayrılarak, bundan bağımsız olarak iptal davasına konu olabilmeleri imkânsız değilse de güçtür.⁷⁹ Aramanın da içinde bulunduğu koruma tedbirleri yargısal prosedür içinde ele alınması gereken, bu sürecin bir parçası olan, idari yargıda iptal davasına konu edilemeyecek işlemlerdir.

⁷³ Celal Erkut, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s.82.

⁷⁴ Erkut, a.g.e., s.122.

⁷⁵ Murat Sezginer, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.57.

⁷⁶ Sezginer, a.g.e., s.66.

⁷⁷ Erkut, a.g.e., s.129.

⁷⁸ Erkut, a.g.e., s.130.

⁷⁹ Erkut, a.g.e., s.82.

2. Arama Kararının Uygulanması

Arama, vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar⁸⁰ tarafından yapılabilir.⁸¹ Vergi Usul Kanunu'nda arama talep edebilecek kişiler olarak vergi inceleme elemanları gösterildiğinden ve kanunda arama kararını uygulayacak kişiler hakkında ayrıca bir düzenleme yer almadığından aramada bulunacak olanlar vergi inceleme elemanlarıdır.

Dirençle karşılaşma ihtimalinin yüksek olduğu arama faaliyetlerinde inceleme elemanlarına yardımcı olmak üzere güvenlik güçlerinin bulundurulması da zorunludur.⁸²

Arama sırasında kimlerin hazır bulunacağı konusunda Vergi Usul Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmadığından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 119 ve 120'nci maddeleri uygulanacaktır. Buna göre arama sırasında;

- Aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi (CMK 120/1),

- Bunlar bulunmazsa, temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hı-sımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu(CMK 120/1) yahut kişinin avukatı (CMK 120/3) hazır bulunmalıdır.

Hâkim veya cumhuriyet savcısının hazır bulunmadığı, evde veya işyeri ile kapalı yerlerde yapılan aramalarda ise o mahallenin ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulundurulması yeterli görülmüştür (CMK m.119). Anlaşılacağı üzere kanun koyucu arama işle-mi sırasında mükellefin hazır bulunmasını mutlak olarak aramamıştır. Aynı şekilde aramada avukat bulunmasını kanun koyucu geçerlilik şartı olarak öngörmemiştir. Bununla birlikte CMK m.120/3 gereğince kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamayacağını ifade etmemiz gerekir.⁸³

⁸⁰ VUK'un 135'inci maddesi uyarınca; vergi incelemesi vergi müfettişleri, vergi mü-fettiş yardımcıları, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri tara-fından yapılır. Gelir İdaresi Başkanlığı'nın merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar her hal ve takdirde vergi inceleme yetkisini haizdir.

⁸¹ Koçak, a.g.m., s.3.

⁸² Bu amaçla Vergi Usul Kanunu'nun 7'inci maddesiyle emniyet amir ve memur-larının vergi kanunlarının uygulanmasında ilgili memurlara yardımda bulunma mecburiyeti getirilmiştir. Tekin, Çelikkaya, a.g.e., s.218.

⁸³ Tekin, Çelikkaya, a.g.e., s.208.

Aramanın ne zaman yapılacağı konusunda da Vergi Usul Kanunu'nda getirilmiş bir hüküm bulunmamaktadır. CMK'nın ilgili hükümlerine⁸⁴ bakıldığında arama konut, işyeri gibi kapalı yerlerde gündüz yapılır. Ancak başlanmış fakat bitirilememiş bir aramaya gece⁸⁵ de devam edilebilir.⁸⁶

Ayrıca 118'inci maddenin 2'nci fıkrasında belirtilen diğer durumlarla birlikte gecikmesinde sakınca bulunan hallerde gece arama yapılabileceği düzenlenmiştir. Vergisel aramalarda uygulanma imkânı bulabilecek bu istisnanın varlığından, aramanın gündüze bırakılması durumunda aramadan beklenen başarı düşecekse söz edilebilir.⁸⁷ Böyle bir durumda gece vakti arama yapılabilecektir.

Arama sürecinde önemli olan nezdinde arama yapılanın vergi kaçırdığına delalet eden emarelerin bulunduğu defter ve belgelerle durumun somutlaştırılmasıdır. Bunun için arama yapılan şahsın vergi ile ilgili tüm defter ve belgelerine el konulması gerekmektedir. Yapılan incelemeye esas olan, yani aramanın konusu, bulunan defter ve belgeler olacaktır.⁸⁸ Bu bakımdan, arama esnasında el konulan defter ve belgelerin incelenmesi aşamasında arama yapılanı ait şahsî ve özel mektup ve diğer evrakın ilgisine iadesi gerekmektedir.⁸⁹ Nitekim kanun, özel eşyaların sahibine makbuz karşılığında iadesi gerektiğini düzenlemiştir (VUK m. 144/2). Belirtmek gerekir ki bu işlem idare açısından bir zorunluluk teşkil etmektedir.⁹⁰ Zira inceleme sırasında vergi ile ilgisi olmayan özel mektup ve diğer evrakın makbuz karşılığında sahiplerine geri verilmesinin, mükellefe tanınan ve mükellefin iş ve

⁸⁴ CMK madde 118 - (1) Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz.

(2) Suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalarda, birinci fıkra hükmü uygulanmaz.

⁸⁵ TCK m.6/1-e uyarınca, "Gece vakti deyiminden; güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresi anlaşılır".

⁸⁶ Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınları, Ankara, 1999, s.153.

⁸⁷ Özbek, a.g.e., s.175; Koçak, a.g.m., s.4.

⁸⁸ Bu konuda "elektronik belge ve kayıt" konusunda yapılan değişiklikler dikkate alındığında, defter ve belgelere ilişkin hükümler elektronik defter ve belgeler için de geçerli olacaktır (VUK mük. m.242), Taşdelen, a.g.m., s.186.

⁸⁹ Taşdelen, a.g.m., s.181; Tekin, Çelikkaya, a.g.e., s.220.

⁹⁰ Taşdelen, a.g.m., 181.

özel yaşamına ilişkin haklarını korumaya yönelik vergi mahremiyetinin korunması bağlamında doğrudan “mükellef hakları” kavramıyla ilişkilendirilebilecek nitelikte olduğu açıktır.⁹¹

Arama sürecinin başlaması ile birlikte aramada bulunan defter ve vesikalar, müfredatlı⁹² bir şekilde tutanağa bağlanacaktır (VUK m. 143/1).⁹³ Defter ve belgelerin, müfredatlı bir şekilde tutulması, ispat hukuku ve nezdinde arama yapılanın temel hak ve özgürlükleri açısından önem taşımaktadır.⁹⁴ Başka bir deyişle, müfredatlı tutanak sayesinde defter ve belgelerin yükümlüye aidiyeti, arama esnasında az veya çok delile ulaşıldığı ya da özel hayatın ve konut dokunulmazlığının ihlâl edilmediği gibi hususlar belgeye bağlanmış olmaktadır.⁹⁵

Defaatle ifade ettiğimiz gibi arama, vergi kaçırıldığına ilişkin birtakım emareler üzerine devletin almak isteyip alamadığı vergi alacağına bir an evvel kavuşması amacıyla yapılır. Fakat aynı zamanda bu müessese nezdinde inceleme yapılanın birtakım temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğindedir. Kaldı ki arama sonucunda arama yapılanın mutlak anlamda vergi kaçırıldığına ilişkin net bir sonuç da ortaya çıkmamaktadır. İşte bu sebeple arama sonunda elde edilen defter ve belgelerin bir an evvel araştırılması, incelenmesi gerekmektedir.⁹⁶ Vergi Usul Kanunu’nun 144’üncü maddesinin ilk fıkrasında da, arama yapılan hallerde el konulan defter ve belgelerin incelemesinin çabukça ve her işten önce yapılacağını düzenlenmektedir. Bu demektir ki, inceleme elemanının incelemekte olduğu farklı defter ve belgeler bu-

⁹¹ Tosun, Özden, a.g.m., s.288.

⁹² Belgelerin dosya ve dosya içinde sayı itibarıyla tespit edilmesine müfredatlı tespit denilmektedir (VUK m.143/1).

⁹³ Arama sırasında zaman darlığı ya da diğer sebeplerle tutanak tutulması mümkün olmayabilir. Bu durumda arama esnasında bulunan ve incelenmesi gereken defter ve vesikaların, yükümlünün gözetiminde ya emin bir yere konulması ya da kutular içinde daireye götürülmesi gerekmektedir. Defter ve vesikaların yükümlü nezdinde konulduğu yer ya da kutular, aramayı yapan tarafından açılarak müfredatlı bir şekilde tutanağa bağlanması gerekmektedir, Tekin, Çelikkaya, a.g.e., s.219; Taşdelen, a.g.m., s.175. Ayrıca, mühürleme ve mührün açılması halleri de birer tutanağa bağlanacaktır (VUK m. 143/3). Yükümlünün mührün açılması veya tutanağın tanzimi sırasında hazır bulunmaktan kaçınması durumunda işlemler, iki memurla tamamlanacaktır (VUK m. 143/4 b. a), Taşdelen, a.g.m., s.176, 177.

⁹⁴ Karakoç, a.g.e., s. 201.

⁹⁵ Taşdelen, a.g.m., s. 175.

⁹⁶ Taşdelen, a.g.m., s.176.

lunmaktaysa, arama sonucunda el konulan defter ve belgelere öncelik tanıyarak bu defter ve belgeleri inceleme işini bitirmesi gerekmektedir.

Arama sonucunda el konulan defter ve belgelerin incelenmesinin çabukça ve her işten önce yapılmasını emreden kanun koyucu incelemeler için geçen süreyi her halde üç ay⁹⁷ ile sınırlamıştır. Başka bir deyişle, inceleme elemanının, defter ve belgelerin incelemesini en geç üç ayda bitirerek, defter ve belgeleri sahibine tutanakla⁹⁸ iade etmesi gerekmektedir⁹⁹ (VUK m. 145/1). İncelemenin bitirilmesi için üç ayın yeterli olmaması durumunda, sulh ceza hâkiminin bu konuda vereceği karar ile süre uzatılabilecektir.¹⁰⁰ Ancak, böyle bir talepte bulunabilmek için incelemenin haklı sebepler¹⁰¹ nedeniyle üç ayda bitirilemediğinin ispatlanması gerekmektedir (VUK m.145/2).

Bununla birlikte aramada alıkonan ve suç unsuru teşkil eden defter, belge ve diğer eşyalar, inceleme elemanı gerekli incelemeleri yanında öngörülen üç aylık sürede bitiremezse ve süre uzatım talebi

⁹⁷ Sürenin başlangıcı, defter ve belgelerin mükelleften alındığı tarihtir. Sürenin bittiği tarih ise, üç ay sonraki ayın aynı günüdür (VUK.m.18). Bilgi için bkz. Taşdelen, a.g.m., s.178.

⁹⁸ Tutanaklarda mükellefin ya da temsilcisinin imzaları bulunmalıdır. Ancak mükellefin (ya da temsilcinin) tutanakları imzalamadan önce itirazlarını ve görüşlerini tutanağa yazma hakkı bulunmaktadır. İmzanın gerçekleşmemesi durumunda defter ve belgelerin geri verilmesi sağlanamamaktadır. Taşdelen, a.g.m., s.184; Mükellefin bu tutanakları imzadan çekinmesi halinde, söz konusu defter ve belgeler aramanın konusu ile ilgili vergi ve cezalar kesinleşinceye kadar kendisine geri verilmeyerek güvenli bir ortamda muhafaza altına alınır. Tekin, Çelikkaya, a.g.e., s. 221.

⁹⁹ Taşdelen, a.g.m., s.179; Koçak, a.g.m., s.7. Ayrıca belirtmek gerekir ki, arama konusu defter ve vesikalar suç delili teşkil ediyorsa, imzalanmış olsa bile, hiçbir şekilde mükellefe geri verilemeyecektir. Tekin, Çelikkaya, a.g.e., s. 221.

¹⁰⁰ İnceleme elemanının talep ettiği süre, hâkim tarafından verilmezse, bu kez bir üst mahkeme durumunda olan asliye hukuk mahkemesine, sulh hâkiminin ret kararı da eklenmek suretiyle yeniden yazılacak bir itiraz dilekçesiyle başvurulur. Asliye hukuk mahkemesinin vereceği karar kesindir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekin, Çelikkaya, a.g.e., s.221. Ayrıca belirtmek gerekir ki üç aylık sürenin dolmasından sonra, defter ve belgelerin incelenmesi henüz tamamlanmamışsa ve süre uzatımına ilişkin talep sulh ceza hakimi tarafından reddedilmişse, aramalı inceleme, normal incelemeye dönüşmeyecektir (aksi yöndeki görüş için bkz. Koçak, a.g.m., s.5). Zira arama istisnai bir yol olduğu ve aramaya hakim tarafından karar verildiği için defter ve belgelerin incelenmesi, bu doğrultuda olmalıdır. Ancak, defter ve belgelerin iadesinden sonra normal inceleme sürecinin işletilmesinde herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Taşdelen, a.g.m., s.179.

¹⁰¹ Burada haklı sebeplerin varlığını ya da yokluğunu değerlendirecek olan sulh ceza hakimidir.

reddedilse bile geri verilmeyecektir.¹⁰² Daha açık bir ifadeyle, arama neticesinde alınan defter ve belgeler suç delili oluşturuyorsa, inceleme süresini uzatma talebi hakim tarafından reddedilmiş olsa dahi VUK m.145/son gereği ilgililere iade edilmeyecektir.¹⁰³ Hemen belirtmemiz gerekir ki, burada suç delili ifadesiyle kastedilen vergi kaçakçılığı suçu ve vergi kaçakçılığına ilişkin delillerdir.¹⁰⁴ Zira pek çok defa ifade ettiğimiz gibi vergi hukukunda arama, vergi yükümlüsünün vergi kaçırdığına ilişkin delil elde etmek için yapılır. Aramanın amacı vergi kaçakçılığına ilişkin delillerin elde edilmesidir.

İnceleme elemanı, aramada ele geçirdiği bu defter, belge ve eşya üzerinde gerekli vergi incelemesini yapıp tamamlayarak incelemenin sonucunda da, tarihyata ilişkin raporlarını yazarak ilgili yerlere bildirecektir.¹⁰⁵

V. ARAMANIN SONUÇLARI

Arama sonucu gerçekleştirilecek inceleme mükellef hakkında çeşitli işlemler yapılmasını gerektirir. Verginin re'sen, ikmalen veya idarece tarhına gidilerek yeni veya ilave vergi tarh edilmesi, verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesinden kaynaklanan gecikme faizi uygulanması, verginin zamanında ödenmemesinden kaynaklanan gecikme zammı hesaplanması veya mükellefin eyleminin Kanun'da belirtilen suçlardan birini oluşturması durumunda cezalandırılması bu bağlamda ele alınmaktadır.¹⁰⁶ Aramalı vergi incelemesi sonucunda vergi inceleme raporu veya yoklama fişi düzenlenir. İlgili tarh işlemi de vergi inceleme raporu veya yoklama fişine esas alınarak yapılacaktır.¹⁰⁷

¹⁰² Taşdelen, a.g.m., s.184.

¹⁰³ Esasında Vergi Usul Kanunu'nun 145/son fıkrasında yer alan aramada alıkonan ve suç unsuru teşkil eden defter, belge ve diğer eşyaların, inceleme kanunda öngörülen üç aylık sürede bitirilememiş ve süre uzatım talebi hâkim tarafından reddedilmiş olsa dahi geri verilmeyecek olması hükmü, mükellef hakları bağlamında tartışılabilir bir hükümdür. Zira ilk bakışta Vergi Usul Kanunu'nun bu hükmüyle, 145/2'de yer alan üç aylık inceleme süresinin anlamsızlaştığı yorumu yapılabilir. Kanaatimizce, mükellef haklarının korunması açısından, bu düzenlemenin süresiz bir alıkoyma şeklinde değil en azından inceleme sonuna kadar alıkoyma şeklinde olması, bu şekilde bir süre ile sınırlanması daha yerinde bir çözüm olurdu. Ancak biz bu tartışmayı çalışma konumuz kapsamı dışında kaldığından dolayı başka bir yazıda ele almayı planlıyoruz.

¹⁰⁴ Taşdelen, a.g.m., s.184; Pınar, Taylar, a.g.m., s.172.

¹⁰⁵ Koçak, a.g.m., s.7.

¹⁰⁶ Nurettin Bilici, Vergi Hukuku, 25. B., Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s.78.

¹⁰⁷ Şenyüz, Yüce, Gerçek, a.g.e., s.154.

Ayrıca ifade edelim ki, elbette her arama sonucu vergi tarhını gerektirmez. Arama sonucunda yapılan inceleme neticesinde bir matrah unsuru ya da matrah farkının tespit edilememesi durumunda, vergi inceleme elemanları kabul raporu¹⁰⁸ düzenleyeceklerdir. Bu rapor sonrasında vergi dairesi mükellef hakkında başkaca bir karar almayacak ve işlem tesis etmeyecektir.¹⁰⁹

Daha önce de belirttiğimiz gibi aramalı vergi incelemesinin esas amacı, vergi kaçakçılığı fiilini ortaya çıkarmaktır. Arama sırasında ele geçirilen defter, kayıt, belge ve diğer eşyalar üzerinde yapılan incelemeler sonucunda, VUK 359'uncu maddede yer alan vergi kaçakçılığı fiilinin gerçekleştiği ve VUK 360'uncü madde gereğince bu suça iştirakin olduğu anlaşılırsa, olayın mahiyetini tüm delilleriyle açıklayıcı şekilde düzenlenecek "vergi kaçakçılığı suçu raporuyla durumun sovruşturmaya yetkili cumhuriyet savcılığına bildirilecektir."¹¹⁰ Bunun yanında sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenledikleri

¹⁰⁸ "İnceleme sonucunda beyanınızın gerçek durumu yansıttığı tespit edilmişse inceleme elemanı Kabul Raporu adı verilen bir rapor düzenler ve bu rapor vergi dairesi dosyanızda saklanır.", Tüm Yönleriyle Vergi İncelemesi, Gelir İdaresi Başkanlığı, Mükellef Hizmetleri Daire Başkanlığı, Yayın No:50, 2007, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/beyannamerehberi/tum_yonleriyle_vergi_incelemesi.pdf, (10.02.2018).

¹⁰⁹ Soydan, a.g.e., s.593.

¹¹⁰ VUK m. 367 uyarınca; (1) Yaptıkları inceleme sırasında 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık tarafından keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir. (2) 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğine sair suretlerle ittila hasil eden Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder. (3) Kamu davasının açılması, inceleme neticesinin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesine talik olunur. 359 uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyayı cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez. (4) Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz. Taşdelen, bu hükümler karşısında, gerek doğrudan vergi inceleme elemanının ihbar üzerine veya inceleme sırasında vergi kaçırıldığına ilişkin emare bulması ve gerekse Cumhuriyet Savcılığı tarafından vergi kaçakçılığı yönünde inceleme yapılmasının talep edilmesi durumunda, yapılan inceleme faaliyetinin "vergisel suç kolluğu" faaliyeti niteliğini taşıdığını ileri sürmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Taşdelen, a.g.m., s.170.

veya kullandıkları vergi inceleme raporuyla tespit olunanlar kanunla kurulmuş birlik ve meslek odalarına¹¹¹ bildirilecektir.¹¹²

VI. ARAMA SÜRECİNDEKİ İŞLEMLERDE KAMU YARARI

1. Arama Sürecinde Yapılan İşlem ve Faaliyetlerin Hukuki Niteliği

Arama sürecinde gerçekleştirilen işlem ve faaliyetlerin hukuki niteliği başlığı altında ilk olarak, arama kararından sonraki süreçte vergi inceleme elemanı tarafından yapılan işlem ve eylemleri idarenin faaliyetleri açısından ayrıma tabi tutacak olursak, bunların kolluk faaliyeti kapsamında ele alınması gerektiğini söyleyebiliriz.

Kolluk faaliyeti adli ve idari kolluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İdari kolluğun görev ve amacı kamu düzeninin bozulmasını önlemek iken adli kolluğun görev ve amacı kamu düzenini bozan ve suç sayılan eylemlerin işlenmesi durumunda suç faillerini ve suç delillerini arayıp bulmak adli makamlara teslim etmektir.¹¹³ Başka bir deyişle idari kolluk önleyici, engelleyici, koruyucu, durdurucu nitelikte iken adli kolluk, bastırıcı ve tenkil edici niteliktedir.¹¹⁴

Adli kolluk idare içinde yer alan makam ve personel tarafından yerine getirilen bir görev olmakla birlikte konu ve amaç bakımından idari kolluktan farklı işlem ve eylemler yapar.¹¹⁵ İdari kolluk kamu

¹¹¹ VUK m.5/3 uyarınca; Mükelleflerin vergi tarhuna esas olan beyanları, kesinleşen vergi ve cezaları ile vadesi geçtiği halde ödenmemiş bulunan vergi ve ceza miktarları Maliye Bakanlığınca açıklanabilir. Maliye Bakanlığı bu yetkisini mahalline devredebilir. Ayrıca, kamu görevlilerince yapılan adli ve idari soruşturmalar ile ilgili olarak talep edilen bilgi ve belgeler ile bankalara, yapacakları vergi tahsiline yönelik bilgiler verilebilir. Bu bilgilerin verilmesine ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir. Sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenledikleri veya kullandıkları vergi inceleme raporuyla tespit olunanların, kanunla kurulmuş mesleki kuruluşlarına ve 3568 sayılı Kanunla kurulan birlik ve meslek odalarına bildirilmesi vergi mahremiyetini ihlal sayılmaz. Bu takdirde kendilerine bilgi verilen kişi ve kurumlar da bu maddede yazılı yasaklara uymak zorundadırlar. Maliye Bakanlığı bilgilerin açıklanmasıyla ilgili usulleri belirlemeye yetkilidir.

¹¹² Taşdelen, a.g.e., s.184.

¹¹³ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 3. B., Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s.515.

¹¹⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s.515.

¹¹⁵ Oğuz Sancakdar, İdare Hukuku, 2. B., Seçkin Yayınları, Ankara, Seçkin, 2012,

düzeninin bozulmasını önlemeye yöneldiği halde adli kolluk kamu düzenine aykırı eylem ve olguların ortaya çıkması üzerine kovuşturulmasına ve saptanmasına çalışır.¹¹⁶ Daha açık bir ifadeyle, idari kolluk kamu düzeni için tehlike teşkil eden eylemlerin varlığı halinde harekete geçerek kamu düzenini korur, suç işlenmesini önler ve toplum hayatını tehdit eden tehlikeleri ortadan kaldırmaya çalışırken adli kolluk, kamu düzenini bozan ve suç sayılan eylemlerin işlenmesi durumunda failleri/suçla ilişkin bilgi, belge ve delilleri tespit edip adli makamlara teslim etmekle görevlidir.

Her ne kadar vergi inceleme elemanlarının vergi denetimi görevini ifa ederken -örgütsel olarak idari teşkilata dahil olsalar da- görevlerinin niteliği ve amacı bakımından adli kolluk faaliyeti gerçekleştirmekte olduğu savunulsa da¹¹⁷ söz konusu faaliyetlerin adli kolluktan ziyade idari kolluk ile benzerlik gösterdiği görülmektedir. Zira adli kolluk faaliyeti adli makamların (savcılık) emri altında bir suçun soruşturulması kapsamında faaliyet gösterir. Oysaki vergi denetim elemanları bir idari makam olan vergi dairesinin bünyesinde faaliyet göstermektedir.¹¹⁸ Vergi denetiminde görev alanlar idari kolluğun mali yönünü oluşturur. Bu nedenle vergi denetimi bir mali kolluk faaliyetidir.

Arama sürecindeki vergi inceleme işlemleri Cumhuriyet Savcılığının emri altında ve vergi kaçakçılığı suçunun soruşturulması amacıyla yapılsa dahi bunların adli kolluk faaliyeti olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Zira hem bu süreçte yürütülen işlemler tipik vergi inceleme işlemidir hem de faaliyeti yerine getirenler idarenin vergi inceleme görevlileridir. Amacın vergi kaçaklığının tespiti olması anılan faaliyetin adli kolluk olarak nitelendirilebilmesi için yeterli değildir. Böyle bir nitelendirme Cumhuriyet başsavcısının bizatihi kendi inisiyatifi ve adli personeli ile suçun soruşturulmasını doğrudan takip etmesi durumunda isabetli olabilir.¹¹⁹ Örneğin vergi inceleme elemanları tarafından vergi kaçırıldığına ilişkin emareler tespit edildikten ve bu

s.622.

¹¹⁶ Sancakdar, a.g.e., s.622.

¹¹⁷ Billur Yaltı Soydan, "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı-II", *Vergi Sorunları Dergisi*, S.144, Eylül, 2000, s. 113; Taşdelen, a.g.m., s.170; Soydan, a.g.e., s.515.

¹¹⁸ Hayrettin Yıldız, "Vergi İnceleme İşleminin Bir İdari İşlem Olarak Unsurları Yönünden Hukuki Analizi" *EÜHF*, 2013, C. XVII, S. 3-4, ss.129-154, s.134.

¹¹⁹ Yıldız, a.g.m., s.135.

durum Cumhuriyet başsavcılığına bildirildikten sonra, suçun savcı tarafından soruşturulmasında kullanılan personel adli kolluk faaliyetine girer. Zira bu kısımda idari personelin görevi sona ermiş adli personelin görevi başlamıştır.¹²⁰

Öte yandan idari kolluk faaliyeti kapsamında ele alınması gereken arama sürecindeki işlemlerin idari işlem teorisi içindeki yerinin saptanması da gerekmektedir. Birel idari işlemler kategorisi içinde bireysel idari işlem olduğu yönünde bir kuşku bulunmayan arama sürecindeki işlemlerin çalışmamız açısından önemli olan özelliği icrailik niteliğinden yoksun hazırlık işlemleri olmasıdır.

Birey ve nesnelere hukuki durumunu etkilemeyen hukuk aleminde herhangi bir değişiklik yaratmayan işlemlere icrai olmayan işlemler adı verilir.¹²¹ İcrai olmayan idari işlemler kategorilerinden birini hazırlık işlemleri oluşturur. Hazırlık işlemleri bir idari işlemin yapılmasından önce tesis edilen ve asıl işlemin hazırlayıcısı olan işlemlerdir.¹²²

Bir başka deyişle idare, idari işlem iradesini oluşturmadan önce çeşitli araştırmalar, çalışmalar ve danışmalar yapabilir. Hukuk düzenine veya kişi/nesnenin statüsüne yönelen açıklamayı önceleyen faaliyetler işlemlerin hazırlık aşamasını oluşturur.¹²³

İdari işlemlerin hazırlık sürecindeki işlemler idare dışındaki bir özneye değil işlemi yapacak olan makama yönelir. İdari işlemin etkililik/icrailik koşulu ise işlemin idare dışında kalan kişilerin hukuki statüsüne veya hukuk düzenine yönelmiş olmasıdır. Bu nedenle idarenin iç hukukunda kalan bireylerin hukuki statülerine yansımaya irade açıklamaları idarenin etkisiz/hazırlık işlemleri olarak nitelendirilecektir. İdarenin işlemini hazırlayan irade açıklamalarından bu özelliklerini yitirip kişilerin hukuki statüleri veya hukuk düzeni üzerinde etki doğuranlar ise etkili birer idari işlem olacaktır. Bu bağlamda idari işlemi önceleyen raporlar, vergi denetimi açısından arama sürecindeki işlemler tek başına etkili idari işlem değildir.¹²⁴

¹²⁰ Yıldız, a.g.m., s.135.

¹²¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s.368.

¹²² Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s.368.

¹²³ Onur Karahanoğulları, İdarenin Hukukla Kavranması, 2. B., Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s.292.

¹²⁴ Karahanoğulları, a.g.e., s.293, 294.

İdare hukukunda ve keza vergi hukukunda bir işlemin icrai niteliğinin belirlenmesi, söz konusu işleme karşı dava açılıp açılmayacağı bakımından önemlidir. Bir işlem icrai nitelikte değilse konumuz bağlamında hazırlık işlemi niteliğindeyse, o işleme karşı dava açılmaz. Hazırlık işlemine dayalı olarak icrai bir işlemin tesis edilmesi durumunda, icrai işlemle beraber hazırlık işleminin de hukuka aykırı olduğu ileri sürülebilir. Bu durumda mahkeme hazırlık aşamasındaki işlemlerde bir sakatlık bulunup bulunmadığını araştıracaktır. Vergi denetimi kapsamında arama sürecindeki işlemler de hazırlık işlemi niteliğinde olduğundan bu işlemlere karşı tek başına dava açılmayacaktır. Fakat bu süreçteki işlemlere dayanarak re'sen, ikmalen veya idarece vergi tarhi uygulamasına gidilerek yeni veya ilave vergi istenmesi, verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesinden kaynaklanan gecikme faizi uygulanması, verginin zamanında ödenmemesinden kaynaklanan gecikme zammı hesaplanması veya mükellefin eyleminin Kanunda belirtilen kabahatlerden birini oluşturması durumunda, bu işlemlerin dava konusu edilmesi halinde, anılan işlemlerin neden ögesini oluşturan hazırlık işlemi niteliğindeki arama sürecindeki işlemlerin (vergi inceleme raporu, yoklama fişi, tutanaklar) hukuka aykırılıkları ileri sürülebilecektir.

Bu konuda Danıştay kararlarına baktığımızda Danıştay 3. Dairesi verdiği bir kararda,¹²⁵ *"Tarh işlemine takaddün eden bütün idari işlemler, vergi hukukunda, idari yargı yerlerine götürülebilme ve dava edilebilme yönünden "ön idari işlem" niteliğinde olduğundan, Vergi Mahkemelerinde idari dava konusu yapılabilecek işlem ancak ve ancak tarh edilen vergi ve kesilen ceza olduğuna..."* hükmetmiştir. Aynı Daire bir başka kararında;¹²⁶ *"takdir komisyonu kararındaki birtakım usulsüzlükler bazı ahvelde, idari dava konusu yapılan tarhiyat işlemi sakatlayabilirse de, bu durumda da, iptaline karar verilmesi gereken işlemin tarhiyat olacağına hiç kuşku yoktur. Bu nedenlerle dava konusu uyuşmazlıkta takdir komisyonu kararındaki hata sebebiyle sadece tarhiyat hakkında karar verilmesi gerekirken; ön idari işlem olan ve tek başına mükellef tarafından idari dava konusu yapılması mümkün bu-*

¹²⁵ Danıştay 3. Dairesi, 22.05.1986 tarih, E.1986/246, K.1986/1388 sayılı kararı; Danıştay 3. Dairesi, 22.05.1986 tarih, E.1986/482, K.1986/1386 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (21.08.2017).

¹²⁶ Danıştay 3. Dairesi, 22.05.1986 tarih, E.1986/482, K.1986/1386 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (21.08.2017).

lunmayan takdir komisyonu kararının iptaline karar verilmesinde yasal isabet görülmediği..” yönünde hüküm kurmuştur. Bu kararlarda da belirtildiği üzere ancak tarh işlemine karşı dava açılabilir. Zira kesin ve yürütülebilir işlem tarh işlemidir.¹²⁷ Tarh işlemi, vergi alacağına yürütülük gücü kazandıran,¹²⁸ vergi idaresi tarafından yürütülmesi zorunlu, icrai bir idari işlemdir.¹²⁹ Verginin tarhından önce vergi idaresinin bu işleme dayanak oluşturmak üzere yaptığı ön işlemler (hazırlık işlemleri), kural olarak kesin ve yürütülebilir nitelik taşımadıklarından, tarh işleminden ayrı, tek başına dava konusu edilemezler.¹³⁰

Tarh işlemine giden süreçteki işlemleri zincirin birer halkası¹³¹ olarak düşünürsek, arama kararından sonraki aşamada tesis edilen işlemler nihai işlem olan tarh işleminin bir halkasıdır. Zincirin bu halkasına karşı hukuka aykırılıklar ise ancak nihai işlem olan tarh işlemine karşı yapılacak iptal davasında ileri sürülebilir. Bu açıdan tarh işleminden önce yapılacak idari işlem niteliğindeki tarh işlemine hazırlık niteliğindeki ön işlemlere karşı ancak tarh aşamasında iptal davası açılabilir.

2. Tarh İşlemine Hazırlık Mahiyetindeki İşlemlerde Kamu Yararı

İdari işlemlerde amaç unsuru ile anlatılmak istenen idari işlemi yapan makamın söz konusu işlemde beklediği sonuçtur.¹³² İdari işlem ve kararlar idari fonksiyonun yerine getirilmesi için yapıldıklarına ve idari fonksiyon toplumsal gereksinimlerin karşılanması suretiyle kamu yararının gerçekleşmesine yönelik olduğuna göre idari işlem ve kararların amacı da kanunda açıkça gösterilmiş olsun ya da olmasın idari hizmetlerin daha iyi biçimde yürütülmesi ve kamu yararının sağlanmasıdır. Bu anlamda kamu yararı tüm idari işlemler için genel ve değişmez bir sonuçtur.¹³³

¹²⁷ Öncel, Kumrulu, Çağan, a.g.e., s. 103.

¹²⁸ Kaneti, a.g.e., s. 96.

¹²⁹ Öncel, Kumrulu, Çağan, a.g.e., s. 89; Saban, a.g.e., s. 132.

¹³⁰ Danıştay 4. D., 18.04.1988, E. 1986/2004, K. 1988/1564, Danıştay 4. Dairesi, 18.08.1988 tarih, E. 1986/2004, K. 1988/1564 sayılı kararı, aktaran Serkan Açar, “Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem - I”, *TBB Dergisi*, S.67, 2006, ss.285-316, s.295.

¹³¹ Erkut, a.g.e., s.122.

¹³² Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s.408.

¹³³ Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. B., İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, s.160.

Amaç unsuru bakımından hukuka aykırılığın tespiti için işlemi yapan kamu görevlisinin niyetini bilmek gerekir. Zira bu niyetler işlemi yapan kişinin zihninde oluşan psikik bir vakadan başka bir şey değildir.¹³⁴ Bu sebeple amaç unsuru tamamen subjektif bir unsurdur.¹³⁵ Bununla beraber idari yargı denetimi açısından önemli olan kişinin niyeti değil, işlemin hukuk aleminde doğurduğu neticenin kamu yararına uygunluğudur.¹³⁶

Kamu yararı, idarenin faaliyetlerinin hukuka uygun olmasının bir ön şartıdır.¹³⁷ Çünkü idare, özel kişilerin aksine ancak kamu yararı amacıyla hareket edebilir. Bu nedenle idare, belli bir kamu yararı amacını gerçekleştirmek için kendisine tanınmış olan bir yetkiyi bu amaca aykırı olarak kullanamayacağı gibi, bir başka kamu yararı amacıyla da kullanamaz.¹³⁸

Kamu yararı belirsiz, esnek, olaya, kişilere, zamana ve koşullara göre sürekli bir değişim ve dönüşüm içinde olan bir kavramdır.¹³⁹ Anayasada, kanunlarda, yargı kararlarında genel geçer bir tanımlanmamakta ve hatta yasa koyucu ve yargı organları kavramı tanımlamaktan özellikle kaçınılmaktadır.¹⁴⁰ Zira kamu yararını tanımlamak kavramın kendisini sınırlandıracak, zamana ve koşullara göre değişen içeriğini statikleştirecektir.¹⁴¹

Anlam olarak kesinleşmiş bir kavram olmaması sebebiyle kamu yararının kapsamı son derece geniştir. Her somut olayın koşullarına göre belirlenebilir bir kavramdır.¹⁴² Fakat kamu yararı kavramının belirsiz bir kavram olması idarenin keyfi biçimde hareket edebileceği

¹³⁴ Gözler, a.g.e., s.977.

¹³⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s.408.

¹³⁶ Gülşen Gedik, "Vergi Tarh İşleminde Amaç Unsuru: Kamu Yararı Kavramına Vergi Hukuku Perspektifinden Eleştirel Bir Bakış", IV. Vergi Hukuku Konferansı, Genç Hukukçular/Yeni Yaklaşımlar, Ed. Gamze Gümüşkaya, On İki Levha, İstanbul, ss.25-54, s.42.

¹³⁷ Cemil Kaya, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, On İki Levha, İstanbul, 2011, s.160; Cemil Kaya, Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı, On İki Levha, İstanbul, 2011, s.26.

¹³⁸ Pertev Bilgen, İdare Hukuku Dersleri, İdare Hukukuna Giriş, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s.241.

¹³⁹ Halit Uyanık, Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi, On İki Levha, İstanbul, 2013, s.7.

¹⁴⁰ Uyanık, a.g.e., s.7.

¹⁴¹ Uyanık, a.g.e., s.7.

¹⁴² Kaya, Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı, s.2

şeklinde yorumlanmamalıdır. İdare özellikle takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda idari işlem tesis ederken her türlü subjektif değerlendirmeden kaçınılmalı objektif ölçülere bağlı kalarak aynı statüde bulunanları aynı idari işleme tabi tutmalıdır.¹⁴³

İdari işlemlerde amaç unsuruna vergilendirme işlemleri açısından baktığımızda ise ister icrai olsun ister olmasın her türlü vergilendirme işleminde genel amaç, diğer tüm idari işlemlerde olduğu gibi kamu yararının gerçekleştirilmesidir. Kamu yararının bir ölçüde somutlaştırılmış haliyle, kamu hizmetlerinin finansmanını sağlayacak gelirlerin elde edilmesidir.¹⁴⁴ Dolayısıyla, vergi idaresinin her türlü işleminde de geçerli olan en genel amaç budur. Vergilerin yasallığı ilkesi gereğince vergilendirme işlemlerini yapanlar, bu amaç dışında bir takdir yetkisine sahip değildir ve yasa hükümlerini uygulamakla yükümlüdür.¹⁴⁵

Tarih işleminin hazırlık işlemi niteliğindeki arama sürecindeki işlemlerin de amacı anayasaya uygun olarak, vergi kaybını önlemek, kamu giderlerini finansmanını sağlamak şeklinde bir anlamda kamu yararınıdır. Amaç unsuru bakımından işlemin icrai olup olmamasının, tek başına iptal davasına konu olup olmamasının bir önemi yoktur. İdarenin vergilendirme alanındaki arama sürecindeki hazırlık işlemleri de dahil olmak üzere bütün idari işlemlerinin nihai amacı kamu hizmetlerinin finansmanını sağlayacak gelirlerin elde edilmesi yani kamu yararının gerçekleştirilmesidir.¹⁴⁶ Zira vergilendirme sürecindeki işlemler vergi mükellefinin refahı azaltılırken, bu işlemler sonucunda elde edilen gelirler kamu hizmetine dönüştürülerek tüm toplumun refahını arttırmaya yönelik bir etki yaratmaktadır.¹⁴⁷

3. Bağlı Yetki Durumunda Kamu Yararı

Arama sürecindeki idari işlemlerde kamu yararını ele aldığımız bu çalışmada vergi idaresinin de kural olarak donatıldığı bağlı yetki kavramına ayrıca yer vermemiz gerekmektedir.

¹⁴³ Kaya, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, s.225.

¹⁴⁴ Gedik, a.g.m., s.33.

¹⁴⁵ H. Hüseyin Bayraklı, H. Osman Pehlivan, Vergi Hukuku İlkeler ve Türk Vergi Sistemi, Yıldızlar Matbaacılık, İstanbul, 1995, s.16.

¹⁴⁶ Şenyüz, Yüce, Gerçek, a.g.e., s.165.

¹⁴⁷ Şenyüz, Yüce, Gerçek, a.g.e., s.166.

Bir idari makamın kamu hizmetini yürütürken mevzuatta öngörülen dışındaki bir hareket tarzını seçme imkanı bulunmaması, belli hukuki olay ve vakıalar karşısında mevzuatta önceden belirlenmiş davranış ve çözüm şeklini benimsemekle yükümlü olması, mevzuat gereği belli bir işlemi yapmak ya da belli bir eylemde bulunmak zorunda olması bağlı yetkidir.¹⁴⁸ Kısacası idarenin bir yetkisinin belli yönde kullanılmasının mevzuatta açık ve emredici bir şekilde düzenlenmesine bağlı yetki adı verilir.¹⁴⁹ Bağlı yetki durumunda idare karar vermek ve kuralda belirtilen sonuca varmak zorundadır.¹⁵⁰ Neden ortaya çıktığı zaman idarenin doğuracağı sonuçlar üzerinde seçim yapma olanağı yoktur. Anlaşılacağı üzere bağlı yetki halinde, idari işlemin “sebebe” ve “konu” unsurları arasında kanun koyucu tarafından zorunlu bir bağ tesis edilmektedir. İdari işlemin sebebi somut olayda gerçekleştiğinde idare bu işlemi yapmak zorunda kalacaktır.¹⁵¹

Bağlı yetki, idari işlemin amaç unsurunda sakatlık anlamına gelen yetki saptırmasının da sınırını oluşturur.¹⁵² Zira yetki saptırmasında bir idari makamın yetkilerini yasanın öngörmediği ve yetkisi içinde olmayan bir başka sonuca ulaşmak üzere kullanılması durumu sözkonusudur. Ancak bağlı yetki halinde idarenin tesis edeceği işlemin sebebi ve konusu önceden kanunla saptandığı için, idare belirli bir sebebin ortaya çıkması durumunda belirli bir kararı almak zorunda olduğu için bu kararı alırken zihninden hangi düşünceler geçmiş olursa olsun işlem yetki saptırması nedeniyle iptal edilemez.¹⁵³ Başka bir deyişle bağlı yetki halinde yetki saptırması bir iptal nedeni değildir.¹⁵⁴ Çünkü kanun koyucu bu hareketiyle, kanunda belirttiği sebebin gerçekleşmesi halinde yine kanunda yer alan idari işlemin idare tarafından tesis edilmesinde bizzat kamu yararı olduğunu ifade etmektedir. Bu işlem tesis edilirken kişisel, siyasal vs. başka saiklerin de devreye girmesi, kanun koyucu tarafından yaratılan idari işlemin sebep ve konu unsuru arasındaki bağlantının bizzat kendisinde kamu yararı olması durumu bertaraf etmez.

¹⁴⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s.139.

¹⁴⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s.139.

¹⁵⁰ Karahanoğulları, a.g.e., s.501.

¹⁵¹ Kaya, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, s.93-94.

¹⁵² Gedik, a.g.m., s.44.

¹⁵³ Gözler, a.g.e., s.985.

¹⁵⁴ Gözler, a.g.e., s.985.

Tüm bu anlattıklarımızdan yola çıkarak ilk bakışta, arama sürecindeki işlemler kamu yararı dışında özel bir amaçla yapılırsa yetki saptırması ortaya çıkacaktır denilebilir. Fakat vergi idaresinin kural olarak bağlı yetki ile donatıldığı hatırlanacak olursa, arama sürecindeki işlemler de dahil olmak üzere vergilendirme işlemlerinde vergi idaresinin işlem tesis ederken kamu yararı amacından başka bir amaçla hareket ettiği ileri sürülerek işlemin hukuka aykırılığı iddia edilemeyeceği sonucuna varılacaktır. Zira defaatle belirttiğimiz gibi arama sürecindeki işlemlerin hem kendisi (konusu), hem de “sebebe” unsuru Vergi Usul Kanunu’nda ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde Ceza Muhakemeleri Kanunu’nda açıkça belirtilmiştir. Aramanın koşulları gerçekleşikten sonra arama sürecinde gerçekleştirilen idari işlemlerde –hazırlık işlemi niteliğinde de olsa- kamu yararından başka bir amaçla (kişisel saik, siyasi saik vs.) hareket edildiği gerekçesiyle hukuka aykırılık iddiasında bulunulamaz. Çünkü bağlı yetki durumunda işlemi yapan kişinin zihnindeki düşüncesinin veya niyetinin bir önemi yoktur.¹⁵⁵ Bağlı yetki kapsamında yapılan işlemlerde kişisel amaç güdülse dahi bu husus yetki saptırması sayılmayacak ve işlemin iptali sonucunu doğurmayacaktır.¹⁵⁶

SONUÇ

Olağanüstü bir inceleme yolu olan arama, hem vergi alacağının doğru tespitine hem de uygulanacak yaptırımlara yönelik delil ve veri sağlamak amacıyla yapılır. Arama müessesesi bireyin temel hak ve özgürlüklerinden özel hayatın gizliliği hakkına ve bu hakla yakinen ilgili konut dokunulmazlığına bir müdahale niteliğindedir. Bu sebeple vergisel aramanın, Anayasa’nın 20’nci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru sebeplerden birine dayanılarak, demokratik toplum düzeni ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacak şekilde, kanunla yapılması zaruridir.

Söz konusu gereklilikten hareketle vergisel arama, Vergi Usul Kanunu’nda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yasa hükümlerinden; vergi inceleme elemanının lüzum gördüğü durumlarda, vergi kaçırıldığına ilişkin belirtilerin elde edilebilmesi için, ilgili kişinin üzerinde veya nezdinde, mahkeme kararı veya gecikmesinde sakınca olan durumlarda savcılık makamının yazılı emri ile yapılan arama işlemi seklindeki unsurlarıyla tanımlanabilecektir. Ayrıca Vergi Usul Kanunu’nda yapı-

¹⁵⁵ Gedik, a.g.m., s.45.

¹⁵⁶ Şenyüz, Yüce, Gerçek, a.g.e., s.166.

lan atfı dolayısıyla Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin de niteliğine uygun düştüğü ölçüde vergisel aramaya hukuki dayanak teşkil edeceğini belirtmemiz gerekir.

Vergi inceleme elemanlarının arama sürecindeki işlemler de dahil olmak üzere vergi denetimi görevi bir mali kolluk faaliyetidir. Aksi (adli kolluk) savunulsa da bir idari makam olan vergi dairesinin bünyesinde faaliyet gösteren vergi inceleme elemanları, idare ajanlarıdır. Öte yandan idari kolluk faaliyeti kapsamında ele alınması gereken arama sürecindeki işlemler idari işlem teorisine göre icrailik/etkililik niteliğinden yoksun hazırlık işlemleridir. Zira bu işlemler idarenin iç hukukunda kalan bireylerin hukuki statülerine yansımayan irade açıklamalarıdır.

Dolayısıyla arama sürecindeki idari işlemler tek başına iptal davasına konu olamaz. Fakat bu süreçteki işlemlere dayanarak re'sen, ikmalen veya idarece vergi tarhı uygulamasına gidilerek yeni veya ilave vergi istenmesi, verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesinden kaynaklanan gecikme faizi uygulanması, verginin zamanında ödenmemesinden kaynaklanan gecikme zammı hesaplanması veya mükellefin eyleminin Kanunda belirtilen kabahatlerden birini oluşturması durumunda bu işlemlere karşı idari yargıda dava açılabilir. Zira söz konusu işlemler icrai idari işlemlerdir. Bu icrai idari işlemlere karşı açılan idari davalarda arama sürecindeki işlemlerin de hukuka aykırılığı ileri sürülebilecektir. Bu durumda mahkeme hazırlık aşamasındaki işlemlerde bir sakatlık bulunup bulunmadığını araştıracaktır.

Son olarak belirtmemiz gerekir ki idari işlemin amaç unsuru bakımından, işlemin icrai olup olmamasının, tek başına iptal davasına konu olup olmamasının bir önemi yoktur. Vergilendirme alanında, -hazırlık işlemleri de dahil- bütün idari işlemlerinin nihai amacı kamu hizmetlerinin finansmanını sağlayacak gelirlerin elde edilmesi yani kamu yararının gerçekleştirilmesidir. Tarh işleminin hazırlık işlemi niteliğindeki arama sürecindeki işlemlerin de amacı anayasaya uygun olarak, vergi kaybını önlemek, kamu giderlerini finansmanını sağlamak şeklinde bir anlamda kamu yararadır. Dahası vergi idaresi kural olarak bağlı yetki ile donatıldığı için arama sürecindeki işlemler de dahil olmak üzere vergilendirme işlemlerinde vergi idaresinin işlem tesis ederken kamu yararı amacından başka bir amaçla (kişisel saik, siyasi saik vs.) hareket ettiği ileri sürülerek işlemin hukuka aykırılığı iddia edilemeyecektir. Bağlı yetki kapsamında yapılan işlemlerde kişisel

amaç güdülse dahi bu husus yetki saptırması sayılmayacak ve işlemin iptali sonucunu doğurmayacaktır.

Başka bir ifadeyle, vergilendirme ve vergilendirmeyi hedefleyen bağlı işlemlerin hukuka uygunluğu denetlenirken, amaç unsuru kamu yararı bakımından incelenmektedir. Kamu yararının somut olarak ortaya konması ise vergilendirme bakımından kamu giderlerinin finansmanı için vergilerin hazineye aktarılması ile sağlanacaktır. Ancak devlet tarafından sunulan kamu hizmetleri ve kamusal mallar bakımından faydanın bölünebilir olmayışı ve arama sürecindeki işlemler bakımından idarenin bağlı yetki ile donatılmış olması, kamu yararının ölçülememesi sonucunu doğurmaktadır.

Kaynakça

- Ağar Serkan, "Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem - I", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.67, 2006, ss.285-316.
- Akın Emrah, "Aramalı Vergi İncelemesinde Temel Kişi Hakları Bağlamı", *Yaklaşım Dergisi*, S. 167, 2006, ss. 93-97, <http://www.vergi.tc/makaleDetay/SizdenGelenler/Aramali-Vergi-Incelemesinde-Temel-Kisi-Haklari-Baglami/44fc2cba-800e-4db4-bf69-4aee4f9d202a>, (19.08.2017).
- Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, Kaya Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2012.
- Bayraklı H. Hüseyin, Pehlivan H. Osman, *Vergi Hukuku İlkeler ve Türk Vergi Sistemi*, Yıldızlar Matbaacılık, İstanbul, 1995.
- Bilgen Pertev, *İdare Hukuku Dersleri, İdare Hukukuna Giriş*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.
- Bilici Nurettin, *Vergi Hukuku*, 25. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Centel Nur, Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Beta, İstanbul, 2005.
- Erkut Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990.
- Gedik Gülşen, "Vergi Tarh İşleminde Amaç Unsuru: Kamu Yararı Kavramına Vergi Hukuku Perspektifinden Eleştirel Bir Bakış", IV. Vergi Hukuku Konferansı, Genç Hukukçular/Yeni Yaklaşımlar, Ed. Gamze Gümüşkaya, On İki Levha, İstanbul, ss.25-54.
- Gerçek Adnan, "Vergilemede Mükellef Hakları ve Türkiye'deki Durumun İncelenmesi", *Vergi Sorunları*, Sayı: 209, Şubat, 2006, ss.121-149.
- Gözler Kemal, *İdare Hukuku C.I*, 2. Baskı, Ekin, Bursa, 2009.
- Günday Metin, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013.
- Kaneti Selim, *Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- Karahanogulları Onur, *İdarenin Hukukla Kavranması*, 2. Baskı, Turhan, Ankara, 2012.

- Karakoç Yusuf, *Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi*, 2. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1997.
- Karakoç Yusuf, *Genel Vergi Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 2011.
- Kaya Cemil, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, On İki Levha, İstanbul, 2011.
- Kaya Cemil, *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı*, On İki Levha, İstanbul, 2011.
- Koçak Hakkı, "Aramalı Vergi İncelemesi ve Karşılaşılan Bir Sorun", *Vergi Dünyası*, S.213, Mayıs, 1999, www.vizyonymm.com/makale_detay/7, (17.08.2017).
- Kunter Nurullah, Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Arıkan, İstanbul, 2006.
- Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, *Vergi Hukuku*, 20. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Özbek Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınları, Ankara, 1999.
- Öztürk Bahri, Erdem M. Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Pınar Burak, Taylar Yıldırım, "Türk Vergi Hukukunda Kamusal Bir Denetim Yolu Olarak Vergi Araması", *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt:8, Sayı:21, Nisan 2013, ss:139-180.
- Saban Nihal, "Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile Bir Vergi Hukuku Kavramını Okumak: Arama", *Polis Dergisi*, S. 36, 2003, ss. 93-96.
- Saban Nihal, *Vergi Hukuku*, 5. Baskı, Beta, İstanbul, 2009.
- Sancakdar Oğuz, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2012.
- Sezginer Murat, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin, Ankara, 2000.
- Soydan Başar, *Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi*, On İki Levha, İstanbul, 2015.
- Şenyüz Doğan, Yüce Mehmet, Gerçek Adnan, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, 6. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2015.
- Taşdelen Aziz, "Vergisel Arama", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.2, 2003, ss.159-190.
- Tekin Fazıl, Çelikkaya Ali, *Vergi Denetimi*, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.
- Tosun Ayşe Nil, Özden Engin, "Vergi Denetiminde Arama Yönteminin Mükellef Hakları Yönünden Değerlendirilmesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yaklaşımı ve Türkiye Örneği", *Maliye Dergisi*, Sayı 166, Ocak-Haziran 2014, ss.286-298.
- Uyanık Halit, *Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi*, On İki Levha, İstanbul, 2013.
- Yaltı Soydan Billur, "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı-II", *Vergi Sorunları Dergisi*, S.144, Eylül, 2000.
- Yenisey Feridun, "Vergi Hukukunda Arama ve Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Adnan Tezel Günleri: "Vergi Hukuku", Haz., Feridun Yenisey, Gülsen Güneş, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006, ss.173-194.
- Yıldız Hayrettin, "Vergi İnceleme İşleminin Bir İdari İşlem Olarak Unsurları Yönünden Hukuki Analizi" *EÜHFD*, C. XVII, S. 3-4, 2013, ss.129-154.
- Yurtcan Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 10.Baskı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2004.

**KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞI
KARARINA KARŞI ANAYASA
MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU:
DAR, SARP VE KISMEN AÇIK BİR YOL**
INDIVIDUAL APPLICATION TO THE CONSTITUTIONAL COURT
AGAINST THE DECISION OF
“NO GROUND FOR PROSECUTION”:
A NARROW, STEEP AND PARTIALLY OPEN PATH

Fahri Gökçen TANER*

Özet: Kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına karşı Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruların önemli bir kısmı, konu bakımından yetkisizlik ya da başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararlarına konu olmaktadır. Hangi haklara ilişkin olarak, hangi yolların tüketilmesinden sonra bu yola gidilebileceğini anlamak için, Anayasa Mahkemesi'nin ve AİHM'nin iÇtihatlarının bilinmesi gerekir. Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin kovuşturmaya yer olmadığı kararları bağlamında verdiği kararlar, öğretilerdeki görüşler iŐğında sınıflandırılarak bir incelemeye tâbi tutulmaktadır. Mahkemenin iÇtihadı uyarınca, bu konuda adil yargılanma hakkını esas alan başvuruların herhangi bir başarı Şansı yoktur. Zira Mahkeme, *Perez/Fransa* kararında sayılan istisnalar hariç, üçüncü kişilerin cezalandırılmasını talep etmeyi suçtan zarar gören bakımından adil yargılanma hakkının kapsamında görmemektedir. Buna karşın yaşam hakkı ile işkence ve insanlık dışı muamele yasağı bağlamında yapılan yeterli bir başvuru sonucunda, Anayasa Mahkemesi'nin devletin usuli (etkili soruşturma) yükümlölüklerinin ihlali dolayısıyla ihlal kararı verme olasıdır. Diğer maddi haklarda ise Mahkeme, AİHM'nin *Perez/Fransa* kararındaki yaklaşımını esas alarak, mutlaka diğer hukuk yollarının tüketilmesini talep etmektedir.

Anahtar kelimeler: Bireysel Başvuru, Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı, Kovuşturma Davası, Adil Yargılanma Hakkı, İŞkence ve İnsanlık Dışı Muamele Yasağı

Abstract: An important number of the individual applications made before the Constitutional Court against the decisions of no ground for prosecution is responded with inadmissibility decisions due to lack of authority or non-consumption of remedies. The jurisprudence of the Constitutional Court and the ECHR shall be known in order to understand which rights can be subject matter of the individual application mechanism and which remedies must be exhausted

* Dr., Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı, ORCID: 0000-0002-9182-2549

beforehand. In this study, the decisions of the Constitutional Court regarding no ground for prosecution decisions are classified in the light of the views articulated by several writers in the doctrine. As far as the the Court's case-law is concerned, applications based on the right to a fair trial have no chance of success. The reason for this early conclusion is that the Court, except for the exemptions stated in *Perez/France* case, does not confer the right to fair trial on the victims of a crime has the right to demand prosecution or sentencing of third parties for a criminal offence. On the contrary, the Constitutional Court is likely to find a violation of the procedural obligations of the State (effective investigation) as a result of a sufficient application made in the context of the "right to life" or "prohibition of torture and inhuman treatment". About other substantive rights, the Court, taking the ECHR's approach at *Perez/France* decision as an example, absolutely demands that other remedies shall be exhausted.

Keywords: Individual Application, Decision of No Ground for Prosecution, Opposition Against the Decision of No Ground for Prosecution, Right to Fair Trial, Prohibition of Torture and Inhuman Treatment

I. GİRİŞ ve YÖNTEM

Ceza muhakemesinde, kamu davasının açılması için yeterli şüphenin var olup olmadığına karar vermek Cumhuriyet savcılığının yetkisindedir. Bu yetkinin yerinde bir biçimde kullanılıp kullanılmadığı ise kovuşturma davası yoluyla denetlenmektedir. Ancak suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığı kararıyla karşı karşıya kaldığında, kovuşturma davası yolunu tüketmesine rağmen, çeşitli sebeplerle etkili bir soruşturma yapılmadığı kanaatinde olabilir. İşte bu durumda, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru gündeme gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hukukçular içinde dahi uzmanlık gerektiren, teknik ve akademik temeli güçlü başvurular yapılmasını zorunlu kılan bir yoldur. Her ne kadar Mahkeme başvurularının hukuki nitelendirmesiyle bağlı olmasa da,¹ Anayasa Mahkemesi'nin bir kanun yolu denetim mercii gibi ihlalin bağlantılı olduğu olayı baştan sona ele alması mümkün olmadığı gibi, bu husus yetkisi dâhilinde de değildir. Mahkemenin görevi bu noktada,

¹ Tahir Canan başvurusu, B. No: 2012/969, T. 18.9.2013, § 16. Mahkeme Tahir Canan başvurusundan itibaren kabul ettiği bu ilkeyi, konuyla ilgili tüm kararlarında yine bu başvuruya atıf vererek tekrar etmektedir.

Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edilip edilmediğini belirlemektir.

Bireysel başvurunun bir kanun yolu değil, ikincil bir hak arama yolu olduğu unutulmamalıdır. Bu ilke, hak ihlallerine ilişkin iddiaların öncelikle yerel mahkemelerde ileri sürülmesini de zorunlu kılmaktadır.²

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bireysel başvurudan olumlu sonuç alınmak isteniyorsa, yola doğru yerden çıkılması ve temel hatalar yapılmaması zorunludur. Bunun için yeterli teorik bilginin yanında, Mahkeme'nin içtihatlarının da iyi bilinmesine ihtiyaç vardır. Bu düşünceyle bu çalışmada, konu hem teorik olarak ele alınmakta hem de son olarak 31.12.2017 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nin web sitesinde bulunan arama motorunda, "kovuşturmaya yer olmadığı" ve "etkili soruşturma" anahtar kelimeleriyle yapılan aramalar sonucunda erişilen tüm kararlar okunarak bir değerlendirme ve sınıflama yapılmaktadır. Ancak çalışmanın bu konuda verilen tüm kararları incelemiş olmak gibi bir iddiası yoktur. Burada Anayasa Mahkemesi web sitesi arama motorunun imkân verdiği ölçüde kararlara ulaşılabildiği söylenmelidir. Ortaya çıkan durumda elde edilen karar çeşitliliği, konuyu bütüncül olarak ele almak bakımından yeterlidir. Böylece kovuşturmaya yer olmadığı kararları özelinde adil yargılanma ve etkili bir soruşturma yapılmasını talep etme hakları, Mahkeme'nin yaklaşımı bağlamında ele alınmaktadır.

II. İÇ HUKUK YOLUNUN TÜKETİLMESİ BAĞLAMINDA KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞI KARARININ YARGISAL DENETİMİ

Anayasa'nın 148/3. maddesi uyarınca *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."*

² Ayrıntılı bilgi için bkz. Ece Göztepe, Anayasa Şikâyeti, Ankara 1998, s.73-78. Köroğlu Kaya, Cezai Konularda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, 2. Bası, Ankara 2016, s. 38-48.

Burada geçen kanun yolu ifadesini, şekli anlamda kanunlarda düzenlenmiş olan ve bir temel hak ve özgürlük ihlalini ortadan kaldırmaya özgülünmüş bütün araçlar şeklinde anlamak gerekir.³ Konu kovuşturmaya yer olmadığı kararı olduğunda, bu karara karşı ilk başvuru yolu kovuşturma davası açılmasıdır. Bireysel başvuru yapılabilmesi için bu yolun tüketilmesi zorunludur. Bu başvuru olumsuz sonuçlandığında bireysel başvuru süresi başlamakta, kanun yararına bozma yoluna gitmek ise kişinin ihtiyarına kalmaktadır.

A. TÜKETİLMESİ ZORUNLU YOL: KOVUŞTURMA DAVASI

Cumhuriyet savcılığının kovuşturmaya yer olmadığı şeklindeki kararı yargısal değil, adli-idari bir karardır.⁴ Bu kararın denetimi Kanun'da seçilen "itiraz" şeklindeki yerinde olmayan terminolojiyi bir kenara bırakıp öğretilerdeki yaygın kabul gören adıyla anarsak, "kovuşturma davası"⁵ yoluyla yapılmaktadır. Bu kurum, kamu davasının mecburiliği ilkesinin gereği gibi uygulanıp uygulanmadığını denetlemek üzere kabul edilmiştir.⁶ Kovuşturma davası aynı zamanda etkili bir ceza soruşturmasının yargısal teminatıdır. Kovuşturma davasının ve bu kararın ardından bir kanun yolunun mümkün olup olmadığını belirlemek için öncelikle kovuşturma davasının hukuki niteliğini ortaya koymak gereklidir. CMK'nın 173. maddesi şöyledir:

"Cumhuriyet savcısının kararına itiraz

Madde 173 – (1) Suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on beş gün içinde, bu kararı

³ Bkz. Tolga Şirin, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti, İstanbul 2013, s. 503.

⁴ Nur Centel - Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2016, s. 560; Nevzat Toroslu - Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016, s. 272; Veli Özer Özbek - Koray Doğan - Pınar Bacaksız - İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, Ankara 2017, s. 502.

⁵ Nurullah Kunter - Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2006, s. 1037; Toroslu-Feyzioğlu, s. 273; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 504. Centel-Zafer, s. 556; Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Ankara 2015, s. 683; Bahri Öztürk - Durmuş Tezcan - Mustafa Ruhan Erdem - Özge Sırma Gezer - Yasemin F. Saygılar Kırıt - Özdem Özyayın - Esra Alan Akcan - Efser Erden Tütüncü: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, Ankara 2016, s. 598; Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, Ankara 2016, s. 420 ve 421; Yener Ünver - Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Ankara 2016, s. 512.

⁶ Centel-Zafer, s. 554; Toroslu-Feyzioğlu, s. 274.

veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine itiraz edebilir.”

Öğretide öngörülen yolun itiraz niteliğinde olduğu savunulmaktaysa⁷ da, CMK'nın 173. maddesinde düzenlenen kovuşturma davası esas olarak tali bir ceza davasıdır.⁸ Kanun'da ise söz konusu yol, 1412 sayılı CMUK'da (md. 165) olduğu gibi itiraz olarak zikredilmektedir. Ancak burada kast edilen itiraz kanun yolu değildir. Zira CMK'nın “İtiraz olunabilecek kararlar” başlıklı 267. maddesi uyarınca “Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.” Oysa Cumhuriyet savcılığının kararı bu tür bir karar olmadığı gibi; yargısal değil, adli-idari bir karardır.⁹

Uygulamada yanlış olarak yapılan kanun yolu nitelemesinin, Anayasa Mahkemesi'ne de sirayet ettiği görülmektedir.¹⁰ Kanundaki yanlış isimlendirme beraberinde başka bir sorunu da getirmektedir. Bilindiği üzere itiraz kanun yolu sonunda, söz konusu karar kesinleşir. Oysa kovuşturma davası bir itiraz değil tali bir ceza davası olduğundan, karar vermeye yetkili makam sulh ceza hâkimliği olduğuna ve CMK'nın 267. maddesi uyarınca hâkimlik makamı kararlarına karşı itiraz kanun yolu açık olduğuna göre, kovuşturma davası sonucunda verilen karara karşı da bu yolun açık olması gerekir.¹¹ Ancak uygulamada bu düşünce kabul görmemekte ve sulh ceza hâkiminin kararı kesin olduğu¹² kabul edilmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı 30 gün içerisinde sulh ceza hâkimliğine başvurulmaması halinde, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermektedir.¹³ Mahkeme 30 günlük sürede yapılan başvuru

⁷ Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 5. Bası, Ankara 2014, s. 122.

⁸ Centel-Zafer, s. 556; Yenisey-Nuhoğlu, s. 683; Karakehya, s. 421.

⁹ Yenisey-Nuhoğlu, s. 683; Karakehya, s. 421; Sesim Soyer Güleç, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturmanın Etkinliği İlkesi ve Takipsizlik Kararları Üzerindeki Etkisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, Y. 2013, s. 1449.

¹⁰ “Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar (KYOK), 8.3.2011 tarihinde başvuruculara tebliğ edilmiş, söz konusu karara karşı başvurucular tarafından itiraz kanun yoluna başvurulmamıştır.” Bkz. Fatih Birol ve Remziye Birol başvurusu, B. No: 2013/19, T. 7.3.2014, § 31.

¹¹ Centel-Zafer, s. 559.

¹² Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 506; Soyer Güleç, s. 1455.

¹³ “Açıklanan nedenlerle, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasının yetkili derece mahkemeleri önünde tanınan başvuru yolları tüketilmeden bireysel başvuru konusu yapıldığı anlaşıldığından başvurunun yürütülen ceza soruşturmasına

ruharı ise süresinde yapılmış saymakta ve başvuru yollarının tüketilmemesinden söz etmemektedir.¹⁴ Bu durumda uygulamaya hâkim olan yaklaşımın, Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsendiği görülmektedir. Belirtmek gerekir ki uygulama teknik olarak hatalı da olsa bu kadar yerleşmişken, Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı kabul etmeyip, itiraz kanun yolunun da tüketilmesi gerektiğini kabul etmesi yerinde bir yaklaşım olmazdı. Zira kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı yapılan başvuru sonucunda verilen kararda, söz konusu kararın kesin olduğu yazmakta ve bu nedenle bir başvuru mercii gösterilmemektedir. Bu nedenle kişinin de yargı organının bu nitelendirmesine güvenerek kesin olduğu yazılı karara karşı yaptığı başvuru, her durumda kabul edilmelidir.

Kanımızca bu sorunda bir etken de, sistemsiz ve gerekçesiz bir şekilde kovuşturma davasına bakma yetkisine sahip makamın iki kez değiştirilmesidir. CMK 2005 yılında yürürlüğe girdiğinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verme yetkisi ağır ceza mahkemesi başkanındaydı ve itiraz kanun yoluna ilişkin açıklamalarımız bu dönem için de geçerliydi. 2011 yılında bu yetki ağır ceza mahkemesine verilmiş ve kararın niteliği mahkeme makamı kararı haline geldiği için itiraz kanun yolu tartışması kapanmıştı. Ancak 2014 yılında 6545 sayılı Kanun'la alelacele kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına karşı başvuru mercii sulh ceza hâkimi haline getirilince, sorun yeniden doğmuştur. Zira söz konusu karar yeniden hâkimlik makamı kararı haline gelmiştir ve CMK'nın 267. maddesi uyarınca hâkimlik makamı kararlarına karşı bu yol açıktır.

B. ALTERNATİF BİR YOL: KANUN YARARINA BOZMA

5271 sayılı CMK'da olağanüstü kanun yolları, altıncı kitabın üçüncü kısmında düzenlenmiştir. Bu Kanun'da 1412 sayılı CMUK'dan farklı olarak karar düzeltme kurumuna yer verilmemiş ve şu üç olağanüstü kanun yolu kabul edilmiştir:

ilişkin bölümünün "başvuru yollarının tüketilmemesi" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir." Fatih Birol ve Remziye Birol başvurusu, § 54. Aynı yönde bir diğer başvuru için bkz. Fezile Çelik ve Erhan Çelik başvurusu, B. No: 2013/1905, T. 30.3.2016, § 35.

¹⁴ Musa Erdem ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/1845, T. 7.11.2013, § 9.

- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı
- Kanun yararına bozma
- Yargılamanın yenilenmesi

Bu yollardan konumuzla ilgili olan kanun yararına bozmadır. Kanun yararına bozma olağanüstü kanun yolu CMK'nın 309/1. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığı, o karar veya hükmün Yargıtay'ca bozulması istemini, yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirir.”

Ancak bu yolu incelemeye geçmeden önce, başlıkta ifade ettiğimiz üzere, bu yolun neden ihtiyari olduğunu, tüm olağanüstü kanun yollarıyla ilişkilendirerek açıklamak istiyoruz:

Anayasa'nın 148/3. maddesinde görüldüğü üzere bireysel başvuru yolu için olağanüstü kanun yollarının tüketilmesi gerekli değildir. Zira bu yollardan hiçbirinin işletilmesinde, başvuru belirleyici etken değildir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı yolu için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, kanun yararına bozma için ise Adalet Bakanlığı'nın veya istisnaen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın harekete geçirilmesi gerekmektedir. Suçtan zarar gören, ancak bu kurumların harekete geçmesine yönelik bağlayıcı olmayan başvurularda bulunabilir. Yargılamanın yenilenmesi yolu için ise, yerel mahkemenin kabul edilebilirlik denetiminin geçilmesi zorunludur. Dolayısıyla kişinin tamamen kendi ihtiyarında olmayan bir yolu tüketmesi beklenemez. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı da bu yöndedir.¹⁵ Bu yolların tüketilmesinin zorunlu görülmemesi yerinde bir düzenlemedir.

Ancak bu noktada başvuru süresinin kaçırılmaması açısından dikkat edilmesi gereken bir başka husus vardır. Bir yolun tüketilmesi ihtiyari ise, o yol başvuru süresinin işlemlerini engellemez. Dolayısıyla kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı bireysel başvuru süresi, kararın öğrenilmesiyle birlikte işlemeye başlayacaktır. Eğer kişi aynı

¹⁵ Şirin, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti, s. 509.

zamanda CMK'da yer alan olağanüstü yollara ilişkin başvuru yapmak istiyorsa, bu başvuruyu da bireysel başvuru yolundan bağımsız olarak yapmalıdır.

Tekrar kanun yararına bozmaya dönersek, öğretilerde kovuşturma yer olmadığı kararına karşı kanun yararına bozmaya gitme uygulaması eleştirilmektedir. İlk eleştiri sanık lehine kabul edilen bir yolun, onun aleyhine sonuç doğurmasının tutarlı olmadığı yönündedir.¹⁶ Buna karşılık bu kurumun aleyhe sonuç doğurmayacağına ilişkin mülga CMUK'daki düzenleme CMK'ya alınmadığından, aleyhe sonuç doğurmasının mümkün olduğunu savunan yazarlar¹⁷ da vardır.

Diğer eleştiri ise, CMK'nın 309. maddesinde her ne kadar hâkim veya mahkeme kararlarından bahsediliyor olsa da, kanun yararına bozma yapılabilecek halleri sayan dördüncü fıkradaki düzenlemenin tamamının mahkeme makamı kararlarına ilişkin olmasıdır. Kovuşturma davasına ağır ceza mahkemesinin baktığı dönem bir kenara bırakılırsa, kovuşturma davasını gören merci hep hâkimlik makamı olmuştur. Oysa CMK'nın düzenlemesi bu makamın kararına karşı kanun yararına bozma yapılmasına imkân tanımamaktadır.¹⁸

Tüm bu eleştirilere karşın öğretilerde bu yolun açık olduğunu ifade eden yazarlar¹⁹ olduğu gibi, Yargıtay da hiçbir teorik tartışmaya girmeksizin yerleşik uygulamasını, sulh ceza hâkimliği tarafından kovuşturma davası üzerine verilen kararın CMK'nın 309/4-a maddesi uyarınca kanun yararına bozulabileceği yönünde sürdürmektedir.²⁰

¹⁶ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 1454.

¹⁷ Ünver-Hakeri, s. 819 ve 829.

¹⁸ Toroslu-Feyzioglu, s. 382 ve 383; Centel-Zafer, s. 558 ve 559.

¹⁹ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 506.

²⁰ "Kanun yararına bozmaya atfen düzenlenen ihbarnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden, Bakırköy 4. Sulh Ceza Hâkimliği'nin 28.09.2015 tarih ve 2015/3360 değişik iş sayılı kararının, 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi gereğince Bozulmasına, aynı maddenin 4. fıkrasının (a) bendi uyarınca müteakip işlemlerin itiraz merciince yerine getirilmesine, 23.10.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi". Yargıtay 15. Ceza Dairesi, E. 2017/27706, K.2017/20937, T. 23.10.2017.

Başka örnekler için bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi, E. 2017/28945, K.2017/21677, T. 30.10.2017; Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2017/18831, K.2017/24042, T. 03.11.2017; Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E. 2017/14839, K. 2017/7718, T. 13.11.2017. (Kaynak: yargitay.gov.tr)

III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN ZAMAN BAKIMINDAN YETKİSİ BAĞLAMINDA KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞI KARARI

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un geçici birinci maddesi uyarınca "*Mahkeme, 23.9.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler.*" Bu ibare kovuşturmayaya yer olmadığı kararı bağlamında ele alındığında, kararın verildiği ve soruşturma işlemlerinin gereği gibi yapıldığı tarihlerin bir önemi olmadığı ortaya çıkmaktadır.²¹ Önemli olan kovuşturmayaya yer olmadığı kararının kesinleşme tarihinin 23.9.2012 tarihinden sonra olmasıdır. Bu, kovuşturmayaya yer olmadığı karara karşı öngörülen zorunlu başvuru yolu olan kovuşturma davasının olumsuz sonuçlandığı tarihin 23.9.2012 veya sonrası bir tarih olması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Yukarıda ele alındığı üzere uygulamada bu kararın kesin olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle tebliğ tarihinin, zaman bakımından uygulama açısından bir önemi yoktur.²² Burada öğrenmenin etkisi Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru süresini başlatmasıdır. Mahkeme'nin içtihadı da bu yöndedir. Burada örnek olarak *Doğan Demirhan* başvurusunun, soruşturmanın yürüyüşüyle zaman bakımından uygulama arasındaki ilişkiyi açıklayan kısmına yer vermek istiyoruz:

"51.Bakanlık görüşünde, olayın gerçekleştiği tarih ile bu olaya ilişkin soruşturmada en son gerçekleştirilen esaslı işlem tarihine dikkat çekilerek başvurunun zaman bakımından kabul edilemez olup olmadığı hususunda bir değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiş ise de Anayasa Mahkemesi, etkili soruşturma yürütülmesi yükümlülüğü bakımından inceleme yaptığı önceki

²¹ 41. "30.3.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başlangıcı 23.9.2012 tarihi olup Mahkeme, ancak bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvuruları inceleyebilecektir. Başvuru konusu olaydaki işkence iddiaları her ne kadar bu tarihten önce gerçekleşmiş ise de soruşturma sonucunda verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kesinleşme tarihinin 4.10.2013 olması nedeniyle başvurunun Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi kapsamında olduğu değerlendirilmiştir." C.K. başvurusu, B. No: 2013/8728, T. 15.12.2015.

²² Reşit Dülek başvurusu, B. No: 2013/7617, T. 21.1.2016, § 31.

başvurularda zaman bakımından yetkisinin hesabında kural olarak başvuru konusu ölüm olaylarının soruşturulması amacıyla takip edilen başvuru yollarının kesinleşme tarihini esas alırken otuz günlük başvuru süresinin hesabında başvuru konusu ölüm olaylarının soruşturulması amacıyla takip edilen başvuru yollarının kesinleşme tarihinin başvurucular tarafından öğrenilme tarihini esas almıştır (Sadık Koçak ve diğerleri, B. No: 2013/841, 23.1.2014; Cezmi Demir ve diğerleri, 2013/293, 17.7.2014).

52.Bu itibarla somut başvuruya konu olayda Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen soruşturma sonucunda Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başlangıç tarihi olan 23.9.2012 tarihinden sonra 30/11/2012 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği, başvuru- rucunun bu karara itirazının da Mahkemenin 7/3/2013 tarihli kararı ile reddedilmesiyle söz konusu kararın aynı tarihte kesinleştiği dikkate alındığında mevcut başvuruya konu soruşturma açısından başvurunun zaman bakımından kabul edilemez nitelikte olduğunu söyleyebilmeyi mümkün kılan bir nedenin bulunmadığı görülmektedir. Bu nedenle somut başvuruda Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisine ilişkin ilkeleriyle belirlediği kurallara istisna tanınmasını, başka bir ifadeyle belirtilen ilkelerden ayrılmayı gerektirir bir durumun bulunmadığı değerlendirilmiştir.”²³

IV. KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞI KARARINA KARŞI BİREYSEL BAŞVURUDA ESAS ALINACAK DAYANAK SORUNU

A. ADİL YARGILANMA HAKKI: SUÇTAN ZARAR GÖREN KADAR ANAYASA MAHKEMESİ İÇİN DE BİR ÇIKMAZ SOKAK

Kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına karşı yapılacak bireysel başvurularda, adil yargılanma hakkı bağlamında suçtan zarar görenin bir başarı şansının olmadığı peşinen söylenebilir. Ancak bu noktaya nasıl varıldığının ortaya konulabilmesi için öncelikle Anayasa tarafından korunan norm alanının, AİHS'den daha geniş olması hali üzerinde kısaca durmak gerekmektedir. Bu durum, adil yargılanma hakkı bağlamında bir takım somut sorunlara yol açmıştır:

Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan “Herkes meşrû vasıta ve yol-

²³ Doğan Demirhan başvurusu, B. No: 2013/3908, T. 6.1.2016.

lardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." ifadesiyle hakkın öznesinin herkes olduğu açıkça ortaya konulmuştur. Buna karşın AIHS'nin 6. maddesi uyarınca adil yargılanma hakkı, ceza davaları bakımından suç isnadı altında olma haliyle sınırlanmıştır. Burada suç isnadı kavramının, AIHM tarafından *Engel* başvurusunda somutlaştırılan ölçütler uyarınca özerk bir kavram olduğunu ve iç hukuktaki sınırlamayla mahkemenin bağlı olmadığını da hatırlatmak gerekir.²⁴ Ancak her durumda suçtan zarar gören, suç isnadı altında olmadığından ve istemi üçüncü bir kişinin cezalandırılması yönünde olduğundan, Sözleşme uyarınca adil yargılanma hakkından yararlanamamaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu konudaki kararlarında sıklıkla AIHM'nin *Perez/Fransa* kararına atıf yapmakla ve şu beş paragrafı, yaşam hakkı ile işkence ve insanlık dışı muamele yasağı istisna olmak kaydıyla, aşağıda sınıfladığımız tüm kararlarda kullanmaktadır:

"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AIHM") içtihatlarına göre, bir ceza davasında üçüncü kişilerin suçlanması veya cezalandırılmasını talep eden mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişiler, Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanı dışında kalmaktadır. Bu kuralın istisnaları, ceza davasında medeni hak talebine imkân veren bir sistemin benimsenmiş veya ceza davası sonucunda verilen kararın hukuk davası açısından etkili ya da bağlayıcı olması hâlleridir (Perez/Fransa, 47287/99, 12/2/2004, § 70"

4.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile ceza muhakemesinde şahsi hak iddiasında bulunma imkânı ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla başvurucunun ceza muhakemesi sürecinde medeni haklarını ileri sürme imkânı bulunmamaktadır. Ayrıca somut olayda verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın etkileri ceza muhakemesi süreci ile sınırlı olup hukuk mahkemeleri açısından bağlayıcı bir etkisi bulunmamaktadır.

Başurucu, suç işlediğini düşündüğü bir üçüncü kişi hakkında soruşturma açılmasını sağlamak amacıyla suç duyurusunda bulunmuş olup, talebi üçüncü kişinin cezalandırılmasıyla sınırlıdır. Başurucu, üçüncü

²⁴ Silvia Buzelli - Roberta Casiraghi - Fabio Cassibba - Paola Concolino - Luca Presacco, *Diritto a un equo processo*, Corte di Strasburgo e giustizia penale içinde, a cura di Giulio Ubertis e Francesco Viganò, Torino 2016, s. 132-134.

kişinin fiili nedeniyle medeni haklarına yönelik bir müdahalenin bulunduğunu düşünüyor ve buna ilişkin zararının giderilmesini istiyorsa, hukuk mahkemeleri önünde dava açma imkânı vardır.

Sonuç itibariyle, başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesine dayanan ihlal iddiasının konusu, Anayasa'da güvence altına alınmış ve Sözleşme kapsamında olan temel hak ve özgürlüklerin koruma alanı dışında kalmaktadır.

*Açıklanan nedenlerle, başvuru konusu ihlal iddialarının Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kaldığı anlaşıldığından başvurunun, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin "konu bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir."*²⁵

2017 sonu itibariyle tespit edebildiğimiz Anayasa Mahkemesi'nin Perez/Fransa kararına atıf yaptığı kararlardan, farklı suç veya ihlal kategorilerine ait olan birer örnek aşağıdaki tabloda yer almaktadır ve örnekler çeşitlendirilebilir. Söz konusu başvuruların bazılarında, aşağıda maddi haklar bağlamında yeniden değinilecektir. Bunun nedeni bazı başvurularda adil yargılanma hakkının yanında, diğer bazı maddi hakların da ileri sürülmüş olmasıdır.

İşlendiği iddia edilen fil	Başvurucunun adı, Başvuru numarası, karar tarihi ve ilgili paragraf
Hakaret	Onurhan Solmaz, 2012/1049, T. 26/3/2013, § 24-27.
Görevi kötüye kullanma (yargı kararını uygulamamak suretiyle)	Aydın Parmaksız, 2013/5642, T. 16/10/2014, § 46-50.
İhaleye fesat karıştırma	Kalekalıp Makina ve Kalıp San. A.Ş., T. 2014/11720, 12/3/2015, § 26-30.
Mobbing	Işıl Yaykır, 2013/2284, T. 15/4/2014, § 23-25.
Taksirle ölüme sebebiyet verme	Musa Erdem ve diğerleri, 2013/1845, T. 7/11/2013, § 39-41.

²⁵ Mahkemenin üçüncü kişilerin cezalandırılması talebinin adil yargılanma hakkı kapsamına girmediği yönündeki içtihadı hakkında bkz. Akif Yıldırım, "Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Boyutu)", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 7, S. 26, Nisan 2016, s. 338 ve 339.

Burada öncelikle bahsedilen kararlardaki hukuki bir sorunu ele almak istiyoruz. Anayasa Mahkemesi'nin konu bakımından yetkisizlik kararı verme gerekçesi AİHS'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ilkesinin "medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar" ve "suç isnadının esasının" karara bağlanması ile sınırlı olmasıdır.²⁶ Mahkeme, "başvurucunun suç isnadı altında olmadığını; başvurucu, üçüncü kişinin fiili nedeniyle medeni haklarına yönelik bir müdahalenin bulunduğunu düşünüyor ve buna ilişkin zararının giderilmesini istiyorsa, hukuk mahkemeleri önünde dava açma imkânı olduğunu ifade ederek başvuruyu konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle" reddetmiştir.²⁷ Mahkeme'nin kararını gerekçelendirirken "Anayasa'da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriğinin, Sözleşme'nin Adil yargılanma hakkı kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir"²⁸ şeklinde bir akıl yürütme yapmasının, kendi içerisinde sorunlu olduğunun ve koruma alanını daralttığı altını çizmek gerekir.²⁹ Kararlarda hüküm sonucu olarak konu bakımından konu olarak yetkisizlik kararı verildiği de dikkate alındığında kabaca ifade edersek Mahkeme'nin söylemi şu olmuştur:

"Anayasa'da herkesin bu hakkın öznesi olduğu yazılı olsa da bireysel başvuru kapsamında suçtan zarar gören adil yargılanma hakkından faydalanamaz. Zira bu geniş kapsamı AİHS uyarınca korunmamaktadır."

Anayasa Mahkemesi, 2012 yılının Eylül ayından itibaren anayasa koyucunun bireysel başvuruyu Türk hukukuna getirmekteki amacını, yani Strazburg'a gidildiği takdirde AİHM'nin verebileceği ihlal kararlarının azalmasını sağlanmasını içselleştirmiş görünmektedir.³⁰ Adil yargılanma hakkını Sözleşme'nin dar kapsamına sıkışarak yorumlamak, ancak bireysel başvurunun amacı AİHM önündeki ihlalleri azaltmak olarak değerlendirildiğinde makul görülebilir. Oysa birey-

²⁶ Onurhan Solmaz başvurusu, B. No: 2012/1049, T. 26.3.2013, § 23.

²⁷ Onurhan Solmaz başvurusu, § 26.

²⁸ Onurhan Solmaz başvurusu para. 22.

²⁹ Bertil Emrah Oder, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda İlk Evre Sınırlar, Sorunlar ve Yeni İçtihat", *Güncel Hukuk*, Eylül 2013, s. 17 ve 18; Ersoy Kontacı, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2014, S. 4, s. 133 ve 134.

³⁰ Ece Göztepe, "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_Gyoztepe222.pdf, s. 4. (SGT: 10.11.2017)

sel başvuru hakkını tanıyan Anayasa koyucunun tek amacı, AİHM önündeki ihlalleri azaltmak değil, genel olarak ülkedeki temel hak ve özgürlüklerle ilgili standardı yükseltmektir ve bu husus Anayasa değişikliğinin gerekçesinde de ifade edilmiştir. Kaldı ki bireysel başvurunun kabul gördüğü diğer ülkelerde de, sözleşme ile sınırlandırılmış bir başvuru olanağı söz konusu değildir. Anayasanın daha geniş bir koruma sağladığı yerlerde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni esas almak, 1950'lerin devlet anlayışına sıkışmak anlamına gelir. Anayasa Mahkemesi birçok başvuruda ileri sürülen hak ihlali iddiasını, AİHS ile Anayasa'nın kesişim alanında "norm alanı"nu esas alarak değil, AİHS'nin "lafzı"nu esas alarak daraltma yoluna gitmiştir.³¹ Oysa AİHM, Sözleşme'de yer alan maddelerden yararlanma imkânlarını dinamik bir yorumda genişletme eğilimindedir.³²

Bu kararlar Mahkeme, AİHS'nin 53. maddesinde öngörülen "*çatışma normu*"nu; "*yani Sözleşmeye taraf olan Devletlerin iç hukuklarından veya tarafı oldukları diğer uluslararası mevzuattan kaynaklanan ve AİHS'ye göre daha geniş bir koruma seviyesi sağlayan normları uygulama imkân ve yükümlülüğü veren hükmü de görmezden gelmiş olmaktadır*".³³ Oysa Sözleşme'nin 53. maddesi, Anayasa'da daha geniş norm alanına sahip olan hakların, Sözleşme çerçevesinde daraltılması yaklaşımına olanak tanımamaktadır.³⁴

Aşağıda değerlendirme kısmında yer verilen adli istatistiklere baktığımızda görüleceği üzere, Anayasa Mahkemesi'nin ülkedeki tüm kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına yönelik bir denetim mekanizması geliştirmesi fiilen mümkün değildir. Ancak bu imkânsızlığı rasyonel bir çerçeveye oturtmak yerine, kendi içerisinde tutarsızlıklar taşıyan bu çıkmaz sokağa sapılması yerinde olmamıştır. Nitekim Mahkeme, bu yoldan hızlıca çıkmış ve kovuşturmaya yer olmadığı kararlarında

³¹ Göztepe, "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", s. 4; Tolga Şirin, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, İstanbul 2015, s. 70; Oder, s. 17 ve 18; Ulaş Karan, Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dokuz Ayına Dair Kısa Bir Değerlendirme Beklentilerin Neresindeyiz, *Güncel Hukuk*, Eylül 2013, s. 27.

³² İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s. 51, 52 ve 214.

³³ Kontacı, s. 115.

³⁴ İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s. 214.

adil yargılanma hakkı dayanak olarak gösterilse dahi, re'sen maddi haklar bakımından inceleme yapmaya yönelik bir anlayış geliştirmiştir. Böylelikle yukarıda üzerinde durduğumuz kapsam daraltma tartışması, gözlerden uzaklaştırılmıştır. Bu bağlamda taksirle ölüme sebebiyet vermeye (trafik kazası)³⁵ ilişkin olan *Musa Erdem ve diğerleri* başvurusu, hem yaşam hakkı hem de adil yargılanma hakkı ihlali-ne ilişkin bir başvuru olması nedeniyle ilgi çekicidir. Bu başvurunun yaşam hakkına ilişkin kısmı aşağıda ele alınacaktır. Adil yargılanma hakkına ilişkin kısım bakımından ise *Perez/Fransa* kararına atıf yapılmıştır. Böylece Mahkeme'nin bir yol değişikliğine gittiği ve maddi haklarla adil yargılanma hakkını bir arada incelemekten vazgeçtiği anlaşılmaktadır. Burada benimsenen yaklaşım, başvuru adil yargılanma hakkına ilişkin bile olsa adil yargılanma hakkı bağlamında bir değerlendirme yapılmaksızın; başvuruda ileri sürülme dahi konunun Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında değerlendirilmesidir. Bu bağlamda *Yaprak Yüksek* başvurusunda şu ifadeler kullanılmıştır:

*"27. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Hatalı teşhis sonucu rahminin alınması üzerine maddi ve manevi yönden birçok sıkıntı çektiğini ve olayın etkili şekilde soruşturulmadığını belirten başvuruçunun söz konusu iddiaları, Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile ilgilidir. Kişilerin fiziksel ve psikolojik bütünlükleriyle ilgili konular ile kişilerin kendilerine sağlanan tıbbi tedavi seçimine katılımları ve bu tedavilere olan rızaları ile ilgili hususlar, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında yer almaktadır. Bu nedenle başvuruçunun Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 36. maddelerinin ihlal edildiği iddiaları, Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında değerlendirilmiştir."*³⁶

Yaşam hakkının yanı sıra adil yargılanma hakkına dayanılmaksızın sağlık hakkına dayanılan *Nail Artuç* başvurusunda³⁷ ise konu yine yaşam hakkı bağlamında ele alınmıştır. Bu konu aşağıda etkili soruşturma yükümlülüğü bağlamında yeniden ele alınacaktır.

³⁵ *Musa Erdem ve diğerleri* başvurusu, § 37-41.

³⁶ *Yaprak Yüksek* başvurusu, B. No: 2013/9116, T. 14.10.2015, § 27.

³⁷ *Nail Artuç* başvurusu, B. No: 2013/2839, T. 3.4.2014, § 30.

Öte yandan soruşturma evresi sonunda adil yargılanma hakkını gündeme getiremeyen kişi, bu haktan tamamen de mahrum değildir. Ancak bu imkâna sahip olabilmek için öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin ceza soruşturması veya davası dışındaki yolların da denenmesinin gerekli olduğunu kabul ettiği hallerde, öncelikle bu yolların tüketilmesi gereklidir. Bu yollar tüketildiği takdirde, adil yargılanma hakkının bu yollarda ihlal edildiği ileri sürülebilmektedir. Bu konuda *Sevinç Özdemir ve diğerleri* başvurusu iyi bir örnektir. Burada ceza muhakemesi yolundan sonuç alamayan başvurucu, tazminat davası yoluna gitmiş ancak burada dava, talebi yönünde sonuçlanmamıştır. İşte bu halde Anayasa Mahkemesi, başvurusunun tazminat davasında adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki talepleri incelemiştir.³⁸ Zira bu halde başvurucu, medeni hak ve yükümlülüğün tarafı konumunda olup, üçüncü kişilerin cezalandırılmasını talep eden konumundan farklı bir yerdedir.

B. ETKİLİ SORUŞTURMA YAPILMASI YÜKÜMLÜLÜĞÜ BAĞLAMINDA BAŞVURU YAPILMASI

1. ETKİLİ SORUŞTURMA YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Soruşturmanın asli amacı yaşam hakkını koruyan iç hukuk kurallarının etkili uygulanabilmesini ve sorumluların hesap verebilirliğini teminat altına almaktır.³⁹ Devlet, resmî ve etkili bir soruşturmaya gerçekten ne olduğunu anlamaya yönelik bir teşebbüste bulunmalıdır.⁴⁰ Zira devletler insan yaşamını tehlikeye atan ve ona zarar veren davranışları cezasız bırakamazlar.⁴¹ Zamanla AİHM, Sözleşmenin 2. maddesi'nden doğan etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğünün, maddi yükümlülükten ayrı, bağımsız bir yükümlülük haline geldiği şeklinde içtihat oluşturmuştur. AİHM'nin ilk kez *Assenov/Bulgaristan*

³⁸ Sevinç Özdemir ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/2871, T. 3.2.2016, § 43-59.

³⁹ Bkz. David Harris - Michael O'Boyle - Ed Bates - Carla Buckley Colin Warbrick - Ursula Kilkelly - Peter Cumper - Yutaka Arai - Heather Lardy, *Law of the European Convention on Human Rights*, New York 2009, s. 49.

⁴⁰ Bkz. Fabio Casibba - Angela Colella, "Proibizione della tortura", *Corte Strasburgo e Giustizia Penale içinde*, a cura di Giulio Ubertis e Francesco Viganò, Torino 2016, s. 85.

⁴¹ Stefano Zirulia, *Diritto della vita*, Corte di Strasburgo e giustizia penale içinde, a cura di Giulio Ubertis e Francesco Viganò, Torino 2016, s. 55.

başvurusunda belirttiği üzere⁴² etkili soruşturma yükümlülüğü, yaşam hakkında olduğu gibi işkence ve insanlık dışı muamele yasağı bakımından da geçerlidir ve kişileri bu tür muameleye karşı koruma şeklindeki maddi yükümlülükten bağımsızdır.⁴³

AİHM, usuli yükümlülük (procedural obligation) kavramını ilk olarak yaşam hakkı bağlamında devlet görevlilerinin güç kullanması sonucunda gerçekleşen ölüm olayları bağlamında geliştirmiştir. İlk olarak McCann kararında ortaya çıkan bu yükümlülük, günümüze kapsamı genişleyerek gelmiştir. Böylece gözaltında ölüm olayları, faili meçhuller, kayıplar ve işkence iddiaları, zamanla bu yükümlülük altında kendilerine yer bulmuşlardır.⁴⁴

Her ne kadar Büyük Daire, İlhan/Türkiye başvurusunda 3. maddede yer alan işkence ve insanlık dışı muamele yasağından türetilen usul yükümlülüğünün istisnai ve 3. madde bakımından 13. maddede yer alan etkili başvuru hakkının yeterli olduğunu ifade etmişse de; bu başvuru değil, *Assenov/Bulgaristan* başvurusu daha sonraki kararlarda referans verilen başvuru olmuştur. Böylece 3. maddeden kaynaklanan etkili soruşturma yükümlülüğü, 2. maddeden kaynaklananla aynı niteliğe sahip hale gelmiştir.⁴⁵

Bu yükümlülük 2. madde açısından doğal olmayan her ölüm olayı bakımından mevcuttur. Söz konusu yükümlülük aynı zamanda önemli görülen hak ihlalleri bakımından, AİHS'nin 13. maddesinin de bir gereğidir.⁴⁶ Failin, güvenlik güçleri veya üçüncü kişiler olması söz konusu yükümlülük bakımından tek başına belirleyici değildir.⁴⁷

⁴² Harris-O'Boyle-Bates-Buckley vd., s. 109.

⁴³ Osman Doğru - Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C. 1, Ankara 2012, s. 171.

⁴⁴ Douwe Korff, Right to life, Belçika 2006, s. 35 ve 36.

⁴⁵ Harris-O'Boyle-Bates-Buckley vd., s. 109 ve 110.

⁴⁶ Harris-O'Boyle-Bates-Buckley vd., s.48; Ulaş Karan, Etkili Başvuru Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa içinde, editör Sibel İnceoğlu, s. 451.

⁴⁷ A. Şeref Gözübüyük - Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Bası, Ankara 2016, s. 173 ve 174; Doğru-Nalbant, s. 21; Ulaş Karan, Yaşam Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa içinde, editör Sibel İnceoğlu, s. 131; Durmuş Tezcan - Mustafa Ruhan Erdem - Oğuz Sancakdar - Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, 6. Bası, Ankara 2016, s. 95; Zirulia, s. 53; Casibba-Colella, s. 85 ve 86; Jean-François Renucci, Droit européen des droits de l'homme, Paris 2012, s. 137, Soyfer Güleç, s. 1399.

3. madde bakımından ise ileri sürülen işkence ve insanlık dışı muamele iddialarının savunulabilir olması, etkili soruşturma yükümlülüğünün devreye girmesi için yeterlidir.⁴⁸

Etkili bir soruşturma; soruşturmanın re'sen başlamasını, soruşturma organlarının bağımsızlığını, delillerin gereği gibi toplanmasını, soruşturmanın makul bir özenle ve hızla yapılmasını, soruşturmanın ilgililere sonuçların ise kamuoyu denetimine açıklığını gerektirir. Bu yükümlülük bir sonuç değil bir araç (davranış) yükümlülüğüdür, dolayısıyla mutlaka bir cezalandırmayı gerektirmemektedir.⁴⁹

Belirtmek gerekir ki etkili soruşturma yapma yükümlülüğü, yalnızca soruşturma evresini işaret eden bir yükümlülük olmayıp bünyesinde kovuşturmanın makul bir sürede ve hukuka uygun bir şekilde tamamlanması yükümlülüğünü de barındırmaktadır. Buna ek olarak bu yükümlülük idari soruşturmalar ve hukuk davalarını da kapsamaktadır.⁵⁰ Kovuşturmaya yer olmadığı kararlarını esas alan bu çalışmanın konusu olmamakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin kovuşturmanın makul sürede tamamlanmadığı hallerde de etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle ihlal kararları verdiğini ifade etmek gerekir.⁵¹

2. YAŞAM HAKKI İLE İŞKENCE VE KÖTÜ MUMELE YASAĞI KAPSAMINDA İHLAL KARARI VERİLEN BAŞVURULAR

Anayasa Mahkemesi'nin etkili soruşturma yükümlülüğüne ilişkin verdiği kararlar Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan yaşama, maddî

⁴⁸ AİHM, Assenov ve diğerleri - Bulgaristan, 28.10.1998, § 102. Ayrıca bkz. Aisling Reidy, The prohibition of torture, Almanya 2003, s. 36; Renucci, s. 98.

⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Soyer Güleç, s. 1398 ve 1399; Doğru-Nalbant, s. 23-30; Karan, Yaşam Hakkı, s. 131 ve 132; Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok, s. 109 ve 114. Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok, s. 95; Reidy, 40-42; Renucci, s. 97 ve 98; AİHS'nin 2. Maddesine Genel Bir Bakış: Uygulanabilirlik, İspat Standartları ve Devletin Yükümlülükleri Osman Doğru'nun Konuşması, Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları içinde, Editörler: Musa Sağlam - Serdar Güleler - Recep Kaplan, s. 14-18.

⁵⁰ Osman Doğru'nun konuşması, s. 14.

⁵¹ Kastan öldürme suçuna ilişkin davanın makul sürede sonuçlandırılmadığı bir olay hakkında bkz. Makbule Talay başvurusu, B. No: 2013/8592, T. 6.1.2016. Tak-sirle ölüme sebebiyet verme suçuna ilişkin davanın zamanaşımına uğradığı bir olay hakkında bkz. Filiz Aka başvurusu, B. No: 2013/8365, T. 10.6.2015.

ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına dayanmaktadır. Ayrıca Mahkeme işkence ve insanlık dışı muamele yasağına ilişkin başvurularda Anayasa'nın "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz" şeklindeki 3. maddesini de dayanak göstermektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi tarafından yayımlanan "Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi" isimli kitapta da, (her ne kadar kitap Mahkeme'nin resmî görüşünü yansıtan bir yayın olmasa da) kasten ya da saldırı veya insanlık dışı muamele sonucunda meydana gelen ölüm olayları bakımından, Anayasa Mahkemesi'nin ceza yargısını etkili başvuru yolu olarak gördüğü analizi yapılmıştır.⁵² Bu bağlamda soruşturmanın etkili olup olmadığı denetlenmekte ve bu yolun tüketilmesinin beklenip beklenmeyeceğine karar verilmektedir.

Öğretide Mahkeme'nin yaşam hakkına ilişkin verdiği ihlal kararının önemli bir kısmının etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklandığı ifade edilmektedir.⁵³ Kanımızca aynı tespit işkence ve insanlık dışı muamele yasağı bakımından da geçerlidir.

Anayasa Mahkemesi kararları, aşağıda üçlü bir ayrıma tabi tutularak incelenmiştir. Burada kovuşturmaya yer olmadığı kararının hangi gerekçeyle verildiği bağlamında bir ayırım yapılmıştır. Buna göre idarenin soruşturma izni vermemesi nedeniyle verilen kararlar, eksik soruşturma sonucunda verilen kararlar, soruşturma evresinde failin bulunamamasından dolayı dava zamanaşımı nedeniyle verilen kararlar ayrı ayrı ele alınmıştır. Her bir başlığın altında ise incelenen başvuruya konu olan suç da açıklanmıştır. Böylece özellikle insanlık dışı muamele bakımından, Mahkeme'nin hangi fiilleri bu kapsamda gördüğü ortaya konulmaya çalışılmıştır.

a. İdarenin soruşturma izni vermemesi nedeniyle soruşturmanın sürdürülememesi ve yargılama yapılamaması

Bilindiği üzere idare tarafından soruşturma izni verilmesi, bazı suçlar bakımından öngörülen bir ceza muhakemesi şartıdır. İzin,

⁵² Elif Çelikdemir Anıkıç, "Bireysel Başvuruda Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kriteri", Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi içinde, Ankara 2017, s. 210.

⁵³ Serdar Güleler, Üçüncü Yılında Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolu, İstanbul 2015, s. 32.

kamu davası açılmasında kamu yararı bulunup bulunmadığı konusunda, kanunun yetkili kıldığı makamın yaptığı irade açıklamasıdır.⁵⁴ Böylece kamu görevlisi asılsız isnatlardan korunmakta ve görevini gereği gibi yerine getirmesi güvence altına alınmış olmaktadır. Bu nedenle idarenin soruşturma iznine yönelik kararı idari yargı denetimine tabi bir karardır. Anayasa Mahkemesi de somut norm denetimine konu olan bir başvuruda, izin kurumunun işlevi hakkında şu ifadeleri kullanmıştır.

“Bu usullerin tanınması, uygulanacak kişilere bir zümre ya da sınıf olarak imtiyaz tanımak anlamına gelmeyip yapılan görevin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Böylece hem yapılan görevin en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirilmesi sağlanacak hem de gereksiz şikâyetlere maruz kalınarak görülen hizmetin kesintiye uğraması engellenecektir.”⁵⁵

Ancak Türkiye’de özellikle izin verilmemesine ilişkin kararlarda, idarenin takdir yetkisini her zaman hukuka uygun biçimde kullandığını söylemek mümkün değildir. Nitekim ortada ciddi şüpheler bulunmasına rağmen, kamu görevlilerinin izin yokluğu nedeniyle soruşturulamaması, AİHM tarafından Türkiye aleyhine pek çok ihlal kararı verilmesine yol açmıştır.⁵⁶ Bu sorunların bir kısmı mülga Memurin Muhakematı Kanunu’ndan kaynaklanmaktaydı. 1999 yılında bu Kanun’un yerini alan 4483 sayılı Kanun ise, mevcut sorunların ancak bir kısmını çözebilmiştir.⁵⁷ İzin kurumunun idare tarafından bu şekilde suiistimal edilmesi, kamuoyunda da bu kurumun bir sorumsuzluk sağlama ve kişiyi yargılanmaktan kurtarma mekanizması olarak anlaşılmasına yol açmaktadır.⁵⁸

Turan Uytun ve Kevzer Uytun başvurusunda başvuruçular *“evlerinin balkonunda bulunan çocuklarının kolluk tarafından atılan gaz fişeğiyle başından vurularak ölümüne sebebiyet verilmesi ve sorumlular hakkında soruşturma izni verilmemesi nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiğini”* ileri sürmüşlerdir.⁵⁹ Ölüm olayının iddia edilen şekilde gerçekleşip gerçekleşmediği tam olarak ispatlanamamıştır. Olayın açıklığa ka-

⁵⁴ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu: s. 90 ve 91; Centel-Zafer, s. 666; Toroslu-Feyzioğlu:

⁵⁵ AYM, E.2012/19, K.2013/17, 17/1/2013.

⁵⁶ Karan, Etkili Başvuru Hakkı, s. 454.

⁵⁷ Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok, s. 109.

⁵⁸ Benzer eleştiriler için bkz. Soyer Güleç, s. 1421 ve 1422.

⁵⁹ Turan Uytun ve Kevzer Uytun başvurusu, B. No: 2013/9461, T. 15.12.2015.

vuşmamasının en önemli nedenlerinden biri kuşkusuz “gaz fişeğinin atıldığı tüfeği kullandığı tespit edilen jandarma görevlisi hakkında Cizre Kaymakamlığı’nca soruşturma izni verilmemiş olması”⁶⁰ ve olayın ceza yargısı tarafından ele alınmasının böylelikle engellenmesidir. Bu nedenle Mahkeme şu gerekçeyle etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir:

“97.Ancak soruşturmanın etkililiği konusunda bu bölümde yer verilen değerlendirmeler bir bütün hâlinde ele alındığında gerçekleşme koşulları tartışmalı olan başvuru konusu olayda cezai sorumluluğun bulunup bulunmadığına ilişkin kapsamlı bir inceleme ve değerlendirme yapılmaması, soruşturmanın makul bir hızla yürütülmemesi ve soruşturmanın derinleştirilmesine engel olacak şekilde soruşturma izni verilmemesi nedeniyle etkili resmî bir soruşturma yürütülmediği ve yaşam hakkının usul yönünden ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.”

b. Eksik soruşturma bağlamında ele alınan kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarını ele alan başvurular

i. Yaşam hakkıyla ilgili olaylar

Doğan Demirhan başvurusu, eksik soruşturma açısından son derece ilginç bir başvurudur. Burada başvurucunun iddiası oğlunun öldürüldüğü yönünde olmasına karşın, soruşturma sonucunda, ölenin intihar ettiği sonucuna varılarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında soruşturmadaki eksiklikleri tek tek işaret ederek (elinde atış artığı tespit edilen şüphelinin ifadesi yeniden alınmadan ve bu husus netleştirilmeden soruşturmanın sonlandırılması, şüphelilerin ifadeleri arasındaki çelişkilerin giderilmemesi, telefon kayıtlarının beyanlarını destekleyip desteklemediği hususunun incelenmemesi) soruşturmanın etkili olmaması nedeniyle ihlal kararı vermiştir.⁶¹ Yine intihar nedeniyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilen ancak Anayasa Mahkemesi’nin yaşam hakkı bakımından eksik soruşturma yapıldığına hükmettiği bir diğer başvuru ise *Fahriye Erkek ve diğerleri*⁶² başvurusudur.

⁶⁰ Turan Uytun ve Kevzer Uytun başvurusu, § 26-29.

⁶¹ Doğan Demirhan başvurusu, B. No: 2013/3908, T. 6.1.2016.

⁶² Fahriye Erkek ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/4668, T. 16.9.2015.

Taksirle ölüme sebebiyet verme bağlamında Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iki önemli karar, şüphesiz *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri* ile *Bedrettin Yalçın ve diğerleri* başvurularında verilenlerdir. *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri* başvurusunda 2001 yılında meydana gelen Van Depremi'nin ardından meydana gelen artçı sarsıntılardan birisi, depremden hasar gören Bayram Otel'in yıkılmasına yol açmış ve Selman Kerimoğlu da bu olayda hayatını kaybetmiştir. Konuya ilişkin soruşturmanın, Van Valisi ve AFAD yetkilileri hakkındaki "ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma" suçuna ilişkin bölümünü yürütme yetkisi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'ndadır. Ancak Savcılık iddiaları etkili bir şekilde araştırmaksızın işleme koymama kararı vermiştir. Ayrıca bu karara karşı mevzuatta öngörülen bir başvuru yoktur. Anayasa Mahkemesi bu iki gerekçeye dayanarak etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶³ Burada ihlalin bir kaynağının da kanunun düzenlemesinden kaynaklanması dikkat çekicidir.

Bedrettin Yalçın ve diğerleri başvurusunda⁶⁴ ise; PTT tarafından radar binası olarak inşa ettirilen, ancak daha sonra hiç kullanılmayan metruk binanın 9 yaşında bir çocuğun üzerine yıkılarak ölümüne sebebiyet vermesi olayında, Savcılık yaptığı soruşturmada olayın oluşma koşullarını (binanın başından itibaren bilim ve fennin gereklerine aykırı inşa edildiği, bunun dışarıdan üçüncü kişilerce anlaşılmasının mümkün olmadığı) belirlemiş ancak binanın müteahhidini ve onu denetlemekle görevli kamu görevlilerinin tespit edememiştir. Buna ek olarak savcılık tarafından, ölenin olaydaki kusurunun (binaya bir eşekle yaklaşması ve hayvanın duvara çarparak binanın yıkılmasına yol açması), nedensellik bağıını kopartarak kamu görevlilerinin sorumluluğunu ortadan kaldırdığı şeklinde hatalı bir değerlendirme yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi burada, kamuya ait bu durudaki binanın, hiçbir önlem alınmaksızın (bina çevresindeki zamanla tel örgüler üçüncü kişilerce ortadan kaldırılmış ve yeni tedbir alınmamıştır) tamamen denetim ve gözetimsiz bırakılmasından dolayı yaşam hakkının koruma (maddi) yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Sonuçta dosyanın Varto Cumhuriyet savcılığına gönderilmesine hükmedilmiş ancak yaşam hakkının usuli boyutundan söz

⁶³ Serpil Kerimoğlu ve diğerleri başvurusu, B. No: 2012/752, T. 17.9.2013, § 84-86.

⁶⁴ Bedrettin Yalçın ve diğerleri başvurusu, B. No: 2014/16380, T. 9.1.2018, § 55-70.

edilmemiştir. Kanımızca soruşturma sonucunda yapılan hatalı değerlendirme, etkili soruşturma yükümlülüğünün de ihlali anlamına gelmektedir. Her ne kadar kararda ölenin çocuk ve korumaya muhtaç olması özellikle ön plana çıkartılmışsa da, binanın baştan itibaren yetersiz bir biçimde inşa edildiğinin üçüncü kişilerce anlaşılmasının mümkün olmadığı tespiti yapıldığına göre, ölen bir yetişkin de olsaydı aynı sonuca varmak gerekirdi.

Ali Mükerrerem Furtun başvurusunda başvuruçunun iddiası, kendisini evlat edinen kişinin, bakımını üstlenen eşi tarafından bakımsız bırakıldığı, ilaçlarının verilmediği ve böylece kasten ihmali davranışla (ilaçları verilmeyerek) öldürüldüğü şeklindedir. Bu soruşturmada “otopsi yapılmaması, eksik araştırma yapılması ve şüphelinin beyanlarındaki çelişkilerin giderilmemesi” ihlal kararı verilmesine neden olmuştur.⁶⁵

Mehmet Karabulut başvurusunda, başvuruçunun oğlunun askerde intihar etmesi ve intihar öncesinde kendisine yönelik söylenen intihara teşvik ettirici sözlerin (müteveffanın kendi başına silahı dayadığı esnada olay yerinde bulunan kişilerden biri tarafından “sıkılmazsan şerefsizsin” tarzında tahrik edici bir söz söylendiği iddia edilmektedir) intihar olayı üzerinde etkisinin araştırılmaması ihlal kararı verilmesinin gerekçesi olmuştur.⁶⁶

*Mehmet Kaya ve diğerleri*⁶⁷ ile *Meral Eşkili*⁶⁸ başvurularında ise cezaevlerinde çıkan yangınlar ve yaşanan ölüm olayları bağlamında cezaevi görevlilerinin sorumluluğu ve etkili soruşturma yükümlülüğü ele alınmış ve her iki başvuruda da ihlal kararı verilmiştir.

ii. İşkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağıyla ilgili olaylar

AİHM’ye göre “bir davranış mağdurda, korku, acizlik veya değersizlik duygusu uyandırıyor, onun onurunu zedeleyen ve küçük düşüren bir nitelik taşıyorsa küçük düşürücü veya kötü muamele; bedensel veya ruhsal yönden şiddetli acı meydana getiriyorsa insanlık dışı muamele” sayılır. Buna karşılık işkence, bu iki davranışın ağır biçimidir. Bu kavramlar arasında

⁶⁵ Ali Mükerrerem Furtun başvurusu, B. No: 2013/9020, T. 6.10.2015.

⁶⁶ Mehmet Karabulut başvurusu, B. No: 2013/512, T. 5.11.2015, § 53-55.

⁶⁷ Meral Eşkili başvurusu, B. No: 2013/7586), T. 4.11.2015.

⁶⁸ Mehmet Kaya ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/6979, T. 20.5.2015.

nitelik değil yoğunluk farkı vardır ve hafiften ağıra doğru bir sıralama içerisindedirler. Burada işkenceyi diğer kavramlardan ayıran, çekilen ıstrabın yoğunluğudur.⁶⁹

Yine AIHM'ye göre, AIHS'nin 3. maddesinin uygulanabilmesi için, dava konusu davranışın belli bir ağırlıkta olması gerekir. Ancak söz konusu eşiğin günün koşullarına ve somut olayın şartlarına göre değişebileceği de gözden kaçırılmamalıdır.⁷⁰ Dolayısıyla başvurunun etkili soruşturma yükümlülüğünü devreye sokabilmesi için öncelikle, eylemin asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması ve muamelenin en azından insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele düzeyine varmış olması gerekir. Aksi takdirde Anayasa Mahkemesi, başvurucudan diğer yargı yollarını tüketmesini talep edebilir.⁷¹ Anayasa Mahkemesi'nin

⁶⁹ Harris-O'Boyle-Bates-Buckley vd., s.72-92; Gözübüyük-Gölcüklü, s. 214; Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok, s. 135 ve 137; Renucci, s. 121-124. Bu bilgilerin yanı sıra ayrıca söz konusu kavramlar hakkında ayrıntılı bir tartışma için bkz. Önok, s. 169-175. AIHM'nin işkenceyi diğer davranış biçimlerinden ayırmak için kullandığı ölçütler ve kavramlar hakkındaki içtihatlar için bkz. Reidy, s. 12-19.

⁷⁰ Renucci, s. 130; Önok, s. 175 ve 176.

⁷¹ "30.Bu tespitler ışığında somut olay incelendiğinde, başvurunun polis karakolundan telefonla davet edilmesi üzerine karakola gittiğini, kardeşlerinin cinayet suçlamasıyla gözaltına alındığını öğrendiğini, karakolda kardeşlerine hakaret ve tokat atıldığını görmesi üzerine polis memurlarına bu şekilde ifade alamayacaklarını söylemesi nedeniyle karakoldan zorla çıkarıldığını, elbiseleri çekiştirildiğinden iç çamaşırı görülecek şekilde açıldığını ve memurların kendisine hakaret ettiğini iddia ettiği anlaşılmaktadır. Başvurucu tarafından iddia edilen eylemlerin fiziksel ve manevi etkileri, süresi ve yoğunluk derecesi gibi unsurların değerlendirilmesi neticesinde; belirtilen eylemin, kişilik haklarını ihlal ederek başvurucu üzerinde fiziki ve ruhsal etkilerinin olması mümkün bulunmakla birlikte Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan asgari eşiği aştığı söylenemez.

31.Belirtilen nedenlerle başvurunun şikâyetinin, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığının korunması hakkı kapsamında değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

38.Başvuruya konu olayda; polis karakolundan telefonla davet etmeleri üzerine karakola giden başvurunun iç çamaşırı görünecek şekilde zor kullanılarak dışarı çıkarıldığı ve hakaret edildiği iddiaları bulunmakla birlikte başvuru tarafından -somut başvuru açısından daha etkili bir giderim yolu olan- kamu görevlilerinin hukuka aykırı fiilleri nedeniyle tazminat davası açma yoluna gidilmediği anlaşılmaktadır.

39.Yukarıda yer verilen tespitler çerçevesinde, manevi varlığına ait unsurlara karşı yapıldığı iddia edilen müdahaleler ile ilgili olarak başvuru tarafından yalnızca ceza muhakemesi yoluna başvurulmuş olduğu nazara alındığında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için tüm başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun yerine getirildiği söylenemez.

40. Açıklanan nedenlerle başvurunun başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle

bu konudaki referans kararı olan *Cezmi Demir ve diğerleri* başvurusunda şu ifadeler yer almaktadır:

“83. Öte yandan bir muamelenin Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık derecesine ulaşmış olması gerekmektedir. Bu asgari eşik göreceli olup, her olayda asgari eşğin aşılmış olmadığı somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler önem taşımaktadır (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 23). Değerlendirmeye alınacak bu unsurlara muamelenin amacı ve kastı ile ardındaki saik de eklenebilir (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. Aksoy/Türkiye, B. No: 21987/93, 18/12/1996, § 64; Eğmez/Kıbrıs, B. No: 30873/96, 21/12/2000, § 78; Krastanov/Bulgaristan, B. No: 50222/99, 30/9/2004, § 53). Ayrıca kötü muamelenin, heyecanın ve duyguların yükseldiği bağlamda meydana gelip gelmediğinin tespiti de (bkz. yukarıda geçen Eğmez, § 53; Selmouni/Fransa [BD], B. No: 25803/94, 28/7/1999, § 104) dikkate alınması gereken diğer faktörlerdir.

84. Anayasa ve AİHS tarafından kötü muamele, kişi üzerindeki etkisi gözetilerek derecelendirilmiş ve farklı kavramlarla ifade edilmiştir. Dolayısıyla, Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen ifadeler arasında bir yoğunluk farkının bulunduğu görülmektedir. Bir muamelenin “işkence” olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirleyebilmek için, anılan fıkra da geçen “eziyet” ve «insan haysiyetiyle bağdaşmayan» muamele kavramları ile işkence arasındaki ayrıma bakmak gerekmektedir. Bu ayrımın Anayasa tarafından, özellikle çok ağır ve zalimane acılara neden olan kasti insanlık dışı muamelelerdeki özel duruma işaret etmek ve bir derecelendirme yapmak amacıyla getirildiği ve anılan ifadelerin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda düzenleme altına alınmış olan “işkence”, “eziyet” ve “hakaret” suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşıdığı anlaşılmaktadır.

85. Buna göre anayasal düzenleme bağlamında kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en fazla zarar veren muamelelerin “işkence” olarak belirlenmesi mümkündür (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 22). Muamelelerin ağırlığının yanı sıra, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin 1. maddesinde “işkence” teriminin özellikle

kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.” Sevgi Cantemür başvurusu, B. No: 2014/2871, T. 27.10.2016.

bilgi almak, cezalandırmak veya yıldırım amacıyla ya da ayırımçı bir nedenle kasten ağır acı veya ıstırap vermeyi kapsadığı belirtilerek, "kasıt" unsuruna da yer verilmiştir(...)

88. "İşkence" seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiziki yaralanmaya veya yoğun maddi veya manevi ıstırapa sebep olan insanlık dışı muameleler "eziyet" olarak tanımlanabilir (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 22). Bu hallerde meydana gelen acı, meşru bir muamele ya da cezada kaçınılmaz bir unsur olarak bulunan acının ötesine geçmelidir. İşkenceden farklı olarak "eziyet"te, ızdırap verme kastının belli bir amaç doğrultusunda yapılması aranmaz. (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. İrlanda/Birleşik Krallık, B. No: 5310/71, 18/1/1978, § 167; yukarıda geçen Eğmez/Kıbrıs, § 78). AİHM, fiziksel saldırı, darp, psikolojik sorgu teknikleri, kötü şartlarda tutma, kişiyi kötü muamele göreceği bir yere sınır dışı ya da iade etme, devletin gözetimi altında kişinin kaybolması, kişinin evinin yok edilmesi, ölüm cezasının infazının uzunca bir süre beklenilmesinin doğurduğu korku ve sıkıntı, çocuk istismarı gibi muameleleri "insanlık dışı muameleler" olarak nitelendirmiştir (bkz. yukarıda geçen İrlanda/Birleşik Krallık; İlaşcu ve diğerleri/Moldova ve Rusya, [BD], B. No: 48787/99, 8/7/2004, §§ 432-438; Soering/Birleşik Krallık, B. No: 14038/88, 7/7/1989, § 91; Jabari/Türkiye, B. No: 40035/98, 11/7/2000, §§ 41-42; Giusto/İtalya, B. No: 38972/06, 15/5/2007). Bu nitelikteki muameleler Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında "eziyet" olarak nitelendirilebilir.

89. Mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, küçültülme, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen aşağılayıcı nitelikteki daha hafif muamelelerin ise "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele veya ceza olarak tanımlanması mümkündür (B. No: 2012/969, 18.9.2013, § 22). Burada "eziyet"ten farklı olarak, kişi üzerinde uygulanan muamele, fiziksel ya da ruhsal acıdan öte küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki oluşturmaktadır.⁷²

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nda karara bağlanan Süleyman Göksel Yerdut başvurusu, bu konuda iyi bir örnektir. Başvurucunun gö-

⁷² Cezmi Demir ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/293, T. 17.7.2014.

zaltı sırasında kolunda kırık ve vücudunda bir takım sıyrık ve kızarıklar meydana geldiği sabittir. Başvurucunun iddiası, bu yaralanmaların kolluk görevlilerinin kasıtlı davranışları sonucunda oluştuğu yönündedir. Kolluğun tuttuğu tutanakta ise başvurucunun işkence gördüğü iddiasını desteklemek amacıyla kendi kendisini yaralamaya çalıştığı yazılıdır. Cumhuriyet savcılığı da kolluk tutanaklarında yer alan ifadeleri esas alarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermiştir. Ancak savcılık bu kararı verirken, *“kolluk tarafından zor kullanma sırasında yapılan kamera kayıtlarını değerlendirmemiş, başvurucunun kolunun kırıldığını iddia ettiği Karşıyaka Devlet Hastanesi kamera kayıtlarını araştırmamış ve yalnızca olayın şüphelileri tarafından düzenlenen tutanakları”* esas almıştır. Anayasa Mahkemesi, bu tutanakların doğrulukları araştırılmaksızın ve başka bir delille desteklenmeksizin kovuşturmayaya yer olmadığı kararına esas alınmasını, tarafsız ve bağımsız soruşturma yapılması ilkesine aykırı bulmuştur. Ayrıca yapılan adli işlemlerde başvurucunun kolunun kırık olduğu adli makamlarca görülmesine rağmen, bu konuda re’sen harekete geçilmemesinin de bir diğer eksiklik olduğunun altı çizilmiştir. Tüm bu nedenlerle söz konusu başvuruda insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele bağlamında etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir.⁷³

Genel Kurul tarafından işkence ve insanlık dışı muamele yasağı bağlamında karara bağlanan *Ali Rıza Özer ve diğerleri* başvurusu da önemlidir. Başvurucuların da içinde bulunduğu grup toplantı ve gösteri yürüyüşü yaparken polis müdahalesi yapılmıştır. Olayda özellikle Ali Rıza Özer hayati tehlikesi olmayacak ancak ciddi sayılabilecek düzeyde yaralanmıştır. Buna karşın *“İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı şikâyetlere ilişkin olarak, başvurucunun ayrıntılı beyanını almadığı gibi failerin tespitine ilişkin herhangi bir çalışma yürütmeden, yapılan müdahalenin kaçınılmaz olup olmadığını ve başvurucunun polis müdahalesini gerektirecek bir eyleminin olup olmadığını araştırmadan ve bilirkişi raporunda başvurucuların polise saldırdıklarına dair bir tespit olmadan, dolayısıyla yaralanmanın nasıl meydana geldiği tespit edilmeden sadece dosya üzerinden orantılılık incelemesi yaparak takipsizlik kararı vermiştir. Dolayısıyla başvurucu Ali Rıza Özer’in insanlık dışı muamele iddialarına yönelik etkin bir soruşturma yürütülmeden polislerin zor kullanma yetkilerini aştıklarına dair inandırıcı-*

⁷³ Süleyman Göksel Yerdut başvurusu, B. No: 2014/788, T. 16.11.2017, § 59-64.

ci delil ve emare elde edilemediği gerekçesiyle” kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir. Bu karar aynı zamanda, “ihtar yapılmadan biber gazı kullanılmasının barışçıl amaçlarla ve şekilde toplantıya katılmış başvuru- nun toplanma hakkını ihlal ettiği” yönündeki ihlal tespiti bakımından da ayrıca önemlidir.

Genel Kurul tarafından karara bağlanan hakaret, tehdit, cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kasten yaralama iddialarına ilişkin bir başvuru olan Z. C. başvurusunda ise Anayasa Mahkemesi, *“Cumhuriyet Başsavcılığı'na şikâyette bulunulan tarihten on dört gün geçtikten sonra genital muayene ve darp raporunun aldirılması, bazı tanıkların dinlenmemesi, eylemin zor- la gerçekleştiği iddialarının hiç tartışılmaması ve rızanın varlığını ortaya koymak için kullanılan delillerin yeterli olmamasını”* etkili bir soruşturma yapılmadığı şeklinde değerlendirmiştir. Mahkeme bu başvuruyu iş- kence ve insanlık dışı muamele yasağı kapsamında ele almış, iddia- ların işkence ve insanlık dışı muamele yasağı kapsamına girmek için gerekli asgari eşiğin üstünde olduğunu ifade etmiş ve ancak bu eşik aşılmasaydı özel hayatın korunması kapsamında inceleme yapacağını⁷⁴ ifade etmiştir.

Hüseyin Caruş başvurusunda ise başvuru bir toplantı gösteri yürüyüşünün tesadüfen içerisinde kalmış ve kolluk tarafından gazla yapılan müdahale sırasında gaz fişeginin gözüne isabet etmesi son- cunda yaralanmış ancak fail tespit edilememiştir. Başvuru olaydan 2 yıl 3 ay sonra Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvuru yapmış, failin hala meçhul olduğunun kendisine bildirilmesi üzerine, bireysel başvuru- da bulunmuştur. Mahkeme soruşturmanın son üç yılında soruşturma dosyasında failerin arandığına yönelik yazılar dışında herhangi bir gelişme olmamasından dolayı Anayasa'nın 17/3. maddesinde yer alan etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷⁵ Bu karardan, soruşturmada makul sayılabilecek bir süre kayda değer bir gelişme olmayan hallerde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabileceği ve dava zamanaşımı süresinin sonuna dek beklen- mesinin zorunlu olmadığı sonucu çıkmaktadır.

⁷⁴ Z. C. başvurusu, B. No: 2013/3262, T. 11.5.2016, § 47, § 88-105.

⁷⁵ Hüseyin Caruş başvurusu, B. No: 2013/7812, T. 6.10.2015, § 85-91.

Güllü Dağhan ve Mehmet Nesih Dağhan başvurusunda, başvuruçuların çocuğuna ait olan cesede otopsi sonrasında yakılarak zarar verildiği yönünde ciddi iddialar olmasına rağmen, bu iddiaların gereği gibi araştırılmaması ihlale neden olmuştur. Mahkeme cesedin yakılarak tahrip edildiği iddiasını, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında "*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı*" kapsamında incelemiştir.⁷⁶

İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağına ilişkin bir diğer örnek olan İrfan Yücesoy başvurusunda başvuruçucu, birden fazla (kolluk görevlisi olmayan) kişinin saldırısına uğradığını ve özgürlüğünden yoksun bırakıldığını iddia etmesine ve saldırıya ilişkin kamera kayıtları var olmasına rağmen, yalnızca bir kişi hakkında dava açılması diğerleri hakkında ise eksik araştırmayla kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi ihlal kararı verilmesine neden olmuştur.⁷⁷ Aynı kapsamda ele alınan Zeki Bingöl (2) başvurusunda ise, başvuruçunun karakolda polis memurlarınca darp edildiği anlaşılmasına rağmen yaralanmaların direnme sırasında olduğu kabul edilerek zor kullanmanın şartlarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmemesi ihlal kararına neden olmuştur.⁷⁸

Son olarak belirtmek gerekir ki bir olayda işkence ve insanlık dışı muamele iddialarını soruşturmamış veya yaptığı soruşturmanın etkisizliği anlaşılmış bir devletin, iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair itirazının, AİHM tarafından kabul edilmesi güçtür.⁷⁹ Nitekim Anayasa Mahkemesi de *Deniz Yazıcı* başvurusunda benzer bir yol izlemiş ve başvuruçunun hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı kanun yolunu tüketmemesini bir kabul edilmezlik nedeni saymamıştır.⁸⁰

⁷⁶ Güllü Dağhan ve Mehmet Nesih Dağhan başvurusu, B. No: 2013/1951, T. 24.3.2016. Mahkeme benzer yöndeki AİHM kararları olarak Akpınar ve Altun/Türkiye, § 259; Akkum ve diğerleri/Türkiye, kararlarını referans göstermiştir.

⁷⁷ İrfan Yücesoy başvurusu, B. No: 2013/7625, T. 9.3.2016.

⁷⁸ Zeki Bingöl başvurusu (2), B. No: 2013/6576, T. 18.11.2015.

⁷⁹ Doğru-Nalbant, s. 173.

⁸⁰ Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Fahri Gökçen Taner, "Bireysel Başvuru Sonrası Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku: Belki de Hiçbir Şey Eskisi Gibi Olmayacak", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı içinde, Ankara 2017, s. 545.

c. Faillerin bulunamaması nedeniyle soruşturma evresinde dava zamanaşımına uğrayan olaylar

*Ayser Demiralp*⁸¹ ve *Yavuz Durmuş ve diğerleri*⁸² başvurularında ölüm olayına ilişkin soruşturmanın 20 yılı aşkın sürede sonuçlandırılmaması ve sürüncemede bırakılması, yaşam hakkı kapsamında etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmesine yol açmıştır.

3. BAŞVURU YOLLARININ TÜKETİLMEMİŞ OLMASI NEDENİYLE KABUL EDİLEMEZ BULUNAN BAŞVURULAR

a. Taksirle ölüme sebebiyet verme ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkıyla ilgili olaylar

Özünde bakıldığında kasten öldürme ile taksirle ölüme sebebiyet verme açısından, yaşam hakkı bağlamında bir fark yoktur ve her ikisi de sonuç olarak yaşamın bitmesiyle sonuçlanmaktadır. Kural olarak AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin yaşam hakkı ve etkili soruşturma yükümlülüğü konusundaki anlayışı açısından bakıldığında, bu iki suç birbirlerinden gece ile gündüz kadar farklıdır. Benzer bir değerlendirme taksirle yaralama suçu için de geçerlidir. Öte yandan Anayasa Mahkemesi özellikle kamu makamlarının önlem almaları gereken ancak bu konuda ihmalkâr davrandıkları durumlarda, ceza davasını etkili bir yol olarak kabul ederek ihlal kararı verebilmektedir.⁸³ Bu fark üzerinde durmadan önce, Anayasa Mahkemesi önüne bu bağlamda gelen başvuruları ele almak istiyoruz:

Bilal Turan ve diğerleri ile *Gülcan Keleş ve diğerleri* başvuruları, iş kazası sonucunda ölüme ilgilidir. Bu bağlamda verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararına ilişkin başvuruların ikisinde de Mahkeme, idari ve cezai soruşturmaların tamamlanmamış olmasına dayanarak⁸⁴

⁸¹ Ayser Demiralp başvurusu, B. No: 2013/2849, T. 7.1.2016.

⁸² Yavuz Durmuş ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/6574, T. 16.12.2015.

⁸³ Bkz. Yukarıda ele alınan Serpil Kerimoğlu ve diğerleri ile Bedrettin Yalçın ve diğerleri başvuruları.

⁸⁴ Açıklanan nedenlerle, başvuru konusu yapılan ceza soruşturması süreci devam ettiği için başvurunun bu kısmının da "başvuru yollarının tüketilmemiş olması" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir." Bilal Turan ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/1942, T. 4.12.2013; Gülcan Keleş ve diğerleri başvurusu, B. No: 2014/797, T. 22.3.2017, § 30-34.

başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilmezlik kararı vermiştir. Bu başvurularda, Anayasa Mahkemesi'ne gönderilen Adalet Bakanlığı görüşünde, ilgililer hakkında tazminat davası açılmaması hususunun da gündeme getirildiği anlaşılmaktadır.

Tıbbi müdahale sonucu ölüm veya organ kaybının gerçekleştiği başvurular *Nail Artuç* (hatalı olduğu iddia edilen teşhis sonucu ölüm), *Zeki Kartal* (anne karnındaki bebeğin ölü doğmasının hekim hatası olduğunun iddia edildiği, baba tarafından yapılan başvuru), *Mahmut Sancar* (hatalı olduğu iddia edilen teşhis sonucu organ kaybı) ve *Yaprak Yüksek* (hatalı olduğu iddia edilen teşhis sonucu organ kaybı) başvurularıdır. *Semiha Gür* başvurusunda ise başvurucu; ceza infaz kurumunda hükümlü olarak bulunan kardeşinin rahatsızlanmasına rağmen, ceza infaz kurumu idaresince gerekli tedavinin ve hastaneye sevkinin zamanında sağlanamaması nedeniyle hayatını kaybettiğini ileri sürerek, ölüm olayında ihmali olduğunu düşündüğü kamu görevlileri hakkında şikâyetçi olmuştur.⁸⁵ *Murat Karabulut* başvurusunda ise başvurucu, babasının kanser hastası olması sebebiyle cezasının ertelenmesi talebinde bulunulmasına rağmen, bu talebin Adli Tıp Kurumunca verilen rapor doğrultusunda reddedildiğini, raporun verilmesinden yaklaşık iki ay sonra babasının vefat ettiğini ifade ederek raporu veren Adli Tıp Kurumu görevlileri hakkında kamu davası açılmasını istemiş, ancak başvurusu kovuşturmaya yer olmadığı kararıyla sonuçlanmıştır.⁸⁶

Tüm bu başvurularda Anayasa Mahkemesi, başvurunun dayanağını kendisi takdir etmiş ve hangi hak ileri sürülmüş olursa olsun ölüm olaylarında Anayasa'nın 17. maddesinde korunan yaşam hakkı, yaralanmayla sonuçlanan olaylarda ise yine aynı maddede yer alan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı uyarınca inceleme yapmıştır. Kararların tamamında Anayasa Mahkemesi, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle, kabul edilemezlik kararı vermiştir.⁸⁷ Ancak bunun nedeni kovuşturmaya yer olmadığı kara-

⁸⁵ Semiha Gür başvurusu, B. No: 2013/8691, T. 6.1.2016.

⁸⁶ Murat Karabulut başvurusu, B. No: 2013/2754, T. 18.2.2016.

⁸⁷ "Başvuru konusu olayda cezai sorumluluğun tespiti için ilgili kanun yoluna başvuran ancak sonuç alamayan başvurucu açısından da değinilen hukuki ve idari kanun yollarına başvurma imkânları bulunmaktadır. Bu nedenle, yapılan tıbbi müdahale açısından ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmali için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olduğundan söz edilemeyecektir." Nail Ar-

rına karşı kovuşturma davası açılmaması değil, başvuruçuların ceza hukuku dışında denemeleri mümkün olan hukuk davası ve/veya idari dava yollarını denememiş olmalarıdır. Burada hatırlatmak isteriz ki, bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin ilk dönem kararlarıyla, bahsettiğimiz bu kararlar arasında bir yaklaşım farklılığı vardır. Zira daha önce Mahkeme, sadece soruşturmanın etkili olmadığını ileri süren ancak başka bir dava yoluna başvurmayan kişiler bakımından, soruşturmanın etkili olup olmadığı yönünde belirlemeler yaparak, eğer etkili bir soruşturmanın var olduğu sonucuna varıyorsa açıkça dayandıktan yoksunluk kararı veriyordu.⁸⁸ Kanımızca Mahkeme yukarıda yer alan sonraki tarihli kararlardan anlaşıldığı üzere, bu yöntemden vazgeçmiş ve diğer hukuk yolları tüketildikten sonra inceleme yapma esasını benimsemiştir.

Ayrıca bu başvuruların bazılarında hukuk yargısında ispat standardının ceza yargısına göre daha düşük olduğuna vurgu yapılarak başvuruçunun, hukuk yargısında başarı şansının ceza yargısına göre daha yüksek olabileceğine dikkat çekilmiştir.⁸⁹ Mahkeme tıbbi

tuç başvurusu, § 47. Benzer ifadeler için bkz. Mahmut Sancar başvurusu, B. No: 2013/3583, T. 7.7.2015, § 45.

"Bu bağlamda başvuru konusu olayın koşullarına bakıldığında başvuruçucu, olayda ihmali olduğunu ileri sürdüğü kişiler hakkında suç duyurusunda bulunarak ceza soruşturması açılması talebinde bulunmuş; bireysel başvuru sonrasında Sağlık Bakanlığı aleyhine İdare Mahkemesinde tam yargı davası açmış, ancak başvuruçunun tüketildiğine dair herhangi bir bilgi veya belge sunmamıştır. Tüketilecek idari dava yolunun başvuruçunun yaşam hakkı kapsamında ileri sürdüğü iddialar açısından etkisiz olduğunun kabul edilmesini gerektirecek bir husus başvuruçucu tarafından ortaya konulmadığı gibi somut olayın koşullarında, bu konuda Anayasa Mahkemesi tarafından resen dikkate alınabilecek bir husus da bulunmamaktadır." Murat Karabulut başvurusu, § 49. Benzer ifadeler için bkz. Semiha Gür başvurusu, § 55.

⁸⁸ "30.Açıklanan gerekçelerle, Cumhuriyet Savcılığınca yürütülen soruşturma sonucunda verilen karar nedeniyle başvuruçuların yaşam hakkına yönelik bir ihlal açıkça tespit edilmediğinden, başvuruçunun "açıkça dayanaktan yoksun olması" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir." Musa Erdem ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/1845, T. 7.11.2013.

⁸⁹ "Hukuka veya sözleşmeye aykırı bir fiil nedeniyle başkasına verilmiş olan zararın tazmin edilmesi yükümlülüğünü ifade eden hukuki sorumluluk, ceza hukuku alanında suç diye adlandırılan insan davranışına göre daha geniş bir hukuka aykırı davranış grubunu kapsamaktadır. Bir eylemin suç teşkil edebilmesi için ilgili kanunda açıkça tanımlanması gerekirken haksız fiil için böyle bir sınırlamaya yer verilmemektedir. Ayrıca, ceza hukuku alanında taksire dayalı sorumluluğun istisnai nitelik taşımasına rağmen kasten veya taksirle başkalarına verilen zararın hukuki sorumluluk kapsamında giderim imkânının daha fazla olduğu, ceza hu-

ihmaller konusunda etkili başvuru yolu bağlamındaki tercihini, yanlış tedavi nedeniyle bedensel olarak zarar gördüğünü iddia eden, kamu davası açılmasını sağlayamayan ancak aynı zamanda hukuk davasını da kaybeden *Ahmet Acartürk* tarafından yapılan başvuruda net bir şekilde ortaya koymuştur:

“53.Buna göre fiziksel bütünlüğün ihlaline kasten sebebiyet verilmemiş ise “etkili bir yargısal sistem kurma” yönündeki pozitif yükümlülük her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmez. Mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir (Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, § 59).

54.Bu şekildeki bir kabul, bu tür olaylarda yürütülen ceza soruşturmalarının Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Ancak ilke olarak tıbbi ihmallere ilişkin şikâyetler konusunda temel başvuru yolu, hukuki sorumluluğu tespit adına takip edilecek olan hukuk veya idari tazminat davası yoludur (Nail Artuç, § 38).”⁹⁰

Sonuç olarak Mahkeme, *“başvurucunun Mikro TESE operasyonunun tıbbi sonuçları ve muhtemel riskleri konusunda tamamen bilgilendirilmediği gerekçesiyle Anayasa’nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğine kanaatine varmış” ve “bu konuda yeniden yargılama yapılması gerekeğinden gerekçeli karar hakkına yönelik iddialar bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek görmemiştir (Kamil Uzun/Türkiye, B. No: 37410/97, 10.5.2007, § 64).”⁹¹*

b. Psikolojik taciz ve mobbing iddiaları bakımından

Psikolojik taciz ve mobbing iddialarının etkili biçimde soruşturul-

kuku alanında objektif sorumluluğa yer verilmezken hukuki sorumluluk alanında objektif sorumluluk esasının da etkin şekilde uygulandığı ve hukuki sorumluluk alanında aynı maddi vakıalar çerçevesinde daha düşük bir ispat standardı kullanılarak kişisel sorumluluğun söz konusu olabildiği anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra hukuk sistemimizde ceza muhakemesinde şahsi hak iddiasında bulunma imkânı ortadan kaldırılırken hukuki sorumluluk alanındaki tazmin yükümlülüğünün asıl gayesinin zarar görenin zararının telafi edilmesi olduğu dikkate alındığında özellikle somut başvuruya konu ihlal iddiasına benzer uyuşmazlıklar açısından hukuki tazmin yolunun daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olduğu anlaşılmaktadır (Işıl Yaykır, B. No: 2013/2284, 15.4.2014, § 44).” Bkz. Yaprak Yüksek başvurusu, § 37, Mahmut Sancar başvurusu, § 38, Semiha Gür başvurusu, § 54.

⁹⁰ Ahmet Acartürk başvurusu, B. No: 2013/2084, T. 15.10.2015.

⁹¹ Ahmet Acartürk, § 71 ve 74.

mamasını konu alan tespit edebildiğimiz sonuçlanmış birkaç başvuru vardır. Mahkeme'nin bu başvurulardan *Işıl Yaykır* başvurusunu, bu konuda referans vermek için sıkça kullandığı görülmektedir. Bu başvuruda Mahkeme, ceza hukuku ile özel hukuk arasındaki ispat standardı farklılıklarına dikkat çekmiş ve hukuk davası yolunda başarı şansının yüksek olması nedeniyle bunun etkili bir başvuru yolu olduğuna şu ifadelerle hükmetmiştir:

"44.Hukuka veya sözleşmeye aykırı bir fiil nedeniyle başkasına verilmiş olan zararın tazmin edilmesi yükümlülüğünü ifade eden hukuki sorumluluk, ceza hukuku alanında suç olarak adlandırılan insan davranışına göre daha geniş bir hukuka aykırı davranış grubunu kapsamaktadır. Bir eylemin suç teşkil edebilmesi için ilgili kanunda açıkça tanımlanması gerekirken haksız fiil için böyle bir sınırlamaya yer verilmemektedir. Ayrıca, ceza hukuku alanında taksire dayalı sorumluluğun istisnai nitelik taşımasına rağmen, kasten veya taksirle başkalarına verilen zararın hukuki sorumluluk kapsamında giderim imkânının daha fazla olduğu, ceza hukuku alanında objektif sorumluluğa yer verilmezken hukuki sorumluluk alanında objektif sorumluluk esasının da etkin şekilde uygulandığı ve hukuki sorumluluk alanında aynı maddi vakıalar çerçevesinde daha düşük bir ispat standardı kullanılarak kişisel sorumluluğun söz konusu olabildiği anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra, hukuk sistemimizde ceza muhakemesinde şahsi hak iddiasında bulunma imkânı ortadan kaldırılırken, hukuki sorumluluk alanındaki tazmin yükümlülüğünün asıl gayesinin zarar görenin zararının telafi edilmesi olduğu nazara alındığında, özellikle somut başvuruya konu ihlal iddiasına benzer uyuşmazlıklar açısından, hukuki tazmin yolunun daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olduğu anlaşılmaktadır."

Konuyla ilgili diğer iki başvuru yukarıda adil yargılanma hakkı incelenirken künyeleri verilen ve bu bakımdan konu bakımından yetkisizlik kararıyla sonuçlanan "*I.Y.*" ve "*Emel Leloğlu*" başvurularıdır. Her iki başvuruda da Milli Eğitim Bakanlığı çalışanı olan başvurucular, amirlerinin psikolojik tacizine ve dopinge maruz kaldıklarını ifade ederek, başvuruda bulunmuşlardır. Mahkeme her iki başvuruyu da Anayasa'nın 17/1. maddesinde yer alan maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı bağlamında incelemiş ve iki başvuruda da başvuru yolunun tüketilmemesi nedeniyle kabul edilmezlik kararı vermiştir.

Bunun nedeni, yukarıda belirtildiği gibi, diğer hukuk yolları tüketilmeksizin Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasıdır. Zira Mahkeme'ye göre bu başvurularda hukuk davası açılması daha etkili bir giderim yoludur.⁹²

Bu başvuruların bir kısmında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmiş, bir kısmında ise idarenin ceza soruşturmasına izin vermemesi ve bu kararın idare mahkemesine açılan dava sonucunda kesinleşmesi üzerine Cumhuriyet savcılığı tarafından evrakın işleminden kaldırılması kararı verilmiştir. Bu karar, kovuşturmayaya yer olmadığı kararıyla aynı nitelikte olmasa da, sonuç olarak soruşturmanın ortadan kalkmasına yol açmaktadır.

c. Şeref ve itibarın korunması hakkının ihlali (hakaret) iddiaları bakımından

Yukarıda, hakaret suçu bağlamında adil yargılanma hakkına ilişkin olarak yapılan başvuruların, Mahkeme'nin benimsediği anlayış uyarınca sonuçsuz kalmaya mahkûm olduğu açıklanmıştı. Bu başlık altında ise konu, hakaret suçuyla korunan hukuki menfaatin anayasal güvencesi olan şeref ve itibarın korunması hakkının ihlali ve etkili soruşturma yükümlülüğü bağlamında ele alınacaktır. Mahkeme'nin bu bağlamdaki yaklaşımı yukarıda incelenen taksirle ölüme sebebiyet verme ve psikolojik taciz olaylarıyla paraleldir. Dolayısıyla şeref ve itibarının korunması hakkı bağlamında (Anayasa'nın 17. maddesi) başvuru kovuşturmayaya yer olmadığı kararıyla karşılaşmışsa, diğer etkili iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiği içtihat edilmektedir.⁹³ Bu durum Genel Kurul tarafından 2017 yılında karara bağlanan *Mustafa Tepeli* başvurusunda net bir şekilde açıklanmıştır:

"23.Türk hukukunda mevcut başvuruya benzer şekilde hakaret fiili ile bireylerin şeref ve itibarlarına müdahale edildiği durumlarda hem cezai hem de hukuk dava yolu kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik hâle gelen içtihatlarında Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin sözlü ya da yazılı

⁹² I. Y. başvurusu, § 44; Emel Leloğlu başvurusu § 41.

⁹³ Bu konuda çok sayıda başvuru vardır. Çeşitli yıllarda karara bağlanan örnek başvurular için bkz. Adnan Oktar başvurusu (2), B. No: 2013/514, T. 2.10.2013; Osman Nihat Şen başvurusu, B. No: 2014/16517, T. 9.6.2016; Fetullah Gülen başvurusu (3), B. No: 2014/8951, T. 20/7/2017; Osman Hilmi Özdil başvurusu, B. No: 2014/14934, T. 22/6/2017.

hakaretin hapis cezasını gerektiren suç olmaktan çıkarılması yönündeki tavsiye kararlarına (Parliamentary Assembly, Towards decriminalisation of defamation, Resolution 1577, 04.10.2007, §§ 11, 13, 17; Parliamentary Assembly, Towards decriminalisation of defamation, Resolution 1814, 04.10.2007, § 1; Parliamentary Assembly, Respect for media freedom, Recommendation 1897, 27/1/2010, § 11) ve AIHM'in Sözleşmeciler devletlerin zaman geçirmeksizin hakareti suç olmaktan çıkarması gerektiği yönündeki vurgusuna (Sabanović/Sırbistan ve Karadağ, 5995/06, 31/5/2011, § 43; Niskasaari ve diğerleri/Finlandiya, 37520/07, 6/7/2010, § 77) atıf yapılmış ve hakaretin özel yaşama etkileri ile ilgili olarak hukuk davası açmak suretiyle başvuru sahiplerinin giderim sağlayabilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir (Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, §§ 38-44). Başka bir deyişle Anayasa Mahkemesi, devletin maddi ve manevi varlığına yönelik müdahalelere karşı etkili mekanizma kurma yükümlülüğünün mutlaka ceza soruşturması yapılmasını gerekli kılmadığına, bireyin üçüncü kişilerce şeref ve itibarına müdahale edildiği iddiasıyla tazminat davası yoluyla da giderim sağlanmasının mümkün olduğuna karar vermiştir (Adnan Oktar (3), § 35)."⁹⁴

Bu başvurunun Genel Kurul tarafından karara bağlanmasının nedeni, verilecek kararın Anayasa Mahkemesi bölümlerinin daha önceden vermiş olduğu kararlarla çelişebileceği düşüncesidir. Başvurunun bir diğer önemli kısmı ise failin meçhul kalmasının, hak ihlaline yol açmamasıdır. Kendisine bir internet bloğunda hakaret edildiği isnaıyla başvuru sahibinin yaptığı şikâyet, failin bulunamaması nedeniyle sonuçsuz kalmış ve kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir. Savcılık, gerekçe olarak ilgili internet blogunun bağlı olduğu elektronik servis hizmetleri sağlayıcısının yurt dışı kaynaklı olması nedeniyle dijital delil elde edilmesinin mümkün olmadığı ve adı geçen internet sitesi yabancı kanunlara tabi olduğundan kullanıcıları hakkında sitenin bilgi vermediğini ifade etmiştir. Mahkeme bu olayda savcılığın tutumunu yerinde bulmuştur. Gerekçe şu şekildedir:

"31. Somut olayda Cumhuriyet Savcısı, İnternet üzerinden işlenen suçlara yönelik soruşturmalardaki güçlükleri de gözetenek Anayasa'da korunan temel hak ve özgürlükler bağlamında ciddi endişeler ortaya çıkarabilecek şekilde geniş kapsamda etkiler uyandırmayan ya da toplumsal menfaati etkilemeyen

⁹⁴ Mustafa Tepeli başvurusu, B. No: 2014/5831, T. 1.3.2017, § 23.

bir şikâyet hakkında soruşturmayı daha fazla sürdürmeyi reddetmiştir. Başvurucunun önemli olumsuz sonuçlarla karşı karşıya kaldığına dair yeterli delil bulunmadığı, ayrıca şikâyet konusunun önemli bir ilkesel soruna yol açmadığı dikkate alındığında bir toplumda yaşıyor olmanın kabul edilebilir bir bedeli olarak görülebilecek olan -bir sözlü karşılaşmaya ilişkin olarak- soruşturmanın sürdürülmemesinde Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının devlete yüklediği pozitif yükümlülükler bakımından bireyin menfaatleri ile toplumun menfaatleri arasında açık bir dengesizlik bulunduğu değerlendirilmemiştir.”⁹⁵

Konuya ilişkin bir diğer önemli Genel Kurul Kararı ise Nihat Özdemir başvurusunda verilmiştir.⁹⁶ Başvurucu hakaret suçuna ilişkin olarak şikâyette bulunmak yerine tazminat davası açma yoluna gitmiş ve bu davayı kaybetmesi üzerine Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi ise başvuruyu kabul edilebilir bulmuş ancak “maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla ilgili olarak Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edilmediğine” karar vermiştir. Karara bakıldığında hakaret olduğu iddia edilen ağır sözlerin sahibinin bir gazeteci olması ve sözlerin bu faaliyet kapsamında söylenmesinin, oy çokluğuyla da olsa ihlal kararı verilmesini önlediği anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi “somut olayda İlk Derece Mahkemesi tarafından, davalının basın özgürlüğü ve bu bağlamda ifade özgürlüğü ile başvurucunun şeref ve itibarının korunması hakları arasında adil bir denge kurulduğuna” hükmetmiştir.⁹⁷ Dolayısıyla gazeteci olmayan bir kişinin küçük düşürücü sözleri üzerine açılacak tazminat davasından sonuç alınamaması halinin, ihlal kararı doğurabileceği söylenebilir.

⁹⁵ Mustafa Tepeli, § 31. Bu karardan sonraki bir tarihte, benzer bir olaya dayanan Burhan Kuzu başvurusu da benzer gerekçelerle İkinci Bölüm tarafından açıkça dayanaktan yoksun ve dolayısıyla kabul edilmez bulunmuştur. Bkz. Burhan Kuzu başvurusu, B. No: 2014/4988, T 19/12/2017, § 44.

⁹⁶ Nihat Özdemir başvurusu, B. No: 2013/1997, T. 8/4/2015.

⁹⁷ “Somut olayda İlk Derece Mahkemesi, davalının basın özgürlüğü ve bu bağlamda ifade özgürlüğü ile başvurucunun şeref ve itibarının korunması hakları arasında bir denge kurma işlemi yapmıştır. İlk Derece Mahkemesi, söz konusu haber ve yazının, genel çıkarı ilgilendiren bir tartışmaya katkı sunup sunmadığı sorusuna özel bir önem vermiş, ayrıca haberin yapıldığı şartlar üzerine de eğilmiştir. İlk Derece Mahkemesi davaya konu yazıda ve televizyon programlarında geçen olayların gerçekliği meselesine eğilmiş ve yayınların yapıldığı tarihte meydana gelen olaylarla yayınların içeriği arasındaki öz-biçim ilişkisinin bozulmadığına ve başvuruya konu sözlerde geçen olayların “görünür gerçekliğe uygun” olduğuna karar vermiştir.” Nihat Özdemir başvurusu, § 41.

V. İHLAL KARARININ SONUÇLARI

AİHM'nin etkili soruşturma yapılmadığı yönünde bir ihlal kararı vermesi halinde, bunun sonucunun ne olacağına yönelik düzenleme CMK'nın 172. maddesine 6459 sayılı Kanun'la 2013 yılında eklenmiştir:

“(3) (Ek: 11/4/2013-6459/19 md.) Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin AİHM'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talepten itibaren hâlinde yeniden soruşturma açılır.”

Bu düzenleme AİHM kararının sonuçlarının ortaya konulması açısından son derece yerinde olmuştur. Ancak soruşturma yapılmasının talebe bağlanması yerinde değildir.⁹⁸ Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin bu tür bir karar vermesi halinde bunun sonucunun ne olacağı konusunda, bireysel başvuru kurumu yürürlüğe girdikten sonra CMK'da bir değişikliğe gidilmemiştir. Kanımızca bu tür bir değişiklik gerekli de değildir. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinde yer alan düzenleme bu anlamda yeterlidir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlal edilmesine 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.”

Anayasa Mahkemesi etkili soruşturma bağlamında ihlal kararı verdiğinde, gereği yapılmak üzere dosyanın ilgili başvuruya gönderilmesine karar vermektedir. Bu noktada elbette akla gelebilecek bir diğer soru, söz konusu kararların gereklerinin yerine getirilip getirilmediğidir. Anayasa'nın 153/6. maddesi uyarınca *“Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.”* Görüldüğü üzere Anayasa hükmü son derece açık olup, kararın muhatabına herhangi bir takdir yetkisi bırakmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu makamın kararın gereklerini, hukuka uygun bir şekilde çizeceği bir yolla yerine getirmesi zorunludur. Belirtmek gerekir ki bu sorun, Anayasa Mahkemesi'nin tüm bireysel başvuru kararları bakımından varlığını

⁹⁸ Soyer Güleç, s. 1450.

sürdüremektedir ve bunun en önemli sebebi Mahkeme'nin "kendisine ait bir icra organı ve kararlarının icrasının ne oranda gerçekleştirildiğini kontrol edebilecek araçları olmamasıdır".⁹⁹

Öğretide, bu konuda yapılmış bir saha araştırması bulunmaktadır. 23.09.2012 - 23.09.2016 tarihleri arasında, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bireysel başvuru kararlarını kapsayan bu çalışmada, soruşturma organlarına yönelik 29 ihlal kararı tespit edilmiş, bu kararlardan 21 tanesinin ilgililerine ulaşılmıştır. Söz konusu çalışmada bu 21 kararın yalnızca 9 tanesinde, Anayasa Mahkemesi'nin kararının sürece olumlu etki yaptığı tespiti yer almaktadır. Yine aynı çalışmadan alınan aşağıdaki grafikte söz konusu kararların haklara göre dağılımı ve sonuçları görülmektedir.¹⁰⁰



Bu durum; yaşam hakkı, işkence ve insanlık dışı muamele yasayla etkili soruşturma yükümlülüğü ile ilgili kararların icrasında

⁹⁹ Bkz. Ece Göztepe, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", Anayasa Yargısı, Y. 2016, S. 33, s. 93-118. Yazar söz konusu tespitini Alman Anayasa Mahkemesi için de geçerli olduğunu ifade etmektedir.

¹⁰⁰ Ulaş Karan, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dört Yılına Dair Bir Değerlendirme, İstanbul 2017, s. 51 ve 52.

yapısal sorunlar olduğunu ortaya koymaktadır.¹⁰¹ Öte yandan burada kararın yerine getirilmesi, mutlaka kamu davası açılması şeklinde anlaşılabilir. Aynı husus AİHM'nin ihlal tespit ettiği hallerde de geçerlidir.¹⁰² Önemli olan Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen eksiklikler tamamlandıktan sonra yapılan değerlendirmede varılan sonucun tutarlı ve hukuka uygun olmasıdır. Bu sonuç dava açılması şeklinde olabileceği gibi, yeniden bir kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi şeklinde de olabilir.

VI. DEĞERLENDİRME

A. SUÇTAN ZARAR GÖREN KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞI KARARI ÜZERİNE BİREYSEL BAŞVURU YAPARKEN HANGİ HUSUSLARI DİKKATE ALMALIDIR

1. Öncelikle başvuru, hangi maddi hakka dayandığını net bir şekilde ortaya koymalı ve bunun Anayasa Mahkemesi'nin her zaman kendi lehine re'sen takdir edeceği yanılığına düşmemelidir. Bu tür bir tutum, aşağıda alıntılanan *Selçuk Dursun* başvurusunda¹⁰³ görüleceği üzere, konu bakımından yetkisizlik kararı verilmesine varan sonuçlar doğurabilir.

¹⁰¹ Karan, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dört Yılına Dair Bir Değerlendirme, s. 61. Yazar bu sayılanlara ek olarak bir de makul sürede yargılanma hakkından söz etmektedir.

¹⁰² Şahin, s. 121.

¹⁰³ "19. Başvuru formu ve ekleri incelendiğinde, başvuru her ne kadar Anayasa'nın 74. maddesinin de ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de, bu iddiaların özü, söz konusu kararın adil olmadığı hususu ile ilgilidir. Diğer yandan başvuru, aşağılandığını ve kişilik haklarına da tecavüz edildiğini iddia etmiş ise de, manevi varlığının korunması hakkının ihlal edildiğine ilişkin somut olay ve olgulara dayalı bir açıklama ve kanıtlamada bulunulmadığı görülmektedir. Olayların başvuru tarafından yapılan hukuki tavsifiyle bağlı olmayan Anayasa Mahkemesi, başvurusunun iddialarını adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirmiştir. (...)

33. Başvuru, suç işlediğini düşündüğü kişiler hakkında soruşturma açılmasını sağlamak amacıyla şikâyetle bulunmuş olup, başvurusunun Anayasa'nın 36. maddesine dayanan ihlal iddiasının konusu, Anayasa'da güvence altına alınmış ve Sözleşme kapsamında olan temel hak ve özgürlüklerin koruma alanı dışında kalmaktadır.

34. Açıklanan nedenlerle, başvuru konusu ihlal iddialarının Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kaldığı anlaşıldığından başvurunun, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin "konu bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir." Selçuk Dursun başvurusu, B. No: 2013/691, T. 24.6.2015.

2. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda, derece mahkemelerinden farklı olarak maddi olay adaletini sağlamaya yönelik bir yaklaşım izlenmemeli, olay hak temelli bir boyuta taşınmalıdır. İncelediğimiz başvurularda gördüğümüz en ciddi sorulardan birisi budur. Zira Anayasa Mahkemesi'nin kamu gücünden doğan hak ihlallerini değerlendirdiği ve yerel mahkemelerin her yanlışını düzeltemeyeceği gözden kaçırılan önemli bir noktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi önünde, davada ortaya çıkan sorunlar hak ihlalleriyle ilişkilendirilebilirse, ortaya çıkacak durumda yerel mahkemede maddi olay adaletini sağlayacak yeni adımlar atılabilir.

3. Bu çalışmada ele alınan başvurulara bakıldığında kasten öldürme, kasten yaralama, taksirle ölüme sebebiyet verme, cinsel istismar, kişinin hatırasına hakaret, görevi kötüye kullanma, intihara yönlendirme, hakaret gibi pek çok farklı suçun kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına ve ardından bireysel başvuruya konu olduğu görülmektedir. Ancak burada önemli olan hangi suçun işlendiğinin iddia edildiği değil, onun hangi maddi hakla ilişkilendirildiğidir. Burada adil yargılanma hakkından uzak durulup, konunun hangi maddi hakla ilişkili olduğu net bir şekilde ortaya konulmalı ve içeri girilmeye çalışılacak kapı doğru seçilmelidir. Mevcut durumda, adil yargılanma hakkı kapısından girilmeye çalışıldığı takdirde, kapının suçtan zarar görenin yüzüne çarpması kaçınılmazdır.

4. Kasten yaşam hakkının ortadan kaldırılması bağlamında yapılan başvurularda, Anayasa Mahkemesi etkili soruşturma yükümlülüğü bağlamında inceleme yapmakta ve başka bir başvuru yolunun tüketilmesini beklememektedir. Ancak olayın intihar mı yoksa kasten öldürme mi olduğu konusunda şüpheler bulunan hallerde, kasten öldürme şüphesini güçlendiren delillerin ortaya iyi konulması, etkili soruşturma yükümlülüğünün devreye girmesi bakımından büyük öneme sahiptir.

5. Etkili soruşturma yükümlülüğünün devreye girdiği ve ceza muhakemesi dışında başka yolların tüketilmesinin beklenmediği diğer hal işkence ve insanlık dışı muamele yasağıdır. Ancak bunun için, bu yasak kapsamına girecek bir müdahale olmalı, başka bir deyişle müdahale asgari eşiği aşmalı ve en azından insan haysiyetiyle bağdaşmayacak düzeye varmalıdır. Aksi takdirde yukarıda da ifade edildiği

üzere, başvurucudan diğer hukuk yollarını tüketmesi talep edilebilir.¹⁰⁴ AİHM'nin kötü muamele konusundaki içtihadının kapsamı gittikçe genişlemektedir ve bu genişleme ağırlık eşliğinin her somut olayın koşulları dikkate alınarak düşürülmesi suretiyle sağlanmaktadır.¹⁰⁵ Aksi takdirde başvurunun özel hayata saygı hakkı veya diğer haklar bağlamında incelenmesi söz konusu olur. Bu durumda etkili soruşturma yükümlülüğü devreye girmeyeceğinden, başvurucunun diğer yolları tüketmesi zorunluluğu doğacaktır.

6. AİHM, "yaşam hakkının veya fiziksel bütünlüğünün ihlaline üçüncü kişilerin kasıtlı olmayan eylemleri sebebiyet vermişse etkili bir yargısal sistem oluşturma şeklindeki pozitif yükümlülüğün her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmediği ve mağdura diğer hukuki yolların açık olmasının yeterli olabileceği" kanaatindedir.¹⁰⁶ Buradaki yeterli ifadesi elbette etkililiği de içerisinde barındırmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin de bu içtihadı takip ettiği görülmektedir. Bu durumda başvurucu, diğer idari ve hukuki başvuru yollarını tükettikten sonra bireysel başvuru yoluna gitmelidir. Ancak bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin, işlendiği iddia edilen suç ve ihlal edildiği iddia edilen hak bağlamında kalıplara sıkışıp kaldığı görülmektedir. Hakaret suçu bir kenara konulursa, her zaman ceza muhakemesi dışındaki yolların da en az bu yol kadar etkili olduğunu söylemek anlamlı olmayabilir. Bu konu alt başlıkta ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

B. ANAYASA MAHKEMESİ KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞI KARARLARININ TÜMÜ BAĞLAMINDA ETKİLİ BİR DENETİM MERCİİ OLABİLİR Mİ?

Başlıkta yer alan soruya olumsuz cevap vermek için çok derin bir araştırma yapmaya gerek yoktur. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurudaki yıllık karşılama oranı ile Türkiye'de bir yılda verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararı sayısını karşılaştırmak yeterli fikir verecektir:

¹⁰⁴ Örnek bir olay olarak bkz yukarıda künyesi verilen Sevgi Cantemür başvurusu.

¹⁰⁵ Oya Boyar, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa içinde, editör Sibel İnceoğlu, s. 149.

¹⁰⁶ Harris-O'Boyle-Bates-Buckley vd., s.48; Doğru-Nalbant, s. 22.

Yalnızca 2016 yılında tüm Türkiye’de 2.840.243¹⁰⁷ adet kovuştur-maya yer olmadığı kararı verilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin 2016 yılında karara bağladığı bireysel başvuru sayısı ise 16.175’tir.¹⁰⁸ El-bette Anayasa Mahkemesi, kovuşturma davası sonucunda yerinde bulunan tüm kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının denetleme mercii olamaz. Aksi yönde bir beklenti gerçekçi olmadığı gibi, Ana-yasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru kurumunun amaçlarıyla da bağdaşmaz. Ancak Mahkeme’nin kovuşturmaya yer olmadığı karar-larına ilişkin bir eleme yaparken benimsediği yöntem, büyük önem taşımaktadır.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi’nin adil yargılanma hakkı ve kovuşturmaya yer olmadığı kararı konusundaki yaklaşımı değişme-diği sürece ki adli istatistiklere bakıldığında yakın bir gelecekte değiş-meyeceği anlaşılabilir, suçtan zarar görenlerin adil yargılanma hakkı bağlamındaki başvurularının başarılı olması güçtür. Bu nedenle, an-cak maddi haklar bağlamında yapılacak başvurulardan sonuç alınma-sı mümkün gözükmemektedir.

Yaşam hakkı ve işkence ve insanlık dışı muamele yasağına ilişkin olarak, etkili soruşturma yapma yükümlülüğü bağlamında ileri sür-rülen iddiaların başarı şansı vardır. Bunlar dışında kalan maddi hak-lar bakımından, Mahkeme’nin alternatif hukuk yollarının bir bütün olarak tüketilmesi gerektiği düşüncesinde olduğu anlaşılmaktadır. Öyleyse her ne kadar birbirinin yerine geçen yollar olmasa da, suçtan zarar gören ceza davası açılmasını sağlayamadığında, mutlaka diğer hukuk yollarını denemeli; örneğin tazminat davası veya idari dava aç-malı, davanın sonunda da bir sonuç elde edemezse o zaman bireysel başvuru yolunu kullanmalıdır.

Ancak bu noktada hakaret suçu ile ilgili başvuruları (şeref ve itibarın korunması hakkının ihlali) ayırmak gerekir. Anayasa Mahke-mesi bu başvuruları kabul etmeme eğilimindedir ve bu konuda başarı şansı yok denecek kadar azdır. Belki açılacak tazminat davasının “açık ve bariz takdir hatası” nedeniyle reddedildiği ortaya konulabilirse, bu noktada bir sonuç alınabilir. Zira hakaret suçunda, tazminat davasının

¹⁰⁷ Adalet İstatistikleri 2014, s. 19. Bkz. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2016/2016/index.html

¹⁰⁸ <http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselbasvuru/istastik-31122016.pdf>.

etkili giderim sağlama ihtimali diğer suçlardan fazladır. Bu noktada Mahkeme'nin *"hukuk davalarında ispat standardı daha düşük olduğundan, bu davalarda ceza davalarına göre başarı şansı daha yüksektir"* şeklindeki tespitine yönelik bir belirleme yapmak istiyoruz:

Hem özel hukukta hem de ceza hukukunda, Anayasa'nın amir hükmü gereği hâkimler vicdani kanaatlerine göre karar verirler. Ancak vicdani kanaatin, başka bir deyişle hâkim açısından ispatın ölçütünün ne olduğu her iki hukuk dalında birbirinden farklıdır. Akla dayanan bir muhakeme sistemi oluşturmanın tek yolu ceza muhakemesinde *"gerekçeye dayanan şüphe"* ve medeni muhakemede *"ağırlıklı delil"* ölçütlerinin vicdani kanaate esas alınmasıdır.¹⁰⁹

Taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu hukuk yargısında ispat ölçütü ağırlıklı delil ölçütüdür. Bu ölçüt bir tarafın ortaya koyduğu delillerin karşı tarafın delillerinden daha inandırıcı olması anlamına gelir. İspat yükü ise HMK m. 190 uyarınca *"Kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiyaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir."* Özel hukukta taraflarca hazırlama ilkesi geçerli olduğu için, kişinin iddiasını ispatla yükümlü tutulması da yerindedir. Buna karşın ceza muhakemesinde, mahkemenin re'sen delil araştırması mümkündür ve ispat yükü Cumhuriyet savcılığının üzerindedir. Peki, bu durumda her halde bir hukuk davasını kazanmanın, bir ceza davasında mahkûmiyet sonucu elde etmekten daha kolay olduğu tespiti doğrudur denilebilir mi? Bu sorunun cevabı söz konusu davada delil durumunun ne olduğuna bağlıdır:

Eğer bir davada davacı açısından toplanması gerektiği düşünülen tüm deliller toplanmışsa, o davada hukuk yargısında başarı şansının ceza yargısından yüksek olduğu genellemesi doğrudur. Zira hukuk yargısında iki tarafın ortaya koyduğu delil araçlarından hangi taraflar görece daha ikna edici ise, o tarafın lehine karar verilmesini öngören *"ağırlıklı delil"*¹¹⁰ ölçütü uygulanmaktadır. Buna karşın ceza muhakemesinde ölçüt *"gerekçeye dayanan şüphenin yenilmesi"*dir.¹¹¹ İki hukuk dalında aradaki fark, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin varlığı, böyle bir farkın nedeni ise tehlike altında olan menfaatler ara-

¹⁰⁹ Metin Feyzioğlu - Fahri Gökçen Taner, Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, İstanbul 2015, s. 207.

¹¹⁰ İng. "preponderance of evidence".

¹¹¹ İng. "beyond reasonable doubt".

sındaki farklılıktır.¹¹² Ceza yargısında tam bir inanış olmadan sanık mahkûm edilemez. Buna karşın hukuk yargısında hâkimin bu düzeyde bir inanışa varması gerekmez, taraflardan birini daha haklı bulması yeterlidir.

Eğer toplanması istenilen başka deliller varsa, savcılığın ve ceza yargısının delil toplama imkânlarının hukuk yargısından çok daha fazla olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Ceza yargısının elinde; arama, el koyma, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi gibi delil elde etmeye yönelik son derece etkili koruma tedbirleri vardır. Buna karşın taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu hukuk yargısında hâkimin bu tedbirlere başvurması elbette mümkün değildir. Ancak hâkim, yeri bilinen bir takım delillerin mahkemeye getirilmesi için emir verebilir. Bu durum, özellikle taksirle ölüm ve yaralama olaylarında her olayın aynı kefeye konulmaması gerektiğini göstermektedir. Belirtmek gerekir ki kaza sonucu meydana gelen ölümler ile yukarıda incelenen tıbbi müdahale sırasında gerçekleşen ölümler birbirlerinden son derece farklıdır. Zira tıbbi müdahale sırasında her zaman bir risk olduğu açık olduğu gibi, müdahaleye ilişkin kayıtların da tutulması esastır. Buna karşın özellikle iş kazalarında, cezai sorumluluğun hangi yetkililerde olduğunun belirlenmesi büyük güçlük arz etmektedir. Bu nedenle ilgililerin, ceza davasında sorumlular veya ayrıntılar ortaya çıkmadan, haksız çıkmayı göze alarak tazminat davası açmasını beklemek gerçekçi değildir. Kaldı ki, uygulamada savcılığın yeterince delil toplamadan karar verdiği hallerde, kovuşturma davası da etkili bir denetim yolu olamamaktadır.¹¹³ Ayrıca ceza mahkemesinin sahip olduğu re'sen araştırma yetkisi¹¹⁴ ve başvurma imkânı olan koruma tedbirleri olayın aydınlatılması bakımından büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle elinde bu imkânlar bulunmayan hukuk mahkemesinde, kişilerin daha yüksek başarı şansı olduğundan da söz edilmez.

¹¹² Feyzioğlu-Taner, s. 160.

¹¹³ Ünver-Hakeri, s. 512.

¹¹⁴ Anayasa Mahkemesi de CMK'da yer verilmemesine rağmen hukukumuzda re'sen araştırma ilkesinin var olduğu kanaatindedir:

“Diğer taraftan, ceza muhakemesinde mahkeme, dava açıldıktan sonra pasif konumda olmayıp, hüküm vermek için yeterli kanaate ulaşıncaya kadar maddi gerçeği araştırmaya devam etmek zorundadır. Resen araştırma ilkesi uyarınca mahkemeler, Cumhuriyet savcısının ortaya koyduğu delillerle bağlı olmadıkları gibi, savcı olmasa bile kendiliklerinden, hüküm için gerekli tüm araştırmaları yapmak ve tarafların haklarını korumak zorundadırlar.” AYM, E. 2011/43, K. 2012/10, T. 19.1.2012.

Bu nedenle kaza sonucunda yaralanan veya ölenin yakınlarına tazminat davası yolunu göstermek, her zaman etkili bir yol olmayabilir. Buna karşın malpraktis sonucu ortaya çıkan ölüm ve yaralanmada, tıbbi kayıtlar tutulduğu için ispat, bir kaza kadar güç olmayabilir. Öte yandan tıbbi kayıtların gereği gibi tutulmadığı veya değiştirildiği iddiası varsa, tazminat davası yolundan da bir sonuç elde edilmesi güçtür.

Kanımızca Anayasa Mahkemesi, *Perez/Fransa* kararına iş yükünde boğulmayı önleyici bir can simidi olarak sarılırken, bu ayrımı göz ardı etmektedir. Yapılması gereken başvuru sahiplerinin deliller konusundaki iddialarını dikkatle dinlemek ve herkese aynı yol tarifini vermeden önce yolun bir yere varıp varmadığını, önerilen yolun yeterli olup olmayacağını gözetmektir. Özellikle sadece devlet tarafından temin edilebilecek olan delillerin varlığı durumunda, bu eksikliğin külfetini başvurucuya yüklemek haksız sonuçlara yol açabilir.¹¹⁵ Bizim bu çalışma için yaptığımız araştırma sonucunda edindiğimiz izlenim, Mahkeme'nin bu tür bir ayrımı gözetmediği ve yukarıda üzerinde durduğumuz kategorilere yönelik genellemeler üzerinden hareket ettiği yönündedir.

Mağdur haklarının bu kadar geliştiği bir dönemde, adil yargılanma hakkı suçtan zarar görene üçüncü kişilerin cezalandırılmasını talep etme hakkı tanımıyor düşüncesiyle, mağdurun adil yargılanmanın temel güvencelerinden yoksun bırakılması, hukuki dinlenilme hakkının ihlali olur. Bu nedenle yaralanma ve ölüm olaylarının kategorik olarak tazminat davası açılması şartına bağlanması uygun değildir ve mutlaka her olayın özellikleri göz önüne alınmalıdır. Bu bağlamda başvuru sahiplerinin Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluna giderken, ceza davasının neden hukuk davasından farklı olarak çok daha etkili bir yol olduğuna yönelik açıklamalarına önem atfedilmelidir. Ancak elimizdeki az sayıdaki örnek, Mahkeme'nin kategorik bir ret yaklaşımını benimseme yolunda olduğunu göstermektedir. Kanımızca her bir olayın özelliklerini göz ardı eden bu tür bir yaklaşım, yerinde değildir.

¹¹⁵ Önok, s. 180. Yazarın tespiti 3. madde için geçerlidir ancak bizce tüm haklara teşmil edilebilir.

SONUÇ

Görüldüğü üzere kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına karşı bireysel başvuru yolu dar ve sarp bir yoldur. Mahkemenin adil yargılanma hakkına ilişkin sınırlayıcı tutumuna eklenen etkili soruşturma yükümlülüğü bağlamındaki kategorik yaklaşımı ve olası bir ihlale karşı tüm hukuk yollarının tüketilmesini talep etmesi, bu yolu oldukça zorlu hale getirmektedir. Bu bağlamda hangi hallerde kovuşturmayaya yer olmadığı kararının ardından, hangi hallerde ise diğer hukuk yolları denendikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılacağını bilmek büyük önem taşımaktadır.

Öte yandan bu yol, ne zaman ve ne şekilde başvurulacağı bilindiği takdirde her durumda olmasa da yine de açık gözükmektedir. Bu nedenle dar, sarp ancak yine de kısmen açık bir yolla karşı karşıya olduğumuz kanaatindeyiz.

Kaynakça

- Boyar Oya, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa içinde, Editör Sibel İnceoğlu, s. 137-157.
- Buzelli Silvia - Casiraghi Roberta - Casibba Fabio - Concolino Paola - Presacco Luca, Diritto a un equo processo, Corte di Strasburgo e giustizia penale içinde, a cura di Giulio Ubertis e Francesco Viganò, Torino 2016, s. 129-235.
- Casibba Fabio - Colella Angela, "Proibizione della tortura", Corte Strasburgo e Giustizia Penale içinde, a cura di Giulio Ubertis e Francesco Viganò, Torino 2016, s. 64-90.
- Centel Nur - Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2016.
- Çelikdemir Anıtkı Elif, "Bireysel Başvuruda Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kriteri", Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi içinde, Ankara 2017, s. 173-225.
- Doğru Osman - Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C.1, Ankara 2012.
- Doğru Osman, "AİHS'nin 2. maddesine Genel Bir Bakış: Uygulanabilirlik, İspat Standartları ve Devleti Yükümlülükleri Osman Doğru'nun Konuşması", Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları içinde, Editörler: Musa Sağlam - Serdar Güllener - Recep Kaplan, s. 1-18.
- Feyzioğlu Metin - Taner Fahri Gökçen, Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, İstanbul 2015.
- Gözübüyük Şeref - Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Bası, Ankara 2016.
- Göztepe Çelebi Ece, "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", <http://www.>

- kamuhukukculari.org/upload/ dosyalar/Ece_Gyoztepe222.pdf, s. 4. (SGT: 10.11.2017)
- Göztepe Çelebi Ece, - "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, Y. 2016, S. 33, s. 93-118.
- Göztepe Ece, *Anayasa Şikâyeti*, Ankara 1998.
- Güleç Sesim Soyer, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturmanın Etkinliği İlkesi ve Takipsizlik Kararları Üzerindeki Etkisi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, Y. 2013, s. 1393-1464.
- Gülener Serdar, *Üçüncü Yılında Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolu*, İstanbul 2015.
- Harris David - O'Boyle Michael - Bates Ed - Buckley Carla - Warbrick, Colin - Kilkelly Ursula - Cumper Peter - Arai Yutaka - Lardy Heather,
Law of the European Convention on Human Rights, New York 2009.
- Karakehya Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2016.
- Karan Ulaş, "Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dokuz Ayına Dair Kısa Bir Değerlendirme Beklentilerin Neresindeyiz", *Güncel Hukuk*, Eylül 2013, s. 24-27.
- Karan Ulaş, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dört Yılına Dair Bir Değerlendirme*, İstanbul 2017.
- Karan Ulaş, *Yaşam Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa içinde*, Editör Sibel İnçeoğlu, s. 115-135.
- Karan Ulaş, *Etkili Başvuru Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa içinde*, Editör Sibel İnçeoğlu, s. 439-457.
- Kaya Köroğlu, *Cezai Konularda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, 2. Bası, Ankara 2016.
- Kontacı Ersoy, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2014, S. 4, s. 112-115.
- Korff Douwe, *Right to life*, Belçika 2006.
- Kunter Nurullah - Yenisey Feridun - Nuhoglu Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2006.
- Oder Bertil Emrah, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda İlk Evre Sınırlar, Sorunlar ve Yeni İçtihat", *Güncel Hukuk*, Eylül 2013, s. 14-19.
- Özbek Veli Özer - Doğan Koray - Bacaksız Pınar - Tepe İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, Ankara 2017.
- Öztürk Bahri - Tezcan Durmuş - Erdem Mustafa Ruhan - Sırma Gezer Özge - Saygılar Kırıt Yasemin F. - Özaydın Özdem - Alan Akcan Esra - Erden Tütüncü Efser, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, Ankara 2016.
- Reidy Aisling, *The prohibition of torture*, Almanya 2003.
- Renucci Jean-François, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris 2012.
- Şahin Cumhuriyet, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 5. Bası, Ankara 2014.
- Şirin Tolga, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, İstanbul 2015.
- Şirin Tolga, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti*, İstanbul 2013.

- Taner Fahri Gökçen, "Bireysel Başvuru Sonrası Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku: Belki de Hiçbir Şey Eskisi Gibi Olmayacak", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı içinde, Ankara 2017, s. 531-565.
- Tezcan Durmuş - Ruhan Erdem Mustafa - Sancakdar Oğuz - Önok Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 6. Bası, Ankara 2016.
- Toroslu Nevzat - Feyzioglu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Ankara 2016.
- Ünver Yener - Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Ankara 2016.
- Yenisey Feridun - Nuhoglu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Ankara 2015.
- Yıldırım Akif, "Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Boyutu)", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 7, S. 26, Nisan 2016, s. 333-376.
- Zirulia Stefano, *Diritto della vita, Corte di Strasburgo e giustizia penale* içinde, a cura di Giulio Ubertis e Francesco Viganò, Torino 2016, 39-63.

Çalışmada Referans Verilen Bireysel Başvuru Kararları (Alfabetik Sırayla)

- Adnan Oktar başvurusu (2), B. No: 2013/514, T. 2.10.2013
- Ahmet Acartürk başvurusu, B. No: 2013/2084, T. 15.10.2015.
- Ali Mükerrerem Furtun başvurusu, B. No: 2013/9020, T. 6.10.2015.
- Ayser Demiralp başvurusu, B. No: 2013/2849, T. 7.1.2016.
- Bedrettin Yalçın ve diğerleri başvurusu, B. No: 2014/16380, T. 9.1.2018.
- Bilal Turan ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/1942, T. 4.12.2013.
- Burhan Kuzu başvurusu, B. No: 2014/4988, T. 19.12.2017.
- Cezmi Demir ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/293, T. 17.7.2014.
- C.K. başvurusu, B. No: 2013/8728, T. 15.12.2015.
- Doğan Demirhan başvurusu, B. No: 2013/3908, T. 6.1.2016.
- Fahriye Erkek ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/4668, T. 16.9.2015.
- Fatih Birol ve Remziye Birol başvurusu, B. No: 2013/19, T. 7.3.2014.
- Fetullah Gülen başvurusu (3), B. No: 2014/8951, T. 20.7.2017
- Fezile Çelik ve Erhan Çelik başvurusu, B. No: 2013/1905, T. 30.3.2016.
- Filiz Aka başvurusu, B. No: 2013/8365, T. 10.6.2015.
- Gülcan Keleş ve diğerleri başvurusu, B. No: 2014/797, T. 22.3.2017.
- Güllü Dağhan ve Mehmet Nesih Dağhan başvurusu, B. No: 2013/1951, T. 24.3.2016.
- Hüseyin Caruş başvurusu, B. No: 2013/7812, T. 6.10.2015.
- İrfan Yücesoy başvurusu, B. No: 2013/7625, T. 9.3.2016.
- Makbule Talay başvurusu, B. No: 2013/8592, T. 6.1.2016.
- Mehmet Karabulut başvurusu, B. No: 2013/512, T. 5.11.2015.
- Mehmet Kaya ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/6979, T. 20.5.2015.
- Meral Eşkili başvurusu, B. No: 2013/7586), T. 4.11.2015.

- Murat Karabulut başvurusu, B. No: 2013/2754, T. 18.2.2016.
Musa Erdem ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/1845, T. 7.11.2013.
Mustafa Tepeli başvurusu, B. No: 2014/5831, T. 1.3.2017.
Nail Artuç başvurusu, B. No: 2013/2839, T. 3.4.2014.
Nihat Özdemir başvurusu, B. No: 2013/1997, T. 8.4.2015.
Onurhan Solmaz başvurusu, B. No: 2012/1049, T. 26.3.2013.
Osman Hilmi Özdil başvurusu, B. No: 2014/14934, T. 22.6.2017.
Osman Nihat Şen başvurusu, B. No: 2014/16517, T. 9.6.2016
Reşit Dülek başvurusu, B. No: 2013/7617, T. 21.1.2016.
Selçuk Dursun başvurusu, B. No: 2013/691, T. 24.6.2015.
Semiha Gür başvurusu, B. No: 2013/8691, T. 6.1.2016.
Serpil Kerimoğlu ve diğerleri başvurusu, B. No: 2012/752, T. 17.9.2013.
Sevgi Cantemür başvurusu, B. No: 2014/2871, T. 27.10.2016.
Sevinç Özdemir ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/2871, T. 3.2.2016.
Süleyman Göksel Yerdut başvurusu, B. No: 2014/788, T. 16.11.2017.
Tahir Canan başvurusu, B. No: 2012/969, 18.9.2013.
Turan Uytun ve Kevzer Uytun başvurusu, B. No: 2013/9461, T. 15.12.2015.
Yaprak Yüksek başvurusu, B. No: 2013/9116, T. 14.10.2015.
Yavuz Durmuş ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/6574, T. 16.12.2015.
Z. C. başvurusu, B. No: 2013/3262, T. 11.5.2016.
Zeki Bingöl başvurusu (2), B. No: 2013/6576, T. 18.11.2015.

ULUSLARARASI ÇEVRE HUKUKUNDA HAKÇA KULLANIM İLKESİ

THE PRINCIPLE OF EQUITABLE UTILIZATION IN INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

Merve Nur YILMAZ*

Özet: Devletlerin egemenlik alanlarında bulunan sınıraşanlar da dâhil olmak üzere tüm doğal kaynaklar, bu devletler tarafından sınırsız ve mutlak bir şekilde kullanılamazlar. Uluslararası hukukun genel ilkelerinden olan iyi komşuluk ilkesi, hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi kurallar gereği bir ülkedeki uluslararası nitelikteki kaynakların özellikle de suların hakça ve makul kullanım esasını benimsemiş; sınırlı bir egemenlik doktrini kabul edilmiştir. Şüphesiz bu değişimde dünya nüfusunun artması ve kullanılabilir su kaynaklarının yetersizliği de etkili olmuştur. 2014 yılında yürürlüğe giren 1997 tarihli “Birleşmiş Milletler Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Hukukuna İlişkin Sözleşme” de önemli zarar verme yasağı ve bazı usuli düzenlemelerle birlikte yer verilen hakça kullanım ilkesi; uluslararası su yollarının ayırım yapılmaksızın, kıyıdaş devletlere en az zarar verecek fakat en çok yarar sağlayacak şekilde kullanılmasını olarak ifade edilebilir.

Anahtar Kelimeler: İyi Komşuluk İlkesi, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Uluslararası Suyolu, Sınırlı Egemenlik Doktrini, Hakça Kullanım İlkesi

Abstract: All natural resources include transboundary ones in the area of states' sovereignty cannot be used by these states enormously and absolutely. International natural resources especially watercourses, like the equitable utilization and prohibition of abuse of rights, were indigenised and doctrine of limited sovereignty was set out on general principle of international law. Without a doubt, increment of world's population and inadequacy of available water supplies had influenced of this change. The equitable utilization, which have been paired with the application of appropriate measures to prevent harm to other states sharing an international watercourse and procedural acts in the 1997 United Nations Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses which enters into force in 2014, may be expressed as the equal utilization of international watercourses which damages less but avails more to riparian states.

Keywords: The principles of good-neighborliness, prohibition of abuse of rights, international watercourse, doctrine of limited sovereignty, the equitable utilization.

* Arş. Gör., Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

I. GİRİŞ

Hakça kullanım ilkesi, bir ülkenin diğer ülke veya ülkelerle birlikte kullandığı uluslararası nitelikteki doğal kaynakların kullanımında devletlerin yetkilerinin sınırını oluşturan bir ilkedir. Uluslararası hukukta özellikle sınıraşan suların ulaşım dışı amaçlarla kullanılmasında bir teamül kuralı haline gelen ilke, sulardan havza ülkelerinin bölgesel ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde eşit kullanma hakkı tanır.

Bununla birlikte kullanılabilir su kaynaklarının giderek yok olduğu gerçeği karşısında, su kullanımının sınırlandırılmasında ekonomik ve sosyal gerekliliklerin yanı sıra çevresel gerekliliklerin de dikkate alınması önem arz etmektedir. Ancak devletler sınıraşan suların kullanımına ilişkin uygulamalarını daha çok kendi menfaatlerine göre şekillendirmektedir. Bu durumun önüne geçecek ve çevresel faktörlerin gözetilmesini sağlayacak nitelikte bir uluslararası hukuk kuralı da maalesef bulunmamaktadır. Bununla birlikte 1997 tarihli Birleşmiş Milletler Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Hukukuna İlişkin Sözleşme, taraf olan ülkeler bakımından bu konuda yapılacak olan andlaşmalarda bir çerçeve sözleşme olarak hakça kullanım ilkesinin sınırlarını çizmekte; bu ülkelere yönelik olarak su kaynakları hakkında planlanan projelerin haber verilmesi gibi bazı yükümlülükler öngörmektedir. Taraf olmayan ülkeler bakımından ise sözleşme hükümleri hakça kullanım ilkesinin kapsamının belirlenmesi bakımından yol gösterici olmaktadır. Bu çalışma kapsamında; bir teamül kuralı olarak hakça kullanım ilkesini ve dayanaklarını açıklamaya, ilkenin temelinde yer alan sınırlı egemenlik doktrinini ve bu doktrinin benimsenmesine kadar geçen süreçte geliştirilen diğer doktrinleri ele almaya, sınıraşan suların ulaşım dışı amaçlarla kullanımı kapsamında hakça kullanım ilkesinin 1997 tarihli BM sözleşmesindeki ve Türkiye uygulamalarındaki yerini değerlendirmeye çalışacağız.

II. HAKÇA KULLANIM İLKESİ

A. Kavram

Uluslararası çevre hukukunda hakça kullanım ilkesi, uluslararası nitelik taşıyan (birden çok devlet tarafından kullanılan) bazı doğal kaynakların adil, tarafsız, ölçülü ve makul kullanımı anlamına gelmektedir. İlke, bu kaynakların kullanımına dair tarafların eşit olarak sahip oldu-

ğu temel haklarını ve kaynakların gerçek tahsisini kapsamına almaktadır.¹ Buradaki eşitlik, miktar olarak eşit bir dağılımı değil; hakka sahip olmak bakımından bir denkliliği ifade etmektedir.² Hakça kullanım ilkesi esas olarak uluslararası nitelikteki iç suların kullanımının düzenlenmesi çerçevesinde geliştirilmiş olsa da uluslararası nitelik taşıyan diğer çevresel varlıklar hakkında da uygulanabilir niteliktedir. Kuralın uygulanmasında yani hakça kullanımın ölçüsünün belirlenmesinde ise; “çevresel varlıkların sağlıklı ve dengeli bir şekilde sürdürülebilmesi açısından ihtiyaç duyduğu korunma gereksinimi, yararlanıcı devletlerin toplumsal ve ekonomik gereksinimleri, ilgili devletlerin söz konusu çevresel varlığa bağımlı nüfusları, geçmiş ve hâlihazır kullanımlar, bu kullanımlara alternatif olacak olanakların varlığı” gibi hususların dikkate alınması gerekir.³ Görüldüğü gibi ilke kapsamı duruma göre değişebilen; nisbi⁴ bir hakkı içerir. Hakça kullanım ilkesi, bir yandan devletin egemenlik yetkilerinin bir görünümü olarak ona kaynakların kullanımı hususunda hak bahşederken; bir yandan ilgili diğer devletlerin aynı kaynağa dair kullanım hakkının ihlal edilmemesi yükümlülüğünü getirir. Kaynakların kullanımında ilkenin uygulanmasından hakça kullanım hakkı etkilenen devletlerin rızasının bulunması durumu⁵ haricinde taviz verilemez.

Sınıraşan suların⁶ kullanımı hakkında tüm kıyıdaş devletlerin aynı

¹ Julie Gjörtz Howden, “ Utilization of International Watercourses: Aspect of the Applicable International Law and Practice in the Tigris- Euphrates Watercourse”, The University of Bergen, Norway 2012 (Master Thesis), s. 31.

² Bu yönde bkz. Kenan Dülger, “Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanılan Uluslararası Suyollarının Hakça Ve Makul Kullanımı ve Türkiye’ nin Sınır Aşan Suları», TAAD, Sayı 23, 2015, s. 33.

³ Ahmet M. Güneş, Çevre Hukuku, XII Levha Yayıncılık, 2015, s. 373.

⁴ Münevver Aktaş Acabey, Sınıraşan Sular Hukuki Rejim Dicle-Fırat ve Türkiye’ nin Diğer Sınıraşan Suları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 179.

⁵ Komşu devlet ülkesindeki bir faaliyetin zararlı sonuçlarına katlanmayı milletlerarası andlaşma ya da tek taraflı bir bildiri ile açıklayan devlet; bu iradesiyle eylemin devletler hukukuna uygunluğunu kabul etmiş sayılacağından sorumluluk ilişkisi doğmaz. Açıklamalar ve “zarara rıza gösteren hak iddia edemez” (volenti non fit iniuria) ilkesi için bkz. Enver Bozkurt, M. Akif Kütükçü ve Yasin Poyraz, Devletler Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2004, s. 283-284.

⁶ Birden fazla ülkeden geçen ya da ülkeler arasında sınır teşkil eden sular, sınıraşan su olarak uluslararası hukuka tabidir. Uluslararası niteliğe haiz olan bu suların ulusal kolları ve aynı bölgede yer alıp bu sularla bütünlük oluşturan göl, kanal gibi sulara uygulanan rejimin de ana akarsu rejimi ile aynı olduğuna dair bkz. Selcen Erdal, “Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanılması Hukukuna İlişkin Sözleşme” Uygulamasında “Danışma Yöntemi”, GÜHFD, Cilt XX, Sayı 3, 2016, s. 192-193; Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, 9. Bası, Turhan

nitelikte bir hakka sahip olarak, sudan ihtiyaçları kadar ancak kıyıdaşlara en az zarar verecek ve en çok yarar sağlayacak⁷ şekilde kullanımı ifade eden bir ilke olan hakça kullanım, temel birtakım unsurları bünyesinde barındırmaktadır. Bunlar; suyolunun kullanımında hakların eşitliği, hakların eşitliğinin suların eşit taksimi anlamına gelmemesi, hakça ve makul kullanımı yani faydacı bir anlayışı ifade etmesi, kıyıdaşlar güncel su ihtiyaçlarını karşılayamıyorken bir kıyıdaşın gelecekteki ihtiyaçları için su tutmaması şeklinde ifade edilebilir.⁸ Dolayısıyla hakça kullanım ilkesi, “*farklı menfaatler arasında denge sağlamanın önemli bir aracıdır*”.⁹

B. Uluslararası Hukukta Bir Teamül Kuralı Olarak Hakça Kullanım İlkesi

Uluslararası hukukta hakça ilkeler, uluslararası teamül hukuku kurallarıyla devletlere tanınacak olan hakların ve bu çerçevede getirilecek yükümlülüklerin temelinde yer almalıdır. Olaya uygulanacak bir andlaşma hükmü veya teamül kuralı bulunmadığı takdirde¹⁰ hâkim tarafından uyuşmazlığın çözümünde uygulanan hakça ilkeler, hukuksal adaleti sağlarlar. Bu yönüyle hukuk dışı adaleti sağlayan ve ancak tarafların rızalarının varlığı halinde uygulama alanı bulan hak ve nisfetten¹¹ ayrılırlar.¹² Hakça ilkelerin uluslararası toplumda yay-

Kitabevi, Ankara 2010, s. 247.

- ⁷ Lipper’in hakça kullanım tanımı için bkz. Aktaş Acabey, s. 143.
- ⁸ Bu unsurlar için bkz. Cem Sar, Uluslararası Nehirlerden Endüstriyel ve Tarımsal Amaçlarla Faydalanma Hakkı, Ankara, 1970, s. 297-304; Aktaran; Çağatay Akça, Sınırtaş Sularla İlgili Uluslararası Hukuki Metinlerin Değerlendirilmesi, T.C. Orman ve Su İşleri Bakanlığı Uzmanlık Tezi, Ankara 2014, s. 43.
- ⁹ Wilfried Erbguth/Sabine Schlacke, Umweltrecht, München 2005, § 8, N. 12. Aktaran; Ahmet M. Güneş, “Uluslararası Çevre Hukuku Üzerine Bir İnceleme”, *İÜHFİM*, Cilt LXX, Sayı 1, 2012, s. 102.
- ¹⁰ Bu yönde hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukukun asli kaynakları arasında hiyerarşik olarak son sırada yer aldığına dair bkz. Yücel Acer ve İbrahim Kaya, Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 48. Cilt, Usak Yayınları, Ankara 2010, s. 39; Bozkurt, Kütükçü ve Poyraz, s. 79.
- ¹¹ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’ nde hak ve nisfete, 38. maddenin birinci fıkrasında uluslararası hukukunun asli kaynaklarına yer verilmiş olmasının; tarafların mutabık kalması halinde Uluslararası Adalet Divanı’nın hakça ve eşitçe karar verme yetkisini zedelemeyeceği belirtilerek bir yardımcı kaynak olarak yer verilmiştir (m. 38/2). UAD Statüsü için bkz. http://www.uhdigim.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm_02.pdf, E.T. 14.08.2017.
- ¹² Yusuf Aksar, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 84; Öğretide hakça ilkeleri hakkaniyetle eş tutan görüşler de bulunmak-

gın kullanım ve diğer şartların sağlanmasıyla birlikte bir uluslararası teamül hukuku kuralına dönüşmesi¹³ ve uluslararası hukukun asli kaynakları arasında daha öncelikli bir konuma geçmesi söz konusu olabilir. Doğal kaynakların kullanımı hakkında hakkaniyeti esas alan bir sınır oluşturan hakça kullanım ilkesinin de bu noktada uluslararası çevre hukukunda bir teamül kuralı teşkil edip etmediğini ele almak gerekir. Bilindiği üzere, teamül kuralının oluşabilmesi için biri maddi unsur (*state practice*), diğeri ise manevi unsur (*opinio juris sive necessitatis*) olan iki temel şartın sağlanması gerekir. Maddi unsur olarak devlet uygulamaları, devletlerin, uluslararası örgütlerin ve hatta bireylerin eylem ve uygulamalarının etkin olduğu bir kavramı,¹⁴ manevi unsur ise maddi unsuru oluşturan eylemlerin, devletler hukuku kurallarının bir gereği olarak ve aksine hareketin sorumluluk doğuracağından hareketle gerçekleştirilmesini¹⁵ ifade eder.

Sınıraşan suların ulaşım dışı amaçlarla kullanımına ilişkin olarak, hakça kullanım esası benimsenene kadar farklı devlet uygulamaları gelişmiştir. Nehrin kıyıdaşlar arasında eşit paylaşılması, nehir sularının kararlaştırılan oran dâhilinde kullanma veya kararlaştırılan oran dâhilinde kullanım yerine belirli bir zaman aralığı ya da mevsim zamanları seçilerek paylaşımın belirlenmesi gibi.¹⁶ İlerleyen süreçte hakça kullanım ilkesi, sınıraşan suların ulaşım dışı amaçlarla kullanımına ilişkin andlaşmalarda ve bu noktada çıkan uyuşmazlıkların çözümünde temel alınmaya başlanmıştır. İlk olarak ABD ile Meksika Rio Grande Nehri uyuşmazlığında bir hukuk kuralı olarak değil ancak pratik bir

tadır. Bu görüşler hakkında bkz. Pazarcı, s. 115. Hakça ilkeleri hakkaniyet ile eş tutan görüşler, hakça ilkeleri; pozitif hukukun dışındaki unsurların hesaba katılması olarak görmektedirler. Acer ve Kaya, s. 40.

¹³ Oluşum yöntemleri birbirinden farklı olduğundan hakça ilkeler ile yapılageliş kurallarının birbirinden ayrı tutulması gerekir. Acer ve Kaya, s. 39-40. Yine de bizce uluslararası nitelikli bazı hukuki meselelerin çözümünde bu ilkelerden hareketle somut olaya uygun düşecek uygulamalar geliştirilebilir; bu uygulamalar yaygın bir hale gelerek teamül hukuku kuralı haline gelebilir. Nitekim sınıraşan suların ulaşım dışı amaçlarla kullanımı konusunda; hakça ilkelerden biri olarak kabul edilebilecek olan hakça kullanım ilkesini bu kapsamda düşünmek gerekir. Daha önce bahsedildiği üzere teamül hukuku kurallarının temelinde hakça ilkeler yer almalıdır.

¹⁴ Acer ve Kaya, s. 32; Aksar, s. 66; Bozkurt, Kütükçü ve Poyraz, s. 75-76; Pazarcı, s. 104.

¹⁵ Acer ve Kaya, s. 34; Aksar, s. 74; Bozkurt, Kütükçü ve Poyraz, s. 76-77. Pazarcı, s. 106.

¹⁶ Dülger, s. 30.

çözüm yolu olarak, hakça kullanım ilkesi gündeme gelmiştir.¹⁷ Uyuşmazlık genel olarak “suların eşit tahsisi” çerçevesinde giderilmiştir.¹⁸ Benzer şekilde, Hindistan- Nepal arasında Mahakali Nehri dolayısıyla çıkan uyuşmazlığın çözümünde de, “ *tarafların su kullanımlarının -niceliksel olmayan- eşitliğinden*” bahsedilmiştir.¹⁹ Uygulamada bir “ *hukuk kuralı*” olarak hakça kullanım ilkesine ise ilk kez, 1997 tarihli Gabcikovo- Nagymaros Projesi Davasında yer verilmiştir.^{20,21} Uyuşmazlık, Macaristan ve Çekoslovakya devletlerinin Tuna Nehri üzerinde baraj inşası projesinden Macaristan’ ın, projenin topraklarına zarar verdiği ve Budapeşte’ nin sulama arzını azaltacağı gerekçesiyle çekilmesi nedeniyle ortaya çıkmıştır.²² Uluslararası Adalet Divanı, Macaristan’ ın “ *nehrin hakça ve makul paylaşım hakkından*” değil; ortak projeden el çektiğini belirterek tarafların hakça kullanım haklarına vurgu yapmıştır.²³

Hakça kullanım ilkesine sınıraşan doğal kaynakların komşu devletlerce kullanımına ilişkin birçok uluslararası andlaşmada da yer verilmiştir. Özellikle ilkenin en yaygın kullanım alanına sahip olduğu sınıraşan sularla ilgili olarak, 1997 tarihli Birleşmiş Milletler Uluslararası Suların Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanımı Hukukuna İlişkin Sözleşme de ilkeye geniş bir şekilde yer verilmiştir. Hakça ve makul kullanım ölçüsünün belirlenmesine ilişkin bu sözleşmenin yanı sıra; Uluslararası Hukuk Derneği (*International Law Association*) ’ nin 1956 yılında yayınladığı Dobrovnik kararları²⁴ ve bu kararlarını tekrarladığı 1958 New York, 1964 Tokyo ve 1966 Helsinki²⁵ toplantıları, Uluslararası

¹⁷ Akça, s. 43.

¹⁸ Howden, s. 28.

¹⁹ Howden, s. 28.

²⁰ Güneş, Çevre Hukuku, s. 372; Howden, s. 29.

²¹ International Court Of Justice, Case Concerning The Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/ Slovakia), 25.09.1997.

²² Karar için bkz. Mesut Hakkı Çaşın, Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları II, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 929.

²³ Howden, s. 29.

²⁴ 1997 tarihli sözleşme içinde yer alan maddelerin ruhunun Uluslararası Hukuk Derneği’nin 1956 yılında yayınladığı Dobrovnik kararları ile benzerlik gösterdiğine dair bkz. Seyfi Kılıç, “Uluslararası Suyollarının Ulaşım-Dışı Kullanımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve 2012 Değerlendirmesi”, *Ortadoğu Analiz*, Cilt 5, Sayı 49, 2013, s. 115.

²⁵ Hakça kullanımın uluslararası nehirlerin kullanımına dair 1966 tarihli Helsinki Kurallarıyla da benimsenmesiyle birlikte uluslararası su kaynakları hukukunun, hakça kullanım doktrini çerçevesinde geliştiğine dair bkz, Charles Bourne, “International Law Commission’s Draft Articles on the Law of International Water-

Hukuk Enstitüsü'nün aldığı Salzburg ve Seul Kuralları (1961 ve 1986) bulunmaktadır. Bunun yanı sıra 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (*United Nations Convention on the Law of the Sea*)'nin başlangıç kısmında; deniz ve okyanusların barışçıl kullanımını ve bunların kaynaklarının hakça ve etkin kullanımını sağlamak sözleşmenin kurulmasının nedenlerinden biri olarak ifade edilmiştir.²⁶ Ayrıca BM Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi (*United Nations Convention on Biological Diversity*) 'nde de; biyolojik çeşitliliğin korunması, bu çeşitliliğin unsurlarının sürdürülebilir kullanımı, genetik kaynaklar ve teknolojiler üzerinde sahip olunan bütün hakları dikkate almak kaydıyla, bu kaynaklara gereğince erişimin ve ilgili teknolojilerin gereğince transferinin sağlanması ve uygun finansmanın tedariki de dâhil olmak üzere genetik kaynakların kullanımından doğan yararların adil ve hakkaniyete uygun paylaşımı amaç olarak belirlenmiştir.²⁷ Yine BM- AEK Sınırtaşan Su Yolları ve Uluslararası Göllerin Korunması ve Kullanılması Sözleşmesi (*UN-ECE Convention on Protection and Use of Transboundary Waters and International Lakes*) (*Helsinki Sözleşmesi*) 'nde de suların ekolojik olarak rasyonel yönetiminin sağlanmasına, sınırtaşan karakterleri de dikkate alınarak hakça ve makul kullanılmasına ve su kaynakları ile bunların ekosistemlerinin korunmasına yer verilmiştir.²⁸

Görüldüğü üzere hakça kullanım ilkesi, uluslararası çevre hukukunda ve çevre hukukunun ilgilendiği sınırtaşan doğal kaynaklar hakkında sürekli bir uygulamaya sahiptir.²⁹ İlke opinio juris bakımından

courses: Principles and Planned Measures', *Colorado Journal of International Law and Policy*, Sayı 3, 1992, p. 82; Aktaran; Mete Erdem, "The Tigris-Euphrates Rivers Controversy And The Role Of International Law", *Perceptions*, Volume VIII, Mart- Mayıs 2003, s. 8.

²⁶ Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin başlangıç kısmı için bkz. http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf, (E. T: 02.09.2017).

²⁷ Sözleşmenin amaçlar başlıklı 1. maddesi için bkz. 27 Aralık 1996 tarih 22860 sayılı Resmi Gazete.

²⁸ BM- AEK Sınırtaşan Su Yolları ve Uluslararası Göllerin Korunması ve Kullanılması Sözleşmesi (Helsinki 1992), (m. 2/2, b ve c). Sözleşme metni için bkz. <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/pdf/watercon.pdf>, (E. T: 02.09.2017).

²⁹ İlkenin devlet uygulamalarıyla geniş bir biçimde desteklendiğine ve pek çok ulusal-uluslararası mahkeme kararlarında benimsendiğine dair bkz. Adele J. Kirschner and Katrin Tiroch, "The Waters of Euphrates and Tigris: An International Law Perspective", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 16, 2012, s. 355. Bu doğrultuda uluslararası su hukukunda ilkenin kodifiye edilmeden

da -UAD' nın son kararlarında opinio juris'e maddi unsur temelinde ulaşmaya çalıştığı da göz önüne alındığında³⁰ kanaatimizce uluslararası hukukta uyulması zorunlu bir hukuk kuralı olarak görülmektedir.³¹ Nitekim UAD'de Gabcikovo-Nagymaros davasına ilişkin kararında³² modern uluslararası hukukun gelişim sürecinde hakça kullanım ilkesinin güçlendiğini vurgulamıştır.³³ Ancak öğretilerde, ilkenin teamül kuralı olmadığını ve bu alanda henüz bağlayıcı ve kapsamlı uluslararası kuralların oluşmadığı yönünde görüşler de bulunmaktadır.³⁴

İlkenin uluslararası teamül hukuku kuralı haline gelip gelmemesinin dışında hukuki niteliğinin de öğretilerde tartışmalı olduğunu ifade etmek gerekir.³⁵ Bir görüş, ilkenin hakkaniyet ve nispet gereği kabul edilen bir kural olduğunu;³⁶ bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise gerçek bir hukuk ilkesi olduğunu savunmaktadır.³⁷

-
- önce de devlet uygulamalarına ve içtihatlarla dayalı bir teamül hukuku kuralı niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. Howden, s. 28; Mesut Hakkı Çaşın, *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları I*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 882.
- 30 Uluslararası Adalat Divanı son kararlarında, manevi unsuru ayrıca belirlemek yerine manevi unsura, maddi unsur temelinde ulaşmaya başlamıştır. Açıklama için bkz. Aksar, s. 75. Örneğin divan, Geçiş Hakkı Davası'na ilişkin kararında (Rights of Passage over Indian Territory Case, 12/04/1960) Portekiz sömürgesi olan uyumsuzluk konusu edilen topraklar arasında yüzyıldan uzun bir zaman özel kişilerin, sivil memurların ve eşyaların serbest geçiş hakkı olduğunu belirtmiş ve devletler arasındaki bu uygulamayı serbest geçiş hakkının taraflar arasında bir hukuk kuralı olarak kabul edilmesine ilişkin olarak tatmin edici bulmuştur. Divan kararının ilgili bölümleri için bkz. David J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, Sixth Edition, Sweet and Maxwell, London 2004, s. 259.
- 31 Aynı yönde bkz. Aktaş Acabey, s. 168; Güneş, "Uluslararası Çevre Hukuku Üzerine Bir İnceleme", s. 102; Çaşın, I, s. 882.
- 32 International Court Of Justice, Case Concerning The Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), 25/09/19 97.
- 33 Aktaş Acabey, s. 206; Howden, s. 3.
- 34 Açıklama için bkz; Aktaş Acabey, s. 167. Bu yönde ayrıca bkz. Atilla Sandıklı, "Sınır Aşan Sular ve Türkiye", Türk Asya Stratejik Araştırmalar Merkezi, 2004, http://www.tasam.org/tr-TR/Icerik/160/sinir_asan_sular_ve_, (E. T: 25.08.2017); Hüseyin Pazarcı, "Çevre Sorunlarının Uluslararası Boyutları ve Uluslararası Hukuk", Prof. Dr. Fehmi Yavuz'a Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1983, s. 227-228.
- 35 Görüşleri aktaran; Aktaş Acabey, s. 172.
- 36 Bu görüş çerçevesinde kavramsal olarak da hakça ve makul kullanım ilkesi yerine hakkaniyet ve nispete uygun ve makul kullanımdan bahsedilmesinin daha isabetli olacağı ifade edilmektedir. Açıklamalar için bkz. Dülger, s. 32.
- 37 Bu doğrultuda bkz. Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 91-92.

III. SINIRAŞAN SULARIN ULAŞIM DIŞI AMAÇLARLA HAKÇA KULLANIMI

A. Doktrinler

Sınıraşan suların kullanma esaslarının belirlenmesi açısından birbirinden farklı doktrinler geliştirilmiştir. Hakça kullanım ilkesi bu doktrinlerden sınırlı egemenlik doktrininin savunduğu bir argüman olarak ortaya çıkmıştır. Ancak gelişim seyrini ve ilkenin dayandığı esasları daha iyi ortaya koyabilmek adına diğer doktrinleri de kısaca açıklamak gerekir.

1. Mutlak Ülke Egemenliği (Harmon) Doktrini

Doktrin, yukarı kıyıdaş devletin suyun kendilerince kullanımından aşağı kıyıdaş devletin etkilenip etkilenmediğini göz önünde bulundurmaksızın, akarsuların sularını dilediği gibi kullanabilmesi veya saptırabilmesi olarak tanımlanmaktadır.³⁸ ABD' nin 1895' te Rio Grande Nehri için ilk savunduğu argümanı oluşturan bu doktrin ABD tarafından Kanada ile ABD arasında ortaya çıkan Columbia Nehri uyuşmazlığında kesin olarak terk edilmiştir.³⁹

2. Doğal Bütünlük Doktrini

Harmon doktrininin aksine aşağı kıyıdaş devletlerin su kullanım haklarını koruyan bir ilke olarak doğal bütünlük görüşü, nehirlerin doğal durumlarında herhangi bir değişiklik yapılmadan kullanılmasını savunur.⁴⁰ Bu görüşe göre, yukarı kıyıdaş devletin aşağı kıyıdaş devletlerin haklarına zarar verebilecek nitelikteki su kullanımlarına ilişkin olarak aşağı kıyıdaş devletin bu kullanımlara rıza göstermesi

³⁸ Kapan, İsmail, Türkiye İle Suriye ve Irak Arasında Su Anlaşmazlığı Ve Türkiye'nin Çözüm İçin Sunduğu "Üç Aşamalı Planın Su Hukuku Çerçevesinde İncelenmesi (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2006, s. 45. Aktaran; Akça, s. 28; Pazarcı, Uluslararası Hukuk, s. 246.

³⁹ Cem Sar, Uluslararası Nehirlerden Endüstriyel ve Tarımsal Amaçlarla Faydalanma Hakkı, Ankara, 1970, s. 124-125. Aktaran; Akça, s. 31. Columbia Nehri'nin iki ülke arasındaki kullanımına ilişkin 1961 tarihli anlaşma (Columbia River Treaty) için bkz. Kemal Berk Orhon, Sınıraşan Yerüstü Suların Yönetiminde Dünya ve Türkiye Uygulamaları, T.C. Orman ve Su İşleri Bakanlığı Uzmanlık Tezi, Ankara 2015, s. 76.

⁴⁰ Dülger, s. 31.

şartı aranmalıdır.⁴¹ Nil Nehri barajı inşaatında Mısır, İngiliz Hükümetine; 1957 Lanoux Gölü Davası'nda İspanya, Fransa'ya karşı; günümüzde ise Suriye, Dicle- Fırat Nehirleri için Türkiye'ye karşı bu görüşü savunmaktadır.⁴²

3. Ön Kullanımın Üstünlüğü Doktrini

Ön kullanımın üstünlüğü doktrini, uluslararası bir suyu daha önce kullanmaya başlayan kıyıdaşın, mevcut kullanımları üzerinde diğer kıyıdaşların etki edemeyeceği dokunulmaz bir hakka sahip olduğunu savunmaktadır.⁴³ Coğrafik olarak suların akış yönünün aşağı kıyıdaş devletlere doğru olduğu düşünüldüğünde doktrin, aşağı kıyıdaş devletlerin geçmişteki su kullanım haklarını korumaktadır.⁴⁴ Kazanılmış hakların korunması prensibinin uluslararası hukukta bir yansıması olarak ortaya çıkan doktrin; uluslararası hukukta bir kazanılmış haktan bahsedilebilmesi için söz konusu hakkın andlaşmalara veya halefiyet ilkesine dayanması gerekliliğinden hareketle öğretilde eleştirilmektedir.^{45, 46} Meksika, Rio Grande Nehri uyuşmazlığında; Irak ise Fırat- Dicle Nehirleri uyuşmazlığında görüşlerini bu doktrine dayandırmıştır.⁴⁷

4. Sınırlı Egemenlik Doktrini

Bir kıyıdaş devletin sınırları dâhilinde kalan nehirlerin kullanımında serbest olduğunu ancak bu serbestinin diğer kıyıdaş devletlere önemli zarar vermemek gibi bir sınırının da olduğunu ifade eden gö-

⁴¹ Yüksel İnan, "Sınır Aşan Suların Hukuksal Boyutları (Fırat ve Dicle)", *AÜSBFD*, Cilt 4, Sayı 1-2, 1994, s. 249.

⁴² Sözü edilen uyuşmazlıklara ilişkin olarak bkz. Akça, s. 35.

⁴³ Akça, s. 38-39.

⁴⁴ Teknolojinin geldiği seviyede yukarı kıyıdaş devletler, suyu kendi sınırları içerisinde tutma imkânına sahip olduğundan, doktrin artık yukarı kıyıdaş devletlerin su kullanım haklarına da hizmet edebilecektir. Açıklama için bkz. Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı*, 3. Baskı, Usak Yayınları, Ankara 2013, s. 106.

⁴⁵ Akça, s. 39.

⁴⁶ Uluslararası hukuk bu noktada aşağı kıyıdaş devletlerin kazanılmış haklarını kabul etmemektedir. Açıklama için bkz. İnan, s. 250.

⁴⁷ Sözü edilen uyuşmazlıklara ilişkin olarak Akça, s. 39.

rüştür.⁴⁸ Doktrin, hakça kullanım ilkesinin temelinde yer alır.⁴⁹ Hakça kullanım ilkesi, yukarı kıyıdaş devletin suyu öncelikli kullanımını; aşağı kıyıdaş devletin ise yukarı kıyıdaş devlete karşı kullanabileceği veto yetkisini ortadan kaldırmıştır.⁵⁰ Böylelikle mutlak egemenlik veya ön kullanım doktrini ile doğal bütünlük doktrini arasında bir orta yol bulunmuş olmaktadır. Hakkaniyet ilkesi birçok sınıraşan su uyuşmazlığında uygulama alanı bulmuştur.⁵¹

5. Kıyıdaş Devletler Topluluğu (Ortak Yönetim) Doktrini

Ülkelerin egemenlik hakları ile çatışan bu görüş, uluslararası su-yollarının politik sınırlardan bağımsız bir şekilde birlikte veya yetki verilen bir heyet aracılığıyla yönetilmesini savunmaktadır.⁵²

B. Sınıraşan Suların Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanımında Hakça Kullanım İlkesinin Hukuki Dayanağı

Bazı genel nitelikteki ilkelerin sınıraşan suların kullanımında uygulanıp uygulanamayacağı ve ulusal nitelikli birtakım kuralların bu kapsama dâhil edilip edilmeyeceği uluslararası hukukta tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmaların bir sonucu olarak; komşuluk hukuku, hakkın kötüye kullanılması yasağı ve ilgili devletler lehine uluslararası irtifak hakkı kurulması gibi görüşler, sınıraşan suların kullanımında hakça kullanım ilkesinin kabulüne gerekçe olarak gösterilmiştir.

Hakça kullanım ilkesinin temelini komşuluk hukukuna dayandıran görüşe göre; drenaj havzası devletleri komşu devlet olarak kabul edilmeli ve ulusal komşuluk hukukunda mülkiyet hakkına getirilen bazı sınırlamalar uluslararası sular için de getirilebilmelidir.⁵³ Bizim de

⁴⁸ Eray Acar, "Avrupa Birliği'nin GAP ve Su Sorununa Yaklaşımı Çerçevesinde Fırat ve Dicle Nehirlerinin Yönetimi Üzerine Tartışmalar" *Stratejik Araştırmalar Enstitüsü Güvenlik Stratejileri Dergisi*, Sayı 4, 2006, s. 76; Aktaran; Dülger, s. 31.

⁴⁹ Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı*, 3. Baskı, s. 107.

⁵⁰ Vefa Toklu, *Su Sorunu Uluslararası Hukuk ve Türkiye*, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s. 30.

⁵¹ Colorado ve Tijuana uyuşmazlığı, Rio Grande uyuşmazlığı, Columbia Nehri uyuşmazlığı, Indus nehri uyuşmazlığı, Nil nehri uyuşmazlığı gibi; Açıklama ve örnekler için bkz. İnan, s. 250.

⁵² Akça, s. 47.

⁵³ Komşuluk hukukuna ilişkin olarak öğretilen Stoll ve Krakau tarafından savunulan bu görüşler için bkz. Aktaş Acabey, s.146-147.

katıldığımız karşı görüşe göre ise; ulusal hukuktaki komşuluk hukuku ilişkilerinin devletlerarasındaki ilişkide uygulama olanağı bulunmamaktadır zira devlet malik değil egemendir. Bu noktada komşuluk hukukundan aktarılabilecek kural ancak komşuların birbirlerine karşı “aşırı” nitelikteki davranışlardan kaçınma yükümlülüğü olabilir.⁵⁴ Nitekim iyi komşuluk ilkesi, uluslararası hukuka özgü genel ilkelerden biridir ve sınıraşan suların kullanımında devletlerin diğer havza ülkelerine verebilecekleri esaslı zararları önleme noktasında uygun tedbirleri alma yükümlülüğünün dayanak noktasını oluşturur.⁵⁵

Hakça kullanım ilkesini hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandıran görüşe göre ilkeye aykırılık oluşturan davranışlar ise, devletlerin kullanım haklarının kusurlu bir şekilde diğer devletlere zarar verme kastıyla kullanılmasıdır.⁵⁶ Nitekim ileride tekrar değinileceği üzere hakça kullanımın ölçüsü belirlenirken dikkate alınan faktörlerden birisi de “devletlerin ihtiyaçları”dır.

Öğretide hakça kullanım ilkesinin temelinde devletler yararına kurulan uluslararası irtifak hakkının bulunduğunu savunan bir görüş de bulunmaktadır.⁵⁷ Ancak uluslararası bir irtifak ancak andlaşmalarla kurulabilir. Devletler bu çerçevede ulusal hukukta olduğu gibi uluslararası suların kullanımı konusunda birtakım olumlu veya olumsuz edimler yüklenirler. Bu edimler de hakça kullanımın çerçevesini çizer. Ancak uluslararası hukukta egemenlik hakkı üzerindeki sınırlamalar, bir irtifak hakkı olarak değil; egemenlik hakkı üzerinde normal sınırlamalar olarak değerlendirilebileceğinden⁵⁸ kanaatimizce görüşün savunulabilirliği bulunmamaktadır.

⁵⁴ Uluslararası hukukta komşuluk hukuku kurallarının sınıraşan suların kullanımı ile ilgili olarak uygulanabilme kabiliyetinin düşük olduğuna ilişkin; öğretide Berber ve Sar tarafından savunulan görüşler için bkz. Aktaş Acabey, s. 147-148.

⁵⁵ Sur, s. 88.

⁵⁶ Suyun kullanım gerekçeleri o kullanımın hukuka uygunluğu belirlenirken dikkate alınacak faktörlerdendir. Aktaş Acabey, s. 150. “İyiniyet” ve “Hiçbir devlet bilerek ülkesini başkasının haklarına zarar verecek eylemlerde kullanılmasına izin veremez” ilkeleri için bkz. Dülger, s. 34.

⁵⁷ İlgili devletler yararına uluslararası irtifak hakkında aktarılan görüşler için bkz. Aktaş Acabey, s. 151.

⁵⁸ Zira egemenlik ve mülkiyet farklı kavramlardır. G. Kaeckenbeeck, *International Rivers*, Londra 1968, s. 13. Aktaran Aktaş Acabey, s. 152, dnp 39.

C. 1997 Tarihli Birleşmiş Milletler Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanımı Hukukuna İlişkin Sözleşmede Hakça Kullanım İlkesi

Sınır aşan suların yolcu veya yük taşınması amacıyla kullanımı devletlerin yaptıkları anlaşmalara bağlı olduğundan uluslararası su yollarının kullanımı ile ilgili esas sorun sulama, endüstriyel veya hidroenerji üretimi gibi konularda çıkmaktadır.^{59, 60} Bu noktada sorun teşkil eden kullanımlar; “tüketici veya yoksun bırakıcı nitelikteki faaliyetler” ve “suların niteliğini değiştirici faaliyetler” olmak üzere iki başlık altında toplanabilir.⁶¹ En yaygın örneği tarımsal amaçlarla sulama olan ilk gruptaki faaliyetlerde, kullanılan suyun tamamı veya bir bölümü tekrar akarsuya dönmemektedir. En yaygın örneği endüstriyel faaliyetler olan ikinci gruptaki faaliyetlerde ise kullanılan su, zehirli ve kirletici maddelerle birlikte akarsuya dönmektedir. İşte 17 Ağustos 2014 de 35 ülkenin onaylaması ile yürürlüğe giren 1997 tarihli sözleşme,⁶² uluslararası su yollarının hakça, akılcı ve makul kullanımını düzenleyen 5. maddesi ile ilk gruptaki faaliyetlerin; 5. madde ile birlikte önemli zarar vermeme yükümlülüğünü düzenleyen 7. maddesi ile de⁶³ ikinci gruptaki faaliyetlerin çerçevesini çizmektedir. Yapılan çalışmalarda 276 uluslararası nehrin % 60’ının kullanımına ilişkin herhangi bir iş birliği düzenlemesi bulunmadığı sonucuna ulaşıldığı da göz önüne alındığında sözleşmenin, bir çerçeve sözleşme olarak büyük öneme

⁵⁹ Acer ve Kaya, Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 3. Baskı, s. 105.

⁶⁰ Uluslararası suların ulaşım dışı amaçlarla; balıkçılık ve canlı kaynak avcılığı, tarımsal yararlanma, endüstriyel yararlanma olmak üzere üç farklı biçimde yararlanılmaktadır. Erdal, s. 190; Pazarcı, Uluslararası Hukuk, s. 245.

⁶¹ Sınıflandırma ve açıklamalar için bkz. Pazarcı, “Çevre Sorunları...”, s. 226. Aynı yönde bkz. Acer ve Kaya, Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 3. Baskı, s. 106; Erdal, s. 191.

⁶² Sözleşme (United Nations Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses), 36 ülke tarafından onaylanmıştır. Filistin sözleşmeyi onaylayan (2 Ocak 2015) 36. devlet olmuştur. Uluslararası Hukuk, s. 245.

Sınıflandırma ve açıklamalar için bkz. Pazarcı, “Çevre Sorunları...”, s. 226. Aynı yönde bkz. Acer ve Kaya, Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 3. Baskı, s. 106; Erdal, s. 191.

Sözleşme (United Nations Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses), 36 ülke tarafından onaylanmıştır. Filistin sözleşmeyi onaylayan (2 Ocak 2015) 36. devlet olmuştur. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-12&chapter=27&clang=_en#EndDec, (E. T: 01.09.2017).

⁶³ Pazarcı, “Çevre Sorunları...”, s. 227.

sahip olduğu anlaşılır.^{64, 65} Yine de bu konuda devletlerin izleyecekleri en sağlıklı yol şüphesiz her bir uluslararası su yolu projesi için ilgili devletlerle ayrı andlaşmalar akdetmektir.⁶⁶

Gelinen noktada hakça kullanım ilkesini artık bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak ele almanın mümkün olduğunu daha önce belirtmiştik. 1997 tarihli sözleşmede hakça ve makul kullanım, önemli zarar vermeme ilkesi ve taraf devletlere getirilen bir takım usuli yükümlülükler ile birlikte; ilkenin uluslararası teamül hukuku kuralı olmasına dayanak oluşturan diğer uluslararası sözleşmeler veya kuralara göre daha kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır. Sözleşmenin hakça ve makul kullanım ve katılım başlıklı 5. maddesinde hakça ve makul kullanıma;⁶⁷

“1. Suyolu devletleri kendi ülkelerinde bir uluslararası su yolunu hakça ve makul bir şekilde kullanırlar. Özellikle, bir uluslararası su yolu, su yolu devletleri tarafından ilgili su yolunun menfaatlerini dikkate alarak, su yolunun uygun korunmasıyla bağdaşır şekilde, onun en iyi şekilde ve sürdürülebilir kullanımı ve ondan yararlar elde etmek için kullanır ve geliştirir.

2. Suyolu devletleri bir uluslararası su yolunu hakça ve makul bir şekilde korumaya, geliştirmeye ve kullanmaya katılırlar. Böyle bir katılım işbu sözleşmede öngörüldüğü gibi, hem su yolunu kullanma hakkını ve hem de onun gelişimi ve korunmasında işbirliği ödevini içerir” şeklinde yer verilmiştir. Maddede hakça ve makul kullanım, *“optimal kullanım”* yani uluslararası su kaynaklarının mümkün olduğunca en etkili ve ekonomik olarak akla en yatkın kullanımı,⁶⁸ bir metot⁶⁹ olarak kabul edilmiştir.

⁶⁴ The United Nations World Water Development Report 4, “Managing Water Report under Uncertainty and Risk», s. 32. <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002156/215644e.pdf>, (E. T: 26.11.2016). Bu yönde bkz. Erdal, s. 195.

⁶⁵ Türkiye, sözleşmenin çerçeve niteliğini aşan detayda düzenlemeler içerdiğini oylama sırasında gündeme getirmiş ve tutanaklara geçirmiştir. Akça, s. 81.

⁶⁶ Yaşar Yakış, “Sınırtaşan Suların Hukuki Rejimi”, *Dış Politikası Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, Ankara 1995, <http://www.yasaryakis.com.tr/TR/belge/1-413/bsinirasan-sularin-hukuki-rejimib-idis-politika-dergisi-.html>, (E.T: 30.11.2016).

⁶⁷ Sözleşmenin 5. maddesi için bkz. Aktaş Acabey, s. 180.

⁶⁸ UN Watercourses Convention User’s Guide Fact Sheet Series: Number 4, “Equitable and Reasonable Utilisation”, s.1, <http://www.unwatercoursesconvention.org/documents/UNWC-Fact-Sheet-4-Equitable-and-Reasonable-Utilisation.pdf>, (E. T: 01.12.2016)

⁶⁹ Howden, s. 34; Nitekim uluslararası suları daha rasyonel kullanmak, daha çok su kullanmaya hak kazanmak anlamına da gelmemektedir. Yakış, “Sınırtaşan Suların Hukuki Rejimi”.

Ayrıca iş birliği yapma yükümlülüğü, yukarı kıyıdaş devlet için bir hak ve yükümlülük; aşağı kıyıdaş devlet açısından ise bir hak olarak düzenlenmiştir.

Böylece 1992 tarihli BM- AEK Sınırtaşın Su Yolları ve Uluslararası Göllerin Korunması ve Kullanılması Sözleşmesinde hakça ve makul kullanım ilkesinin sınırı olarak “sınırtaşın etki” kavramı çerçevesinde işaret edilen çevresel faktörlere,⁷⁰ 5. maddede “suyolunun uygun korunmasıyla bağdaşır şekilde” ve “sürdürülebilir kullanım” ifadeleri kapsamında işaret edilmiş olmaktadır. Dolayısıyla sözleşmeye göre kullanımın hakça ve makul olması yeterli olmamakta; su kaynaklarının doğal çevresine (ekosistem) karşı da makul kullanım teşkil etmesi gerekmektedir.⁷¹

1997 tarihli sözleşmede yer verilen hakça kullanım ilkesinin en güçlü dayanağını Uluslararası Hukuk Derneği tarafından 1966 yılında kabul edilen Helsinki Kuralları oluşturur.⁷² Özellikle hakça kullanımı belirleyici bazı faktörlere yer veren sözleşmenin 6. maddesinde Helsinki Kuralları olduğu gibi yansıtılmıştır.⁷³ Bu faktörler,

“ a. Coğrafi, hidrografik, iklimsel, ekolojik, ve diğer doğal tabiatlı faktörler,

b. İlgili su yolu devletlerinin sosyal ve ekonomik ihtiyaçları,

c. Her bir su yolu devletindeki su yoluna bağımlı nüfus,

ç. Bir su yolu devletindeki kullanım veya kullanımların diğer su yolu devletleri üzerindeki etkileri,

d. Suyolunun mevcut ve potansiyel kullanımları,

e. Suyolundaki su kaynaklarının kullanımının muhafazası, korunması, geliştirilmesi ve ekonomisi ile buna bağlı alınan tedbirlerin mahiyetleri,

f. Özellikle, planlanan veya mevcut kullanımlara ilişkin benzer değerlerdeki alternatiflerin mevcudiyetidir.”

⁷⁰ Akça, s. 62.

⁷¹ Howden, s. 35.

⁷² Yakış, “Sınırtaşın Suların Hukuki Rejimi”. Ancak maddede Helsinki Kurallarında yer alan “her havza devletinin su yoluna yaptıkları su katkısı” faktörüne yer verilmiştir.

⁷³ Sözleşmenin 6. maddesi için bkz. Akça, s. 88; Pazarcı, Uluslararası Hukuk, s. 247-248.

Maddenin 3. fıkrasına göre ise; hakça kullanım, belirtilen faktörlerin tümü dikkate alınarak ve gerektiğinde bazılarına daha çok değer verilerek (kendi içlerinde kıyaslamak suretiyle) tespit edilecektir.⁷⁴ Sayılan faktörler, yol gösterici mahiyette olup sınırlı sayıda değildir.⁷⁵ Bu noktada hakça kullanımın belirlenmesinde, iki taraflı sözleşme hükümleri ve mahkeme içtihatları da bir kılavuz oluşturmakta faydalı olabilir.⁷⁶ Dolayısıyla hakça kullanımın belirlenmesinde maddede sayılanlar haricinde pek çok faktör etkili olabilecektir. Hakça kullanımı belirleyen faktörlerin bu şekilde belirsiz olması sakıncalıdır. Zira bu durumda devletler, sadece kendi lehlerine olan faktörleri dikkate alabilir veya bunları istedikleri şekilde yorumlayabilirler. Bu da devletlerce sınıraşan suların kullanımına ilişkin geliştirilen projelerde, çevresel faktörlerin değil daha çok ekonomik ve sosyal faktörlerin dikkate alınmasına yol açabilir.⁷⁷

Sözleşmenin 7. maddesinde önemli zarar vermeme yasağı; “*Suyolu devletleri, ülkelerindeki uluslararası bir suyunu kullanırken, diğer su yolu devletlerinde sebebiyet verilecek önemli zararları önlemek için tüm önlemleri alacaktır*” şeklinde düzenlenmiştir.⁷⁸ İkinci fıkrada ise, böyle bir zararın⁷⁹ meydana gelmesi durumunda taraflar arasında zarara yol açan kullanıma müsaade eden bir andlaşma yoksa zarar veren devletin, zarar gören devletle irtibata geçerek tüm uygun önlemleri alması kuralı düzenlenmiştir. Böylelikle bu alanda devletlerin sorumluluğu açıkça kusur sorumluluğu esasına bağlanmıştır.⁸⁰

Hakça ve makul kullanım ilkesi ile önemli zarar verme yasağının karşılıklı durumları öğretide tartışmalıdır. Bir görüş, iki ilkenin de eşit statüde olması gerektiğini; bir diğer görüş, iki ilkeden birisine üstün-

⁷⁴ Mehmet Dalar, “Asi Nehri’nin Türkiye-Suriye İlişkileri Üzerindeki Etkisi Ve Geleceği”, *Orta Doğu Analiz*, C. 2, S. 15, Mart 2010, s.51. Aktaran; Akça, s. 89.

⁷⁵ Aktaş Acabey, s. 187.

⁷⁶ Howden, s. 31-32.

⁷⁷ Bu gerekçelerle ilkenin, bütün uyumsuzlukları çözmeye aday bir doktrin olamayacağı ifade edilmektedir. Bu doğrultuda bkz. Aktaş Acabey, s. 190; Howden, s. 32.

⁷⁸ Aktaran; Akça, s. 91.

⁷⁹ Önemli zarar, kayda değer zarardan daha ciddi bir zarar olarak düzenlenmiştir. Açıklama için bkz. Yakış, “Sınıraşan Suların Hukuki Rejimi”.

⁸⁰ Devletin, verdiği zararı bilmesi veya bilebilecek durumda olması aranır; sözgeli mi alınacak tedbirlere ilişkin yürürlükteki yasaları uygulamaması, yasaya aykırı eylemleri önlememesi veya bu tür eylemleri gerçekleştirenleri cezalandırmaması gibi. Açıklama için bkz. Yakış, “Sınıraşan Suların Hukuki Rejimi”.

lük tanınması gerektiğini; başka bir görüş ise iki ilkenin özdeş olmasa da hâlihazırda birbirinin ayrılmaz parçası olduğunu savunmaktadır.⁸¹ Bizce de zarar verme yasağı tarafların menfaatlerinin dengelenmesini sağlayan bir kural olarak hakça kullanım ilkesi ile iç içedir. Dolayısıyla zarara yol açan devlet, su kullanımının hakça ve makul olduğunu ispatlayamaması durumunda *veya* gerekli tedbirleri almakta yeterli özeni göstermediği takdirde sorumlu olacaktır.⁸² Durumu bir örnekle açıklar isek;⁸³ kıyıdaş devletlerin birlikte yüz binlerce kişinin yararlanacağı bir hidrolik santral için bir baraj inşa ettiğini; ancak bu barajın, bir kıyıdaş devlette zevk için balık avlayan birkaç yüz kişiyi bu imkândan yoksun kılacak olması nedeniyle önemli bir zarara neden olacağını varsaydığımızda, önemli zarar ortaya çıkmış olsa bile burada kullanımın hakça olduğu kabul edilecektir. Ancak zarar veren devletin, barajın projelendirilmesi, inşası ve işletmesi aşamalarında öteki kıyıdaş devletlere önemli zarar vermemek için gerekli ihtimamı gösterme yükümlülüğü (m. 7/1) bakidir.

Sözleşmenin 8. maddesinde⁸⁴ ise, uluslararası suyunun optimum kullanımı ve korunması amacıyla kıyıdaş devletlerin iş birliği yapmaları gerekliliğinden söz edilmiş,⁸⁵ bununla bağlantılı olarak da 9. maddede⁸⁶ uluslararası suyunun durumu hakkında gerekli bil-

⁸¹ Görüşler için bkz. Aktaş Acabey, s. 207-208; Zararsız kullanım ve eşit kullanım arasındaki ilişki için ayrıca bkz. Erdem, s. 11.

⁸² Aktaş Acabey, s. 211; UN Watercourses Convention User's Guide Fact Sheet Series: Number 4, s.1.

⁸³ Uluslararası Hukuk Komisyonu Yazım Komitesi Başkanı Derek Bowett' in sözleşmenin tasarı çalışmaları yürütülürken verdiği örnek; Aktaran Yakış, "Sınırşan Suların Hukuki Rejimi".

⁸⁴ Sözleşmenin 8. maddesi için bkz. Akça, s. 84, dpn. 299; Aktaş Acabey, s. 227.

⁸⁵ Fransa'nın, topraklarında bulunan Lanoux Gölü üzerinde bazı tesisler inşa etmeye karar vermesi üzerine İspanya ile sularını Lanoux Gölü'nden alıp İspanya topraklarına geçen Carol Nehri nedeniyle çıkan uyuşmazlıkta, Hakem Mahkemesi uluslararası suların kullanımını paylaşmaya dair usuli hak ve yükümlülüklerde, iyi niyet ve akliselim kurallarının uygulanabileceğini ifade etmiştir (16 Kasım 1957). Karar ve açıklamalar için bkz. Ayşe Nur Tütüncü, "Lanoux Gölü Hakem Mahkemesi Kararı: Hukukun Kodlaştırılmasında Örnek Olay Olarak Etkisi ve Kararın Özeti", *İHFM*, Cilt LVI, Sayı 1-4, 1998, s. 303. Devletlerin birbirleriyle danışma ve işbirliği yapma yükümlülüğü, Hakem Mahkemesi'nin Lanoux Gölü kararının yanı sıra Uluslararası Adalet Divanının çeşitli kararlarında da- " Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Uyuşmazlığı», « İngiltere-İzlanda Balıkçılık Uyuşmazlığı", "Malta-Libya- Tunus Kıta Sahaneliği Uyuşmazlığı" benimsenmiştir. Açıklamalar için bkz. İnan, s. 247.

⁸⁶ Sözleşmenin 9. maddesi için bkz. Akça, s. 94-95.

gilerin karşılıklı verilmesi esası⁸⁷ benimsenmiştir. Bu düzenlemelerin özellikle de 9. maddenin gereklerinin yerine getirilmemesi durumunda uluslararası suların hakça ve makul kullanımından bahsetmenin oldukça zorlaşacağını ifade etmek gerekir.⁸⁸ Nitekim uluslararası suyun hakça ve makul kullanımının tespitinde m.5 ile m.9 da öngörülen kurallar "*havza bazında ve bir bütün olarak*" değerlendirilmelidir.⁸⁹

Son olarak sözleşmede uluslararası su yolu ile ilgili bir proje hazırlayan devletin, kıyıdaş devletlere haber verme yükümlülüğüne de yer verildiğini (m.11) ve bu durumun karşı tarafın itirazı halinde çalışmaların yapılamaması durumunda bir ön izin alma mecburiyeti yarattığı⁹⁰ ifade edilmektedir.⁹¹

D. Sınıraşan Suların Hakça Kullanımında Türkiye'nin Durumu

Türkiye' de Dicle- Fırat, Meriç, Çoruh, Asi, Kura-Aras olmak üzere beş adet sınıraşan havza bulunmaktadır. Bunlarla ilgili olarak kıyıdaş devletlerarasında birtakım anlaşmalar imzalanmıştır.⁹²

1946 yılında imzalanan Türkiye ve Irak Arasında Dostluk ve İyi Komşuluk Antlaşmasına⁹³ göre Dicle Nehri ile ilgili olarak ülkemiz; akışı düzenleme, taşmayı önleme, koruma araçlarına dair tasarımlardan Irak hükümetini haberdar etme gibi yükümlülükler altına girmiştir. Fransa ile yapılan 1921; Irak ile yapılan 1926 Ankara Antlaşmaları⁹⁴ ile

⁸⁷ Uluslararası suların yönetiminde temel bir sorun olarak; uluslararası su kaynakları ve özellikle yeraltı suları hakkında tamamlanmış, güvenilir ve istikrarlı verilerin bulunmaması belirtilmiştir. The United Nations World Water Development Report 4, s. 181.

⁸⁸ Akça, s. 94.

⁸⁹ Howden, s. 38-39.

⁹⁰ 11. madde ve açıklama için bkz. Akça, s. 98.

⁹¹ Bazı faaliyetler uluslararası hukukta yasaklanmamış da olsa birtakım zararlar ortaya çıkarma potansiyeline sahip olabileceğinden uluslararası uygulamada ve yapılan anlaşmalarda bu faaliyetlerin gerçekleştirilmesi nedeniyle ortaya çıkabilecek zararların önlenmesi için birtakım yöntemler geliştirilmiştir; 11. madde de sözleşmenin buna hizmet eden hükümlerinden birisidir. Açıklamalar ve danışma yöntemi için bkz. Erdal, s. 199-200.

⁹² Türkiye'nin bu çerçevede akdettiği ve bu başlık altında yer verilen antlaşmalar için bkz. Sur, s. 384-387.

⁹³ Antlaşmanın onanmasına ilişkin kanun 12.09.1947 tarih; 6705 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁹⁴ Antlaşmanın uygun bulunma kanunu 18.07.1926 tarih; 424 sayılı Resmi Ceridede yayınlanmıştır.

de Halep'e Fırat Nehri'nden su bırakılmış,⁹⁵ 1939 tarihli Hatay Hududunun Tespiti hakkında Sözleşme ile de iki taraf halkının Karasu, Afrin ve Asi nehirlerinden aynı hakla istifade etmesi kararlaştırılmıştır. Meriç, Tunca, Arda Nehirleri hakkında Yunanistan ve Bulgaristan ile yapılan antlaşmalarda, birbirlerine zarar vermemek kaydıyla tarafların su kullanım hakkı olduğu kabul edilmiştir. Son olarak da Uluslararası Kalkınma Ajansı ile yapılan kredi anlaşması (1966) gereği Güneydoğu Anadolu Projesi'nin (GAP) devreye girmesiyle birlikte, 1987'de Ek İş Birliği Protokolü yapılmış ve Fırat Nehrinden saniyede 500 metreküp suyun Suriye'ye bırakılması kararlaştırılmıştır.⁹⁶ Türkiye'nin sınıraşan suların kullanımına dair yaptığı anlaşmaların, suyun kullanımı bakımından karşılaşılabilecek sorunları çözecek nitelikte olmadığı; bunların çoğunlukla iş birliği, iyi komşuluk gibi politikalara dayanılarak yapılan andlaşmalar olduğu ifade edilmektedir.⁹⁷

Türkiye, 1997 tarihli Birleşmiş Milletler Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanımı Hukukuna İlişkin Sözleşmeye taraf değildir.⁹⁸ Türkiye'nin sözleşmede mevcut haliyle kabul edil-

⁹⁵ 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması ile de benzer düzenlemeler yapılmıştır. Açıklama için bkz. A. Kibaroglu, O. Ünver, "An Institutional Framework for Facilitating Cooperation in the Euphrates-Tigris Basin", *International Negotiation*, Vol:5, pp:311-333 'den aktaran; Levent Aytemiz ve Timuçin Kodaman, "Sınıraşan Sular Kullanımı ve Türkiye-Suriye ilişkileri", *TMMOB Su Politikaları Kongresi*, 21-23 Mart 2006, s.533.

⁹⁶ Hassan Chalabi, "Fırat'ın Suları ve Uluslararası Kamu Hukuku", *Çeviren Conference Implications*, *Ayna Dergisi*, Kış 1993-Bahar 1994, Sayı 2. Aktaran; A. Nazmi Üste, "Uluslararası Politika ve Türk Dış Politikası Açısından Sınıraşan Sularımız", *DEÜİİBF Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1, 1998, s. 235. Salih Turgay, "Su Sorunu Ekseninde Türkiye Suriye İlişkileri" *Çağın Polisi Dergisi*, Sayı 59, 2009, http://www.caginpolisi.com.tr/eski_sitemiz/85/70-71.htm, (E. T: 27.08.2017).

⁹⁷ Yakış, "Sınıraşan Suların Hukuki Rejimi".

⁹⁸ Türkiye'nin sözleşmeye taraf olmamasının gerekçelerinden bazıları; sözleşmede Türkiye'nin kavramsal olarak daha uygun bulduğu "sınıraşan sular" kavramı yerine "uluslararası su" kavramının kullanılmış olması, sözleşmede öngörülen önemli zarar vermeme yükümlülüğünün hakça kullanım ilkesiyle çelişmesi, sözleşmede yer verilen karşılıklı bilgilendirme yükümlülüğünün görüşme süreçlerini gereğinden fazla uzatacak olması, anlaşmazlık halinde tarafsız bir komitenin kurulacak olmasıdır. Türkiye'nin sözleşmeye imza koymama gerekçeleri için bkz. Kılıç, s. 120; Sandıklı, "Sınıraşan Sular ve Türkiye". Uluslararası sular, uluslararası su yolları üzerindeki tasarruflarda diğer kıyıdaş ülkelerin menfaatleri de gözetilmeliyken; sınır aşan sularla her devlet kendi ülkesindeki sudan ülke egemenliği gereği yararlanma hakkına sahiptir. Açıklamalar için bkz. Turgay, "Su Sorunu Ekseninde Türkiye Suriye İlişkileri". Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kabul edilen "sınır aşan sular" kavramı ile uluslararası su kavramları arasındaki

mez bulunduğu hükümlerin başında; suyolu üzerinde yapılan projeler hakkında kıyıdaş devletlere haber verme yükümlülüğü öngören 11. madde, hakça kullanım ilkesi ile çatıştığı gerekçesiyle⁹⁹ zarar verme yasağını düzenleyen 7. madde, hakça kullanımın belirlenmesine dair bazı faktörler belirleyen 6. madde¹⁰⁰ gelmektedir. Ancak Türkiye, sözleşme hükümleri ile bağlı olmasa da, bir teamül kuralı olan sınıraşan suların hakça ve makul kullanımı ilkesi ile bağlıdır¹⁰¹ ve bu bağlılığın gereklerini yerine getirmektedir. Nitekim 1987 Protokolü çerçevesinde hazırlanan üç aşamalı plan¹⁰² bu ilke ile uyumlu bir biçimde düzenlenmiştir.¹⁰³ Söz konusu üç aşamalı planın birinci aşamasını; ülkelerin su kaynaklarının envanterinin çıkarılması oluşturmaktadır. Bu çerçevede havzayı temsil eden meteoroloji istasyonlarına ait aylık bazda buharlaşma, sıcaklık, yağış, kar kalınlığı ile ilgili tüm verileri, su kalitesine ilişkin verileri karşılıklı olarak alıp vermek, ölçümleri değerlendirmek, su tüketimlerinin ve kayıplarının tespit edilmesinden sonra çeşitli istasyonlarda doğal akımları hesaplamak ilk aşamada gerçekleştirilecek faaliyetler olarak belirlenmiştir. Planın ikinci aşamasını ise toprak kaynaklarının nicelik ve niteliğinin envanterinin çıkarılması oluşturmaktadır.

farklar için ayrıca bkz. İnan, s. 245-246.

⁹⁹ Maddeye itiraz gerekçesi, yukarı kıyıdaş devletlerinin 7. maddeye dayanılarak meşru kullanım amaçlarının engellenmesinin de zarar olarak yorumlanabileceği endişesidir. Akça, s. 91; Howden, s. 60.

¹⁰⁰ Türkiye, 6. maddeye toprak bilimi (pedoloji) kavramının ve 1966 Helsinki Kurallarında yer alan "her havza devletin su yoluna yaptığı su katkısı" ifadesinin eklenmesini talep etmiş, ancak talep reddedilmiştir. Kılıç, s. 120; Toklu, s. 45.

¹⁰¹ Bu yönde, Türkiye' nin sözleşmeye ilişkin taleplerinin hakça kullanım kuralına ısrarlı bir şekilde itiraz olarak değerlendirilemeyeceğine dair bkz. Kirschner and Tiroch, s. 381. Bilindiği üzere uluslararası teamül hukuku kuralları kendisine ısrarlı biçimde karşı çıkan devletleri (persistent objector-ısrarlı muhalif) bağlamamaktadır. Bu konuda bkz. Acer ve Kaya, Uluslararası Hukuk: Temel Ders Kitabı, 48. Cilt, s. 36; Aksar, s. 72. Yine de Türkiye sözleşmeye taraf olmamakla, aşağı ülkelerle bir uzlaşmaya varma zorunluluğundan kendisini kurtarmıştır. Açıklama için bkz. Aytemiz ve Kodaman, s. 529.

¹⁰² "Fırat-Dicle Havzası Sınır Aşan Sularının Hakkaniyet ve Nisfete Uygun ve Makul Kullanımı İçin Üç Aşamalı Plan" için bkz. Akça, s. 139; Dülger, s. 40; Kirschner and Tiroch, s. 383-384; Orhon, s. 113; Sandıklı, "Sınıraşan Sular ve Türkiye"; Yakış, "Sınıraşan Suların Hukuki Rejimi".

¹⁰³ Bu yönde bkz. Dülger, s. 40. Benzer doğrultuda Türkiye'nin sınırlı bölgesel hükümler ilkesine yakın bir söylem ve tutumu benimsediğine dair bkz. Üste, s. 234. Türkiye'nin sınıraşan su politikasını mutlak ülke egemenliği doktrini üzerine oturttuğuna ancak buna rağmen önemli zarar vermeme ilkesini gözeterek üç aşamalı plan önerisinde bulunduğu dair bkz. Aytemiz ve Kodaman, s. 533.

ve toprak sınıflandırma ve drenaj kriterleri hakkında bilgi alışverişinde bulunmak, işletmede olan, inşa halindeki ve planlanan projelerin toprak sınıflarını kontrol etmek, toprak sınıfları ve drenaj koşullarına göre bitki desenlerini araştırmak, sulama suyu ve yıkama suyu ihtiyaçlarını hesaplamak gibi faaliyetleri içermektedir. Planın üçüncü ve son aşamasını ise elverişli bulunan toprakların eldeki su ile sulanabilmesini sağlayacak tesislerin yapılması ve uygun sulama sistemlerinin projelendirilmesi çalışmalarının yapılması oluşturmaktadır. Bunun için de sulama tipi ve sistemini tartışmak ve belirlemek, işletmedeki projelerin modernizasyon ve ıslah imkânlarını araştırmak, tüm projelerin toplam su tüketimlerini belirlemek her ülkedeki, içme, kullanma ve endüstri suyu temini, Dicle'den Fırat'a su transferi imkânını göz önünde bulundurarak arz-talep dengesini sağlamaya yönelik bir benzeşim modeli geliştirmek, planlama safhasındaki projelerin ekonomik yapılabilirliklerini belirlemek için yöntem ve kriterleri tartışmak gibi faaliyetlere yer verilmiştir. Görüldüğü üzere özellikle mevcut suyun tespit edilen havza bilgileri ışığında akılcı bir biçimde tahsisini öngören planın üçüncü aşamasında hakça kullanım ilkesi ile uyumlu birtakım faaliyetler öngörülmektedir.

Buna rağmen Türkiye'nin üç aşamalı planındaki hakça kullanım anlayışı; ekonomik faktörlere ağırlık verildiği, çevresel faktörlerin göz ardı edildiği ve uluslararası tanıma uymadığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir.¹⁰⁴ Bu çerçevede Dicle ve Fırat Havzası bakımından üç kıyıdaş devletin de uluslararası teamül hukuku kurallarına bağlı kalması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁰⁵ Kıyıdaş devletlerin tüm bölgesel ihtiyaçlarına uygun bir şekilde hazırlanan üç aşamalı planın göz ardı edilerek Türkiye'nin izlediği politikanın eleştirilmesi, özellikle Birleşmiş Milletler Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanımı Hukukuna İlişkin Sözleşmenin hakça kullanımın belirlenmesinde çevresel faktörlerin göz ardı edilmesine açık kapı bırakan 6. madde düzenlemesi karşısında bizce çelişkili bir durum oluşturmaktadır. Ayrıca üç aşamalı planda önerilen su kullanımının ülke egemenliklerini zedelemeyecek şekilde hakça ve makul kullanımı içerdiği dikkate

¹⁰⁴ Eleştiri için bkz. Howden, s. 60.

¹⁰⁵ Açıklama için bkz. Kirschner and Tiroch, s. 382.

alınmaksızın 1997 tarihli sözleşmeye karşı olan tutumundan hareketle Türkiye'nin uluslararası hukuk kurallarına bağlı kalmadığı imajını çizmek de doğru değildir.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanımı Hukukuna İlişkin Sözleşmeye taraf olan Suriye de benzer şekilde Dicle ve Fırat'ın kullanımının uluslararası hukuk kurallarına bağlı olarak gerçekleştirilmediğini ileri sürmektedir.¹⁰⁶ Ancak Suriye ile Türkiye açısından sınıraşan nitelikte olan ve kullanımı uluslararası hukuk kurallarına bağlı olarak gerçekleştirilmeyen suyun Dicle veya Fırat değil,¹⁰⁷ Ası Nehri¹⁰⁸ olduğu ifade edilmelidir. Nitekim Suriye'nin Ası Nehri'ni hakça ve makul olmayan bir şekilde kullanması ve nehir hakkında karşılıklı görüşme taleplerini reddetmesi, iyi komşuluk ilkelerine uymayan ve ikiyüzlü bir tavır olarak değerlendirilmektedir.¹⁰⁹

Bununla birlikte Avrupa Birliği üyeliğine adaylık sürecinde Avrupa Birliği Konseyi tarafından 14 Nisan 2003 tarihinde kabul edilen Türkiye Katılım Ortaklığı Belgesinde de sınıraşan sular konusuna yer verilmiştir. Belgede Türkiye'nin sınıraşan sulara ilişkin işbirliğini, Avrupa Birliği Su Çerçeve Direktifi (2000/60/AT)¹¹⁰ ve Avrupa Birliğinin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere uygun olarak geliştirilmesine devam etmesi istenmiştir.¹¹¹ Belgede bahsi geçen Aarhus,¹¹²

¹⁰⁶ Suriye'nin, sular bakımından Türkiye'ye bağımlı olmaktan duyduğu rahatsızlıkla terörü dahi koz olarak kullanmayı düşündüğü hakkında bkz. Turgay, "Su Sorunu Ekseninde Türkiye Suriye İlişkileri"; Üste, s. 237.

¹⁰⁷ Türkiye'nin söz konusu sulara yaptığı katkıdan mevcut durumdan daha az faydalanmasını talep etmek, Türkiye'nin egemenlik haklarının sınırlandırılması anlamına gelir ve asıl bu durum uluslararası hukuk kurallarına ve iyi komşuluk ilkelerine aykırılık oluşturur. Açıklamalar için bkz. İnan, s. 252.

¹⁰⁸ Ası nehri, Türkiye'ye su seviyesi oldukça azalmış ve bünyesinde bazı zararlı atıkları barındıran bir halde ulaşmaktadır. Açıklama için bkz. Sur, s. 385.

¹⁰⁹ Bu doğrultuda bkz. Dülger, s. 39-42.

¹¹⁰ Avrupa Birliği Su Çerçeve Direktifi (EU Water Framework Directive) 22.12.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹¹¹ 14.04.2003 tarihli Türkiye Katılım Ortaklığı Belgesi için bkz. <https://www.ab.gov.tr/files/ABilliskileri/>

AdaylıkSureci/Kob/Turkiye_Kat_Ort_Belg_2003.pdf, (E.T: 23.02.2018).

¹¹² Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu Aarhus -Çevresel Konularda Bilgiye Erişim, Çevresel Karar Verme Sürecine Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru-Sözleşmesi (The UNECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters), 30 Ekim 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Espoo,¹¹³ 1992 tarihli Helsinki sözleşmelerine Türkiye taraf değildir.¹¹⁴ Ancak gerek söz konusu uluslararası sözleşmeler gerekse de yüzey sularının, kıyı sularının ve yer altı sularının korunması için bir çerçeve oluşturan ve suların siyasi sınırlarla sınırlanmadığı havza bazında bir yönetim öngören Su Çerçeve Direktifi, sınıraşan suların kullanımı konusunda dikkate alınması gereken önemli düzenlemelerdir.

IV. SONUÇ

Sınıraşan suların ulaşım dışı amaçlarla kullanımı bakımından bir teamül kuralı olan hakça kullanım ilkesi, suya kıyıdaş olan tüm devletler arasındaki menfaat dengesini sağlayan ve suların adil, makul, hakça, optimal kullanımını öngören bir ilkedir. Hakça kullanım ilkesinin hukuki dayanakları olarak ise iyi komşuluk ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağı gösterilmektedir. İlke sınıraşan suların kullanımında sınırlı egemenlik doktrininin benimsenmesinin bir sonucudur. Yine de sınıraşan suların kullanımı bakımından ilkenin sınırları kesin olarak belli olmadığından ilke, devletlerarasındaki uyumsuzluklarda doğrudan uygulanabilecek netlikte değildir. Devletler çoğunlukla ilkeyi kendi politik hedeflerine uygun olarak yorumlamaktadır.

Bununla birlikte 1997 tarihli Birleşmiş Milletler Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Hukukuna İlişkin Sözleşme, hakça kullanım ilkesinin ne şekilde hayata geçirileceğine ilişkin önemli kurallar içermektedir. Sözleşmede hakça kullanımın ölçüsü bakımından bazı faktörlere yer verilmiş; bunlara uygun olmayan kullanımlarda veya sulara ilişkin proje ve faaliyetlerinde diğer kıyıdaş devletlerin önemli zarar görmemesi için gerekli tedbirlerin alınmaması durumunda devletlerin sorumluluğunun doğacağı düzenlenmiştir.

Türkiye, 1997 tarihli sözleşmeye taraf olmamakla birlikte özellikle

¹¹³ Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu Espoo-Sınır Aşan Çevresel Etki Değerlendirmesi-Sözleşmesi (The Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context), 1991 yılında imzalanmış; 1997 yılında yürürlüğe girmiştir.

¹¹⁴ Avrupa Birliği ile su konusu ve Türkiye'nin su politikası hakkında bkz. <http://www.mfa.gov.tr/avrupa-birligi-ile-su-konusu-.tr.mfa>, (E.T: 23.02.2018).

kullanımı bakımından birtakım sorunlar bulunan Fırat- Dicle havzası için, hakça ilkelere uygun bir kullanım planı geliştirmiştir. Yukarı kıyıdaş devlet olduğu nehirler için uluslararası suların sınırsız kullanımı; aşağı kıyıdaş devlet olduğu nehirler için hakça kullanımı hatta nehirlerin doğal durumlarında herhangi bir değişiklik yapılmadan kullanımını savunan devletlere kıyasla Türkiye bu konuda istikrarlı bir politika izlemektedir.

Kaynakça

- Acer Yücel ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı*, 3. Baskı, Usak Yayınları, Ankara 2013.
- Acer Yücel ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı*, 48. Cilt, Usak Yayınları, Ankara 2010.
- Akça Çağatay, *Sınıraşan Sularla İlgili Uluslararası Hukuki Metinlerin Değerlendirmesi*, T. C. Orman ve Su İşleri Bakanlığı, Ankara 2014 (Uzmanlık Tezi).
- Aksar Yusuf, *Teoride ve uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Aktaş Acabey Münevver, *Sınıraşan Sular Hukuki Rejim Dicle-Fırat ve Türkiye' nin Diğer Sınıraşan Suları*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006.
- Aytemiz Levent ve Timuçin Kodaman, "Sınıraşan Sular Kullanımı ve Türkiye-Suriye ilişkileri", *TMMOB Su Politikaları Kongresi*, 21-23 Mart 2006, s. 527-537.
- Bozkurt Enver, M. Akif Kütükçü ve Yasin Poyraz, *Devletler Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2004.
- Çaşın Mesut Hakkı, *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları*, Cilt I ve II , Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Dülger Kenan, "Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanılan Uluslararası Suyollarının Hakça Ve Makul Kullanımı ve Türkiye' nin Sınır Aşan Suları", *TAAD*, Sayı 23, 2015, s. 23-43.
- Erdal Selcen, ""Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanılması Hukukuna İlişkin Sözleşme" Uygulamasında "Danışma Yöntemi"", *GÜHFD*, Cilt XX, Sayı 3, 2016, s. 190.
- Erdem Mete "The Tigris-Euphrates Rivers Controversy And The Role Of International Law", *Perceptions*, Volume VIII, Mart- Mayıs 2003, s. 1- 15.
- Güneş Ahmet M, *Çevre Hukuku*, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, 2015.
- Güneş Ahmet M, "Uluslararası Çevre Hukuku Üzerine Bir İnceleme", *İÜHFM*, Cilt LXX, Sayı 1, 2012, s. 83-114.
- Harris David J, *Cases and Materials on International Law*, Sixth Edition, Sweet and Maxwell, London 2004.
- Howden Julie Gjörtz, " Utilization of International Watercourses: Aspect of the Applicable International Law and Practice in the Tigris- Euphrates Watercours", *The*

- University of Bergen, Norway 2012 (Master Thesis).
- İnan Yüksel, "Sınır Aşan Suların Hukuksal Boyutları (Fırat ve Dicle)", *AÜSBFD*, Cilt 4, Sayı 1-2, 1994, s. 243-253.
- Kılıç Seyfi, "Uluslararası Suyollarının Ulaşım-Dışı Kullanımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve 2012 Değerlendirmesi", *Orta Doğu Analiz*, Cilt 5, Sayı 49, 2013, s.114-121.
- Kirschner Adele J. and Katrin Tiroch, "The Waters of Euphrates and Tigris: An International Law Perspective", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 16, 2012, s.329-394.
- Orhon Kemal Berk, *Sınır Aşan Yerüstü Suların Yönetiminde Dünya ve Türkiye Uygulamaları*, T.C. Orman ve Su İşleri Bakanlığı, Ankara 2015 (Uzmanlık Tezi).
- Pazarcı Hüseyin, "Çevre Sorunlarının Uluslararası Boyutları ve Uluslararası Hukuk" Prof. Dr. Fehmi Yavuz' a Armağan, Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1983, s. 201-237.
- Pazarcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- Sandıklı Atilla, "Sınır Aşan Sular ve Türkiye", *Türk Asya Stratejik Araştırmalar Merkezi*, 2004, http://www.tasam.org/tr-TR/Icerik/160/sinir_asan_sular_ve_turkiye.
- Sur Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- The United Nations World Water Development Report 4, "Managing Water Report under Uncertainty and Risk", 2012, <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002156/215644e.pdf>.
- Toklu Vefa Su Sorunu Uluslararası Hukuk ve Türkiye, Turhan Kitabevi, Ankara 1999.
- Turgay Salih, "Su Sorunu Ekseninde Türkiye Suriye İlişkileri" *Çağın Polisi Dergisi*, Sayı 59, 2009, http://www.caginpulisi.com.tr/eski_sitemiz/85/70-71.htm.
- Tütüncü Ayşe Nur, "Lanoux Gölü Hakem Mahkemesi Kararı: Hukukun Kodlaştırılmasında Örnek Olay Olarak Etkisi ve Kararın Özeti", *İHFM*, Cilt LVI, Sayı 1-4, 1998, s. 299-316.
- UN Watercourses Convention User's Guide Fact Sheet Series: Number 4, "Equitable and Reasonable Utilisation", s. 1-2, <http://www.unwatercoursesconvention.org/documents/UNWC-Fact-Sheet-4-Equitable-and-Reasonable-Utilisation.pdf>.
- Üste A. Nazmi, "Uluslararası Politika ve Türk Dış Politikası Açısından Sınır Aşan Sularımız", *DEÜİİBF Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1, 1998, ss.231-246.
- Yakış Yaşar, "Sınır Aşan Suların Hukuki Rejimi", *Dış Politikalar Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 1995, <http://www.yasaryakis.com.tr/TR/belge/1-413/bsinirasan-sularin-hukuki-rejimib-idis-politika-dergisi.html>.

Linkler

https://www.ab.gov.tr/files/ABiliskileri/AdaylikSureci/Kob/TurkiyeKatOrtBelg_2003.pdf

<http://www.mfa.gov.tr/avrupa-birligi-ile-su-konusu-tr.mfa>

<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22860.pdf>

https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-12&chapter=27&clang=_en#EndDec

http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf

<https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/pdf/watercon.pdf>

http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm_02.pdf

<http://www.uib.no/en/ub>

İSTİNAF YARGILAMASI

APPEAL COURT JUDGMENT

Ayşegül ATAY COŞKUN*

Özet: 07.11.2015 Tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan karar uyarınca, 5235 sayılı kanun ile düzenlenen bölge adliye mahkemeleri, 20.07.2016 tarihinde faaliyete geçmiştir. Bu mahkemeler, Hukuk Muhakemeleri Kanunu doğrultusunda, ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı yapılacak olan istinaf başvurularını incelemekle görevlidirler. Bu çalışmamızda, bölge adliye mahkemelerinde yürütülecek istinaf yargılaması, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri çerçevesinde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İstinaf, İstinaf Yargılaması, Bölge Adliye Mahkemeleri, Hukuk Muhakemeleri Kanunu

Abstract: In accordance with the decision published in the Official Gazette on 07.11.2015, appeal courts enacted by the law no.5235, put into action on 20.07.2016. Appeal courts are charged with the examination of the legal remedy of the appeal lodged against the judgments of the courts of first instance. In this study, it is aimed to examine the appeal judgment prosecuted by appeal courts, in the light of regulations in Code of Civil Procedure.

Keywords: Appeal, Appeal Judgment, Appeal Courts, Code of Civil Procedure

GİRİŞ

2004 yılında kabul edilen 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’la, ülkemizde iki dereceli (ilk derece ve temyiz) yargılama sisteminden, üç dereceli (ilk derece-istinaf-temyiz) yargılama sistemine geçilmesi öngörülmüştür. Bu çerçevede, 5236 sayılı Kanun’la 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda değişiklik ya-

* Avukat, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, ORCID: 0000-0003-4110-8969

pılmış; daha sonra yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) da kanun yolu olarak bu yeni sistem kabul edilmiştir. Şüphesiz ki, bu yeni düzenlemenin getirdiği en önemli yenilik, istinaf kanun yolu ve bu kanun yolunun işlemlerini sağlayacak olan bölge adliye mahkemeleridir (BAM).

İstinaf yolu ile ilgili çalışmalar, uzun süre önce başlamasına rağmen, altyapı ve personel yetersizliği gibi sebeplerle, BAM'lar 2016 yılına kadar görev yapamamıştır. Nihayet Adalet Bakanlığı'nın 07.11.2015 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan kararı uyarınca, BAM'ın, 20.07.2016 tarihinde, tüm yurttan göreve başlayacağı ifade edilmiştir. Ne yazık ki belirtilen tarihe kadar, istinaf kanun yolu ile ilgili eğitimler tamamlanamamış; altyapı, personel yetersizliği ile ilgili sıkıntılar bütünüyle giderilememiştir. BAM'lar, 20.07.2016'da, belirlenen bölgelerde, bu olumsuz koşullarda faaliyete başlamıştır.

İstinafın öncelikli amacı, ilk derece mahkemesince verilen kararı, hem maddi hem de hukuki yönden denetleyerek, gerekirse yeniden gözden geçirmektir.¹ İstinafla ilgili iki temel sistem mevcuttur: Geniş anlamda istinaf sisteminde, ilk derece yargılamasındaki gibi, aynen, yeniden inceleme yapılmakta; maddî mesele, ortaya çıkan değişiklikler ve bir sınırlamaya tabi olmaksızın, ileri sürülebilen yeni delil ve olaylar göz ardı edilmeksizin² yeniden ele alınıp incelenmektedir.³ Dar anlamda istinaf sisteminde ise, ilk yargılamadaki her şey yenilenmemekte, ilk yargılama baştan sona aynen tekrarlanmamakta, maddî olay incelemesi yapılmakla birlikte; kural olarak, özellikle ilk derecede ileri sürülmeyen (sürülemeyen değil) hususlar incelenmemektedir.⁴ Ülkemizde dar anlamda istinaf sistemi kabul edilmiştir.

İşte istinaf kanun yolunu etkin şekilde hayata geçirecek, bu önemli yeniliğin hukuk sistemimize katkı sunmasını sağlayacak olanlar, başta BAM hakimleri olmak üzere, hukuk uygulayıcılarıdır. Bu çalışma-

¹ Muhammet Özkes, Sorularla Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), Türkiye Barolar Birliği Yayınları:134, Şen Matbaası, 1.Baskı, Şubat 2008, s.7.

² Ejder Yılmaz, Medeni Yargıda İstinaf (İstinaf), Yetkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara 2005, s.21.

³ Muhammet Özkes/Pekcanitez Hakan, İzmir Barosu Sunumu, (<http://www.izmirbarosu.org.tr>, Erişim Tarihi: 20.10.2016)

⁴ Yılmaz, s.22; Özkes, Sunum, (Erişim Tarihi:20.10.2016).

mızda, BAM tarafından yapılacak istinaf incelemesi ve yargılamasının temel özellikleri, HMK'nın 351-360. maddeleri çerçevesinde ele alınacaktır.

I. Ön İnceleme Yapılması ve Bu Aşamada Görüşülecek Hususlar

Her hukuk düzeninde olduğu gibi hukukumuzda da ilk derece mahkemesinde dava açma imkanından farklı şekilde, kanun yollarına başvurma imkanına bazı sınırlamalar getirilmiştir: İşte ön inceleme aşaması, istinaf talebinin, kanuni çerçeveye uygunluğunun değerlendirildiği, başvurunun esası hakkında karar verilmesini engelleyen usuli bir eksiklik olup olmadığı incelendiği ve işin esasına girilmediği bir aşama olması bakımından, bu sınırlamalardan biridir.⁵ Öte yandan istinaftaki ön inceleme ile ilk derece yargılamasındaki ön inceleme farklıdır; aşamaların isimleri aynı olsa da amaçları ve yapılan işlemler değişmektedir.⁶ Yargıtay Kanunu'nun 40. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları ile Yargıtay İç Yönetmeliği'nin 18. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, istinaftaki ön inceleme aşamasının, daha çok temyizdeki ön inceleme aşamasına benzediği söylenebilir.⁷

Aslında ön inceleme aşamasının başlamasından önce, yazılı yargılama usulünde gördüğümüz dilekçeler aşaması da mevcuttur; ancak bu bölümün BAM'ın önünde cereyan etmemesi ve artık istinaf aşamasında, dilekçeler safhasının tamamlanmış olmasından dolayı,⁸ çalışmamızda ön inceleme aşamasından itibaren yaşanacak safhalar hakkında ayrıntılı açıklama yapılacaktır.

İstinaf yargılamasında ön inceleme aşamasının öncelikli amacı

⁵ Haluk Konuralp, "Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usul" (BAM'da Usul), İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, TBB Yayınları:52, 1.Baskı, Şen Matbaası, Ankara 2003, s.257; Tolga Akkaya,, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.241; Murat Özgür Çiftçi, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, On İki Levha Yayıncılık, 1.Baskı, 2011, s.566.

⁶ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker, Medeni Usul Hukuku, Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 5.Bası, 2017, s.466; Hakan Pekcanitez/Muhammet Özeker/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, Medeni Usul Hukuku C:3 (Pekcanitez Usul), On İki Levha Yayıncılık, 15.Bası, İstanbul 2017, s.2235.

⁷ Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ekim 2017, s.343.

⁸ Haluk Konuralp, " Medeni Yargılama Hukukunda Bölge Adliye Mahkemelerinin İşlevi" (BAM'ın İşlevi), İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, TBB Yayınları:52, 1.Baskı, Şen Matbaası, Ankara 2003, s.91.

şöyledir:⁹ “Kolaylıkla tespit edilebilecek bazı temel hususların eksikliği halinde, davanın süratle sonuçlandırılması için, hemen gerekli kararın verilmesine olanak tanınmak istenmiştir. Dosyanın incelenmesinin başka bir dairenin iş alanına girmesi, ilk derece mahkeme kararının kesin olması, istinaf yoluna başvurunun süresi içinde yapılmamış olması ve asgari başvuru şartlarının yerine getirilmemesi, örneğin başvuru dilekçesinin, başvuru kararı yeterli kadar belli edecek kayıtları taşımaması halleri, zaten açıklanmaya muhtaç değildir. Kaldı ki bu hallerden bir kısmında, örneğin başvurunun yasal süre geçtikten sonra yapılması veya kesin olan bir ilk derece mahkemesi kararına ilişkin olması durumunda, bunu ilk derece mahkemesi de 346. madde hükmü uyarınca, göz önüne alarak, başvuru dilekçesini reddedebilecektir. Başvuru sebeplerinin veya gerekçenin, başvuru dilekçesinde hiç gösterilmemiş olması halinde ise, bölge adliye mahkemesi, 355. maddenin ikinci cümlesi uyarınca, sadece kamu düzeni yönünden bir inceleme yapıp gerekli kararı bu incelemenin sonucuna göre hemen verecektir”. Böylelikle, bir düzen içinde, gereksiz emek ve zaman kaybı önlenerek, usul ekonomisine daha uygun bir inceleme yapılma imkanı olacak ve BAM’ın iş yükü lüzumsuz şekilde artmayacaktır.¹⁰ Öte yandan bu aşamada tespit edilemeyen hukuka aykırılıklar, esas inceleme sırasında tespit edilirse, BAM’ın istinaf başvurusunu, o aşamada reddetme imkanı bulunmaktadır.¹¹

Esasen esas inceleme aşaması için düzenlenmiş, incelemenin şekline ilişkin HMK’nın 354. maddesini, evleviyetle ön inceleme aşaması bakımından da uygulayabiliriz:¹² Ön inceleme, davanın özelliğine göre, heyet halinde yapılabileceği gibi, görevlendirilecek bir üye vasıtası ile de yapılabilecektir. Bu konuya ilişkin daha ayrıntılı açıklama, “esastan inceleme” bölümünde olacaktır.

⁹ Ön inceleme ile ilgili hükmün gerekçesi için bkz. Yılmaz, s.71; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 2.Baskı, 2016, s.592.

¹⁰ Türkiye Adalet Bakanlığı Hollanda Yargı Konseyi İsveç Ulusal Mahkemeler İdaresi AB-Eşleştirme Projesi, Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi, s.46; Nesibe Kurt Konca/Ceren Damar; “İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu”, *TBB Dergisi*, Ankara 2016, s.187-230; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C:3 (HMK Şerhi), Yetkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara 2017, s.3267.

¹¹ Akkaya, s.241.

¹² İbrahim Ermenek, “İstinaf Kanun Yolu ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Sınırlarının Kapsamı”, www.taa.gov.Tr, S.9, (Erişim Tarihi: 20.10.2016); Akkaya, s.241.

HMK'nın, doğrudan doğruya istinaf başvurusunun kendisine ilişkin usul kuralları ile ilgili¹³ 352. maddesi uyarınca, "bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince dosya üzerinde yapılacak ön inceleme sonunda; incelemenin başka bir dairece yapılması gerektiği, kararın kesin olduğu, başvurunun süresi içinde yapılmadığı, başvuru şartlarının yerine getirilmediği, başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmediği tespit edilen dosyalar hakkında öncelikle gerekli karar verilir; *eksiklik bulunmadığı anlaşılan dosya incelemeye alınır.*"

Ön inceleme, istinaf denetimi yapılmasının mümkün olup olmadığını saptayabilmek için dosya üzerinden¹⁴ yapılan şekli bir safhadır.¹⁵ HMK'nın 352. maddesindeki hususları mahkeme kendiliğinden gözetir; bunların taraflarca ileri sürülmesi aranmaz ama gereksiz zaman kaybını önleyecek ve BAM'ın farkında olmayacağı hususlara dikkat çekecek şekilde, tarafların dilekçelerinde açıklamada bulunmaları faydalıdır.¹⁶ Bu aşamada görüşülecek hususlar, istinafın caizliği ile ilgili şartlardır ve HMK'nın 352. maddesinde belirtilen sıraya uygun şekilde incelenmelidir.¹⁷

A. Ön İncelemeyi Yapacak Dairenin Görevi ve Yetkisi

Ön incelemeyi, işbölümü esaslarına göre, ilgili hukuk dairesi, dosya üzerinden gerçekleştirecektir. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrası ve 35. maddesinin birinci fıkrası¹⁸ gereğince, her BAM bünyesinde, en az üç hukuk

¹³ HMK'nın 352. maddesi ile 353. maddesinin birinci fıkrasının a bendindeki, ön inceleme ile duruşma yapılmadan karar verilebilmesinin mümkün olduğu usul hallerinin birbirine karıştırılmaması gerektiği konusunda bkz. Yılmaz, HMK Şerhi, s.3267.

¹⁴ Ön incelemedeki "dosya üzerinden inceleme yapma" kuralının mutlak olmadığı; gerekirse incelemenin duruşmalı da yapılabileceği hakkında bkz. Akkaya, s.241,242.

¹⁵ Deniz Yayla Meraklı, İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Yetkin Yayınları, 2014, s.31; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2234;

¹⁶ Özekes, Pekcanitez Usul, s.2238.

¹⁷ Akkaya, s.242, 245; Adem Albayrak/Cihat Arslan, 6100 sayılı HMK'ya Göre Hazırlanmış Hukukta İstinaf Uygulaması, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.128; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2239.

¹⁸ 20.7.2017 tarihli ve 7035 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasının giriş cümlesinde yer alan "başkanlar kurulunun görevleri şunlardır" ibaresi "ceza daireleri başkanlar kurulu ve hukuk daireleri başkanlar kurulu kendi

dairesinin kurulmasının zorunlu olduğu, kurulan bu dairelerin hangi işlere bakacağına işbölümü ile BAM Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu kararıyla belirleneceği; hukuk daireleri arasında çıkan işbölümü uyuşmazlıklarının da Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu tarafından çözümleneceği kabul edilmiştir.

İlgili hukuk dairesi, uyuşmazlık konusunun kendi işbölümü alanına girdiği sonucuna ulaşırsa, diğer hususların tam olması şartıyla, dosyanın incelemeye alınmasına karar verecektir; kendi işbölümü alanına girmediyini tespit ederse de, gereksiz süre kaybını önleyebilmek için, dosyanın, görevli olduğunu kabul ettiği hukuk dairesine gönderilmesine hükmedecektir.¹⁹ Hukuk daireleri arasında işbölümü uyuşmazlığı olursa, görevli ve yetkili dairenin belirlenmesi için dosya, BAM Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu'na gönderilecektir. Bu aşamada, 5235 sayılı Kanun'da açıklık olmamakla birlikte, Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu tarafından verilen kararlar, BAM'ın kendi iç işleyişiyle ilgili ve hatta bu yönüyle idari nitelikte olduklarından; doğrudan tarafları ilgilendirmedikleri ve taraflar açısından da bir hak kaybına yol açmadıklarından 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 17. maddesinin son fıkrasına kıyasen temyiz edilememelidir; dolayısıyla kararla belirlenen görevli daire, önüne gelen dosya ile ilgili incelemeyi yapmak durumunda olacaktır.²⁰ Ön incelemenin, mutlaka heyetçe yapılma durumu yoktur; BAM hukuk dairesi başkanı tarafından görevlendirilen bir üye de ön incelemeyi yapabilir.²¹

BAM'ın yetkisi kesin yetki²² olduğundan, görevli hukuk dairesi

19 aralarında toplanır ve aşağıdaki görevleri yaparlar" şeklinde değiştirilmiştir. Akkaya s.246; Çiftçi, İstinaf, s.570, 571; Albayrak/Arslan, s.128; AB-Eşleştirme Projesi, s.46; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2239; Budak/Karaaslan, s.343.

20 Akkaya, s.246; Çiftçi, s.572; İşbölümü uyuşmazlıklarının Başkanlar Kurulu tarafından çözülmesinin sakıncalarını gidermek için Yargıtay uygulamasında oluşturulan Hukuk İşbölümü İnceleme Kurulu'nun benzerinin BAM için de teşkil edilmesinin yararı hakkında bkz. Albayrak/Arslan, s.131,132; Budak/Karaaslan, s.343.

21 Yayla Meraklı, s.30.

22 BAM'ın yetkisinin kesin yetki olması, dayanağını HMK'nın 353/1-a(3). maddesi ile HMK'nın 357/2. maddesinden almaktadır. HMK'nın 353/1-a(3). maddesi uyarınca, ön inceleme sonunda dosyada eksiklik bulunmadığı anlaşılırsa, BAM'ın, ilk derece mahkemesinin yetkili olmasına rağmen yetkisizlik kararı vermiş olması veya yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış bulunması durumlarında, davanın esasını incelemeyen kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan kesin ola-

öncelikle yetkili olup olmadığını re'sen inceler; yetkisiz olduğu sonucuna ulaşırsa kendiliğinden kesin şekilde yetkisizlik kararı vererek, yetkili BAM'a dosyanın gönderilmesine hükmeder.²³

B. İnceleme Konusu Kararın Kesin Olması Durumu

BAM'ın inceleyeceği ikinci husus, inceleme konusu kararın kesin olup olmadığı hususudur. HMK'nın 341. maddesi uyarınca, ilk derece mahkemelerince verilen ve kesin nitelik arzetmeyen kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilmektedir.²⁴ İstinaf başvurusu, kesin bir karara ilişkinse, kararı veren mahkeme, HMK'nın 346. maddesi birinci fıkrası doğrultusunda, esastan incelemeye tamamen engel olarak, istinaf dilekçesinin reddine karar verecek²⁵ ve ret kararını re'sen ilgisine tebliğ edecektir. Görülmektedir ki bu hükümle kesinleşmiş kararlara karşı istinaf yoluna başvuru, ilk derece mahkemesi aşamasında önlenmek istenmiştir.²⁶ Buna rağmen, HMK'nın 346. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ilk derece mahkemesinin ret kararına karşı bir hafta içinde istinaf yoluna başvurulur veya ilk derece mahkemesi, kararın kesin

rak karar vereceği açıktır. HMK'nın 357/2. maddesi ise, BAM'da yapılamayacak işlemleri düzenlemiş ve BAM'lar için yetki sözleşmesi yapılamayacağını belirtmiştir.

²³ Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Legal Yayıncılık, 1.Baskı, 2016, s. 688.

²⁴ HMK m. 341/2: "...Miktar veya değeri üç bin Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir." Ancak parasal sınırların artırılması başlıklı HMK ek madde 1 uyarınca, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınır, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298.maddesi hükümleri uyarınca, Maliye Bakanlığı'nca, her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanacağından, 01.01.2018'den itibaren tespit ve ilan edilen istinaf başvurusu parasal sınırı, Asliye Hukuk, Asliye Ticaret, İş, Kadastro, Sulh Hukuk ve Tüketici Mahkemeleri için 3.560,00 TL; icra hukuk mahkemeleri için 8.310,00 TL olmuştur.

²⁵ Ankara BAM 18.Hukuk Dairesi'nin 09.11.2016 tarihli, 2016/71 E.-2016/60 K.sayılı kararı:".....İcra Mahkemesi kararlarından hangileri için istinaf yoluna başvurulabileceği özel hükümlerle ve genel olarak da İİK'nın 363. maddesinde düzenlenmiştir. Bunların dışında kalan icra mahkemesi kararları kesindir. Bölge adliye mahkemesince incelenmesi istenilen kararın istinaf yoluna başvurulabilecek kararlardan olmadığı kesin nitelikte bulunduğu görülmele istinaf başvuru dilekçesinin reddine karar verilmelidir." (Kazancı İçtihat Bankası)

²⁶ Çiftçi, s.573; Budak/Karaaslan, s.343,344; kararın taraflardan biri hakkında kesin, biri hakkında kesin olmadığı davalarda, ilk derece mahkemesince hemen dilekçenin reddedilmemesi gerektiği ve hakkındaki karar kesin olmayanın istinaf yoluna başvurup başvurmadığının, başvurulmuşsa, dosyanın bütün halinde BAM'a gönderilmesinin uygunluğu hakkında bkz. Albayrak/Arslan, s.52.

olduğunu fark etmeden, dosyayı BAM'a gönderirse, ön incelemede karar, kesinlik yönünden bir kere daha incelenecektir; kararın kesin olduğu tespit edilirse, sıralamadaki diğer hususlar incelenmeden, istinaf başvurusunun usule aykırı bulunması sebebiyle, istinaf talebi reddedilecektir.

Bu şekilde BAM tarafından verilen istinaf talebinin reddi kararı, esas hakkındaki karara karşı temyiz yolunun açık olup olmadığına bakılmaksızın, HMK'nın 346. maddesinin ikinci fıkrasına kıyasen temyiz edilebilmelidir ve yine bu madde hükmü gereğince, temyiz süresi bir hafta olacaktır; aynı şekilde kesin bir karara karşı istinaf başvurusu yapılmadığından bahisle, ilk derece mahkemesince verilen istinaf talebinin reddi kararının istinaf edilmesi üzerine, BAM tarafından verilen istinaf talebinin reddi kararlarına karşı temyiz başvurusunun da HMK'nın 346. maddesinin ikinci fıkrasına kıyasen yapılabilmesi gerekmektedir.²⁷

C. İnceleme Konusu Başvurunun Süresinde Olup Olmadığı Meselesi

HMK'nın 345. maddesi uyarınca, istinaf yoluna başvuru süresi, ilamın usulen taraflardan her birine tebliğinden itibaren iki haftadır. Bu süre, hak düşürücü niteliktedir ve sürenin sona ermesiyle, ilk derece mahkemesinin kararı kesinleşir.²⁸ Belirtilen bu süre geçirildikten sonra istinaf dilekçesi verilirse, kararı veren mahkeme, HMK'nın 346. maddesi birinci fıkrası doğrultusunda, istinaf dilekçesinin reddine karar vererek, ret kararını, re'sen ilgisine tebliğ eder. Aynen kararın kesin olup olmadığının tespitinde olduğu gibi, bu aşamada da istinaf dilekçesinin süresinde verilip verilmediği, öncelikle, ilk derece mahkemesinde incelenir. İlk derece mahkemesinin ret kararına karşı bir hafta içinde istinaf yoluna başvurulursa veya ilk derece mahkemesi, istinaf başvurusunun süresinde olmadığını fark etmeden, dosyayı BAM'a gönderirse BAM, süre yönünden istinaf başvurusunun haksız bulunması sebebiyle, istinaf başvurusunu reddedecektir.²⁹ *Albayrak/Arslan'a*

²⁷ Çiftçi, s.574.

²⁸ Akkaya, s.247.

²⁹ İlk derece mahkemesinin ret kararına karşı istinaf yoluna başvurulması ve BAM'ın, ilk derece mahkemesinin süre yönünden ret kararının, hatalı olduğu sonucuna varması durumunda, BAM'ın işin esası hakkında da karar verebileceği

göre HMK'nın 361. maddesinin birinci fıkrası ışığında, BAM tarafından verilen, istinaf dilekçesinin süre yönünden reddine dair verilen karara karşı, temyiz yoluna başvurulamayacağına dair bir kısıtlama bulunmadığından, HMK'nın 362. maddesi kapsamında, temyizi kabul bulunmayan kararlar haricinde kalmamak koşuluyla, Çiftçi'ye göre ise, HMK'nın 346. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde, bu kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulması mümkündür.³⁰

D. Başvuru Şartlarının Yerine Getirilip Getirilmediği Meselesi

Başvuru şartları, her somut olaya göre değişebilir; ve her bir dosya yönünden değerlendirilmesi gerekir. İlk akla gelebilecek olan istinafa başvuru şartları, dilekçede bulunması zorunlu hususların eksikliği, vekille takip edilen davalarda, dosyada vekilin gerekli yetkileri haiz vekaletnamesinin olmaması, gerekli harç ve masrafların yatırılmamış olmasıdır.³¹ Özellikle gerekli harç ve masrafların yatırılmamış ya da eksik yatırılmış olduğu anlaşılırsa, doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte, uygulamada, benimsenen yöntemin örneğini İstanbul BAM 20.HD'nin 01.03.2017 tarihli, 2017/165 E.-2017/268 K.sayı³² kararında gördüğümüz üzere, başvuru şartlarının yerine gelmemesi sebebiyle, esastan incelemeye geçilmemekte; BAM tarafından, dosyanın ilk derece mahkemesine geri çevrilmesine karar verilmektedir.³³ İlk derece

hakkında bkz. Albayrak/Arslan, s.78.

³⁰ Albayrak/Arslan, s.83; Çiftçi, s.575.

³¹ Albayrak/Arslan s.133; Çiftçi, s.575-581.

³² İlgili kararda "İstinaf dilekçesi verilirken istinaf kanun yoluna başvuru harcı ve tebliğ giderleri de dâhil olmak üzere tüm giderlerin ödenmesi gerekmekte olup, bu husus istinaf kanun yoluna başvuru şartıdır. Dairelerin ilk derece mahkemesi yargılaması için yatırılan masrafları kullanma yetkisi ve görevi bulunmamaktadır. Yatırılması gereken gider avansına ilişkin eksikliğin giderilmesi, mümkün olmadığı takdirde, yasal düzenlemede gösterilen prosedürün yürütülmesi, sonrasında gerekirse dosyanın istinaf incelemesi yapılmak üzere gönderilmesi için mahalline geri çevrilmesi gerekir" denilerek, dosya ilk derece mahkemesine geri çevrilmiştir. (Kazancı İçtihat Bankası)

³³ Uygulama bu doğrultudadır ancak doktrinde farklı görüşler mevcuttur: Bizim de iştirak ettiğimiz Budak/Karaaslan'ın görüşüne göre, ön incelemede, istinaf başvurusuna ilişkin harç ve masrafların yatırılmadığının ya da eksik yatırıldığının tespiti halinde, istinaf eden tarafa, BAM tarafından, eksikliği gidermesi için süre verilmesi gerekmektedir. Bu görüş için bkz. Budak/Karaaslan, s.344. Kanaatimize göre usul ekonomisi ilkesine de uygun olan bu yöntemin yasal alt yapısı hazırlanmalı; HMK'nın 352. maddesinin birinci fıkrasının ç bendine istisna yaratacak şekilde, BAM hukuk dairesine, ilk derece mahkemesi yargılaması için yatırılan ve karar kesinleşmediği için gider avansı hesabında bulunan, UYAP sisteminden

mahkemesinin usulüne uygun yapılan bildirim üzerine bir haftalık süre içinde, eksik olan harç ve masraflar tamamlanmazsa, ilk derece mahkemesi, istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar vermekte; eksik harç ve masraflar tamamlanırsa, dosyayı tekrar BAM'a göndermektedir.³⁴ İlgili taraf, ilk derece mahkemesinin, eksikliği giderme amaçlı süre verilmesine ilişkin kararının, kendisine tebliğinden itibaren, bildirilen eksikliği gidermeden, bir hafta içinde istinaf talebini yinelerse, BAM, bu istinaf talebini, başvuru şartlarının yerine getirilmemiş olmasından dolayı reddetmektedir.³⁵

Başvuru şartlarının yerine getirilmemiş olması sebebiyle, istinaf talebinin reddi halinde, bu karar, HMK'nın 346. maddesinin ikinci fıkrası ile 361. maddesi çerçevesinde ve HMK'nın 362. maddesinde sayılan kararlardan olmamak şartıyla, temyiz edilebilmelidir.

E. Başvuru Sebeplerinin veya Gerekçesinin Gösterilip Gösterilmediği Meselesi

Ön inceleme aşamasında incelenecek hususların sıralamasında son sırada, başvuru sebeplerinin ve gerekçesinin gösterilip gösterilmediği meselesi yer almaktadır. Hukuk yargılamasında dar anlamda istinaf sistemi benimsenmiştir. Dar anlamda istinafta, istinaf sebepleri ile sınırlı olarak istinaf incelemesi yapılmaktadır; taraflarca ileri sürülme- yen hususlar, kural olarak BAM tarafından re'sen incelenemez.³⁶ Do-

rahatlıkla öğrenilebilecek bakiyeyi kullanma yetkisi ve görevi verilmelidir. Gider avansı hesabında bakiyenin olmaması veya yetersiz kalması halinde ise, Budak/Karaaslan'ın düşüncesi doğrultusunda, BAM hukuk dairesine, ilgili tarafa, eksikliği gidermesi için süre vermesi; eksikliğin giderilmemesi halinde, istinaf talebinin reddedileceği ihtarını yapması yetkisi ve görevi tanınmalıdır. Özekes ise harç ve giderler eksik yatırılmış ve ilk derece mahkemesi bu eksikliği atlayarak, dosyayı BAM'a göndermişse, BAM'ın, "bir haftalık kesin sürede eksikliğin tamamlanması gerektiği; tamamlanmazsa, başvurudan vazgeçilmiş sayılacağı" hususunda, ilgili tarafı ihtar etmesi; buna rağmen eksiklik tamamlanmıyorsa, istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar vermesi gerektiği; buna karşılık, ilk derece mahkemesince eksiklik konusunda tarafa gerekli ihtar yapılmış, taraf eksikliği tamamlamamış ve buna rağmen, dosya BAM'a gönderilmişse, bu durumda, BAM'ın ön inceleme aşamasında, başvuru şartlarının yerine getirilmemiş olması sebebiyle, istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar vermesi gerektiği görüşündedir. Bu görüş için bkz. Özekes, Pekcanitez Usul, s.2239,2240.

³⁴ Çiftçi, s.578; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2240.

³⁵ Akkaya, s.249; AB-Eşleştirme Projesi, s.47; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2240.

³⁶ Akkaya, s.249, 250; Ermenek, s.3; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2237.

layısıyla, istinaf talebinde bulunan taraf, gerekçelerini, istinaf başvuru dilekçesinde göstermelidir. İstinaf gerekçeleri gösterilmezse, BAM, istinaf talebini kural olarak esasa girmeden reddedecektir. Diğer yandan kamu düzenine aykırılık görülmesi durumunda, HMK'nın 355. maddesine göre, BAM, hemen ön inceleme aşamasında başvuruyu reddetmeyecek, esastan incelemeye geçecektir.³⁷ Başvuranın en azından kimliği, imzası, başvuru kararı belli edecek kayıtları içermesi şartıyla, başvuru dilekçesinde gerekçe gösterilmemişse bile kamu düzenine aykırılık görülmesi durumunda esastan incelemeye geçilecektir. Başvuranın kimliğinin, imzasının, başvuru kararı belli edecek hususların eksik olması halinde ise, istinaf başvurusunda gerekçe gösterilmemişse, kamu düzenine aykırılığa ilişkin hususlarda bile inceleme yapılamayacak, ön inceleme sonunda başvuru dilekçesinin reddine karar verilecektir.³⁸

Bu arada HMK'nın 353. maddesinde sayılmayan usule aykırılık halleri için BAM'ın nasıl karar vereceği açık değildir.³⁹ Örneğin uygulamada, aslında mutlak temyiz sebebi olan "kısa karar ile gerekçeli kararın çelişkili olması" durumu, istinaf başvuru şartlarından biri gibi ön incelemeye konu olmakta ve çelişki tespitinde, yeni bir dosya numarası verilip, taraflar dinlendikten sonra, bu çelişkinin giderilmesi için, ön inceleme aşamasında dosya, ilk derece mahkemesine geri gönderilmektedir.

Bu kapsamdaki istinaf başvurusunun reddi kararına karşı temyiz kanun yoluna başvurulup/başvurulamayacağı hususunda, yukarıdaki B, C, D başlıklı bölümlerdeki açıklamalarımız geçerlidir.

³⁷ Özkes'e göre bu düzenleme, istinafın hem hukuki hem maddi vakıa yönünden değerlendirmeyi içermesinden; bu nedenle tarafın bir gerekçe ileri sürmediği talebinin değerlendirilmesinin, gereksiz usul işlemlerinin yapılmasına, yargılamanın uzamasına ve kanun yolu denetiminin amacı dışında kullanılmasına yol açabilme tehlikesi taşımasından dolayı, yargılama ilkeleri ve istinafın niteliğiyle uyumlu değildir. Yapılması gereken, istinaf sebepleri hiç bildirilmemiş, gerekçe gösterilmemişse, istinaf başvurusunun ön incelemede kabul edilmemesi; ancak sebep bildirilip, gerekçe gösterilmişse, kamu düzeninin de dikkate alınmasıdır. (Bu konu için bkz. Özkes, Pekcanıtez Usul, s.2238)

³⁸ Akkaya, s.250, 252; AB-Eleştirme Projesi, s.48.

³⁹ Budak/Karaaslan, s.345.

II. Esastan İnceleme Yapılması

Ön inceleme aşamasının sonunda, ilk bölümde anlatılan türde eksiklik veya yanlışlık bulunmaması halinde, HMK'nın 352. maddesinin son cümlesinden de anlaşılacağı üzere, BAM tarafından verilecek bir ara kararlar, inceleme aşamasına geçilecektir.

HMK'nın 354 vd. maddelerinde, ön inceleme aşamasından sonraki bu aşama, "tahkikat" ifadesine eşdeğer şekilde, "inceleme" olarak adlandırılmıştır.⁴⁰ Bu durum, maddenin gerekçesinde, "...inceleme sözcüğü ile kastedilen HMK anlamında tahkikattır" denilerek, açıkça ifade edilmiştir.

HMK'nın 354. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, esastan inceleme, BAM hukuk dairesi tarafından, heyetçe veya görevlendirilecek bir üye tarafından yapılabilir. Kanun'da bu incelemenin hangi hallerde heyetçe, hangi hallerde görevlendirilecek üye tarafından yapılacağı açıkça belirlenmemiş; bu hususun takdiri, "davanın özelliği" nin dikkate alınması kaydıyla, esastan incelemeyi yapacak olan BAM hukuk dairesinin takdirine bırakılmıştır.⁴¹ BAM, bu konudaki takdir yetkisini, usul ekonomisini de gözeterek, uygulamanın ihtiyaçlarına göre kullanacaktır. Örneğin adliye binası dışında yapılacak keşif vb. işlemler bakımından, kolaylık ve ucuzluk sağlanması için, heyet olarak inceleme yapmak yerine, üyelere birisi görevlendirilebilir. Böyle bir durumda, naip üye işin esası hakkında değilse de, incelemenin yürütülmesi ile ilgili gerekli kararları alıp; işlemleri yapabilir.⁴² Yine BAM heyet/ üye incelemesiyle ilgili takdir yetkisini kullanırken, ilk derece mahkemesi veya karar türüne göre bir ayırım yapmayacaktır: İstinafta incelenecek kararın, ticaret mahkemesi, aile mahkemesi, sulh hukuk mahkemesi kararı olmasında bir fark yaratılmayacaktır.⁴³ İncelemenin üye tarafından yapılacağı kesinlik kazanmışsa bile, kararın heyet halinde verilmesi, kanuni zorunluluktur ve bu heyete de incelemeyi yapmakla

⁴⁰ Konuralp, BAM'da Usul, s.259; Konuralp, BAM'ın İşlevi, s.92; Çiftçi, s.592; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s.592, 593; Yayla Meraklı, s.61; Yılmaz, HMK Şerhi, s.3273.

⁴¹ Akkaya s.256; Çiftçi, s.590; AB-Eşleştirme Projesi, s.48; Kurt Konca/Damar, s.220; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2242.

⁴² Özekes, Pekcanitez Usul, s.2242.

⁴³ AB-Eşleştirme Projesi, s.48.

görevlendirilen üyenin katılması isabetli olacaktır.⁴⁴ İncelemeyi yapmakla görevlendirilen üye, duruşma yapılmaksızın karar verilmesinin mümkün olduğunu tespit ederse, dosyayı karar konusunda görüşülme üzere, heyete gönderecektir. Bu durumda heyet, dosyayla ilgili karar verebileceği gibi; dosyayı, esasına girilmek üzere, duruşma sırasına da alabilir. Eğer heyet, dosyayı duruşma sırasına alırsa, incelemeyi yapmakla görevli üye, gerekli delilleri toplayacak ve karar aşamasına gelinmesiyle, dosyayı görüşülmek üzere, heyete gönderecektir.⁴⁵

HMK'nın 360. maddesine göre, HMK'da aksine hüküm bulunmayan hallerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulü, BAM'da da uygulanır.⁴⁶ Bu düzenleme ile HMK'da yirmi madde ile doğrudan düzenlenen istinaf konusu için, kümülatif bir atıf⁴⁷ yapıldığı söylenebilir.⁴⁸ HMK 360. maddenin gerekçesinde de BAM'ın ilk derece mahkemesinin kararını inceledikten sonra, duruşma yapılmasına karar vermesi durumunda, bundan sonraki incelemenin ilk derece mahkemesindeki yargılama usulüne göre yapılacağından söz edilmektedir. Duruşma yapılmadan karar verilebilecek hallerde ise, duruşma safhasının temel özelliği olan sözlü yargılamaya ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin herhangi bir hüküm yoktur; ancak doktrinde böyle durumlarda, sözlü yargılamanın yapılmasının gerekmediği, dosya üzerinden karar verilebileceği, dosya münderecatının yeterli görüleceği belirtilmektedir.⁴⁹ Diğer yandan, istinaf incelemesi ile ilgili özel hüküm varsa, öncelikle o hükmün dikkate alınması zorunludur.⁵⁰ Örneğin, ilk derece mahkemesinde yazılı yargılama usulünde temel dört aşama mevcuttur: Dilekçelerin teatisi

⁴⁴ Albayrak/Arslan, s.172.

⁴⁵ Albayrak/Arslan, s.172.

⁴⁶ Örneğin ilk derece mahkemesinde yazılı yargılama usulü uygulanmışsa, inceleme aşamasında da yazılı yargılama usulü uygulanacaktır; iş mahkemesi kararına karşı başvuru istinafta, BAM'daki inceleme aşamasında basit yargılama usulü uygulanacaktır.

⁴⁷ HMK'nın 360.maddesindeki atfın, BAM'ın vakıa mahkemesi olarak faaliyet göstermesi haline mahsus olduğu; buna karşılık, BAM'ın hukuki denetim mahkemesi olarak karar verebileceği hallerde, yargılamanın ilk derece mahkemesindeki yargılama usulünden farklılık göstereceği; işin niteliği dikkate alınarak, üst mahkeme olarak inceleme yapmasının gerekliliği konusunda bkz. Yılmaz, HMK Şerhi, s.3275.

⁴⁸ Konuralp, BAM'ın İşlevi, s.90; Akkaya, s.258; Özkes, Pekcanitez Usul, s.2240.

⁴⁹ Yayla Meraklı, s.32.

⁵⁰ Özkes, s.57,58.

(-dava dilekçesi, cevap dilekçesi, replik, düplik-), tahkikat, sözlü yargılama (-taraflara ikişer defa söz verilen aşama-) ve hüküm. Oysa istinaf yargılamasında dilekçelerin teatisi aşaması, ilk derece yargılaması gibi değildir; zira istinafta sadece başvuru ve cevap dilekçesi verilmektedir.

Önemli bir diğer husus, HMK'nın 354. maddesinin ikinci fıkrasında, inceleme sırasında gereken hâllerde, incelemenin mümkün olduğunca ilgili dairesince yapılmasının doğrudanlık, sözlülük ve adil yargılama hakkı ilkelerine daha uygun olacağı unutulmadan,⁵¹ başka bir bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesinin istinabe edilebilme imkânının kabul edilmiş olmasıdır.⁵² Büyük zaman ve emek kaybı olacağı düşüncesiyle eleştirilen istinabe özde, bu tür ihtiyaçlara cevap vermek için ihdas edilmiştir ve böylelikle, BAM'ların birden fazla ili kapsayan bir yargı çevresine sahip olmalarından doğabilecek güçlükler, kolaylıkla aşılabilecektir.⁵³ BAM, kendi yargı çevresi dışında faaliyet gösteremeyeceğinden, zorunlu olarak o iş, o yer BAM istinabe edilerek yerine getirilecektir.⁵⁴ BAM'ın aynı koşullarda, farklı yargı çevresi içindeki ilk derece mahkemesini de istinabe etmesi mümkündür. Aynı şekilde, zorunlu olmamakla birlikte, daha çabuk ve ucuz iş yapılabilmesini sağlamaya yönelik olarak, BAM'ın kendi yargı çevresi içindeki bir işi, o çevredeki ilk derece mahkemesini istinabe ederek yapması da imkan dahilindedir.⁵⁵ Özekes ve *Yayla Meraklı*'ya göre, istinabe yoluna başvurulması gereken durumlarda, istinabe edilen ilk derece mahkemesinin, davaya bakan ilk derece mahkemesi olmaması, farklı bir ilk derece mahkemesi olması, aynı mahkemenin aynı ha-

⁵¹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s.592; istinafta istinabe yoluna başvurulmasının, özellikle yargılamanın doğrudanlığı çerçevesindeki eleştirisi hakkında bkz. *Yayla Meraklı*, s.33,34; uygulamada BAM'ların sayısının yetersiz olması ve yargı çevrelerinde fazla sayıda il ve ilçenin bulunması sebebiyle, sürekli istinabe yoluna başvurulması gibi bir olumsuzluk yaşandığı hakkında bkz.Özekes, Pekcanitez Usul, s.2242.

⁵² Örneğin yargı çevresi dışında bulunan tanığın istinabe yoluyla dinlenmesi vb.

⁵³ Yılmaz, İstinaf, s.73; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s.593; *Yayla Meraklı*, s.33.

⁵⁴ Özekes, s.56; Akkaya, s.258; AB-Eşleştirme Projesi, s.48

⁵⁵ Özekes, s.56, Budak/Karaaslan, s.346; ilgili maddenin gerekçesinde, "...bir BAM, kendi yargı çevresi içindeki bir ilk derece mahkemesini istinabe edebileceği gibi, başka bir BAM veya başka bir BAM'ın yargı çevresinde kalan ilk derece mahkemesini doğrudan istinabe edecektir"denilmiştir, bu konuda ayrıca bkz. AB-Eşleştirme Projesi, s.49.

mayı tekrarlaması riskini önlemek için, daha doğru olacaktır.⁵⁶ BAM, HMK'nın 197. maddesinin birinci fıkrasında⁵⁷ anlamını bulan "doğrudan doğrualık" ilkesini ve HMK.'nın 30. maddesinde⁵⁸ yer alan "usul ekonomisi" ilkesini dikkate alarak, istinabe ile ilgili kararını vermeli- dir. Öte yandan, HMK'nın 360. maddesi yollamasıyla 197. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, taraflar, istinabe olunan mahkemede bulun- ma hakkına sahiptirler. Bu hakkın layıkıyla kullanılabilmesi için, mah- kemenin, istinabe konusunda inceleme yapacağı tarih ve yeri taraflara bildirmesi icabetmektedir; bildirim yapılmasına rağmen gelmeyen ta- rafların yokluğunda istinabe işlemi tamamlanır.

HMK'nın ses ve görüntü nakledilmesi suretiyle duruşma yapılma- sını düzenleyen 149. maddesi hükmü⁵⁹ de, BAM'daki esastan incele- me aşaması için önem arzeden bir düzenlemedir. Esasen hızlı şekilde neticeye ulaşılabilmesi ve usul ekonomisinin sağlanması açısından, BAM incelemesinde büyük kolaylık sağlayacak bu maddenin uygu- lanmasının tarafların rızasına bağlanması, uygulamada sıkıntı yarata- bilmektedir. *Yorumuna iştirak ettiğimiz Ermenek'e göre taraf rızasının açık olması şart olmayıp, zımni rıza da yeterli sayılabilmeli; taraflar- dan birinin açıkça rıza gösterdiği, diğerinin göstermediği hallerde ise, rıza göstermeyenin beyanının alınmasında, HMK'nın 29. maddesinin birinci fıkrasında yer alan usuli dürüstlük kuralı çerçevesinde değer- lendirme yapılarak, duruma göre karar verilmelidir.*⁶⁰

A. Esastan İncelemenin Kapsamı

Yargıtay 19. HD'nin de bir kararında belirtildiği üzere, "*temyiz in- celemesinden farklı şekilde, istinaf kanun yolunda hem maddi vakıa (yerin- delik) hem de hukukilik denetimi*"⁶¹ yapılmaktadır. Aslolanın somut olay

⁵⁶ Yayla Meraklı, s.33; Özkes, Pekcanitez Usul, s.2242.

⁵⁷ HMK m. 197/1: "Kanunda belirtilen hâller dışında, deliller davaya bakan mah- keme huzurunda, mümkün olduğu kadar birlikte ve aynı duruşmada incelenir. Zorunlu hâllerde, bazı delillerin incelenmesi başka bir duruşmaya bırakılabilir."

⁵⁸ HMK m. 30: "Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yü- rütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür."

⁵⁹ HMK m. 149/1: "Mahkeme, tarafların rızası olmak şartıyla, kendilerinin veya ve- killerinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine izin verebilir."

⁶⁰ Ermenek, s.10.

⁶¹ Yargıtay 19.HD'nin 09.12.2015 tarihli, 2015/7403 E., 2015/16559 K.sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bankası)

adaletinın yani taraf tatmininin sağlanması olmasından⁶² dolayı, BAM hukuk dairesi istinaf incelemesinde, kendiliğinden inceleme yapamaz; sadece istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle ve taleplerle sınırlı kalır. Bu kuralın istisnası,⁶³ kamu düzenine ilişkin hususların incelenmesidir; Yargıtay 9. HD'nin bir kararından bu istisnanın yansıması şu şekilde yer almaktadır: ".....Bölge adliye mahkemesince; davalı vekilinin gerekçeli kararın tebliğinden sonra kanun yoluna başvurma nedenlerini belirteceklerini bildirir dilekçe sunduğu, dilekçede gerekçeli kararın tebliğinden sonra gerekçeli temyiz sebeplerinin bildirileceğinin belirtildiği, davalı vekiline 12.08.2016 tarihinde gerekçeli kararın tebliğ edilmesine rağmen gerekçeli kanun yoluna başvurma nedenlerini gösterir dilekçenin sunulmadığı, Uyarı sisteminde de böyle bir dilekçenin bulunmadığı, istinaf yolu sebepleri ve gerekçeleri belirtilmediğinden HMK'nun 355. maddesi uyarınca kamu düzenine bir aykırılık da tespit edilemediği gerekçesiyle davalı vekilinin istinaf başvuru talebinin reddine karar verilmiştir."⁶⁴ Kamu düzenine⁶⁵ ilişkin hususlarda BAM, kendiliğinden inceleme yapar. Özellikle emredici hükümler öngören usul hukuku bakımından, Yargıtay'ca mutlak bozma nedeni sayılan usul hataları, kendiliğinden dikkate alınmalıdır. Ön inceleme aşamasında gözden kaçmış bir usuli aykırılık varsa da, bu aykırılık kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle dikkate alınmalı; diğer usule aykırılık hallerinde ise, bu aykırılığın esasa etkili olup olmadığına bakılmalıdır.⁶⁶ Bu noktada üzerinde durulması gereken nokta, bugüne dek Yargıtay'ın gerçekten kamu düzeninden olmayan hususları, bir şekilde bu çerçevenin içine sokup incelemesi sonucu, amaca aykırı ve

⁶² Ermenek, s.11.

⁶³ Bu istisnanın, ön inceleme aşamasında gerekçesi belirtilmemiş istinaf başvurularının reddedilmesi kuralının uygulanmasını güçleştirdiği; zira kamu düzenine aykırılığın tespiti için, ön incelemeden esas incelemeye geçilmesi gerektiği konusunda bkz. Budak/Karaaslan, s.347.

⁶⁴ Yargıtay 9.HD'nin 17.11.2016 tarihli, 2016/35343 E., 2016/20173 K.sayı kararı. (Karartek TBB İçtihat Bilgi Bankası)

⁶⁵ Zamana ve mekana göre değişkenlik arzeden bir kavram olmakla ve mutlak bir çerçeveye çizmek mümkün olmamakla birlikte kamu düzeni, "bir toplumun, belirli bir zaman dilimi içerisinde, siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki açılardan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurum ve kurullar bütünüdür" (Ermenek,s.12).

⁶⁶ Özekes, s.59; Akkaya, s.263; Ermenek, s.13; Budak/Karaaslan, s.347; örneğin ilk derece mahkemesinin görevsiz olduğu, istinaf sebepleri arasında sayılmasa dahi, hukuk dairesi kendiliğinden, görevsizlik nedeniyle, dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine karar verir; davaya bakması yasak olan bir hakimin karar vermiş olmasını da kendiliğinden dikkate alır.

iş yükünü artırıcı bir durum yaratmış olduğu gerçeği göz ardı edilmeksizin, “kamu düzeni” kavramı ile ilgili doktrin ve uygulamadaki yerleşmiş görüşlerin dikkate alınması; bu konuda genişletici yorum yapılmaması gerekliliğidir.⁶⁷

İstinaf incelemesinde, taleple ve istinaf sebepleri ile bağlılık, sadece vakıaların incelenmesi bağlamında bir sınırlama yaratmaz; aynı zamanda hukukun uygulanmasında da bir sınır yaratır. Yani istinaf aşamasında hukukun uygulanması, tarafların yeniden incelenmesini istediği vakıa ve taleplere hasredilecek ve fakat, tarafların bu vakıa ve taleplere yönelik hukuki nitelendirmeleri, BAM’ı bağlamayacaktır.⁶⁸

Tahkikat aşamasına geçilerek, dosyanın istinaf incelemesine alınması, doğrudan duruşma safhasına geçilmesi anlamına gelmez; yani tahkikatın duruşmalı olarak yapıp yapılmayacağını, her somut olay için ayrı ayrı belirlenmesi gerekir. Aslolan, duruşmalı inceleme yapılması olup, HMK’nın 353. maddesinde sayılan istisnai hallerde, duruşmasız karar verilebilecektir.

B. Duruşma Yapılmadan Karar Verilebilecek Haller

Duruşma yapılmadan karar verilebilecek hallerin varlığında, HMK’nın 353. maddesinin birinci fıkrasının a bendine göre BAM, kural olarak ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı kaldırır ve davanın yeniden görülmesi için, dosyayı kararı veren mahkemeye veya görevli ya da yetkili mahkemesine gönderilmesi için kesin (temyiz yolu kapalı) olarak karar verir. Bu düzenlemenin, ilk derece mahkemelerinin daha özenli, daha dikkatli çalışmasını teşvik edici bir yönü bulunmaktadır. Böylelikle, uygulamada sıklıkla rastlanan, yargılama aşamasında yapılan açık hatalar da BAM tarafından üstlenilmeyecek; ilk derece mahkemesi ise, yapılan bu hataların BAM tarafından çözümlenmeyeceği, dosyanın yeniden önüne geleceği bilinciyle, hata yapma çabasına girecek ve daha verimli çalışma gayreti sarf edecektir.⁶⁹

Duruşma yapılmadan karar verilebilecek haller, iki grupta toplanmıştır:

⁶⁷ Özeker, Pekcanitez Usul, s.2244.

⁶⁸ Ermenek,s.11.

⁶⁹ AB-Eşleştirme Projesi, s.50.

1. Davanın Esasına Girmeden Duruşmasız İnceleme Yapılacak Haller

İlk derece yargılaması sırasında gerçekleşen ve yargılamayı önemli derecede etkileyen ağır usul hatası⁷⁰ olarak nitelenebilecek ve HMK'nın 353. maddesinin birinci fıkrasının a bendinde altı bent⁷¹ halinde sayılan durumlardan birinin varlığı halinde, BAM, işin esasını incelemeyen, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için, dosyanın kararı vermiş olan ilk derece mahkemesine ya da duruma göre, BAM'ın kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesi ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine, kesin (temyiz yolu kapalı) olarak karar verir. Bu durumlarda, dosya kendisine gönderilen mahkemede davanın yeniden görülmesi gerekecektir.⁷²

- Davaya bakması yasak olan hakimin karar vermiş olması: HMK'nın 34. maddesinde, hakimin, talep olmasa bile, davadan çekilmesi gereken haller düzenlenmiştir. Bu hallerden birinin varlığına rağmen, hakim yine de karar vermişse, çok açık olan bu yargılama hatası nedeniyle, ayrıca duruşma günü tespiti ve tebliği ile zaman kaybının önlenmesi amacıyla, duruşmasız inceleme yapılacaktır. *Albayrak/Arslan'*a göre bu halde, BAM'ın dosyayı, kararı veren mahkemeden başka bir mahkemeye göndermesi isabetli bir karar olmaz; zira BAM, hakimin yasaklılığı halinde, davaya bakmakla görevli olacak hakimi belirleme yetkisine sahip değildir; bu mesele, HMK'nın 21. maddesinin birinci fıkrasının a bendi ve HMK'nın 22. maddesi uyarınca, merci tayini (yargı yeri belirlenmesi) müessesesi ile çözüme kavuşturulmalıdır.⁷³ *Kuru* bu durumda, kesin kararlar dosyanın yargı çevresinde uygun görülecek başka bir mahkemeye gönderileceğini; *Yılmaz, Çiftçi ve Budak/Karaaslan* ise benzer şekilde, ilk derece mahkemesinin kaldırılarak, dosyanın varsa aynı yargı çevresinde, yoksa BAM'ın yargı çev-

⁷⁰ Konuralp, BAM'da Usul, s.259; Akkaya, s.244; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.469; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2258.

⁷¹ HMK Taslağı Gerekçesi 357. maddeye göre, "yargılamanın süratlendirilmesi düşüncesiyle, bazı önemli ve klasik usuli hata ve eksikliklerin mevcudiyeti halinde üst mahkemeye, duruşma yapmadan, dosyayı yeniden görmesi için, ilk derece mahkemesine gönderme yetkisi tanınmıştır." TBMM kayıtları, www.mevzuat.tbmm.gov.tr (Erişim Tarihi: 01.02.2018)

⁷² Cenk Akil, İstinaf Kavramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s.321.

⁷³ Albayrak/Arslan, s.139.

resinde, uygun görülecek, yasaklı olmayan bir hakime (mahkemeye) gönderilmesinin (davanın naklinin) söz konusu olacağını belirtmektedir.⁷⁴ Uygulamada merci tayini yoluna başvurulmamakta ve dosya, BAM tarafından, kesin kararlar, gönderilen mahkemeyi de bağlayacak şekilde, uygun görülecek, yasaklı olmayan hakime (mahkemeye) gönderilmektedir. *Kanaatimizce*, aslında HMK'nın 30. maddesinde düzenlenen usul ekonomisi ilkesine uygun olan bu düzenleme, diğer yandan, HMK'nın 21. maddesine, aykırılık teşkil etmektedir. Bu aykırılığın giderilmesi gerekmekte ve özellikle istinaf aşamasındaki hakim'in yasaklılığı ve reddi hallerinin, HMK'nın 21. maddesinin birinci fıkrasının a bendinde ifade edilen "engel haller" e istisna teşkil edeceğinin, yasal olarak düzenlenmesi icap etmektedir.

- İleri sürülen haklı ret istemine rağmen, reddedilen hakim'in davaya bakmış olması: HMK'nın 36. maddesi, hakim'in reddi sebeplerini sıralamıştır. Bu sebeplerden birinin varlığı halinde, reddedilen hakim'in, red talebine rağmen davaya bakması iki şekilde olabilir: Hakim, usulüne uygun olarak reddedilmesine rağmen, bu red talebini hiç incelemeyen karar vermiş olabilir veya usulüne uygun red talebini incelemiş, fakat red talebini haksız olarak geri çevirmiş olabilir. Her iki durumun varlığı halinde de BAM, duruşmasız olarak, dosyanın kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermekle yetinmelidir. Zira aynen davaya bakması yasak olan hakim'in karar vermiş olması durumunda olduğu gibi, BAM'ın davaya bakmakla görevli olacak hakimi belirleme yetkisi yoktur. HMK'nın metni dikkate alınır, meselenin, HMK'nın 21. maddesinin birinci fıkrasının a bendinin ve HMK'nın 22. maddesinin içeriği doğrultusunda, merci tayini (yargı yeri belirlenmesi) müessesesi ile çözümlenmesi gerekmektedir.⁷⁵ *Kuru*, bu durumda da ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak, kesin kararlar, dosyanın yargı çevresinde uygun görülecek başka bir mahkemeye gönderileceği yorumunu yapmıştır.⁷⁶ Uygulamada ise BAM, ayrıca merci tayini talebinde bulunulmasını beklemeksizin, taraflar bakımından kesin olacak; gönderilen mahkemeyi de bağlayacak şekilde, dosyayı uygun göreceği mahkemeye göndermektedir.⁷⁷ Hakim'in

⁷⁴ Kuru, s.690; Çiftçi, s.818; Yılmaz, HMK Şerhi, s.3272; Budak/Karaaslan, s.350, 351.

⁷⁵ Albayrak/Arslan, s.141.

⁷⁶ Kuru, s.690.

⁷⁷ Budak/Karaaslan, s.352.

yasaklılığının anlatıldığı üst bölümdeki yasal düzenleme gerekliliği doğrultusundaki *görüşümüz*, hakimın reddi bölümü için de geçerlidir.

- Görev, yetki ve yargı çevresi ile ilgili hatalı karar verilmesi:

-İlk derece mahkemesi, görevli veya yetkili olmasına rağmen, görevsizlik ya da yetkisizlik kararı vermiş olabilir. Bu durumda BAM, ilk derece mahkemesinin görevsizlik ya da yetkisizlik kararını kaldırarak, davanın yeniden görülmesi için, dosyayı, görevsizlik ya da yetkisizlik kararı veren ilk derece mahkemesine gönderecektir.

- Görevli ya da yetkili⁷⁸ olmadığı halde, bir mahkemenin davaya bakmış olması da bu bent kapsamındadır. Bu durumda, görevli ya da yetkili olmayan ilk derece mahkemesinin kararı, BAM tarafından kaldırılarak, dosya, görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilecektir.

- HMK'nın ilk şeklinde, kararına karşı istinaf yoluna başvuru ilk derece mahkemesinin, BAM'ın yargı çevresi dışında kalması durumu da usule ilişkin, duruşmasız inceleme yapılacak haller kapsamında idi. 7035 Sayılı Kanun değişikliği ile, bu husus, ön inceleme sırasında dikkate alınacak konular arasına alınmış ve HMK'nın 353. maddesinin birinci fıkrasının a/3 bendindeki "mahkemenin BAM'ın yargı çevresi dışında kalması" ibaresi, metinden çıkarılmıştır. *Budak/Karaaslan'a* göre, kararı veren ilk derece mahkemesinin BAM yargı çevresi dışında kalması durumu, ön inceleme aşamasında gözden kaçarsa, BAM, HMK'nın 353. maddesinin birinci fıkrasının a/3 bendine kıyasen, fakat ilk derece mahkemesi kararını kaldırmadan, dosyanın yetkili BAM'a gönderilmesine karar vermelidir.⁷⁹

- Dava şartlarına aykırılık bulunması: HMK'nın 114. maddesinde⁸⁰ genel dava şartları sayılmaktadır. Bir de bazı yasal düzenleme-

⁷⁸ Bu başlıkta kesin yetki hallerine ayrıca dikkat edilmesi gerektiği, yetkinin kesin olmadığı hallerde, yetkisizlik itirazı süresinde ileri sürülmemişse, istinaf aşamasında da, mahkemenin yetkisi konusunda itiraz ileri sürülemeyeceği hakkında bkz. AB-Eşleştirme Projesi, s.51.

⁷⁹ Budak/Karaaslan,s.353.

⁸⁰ HMK'nın 114. maddesinin birinci fıkrasının a, b, h, ı ve i bentlerinde sayılan dava şartlarındaki eksikliğin tamamlanması imkânı bulunmadığından, sayılan dava şartı eksikliklerinin tespiti halinde, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak, istinaf talebinin kabulü ile davanın usuli bir nihai kararla reddine karar verilmesinin uygunluğu hakkında bkz. Budak/Karaaslan, s.353.

lerde özel dava şartları⁸¹ belirlenmiştir. Genel ve özel dava şartlarına aykırılığın bulunması halinde, BAM, işin esasını incelemeden, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına, aykırılık bulunan dava şartının niteliğine göre davanın yeniden görülmesi için, dosyanın kararı vermiş olan ilk derece mahkemesine gönderilmesine kesin olarak karar verecektir.

- Usule aykırı şekilde verilen açılmamış sayılma, birleştirme, ayırma kararları:⁸² Bu tür kararların bulunması halinde, BAM, işin esasını incelemeden, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için, dosyanın kararı vermiş olan ilk derece mahkemesine gönderilmesine kesin olarak karar verecektir.

- Hiçbir delil toplanmadan/deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması: Delillerin hiçbiri toplanmamış ya da deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmişse, örneğini İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi'nin 05.04.2017 tarihli, 2017/125 E.-2017/155 K.no'lu kararında⁸³ da gördüğümüz üzere, BAM tarafından duruşma açılmaksızın, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararı kaldırılacaktır. İstinaf yargılaması döneminin başlamasıyla, BAM'ın, sadece istisnai olarak, hiç delil toplamayan veya delilleri hiç değerlendirmeyen, ilk derece mahkemesinin kararını duruşmasız incelemeye kaldı-

⁸¹ Örneğin itirazın iptali davası açılabilmesi için, yetkili icra dairesine yapılmış bir icra takibinin bulunması şartı vb.

⁸² İlk derece mahkemelerinin, merci tayini kararı verebilme yetkisi olmadığından, HMK'nın 353. maddesinin beşinci fıkrasının metninin ilk şeklinde fazladan yer alan "merci tayini" ifadesi, 7035 sayılı Kanun'un 29. maddesiyle, madde metninden çıkarılmıştır.

⁸³ İstanbul BAM 14.Hukuk Dairesi'nin 05.04.2017 tarihli, 2017/125 E.-2017/155 K.sayılı kararı: "..... Dosyadan aracın kaza geçirerek pert olduğu, ancak aracın hangi tarihte kaza yaptığına dair herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. Davacının beyanından da kaza tarihi anlaşılamamaktadır. 70892305 nolu poliçe 23/08/2013-23/08/2014 tarihleri arasında kapsamakta olup kazanın bu tarihler arasında gerçekleşip gerçekleşmediğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu sebeple 77 ER 731 plaka sayılı araca ait hasar dosyasının celbi gerekir. İlk derece mahkemesi, davacının beyanını esas alarak aracın rayiç değeri olan 39.000,00 TL'den 8.732,59 TL' i düşmek suretiyle hüküm kurmuştur. Aracın gerçekte hangi bedel üzerinden satıldığı icra dosyaları celp edilmediğinden denetlenememektedir. Bu nedenle, icra dosyaları hiç celbedilmeden karar verilmesi usule aykırı olmuştur. HMK 353/1.a.6.bendi uyarınca, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiç biri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması halinde, işin esasını incelenmeksizin ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılarak, yeniden yargılama yapılmak üzere dosya ilk derece mahkemesine iade edilir." (Kazancı İçtihat Bankası)

racağı; yetersiz de olsa delil toplamış veya değerlendirmeyi yetersiz şekilde yapmış ilk derece mahkemesinin kararı için BAM'ın, duruşmasız inceleme yapamayacağı ve işin esasına girerek duruşma açmak zorunda kalacağı düşünülmekte idi; ancak artık uygulamada, "delillerin hiç toplanmamış veya hiç incelenmemiş olması" olması hususunun geniş yorumlandığı ve delillerin sadece bazılarının toplanmaması ve değerlendirilmemesinin de ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması neticesini doğurduğu gözlenmektedir.⁸⁴ Ankara BAM 17. Hukuk Dairesi'nin kararındaki "... Ne var ki, davaya konu taşınmazın tapu kaydı ve yönetim planı tapu müdürlüğünden getirtilmediğinden, taşınmazda kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulu olup olmadığı belirlenmediği gibi, davaya konu ana taşınmaza ait kat malikleri kurulu karar defteri, işletme defteri, gelir ve giderlere ilişkin kayıt ve makbuzlar dosyaya getirilmeyerek, mantolama bedeli ile ilgili işletme projesi olup olmadığı da tespit edilmeyerek, esaslı delillerin hiç birisi toplanmadan dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırıldığı görülmektedir. Öyle ise, esaslı delillerin hiç birisinin toplanmadan alınan bilirkişi raporunun soyut saptamalara dayandığından hüküm vermeye yeterli ve denetime elverişli olduğu söylenemez. Hal böyle olunca, ilk derece Mahkemesince verilen kararın esaslı delillerin hiçbirisi toplanmadan ve delil değerlendirmesi hiç yapılmadan verilmiş olması nedeniyle HMK'nın 353/1-a/6. bendi gereğince kaldırılarak dosyanın mahalline gönderilmesine karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır"⁸⁵ ifadeleri, geniş yorumlama eğiliminin, somut bir göstergesidir.

Zaten ilk derece mahkemesinin yeterince toplamadığı/değerlendirmedeği delillerin, BAM tarafından toplanmasını beklemek ve adeta ilk derece mahkemesinin görevini, BAM'a yüklemek, istinaf derecesinin özellikle denetim işlevinin yok sayılması demektir.⁸⁶ Kanaatimizce de işin doğrusu ve istinafın ruhuna uygun olan şekli, delillerin öncelikle ilk derece mahkemesinde değerlendirilmesi, daha sonra başvuru olursa, BAM'ın incelemesinden geçirilmesidir. Delil toplamayan/delil değerlendirmeyen, delilleri yeterince toplamayan/değerlendirmeyen ilk derece mahkemesinin bu tutumu, istinafla birlikte, karşılıksız kalmayacaktır; dolayısıyla artık ilk derece mahkemelerinin hâkimlerinin

⁸⁴ Budak/Karaaslan, s.357.

⁸⁵ Ankara BAM 17.Hukuk Dairesi'nin 07.03.2017 tarihli, 2017/109 E.-2017/129 K.sayıli kararı (Kazancı İçtihat Bankası)

⁸⁶ Yılmaz, HMK Şerhi, s.3271.

çok daha fazla dikkatli olmaları gerekmektedir.⁸⁷ Aynı şekilde, dosyanın ilk derece mahkemesi ile BAM arasında muhtelif defalar gidip gelmesini engellemek ve tarafların adalet beklentilerini boşa çıkarmamak; ilk derece mahkemelerinin görevinin zamanla BAM'lara yüklenmemesi için, BAM başkan ve üyelerinin de "hiç delil toplanmaması/delillerin hiç değerlendirilmemesi" ile ilgili doğru yorum yapma ve bu hususu geniş çerçevede düşünme konusunda⁸⁸ görüş birliğine varmaları ümit vericidir. Delillerin toplanmış ancak yanlış değerlendirilmiş olması, bu başlığın kapsamı dışındadır.⁸⁹

Dikkat edecek olursak, burada görüntüde olsa da, aslında gerçek anlamda esasa ilişkin bir ilk derece mahkemesi kararının varlığından söz edemeyiz; dolayısıyla BAM bu gibi durumlarda inceleme yapmaz; sadece denetim yapar.⁹⁰

2. Davanın Esasıyla İlgili Olarak Duruşmasız İnceleme Yapılacak Haller

Davanın esasıyla ilgili olarak, duruşma açılıp; zaman, emek ve gider yapılmasını gerektirmeyen haller, HMK'nın 353. maddesinin birinci fıkrasının b bendinde, üç bent halinde sıralanmıştır:

- İncelenen mahkeme kararının, usul ve esas yönünden hukuka uygun olduğunun anlaşılması: Bu bent kapsamındaki duruşmasız istinaf başvurusunun reddi, istinaf talebinde ileri sürülen sebeplerin haklı görülmemesi, BAM'ın ilk derece mahkemesinin kararını doğru bulması⁹¹ ve kamu düzenine aykırılık oluşturan istinaf sebeplerinin bulunmaması halinde söz konusu olur. Aslında bu düzenleme, BAM'a, temyiz incelemesi sırasında Yargıtay'a tanınan onama yetkisine benzer bir yetkinin verildiği ihtimalini akla getirmesinden ötürü, istinaf müessesesinin kabul edilmiş amacına aykırılık⁹² algısı yaratmaktadır. *Kanaatimizce*, zaman içinde, istinaf sisteminin işleyişinin, BAM'ların kararları ve görev sınırının, BAM-Yargıtay ilişkisinin, layıkıyla, tam olarak anlaşılıp hukuk dünyamıza yerleşmesiyle, istinafla ilgili temel

⁸⁷ Özokes, s.64; Albayrak/Arslan, s.153; AB-Eşleştirme Projesi, s.52.

⁸⁸ Albayrak/Arslan, s.154.

⁸⁹ Bu konuda bkz. Kuru, s.690, dpn: 140.

⁹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özokes, s.469; Özokes, Pekcanitez Usul, s.2259.

⁹¹ Akil, s.323.

⁹² Konuralp, BAM'da Usul, s.261; Albayrak/Arslan, s.151.

kavramların özümsemesiyle, yargılama sürecine dahil olan herkesin üzerine düşeni yapmasıyla, bu aykırılık algısına dair tereddütler de ortadan kalkacaktır.

BAM'ın duruşma yapmadan, istinaf başvurusunun reddine karar verebilmesi için, dosyanın tekemmül etmiş olması yani ilk derece mahkemesi tarafından toplanan delillere göre, istinaf talebinde bulunan tarafın itirazının incelenerek, bir kanaate varılmasının mümkün bulunması zorunludur.

İstinaf başvurusunun reddi kararı, temyiz incelemesindeki onama kararına benzemekle birlikte, aynı tür karar değildir. Dolayısıyla, terminoloji bakımından yanlış ifadelerin yerleşmesinin önüne geçmek için, ilk derece mahkemesinin kararının usul ve esas yönünden hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılması halinde verilecek karar, "onama kararı" olarak adlandırılmamalı; "istinaf başvurusunun reddi" kararı olarak nitelendirilmelidir.⁹³

- Kanunun olaya uygulanmasında hata edilmesi ve gerekçe hatası:

-Bu bent kapsamında, BAM'ın duruşmasız şekilde, davanın esasıyla ilgili olarak karar verebilmesi için, ilk derece mahkemesinin yaptığı yargılamada bir yanlışlık bulunmamakla, yargılama usulüne uygun şekilde eksiksiz tamamlanmakla birlikte; kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olması ve hatanın düzeltilmesinde, yeniden yargılamaya ihtiyaç duyulmaması gerekmektedir.

-Bu başlık altında, duruşmasız karar verilecek ikinci durum ise, ilk derece mahkemesi kararının doğru olmakla birlikte, gerekçesinde hata edilmiş olmasıdır. Böyle bir durumda, kararın gerekçesindeki hata, istinaf mahkemesince duruşmasız düzeltilecek; kararsa aynen muhafaza edilecektir.

Bahsedilen iki durumun varlığı halinde, verilecek karar, başvurunun tümünden reddi olamaz; başvuru ya tümüyle ya da kısmen kabul edilmelidir; kararın icrasında karışıklığa sebep olmamak için de ilk derece mahkemesi kararı üzerinde düzeltme yapmak suretiyle hüküm

⁹³ Albayrak/Arslan, s.157.

fıkrası oluşturulması yoluna gidilmeyip, yeniden bir hüküm fıkrası oluşturulması yolu tercih edilmelidir.⁹⁴

- Yargılamada bulunan eksikliklerin duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte olması: Bu başlıkta BAM, ilk derece mahkemesinin yaptığı yargılamada birtakım eksiklikler olduğunu saptamıştır; ancak en önemli husus, hangi eksikliğin, duruşma yapılmaksızın tamamlanabilecek nitelikte olduğunun doğru tespitidir. Yani bu noktada BAM'ın geniş bir takdir hakkı bulunmaktadır.⁹⁵ Örneğin temerrüt tarihinin belirlenebilmesi için, gerekli olan ihtarnamenin tebliğ şerhli örneğinin ilgili noterden istenmesinin mümkün olduğu vb. durumlarda, eksikliğin basit bir yazışma ile tamamlanabileceğinin ve duruşma açılmasına gerek olmadığını kabulü gerekir.⁹⁶

Bu bent kapsamında, istinaf başvurusunun reddi, kabulü, kısmen kabulü şeklinde kararlar verilebilir: Eksikliğin tamamlanmasından sonra da ilk derece mahkemesi kararı hukuka uygun bulunursa, istinaf başvurusunun esastan reddine; hukuka uygun bulunmazsa, istinaf başvurusunun kısmen ya da tümünden kabulüne ve ilk derece mahkemesinin kaldırılmasına karar verilmesi gerekecektir⁹⁷.

İstinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin karar taraflara tebliğ edilir; bu noktada, ret kararının kesin olup olmamasına göre bir ayırım yapılmalıdır:⁹⁸

- HMK'nın 362. maddesi uyarınca, istinaf başvurusunun esastan reddi kararı kesinse, yani karar temyiz edilemiyorsa, ilk derece mahkemesinin davanın reddi veya kabulüne ilişkin kararı şekli anlamda kesinleşir.

- HMK'nın 361. maddesine göre, istinaf başvurusunun esastan reddi kararı kesin değilse, yani karar temyiz edilebiliyorsa, bu kararın taraflara tebliğinden itibaren iki hafta⁹⁹ içinde temyiz olmazsa, ilk

⁹⁴ Özkes, s.66; Albayrak/Arslan, s.162.

⁹⁵ Özkes, Pekcanitez Usul, s.2261.

⁹⁶ Akkaya, s.307; Çiftçi, s.619; Albayrak/Arslan, s.167.

⁹⁷ Albayrak/Arslan, s.167.

⁹⁸ Kuru, s.691,692; Yılmaz, HMK Şerhi, s.3273.

⁹⁹ 20.7.2017 tarihli ve 7035 sayılı Kanununun 31. maddesiyle, HMK'nın 361. maddesinde, "bir ay" olan temyiz edilebilme süresi, "iki hafta" şeklinde değiştirilmiştir.

derece mahkemesinin kararı şekli anlamda kesinleşir. Temyiz olursa, ilk derece mahkemesi kararı kesinleşmez; temyiz aşamasının sonucu beklenir.

Kanaatimizce, HMK'nın "hukuki dinlenilme" başlıklı 27. maddesi, T.C.Anayasası'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesi dikkate alınarak; duruşma yapılmasının amacı¹⁰⁰ ve uygulamada, özellikle hakimin önündeki dosya sayısının kapasitesinin üstünde olmadığı ve hakim ile taraf vekillerinin dosyayı iyi incelemiş olduğu durumlarda, ihtilafların çözümünde duruşmanın, dosya üzerinde yapılan incelemelere oranla, doğru çözüme yaklaştırıcı rolü olduğu unutulmadan, "duruşma yapmadan, davanın esası ile ilgili karar verilebilecek bu haller", dar şekilde anlaşılmalı ve hak ihlallerinin önüne geçmek için, tereddüt halinde, mutlaka duruşma yapılması tercih edilmelidir.

C. Duruşma Yapılması

HMK'nın 356. maddesi uyarınca, önceki bölümlerde açıklamasını yaptığımız ve HMK'nın 353. maddesinde sayılan durumlar dışında, istinaf incelemesi, duruşmalı yapılır. Yani kural, istinaf yargılamasının duruşmalı yapılmasıdır. *Yılmaz'a* göre, uygulamada hakimlerin yeterince hazırlanmadan duruşmalara çıkmaları, iş çokluğunun duruşmaların arasını iyice açması, yargılamanın uzama nedenleri arasındadır.¹⁰¹ İstinaf yargılamasında, bu sıkıntıların devam etmesi, istinaf kanun yolunun sorgulanmasına sebep olur; dolayısıyla bunun önüne geçebilmek için, BAM'ların sayısının yeterli olması ve gerçekten uzman ve çalışkan hakimlerin görev almalarının sağlanması şarttır.¹⁰²

İstinafa başvuran tarafın, dilekçesinde duruşma talep etmiş olup olmamasının önemi yoktur; somut olayın değerlendirilmesi neticesinde, koşulları oluşmuşsa, hukuki dinlenilme hakkının gereği olarak,

¹⁰⁰ Duruşma yapılmasındaki amacın, tarafların iddia ve savunmalarını, yazılı beyanlar dışında bir kez de sözlü olarak hâkime aktarmalarına imkân tanıyarak, hâkime de bu iddia ve savunmalarda açık olmayan tereddüt oluşturan konularda soru sormasını sağlamak olduğu yönünde bkz. Ejder Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, C:1, s.888.

¹⁰¹ Yılmaz, *İstinaf*, s.76.

¹⁰² Yılmaz, *İstinaf*, s.76.

duruşma yapılacaktır.¹⁰³ Bu hükme riayet edilmeksizin, koşulları oluşmasına rağmen duruşma yapılmadan karar verilmesi, hukuki dinlenilme hakkı ile adil yargılanma ilkesinin ihlali olacaktır ve bu ihlal, bozma sebebi yaratacaktır.¹⁰⁴

1. Duruşmaya Davet

HMK'nın 356. maddesinin birinci fıkrasına göre, BAM tarafından duruşma günü verilmesi halinde, duruşma günü, 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilmiş olma şartının yerine getirilmesi kaydıyla, taraflara bildirilecektir. HMK'nın 358. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemede ise, taraflara çıkartılacak meşruhatlı davetiyede, duruşmada hazır bulunmadıkları takdirde, tahkikatın yokluklarında yapılarak karar verileceği hususu ile istinaf yoluna başvuran tarafa çıkartılacak davetiyede, ayrıca yapılacak tahkikatla ilgili olarak, BAM tarafından belirlenen gideri, duruşma gününe kadar avans olarak yatırması gerektiğinin açıkça belirtileceği ifade edilmektedir.

2. Tarafların Duruşmaya Gelmemesi ve Duruşma

Taraflardan birinin davetiye tebliğine rağmen, duruşmaya gelmemesi halinde, dosya işlemde kaldırılmayacaktır; BAM tahkikata devam edecek, masrafı mevcutsa veya re'sen harcama yapılmasını gerektiren hallerde, tespit ettiği eksiklikleri giderip, kararını verecektir.¹⁰⁵ HMK'nın 358. maddesi gereğince, duruşmaya gelmeyen taraf, kabulü mümkün bir mazerete dayanıyorsa, yeni duruşma günü tayin edilerek, ilgisine tebliğ edilecektir¹⁰⁶.

3. Tahkikatla İlgili Giderlerin Yatırılmaması

HMK'nın 358. maddesinin üçüncü fıkrasına göre tahkikatla ilgili giderler, süresi içinde yatırılmadığı takdirde, BAM, dosyanın mevcut

¹⁰³ Yayla Meraklı, s.64; Kurt Konca/Damar, s.221; Yılmaz, HMK Şerhi, s.3276; Özeker, Pekcanitez Usul, s.2255.

¹⁰⁴ Özeker, s.60; Albayrak/Arslan, s.187.

¹⁰⁵ Özeker, s.61; Akkaya, s.310; Çiftçi, s.713; Albayrak/Arslan, s.189.

¹⁰⁶ Çiftçi, s.708; Kuru, s.693; HMK 358/2'de sadece başvuran tarafın mazeretli olma hali düzenlenmişse de genişletici yorum ile tarafların eşitliği ilkesi de gözetilerek, bu durumun tüm taraflarını kapsadığını düşünmenin isabetli olacağı hakkında bkz. Albayrak/Arslan, s.189 ve Yılmaz, HMK Şerhi, s.3279.

durumuna göre karar verecek; ancak öngörülen tahkikat yapılmaksızın karar verilmesine imkan bulunmayan hallerde başvuruyu reddedecektir.

Ön inceleme aşamasında, ihtara rağmen tamamlanmayan harç ve gider eksikliği sonucunda, başvuru şartlarının yerine getirilmesi sebebiyle, istinaf talebinin reddine karar verilmektedir. *Kanaatimizce*, giderlerin yatırılması sorunu, ilk derece yargılamasına benzer ve harcanmayan kısmın kararın kesinleşmesiyle tarafa iade edilmesi prosedürüne uygun şekilde, genel olarak, ön inceleme aşamasında çözümlenmelidir. Esastan inceleme aşamasına geçilmesi halinde, sürecin seri şekilde devamı için gereken giderin dosyada bulunması lüzumu ortaya çıkacaktır. Aslında, ön inceleme aşamasında tamamlanan harç ve giderler, esastan inceleme aşaması için yeterli olmayacaksa ve HMK'nın 358. maddesine uygun davetiyeye rağmen, ilgili tarafça eksiklik giderilmezse, BAM, bu durumu, HMK'nın 114. maddesinin birinci fıkrasının g bendi ve HMK'nın 353. maddesinin birinci fıkrasının a(4) bendi uyarınca, "usuli duruşmasız inceleme yapılacak hal" kabul edip, genel dava şartlarına aykırılık nedeniyle, esasa girmeden ilk derece mahkemesi kararını kaldırmalı ve davanın yeniden görülmesi için kararı vermiş olan ilk derece mahkemesine gönderilmesine usulen, kesin olarak karar vermelidir. İlk derece mahkemesi de (ön inceleme aşamasında, giderlerin yatırılmaması veya eksik bırakılmasına ilişkin uygulamayı ve doktrindeki farklı görüşleri tartıştığımız bölümdeki¹⁰⁷ açıklamalarımıza kıyasen), ön inceleme aşamasındaki uygulamaya benzer şekilde tarafın eksikliği tamamlamasını sağlamaya çalışmalıdır. Ancak HMK'nın 358. maddesinin üçüncü fıkrasının lafzı, bu yoruma açık değildir; ayrıca HMK'nın 353. maddesinin birinci fıkrasının a(4) bendiyle de çelişmektedir. Ön inceleme aşamasında tamamlanan harç ve giderler, esastan inceleme aşaması için yeterli olmayacaksa ve dosyanın usuli bir kararla, kararı veren ilk derece mahkemesine (kararı kaldırılıp) yeniden görülmesi için gönderilmesi mümkün olmayacaksa, o halde taraflara HMK'nın 358. maddesine göre çıkartılacak davetiyenin içeriğinin çok açık, anlaşılır şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Davetiyede, tahkikat için gerekli giderin tutarı, giderin

¹⁰⁷ Çalışmamızın "Başvuru Şartlarının Yerine Getirilip Getirilmediği" başlıklı bölümü ile dpn:33.

verilen sürede yatırılmaması halinde, istinaf başvurusunun dosyanın mevcut durumuna göre reddedilebileceği mutlaka belirtilmelidir. Bu ihtara rağmen, kabul edilebilir bir mazereti olmayan; eksikliği, ihmali, özensizliği, dikkatsizliği sebebiyle tamamlamayan tarafın başvurusu, *Albayrak/Arslan*'ın görüşü doğrultusunda, giderin yatırılmaması, dolaşısıyla tahkikatın yapılamaması, iddiaların ispatlanamaması sebebiyle, esastan reddedilecektir.¹⁰⁸

Bu başlıktaki önemli sorun, giderlerin yatırılması amacıyla, duruşma için belirlenen güne kadar, istinaf yoluna başvurana verilecek sürenin, kesin süre olup olmadığının açıklığa kavuşturulmasıdır: HMK'nın 94. maddesi birinci fıkrası ile 358. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, kanunla gösterilen sürelerin kesin olması ve giderlerin yatırılması ile ilgili sürenin de kanunla kabul edilmiş süre olması sebebiyle, HMK'nın 358. maddesinin birinci fıkrasındaki sürenin kesin süre olduğu rahatlıkla söylenebilir.¹⁰⁹ Bu çerçevede yeni süre verilmesi mümkün olmayacağından, giderlerin yatırılması amacıyla belirlenen sürenin kaçırılmaması için gereken hassasiyet gösterilmelidir.

D. İstinaf Mahkemesinde Yapılamayacak İşlemler

BAM'ın istinaf incelemesi neticesinde, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırması ile temyiz neticesindeki bozma kararı, birbirinden farklıdır: Bozmada hukuka aykırı bulunan ilk derece mahkemesi kararı sadece kaldırılmakta; istinafta ise ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmakta, hukuka aykırı görülen hususlar için yeniden tahkikat yapılmakta ve yeni bir karar verilmektedir. İstinaf incelemesinin bu boyutu, yargılamanın daha da uzama tehlikesini yaratması dolayısıyla eleştirilmiştir. Bu tehlikeyle karşı karşıya kalmamak için, ilk derece yargılamasında tarafların ve mahkemenin, yargılamayı sağlıklı yürütmek amacıyla çaba harcaması gerekmektedir.

BAM düzeyinde ise HMK, açıkça ve tahdidi olarak belirttiği bazı sınırlamalarla¹¹⁰, tarafların tasarruf ilkesini kısıtlayarak, istinaf yargı-

¹⁰⁸ Albayrak/Arslan, s.190.

¹⁰⁹ Albayrak/Arslan, s.191; Çiftçi, s.718.

¹¹⁰ İlk derece mahkemesince, usulünce gösterildiği halde, incelenmeden reddedilen veya mücbir sebeple gösterilemeyen delillerin BAM'de incelenebileceği hakkında

lamasına amacı itibarıyla bir katkısı olmayacak,¹¹¹ HMK'nın 357. maddesinde sayılan bir kısım taraf işlemleri ile mahkemenin yapabileceği usul işlemlerini açıkça yasaklamıştır. İstinaf aşamasında, kural olarak ilk derecedeki yargılama denetlenmekte; denetlenirken de ilk derecedeki yargılama tümüyle tekrarlanmamakta, hata ve eksiklik olan noktalarda yargılama ve düzeltme yapılmaktadır.¹¹² İlk derecede incelenmeyen bir hususun, istinaf aşamasında incelenmesi durumunda, aslında ilk derece mahkemesinin yanlış veya doğru işleminden söz edilemeyeceği için; ilk derecenin denetimi değil, yeni bir yargılama yapılması durumuyla karşılaşılacaktır; ama daha önce de ifade ettiğimiz üzere, istinaf yeni ve farklı bir yargılama değil; ilk derecedeki yargılamanın denetlenmesi ve devamıdır.¹¹³ İstinafta bazı işlemlerin yasaklanmasındaki bir diğer sebep de yargılamanın uzamasını ve olası taraf suiistimallerini engellemektir.¹¹⁴

1. Karşı Dava Açma Yasağı

HMK'nın 357. maddesinin birinci fıkrasının açık hükmü karşısında, BAM'da, istinaf incelemesi sırasında, karşı dava açılması mümkün değildir. İlk derece yargılamasında açılmamış bir karşı dava, istinaf yargılamasında açılırsa, iki davanın birlikte yürümesi gerekecek; bu durum ilk açılan davanın gecikmesine neden olacaktır. İstinaf yargılamasının amacına uygun olarak, bu yargılamaya getirilen, "süreçleri uzatma" eleştirisinin hayat bulmaması, tahkikatın daha kısa sürede bitirilebilmesinin temini için ve ilerideki bölümde bahsedilecek "yeni vakıaların ileri sürülmesi yasağını" dikkate aldığımızda, dar anlamda istinaf modelinin ruhuna uygun olarak, BAM'da karşı dava açılabilmesinin önu kapatılmıştır.

Öte yandan, BAM, ilk derece mahkemesi tarafından incelenen ve karara bağlanan davalar hakkında denetim görevini gerçekleştirir. İstinafta karşı dava açma yolunun açılması halinde, karşı dava ilk derece mahkemesi yerine BAM tarafından incelenecektir ki, böyle bir durum, istinaf kanun yolunun, bir üst derece mahkemesi olma özelliği ile bağdaşmayacaktır.¹¹⁵

¹¹¹ bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s.596.

¹¹² Yılmaz, İstinaf, s.69-70; Akkaya, s.293; Yayla Meraklı, s.35.

¹¹³ Özekes, Pekcanitez Usul, s.2246.

¹¹⁴ Özekes, Pekcanitez Usul, s.2246.

¹¹⁵ Yayla Meraklı, s.35.

2. Müdahale Talebinde Bulunma Yasağı

HMK'nın 65. maddesi, asli müdahale konusunu düzenleyerek, *"bir yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia eden üçüncü kişinin, hüküm verilinceye kadar bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede dava açabileceği ve asli müdahale davası ile asıl yargılamanın birlikte yürütülüp ve karara bağlanacağı"* hususunu hükme bağlamıştır. HMK'nın 66. maddesinde ise fer'i müdahaleyi açıklayarak *"üçüncü kişinin, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer'i müdahil olarak davada yer alabileceğini"* ifade etmiştir. Bu iki maddeye baktığımızda, asli müdahale talebinin hüküm verilinceye kadar; fer'i müdahale talebinin ise, tahkikat sona erinceye kadar yapılabileceğini söylemek mümkündür. İstinaf incelemesine geçildiğinde artık, tahkikat, hüküm verilme aşamaları tamamlanmıştır. Dolayısıyla HMK'nın 357. maddesinin birinci fıkrasında da ifade edildiği üzere, istinaf incelemesinde, müdahale talebinde bulunulamaz.¹¹⁶

Bu arada belirtmek gerekir ki, kanun hükmü ile açıkça yasaklanmış olmasa da, müdahale talebinin yasak olması nedeniyle, istinaf incelemesinde, davanın ihbar edilebilme imkânı da yoktur; zira dava kendisine ihbar edilen kişi, davayı ihbar edenin yanında bulunup ona yardım edemez, hiçbir işlem yapamaz.¹¹⁷

3. İslah Talebinde Bulunma Yasağı

HMK'nın 176. ve 177. maddelerine göre ıslah, tahkikat sona erinceye kadar, tarafların gerçekleştirmiş oldukları usul işlemlerini, kısmen veya tamamen değiştirmesidir. İslah müessesesi, istinafın mantığına ve ilkelerine ters bir durum olmasından dolayı (ıslahın tarafın yaptığı usul hukuku hatalarını düzelten bir kurum olması, buna karşılık istinaf kanun yolunun, ilk derece mahkemelerinin usule ve esasa ilişkin hatalarını düzelten bir yargılama faaliyeti olmasından dolayı) ve yargılamanın gecikmesini önlemek amacıyla,¹¹⁸ HMK'nın 357. maddesinin birinci fıkrasına göre, istinaf yargılaması esnasında yasaklanmıştır. İstinafta ıslahın yasaklanmasının bir başka sebebi de istinafta yeni va-

¹¹⁶ Asli ve fer'i müdahale yönünden inceleme için bkz. Yayla Meraklı, s.39-44.

¹¹⁷ Özekes, s.70; Akkaya, s.296,297; Albayrak/ Arslan, s.194; Yayla Meraklı, s.45.

¹¹⁸ Albayrak/ Arslan, s.194; Yayla Meraklı, s.46; AB-Eşleştirme Projesi, s.56.

kıa ileri sürülememesi, talep sonucunun değiştirilip genişletilememesidir; yeni vakıa ileri sürülemeyen, talep sonucu değiştirilip genişletilemeyen bu hallerde, bunların istisnası olan ıslah yoluna başvurmak da mümkün değildir.

Ancak BAM'ın ilk derece mahkemesinin kararını inceleyip, koşulları oluşmuşsa, dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi halinde, ilk derece mahkemesinde, daha önce ıslah yapılmamış olmak kaydıyla ıslah yapılabilir. ¹¹⁹ *Akkaya*, bu noktada ıslah yapılabilirliğinin kabulünün, dava malzemesinin, ilk derece mahkemesinde eksiksiz toplanması ve sonraki istinaf denetiminin daha sağlıklı yapılabilmesi için faydalı olacağı düşüncesindedir. ¹²⁰ Ayrıca *Akkaya*, *Özekes*'in de iştirak ettiği üzere, istinaf aşamasında, vakıa ve delillerin yeniden incelenip de ilk derece mahkemesinin kararının çok üstünde bir meblağın ortaya çıkması halinde, hem istinafın amacına aykırı olmaması hem de gereksiz yeni davaların açılmasının önlenmesi amacıyla, tarafa ıslah yolunun kapatılmaması gerektiğini ifade etmektedir; yani tarafın bu durumlarda, tüm yargılama boyunca çok daha titiz değerlendirme yapacağı aşikâr olarak, ilk derece mahkemesinde kullanmamış olması şartıyla, ıslah hakkını istinaf aşamasında kullanması kabul edilebilir. ¹²¹

4. Birleştirme Talebinde Bulunma Yasağı

Kural olarak, HMK'nın 357. maddesi birinci fıkrası düzenlemesi uyarınca, istinaf incelemesi sırasında, davaların birleştirilmesi istenemez. HMK'nın 166. maddesinin birinci fıkrası, bu kuralın istisnasıdır. İlgili hüküm gereğince;

- Birleştirilmesi düşünülen davaların aynı yargı çevresinde yer alan, aynı düzey ve sıfattaki mahkemelerde açılmış bulunması,
 - Açılan davalar arasında bağlantı bulunması,
- şartlarıyla, istinaf incelemesi sırasında birleştirme talebi kabul edilebilir veya re'sen birleştirme kararı verilebilir.

Somutlaştırmak gerekirse, Gaziantep BAM'da görülmekte olan bir dava ile Ankara BAM'da görülen bir davanın birleştirilme-

¹¹⁹ *Akkaya*, s.298; *Albayrak/Arslan*, s.194; *Yayla Meraklı*, s.52.

¹²⁰ *Akkaya*, s.298,299.

¹²¹ *Akkaya*, s.298; *Özekes*, *Pekcanitez Usul*, s.2248.

si, birleştirme prosedürünün uzun sürmesi, yargılamanın gecikmesi tehlikesi, fazladan masraf gerektirmesi sebepleriyle, mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde, BAM'da görülen bir dava ile aynı BAM'ın yargı çevresinde olsa bile, ilk derece mahkemesinde görülen bir davanın, farklı yargılama aşamalarında bulunulması sebebiyle, birleştirilmesi düşünülemez. Öte yandan Gaziantep BAM'ın bir dairesinde görülen bir dava, aynı dairede görülen bir başka dava ile veya aynı BAM'ın farklı hukuk dairelerinde görülmekte olan davalar, birleştirilebilir. BAM hukuk daireleri, uzmanlık esasına göre çalışmaktadır ve birleştirilmesi talep edilen dosyalara farklı hukuk daireleri tarafından bakılıyorsa, birleştirilen dosyalar, uyuşmazlığı yaratan asıl hukuki ilişkiye ait dosyayı inceleyen daire tarafından ele alınmalıdır.¹²²

Birleştirme yasağının sıkıntı yaratabileceği bir konu, özellikle birleştirilerek görülmesinde zorunluluk bulunan pek çok dosya bakımından, ilk derece yargılaması esnasında, birleştirme kararı verilmemiş olmasıdır; bu durumlarda, dosyalardan birinin ilk derece yargılaması sürerken, diğerinde istinaf aşamasına geçilmiş olması veya istinaf yargılamasının farklı yargı çevrelerinde olması sebepleriyle birleştirme kararı verilemeyecek ve dolayısıyla isabetli, sağlıklı kararlar ortaya çıkamayacaktır; böyle problemlerin yaşanmaması için, ilk derece yargılaması esnasında birleştirilmesi gerekip de birleştirilmeyen dosyalar için BAM'a, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak, birleştirme kararı verilmesi hususunda yetki verilmesine ilişkin yasal düzenlemeler yapılması gerekmektedir.¹²³

Bu arada davaların ayrılması konusuna değinecek olursak, istinaf aşamasında davaların ayrılmasına ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir. HMK'nın 360. maddesi düzenlemesi nedeniyle, davaların ayrılmasına ilişkin, ilk derece yargılamasına dair kurallar, BAM'de uygulanacak ve HMK'nın 167. maddesi hükmü, BAM'de davaların ayrılması bakımından geçerli olacaktır. Yani BAM ilgili hukuk dairesi, yargılamanın daha sağlıklı şekilde yürüyeceği inancındaysa, davaların ayrılmasına karar verebilecek ve ayrılan davalardan birini başka bir hukuk dairesine göndermeksizin, söz konusu davalara bakmaya devam edecektir.

¹²² Özkes, s.70; Akkaya, s.300; AB-Eleştirme Projesi, s.57.

¹²³ Albayrak/ Arslan, s.197.

5. Yeni Vakıaların İleri Sürülmesi Yasağı

HMK 357. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesine göre, istinaf incelemesinde, taraflar ilk derece mahkemesinde ileri sürmedikleri vakıaları gündeme getiremezler. Amaç, tüm iddia ve savunmaların ilk derece mahkemesinde ileri sürülmesini sağlayarak, ilk derece yargılamasının daha verimli geçirilmesinin temini, tarafların davayı uzatma girişimlerinin önlenmesi ve istinaf incelemesinin kısa sürede bitirilmesidir. İlk derece mahkemesinde ileri sürülseydi incelemeye dâhil olacak olan iddia ve savunmaların, istinaf incelemesinde ileri sürülebileceği kabul edilseydi, herhangi bir hukuki hatası olmadığı halde, ilk derece mahkemesi yargılamasının denetlenmesi gibi anlamsız bir durum ortaya çıkardı.¹²⁴

Belirtmek gerekir ki yeni vakıaların ileri sürülmesi yasağı, sadece taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalar bakımından geçerlidir; kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda bu yasak yoktur.¹²⁵ Ayrıca kamu düzeni ile ilgili hususlar ile ilk derece mahkemesindeki yargılama sırasında olmayıp, sonradan ortaya çıkan ve uyumsuzluğu etkileyen vakıalar ve ilk derecede ileri sürülen vakıaların çerçevesi içinde kalan ve üzerinde fazla durulmamış alt vakıaların incelenmesi bu yasak kapsamında değildir.¹²⁶

Özekes, ilk derecedeki yargılama esnasında mevcut olmakla birlikte, tarafın elinde olmayan sebeplerle bilemediği vakıalar ile ilk derecede mevcut olmamakla birlikte istinaf aşamasında ortaya çıkan vakıaların, HMK'nın 357. maddesinin birinci fıkrasının lafzı ve 357. maddesinin üçüncü fıkrasının "irade dışında mücbir sebeplerle ileri sürülemeyen delillerin istinafta ileri sürülebilmesine izin veren" düzenlemesi doğrultusunda, istinafta ileri sürülüp değerlendirilebileceği düşüncesindedir ve Kanun'un amacının da aslında tarafın ihmali, özensizliği gibi kendisinden kaynaklanan durumları ile kendisinden kaynaklanmayan irade ve bilgi dışı olma hallerini ayırmak olduğunu belirtmektedir.¹²⁷

¹²⁴ AB-Eşleştirme Projesi, İstinaf Mahkemeleri, s.55.

¹²⁵ Özekes, s.69; AB-Eşleştirme Projesi, s.55; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2251.

¹²⁶ Özekes, s.69; AB-Eşleştirme Projesi, s.55; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2251.

¹²⁷ Özekes, Pekcanitez Usul, s.2252.

6. Yeni Delil Gösterme Yasağı

HMK'nın 357. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesine göre, BAM tarafından re'sen gözönünde tutulacaklar dışında, taraflar daha önce ilk derece mahkemesinde ileri sürmedikleri yeni delillere dayanamayacaklardır. Re'sen gözönünde tutulacak deliller, kamu düzenini ilgilendiren delillerdir.¹²⁸

Öte yandan HMK'nın 357. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, *“ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine imkan bulunmayan deliller, BAM tarafından incelenebilir”* denilerek, yeni delil gösterme yasağına iki istisna getirilmiştir:

- İlk derece mahkemesinde, usulüne uygun şekilde gösterilmiş olmasına rağmen, ilk derece mahkemesince bu delillerin toplanması talebi, hiç gerekçe gösterilmeden ya da hukuka aykırı gerekçe ile reddedilmişse, BAM, bu delilleri toplayıp değerlendirmeye alabilecektir. Aslında bu istisnada yeni delil gösterilmesi durumu yoktur; ilk derece yargılamasında ileri sürülüp, hukuki dinlenilme hakkının ihlali mahiyetinde, dikkate alınmayan veya hukuka aykırı gerekçeyle reddedilen delil söz konusudur.

- İlk derece mahkemesinde, tarafın elinde olmayan, mücbir sebeple mahkemeye sunamadığı bir delilin, BAM'da ileri sürülmesine imkân verilmiştir. Bu istisnanın, taraflarca kötüye kullanılmaması için, istinaf incelemesinde de mücbir sebep kavramı dar yorumlanmalıdır ve sadece doğal afet (deprem, sel vb.), sosyal patlama (genel grev vb.), hastalık, ambargo, kaza, yangın gibi ciddi olaylar mücbir sebep olarak kabul edilmelidir.

7. Yetki Sözleşmesi Yapma Yasağı

HMK'nın 357. maddesinin ikinci fıkrası, BAM için yetki sözleşmesi yapılamayacağını ifade etmiştir. Yasa, bu hükümle, BAM'ın yetkisini kesin saymışsa da, yetkinin kesin olmadığı hallerde, ilk derece mahkemesinin yetkisinin sözleşme ile belirlenmesi durumunda, zımnen BAM'ın yetkisi de düzenlenmiş olacaktır.¹²⁹

¹²⁸ Albayrak/Arslan, s.202.

¹²⁹ Albayrak/Arslan, s.204.

E. Karar

İstinaf incelemesi sonunda verilecek kararın içerik ve şekli, HMK'nın 359. maddesinde düzenlenmiştir. İstinafın bir kanun yolu olması sebebiyle, temyize benzeyen yönleri olmakla birlikte; her iki müessese arasında temel farklılıklar da mevcuttur: Temyizde yapılan denetim hukuki nitelik taşımakla birlikte, istinaftaki denetim vakıa ve hukuki denetim niteliğindedir; yani istinafın niteliği gereği, yeniden yargılama yapılması ve duruma göre yeni bir karar verilmesi söz konusu olabilecektir.

Üzerinde durulması gereken önemli bir nokta, hem teknik bakımdan hem de karışıklığa sebep olmaması için, BAM kararlarının, Yargıtay kararlarıyla benzeştirilmeye çalışılmamasıdır: Yargıtay, temyiz incelemesi sonunda, temyiz başvurusunu haksız ve temyiz konusu kararı doğru bulursa, temyiz konusu yapılan mahkeme kararının onanmasına; aksi takdirde, kararın bozulmasına hükmetmektedir. BAM'da ise istinaf talebi yerinde görülmezse, onamaya değil, istinaf başvurusunun esastan reddine; istinaf talebi yerinde görülürse de bozmaya değil, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verilmekte ve kaldırılan kararın yerine yeni bir karar verilmesi söz konusu olabilmektedir.

BAM'ların göreve başladığı döneme kadar, Yargıtay, zaman zaman, içtihat yaratma vazifesini kenara bırakarak, delillerin takdir edilmesine varıncaya kadar, ilk derece mahkemesi kararlarını incelemekteydi.¹³⁰ BAM'ların göreve başlamasının ardından, artık Yargıtay, içtihat ve içtihat birliği yaratma görevine odaklanmalı; BAM'lar için tanımlanan yargısal faaliyet alanlarına müdahale etmemelidir. BAM'lar ise Yargıtay'ın içtihat birliği yaratma faaliyetinin zarar görmemesi için özen göstermelidir. Bu hususlara dikkat edilmezse, Yargıtay'ın ve BAM'ın sık sık, birbirlerinin faaliyet alanına girmesiyle, bir süre sonra, istinaftan beklenecek amaca ulaşamayacak; yargılama dünyasında iki başlılık oluşacak ve Yargıtay'ın sadece içtihat birliğini ve hukukun gelişmesini sağlayan üst bir denetim organı haline getirilmesi hedefine erişilemeyecektir.

1. Kararın Verilmesi ve İçeriği

HMK'da istinaf incelemesi sonunda, kararın nasıl verileceği hususunda ayrıntılı düzenleme yoktur; sadece Kanun'un 359. madde-

¹³⁰ Albayrak/Arslan, s.207; AB-Eşleştirme Projesi, s.59.

sinde kararın neleri içereceği sayılmıştır. HMK'nın 360. maddesinde ise, daha önce ifade ettiğimiz üzere, “*aksine hüküm bulunmayan hâllerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulü, bölge adliye mahkemesinde de uygulanır*” denilerek, kararın verilme yöntemi konusunda, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulüne atıf yapılmıştır.

a. İstinaf İncelemesi Sonunda Kararın Verilmesinde Dikkat Edilecek Hususlar

HMK'nın 360. maddesinin atfı sebebiyle, HMK'nın 294. maddesi çerçevesinde, BAM, usule veya esasa ilişkin bir nihai kararla yargılamayı sona erdirir. Hüküm, yargılamanın sona ermesiyle, duruşmalı inceleme yapılan durumlarda duruşmada verilir ve hazır bulunan taraflara tefhim olunur. Hükümün tefhimi, herhâlde hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur. Zorunlu nedenlerle sadece hüküm sonucunun tefhim edildiği hâllerde, gerekçeli kararın tefhim tarihinden başlayarak bir ay içinde yazılması gerekir. Sadece hüküm sonucunun tefhim edildiği zorunlu hallerde, yani gerekçeli kararın daha sonra yazılacağı hallerde, kısa karara uygun gerekçeli karar yazılmalı; bu uygunluğun sağlanmasına azami ölçüde dikkat edilmelidir.¹³¹ Duruşmasız işlerde ise, inceleme dosya üzerinden yapılmaktadır ve kararın tefhimi söz konusu değildir; gerekçeli karar ancak taraflara tebliğ edilmek suretiyle varlık kazanır ve dış dünya ile taraflar bakımından bir anlam ifade eder. Tebliğin neticesi olarak ya karar kesinlik kazanır ya da kararın temyizi kabil ise temyiz süresi, tebliğ ile işlemeye başlar.

HMK'nın 361. maddesine göre, BAM hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde temyiz yoluna başvurulabilir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, kararın kesinleşebilmesi ve temyize başvurulabilmesi için, Tebligat Kanunu hükümlerine uygun tebliğ şarttır.

HMK'nın 295. madde ile 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 46. maddesi ise, BAM'ın vereceği hükümün müzakere şeklini açıklamıştır: Hüküm, gizli müzakere edilerek hazırlanır ve alenen tefhim olunur. Hükümü, yargılamanın sona erdiğinin bildiril-

¹³¹ AB-Eşleştirme Projesi, s.61.

diği duruşmada hazır bulunan hâkim veya hâkimler verir. Bu şekilde hüküm verebilecek hâkimlerin tamamı hazır bulunmadıkça, hüküm hakkında görüşme yapılamaz. Hükmün müzakeresi sırasında, yargılamanın sona erdiğinin bildirildiği duruşmada hazır bulunan hâkim bulunmuyorsa, gerekli görüldüğü takdirde, tarafların sözlü açıklamaları tekrar dinlendikten sonra müzakere edilir ve hüküm verilir. Heyet tam olarak hazır olmadıkça, müzakerenin ve oylamanın yapılamayacağı konusu önemlidir; zira toplu mahkemelerde, tek hâkimli mahkemelere oranla, karar, serbest tartışma ortamında, özgürce verilir; yargılamaya ilişkin hususlar, iddialar, savunmalar, deliller, farklı bakış açılarıyla tartışılır; yanlış karar verilme ihtimali en aza iner.¹³² Nitekim HMK'nın 296. maddesi, müzakerenin ardından, başkanın, müzakereye katılan en kıdemsiz üyeden başlayarak her üyenin ayrı ayrı oyunu alması ve en son kendi oyunu açıklaması yoluyla, serbest ve özgür tartışma ortamının yolunu açmıştır.

BAM'da karar, HMK'nın 296. maddesinin ikinci fıkrası ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 46. maddesi doğrultusunda, oybirliği veya oy çokluğu ile verilir. HMK'nın 298. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeye göre hüküm, hükmü başkan veya hükme katılmış olan hâkimlerden, başkanın seçeceği bir üye tarafından yazılır. Kararın yazılmasında, gerekçenin önemi büyüktür. HMK'nın 297. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca gerekçe, açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmeli; hem yargılamanın taraflarına hem de kararı veren önceki yargı organına cevap verecek mahiyette olmalı; içtihat yoluyla hukukun oluşmasına ve gelişmesine katkı sağlamalı; tarafları tatmin etmelidir.¹³³

Kararın oy çokluğuyla verilmesi durumunda, çoğunluk yanında yer almayan üyenin görüşüne, HMK'nın 298. maddesinin üçüncü fıkrası işaretiyle, hükümde, gerekçesi ile birlikte yer verilir.

b. Kararda Bulunması Gereken Hususlar

HMK'nın 359. maddesi, istinaf yargılaması sonunda verilecek kararda hangi hususların bulunması gerektiğini açıkça saymıştır. Bu dü-

¹³² Akkaya, s.350; AB-Eşleştirme Projesi, s.62.

¹³³ Özkes, s.78; Akkaya, s.357; AB-Eşleştirme Projesi, s.62.

zenlemeye göre karar, aşağıdaki hususları içerir:

a) Kararı veren bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi ile başkan, üyeler ve zabıt kâtibinin ad ve soyadları, sicil numaraları,

b) Tarafların ve davaya ilk derece mahkemesinde müdahil olarak katılanların kimlikleri ile Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, varsa kanuni temsilci ve vekillerinin adı, soyadı ve adresleri,

c) Tarafların iddia ve savunmalarının özeti,

ç) İlk derece mahkemesi kararının özeti,

d) İleri sürülen istinaf sebepleri,

e) Taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan veya olmayan hususlarla bunlara ilişkin delillerin tartışması, ret ve üstün tutma sebepleri, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebep,

f) Hüküm sonucu ile varsa kanun yolu ve süresi,

g) Kararın verildiği tarih, başkan ve üyeler ile zabıt kâtibinin imzaları,

h) Gerekçeli kararın yazıldığı tarih.

Ayrıca hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında, açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir.

Açık olmayan BAM kararlarının tavgizi istenebilir.¹³⁴ HMK'da tavgiz, ilk derece mahkemesi kararları için düzenlenmişse de HMK'nın 360.maddesindeki atıftan dolayı, BAM kararları için de tavgize gidilebileceği rahatlıkla söylenebilir. Tavgiz, BAM'ın kararı veren hukuk dairesinden, HMK'nın 305 ve 306. maddeleri ışığında, talep edilebilir.

2. İstinaf İncelemesi Sonunda Verilebilecek Karar Türleri

İstinaf incelemesi duruşmalı olarak yapılmış olsun veya olmasın, BAM, aşağıdaki nihai kararlardan birini vermek durumundadır:

¹³⁴ Özkes, s.77.

a. İstinaf Başvurusunun Haksız Olması Halinde Verilecek Kararlar

Bu durum iki şekilde karşımıza çıkar: Ya daha önceki bölümlerde ayrıntısıyla açıkladığımız gibi¹³⁵, ön inceleme aşamasında başvuru usule aykırı bulunup reddedilebilir veya yapılan asıl incelemede, ilk derece mahkemesi kararı, usul ve esas yönünden doğru bulunur ve istinaf başvurusu reddedilebilir. Ön inceleme aşaması, daha önceki bölümlerde irdelendiğinden, bu bölümde esas yönünden inceleme safhası ele alınacaktır.

BAM, esastan inceleme aşamasında, ilk derece mahkemesi kararını, usul ve esas yönünden doğru bulmuşsa, istinaf başvurusunun reddine karar vermemelidir. Bu karar, hem istinaf iddialarının yanlış veya eksik olduğunu tespit eder; hem de ilk derece mahkemesinin kararını tasvip eder.¹³⁶ İstinaf başvurusunun reddi kararı, temyiz edilebilen kararlardan değilse, hüküm, istinaf başvurusunun esastan reddi kararı ile kesinlik kazanacaktır.¹³⁷

b. İstinaf Başvurusunun Haklı Olması Halinde Verilecek Kararlar

İstinaf başvurusunun haklı olması, ilk derece mahkemesi kararında, usul ve esas yönünden aykırılık bulunması durumunda, BAM, öncelikle, yanlış olan ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verecektir. Kaldırma kararından sonra, bunun yerine, BAM aşağıdaki şekillerden biri şeklinde hüküm tesis edebilir:

aa. İlk Derece Mahkemesi Kararının Kaldırılarak Gönderme Kararı Verilmesi

Daha önce HMK'nın 353. maddesi birinci fıkrası a bendiyle ilgili yaptığımız açıklamalarda, altı bent halinde saydığımız, duruşma ya-

¹³⁵ Çalışmamızın "I. Ön İnceleme Yapılması ve Bu Aşamada Görülecek Hususlar" başlıklı bölümü.

¹³⁶ Kararın bu yönüyle Yargıtay'ın onama kararını andıracağına; ancak istinaf isteminin reddedilmesinden dolayı, teknik olarak onama kararı olmadığına ilişkin bkz. Konuralp, BAM'ın İşlevi s.92; Konuralp, BAM'da Usul, s.265; Pekantez/Atalay/Özkes, s.473; Özkes, s.80; Akkaya, s.321.

¹³⁷ Yılmaz, İstinaf, s.79; Akkaya, s.322; Akil, s.323; Çiftçi, s.785, 837; Kurt Konca/Damar, s.224.

pılmasını gerektirmeyen, usuli hataların söz konusu olduğu hallerde, BAM, esas incelemeyen, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak, yeni bir karar verilmesi için, dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verebilir. HMK'nın 353. maddesi birinci fıkrası a bendindeki düzenlemeye göre, gönderilecek mahkeme, duruma göre, kararı veren ilk derece mahkemesi olabileceği gibi (dava, temsil takip ya da dava ehliyetinde yanlışlık yapılmışsa; hatalı şekilde davanın, karşı davanın açılmamış sayılması, davaların birleştirilmesi veya ayrılması kararları verilmişse; ilk derece mahkemesi, gösterilen delilleri hiç toplamamış ya da gösterilen delilleri hiç değerlendirmeden karar vermişse) , BAM'ın kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesi (davaya bakmaması gereken hâkimin davaya bakması, yasaklılık ve red durumu dikkate alınarak) ya da görevli ve yetkili mahkeme (ilk derece mahkemesince verilen görevsizlik veya yetkisizlik kararı yanlışsa) olabilir. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi kararı, usule ilişkin, kesin, nihai bir karardır.¹³⁸ Bu karar, dosyanın tekrar ilk derece mahkemesinin önüne gelmesi sebebiyle, teknik anlamda olmasa da, bozma kararını andırmaktadır.¹³⁹

*Yılmaz'a göre, istinaf sisteminin başarılı olabilmesi için, BAM'ların, kendi yetkilerinden olan, "uyuşmazlığı esastan çözen yeni bir karar vermeleri" seçeneğinde yoğunlaşmaları; ilk derece mahkemesine gönderme kararını verirken, HMK'nın 353. maddesi birinci fıkrası a bendindeki düzenlemeyi olması gerekenden geniş yorumlamamaları icap etmektedir; zira aksi takdirde, yargılama süreci gereksiz yere uzayacaktır.*¹⁴⁰

ab. İlk Derece Mahkemesi Kararının Kaldırılarak Davanın Kısmen ya da Tamamen Kabulüne Karar Verilmesi

Genellikle davanın reddine ilişkin, ilk derece mahkemesi kararına karşı yapılan istinaf başvurusunun kısmen veya tamamen haklı görülmesi halinde, BAM, davanın esasına girerek, ilk derece mahkemesi kararını kaldırır ve onun yerine geçer ve davanın kısmen ya da tamamen

¹³⁸ Yılmaz, İstinaf, s.71; Akkaya, s.324; Akil, s.324; Çiftçi, s.808.

¹³⁹ Konuralp, BAM'da Usul, s.265; Çiftçi, s.808; *Kuru*, bu kararı doğrudan bozma kararı olarak isimlendirmiştir, bkz. *Kuru*, s. 697, dñn: 181.

¹⁴⁰ Yılmaz, İstinaf, s.80.

kabulüne karar verir. Mahiyeti itibarıyla onama veya bozma kararına benzememektedir ve verilecek hüküm, ilk derece yargılamasında ve istinaf başvurusunda ileri sürülmüş taleplere göre, eda hükmü, inşai hüküm ya da tespit hükmü niteliği taşıyabilir.¹⁴¹

ac. İlk Derece Mahkemesi Kararının Kaldırılarak Davanın Reddine Karar Verilmesi

Bu karar, davanın kısmen ya da tamamen kabulüne ilişkin bir ilk derece mahkemesi kararına karşı, o davada haksız çıkmış olan davalının yaptığı istinaf talebinin haklı görülmesi halinde, BAM'ın işin esasına girerek verebileceği bir karardır¹⁴². İlk derece yargılamasında ve istinaf başvurusunda ileri sürülmüş taleplere göre, tespit hükmü niteliğindedir.¹⁴³

ad. İlk Derece Mahkemesi Kararının Kaldırılarak Düzeltilmesi

Özellikle, ilk derece mahkemesi kararının bazı maddi ya da hesap hatalarını içermesi durumunda, yeni bir yargılamaya ve kararın esasını değiştirmeye gerek olmaksızın, kararın düzeltilmesi yeterli olacaktır. Bir yönü ile Yargıtay'ın düzelterek onama kararına benzetilebilir; ancak BAM, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, onama kararı veremez.

c. Başvurunun Haklı veya Haksız Olması Dışında Yargılamanın Sona Ermesi

İstinaf başvurusunun haklılığı veya haksızlığı dışında, taraf işlemleriyle ya da davanın konusuz kalmasıyla, yargılamanın başka şekillerde sona ermesi de mümkündür.¹⁴⁴ Medeni yargılama hukukunda tasarruf ilkesi geçerlidir ve bu ilke doğrultusunda taraflar, gerek ilk derece yargılaması gerek istinaf yargılaması sırasında, bir uyuşmazlığın konusunu ve sona ermesini belirleyebilirler; yani tarafların devam ettirmek istemediği bir yargılamayı, yargı organları, onlara rağmen sürdüremez.¹⁴⁵ Tasarruf ilkesi ışığında, aşağıdaki hallerde,

¹⁴¹ Konuralp, BAM'ın İşlevi, s.93; Konuralp, BAM'da Usul, s.265.

¹⁴² Konuralp, BAM'ın İşlevi, s.93; Konuralp, BAM'da Usul, s.265; Akkaya, s.335; Kurt Konca/Damar, s.226; AB-Eşleştirme Projesi, s.67,68; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2275.

¹⁴³ Konuralp, BAM'ın İşlevi, s.93; Konuralp, BAM'da Usul, s.265.

¹⁴⁴ Özekes, s.83.

¹⁴⁵ AB-Eşleştirme Projesi, s.68.

ilk derece mahkemesi kararının haklı ya da haksız olması üzerinde durulmadan,¹⁴⁶ yargılama sona erdirilmelidir:

- Davadan feragat: İlk derece mahkemesinin davayı kabulüyle davalı istinaf yoluna başvurur ve davacı istinafta davasından feragat ederse, BAM incelemeyi sona erdirip, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak, ileri sürülen istinaf sebeplerinin haklı bulunması sebebiyle değil, feragat nedeniyle davanın reddine karar vermelidir.¹⁴⁷ Davacının talep sonucundan kısmen feragati durumunda ise, feragat edilmeyen kısım hakkında istinaf incelemesi devam ederken, feragat edilen kısım için ilk derece mahkemesinin kaldırılıp, davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir¹⁴⁸.

Buna karşılık, davası ilk derece mahkemesi tarafından reddedilen ve istinafa başvuran davacı, istinaf aşamasında davasından feragat ederse, ilk derece mahkemesi kararı doğru olduğundan, BAM, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmayıp, haksız olan istinaf başvurusunun reddine karar vermelidir.¹⁴⁹

- Davanın kabulü: İlk derece mahkemesinin davanın reddine karar vermesi ve davalının istinaf incelemesi devam ederken davayı kabul etmesi durumunda, BAM, incelemeyi sona erdirerek, istinaf başvurusunun haklı bulunması sebebiyle değil, kabul sebebiyle ilk derece mahkemesinin kaldırılmasına karar vermelidir; davalı, talep sonucunu kısmen kabul ederse, kabul edilmeyen kısım için istinaf incelemesi devam eder ancak kabul edilen kısım için ilk derece mahkemesi kararı kaldırılır ve davanın kabulüne karar verilir.¹⁵⁰

Öte yandan, ilk derece mahkemesi davanın kabulüne karar verir, davalı da istinaf incelemesi sırasında davayı kabul ederse, ilk derece mahkemesi kararı doğru olduğundan, istinaf başvurusunun haksız olmasından dolayı reddine karar verilmelidir.¹⁵¹

¹⁴⁶ Özkes, s.83.

¹⁴⁷ Akkaya, s.338; Ankara BAM 19.Hukuk Dairesi'nin 17.05.2017 tarihli, 2017/772 E.-2017/576 K.sayıli kararında dosyadaki vekâletnamesinde açık yetkisi bulunan alacaklı vekilinin, istinaf yoluna başvurduktan sonra davadan feragat etmesi sebebiyle, taraf vekillerinin istinaf talebi değerlendirilmeden, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılıp, davanın reddine karar verilmiştir.

¹⁴⁸ Akkaya, s.338.

¹⁴⁹ Akkaya, s.338.

¹⁵⁰ Akkaya, s.337.

¹⁵¹ Akkaya, s.337.

- Tarafların sulh olmaları halinde: Şarta bağlı sulh yapılmışsa, hukukumuzda şarta bağlı hüküm verilemeyeceğinden, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına ve tarafların talepleri irdelenmeden, şarta bağlı sulh sebebiyle, “karar verilmesine yer olmadığı” na karar verilmelidir.¹⁵²

Sulh şarta bağlanmamışsa, BAM, tarafların taleplerini dikkate almalıdır¹⁵³: Taraflar, sulh anlaşmasına göre karar verilmesini istemezse, öncelikle ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmalı ve daha sonra “karar verilmesine yer olmadığı” belirtilerek davaya son verilmelidir. Taraflar, sulh anlaşmasının dikkate alınmasını isterlerse, bu defa, ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmalı ve sulh anlaşmasının içeriğine göre yeniden hüküm kurulmalıdır.

- Davanın konusuz kalması halinde¹⁵⁴: Eğer istinaf yargılaması sırasında, dava konusu ortadan kalkarsa (örneğin dava konusu borç ödenirse veya tahliye davasında taşınmaz tahliye edilirse), BAM, ilk derece mahkemesinin kararının haklı ya da haksız olduğunu tartışmadan, ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak “*dava konusuz kaldığından esas hakkında karar vermeye gerek bulunmadığına*” karar vermelidir

Davanın konusuz kalmasına neden olan olay, hükümden sonra fakat istinafa başvurulmadan önce gerçekleşirse, davacı taraf istinafa başvurduğu takdirde, istinaf mahkemesi yine ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak, “*dava konusuz kaldığından esas hakkında karar vermeye gerek bulunmadığına*” karar vermelidir.

Davanın konusuz kalması halinde BAM, vekalet ücreti ve harçlar gibi yargılama giderleri konusunda, ilk derece yargılamasında geçerli olan kuralları dikkate almalıdır ve yargılamaya devam ederek, davanın açılması sırasında haksız olan tarafı tespit edip, yargılama giderlerini ona tahmil etmelidir.

3. BAM Kararlarının Tebliği

20.07.2017 tarihine dek, HMK’da, BAM kararlarının tebliğ usulünü doğrudan düzenleyen bir düzenleme mevcut olmadığından, HMK’nın 360. maddesi vasıtasıyla atıf yapılan hükümlerden biri olan HMK’nın

¹⁵² Akkaya, s.339.

¹⁵³ Akkaya, s.340.

¹⁵⁴ Akkaya, s.341; AB-Eşleştirme Projesi, s.69.

301. maddesinin birinci fıkrasının içeriğinin yol gösterici olacağı ve hükmün yazılıp imza edildikten ve mahkeme mühürü ile mühürlenildikten sonra, nüshaların yazı işleri müdürü tarafından, taraflardan her birine makbuz karşılığında verileceği ve bir nüshanın da gecikmeden diğer tarafa tebliğ edileceği kabul edilmekte idi.

20/7/2017 tarihinde ve 7035 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle, HMK'nın 359. maddesinin "karar" olan başlığı, "karar ve tebliği" şeklinde değiştirilmiş ve BAM kararlarının tebliği, HMK'nın 359. maddesi üçüncü fıkrası ile doğrudan düzenlenmiştir. HMK'nın 359. maddesi üçüncü fıkraya, istinaf incelemesi sonucunda temyizi kabil olmayan kararlar, ilk derece mahkemesi tarafından; temyizi kabil olan kararlar ise BAM tarafından tebliğe çıkarılır.

F. Kötüniyetle İstinaf Başvurusu

Üzerinde önemle durulması gereken bir başlık ise, istinaf başvurusunun kötüniyetle yapılması ihtimalidir. Böyle bir durumda, HMK'nın 351. maddesi uyarınca, BAM tarafından, HMK'nın 329. maddesi uygulanacaktır. HMK'nın 329. maddesi gereğince,

"Kötüniyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. Vekâlet ücretinin miktarı hakkında uyuşmazlık çıkması veya mahkemece miktarının fahiş bulunması hâlinde, bu miktar doğrudan mahkemece takdir olunur.

Kötüniyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, bundan başka beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası ile mahkûm edilebilir. Bu hâllere vekil sebebiyet vermiş ise disiplin para cezası vekil hakkında uygulanır."

İlgili hüküm, dürüstlük kuralının, yargılama hukukundaki yansımalarından biridir.¹⁵⁵ Bu düzenlemeye, işlerlik kazandırılması, kötü niyetli başvuruları engelleyecek, istinaf yargılamasının daha verimli yürütmesini sağlayacaktır. Kötüniyetin ispatı oldukça zor bir husus olmakla birlikte; istinaf başvurusunun kötü niyetli olup olmadığını, dosya kapsamında bulunan delillere göre, BAM belirleyecektir.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s.591.

¹⁵⁶ Albayrak/Arslan, s.247.

SONUÇ

2004 yılında kabul edilen 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'la, ülkemizde iki dereceli (ilk derece ve temyiz) yargılama sisteminden, üç dereceli (ilk derece-istinaf-temyiz) yargılama sistemine geçilmiştir. Bu çerçevede, 5236 sayılı kanunla 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda değişiklik yapılmış; daha sonra yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'da kanun yolu olarak bu yeni sistem kabul edilmiştir.

İstinafta öncelikli amaç, ilk derece mahkemesince verilen kararı, hem maddi hem de hukuki yönden denetleyerek, gerekirse yeniden gözden geçirmektir. Türk hukukunda dar anlamda istinaf sistemi kabul edilmiştir: Dar anlamda istinaf sisteminde ise, her şey yenilenmemekte, ilk muhakeme baştan sona aynen tekrarlanmamakta, maddî olay incelemesi yapılmakla birlikte; kural olarak, özellikle ilk derecede ileri sürülmeyen hususlar incelenmemektedir.

İstinafta ön inceleme aşaması, istinaf talebinin, kanuni çerçeveye uygunluğunun değerlendirildiği, karar verilmesini engelleyen usuli bir eksiklik olup olmadığının incelendiği ve işin esasına girilmediği aşamadır. Ön incelemede, incelemeyi yapacak dairenin görev ve yetkisi, inceleme konusu kararın kesin olup olmadığı, inceleme başvurusunun süresinde olup olmadığı, başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediği, başvuru gerekçelerinin gösterilip gösterilmediği sırasıyla incelenmektedir.

Ön inceleme aşamasının sonunda, bahsedilen eksiklik veya yanlışlıkların bulunmaması halinde, BAM tarafından verilecek kararlar, esastan inceleme aşamasına geçilmektedir. İstinaf kanun yolunda hem maddi vakıa hem de hukukilik denetimi yapılmaktadır; BAM hukuk dairesi, kural olarak kendiliğinden inceleme yapamaz; sadece istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle ve taleplerle sınırlı kalır. Bu kuralın istisnası, kamu düzenine ilişkin hususların incelenmesidir.

Esastan incelemede aslanan, duruşmalı inceleme yapmaktır; ancak HMK'nın 353. maddesinde sayılan istisnai hallerde, duruşmasız da karar verilebilir.

HMK'nın 357. maddesinde sayılan bir kısım işlemler, istinaf yargılamasında yapılamaz: İstinafta karşı dava açılmaz; müdahale, ıslah, birleştirme talebinde bulunulamaz; yeni vakıalar ileri sürülemez; yeni delil gösterilemez; yetki sözleşmesi yapılamaz.

BAM, usule veya esasa ilişkin bir nihai kararla yargılamayı sona erdirir. İstinaf incelemesi sonunda verilecek kararın içerik ve şekli, HMK'nın 359. maddesinde düzenlenmiştir. BAM hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

İstinaf başvurusunun haksız olması halinde, BAM, istinaf başvurusunun reddine karar verir. Haklı olması halinde ise BAM, öncelikle ilk derece mahkemesinin kararını kaldırır; ardından duruşmayı gerektirmeyen usuli hatalar var ise, yeni karar verilmesi için dosyayı ilgili mahkemeye gönderir; istinaf başvurusunu kısmen ya da tamamen haklı görürse, ilk derece mahkemesinin yerine geçerek, davanın kısmen veya tamamen kabulüne veya reddine karar verir; ilk derece mahkemesinin bazı maddi ya da hesap hatalarını içermesi durumunda, kararı düzeltir; feragat, kabul, sulh, davanın konusuz kalması durumlarında, gerekli kararları verir.

İstinaf kanun yolu, her yenilikte olduğu gibi, karşılaştığı pek çok eleştiriye rağmen, iyi anlatılır, anlaşılır ve uygulanırsa, amacına ulaşacaktır. Bu yolda, başta BAM'lar olmak üzere, ilk derece mahkemelerine, avukatlara çok iş düşmektedir. Çalışmamızda izah ettiğimiz istinaf yargılamasının, ülkemizde hukuk alanında yaşanan sıkıntılar da dikkate alındığında, mesleğine özen gösteren, çalışkan, uzmanlaşmış, ehil hâkimler aracılığıyla ve yeterli altyapı donanımıyla yapılması zorunludur. Diğer hukuk uygulayıcılarının da gerek taleplerini, savunmalarını, delillerini ileri sürerken; gerekse taraflarca ileri sürülenlerin değerlendirmesini yaparken, son derece hassas çalışmaları gerekmektedir. İstinaf incelemesi ve yargılamasının sağlıklı işletilmesiyle, vatandaşın yargılama faaliyetine duyduğu güvensizlik azaltılabilir; Yargıtay, olması gereken şekilde, içtihat birliğini sağlama, hukuk alanını geliştirme faaliyetine odaklanabilir. Bu hususların gerçekleşmemesi halinde ise, sisteme getirilen tüm eleştiriler haklı çıkabilir ve zaten tereddütlü yaklaşılacak yargılama süreçleri, gereksiz yere uzayabilir.

Kaynakça

- Akil Cenk, İstinaf Kavramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
Akkaya Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
Albayrak Adem/Arslan Cihat, Hukukta İstinaf Uygulaması, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara 2016.
- Budak Ali Cem/Karaaslan Varol, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Çiftçi Murat Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Ermenek İbrahim, İstinaf Kanun Yolu ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Sınırlarının Kapsamı, <http://www.taa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 20.10.2016)
- Konuralp Haluk, Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usul (BAM'da Usul), İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, TBB Yayınları:52, Şen Matbaası, 1.Baskı, Ankara 2003.
- Konuralp Haluk, Medeni Yargılama Hukukunda Bölge Adliye Mahkemelerinin İşlevi (BAM'ın İşlevi), İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, TBB Yayınları:52, Şen Matbaası, 1.Baskı, Ankara 2003.
- Kurt Konca Nesibe/Damar Ceren, İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu, *TBB Dergisi*, S:125, Ankara 2016, s.187-230.
- Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Legal Yayıncılık, 1.Baskı, 2016.
- Özekes Muhammet, Sorularla Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), TBB Yayınları:134, Şen Matbaası, 1.Baskı, Ankara 2008.
- Özekes Muhammet/Pekcanitez Hakan, Bölge Adliye Mahkemeleri Kurulurken:Medeni Yargılama Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz Sunumu, İzmir Barosu, <http://www.izmirbarosu.org.tr>, (Erişim Tarihi:20.10.2016)
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 5.Bası, İstanbul 2017.
- Pekcanitez Hakan/Özekes Muhammet/Akkan Mine/Taş Korkmaz Hülya, Medeni Usul Hukuku C:3 (Pekcanitez Usul), On İki Levha Yayıncılık, 15.Bası, İstanbul 2017.
- Türkiye Adalet Bakanlığı Hollanda Yargı Konseyi İsveç Ulusal Mahkemeler İdaresi, Türkiye Cumhuriyeti'nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi AB-Eşleştirme Projesi, www.abgm.adalet.gov.tr, (Erişim Tarihi:20.10.2016)
- Yayla Meraklı Deniz, İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Yılmaz Ejder, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.
- Yılmaz Ejder, Medeni Yargıda İstinaf (İstinaf), Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C:3 (HMK Şerhi), Yetkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara 2017.
- www.kazanci.com
- www.karartek.com.tr
- www.mevzuat.tbmm.gov.tr (HMK ve Kanun Taslağı Gereçesi)

TÜKETİCİNİN KULLANDIĞI DÖNME HAKKI YERİNE BEDEL İNDİRİMİNE KARAR VERİLEBİLİR Mİ?

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 7.6.2017 Tarihli ve E.
2017/13-653, K. 2017/1085 sayılı Kararı Üzerine Düşünceler
IS IT POSSIBLE TO DECIDE THE REDUCTION OF PRICE INSTEAD
OF RIGHT TO RESCIND INVOKED BY THE CONSUMER?

Remarks on the Decision of 7.6.2017 of the Assembly of
Civil Chambers of the Court of Cassation

Ş. Barış ÖZÇELİK*

Özet: Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 227. maddesinin dördüncü fıkrası, satılanın ayıplı olması nedeniyle alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullandığı fakat durumun sözleşmeden dönülmesini haklı göstermediği hallerde, hâkime, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verme yetkisi tanımaktadır. Usûl hukukunda geçerli "taleple bağlılık" ilkesine istisna teşkil eden TBK 227/IV'e benzer bir hükme, ne 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da (TKHK), ne de 6502 sayılı TKHK'da yer verilmiştir. Buna rağmen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 4077 sayılı TKHK'ya tâbi bir olayla ilgili 7.6.2017 tarihli kararında, tüketici sözleşmeden dönerek satış bedelinin iadesini, olmadığı takdirde satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini talep ettiği halde, ayıbın yarattığı değer kaybının azlığı gerekçesiyle, hâkimin bedel indirimine karar vermesi gerektiğine hükmetmiştir. Çalışmanın konusu, anılan Hukuk Genel Kurulu kararı çerçevesinde, tüketici satışlarında hâkimin dönme yerine bedel indirimine karar verebilip veremeyeceğinin; diğer bir ifadeyle TBK 227/IV hükmünün tüketici satışlarında uygulanma olanağının bulunup bulunmadığının tartışılmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, Sözleşmeden Dönme, Hakkın Kötüye Kullanılması, Bedel İndirimi

Abstract: Under the Article 227 paragraph 4 of the Turkish Code of Obligations (TCO), the court is empowered to decide the repair of the purchased goods or a price reduction even in cases where the buyer exercises his right to rescind the contract based on a quality defect, however such rescission cannot be justified according to specific circumstances. A similar provision to that of the Article 227 paragraph 4 which is an exception to the principle of Turkish civil procedure that the judge is bound by the demand/request

* Yrd. Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, bozcelik@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3666-8366

of the parties can neither be found in the Turkish Act on the Protection of Consumers, numbered 6502 nor in its predecessor, the Act on the Protection of Consumers, numbered 4077. However as regards a dispute that was subject to the Act numbered 4077, the Assembly of Civil Chambers of the Turkish Court of Cassation ruled in its decision of 7.6.2017 that the court of first instance should have decided on the reduction of the price since the defect in the purchased goods had resulted with an insignificant loss in the value of the goods, although the consumer had claimed rescission of contract with a refund and if not possible the replacement of the good with a complete one. In light of the mentioned decision of the Assembly of Civil Chambers of the Turkish Court of Cassation, this Article aims to assess whether the court can decide on a price reduction instead of rescission in consumer sales, in other words whether Article 227 paragraph 4 of the TCO could be applied in the case of consumer sales.

Keywords: Consumer, Rescission, Abuse of Right, Price Reduction

I. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 7.6.2017 TARİHLİ VE E. 2017/13-653, K. 2017/1085 SAYILI KARARINA KONU OLAY

Davalıdan 14.6.2011 tarihinde, 50.076,98 TL bedelle yeni bir otomobil satın alan davacı tüketici, birkaç gün sonra aracın, bagaj ve stop kapağında ayarsızlık ile sağ arka camında boya akıntısı olduğunu fark etmiş, aracını yetkili servise götürmüştür. Davacı, yetkili serviste kendisine herhangi bir açıklama yapılmadığını ileri sürerek 20.7.2011 tarihinde tespit yaptırmış ve tespit raporunda, "0 km olarak satın alınan davaya konu araçtaki boya kusurunun imalattan kaynaklanan bir hataadan olduğu, dış etken veya kullanıcı kaynaklı olmadığı" belirlenmiştir. Bunun üzerine davacı, satış bedelinin diğer tüm giderlerle birlikte kendisine iadesi; bu olmadığı takdirde aracın yenisiyle değiştirilmesi talebiyle dava açmıştır. Diğer bir ifadeyle satış konusu aracın ayıplı olması karşısında davacı, terditli olarak, "sözleşmeden dönme" (4077 sayılı TKHK 4; 6502 sayılı TKHK 11/I-a) ve "malın (satılanın) ayıpsız bir misliyle değiştirilmesini isteme" (4077 sayılı TKHK 4; 6502 sayılı TKHK 11/I-ç) haklarını kullanmıştır.

Yerel mahkeme davacının bedel iadesi talebinin kabulüne karar vermiş, diğer bir ifadeyle tüketicinin dönme hakkını kullanabileceğine hükmetmiştir. Ancak yerel mahkeme kararı, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 18.4.2013 tarihli ilâmiyle, "araçtaki boya kusuru sebebiyle

aracın değerinde meydana gelecek değer azalması konusunda bilirkişilerden ek rapor aldırılarak değer kaybı belirlendikten sonra, ayıbın niteliğine göre davacının seçimlik haklarından aracın bedelinin tahsili hakkını kullanmasının iyiniyet kurallarına aykırı olup olmadığı, tarafların hak ve menfaatleri değerlendirilerek aşırı bir dengesizliğe neden olup olmayacağı, araçtaki ayıp sebebiyle dört seçimlik hakkından bedel indiriminin uygulanıp uygulanmayacağı hususunun değerlendirilmesi gerektiği” gerekçesiyle bozulmuştur.

Yerel mahkemece bozmaya uyularak alınan bilirkişi raporunda, *“aracın bagaj kapağında yapılan boyama işleminin araçta 1.500 TL. tutarında değer kaybına neden olacağı”* tespit edilmiştir. Bunun üzerine yerel mahkeme, *“Tüketici Kanunu’na göre, ürünün ayıplı olmasının tüketici açısından seçimlik haklarını kullanmak için yeterli olduğu, bu hükmün emredici olup, ayıbın küçük ya da büyüklüğünün öneminin bulunmadığı”* gerekçelerine dayanarak, önceki kararının yerinde olduğu sonucuna varmış ve tekrar davacının dönme hakkının kullanılmasından kaynaklanan bedel iadesi talebinin kabulüne karar vermiştir.

Yerel mahkemenin sözü edilen kararı, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 07.05.2015 tarihli ilamıyla, bu defa şu gerekçelerle bozulmuştur: *“Gerçekten de, 4077 sayılı Kanun’un 4. maddesinin 2. fıkrasında, “Tüketici, malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıplı satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Tüketici bu durumda, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi veya ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür...”* şeklindeki düzenlemeye göre, tüketici seçimlik haklarından herhangi birisini kullanabilecektir. Ancak kanun tarafından korunan sözleşme taraflarından tüketicinin yanında, kurulacak hükmün sözleşmenin diğer tarafı olan satıcı için de orantısız güçlükleri de beraberinde getirmemesi gerekir. Ayıbın öneminin aracın kullanımına ve beklenen faydaya bir etkisinin olmaması, aracın ayıplı ve ayıpsız değeri arasındaki farkın araç bedeli nazara alındığında azlığı yani karşılıklı menfaatler dengesi ile hukukun temel prensibi olan hakkaniyet kuralları değerlendirilerek ayıp nedeni ile bedel indirimi veya tüketicinin diğer seçimlik haklarını kullanıp kullanmayacağına tespit edilmesi zorunludur. Somut olay, yukarıda belirtilen ilke ve kurallar ışığında aracın bagaj kapağında 1500 TL değerindeki boyama işlemi değerlendirildiğinde ayıp nedeni ile bedel indirimine karar verilmesi gerektiği kabul edilmelidir.”

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin yukarıda aktarılan bozma kararı karşısında yerel mahkemece önceki kararda direnilmesi üzerine dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiş ve Kurul, 7.6.2017 tarihli ve E. 2017/13-653, K. 2017/1085 sayılı kararıyla, 13. Hukuk Dairesi'nin bozma kararında dile getirilen görüş ve gerekçeleri benimseyerek, direnme kararının bozulmasına hükmetmiştir.

II. KONUYA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER VE DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olayın yukarıda verilen özetinden de anlaşılabilceği gibi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın özü, tüketici satışlarında, satılanın, değerine nazaran önemsiz olarak nitelenebilecek derecede ayıplı olması durumunda, sözleşmeden dönme veya ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarının kullanılıp kullanılmayacağı noktasında toplanmaktadır. Öte yandan, Hukuk Genel Kurulu'nca benimsenen özel daire bozma kararı çerçevesinde, dönme hakkının kullanılmayacağı sonucuna varılması halinde, mahkemenin, dönme yerine bedel indirimine karar verip veremeyeceği de, konunun tartışılması gereken bir diğer boyutunu oluşturmaktadır. Belirtilen hususlarla ilgili bir değerlendirme yapmadan önce, konuya ilişkin yasal düzenlemeler ve doktrinde ileri sürülen görüşlere göz atmakta fayda vardır:

Yukarıda aktarılan Hukuk Genel Kurulu kararına konu olayın da tâbi olduğu 4077 sayılı TKHK, tüketicinin ayıp nedeniyle doğan seçimlik haklarının kullanılması açısından herhangi bir sınır içermektedir. Aksine, anılan Kanun'un dördüncü maddesinin ikinci fıkrasında, satıcının, tüketicinin tercih ettiği talebi yerine getirmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

6502 sayılı TKHK ise, tüketicinin ayıp karşısında sahip olduğu seçimlik haklardan, yalnızca ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirme hakları bakımından bir sınırlama içermektedir. Gerçekten de TKHK 11/III'e göre "Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesinin satıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici, sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim haklarından birini kullanabilir. Orantısızlığın tayininde malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurmanın tüketici açısından sorun

teşkil edip etmeyeceği gibi hususlar dikkate alınır." Öte yandan 6502 sayılı TKHK, sözleşmeden dönme hakkı bakımından, ücretsiz onarım ve ayıpsız misliyle değiştirme haklarındakine benzer bir sınırlama içermemekte ve bu durum doktrinde önemli bir eksiklik olarak nitelenmektedir.¹ Nitekim 6502 sayılı TKHK'nın hazırlanmasında da dikkate alındığı bilinen, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 25 Mayıs 1999 tarih ve 1999/44/EC sayılı, Tüketici Mallarının Satımının ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkında Yönergesi'nin (Avrupa Birliği Satım Yönergesi) üçüncü maddesinin altıncı fıkrasında, ayıbın önemsiz olması halinde tüketicinin sözleşmeden dönemeyeceği açıkça düzenlenmiştir.²

6502 sayılı TKHK'nın tüketiciye tanıdığı dönme hakkını herhangi bir sınırlamaya tâbi tutmamış olması karşısında, doktrinde bir görüş, TBK 227'nin, "*Alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir.*"³ hükmünü içeren dördüncü fıkrasının, 6502 sayılı TKHK 83/I hükmünün atfına dayalı olarak, kıyasen uygulanması gerektiğini, böylece Türk Borçlar Kanunu ile paralelliğin de sağlanmış olacağını ileri sürmektedir.⁴

Bir diğer görüş ise, dönme hakkının yalnız önemli ayıplarla sınırlı tutulması ve önemsiz ayıplarda tüketicinin dönme hakkının bloke edilmesi gerektiğini kabul etmekle birlikte, TBK 227/IV hükmünün tüketici hukuku alanına taşınmasına şüpheyle yaklaşmaktadır.⁵ Bu

¹ Bkz. M. Murat İnceoğlu, "Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu", Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Makaleler- Tartışmalar (Der. M. Murat İnceoğlu), İstanbul 2015, s. 187-188; Yeşim Atamer/Ece Baş, "Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk", *İstanbul Barosu Dergisi*, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, Cilt. 88, Yıl: 2014, Sayı 1, s. 46 vd.

² Yönerge'nin İngilizce metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31999L0044&from=EN> (Erişim Tarihi: 30.10.2017)

³ Satış sözleşmesinde, anılan hükmün alıcının dönme hakkına getirdiği sınırlamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012, s. 125 vd.; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2014, s. 152 vd.; M. Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt: 1, İstanbul 2013, s. 110 vd.

⁴ İnceoğlu, s. 188; dönme hakkının kullanılmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği hallerde dönme yerine bedel indirimine karar verilebileceği yönünde ayrıca bkz. İ. Yılmaz Aslan, Tüketici Hukuku, Bursa 2014, s. 180.

⁵ Bkz. Atamer/Baş, s. 46-47.

görüşteki yazarlar, TBK 227/IV hükmünün hâkime, dönme yerine onarım veya bedel indirimine karar verme yetkisi tanınmasının sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği ilkeleri ile bağdaşmadığına dikkat çekerek,⁶ tüketicinin dönme hakkının sadece önemli ayıplarda kullanılabilmesi sonucuna, TBK'nın kira (m. 306) ve eser (m. 475, b.1) sözleşmesi hükümleri ile Avrupa Birliği Satım Yönergesi'nden⁷ yapılacak "ilke kıyası"⁸ yoluyla ulaşılabileceğini ifade etmektedirler.⁹ Anılan yaklaşımın benimsenmesi halinde hâkimin, önemsiz ayıplarda, tüketicinin, dönme hakkını kullanmasına dayanan taleplerini reddetmekle yetinmesi, dönme yerine onarım veya bedel indirimine karar vermemesi gerekir.

III. DEĞERLENDİRME

Görüldüğü üzere, yukarıda aktarılan tüm yargısal ve bilimsel görüşler, TKHK bu yönde açık bir hüküm içermemesine rağmen, önemsiz ayıplarda, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı konusunda birleşmektedirler. Kanımca belirtilen sonuca varılabilmesi için, TKHK'da bu yönde bir hüküm bulunmasına dahi gerek yoktur. Zira her hak gibi, sözleşmeden dönme hakkı da kötüye kullanılabilmesine göre, Türk Medenî Kanunu'nun (TMK) ikinci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen hakkın kötüye kullanılması yasağı, tüketicinin ayıplı ifa karşısında sahip olduğu dönme hakkı bakımından da bir sınır teşkil etmektedir. Dolayısıyla, dönme hakkının kullanılmasının hakkın kötüye kullanılması sayılabildiği hallerde tüketici, diğer seçimlik haklarını kullanmak zorundadır. Bu nedenle, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu çalışmada ele alınan kararına konu olayda olduğu gibi, özellikle aybın yarattığı değer kaybının satılanın değerine nazaran açıkça düşük olduğu hallerde, tüketicinin sözleşmeden dönmesi-

⁶ TBK 227/IV hükmünün 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı olan 202/II hükmünün eleştirisi için bkz. Eugen Bucher/Vedat Buz, "Mağdur Edilen Alıcı - Türk/İsviçre Borçlar Kanunu'nun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK m. 198), BK m. 202/II (Art.205/II OR)'ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları", Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Ankara 2004, s. 173 vd.

⁷ Bkz. yuk. dn. 2.

⁸ Bu kavram için bkz. Rona Serozan, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2015, s. 154 N. 36 vd.

⁹ Atamer/Baş, s. 47.

nin TMK 2/II anlamında hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu kabul edilmeli ve söz konusu hakkın kullanılmasına dayalı talepler reddedilmelidir¹⁰. Esasen satış sözleşmesinde alıcının ayıplı ifa karşısında sözleşmeden dönme hakkını sınırlayan TBK 227/IV hükmünün temelinde de aynı düşünce yatmaktadır.¹¹

Yine yukarıdaki açıklamalardan anlaşılabilceği gibi, konunun esas tartışmalı boyutu, hâkimin, tüketicinin kullandığı dönme hakkı yerine bedel indirimine karar vermesinin mümkün olup olmadığıdır. Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, her ne kadar kararda açıkça ifade edilmemiş ise de, yukarıda aktarılan görüşlerden birincisini benimsemiş ve sözleşmeden dönmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği hallerde, hâkimin dönme yerine bedel indirimine karar verebileceğine; hatta buna mecbur olduğuna hükmetmiştir. Yine kararda açıkça ifade edilmemiş olmakla birlikte, böyle bir hükmün dayanağı, TBK 227/IV hükmünün kıyasen tüketici satışlarında da uygulanması olsa gerektir.

Kanımca, doktrinde İnceoğlu tarafından savunulan ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen bu yaklaşım, tüketici hukukunun temel ilkeleri ve usul ekonomisi¹² açısından daha isabetlidir. Çünkü İnceoğlu'nun da ifade ettiği gibi,¹³ hâkimin yalnızca dönme hakkının kullanılmayacağını tespit edip tüketicinin buna dayalı taleplerini reddetmekle yetinmesi gerektiğinin kabulü, tüketiciyi bedel indirimi veya ücretsiz onarım talebini ileri sürmek için ikinci bir dava açmak zorunda bırakacağı gibi, zamanaşımı sürelerinin geçirilmesi riskini de tüketicinin üzerine yüklemek anlamına gelir. Tüketicinin bedel indirimi veya ücretsiz onarım talebinin, zaten açılmış bulunan dönmeye dayalı davada hükme bağlanması yerine, ikinci bir davayla ileri sürülmesini gerektiren bu yaklaşım, tüketicinin aleyhine olduğu gibi, usul ekonomisi ilkesine de aykırıdır¹⁴. Bu nedenle, tüketici-

¹⁰ Aynı yönde bkz. Abdulkerim Yıldırım, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XVII, Yıl: 2013, Sayı:1-2, s. 1040.

¹¹ Bkz. Aral/Ayrancı, s. 126.

¹² Usul ekonomisi ilkesi hakkında bkz. Ejder Yılmaz, "Usul Ekonomisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Yıl: 2008, Sayı:1, s. 243 vd.

¹³ Bkz. İnceoğlu, s. 189.

¹⁴ Bkz. Yılmaz, s. 254.

nin sözleşmeden dönmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği hallerde, TKHK 83/I hükmünün atfıyla TBK 227/IV hükmü kıyasen uygulanmalı ve hâkim dönme yerine bedel indirimi veya ücretsiz onarıma hükmedebilmelidir.¹⁵

TBK 227/IV hükmünde hâkime, dönme yerine bedel indirimi veya ücretsiz onarıma karar verme yetkisinin tanınıp, satılanın ayıpsız bir benzeriyle (misliyle) değiştirilmesine (TBK 227/I-b.4, TKHK 11/I-ç) karar verme yetkisinin tanınmamış olması da, TBK 227/IV hükmünün tüketici satışlarında kıyasen uygulanmasına engel teşkil etmemektedir.¹⁶ Zira TKHK 11/III hükmü, “Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesinin satıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde”, tüketicinin anılan hakları kullanmasını zaten engellemektedir. Yine aynı hükme göre, “Orantısızlığın tayininde malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurma hakkının tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi hususlar dikkate alınır.” Doktrinde sözü edilen orantısızlığa verilen örneklerden biri de, tıpkı bu çalışmada incelenen Hukuk Genel Kurulu kararına konu olaya benzer şekilde, kaportadaki küçük bir çizik nedeniyle aracın yenisiyle değiştirilmek istenmesidir.¹⁷ Dolayısıyla TBK 227/IV’te yer almayan satılanın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi imkânı, tüketici satışlarında, ayıbın satılanın değerine nazaran önemsiz olduğu hallerde zaten bulunmamaktadır. Belirtilen durumlarda sözleşmeden dönme hakkının da kullanılmayacağı kabul edildiğine göre, geriye sadece TBK 227/IV’te yer alan onarım ve bedel indirimi hakları kalmaktadır. Nitekim incelenen Hukuk Genel Kurulu kararında da, tüketici terditli olarak sözleşmeden dönme ve ayıpsız misliyle değiştirme haklarını öne sürmesine rağmen, isabetli olarak, mahkemenin bedel indirimine karar vermesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Öte yandan, TBK 227/IV hükmünü doğrudan veya kıyasen uygulayan hâkimin, alıcıya/tüketicieye, onarım ve bedel indirimi seçeneklerinden hangisini tercih ettiğini sormasına ve mümkün olduğunca bu tercih doğrultusunda bir karar vermesine de bir engel bulunmamakta-

¹⁵ Sonuç olarak aynı yönde bkz. Aslan, s. 180.

¹⁶ Karş. Atamer/Baş, s. 47.

¹⁷ Atamer/Baş, s. 39; İnceoğlu, s. 187.

dır. Hiç şüphesiz, alıcı/tüketici de mahkeme kararının kendisine sağladığı hakları kullanıp kullanmamakta serbesttir.

TBK 227/IV hükmünün doğrudan uygulanmasında olduğu gibi, tüketici satışlarında kıyasen uygulanması bakımından da en haklı tereddüt yargılama giderlerinden hangi tarafın sorumlu olacağıdır. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 326. maddesinin birinci fıkrası gereği, aleyhine hüküm verilen taraf, yargılama giderlerinden de sorumlu olmaktadır. Bu hüküm karşısında, örneğin sözleşmeden dönerek, ödediği bedelin iadesi talebiyle dava açan fakat TBK 227/IV hükmünün uygulanması sonucunda lehine bedel indirimine hükmedilen tüketici, aleyhine hüküm verilen taraf olarak nitelendirilirse, onun yargılama giderlerinden de sorumlu olması gerekir. Doktrinde de ifade edildiği gibi,¹⁸ sözü edilen tereddütü gidermek üzere, satılanın ayıplı olduğu fakat sözleşmeden dönmenin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi nedeniyle onarım veya bedel indirimine karar verildiği halde tüketici, "lehine hüküm verilen taraf" olarak değerlendirilmeli ve böylece yargılama giderlerinden sorumlu tutulmamalıdır.

Kaynakça

- Aral Fahrettin/Ayrancı Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012.
- Aslan İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku, 4. Bası, Bursa 2014.
- Atamer Yeşim/Baş Ece, "Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayrıntı Doğan Sorumluluk", İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, Cilt: 88, Yıl: 2014, Sayı 1, s. 19-60.
- Bucher Eugen/Buz Vedat, "Mağdur Edilen Alıcı - Türk/İsviçre Borçlar Kanunu'nun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK m. 198), BK m. 202/II (Art.205/II OR)'ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları", Necip Kocayusufoğlu'na Armağan, Ankara 2004, s. 145-178.
- Gümüş M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt: 1, İstanbul 2013.
- İnceoğlu, M. Murat, "Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu", Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Makaleler- Tartışmalar (Der. M. Murat İnceoğlu), İstanbul

¹⁸ Bkz. Bucher/Buz, s. 175 vd.

2015, s. 153-238.

Serozan Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2015.

Yavuz Cevdet/Acar Faruk /Özen Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2014.

Yıldırım Abdülkerim, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XVII, Yıl: 2013, Sayı 1-2, s. 1015-1047.

Yılmaz Ejder, "Usul Ekonomisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Yıl: 2008, Sayı:1, s. 243-274.

ROMA İMPARATORLUĞU'NDAN GÜNÜMÜZE FIDEICOMMISSUM FAMILIA FIDEICOMMISSUM FAMILIA FROM ROMAN EMPIRE TO PRESENT TIME

Berk Hasan ÖZDEM*

Özet: Latince *fides* (güven) ve *committere* (teslim etmek) sözcüklerinin bir araya gelmesi ile oluşan *Fideicommissum* sözcüğü “güvenli ellere bırakmak, teslim etmek” anlamına gelmektedir. *Fideicommissum Familia* ise bir kimsenin bir irade açıklamasıyla mal varlığında bulunan bir malı, kendisinin öngördüğü intikal sırasına göre ve üzerinde tasarrufta bulunmasını yasaklayacak şekilde aileye özgülemesidir. Köklerini Roma Hukuku'nda *Fideicommissum Familia* kurumunun Orta Çağ ile devam eden serüveni, özellikle Fransız Devrimi'nin feodalizme üstün gelmesiyle, uygar hukuk sistemlerinin birçoğundan silinene kadar, arkasında çeşitli maddi ve manevi motivasyonlar barındırmıştır. Bu yazıda Augustus döneminde yasal formasyonuna kavuşan *Fideicommissum* kurumunun kökleri ele alınmış, ayrıca Roma İmparatorluğu döneminden günümüze dünyanın çeşitli bölgelerinde oynadığı roller ve Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlenişi üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Fideicommissum Familia, Mirasçının İkamesi, Omnis Hereditas, Oneratus, Substitutio Fideicommissaria

Abstract: The word *Fideicommissum*, which is formed by the Latin words *fides* (confidence) and *committere* (commit), means “to leave in safe hands”. *Fideicommissum Familia* is the allocation of a property to a family according to the foreseen order of succession by means of a will that prohibits the disposal of the property. With its origins from Roman Law, the adventure of the institution of *Fideicommissum Familia* which goes alongside with the Medieval Epoque, until being swept from many jurisdictions with the victory of the French Revolution against feudalism had kept various material and spiritual motivations in itself. This paper emphasizes on the roots of the *Fideicommissum* which had its legal formation in the period of Augustus, the role it played from the Roman Empire period to present time at different regions of the world and its regulation in Turkish Civil Code.

Keywords: Fideicommissum Familia, Replacement of Successors, Omnis Hereditas, Oneratus, Substitutio Fideicommissaria

* Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 2. Dönem Öğrencisi, berkhasanozdem@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0327-6489

Giriş

Ana muhalefet partisi TBMM grubu 20.2.2008 günlü, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun; 26. maddesinin birinci fıkrasının iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. İptali istenilen 26. maddenin birinci fıkrasında, "Vakıflar; amacını gerçekleştirmeye yardımcı olmak ve vakfa gelir temin etmek amacıyla, Genel Müdürlüğe bilgi vermek şartıyla iktisadî işletme ve şirket kurabilir, kurulmuş şirketlere ortak olabilirler" denilmektedir. Ana muhalefet partisinin maddenin iptaline yönelik gerekçesinde:

" ... mühlhak vakıflar, aile fertlerine nesilden nesile gelir dağıtılması amacıyla yönelik olarak kurulmuşlardır ki, batı hukukunda "aile fideikomisi" olarak adlandırılan Orta Çağ kökenli bu sistem, miras hukuku anlayışıyla uyumlanmayan yapısı sebebiyle çağdaş hukuk düzenlerince benimsenmemiş ve yasaklanmıştır. Aslında bu sistemin, bu vakıfların kurulduğu dönemdeki hukuk düzeni ile de bağdaşmadığı bilinmektedir ... "¹

ifadeleri kullanılmıştır. Görüldüğü gibi gerekçe, temel olarak "aile fideikomisi" kavramına dayanmakta ve aynı zamanda kavramın tarihsel kökeni ile modern hukuktaki yerine atıflarda bulunmaktadır. Dolayısıyla bu yazımızda *Fideicommissum* kavramının tanımı, kökeni, tarihsel süreçteki gelişimi ve günümüz hukuku ve ülkemizdeki yeri üzerinde duracağız.

Tanım

Fideicommissum sözcüğü kökenini Latince'den almaktadır. Latince *fides* (güven) ve *committere* (teslim etmek) sözcüklerinin bir araya gelmesi ile oluşmuştur. Dolayısıyla "güvenli ellere bırakmak, teslim etmek" anlamına gelmektedir. *Fideicommissum Familia* ise bir kimse- nin bir irade açıklamasıyla mal varlığında bulunan bir malı, kendisinin öngördüğü intikal sırasına göre ve üzerinde tasarrufta bulunmasını yasaklayacak şekilde aileye özgülemesidir. Örneğin, bir babanın sahip olduğu çiftliği daima ailenin en büyük oğluna kalacak ve üzerinde tasarruf edilemeyecek şekilde bir intikal düzenlemesi yapması bir *Fideicommissum Familia*'nın kurulması demektir.² Bu yolla bir intikal

¹ E. 2008/22 K. 2010/82

² Mustafa Dural/Turan Ögüz/Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 388

çizgişi çizilerek ve malların devredilmezliği kesinleştirilerek, mirasçılar malların özgür tasarrufundan yoksun bırakılır ve böylece eski dominus (vasiyetname sahibi) ve yeni dominus (varis) arasındaki teorik ihtilaf, ilk iradeye duyulan saygı ve ailenin çıkarı adına eskisi lehine sonuçlandırılır.³

Tarihçe

Fideicommissum Familia kurumunun tarihçesine baktığımızda kökenlerinin Roma Hukuku'na dayandığını görürüz. Roma Hukuku'nda iki tip muayyen mal vasiyeti gelişmiştir, bunlar *Legatum ve Fideicommissum*'dur. Bunlardan sonradan ihdas edilmiş olan *Fideicommissum*, Justinianus hukukunda legatuma muadil bir hale getirilmiştir.⁴ Miras bırakan tarafından mirasçıya (*heres*) bir mükellefiyet yüklenmesi demek olan legatum, "legare" sözcüğünden gelir ve ilk olarak XII Levha Kanunu (M.Ö.451-449) ile ortaya çıktığı kabul edilmektedir.⁵ XII Levha Kanunu'nda, kişinin vasiyetnamesinde yer alacak muayyen mal vasiyetleri, yani legatum, düzenlemek suretiyle, herhangi bir sınırlama söz konusu olmaksızın ölüme bağlı tasarrufta bulunabileceği kabul edilmiştir (5,3: *Uti legassit suae rei, ita ius esto*). Böylece, Cumhuriyet devrinin sonlarında ve İmparatorluk devrinde Romalılar, vasiyetname yoluyla tasarrufta bulunma serbestisinin, bir diğer ifadeyle, kişinin henüz hayattayken, ölüme bağlı tasarrufuyla kendisine mirasçı olacak kişi veya kişileri tayin etme serbestisinin, XII Levha Kanunu ile teminat altına alındığını düşünmekteydiler.⁶

Diğer taraftan *Fideicommissum*'lar, İlk İmparatorluk (*Principatus*) Devri'nin başlarında ortaya çıkmış ve kısa zamanda geniş tatbikat sahası bulmuş bir muayyen mal vasiyeti çeşidiydi.⁷ Ancak Roma Hukuku'nda *Fideicommissum*'lar bir akit çeşidi olarak karşımıza çıkmazdı. Esasında bunlar, vasiyetname sahibi tarafından terekeden fay-

³ M.C. Zorzoli, Della famiglia e del suo patrimonio: riflessioni sull'uso del fedecommesso in Lombardia tra Cinque e Seicento, Archivio Storico Lombardo, CXV, 1989, p. 97.

⁴ Ziya Umur, Roma Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982. s.518

⁵ Nadi Günel, "Roma miras hukuku'na genel bir bakış ve vasiyet yolu ile miras", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 1995, C. 44, S. 1, s. 438

⁶ Detlef Liebs, Römisches Recht, Bonn 2004, s. 239; Detlef Liebs, Römisches Recht, Bonn 2004, s. 137-138.

⁷ Ziya Umur, Roma Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1982. s.518.

dalanan bir kimseye yöneltilen ve faydalanan kişinin, genellikle imkanı olmayan bir üçüncü kişiye mirasla ilgili bir hizmet sunmasına dair bir ricadan ibaretti.⁸ Bu rica, mameleke girebilen herhangi bir eşya (*res in patrimonium*) ile ilgili olabilir ve Augustus döneminde yasal formasyonuna kavuşana kadar yalnızca yararlanan kişinin vicdanına yöneltilirdi.⁹ *Fideicommissum*'lar bu döneme kadar hukuki bir müeyyideye sahip olmadıkları için vasiyetçi yalnızca faydalanan şahsın hüsnüniyet ve şerefine güvenirdi. Zaman içerisinde *Fideicommissum*'ların daha yaygın bir şekilde kullanılmaya başlanıldığını ancak gerekli dürüstlük kaidelerine riayet edilmediğini gören Augustus, bu nevi vasiyetlerin yerine getirilmelerini temin etmek için sistem dışı yargılama (*cognitio extra ordinem*)¹⁰ usulüne tabi bir *Fideicommissum* davası (*Persecutio Fideicommissaria*) tanımış, böylece *Fideicommissum*'lar da akit benzerleri arasına giren bir borç kaynağı haline gelmişlerdi.¹¹ Muayyen mal vasiyeti yoluyla, miras bırakan tarafından kendisine bir mal bırakılan kişiye "*Legatarius*", "*Honoratus*" ya da "*Fideicommissarius*" adı verildi. Muayyen mal vasiyetinde bulunan kişiye "*Legator*", muayyen mal vasiyetini yerine getirmekle yükümlü olan mirasçıya da "*Oneratus*" adı verilmekteydi.¹² Legatumlardan çeşitli sebeplerle yararlanamayan kimselere (örneğin yabancılara) mallar bu şekilde bırakılabilmekteydi. Mirasçının elde ettiği miktarı aşmamak şartıyla *Fideicommissum*'un miktarını belirlemekte özgür olan vasiyetçi, legatunun şekilciliğinin tersine, sözlü ve yazılı hiçbir şekle tabi değildi.¹³ Ancak şekil konu-

⁸ Romualdo Trifoni, *Il fedecompresso. Storia dell'Istituto in Italia*, Naples 1914. s. 1-14.

⁹ Luigi Gambino, "Il substrato socio-culturale del fedecompresso familiare", *La nuova critica*, 27-28, 1971, p. 143-176.)

¹⁰ Roma Hukukunda delillerin takdiri, birbirinden farklı ancak belirli bir süre bir arada uygulama alanı bulan Özel Yargılama Sistemi (*Ordo Iudiciorum Privatorum*) ve Sistem Dışı Yargılama Usulu (*Cognitio Extra Ordinem*) isimli iki ayrı yargılama usulüne göre farklılık arz etmektedir. Bkz. Bahar Öcal Apaydın, "Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2011, C. 60, S. 3, s. 43

¹¹ Ziya Umur, *Roma Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1982. s.518

¹² Nadi Günel, "Roma miras hukuku'na genel bir bakış ve vasiyet yolu ile miras", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1995, C. 44, S. 1, s. 437.

¹³ "Verba autem [utilia] fideicommissorum haec [recte] maxime in usu esse uidentur peto, rogo, volo, fidei committo; quae proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint. Fideicommissum ilişkisi kurmak için uygun olan ve genellikle söylenen sözler yalvarırım, isterim, dilerim ve güvenirimdir. Bu (kelimeler) teker teker de yeterli olacaktır, ama kombine de edilebilirler." *Ins* 2.23.2.

sunda sahip olunan özgürlüğe rağmen *Fideicommissum* genel olarak vasiyetnameye ilave edilen ayrı bir yazılı belge olan *codicillum*¹⁴ ile yapılırdı. Zamanla, bir taraftan legatuma ilişkin şekilcilik ortadan kalktığı; diğer taraftan legatuma ilişkin sınırlamalar *Fideicommissum*'u da kapsayacak şekilde genişletildiği için, Justinianus hukukunda legatum ve *Fideicommissum* arasında fark kalmamıştı. Bu dönemde vasiyetname içinde belirtilen muayyen mal vasiyetlerine legatum; ayrı bir yazılı belge olan *codicillum*'larda belirtilen muayyen mal vasiyetlerine ise *Fideicommissum* denilmekteydi.¹⁵

Fideicommissum terekenin yalnız muayyen bir hissesini değil tamamını da kapsayabilirdi. Vasiyetçi, mirasçının ölümünden sonra terekenin tamamının başka kimselere intikalini *Fideicommissum* ile vasiyet edebilirdi.¹⁶ Gaius *Institutiones*'inde (2.277) bu çeşit bir *Fideicommissum*'dan bahsetmektedir:

“Cum Titius heres meus mortuus sit, volo hereditate tem meam ad P. Maevium pertinere (Mirasçım Titius öldükten sonra, mirasımın P. Maevius'a intikal etmesini istiyorum)”

Vasiyetçinin bu iradesini yerine getirmek için mirasçı bizzat yaptığı vasiyetnamede ya o kimseyi kendisine mirasçı gösterir ya da mirasçısına terekesini o kimseye terk etmesini bir *Fideicommissum*'la bildirirdi. Bunlar yapılmadığı takdirde *onertatus*'un mirasçıları *Fideicommissum*'un emrini yerine getirmek mecburiyetinde olurlardı. Bu şekilde ortaya gerçek anlamda bir mirasçının ikamesi durumu ortaya çıkmıştır. Günümüzde Medeni Kanun'un 521. maddesinde ve devamında da karşımıza çıkan “fevkalade ikame” kurumu kökenini

¹⁴ Codicillum'lar genel olarak mektup şeklinde, vasiyetname sahibinin *Fideicommissum*'un yürütülmesini istediği yazılı belgelerdi. Augustus döneminden itibaren codicillumlara yasal olarak geçerlilik tanınmıştı. (bkz. Ins 2.25pr.) Justinianus döneminden önce bu işlem için tanığa gerek aranmazken Justinianus dönemiyle birlikte beş tanık şartı getirilmişti. Beş tanıklı Justinianus codicillum Orta Çağ'da Batı Avrupa hukukları tarafından da kullanılacaktır.

¹⁵ Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s. 471; Richard Honig, Çev. Talip Şemsettin, *Roma Hukuku*, İstanbul 1938, s. 423; Ziya Umur, “Roma Miras hukukunun Ana Hatları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1966, C.31, S. 1-4, s. 177; Salvatore Di Marzo, Çev. Ziya Umur, *Roma Hukuku*, İkinci Baskı, İstanbul 1959, s. 594.

¹⁶ Ziya Umur, “Roma Miras hukukunun Ana Hatları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1966, C.31, S. 1-4, s. 177.

Roma Hukuku'nda *Substitutio Fideicommissaria*¹⁷ olarak adlandırılan bu durumdan almıştır. M.S II. yy.'da Roma'da tatbik edilebilmekte olan bu tür ikameyi takiben Justinianus'un 159. Novella ile son şeklini verdiği *Fideicommissum Familia* adlı kurum doğmuştur.¹⁸ Bu emirname hükmüne göre vasiyetçi, vasiyetini bıraktığı kişiye terekeyi muhafaza etmesini ve ölümü durumunda muayyen bir kişiye değil, belirli vasa sahip bir kimseye (ekseriyetle ailenin büyük evladına) vasiyet etmesini emrederdi. Justinianus Döneminde, bu işlemin hükmünün dördüncü kuşaktan sonra sona ereceği kabul edilmişti (Nov 108.1).¹⁹

Roma'da M.Ö 169'da kabul edilen *Lex Vocania*, kadınlara karşı bir kanun olarak ortaya çıkmış ve lüks tüketime karşı kabul edilmiş yasalardan biri olarak, Roma'da kadınların lüks düşkünlüğünü ortadan kaldırmaya çalışmıştır. *Fideicommissum*'ların *Lex Vocania*'dan kaçmayı sağlayan hileler olarak kullanıldıkları da bilinmektedir. Örneğin *Fideicommissum Hereditatis* bunun için öngörülmüş bir *Fideicommissum* türüydü. Gerçi son cumhuriyet döneminden itibaren, sadece *Fideicommissum* değil, diğer tüm uygulamalar, yasanın unutulduğunu düşündürmektedir.²⁰

¹⁷ Burda temel tehlike bir malın aktif ve pasiflerinin arasındaki bağın bozulabilecek olmasıydı. Eğer mirası alan büyük bir meblada aktifi geçirmek zorundayken borçların pasifi onda kalıyorsa Romalıların aktif ve pasifleri birbirine bağlama prensibi zedeleniyordu. Mirasçılık durumu, yükümlülük altındaki mirasçıda kalıyor ve bu kimse tereke borçlarından dolayı da sorumlu oluyordu. Bu sebeple fideicommissumların Augustus döneminde resmi kabulünden hemen sonra senatusconsultum trebellianum ile mirasçı ile alacaklı arasındaki ilişkiler düzenlenmiştir. Laurent Waelkens, *Amne adverso: Roman Legal Heritage in European Culture*, s. 272. Bu senatusconsultum, Fideicommissarius'u Praetor hukukuna göre külli halef yapıyor, buna karşılık ius civile'ye göre mirasçılık gene mirasçı olanda kalıyordu. Fideicommissarius'a tereke aktifine dayanan dâvaların actiones utiles olarak tanınması ve onu, tereke Fideicommissarius'a verildikten sonra, aynı şekilde tereke borçlarından dolayı sorumlu tutması için praetor'a talimat veriliyordu. Mirasçı tereke alacaklına karşı bir exceptio restitutae hereditatis elde ediyor ve tereke aktifine dayanan dâvalar kendisine tanınmıyordu. Paul Koschaker/Kudret Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, İzmir 1993, s. 421,422.

¹⁸ Ziya Umur, "Roma Miras hukukunun Ana Hatları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1966, C.31, S. 1-4, s. 182.

¹⁹ Salvatore Di Marzo, Çev. Ziya Umur, *Roma Hukuku*, İkinci Baskı, İstanbul 1959, s. 591; Ziya Umur, "Roma Miras hukukunun Ana Hatları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1966, C.31, S. 1-4, s. 178.

²⁰ Diler Tamer, "Roma Hukukunda Kadının Mirasçılığı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1999, C.57, S.1-2, s.236

Orta Çağ döneminde ise dönemin füzyonu *Fideicommissum* kurumunu tekrar göreve çağırıyordu. Yer yer çeşitlilik gösterebilmekle birlikte bu füzyon; feodal ideolojinin baskınlığı, komünitelerin kolektif mallarını devredilmez kılan teamüller ve Roma Hukuku'nun yeniden kabulünün sonucuydu.²¹ Önce İtalya ve İspanya'da ortaya çıkan *Fideicommissum*, giderek Alplerin kuzeyine yayılmıştı. *Fideicommissum*'ların kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte bu dönemde bir soylunun muhteşem bir kalenin sahibi olmasına rağmen, zorluklarla dolu bir hayat yaşıyor olması sık karşılaşılabilecek bir durum haline gelmişti: çünkü *Fideicommissum* soyluyu taşınmazı elinde tutmakla zorunlu tutuyor, genellikle zor alınan bir hukuki izin olmadan onu satıp paraya dönüştürmesini yasaklıyordu. Aynı zamanda bu durum, bedelini ödeme düşüncesi olmadan borçlanmaya yönelik olumsuz bir teşvik doğurmuştu, çünkü *Fideicommissum* aynı zamanda söz konusu malların cebri satışını çok zor ya da imkânsız kılıyordu. Böylece bu durum burjuva alacaklılar zararına mükemmel bir hile vasıtası olmakla sonuçlanmıştı.²² Aynı zamanda *Fideicommissum* altındaki malların kayıt altında olmaması da hukuki güvenliği azaltan başka bir sebepti. Hangi malların devredilemez kategorisine girdiğinin her zaman bilinmiyor olması onların elden çıkarılmasını veya dağılmasını kolaylaştırıyordu. Ancak birkaç nesil sonra bile hak sahipleri bu durumu aydınlatıp hak talebinde bulunabiliyordu.

Öte yandan tek amaç somut dünyanın somut çıkarları değildi. Roma ve Orta Çağ'ın *Fideicommissum Familia* anlayışının, arkasında birçok manevi motivasyonu da barındırıyor olması oldukça muhtemeldir. Örneğin, *Omnis Hereditas* yasası (Digesta. 50,17,138) "*Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur (Her miras posteori olsa bile; (ardılın) ölüm anıyla başlar.)*" ifadesiyle, mirasçının ölünün yerine geçtiği durum ile mirasçılığın bir kişiden diğerine geçmesi arasında bir denklik kurmuştur.²³ Ailelerin "*içlerinde doğan-*

²¹ Jena-François Chauvard/Anna Bellavitis/Lanaro Paola, "De l'usage du fidéicommiss à l'âge moderne. État des lieux", *Mélanges de l'École française de Rome - Italie et Méditerranée modernes et contemporaines [En ligne]*, 124-2 | 2012, URL : <http://mefrim.revues.org/650> ; DOI : 10.4000/mefrim.650, yayım tarihi 15 Mayıs 2013, son erişim tarihi 5 Ekim 2017.

²² Marco Rizzuti, "Cultural Heritage Inheritance", *Journal of Regional Development Studies*, vol 20, 2017-03, s. 9.

²³ Thomas Yan, "L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la

ların halefîyeti ile ayakta kalan vücut ve üniversiteler"²⁴ olduğunu yazan, XVI. yy.'ın Minerva Teamülleri yorumcusu Guy Coquille de aynı fikri anlatmaktadır. Bu düşünceye göre mirasçılar malları iktisap etmezler, onlar bir yeri işgal ederler. Bu sistemde sirkülasyonda olan cisimler değil; bir mal için birbirlerinin yerlerini dolduran kişilerdir. Hakların transferi değil; yalnızca sabit bir mirastaki pozisyonların işgalleri söz konusudur.²⁵

Orta Çağ'ın son dönem hukukçuları, mülkü yalnızca ailenin ortak varlığını sürdürebilmek için bir araç olarak görmez; onları aileye özümserlerdi. Bu aileye atanmış bir rol idi: Bu malların kategorisi ailenin kimliğini belirlerdi. Aileye özümsemiş, nesilden nesile aktarılacak üzere piyasalardan kaldırılmış bu mallar, paha biçilmez olarak kabul edilir, belki de yarı kutsal görülürdü.²⁶

Erken modern dönemde, Fideicommissum kurumu aynı (in rem) hakların gelişmesiyle etkisini büyük ölçüde kaybetmeye başladı. Feodalizmin özelleştirildiği zamanlarda özel mülkiyet, merkezi bir kavram olmuştu. Feodal hukuk absolutizmin bir yadigarı olarak kötü bir üne sahipti. Bir başkasının mallarında sonsuz haklara sahip olmak, feodal hukuka ait bir formdu ve bu sebeple büyük eleştirilerin odağı haline geliyordu.²⁷

Fideicommissum'un Birleşik Krallık'ta karşılığı sayılabilecek "*strict settlement*"lar 1650'lerden başlayarak İngiliz hukukçuları tarafından geliştirilmişti ve XVIII yy. İrlandası'nın refah seviyesi yüksek aileleri tarafından sıklıkla kullanılıyordu. *Strict settlement*'lar ikili bir role

communauté disparue", Passeron Jean-Claude, Revel Jacques, dir. *Penser par cas*, Paris : Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2005, s. 64.

²⁴ Guy Coquille/V. F. de Ronquier, Les oeuvres de maistre Guy Coquille, sieur de Romenay: contenant plusieurs traitez touchant les libertez de l'église gallicane, l'histoire de France & le droit françois: entre lesquels plusieurs n'ont point encore été imprimez, & les autres ont été exactement corrigez, Vol 1, s. 113: "corps et université [qui] s'entretien[ai]ent par subrogation de personnes qui naissent en icelles"

²⁵ Jena-François Chauvard/Anna Bellavitis/Lanaro Paola, "De l'usage du fidéicommiss à l'âge moderne. État des lieux", Mélanges de l'École française de Rome - Italie et Méditerranée modernes et contemporaines [En ligne], 124-2 | 2012, URL: <http://mefrim.revues.org/650> ; DOI : 10.4000/mefrim.650, yayım tarihi 15 Mayıs 2013, son erişim tarihi 5 Ekim 2017.

²⁶ Ibid.

²⁷ Laurent Waelkens, Amne adverso: Roman Legal Heritage in European Culture, s. 272

sahipti. Bu rollerden ilki aile konutunu sonraki jenerasyonlara geçirmek iken, ikincisi ise kadın ve çocuklar için düzenlemeler öngörmekti. İrlanda'nın varlıklı, arazi sahibi sınıfı içinde kadınların aile malları üzerinde mülkiyeti veya payı, bu yönde hükümler koyan "strict settlement"lar ile belirlenirdi. Bu tedbirler tarihçiler arasında büyük bir tartışmaya yol açmıştır. Bu konuda Lawrence Stone, *strict settlement*'larla garanti altına alınan bu hükümlerin, kadınların mallar üzerindeki haklarının öneminin bir göstergesi olduğu görüşüyle, Lloyd Bonfield da kurumun ailenin kız ve nispeten genç oğlanları açısından bir avantaj sağladığı düşüncesindedir. Diğer taraftan aksi görüşteki Eileen Spring, "*The strict settlement: it's role in the family history*" adlı yazısına şu şekilde başlamaktadır:

"Yazdığım birkaç makalede *strict settlement*'in primogenitif bir gelişme olduğunu tartıştım ve Habakkuk ile Stone tarafından ortaya atılan teorileri eleştirdim. Anlatmak istediğim mesele şuydu ki; hem Habakkuk hem de Stone *strict settlement*'ların gayrimenkulleri koruma amacıyla dizayn edildiğinin farkında olmalarına karşın, pratikte bu açıdan yaklaşmıyorlardı. Onlar buna daha genç olan olan çocukların paylarını arttıran bir şeymiş gibi yaklaşıyorlar. Güncel olarak benim çalışmam bu gazetede tereddütsüz bir şekilde *strict settlement*'in primogenitif olmadığını, "refahı konsantre etmektense onu yaydığını" söyleyen Bonfield tarafından eleştirilmiş bulunmaktadır. Bu yazının amacı bu tezi değerlendirmektir."²⁸

Eileen Spring tam tersine kız ve nispeten daha küçük erkek çocuklarının aile mülkünden bekleyebileceği payın sınırlı kaldığından bahsetmektedir. Ona göre *strict settlement*'lar ile bu çocukların mallar üzerindeki paylarına yönelik *a priori* bir kısıtlama söz konusu olduğu için babanın da bu miktarı arttırmaya yönelik bir eğilimi olmayacaktır.

XVI ve XVII. yy.'dan başlayarak *Fideicommissum*'a **yöneltilen eleştiriler**, XVIII. yy.'da iyice sertleşerek sonunda esaslı bir tartışmaya yol açmıştır. Bu tartışmayı geniş çaplı yasama hareketleri takip etmiştir.²⁹ Fransız Devrimini yapanlar üstün özel mülkiyet hakkını eskiden kal-

²⁸ Eileen Spring, "The strict settlement: its role in family history.", *The Economic History Review*, C. 41: s. 454-460. doi:10.1111/j.1468-0289.1988.tb00475.x.

²⁹ Chiara Galligani, Il tramonto del fedecommissso nel Granducato di Toscana Una prima ricognizione dell'istituto nella legislazione sette - ottocentesca", *Historia et Ius*, 6/2014.

ma baskılardan kurtarmak, alacaklıların haklarını kuvvetlendirmek ve büyük ailelerin gücünü yok etmek amacıyla 14/11/1792 tarihli kanun ve Code Civil art. 896 ile *Fideicommissum* sistemini tamamen yasaklamıştı. Nitekim dönemin öne çıkan hukukçulardan birinin de söylediği gibi, yeni miras hukuku kuralı olan “eşit paylaşım”, giyotinden daha etkili bir iş çıkarmıştı.³⁰

Şüphesiz ki, *Fideicommissum* kurumunun öncelikli amacı kültürel mirası korumak değil; yüzyıllar boyunca büyük feodal ailelerin politik ve ekonomik gücünü muhafaza etmektir. Bununla birlikte, özellikle İtalya açısından, bu gücün hatırı sayılır bir kısmı antika toplayıcılığı ve sanat eseri himayeciliğinden gelen prestije derinden bağlıydı ve böylece *Fideicommissum*'un yayılmasının önemli bir tali etkisi, etkili ve uzun süreli bir kültürel mirasın korunma mekanizmasının ortaya çıkması olmuştur.³¹ İtalya'nın ünlü Medici ailesinin son mensubu Anna Maria Luisa de Medici'ye hanedanının mirası kaldığında, yaşlı ve yalnız dul, bu büyük mirası bir vasiyetname ile devretmeyi haizdi. Böylece kendisine *Patto di Famiglia* denen yeni büyük dük ile pazarlığa başladı. 31 Ekim 1737'de imzaladıkları özel hukuk sözleşmesi ile Anna Marie bu şahsı varisi olarak belirleyecek, karşılığında ise bu şahıs ve haleflerinin iktisap edecekleri sanat koleksiyonlarını Floransa dışına çıkarmaları sonsuza kadar yasak olacaktı. O sıralar Avusturyalılar bu yasağın varlığını çok dert etmemişlerdi, onlar asıl olarak Medici'lerin gayrimenkullerinin, paralarının, gümüşlerinin peşindelerdi. Nitekim Tuscany'yi ele geçiren birliğin generali Wachtendonk'un “*l'intrinsique du pays nous est assûré, et quelques bijoux ou meubles de plus ou de moins n'est pas notre grand affair* (Ülkenin özü bizimdir, birkaç mücevher veya bina daha elde etmek, bizim büyük olayımız bu değildir)”³² sözü de bunu kanıtlar niteliktedir. Böylece Anna Maria, Floransa sanat koleksiyonlarını diğer İtalyan sanat koleksiyonlarının kaderinden kurtarmayı başarmıştı.

XIX. yy.'da *Fideicommissum* tesisi İspanya ve Almanya'nın Saksonya Krallığı gibi bazı bölgelerinde hala yaygın bir pratikti. Hatta

³⁰ Marco Rizzuti, “Cultural Heritage Inheritance”, *Journal of Regional Development Studies*, vol 20, 2017-03, p.10; Bkz Francesco Galgano, *Il rovescio del diritto*, Milan, 1991, p. 10.

³¹ Marco Rizzuti, “Cultural Heritage Inheritance”, *Journal of Regional Development Studies*, vol 20, 2017-03, s. 9

³² Ibid s. 15, orda dipnot 21.

interbellum boyunca Transilvanyada da oldukça etkindi: büyük mısır tarlalarının tek kişinin elinde kalmasını sağlıyordu. Benzer şekilde Almanya ve Avusturya'da da Nazi rejimi tarafından yok edileceği XX. yy.'ın ilk yarısına kadar diremişti. İsviçre'de *Fideicommissum*, kent veya kırsalda aristokratik ailelerin, gelecekte prestijli fakat pek kârlı olmayan (örneğin, konseyler gibi) kamu dairelerine kabul edebilecek üyelerine bir gelir garantisi sağlama amacıyla kullanılıyordu. *Fideicommissum*'lara gayrimenkul dahil etmek, diğer yatırım türlerine göre enflasyona karşı daha iyi koruma sağlıyordu. Hatta bir aile evi söz konusu ise, değeri yalnızca maddi değildi, aynı zamanda belli bir rütbe ve asil bir yaşam biçiminin tezahürü sayılıyordu.³³ İsviçre'de özel hukukun kantonların sorumluluğunda olduğu XIX. yy.'da bazı kantonlar *Fideicommissum* kurumunu yasaklarken; diğerleri tolere ediyor, bazıları ise genel anlamda serbest olmasına rağmen çeşitli sınırlamalar öngörüyordu. Liberaller ve radikallerin gözünde *Fideicommissum* kurumu feodalitenin istenmeyen bir hayat mücadelesiydi.³⁴

Günümüz Hukukunda Fideicommissum ve Ülkemizdeki Mevcut Durumu

XX. yy.'da İsviçre'de Federal Code Civil'i hazırlamakla görevlendirilen komisyonun üyeleri, Eugen Huber'in teklif ettiği gibi oylarını *Fideicommissum* devam etmemesinden yana kullandılar. Böylece art. 335 alinea 2 kabul edildi. İsviçre kanun koyucusu yeni *Fideicommissum*'lar kurmayı yasaklarken, art. 335 al. 2'nin öncesinden süregelenleri serbest bırakmıştı. 1986'da İsviçre'de 36 *Fideicommissum*'un varlığı tespit edilmiştir: Lucerne (13), Bâle-Ville (6), Zoug (4), Zurich (3), Uri (2), Soleure (2), Thurgovie (2), Schwytz (1), Nidwald (1), Glaris (1) et Saint-Gall (1).³⁵

Yakın tarihte İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konudaki ünlü içtihadına değinmekte fayda var. Federal Mahkeme 17 Kasım 2009 tarihli kararında (4A_339/2009) İsviçre kamu düzenini ilgilendirmediği

³³ René Pahud de Mortanges, "Fideicommis", in Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), version du 10.04.2006, url: <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F8976.php>.

³⁴ Ibid

³⁵ Ibid

gerekçesiyle art. 335 al. 2'nin, Lihtenştayn hukukuna göre kurulmuş Lihtenştaynly bir kuruluşun konuyla ilgili etkilerinin İsviçre'de tanınmasına engel olmadığına karar kıldı. Federal mahkemeye göre 335/2 hükmü LDIP (İsviçre Devletler Özel Hukuku Hakkında Federal Kanunu) art. 18 anlamında bir "acil uygulama hükmü" oluşturmuyordu. Mahkemeye göre İsviçre hukuk düzeninin Code Civil'in yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan *Fideicommissum*'lara tolerans göstermesi, *Fideicommissum* kurumunun İsviçre'deki örf adetler ve geçerli hukuk anlayışı ile tahammül edilemeyecek ölçüde çatışmamakta olduğunu gösteriyordu. Ayrıca bu normun temelinde yatan işsizliğin çoğalmasını engelleme gibi sebepler bugün artık tarihe karışmıştı ve artık İsviçre'nin üstün çıkarıyla alakası kalmamıştı. Böylece İsviçre Federal Mahkemesi, doktrinin çoğunluğunun çizgisinde kalarak o güne kadar tartışmaya açık olan 335-2'nin yabancı kuruluşlara veya *Fideicommissum Familia* gibi amaçlarla yapılan yabancı *Trust*'lara yönelik uygulanması konusuna nokta koydu.³⁶ Normun uluslararası alana açılan bir kapısının olmadığını göstererek, yabancı *Trust*'ların İsviçre'de tanınmasıyla iç hukuku ile *Fideicommissum Familia* yasağı arasındaki anlaşmazlığı çözdü.³⁷

İtalya'da ise *Fideicommissum* yasağı ile ilgili son 20 yılda bir hareketlenme göze çarpmaktadır. 1996'da İtalyan Senatör Franco Zef Relli, *Fideicommissum*'lar konusunda yumuşama öngören bir yasa projesini sunmaya çalışmış ancak proje Parlamento'dan geçmemiştir. Aynı şekilde 2006 yılında da bu konuda yapılan bir diğer deneme de yine başarılı olamamıştır. Bununla birlikte 10 yıl sonra 2016'da İtalyan Parlamento'su, yeni bir düzenlemeyi onaylayarak *Fideicommissum*'la alakalı istisnai hükümlerin çerçevesini ağır engelli bireyler lehine vasiyetnamelere ilişkin genişletmiştir.³⁸ 22 Haziran 2016 tarihli 112 sayılı kanunun 6. maddesi ile ölümlerinden sonra ebeveynler, (tanımı 5 nu-

³⁶ Tam olarak aynı olmasalar da Anglo-Sakson hukukunda *Trust*'lar, Roma hukukunun *Fideicommissum*'u ile oldukça benzer sonuçlar için kullanılan bir sistemlerdir.

³⁷ Aude Peyrot, *Fondations et trusts: Arrêt du TF: l'art. 335 al. 2 CC (interdiction de constituer des fidéicommiss de famille) ne relève pas de l'ordre public international suisse*, publié le: 18 Déc 2009 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://www.cdbf.ch/657/>

³⁸ n. 112 del 2016 (2016'nın 112 no'lu yasası)

maralı yasanın 3. maddesinin 3. paragrafında verilen) “ağır” engelli çocuklarının refahlarını temin edecek bazı yollar öngörülmüştür. Aynı zamanda *Dopo Di Noi* (Bizden sonra, After us) olarak da adlandırılan ve *Fideicommissum*’u andıran bu düzenlemenin İtalyan Yasakoyucu’nun ileride, başka alanlarda da *Fideicommissum*’lar konusunda yumuşamaya gidebileceğinin bir belirtisi olduğu öne sürülebilir.

Ülkemizde ise dünya geneli ile uyumlu şekilde Medeni Kanun 372. madde II. fıkrası ile aile vakfı yoluyla miras hukukunun intikal kurallarını bertaraf edecek şekilde *Fideicommissum Familia* yasaklanmıştır. Madde 372’ye göre “Bir malın veya hakkın başkalarına geçmemek üzere aynı soydan gelenlere kuşaktan kuşağa kalacak şekilde özgülenmesi yasaktır. Böyle bir özgülenme, vakıf kurma yoluyla da yapılamaz”. Benzer bir yasaklama MK 521/II’de de karşımıza çıkmaktadır. MK 521’ye göre “(1) Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufla önmirasçı atadığı kişiyi mirası artmirasçıya devretmekle yükümlü **kılabilir.** (2) Aynı yükümlülük artmirasçıya yüklenemez.” MK 521 vd. düzenlenmiş olan fevkalade ikame, mirasbırakanın mansup mirasçıya veya musalehe, kendilerinin ölümünden sonra veya muayyen bir müddetin sonunda, mirası veya vasiyet olunan muayyen malı üçüncü şahsa nakletme yükümlülüğünü yükleyen bir işlem olarak hükme bağlanmıştır.³⁹ Artmirasçıların birden fazla sayıda belirlenmesi mümkündür. Bu halde artmirasçılar mirası müşterek olarak iktisap etmektedirler. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta MK 521/II gereği, artmirasçı atama işleminin tek derece ile sınırlı tutulmuş olduğudur. Yani ölenin malvarlığını önmirasçıdan iktisap eden artmirasçıya (veya artmirasçılara) bu malvarlığını tekrar başka bir artmirasçıya devretme yükümlülüğü yüklenememektedir. Böylece 521/II hükmü, miras hukuku kurallarından yararlanarak *Fideicommissum Familia*’nın kurulmasını yasaklamak amacıyla art mirasçı ya da vasiyet alacaklısı atanmasına getirilen bir kısıtlamadır.⁴⁰

³⁹ Erkan Küçükgüngör, “Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1996, C. 45, S: 1-4, s. 522.

⁴⁰ Mustafa Dural/Turan Ögüz/Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku*, C. III, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 388.

Sonuç

Fideicommissum nesillerin gelecek kaygısıyla ortaya çıkmış bir sistem olmakla birlikte, aynı zamanda soyun içinde devamlı olarak karşıt fikirlerin ve anlaşmazlıkların da kaynağı olmaktan geri kalmamıştır. Suçlamalar temel olarak *Fideicommissum* altındaki malların devredilemezlik durumunu hedef almış ve bunun sebebi mirasın ekonomik konjonktüre ve aile biçimlenişine uygun şekilde adapte edilememesi olmuştur. *Fideicommissumlar*'ın Roma Hukuku ile başlayan ve Orta Çağ ile devam eden serüveni, özellikle Fransız Devrimi'nin feodalizme üstün gelmesiyle, uygar hukuk sistemlerinin birçoğunda sona ermiştir. Ülkemizde de Medeni Kanun'un 372. ve onunla uyumlu 521. maddeleri ile *Fideicommissum Familia* yasaklanmıştır. *Fideicommissum* yasağının halen güncelliğini koruyan bir hüküm mü yoksa yasakoyucu tarafından ilgası mümkün veya uygulamada farklı yorumlara yol açabilecek, güncelliğini kaybetmiş, anakronistik bir hüküm mü olduğu sorusu tartışılabilir. Ayrıca devrim ve feodalizm arasındaki savaşın sona erdiği düşünüldüğünde yasaklamaların en temel motivasyonu olan feodalizmin kalıntılarından kurtulmanın, günümüz uygar memleketlerinde eskisi kadar ehemmiyet arz etmediği de bir gerçektir. Bu sebeple sadece kültürel mirasın korunması konusunda *Fideicommissum* yasağına bir istisna tanınmanın, ciddi dezavantajlar yaratmayacak bir müdahale olduğu fikri öne sürülebilir.⁴¹ Ayrıca İtalya'da 22 Haziran 2016 tarihli *Dopo Di Noi*, gibi hakkaniyet çerçevesinden çıkmadan sosyolojik olguya göre yapılacak düzenlemelerin de olumlu sonuçlar doğurabilmesi mümkün görünmektedir. Bununla birlikte *Fideicommissum*'a yönelik mevcut üniform bakışın da sakıncaları olduğu yadsınamaz. Bu kurumu tecrübe etmiş veya etmekte olan her ülkede ve hatta bu ülkelerin farklı bölgelerinde bile konuyla ilgili mevzuat, onu oluşturan şartlar, gelenek ve görenekler, pratiğe döküldüğünde uygulanma şekli, sıklığı ve uygulamaların altında yatan temel amaçlar gibi birçok konuda birbirinden ayrılmaktadır. Bu sebeple bölgesel içeriğe ağırlık verilerek yapılacak çalışmaların daha verimli olması da kaçınılmazdır.

⁴¹ Marco Rizzuti, "Cultural Heritage Inheritance", *Journal of Regional Development Studies*, vol 20, 2017-03, s. 21, orda dipnot 15.

Kaynakça

- Berger Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953.
- Bizzocchi Roberto, *Genealogie incredibili. Scritti di storia nell'Europa moderna*, Bologna, 1995.
- Chauvard Jena-François/Bellavitis Anna/Lanaro Paola, "De l'usage du fidéicommiss à l'âge moderne. État des lieux", *Mélanges de l'École française de Rome - Italie et Méditerranée modernes et contemporaines* [En ligne], 124-2 | 2012, URL: <http://mefrim.revues.org/650>; DOI: 10.4000/mefrim.650, son erişim tarihi 5 Haziran 2017.
- Di Marzo Salvatore, Çev. Ziya Umur, *Roma Hukuku*, İkinci Baskı, İstanbul 1959.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Alper, *Türk Özel Hukuku*, C. III, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2008.
- Galgano Francesco, *Il rovescio del diritto*, Milan, 1991.
- Gambino Luigi, "Il substrato socio-culturale del fedecommisso familiare", *La nuova critica*, 27-28, 1971, s. 143-176.
- Guy Coquille/V. F. de Ronquier, *Les oeuvres de maistre Guy Coquille, sieur de Romanay: contenant plusieurs traitez touchant les libertez de l'église gallicane, l'histoire de France & le droit françois : entre lesquels plusieurs n'ont point encore été imprimez, & les autres ont été exactement corrigez*.
- Günal Nadi, "Roma miras hukuku'na genel bir bakış ve vasiyet yolu ile miras", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1995, C. 44, S. 1, s. 425-424.
- Honig Richard, Çev. Talip Şemsettin, *Roma Hukuku*, İstanbul 1938.
- Trifone Romualdo, *Il fedecommisso. Storia dell'Istituto in Italia*, Naples, 1914.
- Koschaker Paul/Ayiter Kudret, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, İzmir, 1993.
- Küçükgüngör Erkan, "Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1996, C. 45, S: 1-4, s. 505-531.
- Lee Robert Warden, *The Elements of Roman Law With A Translation of The Institutes of Justinian*, London 1956.
- Liebs Detlef, *Römisches Recht*, Bonn 2004.
- Öcal Apaydın Bahar, "Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2011, C. 60, S. 3, s. 523-570.
- Pahud de Mortanges René, "Fideicommiss", *Dictionnaire historique de la Suisse* (DHS), version du 10.04.2006, URL: <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F8976.php>, son erişim tarihi 5 Haziran 2017.
- Peyrot Aude, *Fondations et trusts: Arrêt du TF : l'art. 335 al. 2 CC (interdiction de constituer des fidéicommiss de famille) ne relève pas de l'ordre public international suisse*, le Centre de droit bancaire et financier, <https://www.cdbf.ch/657/>, 18 Déc 2009.
- Rizzuti Marco, "Cultural Heritage Inheritance", *Journal of Regional Development Studies*, vol 20, 2017-03, s. 7-18.

- Spring Eileen, "The strict settlement: its role in family history." *The Economic History Review*, (1988), 41: 454-460. DOI: 10.1111/j.1468-0289.1988.tb00475.x
- Tamer Diler, "Roma Hukukunda Kadının Mirasçılığı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.LVII, 1999, S.1-2, s. 225-240.
- Thomas Yan, "L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue", Passeron Jean-Claude, REVEL Jacques, dir. *Penser par cas*, Paris: Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2005. – p. 45-73.
- Umur Ziya, *Roma Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- Umur Ziya, "Roma Miras hukukunun Ana Hatları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1966, C.31, S. 1-4, s. 159-195.
- Visceglia Merlotti Andrea, *Il bisogno di eternità. I comportamenti aristocratici a Napoli in età moderna*, Naples, 1988.
- Wauters Bart/De Benito Marco, *The History of Law in Europe: An Introduction*. Edward Elgar Publishing, UK, 2017.
- Zorzoli M. C., "Della famiglia e del suo patrimonio: riflessioni sull'uso del fedecommesso in Lombardia tra Cinque e Seicento", *Archivio Storico Lombardo*, 1989, CXV, s. 91 – 148.

ROMA HUKUKUNDA SÖZLEŞMESEL BONA FIDES (DÜRÜSTLÜK KURALI) KAVRAMI VE ÇAĞDAŞ HUKUKA ETKİSİ*

THE CONCEPT OF CONTRACTUAL BONA FIDES (GOOD FAITH) IN ROMAN LAW and ITS EFFECT ON CONTEMPORARY LAW

Talya Şans UÇARYILMAZ**

“I fight fairly and in good faith”

“Dürüstçe ve iyiniyetle savaşıyorum”

Edmond François Valentin About

Özet: Bona fides, dürüstlük ve sadakat etik değerlerinin hukuk kuralı haline gelmesinin temel örneklerindedir. Roma usul hukukunda doğmuş, daha sonra sözleşmeler bakımından önemle uygulanmaya başlamış olan ilke, çağdaş sözleşmeler hukukunda dürüstlük kuralı olarak karşımıza çıkmakta ve sözleşmeleri yorumlayıcı, tamamlayıcı, düzeltici ve borç doğurucu işlevler göstermektedir. Bu işlevleri dolayısıyla geçmişten bu yana pek çok farklı doktrinin doğuşuna da kaynaklık etmiş olan bona fides, sadece ulusal hukuklar bakımından değil değişen sosyo-ekonomik paradigma neticesinde uluslararası metinler açısından da büyük rol oynamaya başlamıştır. Nitekim bona fides, hukukun küreselleşmesi için ihtiyaç duyulan ulusal hukuk kurallarının katılığını aşacak esnekliğe sahiptir.

Anahtar Kelimeler: Bona Fides, Sadakat, Dürüstlük Kuralı, Çelişkili Davranış Yasağı, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Dürüst İş Yapma

Abstract: Bona fides is one of the essential examples of the transition of ethical values into legal rules. The principle which was born in the Roman procedural law and which has started to be utilized in contracts, is reflected as the rule of good faith in contemporary contract law and contains interpretative, supplementary, corrective and creative functions in terms of obligations and contracts. Bona fides as the source of many different doctrines from past to present because of such functions, has started to play a major role

* Bu makale İ.D. Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında yazılmakta olan “Roma Hukukundan Günümüze Bona Fides İlkesi” konulu doktora tez çalışmasından türetilmiştir.

** Arş. Gör., İ.D. Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

not only for the national laws but also for supranational legal texts after the change of the socio-economical paradigm. Indeed, bona fides has the elasticity which is needed to overcome the firmness of national legal rules for the globalization of law.

Keywords: Bona Fides, Fidelity, Good Faith, the Prohibition of Inconsistent Behaviour, the Prohibition of Abuse of Rights, Fair Dealing

GİRİŞ

İyiniyet ile dürüstlük kuralı kavramlarını bünyesinde barındıran *bona fides* Roma hukukundan bu yana hukukun ayrılmaz bir parçası olmuş etik ilkelerdendir. *Bona fides* kavramı ortadan kaldığı takdirde kişiler arasındaki tüm etkileşimler var olmayı kesecektir.¹ Zira Roma hukukunun iktibasının devamında ulusal kodifikasyonlarda yer alan doğal hukuk etkisi etik değerlerin önemini her daim korumasına hizmet etmiş, sosyal barış ve uyumu sağlamak adına bu değerler pozitif hukukun da önemli bir parçası haline gelmiştir. Sözleşmeler hukukunda dürüstlük kuralı biçiminde karşımıza çıkan objektif *bona fides*, günümüzde önemini gün geçtikçe artırmaktadır.

Bona fides'in sabit bir anlamı mevcut olmayıp adeta amorf bir yapıya sahip olduğu söylenmektedir.² Keza "*bona fides*" ifadesi özünde totolojik bir kavramdır. Sayısız çağdaş hukuk sisteminde yer alan bu kavramın net bir tanımının olmayışı, yerine getirdiği işlevleri de etkilemektedir. *Bona fides*'in önemi, sadece iyiniyet ya da dürüstlük kuralının değil, Roma hukukundan gelen ve çağdaş hukuk sistemlerini şekillendiren pek çok yavru prensibin esasında bu ilkeye dayanmasında yatar.³ Roma hukukunun asırlarca yaşamasının yanı sıra modern hukukların güncelliklerini kaybetmemeleri de esasında böylesi etik ilkenin varlığına dayanmaktadır.⁴

¹ John F. O'Connor, *Good Faith in International Law*, Dartmouth Publishing Company Limited, Brookfield, 1991, s. 56

² Friedrich K. Juenger, "Listening To Law Professors Talk About Good Faith: Some Afterthoughts", *Tulane Law Review*, C. 69, 1995, s. 1253-1258, s. 1254

³ Fritz Schulz (Çev. Belgin Erdoğmuş), "Roma Hukuku'nun Prensiplerinden Sadakat", *İÜHFD*, C. 48, S. 1-4, 1995, s. 380-398, s. 391

⁴ Martin J. Schermaier, "Bona Fides in Roman Contract Law" (ed. Reinhard Zimmermann ve Simon Whittaker), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, s. 92

Bona fides sözleşmeler hukukuna hâkim olan ve sözleşmelerin kurulması, ifası ve ifa sonrası aşamalarında karşımıza çıkan; yorumlayıcı, tamamlayıcı, düzeltici ve borç doğurucu işlevler taşıyan bir etik ilkedir. Romanist *bona fides* kavramının bir diğer özelliği ise, farklı hukuk sistemlerince benimsenmiş oluşudur. Yaygın inanışın aksine sadece Kıt'a Avrupası hukuk sistemi değil, Anglo-Amerikan hukuk sistemi de *bona fides*'e sözleşmeler hukukunda büyük önem vermektedir.⁵ İngiliz ve Amerikan mahkemelerinde özü itibariyle *bona fides* ile aynı fonksiyona hizmet eden çeşitli araçlar kullanılmaktadır. Bu sebeple *bona fides*, hukuk sistemlerini birbirine yaklaştıracı bir özellik de gösterir.

Son yıllarda küreselleşme ile sosyo-ekonomik paradigmanın değişmesinin etkisi doğrultusunda hukukun ulusallığı da giderek bulanıklaşmakta, özellikle uluslararası "kanunlaştırmalar" ile getirilen küresel hukuk kuralları ile değişen bu ihtiyaçlara cevap vermek istenmektedir. *Bona fides*, sadece ulusal hukuk düzenleri bakımından değil, küresel dünyada, özellikle de *lex mercatoria* için büyük önem taşımakta ve *lex mercatoria*'nın temel ilkeleri arasında sayılmaktadır. CISG (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods/ Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması*) açıkça *bona fides* ilkesini sözleşmeler hukukunun ana ilkelelerinden kabul etmemekle beraber, PECL (*Principles of European Contract Law/Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri*) ile UNIDROIT ilkeleri *bona fides*'i sözleşme hukukunun temel prensipleri arasında düzenlemektedir. Bu sebeple Roma hukukunda doğan ve gelişen *bona fides* kavramı gün geçtikçe önemi artan, hukukun uyumlaştırılmasına hizmet eden ve bu nedenle hem tarihsel hem de uygulama bakımından önem taşıyan bir yapıya sahiptir.

I. Fides Kavramı ve Bona Fides'in Ortaya Çıkışı

"*Bona fides*" ifadesi Latince iyi anlamına gelen "*bona*" ve sadakat anlamına gelen "*fides*" kelimelerinden oluşmaktadır. Roma'da çoğunlukla Tanrılara saygıyı ifade eden *pietas* kişiler arasındaki ilişkilerde *fides* biçimini almış ve sözleşmelere sadakat anlamında kullanılmıştır.⁶ Etimolojisi dini karakterine bağlı olan ve laik bir kavram olarak

⁵ Carter v. Boehm (1766) 3 Burr. 1905. (97 E.R. 1162)

⁶ Pierre Boyancé, "Les Romains, Peuple de la Fides", Bulletin de l'Association Guil-

değerlendirilemeyen *Fides* Roma medeniyetinde insanların sağ elinde yaşadığına inanılan sadakat, inanç ve dürüstlük Tanrıçasını sembolize etmiştir.⁷ Bu Tanrıça *tacitum in pectore numen* yani insanın iç dünyasındaki sadakat erdemini simgelemektedir.⁸ Roma dininde erdemlerin büyük Tanrısal varlıklardan türediğine inanılmış, sadakat erdemini ifade eden *Fides*'in de *Jupiter*'den doğduğu düşünülmüştür.⁹ Roma dinine göre *Fides*, insanların içinde taşıdığı Tanrıdır.¹⁰

Roma'da benimsenmiş olan *fides* kavramı sadece dürüstlüğü ifade etmemiştir. Aynı zamanda cesaret ve devlete bağlılık gibi erdemleri de içine alan bu kavram kamu hukuku, özellikle de savaşlar, uluslararası ilişkiler ve devlet içi özel ilişkiler bakımından da büyük önem taşımıştır.¹¹ *Fides* sözcüğünden türemiş olan *foedus* sözcüğü Roma'da halklar arasında yapılan ikili anlaşmaları ifade etmiş olup bu anlaşmalar sözleşen taraflar arasında barışçıl ilişkiler kurmayı hedeflemiştir.¹² *Fides*'in ve buna bağlı olarak verilen sözlerin ahlaki, siyasi ve dini ilişkileri garanti altına aldığına inanan Romalılar Tanrıların verilen sözlerin yerine getirilmesini sağlamak için ilişkilere müdahale ettikleri evrensel bir düzen getirmişlerdir.¹³ Bu çerçevede haklı menfaatin ihlali de eski devirlerde dahi hem toplumlar arası hem de kişiler arası ilişkiler bakımından göz önünde tutulan *fides*'e aykırılık olarak adlandırılmıştır.¹⁴

-
- laume Budé, *Lettres d'Humanité*, S. 23, 1964, s. 419-435, s. 419
- 7 Roma'da organların ve uzuvların Tanrısal varlıklarla ilişkili olduklarına inanılmıştır. Örneğin Memoria kulak, Genius ise alın ile bağlantılandırılmıştır. Boyancé. Op. Cit. s. 425
- 8 Gérard Freyburger, *Fides: Étude Sémantique et Religieuse Depuis les Origines jusqu'à l'Époque Augustéenne*, Les Belles Lettres, Collection d'Études Anciennes, Paris, 1986, s. 228 vd.
- 9 Harold Mattingly, "The Roman 'Virtues'", *The Harvard Theological Review*, C. 30, S. 2, 1937, s. 103-117, s.106
- 10 Öte yandan *fides*'in pre-Romanist döneme dayandığını söyleyen tarihçiler de mevcuttur. Boyancé. Op. Cit. s. 425
- 11 Freyburger. Loc. Cit.
- 12 Filippo Gallo, "Bona Fides E Ius Gentium" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese*, CEDAM, Vol. 2, Padova, 2003, s. 115-153, s. 131
- 13 Boyancé. Op. Cit. s. 429-430
- 14 Leonid Kofanov, "Il Carattere Religioso-Giuridico della Fides Romana Nei Secoli V-III A.C. sull'Interpretazione di Polibio 6-56, 6-15" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese*, CEDAM, Vol. 2, Padova, 2003, s. 333-345, s. 342. Emanuele Severino, La

Roma'nın Krallık Dönemi'nde yeminle güçlendirilmiş bir vaadi yerine getirmemenin, yani sadakatsiz davranmanın cezası Tanrılara kurban edilmek olmuş, bundan dolayı *fides* borcun kaynağı olarak görülme-ye başlanmıştır.¹⁵ Yunan ve Roma medeniyetlerinde önemli *virtus* (erdem)'lerden sayılan *fides*, hakkaniyetin ve adaletin sağlanmasına hizmet etmiştir.¹⁶

Fides geçirdiği evrim neticesinde ise özellikle ticari ilişkiler vasıtasıyla hukukî boyuta taşınmış, teknik hukukî bir kurum olan *bona fides*'i doğurmuştur.¹⁷ *Fides* öncelikle dürüst bir insanın sahip olduğu sadakat erdemini ifade etmiş, daha sonra dürüst davranışları içerisine almaya başlayarak hukukî bir anlam edinmiştir.¹⁸ *Bona fides*'e ilk olarak Cato'nun *De Agricultura* adlı eserinde rastlanmakta olup bu eserde de *bona fides* dürüstlük anlamında kullanılmıştır.¹⁹ *Bona fides* ifadesi, durumun gerçeğe uygunluğu ve gerçekleştirilmesi gereken davranışlar, bu bağlamda da objektif ve sübjektif iyiniyet anlamında kullanılmıştır.²⁰ Romanist *bona fides*, ortak dilin hukuka yansımalarıyla gelişmiş ve objektif anlamıyla evrimleşerek çağımızın dürüstlük kuralının temelini oluşturmuştur.²¹

Fides'i karşılayan erdemler antik çağlardan bu yana pek çok farklı kültür tarafından da benimsenmiş, kişilerin asgari bir sosyal düzen içerisinde yaşayabilmeleri için, asgari ölçüde yardımlaşmaya ihtiyaç-

-
- 15 Buona Fede Sui Fondamenti della Morale, Bur Saggi, Milano, 2008, s. 26
- 16 Özlem Söğütlü Erişgin, Roma Hukukunda Tarihsel Gelişim İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 69. Max Kaser, Rolf Knütel ve Sebastian Lohsse, Römisches Privatrecht, C.H. Beck, 21. Auflage, München, 2017, s. 72
- 17 Severino. Op. Cit. s. 21
- 18 Boyancé. Op. Cit. s. 435
- 19 Ricardo Cardilli, "La Buona Fede come Principio di Diritto dei Contratti: Diritto Romano e America Latina" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 1, Padova, 2003, s. 283-367, s. 322
- 20 Cato, De Agricultura, 14.3
- 21 Wojciech Dajczak, "La Liberta di Applicazione della Clausola Generale della Buona Fede: Osservazioni Sulla Prospettiva Del Diritto Romano" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 1, Padova, 2003, s. 409-429, s. 416
- 21 Pietro Bonfante, Scritti Giuridici Varii, III, Obligazioni, Communion e Possesso, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1926, s. 745

ları olduğundan sosyal bir gruba dâhil olmanın beraberinde bir kişinin karşısındakine güvenmesi, karşı tarafın ise kendisine güvenilen konuda bu güvene uygun şekilde hareket etmesi gibi kimi yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin ifası mecburiyetini getirdiği kabul edilmiştir.²² Roma'dan günümüze *bona fides* verilen sözlerin tutulacağı, bu nedenle de sosyal ve ticari hayatın devam edeceğinin garantisidir.²³ Her ne kadar teknik ve hukukî bir anlam taşıması nedeniyle kökeni olan Roma hukuku çerçevesinde incelenmekte de olsa *bona fides* başta Çin ve Hint kültürü olmak üzere doğu kültürlerinde, bunlara ek olarak da Musevi, Hristiyan ve İslam felsefesinde yer bulduğundan evrensel bir genel ilke olarak değerlendirilmektedir.²⁴

Roma hukuk tarihinde *bona fides*'in gelişimi bu kavramın Roma usûl hukukuna dayanması ile sosyal değerler bu kavram yardımı ile hukuk düzenine alınması açısından incelenmektedir.²⁵ Gerek uluslar gerekse bireyler arası söz verme ve sözünü tutma geleneği bakımından Akalara ve Hititlere dayanan ve daha sonra Mısır, Yunan, Kartaca ve Roma modellerine taşınan bir terminoloji birliği mevcuttur.²⁶ Antik Yunan mitolojisinde adalet tanrıçasını ifade eden *diké* de kozmik bir güç olarak ele alınmış, bu Tanrıçanın yalanlar ve yalancı şahitliklere karşı iyiniyet ve dürüstlüğü koruduğu kabul edilmiştir.²⁷ *Bona fides*,

²² O'Connor. Op. Cit. s. 5-6

²³ Bununla beraber gerek Roma gerekse günümüz hukukunda *fides*'in öngördüğü dürüstlük ölçüsü dostlar arası değil, rakipler arası dürüstlüktür. Boyancé. Loc. Cit. Alfredo M. Rabello, "Buona Fede e Responsabilità Precontrattuale Nel Diritto Israeliano alla Luce del Diritto Comparato" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese*, CEDAM, Vol. 3, Padova, 2003, s. 125-228, s. 144

²⁴ Stephen Hay ve Ainslie T. Embree, *Sources of Indian Tradition*, Columbia University Press, Vol I, New York, 1988, s. 217. Wingsit Chan ve Richard J. Lufano, *Sources of Chinese Tradition*, Columbia University Press, Vol: I, New York, 1999, s. 32. Saffet Köse, "Hukuk Mu Ahlak Mı?: İslam Noktaı Nazarından Din-Ahlak-Hukuk İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme", *İslam Araştırmaları Dergisi*, S. 17, 2011, s. 15-50, s. 35

²⁵ Arzu Oğuz, "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku: Lex Mercatoria-Unidroit İlkeleri'nin Niteliği", *AÜHFD*, C. 50, S. 3, 2011, s. 11-53, s. 15

²⁶ Alan Sommerstein ve Andrew Bayliss, *Oath and State in Ancient Greece*, De Gruyter, Berlin, 2012, s. 150

²⁷ Homeros ve Hesiodos *diké*'yi adil olma ve hileden kaçınma, doğruluk ve dürüstlük anlamında kullanmaktadır. Micheal Gagarin, "Diké in the Works and Days", *Classical Philology*, C. 88, S. 2, 1973, s. 81-94, s. 81. Matthew Dickie, "Diké as a

erdemlerin en yücesi olarak görülen ve kişilerin doğru düşünmelerini, doğru söylemelerini ve doğru davranmalarını sağlayan *lógos* kavramı ile de ilişkili görülmüştür.²⁸ Sokrates ve Aristoteles'in eserleri incelendiğinde dürüstlük kuralının önemli ölçüde yer kapladığı göze çarpmakta, karşılıklı güven ilişkisi çerçevesinde güçlü tarafa yükletilen zayıf tarafı koruma ve aldatmama zorunluluğu eserlerde belirtilmektedir.²⁹ Sözüünü tutmanın erdemi üzerinde sıklıkla duran Aristoteles ölçülülük anlamında ele alınan felsefi bir kavram olan *epieikeia*'yı dürüstlük, adilane davranmak ve hakkaniyet kavramlarıyla ilişkilendirmiştir.³⁰ Stoacı Okul mensupları da *epieikeia*'nın bilge olmayan insanlar için gerekli bir erdem olduğunu savunmuştur.³¹ Keza *fides*'in Cumhuriyet Dönemi'nin ortalarından itibaren dini karakterinden arınıp laikleşmeye başlamasında Stoacı felsefe etkili olmuş, *bona fides* ise stoicist bir anlam taşımaya başlamıştır.³²

Roma tarihinde *bona fides* ile *boni mores* (iyi ahlak) kavramları da bir arada kullanılmış, adilane davranmak ve dürüstlük gibi çeşitli hukuki prensipler bu kavramlardan türemiş ve gelişmiştir.³³ Quintus Mucius Scaevola³⁴, güven ve dürüstlüğüün ifadesi olan *bona fides*'i "*summa vis*", bir diğer ifade ile en büyük güç olarak nitelendirmiş ve kavramı kişinin çevresine karşı dürüst ve vefalı olması anlamına kavuşturmuştur.³⁵ Cicero da *fides*'i her türlü hukuki iletişimin ön şartı olarak *fundamentum iustitiae* (adaletin temeli) olarak görmüştür. Cicero'ya göre sözün tutulmasını gerektiren husus *fides* (sadakat) ve *veritas* (gerçeklik)'tir.³⁶ *Fides*, güven ilişkileri bakımından toplumun etik değerlerine ve algı-

Moral Term in Homer and Hesiod", *Classical Philology*, C. 73, S. 2, 1978, s. 91-101, s. 91

²⁸ Severino. Op. Cit. s. 70

²⁹ Dimitrios Kremalis, "Good Faith in Greek Employment Law", *Comparative Labour Law and Policy Journal*, C. 32, 2010-2011, s. 630-662, s. 631

³⁰ Aristoteles, *Éthica Nicomachea*, 4.7, Max Hamburger, *Morals and Law: The Growth of Aristotle's Legal Theory*, Biblio and Tannen, New York, 1965, s. 93

³¹ John M. Rist, *The Stoics*, California University Press, California, 1978, s. 267

³² Söğütlü Erişgin. Op. Cit. s. 69. Michel Villey, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne: Cours d'Histoire et de la Philosophie du Droit*, Montchrétier, Paris, 1975, s.66

³³ Kremalis. Loc. Cit.

³⁴ Quintus Mucius Scaevola, Roma'da M.Ö. 140-M.Ö. 82 yılları arasında Pontifex Maximus yani dönemin en büyük din adamı olarak görev yapmıştır.

³⁵ Oğuz. Loc. Cit.

³⁶ Schermaier. Op. Cit. s.78, 89

sına dayanan spesifik bir davranış yükümlülüğü getirmekte ve *bona fides* kavramında somutlaşarak hukukî bir boyut kazanmaktadır. Cicero'nun *De Officiis* (Görevler Üzerine) adlı eserinin 1. 23. paragrafı uyarınca;

“Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorum-que constantia et veritas. Ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuiquam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est appellatam fidem...”

“Adaletin temeli verilen sözlere ve yapılan anlaşmalara sadakati ifade eden *bona fides*'tir. Stoacılar etimolojik olarak *fides*'in *fiat* sözcüğünden türediğini öne sürmüşlerdir Zira sözünü tutan kişinin söz vermiş oldukları “yapılacaktır.” Bu etimoloji filolojik olarak doğru olmasa da *fides*'in sadece inanç ya da güvenden ziyade hareketlerle gösterilebileceğini yansıtmaktadır...”

Cicero'nun metinlerinde *fides*'in güven ve güvenilirlik olmak üzere iki anlamı mevcut olup bunlardan birisi aktif birisi ise pasif anlam taşımaktadır. Pasif anlamı, verilen sözü tutmayı ve karşı taraf hakkında düşünceli davranmayı gerektirmektedir.³⁷ *De Officiis*'in 3. 104. paragrafı uyarınca;

“...Est enim ius iurandum affirmatio religiosa; quod autem affirmate, quasi deo teste promiseris, id tenendum est. Iam enim non ad iram deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et ad fidem pertinet”

“Bir söz dini kutsallıkla desteklenmiş bir güvencedir. Verilmiş resmi bir söz ise tıpkı kişinin şahidi olan Tanrı'nın önünde verilmiş gibi kutsal olarak tutulur. Bu sorun artık Tanrıların gazabını değil ki zaten böyle bir şey yoktur, ancak adalet ve sadakat yükümlülüklerini ilgilendirir.”³⁸

³⁷ Nitekim Alman hukukunda dürüstlük kuralını karşılayan *Treu und Glauben* kavramı da aktif ve pasif anlamlar içermekte ve bir bütün olarak değerlendirilmektedir. Schermaier. Op. Cit. s. 79

³⁸ Bu metinde mevcut olan *fides* olgusunun sözleşmeler hukuku anlamında sadakat kavramından farklı gözüktüğü de ileri sürülmüştür. Öte yandan *bona fides* yerine *fides*'den bahsedilmesine karşılık burada *fides* kavramı dini değil, etik bir nitelik taşımaktadır. Keza etik kavramlar teknik kavramlara dönüşmekte olup bunun en önemli örneği *bona fides*'tir. Cicero *Epistulae ad Atticum* (*Atticus'a Mektuplar*) VI.1.15. paragrafında kavramı açıkça hukukî anlamı ile kullanmaktadır. Schermaier. Op. Cit. s. 78. Severino. Op. Cit. s. 47

Cicero, metinlerinde *dolus*'un karşıtı olarak kullandığı *bene agere*'nin de önemine değinmektedir.³⁹ *Inter partes* işlemlerde basiretli, özenli, iyi bir adam yani *bonus vir*⁴⁰ olarak davranmayı ifade eden *bene agere* kavramı karşı tarafın korunmaya değer menfaatlerinin korunması ve onlara saygı duyulmasını gerektirmektedir.⁴¹ Nitekim düşünüre göre "*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*" "iyi insanlardan olanlar iyi ve hileden uzak davranmalıdır."⁴² Cicero'ya göre *bona fides*, Roma hukukunu *ius strictum* yani katı hukuk kurallarına körü körüne bağlılıktan kurtaran pratik bir ilke görevi görmüş, katı şekilciliğın yerini ticari hayatın gelişmesiyle daha esnek kurallara bırakması bir bakıma *bona fides* prensibi ile mümkün olmuştur.⁴³ Bir başka deyişle doğıl hukuk okuluna mensup olan Cicero da *bona fides* kavramından *aequitas* (hakkaniyet)'in sağlanması amacıyla yararlanıldığını belirtmiştir. Roma hukukunun katı ve formal kurallara dayanan yapısı muğlak hukuki ilkeler içeren değer yargılarına dayalı adalet anlayışına olan ihtiyacı artırmıştır. Bu ilkelere en önemlisi ise *bona fides*'dir.⁴⁴ Doğıl hukuk, *veritas* (gerçek)'in ne olduğunu araştırmayı hedeflemekte olup bu akıma göre *fides*, *veritas*'a ulaşılmasını sağlayacaktır.⁴⁵ Nitekim *fides*, taraflar arası ilişkilerde şüphenin giderilmesini, bir diğere deyişle tarafların davranışlarının öngörülebilmesini sağlamaktadır.⁴⁶

³⁹ Schermaier. Op. Cit. s. 69

⁴⁰ Fernández de Buján, "De Los Arbitria Bonae Fidei Pretorios A Los Iudicia Bonae Fidei Civiles" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 2, Padova, 2003, s. 31-59, s. 45

⁴¹ Schermaier. Op. Cit. s 82

⁴² Cicero. De Officiis. 3.70. Giuseppe Falcone, "La Formula "Ut Inter Bonos Bene Agier Oportet et Sine Fraudatione E La Nozione di 'Vir Bonus'", Fundamina, C. 20, S.1, 2014, s. 258-279, s. 258

⁴³ Richard Bauman, Lawyers in Roman Transitional Politics: A Study of the Roman Jurists in Their Political Setting in the Late Republic and Triumvirate, C.H. Beck, München, 1985, s. 9

⁴⁴ Oğuz. Op. Cit. s. 18

⁴⁵ Brian Bix, "Natural Law Theory: The Modern Tradition" (ed. Jules Coleman ve Scott Shapiro), The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy, Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 63

⁴⁶ Severino. Op. Cit. s. 119

II. Bona Fides ve Aequitas İlişkisi

Celsus'a ait olan D. 1.1.1 pr. uyarınca "*ius est ars boni et aequi*"⁴⁷ yani "hukuk iyiyi ve hakkaniyetli olanı bulma sanatı" olup adaletin sağlanması için gereken ölçü somut olay adaletini sağlayan hakkaniyet kavramıdır.⁴⁸ Zira Roma hukukundan günümüze gelen "*summum ius summa iniuria*"⁴⁹ düşüncesine göre katı ve şekilci hukuk kurallarının içerdikleri olgular önceden bilinmeyen tüm somut olaylara aynı biçimde uygulanması adaletten çok adaletsizlik yaratmaya yarayacaktır.⁵⁰ *Bona fides*'in yöneldiği yegâne amaç en üst moral ide olarak adalet olup gerçek adaletle ulaşmak için ise hakkaniyetin sağlanması gerekmektedir.⁵¹

Aequitas içerisinde iki basit anlamı barındırmaktadır. Bunlardan ilki *fides* yani söze bağlılık iken ikincisi ise belirli davranış standartlarına uymayı ifade etmektedir.⁵² Gaius'un *Institutiones*'inde de belirli metinler bakımından "*ex aequo et bono*" ile "*bona fides*" aynı anlamda ele alınmıştır. Gaius'un Ins. 3.137 metni uyarınca;

"*Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in uerborum obligationibus alius stipuletur alius promittat et in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur.*"

"Bunun gibi, bu sözleşmelerde taraflar karşılıklı olarak sorumludur. Zira her birisi diğerine hakkaniyetin gereklerini ifa etmekle

⁴⁷ D. 1.1.1 pr.

⁴⁸ Öte yandan burada bahis konusu "ars" sözcüğü günümüz anlamında sanat değil, Yunanca "techne" olarak ifade edilen beceri anlamında kullanılmıştır. Zira bu değerler kullanılarak verilen kararlar iyi ve hakkaniyetli olup neticede adaleti sağlamaktadırlar. Cengiz Koçhisarlıoğlu ve Özlem Söğütlü Erişgin, Roma Özel Hukuku Uygulamaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 10. Villey, Op. Cit. s. 48. Herbert Hausmaninger ve Walter Selb, Römisches Privatrecht, Böhlau, Wien, 2001, s. 28

⁴⁹ Cicero, De Officiis, 1. 33. Kadir Gürten, Roma Hukukunda Hakkaniyet (Aequitas), Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 29

⁵⁰ William W. Buckland, A Text Book of Roman Law: From Augustus to Justinians, Cambridge University Press, Cambridge, 1950, s. 55

⁵¹ Adnan Gürüz, "Adalet Kavramı", (ed. Adnan Gürüz) Anayasa Yargısı-Anayasa mahkemesinin 28. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1994, s. 13-20, s. 13

⁵² Schermaier. Op. Cit. s. 88

yükümlüdür; öte yandan sözlü borçlar bakımından bir taraf sözleri söylerken diğeri kabul eder ve bir taraf böylelikle bir borç yaratırken diğeri yükümlülük altına girer.”

Bu metin incelendiğinde aslında hakkaniyetin gereklerinden kas-
tın *bona fides*'in gerekleri olduğu sonucuna varılmaktadır. Zira ifanın ölçütü hakkaniyet değil, *bona fides* olup *bona fides*'e uygun ifa hakka-
niyetin ve bu sayede adaletin sağlanmasına hizmet etmektedir.⁵³ *Bona fides* ile beraber hukukun ruhunu ifade eden *animus*, fayda anlamında kullanılan *utilitas* ve dürüstlük yani *honestas* ilkeleri hakkaniyet kavra-
mından türemiş olan diğer ilkelerdir.⁵⁴ *Bona fides* ile *aequitas* arasındaki ilişki *Digesta* metinlerinde de açıkça göze çarpmaktadır. Tryphonus'a ait D. 16.3.31.pr uyarınca “*bona fides quae in contractibus exigitur aequita-
tem summam desiderat*” yani “sözleşmelerde dikkate alınması gereken *bona fides*, hakkaniyetin en yüksek ölçüsünün mevcudiyetini gerekti-
rir” denilmektedir.⁵⁵ Buna göre *aequitas* menfaatlerin dengelenmesini ifade etmekte, *bona fides* ise buna eş tutulmaktadır.⁵⁶ *Postklassator*'lar-
dan Baldus da “*bona fides aequitatem desiderat*” yani “*bona fides* hakka-
niyeti gerektirir” diyerek bu düşüncüyü devam ettirmiştir.⁵⁷ Öğretide Baldus'un da *aequitas* ile *bona fides*'i aynı anlamda kullandığı ileri sü-
rilmektedir.⁵⁸

⁵³ Gaius, *Institutiones*, 3.155

⁵⁴ Fritz Pringsheim'a göre *aequitas* ve *bona fides* arasında doğrudan bir ilişki yok-
tur. Buna göre *aequitas* hukukun eleştirilmesi ve yorumlanması için bir araçtır.
Öte yandan bu işlevlerin gerçekleşmesi için de alt mekanizmalara ihtiyaç olup
bunlardan en önemlisi *bona fides*'tir. Maria y. J. F. Tella, (çev. Peter Muckley)
Equity and Law, Martinus Hijhoff Publishers, Boston, 2005, s. 29. Fritz Pringshe-
im, “*Aequitas und Bona Fides*”, *Conferenze per il XIV Centenario delle Pandette*,
Pubblicazioni della Università Cattolica del Sacro Cuore, C. 33, S. 2, 1931, s 183-
214, s. 194

⁵⁵ Klasik Hukuk Dönemi sonundan itibaren *bona fides* yerini dereceli olarak *aequi-
tas naturalis* (doğal hakkaniyet)'e bırakmıştır. Bu durumun pek çok sebebi olduğu
düşünülebilsede kuşkusuz aralarında en önemlisi *bona fides* kavramının formula
usûlü ile sıkı sıkıya bağlı oluşudur. Formula usûlü kullanılmamaya başlandıktan
itibaren *bona fides* kurumu da diğer etik ilkelerle bir rekabete girmiştir. Scherma-
ier. *Op. Cit.* s. 89

⁵⁶ Francesco Busnelli, “*Note in Tema Di Buona Fede ed Equità*” (ed. Alberto Burdese
ve Luigi Garofalo) *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica
Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di
Alberto Burdese*, CEDAM, Vol. 1, Padova, 2003, s. 225-257, s. 226

⁵⁷ Norbert Horn, *Aequitas in den Lehren des Baldus*, Böhlau, Köln, 1968, s. 103

⁵⁸ Busnelli. *Op. Cit.* s. 227

Kanonik hukukçular, *bona fides*'i Hristiyan ahlakçılığı çerçevesinde açıklamaya çalışmışlardır. Bu açıdan *bona fides* iyiniyet ve iyi irade anlamında kullanılmıştır.⁵⁹ Buna karşılık *postglossator*'lardan Baldus'un *bona fides* görüşleri Aristoteles'in görüşlerine dayanmış, genellikle *bona fides*, *aequitas* ile aynı anlamda kullanılmıştır.⁶⁰ Baldus'a göre *aequitas* dürüstlük kuralına uygun davranışlar için kuralların kuralı yani adeta bir "*regula regulorum*" sayılmıştır. Keza Baldus öncesi *ius commune* hukukçuları da *bona fides* ile *aequitas* kavramlarını aynı anlamda ele alarak bu kavramların hukukî ilişki içerisindeki tarafların sözlerini tutması, bir tarafın diğerini yanıltmaması ve son olarak her iki tarafın açıkça üstlenilmemiş dahi olsa, dürüst bir kişinin yükleneceği borçlarla bağlanması olmak üzere üç unsuru içerdiğini belirlemişlerdir. Baldus da *bona fides* bakımından söze bağlılığın önemine dikkat çekmiştir. Buna göre *dolus* halinde *bona fides*'e ihanet edilmekte olup *aequitas* tesis edilememekte, böylelikle de sözleşme ile amaçlanan karşılıklı adalet gerçekleşmemektedir. Baldus'a göre *bona fides* bir sözleşmenin bağlayıcı olup olmadığının tespiti ve tarafların borçlarının içeriği ile bunların yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesi açısından dikkate alınmalıdır.⁶¹ *Bona fides*, *dolus*'un yokluğu ve tarafların doğal hakkaniyete uygun davranması olmak üzere iki anlamı içerir.⁶² Bu durum, "*bonam fidem in contractibus considerari aequum est*" yani "sözleşmelerde dürüstlük kuralının dikkate alınması hakkaniyet gereğidir" şeklinde açıklanmıştır.⁶³

Doğal hukukçulara göre hakkaniyet hâkim tarafından yorumlanan doğal hukuktan başka bir şey değildir.⁶⁴ Doğal hukukun yorum-

⁵⁹ Hostiensis (Ed. Enrico de Susa), *Decretalium Commentaria*, No: 11, 1581. X2, 26, 17

⁶⁰ Dove J. Wilson, "Baldus de Ubaldis", *The Yale Law Journal*, C. 12, 1902, s. 8-20, s. 17. Kenneth Pennington, "Baldus de Ubaldis", *Rivista Internazionale Di Dritto Comune*, C. 8, 1997, s. 35-61, s.39

⁶¹ James Gordley, "Good Faith in Contract Law in the Medieval *Ius Commune*", (ed. Reinhard Zimmermann ve ve Simon Whittaker) *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, s. 94, s. 108-109

⁶² Horn. Loc. Cit.

⁶³ Gian Paolo Masetto, "Brevi Note Sull'Evoluzione Storica della Buona Fede Oggettiva", in (ed. Francesco Macario, Marco N. Miletto) *Tradizione Civilistica e Complessità del Sistema: Valutazioni Storiche e Prospettive della Parte Generale del Contratto*, Foggia, Milano, 2006, s. 295

⁶⁴ Jeffrie Coleman ve Jules Murphy, *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence*, Westview Press, Colorado, 1989, s. 14

lanması aşamasında ise etik bir ilke olan *bona fides* kavramına başvurulmaktadır. Hukuk dışı değer yargılarına dayanan *bona fides*, başta Yunan filozofların düşünceleri çerçevesinde önce Yunan sonra Roma toplumunca benimsenmiş ve Roma sözleşmeler hukukunu büyük ölçüde etkilemiş, daha sonra ise *glossator*'lar tarafından şematize edilerek günümüzdeki halini almıştır.⁶⁵ *Bona fides*, içerisinde doğruluk, dürüstlük ve sadakati taşıyan bir üst değer olup, doğal hukuka dayanan sosyal ve etik değerlerin hukuk alanına girmesini sağlayarak hukukun genel ilkesi mertebesine ulaşmıştır.⁶⁶

III. Bona Fides'in Roma Usûl Hukukunda Gelişimi

A. Iudicia Bonae Fidei

Ius praetorium'un *ius civile*'yi ayrıntılandırarak açıklamak ve uygulanmasını kolaylaştırmak, *ius civile*'de yer alan boşlukları doldurmak ve düzenlenmemiş konularda kurallar koymak ile *ius civile*'yi düzelterek artık sosyal ihtiyaçlara karşılık vermediği ölçüde kuralların değiştirilmesini sağlamak olmak üzere üç işlevi mevcut olmuştur.⁶⁷ Özellikle boşlukları doldurmak ve yeni kurallar getirmek işlevleri bakımından ise *praetor*'lar *bona fides*'i büyük ölçüde dikkate almışlardır. *Bona fides* ilkesi *praetor edictum*'ları sayesinde *formula* usûlü ile hukuk alanına geçiş yapmış, *iudicia bonae fidei* denilen iyiniyet davalarına eklenen "*ex fide bona*" kaydı sayesinde uygulanmaya başlamıştır.⁶⁸ Bir diğer deyişle, Roma maddi hukukunun gelişimi, usûl hukukuna paralel olmuştur.⁶⁹

⁶⁵ Gordley, Op. Cit. s. 104. Hausmaninger ve Selb, Op. Cit. s. 56

⁶⁶ İonna Kuçuradi, İnsan ve Değerleri, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013, s. 60. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 77. Martin Hesselink, "The Concept of Good Faith" (ed. Arthur Hartkamp ve Ewoud Hondius) Towards a European Civil Code, Kluwer Law International, Boston, 2004, s. 473

⁶⁷ Özcan Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 103

⁶⁸ Söğütlü Erişgin, Op. Cit. s. 70

⁶⁹ Roma usûl hukukunun evrimi Klasik Hukuk Dönemi uyarınca uygulanmış olan Ordo Iudiciorum Privatorum (Özel Mahkemeler Sistemi) ile önceleri istisnai hallerde uygulanan ama zamanla kural haline gelen Cognitio Extra Ordinem (Sistem Dışı Yargılama) sistemlerini içermektedir. Ordo Iudiciorum Privatorum, en eski usûl olan legis actio usûlü ile öğretilerdeki hâkim görüşüne göre M.Ö.3. yüzyılda lex aebutia ile kabul edilen formula usûlü uygulamalarını içerisinde barındırmıştır. Vincenzo Arangio-Ruiz, Istuzioni Dei Dritto Romano, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 40. Edizione, Napoli, 2012, s. 123. Max Kaser, Die Lex Aebutia, Giuffrè,

Roma hukukçularının çoğunluğu *iudicia bonae fidei*'yi *formula* usûlü ile ilişkilendirmekte ve bunların kökeninin M.Ö. 3. yüzyıla dek uzandığını kabul etmektedirler. Roma usûl hukukunda uygulanmış sistemlerden bir tanesi olan *formula* usûlü uyarınca *praetor*'larca spesifik durumlar için verilmiş özel dava kalıplarını ifade eden *formula*'lar hazırlanmış ve *praetor*'lar tarafından atanan yargıçlar somut olayı verilen dava *formula*'sına uyarlayarak çözmüştür. Ayrıca her sene yeni *praetor*'larca *formula*'lar ilan edilmiş, böylece mevcut davaların sayısı artmış ve içerikleri genişlemiş, bu ise Roma hukukunun gelişmesine katkı sağlamıştır.⁷⁰

Formula'lar *demonstratio*, *intentio*, *condemnatio* ve *adiudicatio* olmak üzere dört ayrı bölümden oluşmaktadır.⁷¹ *Demonstratio*, bir dava *formula*'sının davanın sebebini açıklayan kısmı iken, *formula*'nın en önemli kısmı olan *intentio* ise davacının iddiasını ve talebini yansıtmakta, *condemnatio* da *intentio*'daki şartlı cümleyi sonuca bağlayarak yargıca davalıyı beraat ettirme ya da onu mahkûm etme yetkisi vermektedir.⁷² Roma hukukunda *formula*'larda belirtilmiş fiili olgulara ve hukuki esaslara sıkı sıkıya bağlı olan davalara *actiones stricti iuris* (dar hukuk davaları) adı verilmiştir. Öte yandan Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarından itibaren bazı borç ilişkilerinin içerikleri, "davalının davacıya dürüstlük kuralı gereği vermesi ya da yapması gereken her şey", yani "*quidquid numerius negidius aulo agerio dare facere oportet ex fide bona*" şeklinde *formula incerta* olarak ifade edilmiş olup yargıca geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Yargıcın *bona fides* yardımıyla zihninde ideal bir

Milano, 1950, s. 50. Ziya Umur, Roma Hukuku Ders Notları: Usûl Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 217 vd. Belgin Erdoğan ve Bülent Tahiroğlu, Roma Usûl Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 1997, s. 15 vd. Andreas B. Schwarz, (Çev. Türkan Rado) Roma Hukuku Dersleri, İÜHFY, İstanbul, 1963, s. 287 vd. Kaser, Knütel ve Lohsse. Op Cit. s. 443. Hausmaninger ve Selb. Op. Cit. s. 369

⁷⁰ Schermaier. Op. Cit. s. 72-74

⁷¹ *Adiudicatio* davaya bakan yargıca örneğin tartışmalı mülkiyetin kime ait olacağına karar vermesinin öğütlendiği kısım olup buna genellikle *actio familiae eriscundae*, *actio communi dividundo* ve *actio finium regundorum* gibi taksim davalarında rastlanılmıştır. Gaius, *Institutiones*, 4. 39. Hausmaninger ve Selb. Op. Cit. s. 383. Umur. Op. Cit. s. 255-256. Arangio-Ruiz. Op. Cit. s. 127.

⁷² Umur. Op. Cit. s. 256. Villey. Op. Cit. s. 38. Arangio-Ruiz. Op. Cit. s. 126. John T. Abdy ve Brian Walker, *The Commentaries of Gaius and Rules of Ulpian*, Clark, New Jersey, 2005, s. 298 vd. Andrew Borkowski, *Roman Law*, Blackstone Press Limited, London, 2001, s. 74

davranış modeli yaratarak karar verdiği ve *ex fide bona* kaydını içeren bu davalar ise *iudicia bonae fidei* olarak adlandırılmıştır.⁷³

Ex fide bona kaydı sadece *dare* (verme) değil aynı zamanda *facere* (yapma) yükümlülüğünü de içermektedir. Bununla beraber *condemnatio* ise *dare* yani verme yükümlülüğüne ilişkin olabilir, bu durumun nedeni olarak ise *fides*'in sorumluluğun kaynağı olması gösterilmiştir.⁷⁴ Borcun ve ifanın kapsamını belirlemek adına kullanılan ölçüt, *bona fides* olmuştur. Bu davaların doğuş nedeni dar hukuk davalarının hakkaniyeti sağlamakta yetersiz kalışı ve *bona fides*'in sağlanmasına duyulan gereksinimdir.

Iudicia bonae fidei bakımından yargıç, davalının ifa yükümlülüğünü *bona fides*'e göre belirlemiş ve *bona fides*'e göre gerekli olan tüm savunmalar yapılabilmektedir.⁷⁵ *Bonae fidei iudicia*'nın doğuşunda *peregrinus*'lar ile yapılan ticaretin dolaylı olarak önemli bir rol oynadığı söylenmektedir.⁷⁶ Bununla beraber *praetor*'ların faaliyetleri ile dar hukuk davalarının çoğu iyiniyet davası halini almış olup zamanla *iudicia bonae fidei* oldukça çoğalmıştır.⁷⁷ Özellikle Iustinianus Dönemi'nde *mutuum* (tüketim ödencü) ve *stipulatio* sözleşmelerinden doğan davalar haricinde davaların tümü *iudicium bonae fidei* halini almıştır.

Cicero'nun *De Officiis* eserinin 3. 70. paragrafı uyarınca *iudicium bonae fidei*'den bahsetmekte ve güvene dayalı ilişkiler bakımından *bona fides*'in öneminin altı çizilmektedir.⁷⁸

"nam quanti verba illa: Uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatus-ve sim! quam illa aurea: Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione! Sed, qui sint "boni" et quid sit "bene agi," magna quaestio est. Q. quidem

⁷³ Söğütlü Erişgin. Op. Cit. s. 71. Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 230. Cardilli. Op. Cit. s. 72. Hausmaninger ve Selb. Op. Cit. s. 107. Arangio-Ruiz. Op. Cit. s. 298. Umur. Op. Cit. s. 262. Gallo. Op. Cit. s. 132

⁷⁴ Franz Wieacker, "Zum Ursprung der Bonae Fidei Iudicia", Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung, C. 80, S. 1, 1963, s. 1-41, s. 35

⁷⁵ Schermaier. Op. Cit. s. 84. Söğütlü Erişgin. Op. Cit. s. 71

⁷⁶ Nitekim formula usulü yabancılarla olan ticari ilişkilerde yabancılara legis actio sisteminin uygulanamaması sebebiyle ortaya çıkmıştır. *Iudicia bonae fidei* ise formula usulü sayesinde gelişmiş olmakla beraber aslında doğuş nedeni hukuki ilişkilerde tarafların menfaatlerinin dengelenmesidir. Villey. Op. Cit. s. 29. Schermaier. Op. Cit. s.82-85

⁷⁷ Karadeniz Çelebican. Op. Cit. s. 342

⁷⁸ Schermaier. Op. Cit. s. 82

Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur Ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret."

"Bu sözcükler ne kadar önemlidir: Senin tarafından hileye uğramayacağıma ve kandırılmayacağıma dair sana güveniyorum. Bunlar ne kadar değerlidir: Dürüst insanlar arasında hilesiz ve dürüst hukuki işlemler gerçekleşmelidir. Ama kim dürüst insandır ve dürüst hukuki işlem nedir? Bunlar ciddi sorulardır. *Formula'*ya "*bona fides*'in gerektirdiklerine" kaydı eklenmesi çerçevesinde tahkim (yargı) ile ilgili bütün sorulara en çok önem veren *pontifex maximus* Quintus Scaevola idi. O, *bona fides* teriminin çok geniş ve kapsayıcı bir uygulaması olduğunu savundu. Bu vesayet, ortaklık, vekâlet, alım satım, *locatio conductio* bakımından benimsendi. Diğer bir deyişle, günlük hayatın sosyal ilişkilerinin dayandığı bütün hukuki işlemlerde özellikle de karşı iddiaların kabul edilebilir olduğu çoğu halde, yargıcın her bir bireyin karşısındaki olan borcunun kapsamına karar verme yetisine sahip olmasını gerektirdiğini söyledi."

Metinde *formula'*nın iki önemli parçası olan *fides* ve *bene agere* kavramlarından bahsedilmektedir. *Iudicia bonae fidei'*nin üç unsuru mevcut olup bunlar güvene dayalı ilişkilerin maddi içeriğine işaret eden *bene agere*, verilmiş bir sözün bağlayıcı gücü ve yargıcın iki tarafın menfaatlerini dengelemek hususunda sahip olduğu *officium'*dur. Bu üç olgu, *iudiciae bonae fidei'*nin gelişimine hizmet etmiştir.⁷⁹

Hâkim görüşe göre tüm *bonae fidei iudicia* tipleri, aynı anda ortaya çıkmış olup bir başka düşünceye göre ise iki türlü *bonae fidei iudicia* mevcuttur. Bunlardan ilkinde bizatihi borcun sebebi *bona fides* iken diğerinde *bona fides* sadece yargıcın takdir yetkisini kullanırken faydalandığı bir araç konumundadır.⁸⁰ Öte yandan sorumluluğun kaynağının *bona fides* olup olmamasından bağımsız olarak yargıç *bona fides'*i esas almakla iki halde de aynı sonuca varacaktır.

⁷⁹ Ibid.s. 83

⁸⁰ Wieacker. Loc. Cit.

Iudicia bonae fidei' nin Roma hukukunda pratik önemi de büyüktür. Örneğin sözleşmesel faiz borcunun *stipulatio* ile belirlenmesi halinde, dar hukuk davası açılabilmiş, buna karşılık *bonae fidei iudicia'* lar kapsamında faize otomatik olarak hükmedilebilmiştir.⁸¹ Yine *iudicia bonae fidei* ile istenebilecek olan zarar; sadece fiili zararı ifade eden *damnum emergens* olmayıp yoksun kalınan kâr kalemini oluşturan *lucrum cessans* yani sözleşme gereği gibi ifa edilseydi elde edilebilecek yararların elde edilememesi ile uğranılan zararı da *bona fides* ve *aequitas* uyarınca içerisine almaktadır.⁸² Öte yandan Roma hukukunda *iudicium bona fidei* bakımından olay bazında yaklaşım mevcut olmuş, *praetor'* lar *formula* usûlü uyarınca her bir olayı kendi koşulları altında değerlendirmiş ve önceden düzenlenmemiş olasılıklar bakımından *ex fide bona* davranılıp davranılmadığının tespitini ayrı ayrı yapmıştır.⁸³

Cicero, *tutela* (vesayet), *societas* (ortaklık), *fiducia* (inançlı işlem), *mandatum* (vekâlet), *emptio venditio* (alım satım) ile *locatio conductio* (kira-hizmet ve eser) sözleşmelerinden doğan davaların *iudicia bonae fidei* oldukları belirtilmiştir. Gaius ise *Institutiones* 4. 62 uyarınca *emptio venditio* (alım satım), *locatio conductio* (kira-hizmet ve eser), *negotiorum gestio* (vekâletsiz iş görme), *mandatum* (vekâlet), *depositum* (saklama), *fiducia* (inançlı işlem), *societas* (ortaklık), *tutela* (vesayet)' dan doğan davalar ile *actio rei uxoriae*⁸⁴ ı *iudicia bonae fidei* olarak saymıştır. Bir diğer deyişle iyiniyet davalarının uygulama alanı Klasik Hukuk Dönemi'nde genişlemiştir.⁸⁵ *Institutiones* 4.6.28 metni ise bu davalara *actio familiae eriscundae* ile *actio communi dividundo* gibi yargıca benzer bir takdir yetkisi genişliği tanıyan ancak *bona fides'* e dayanmayan davaların da dâhil edildiğini gözler önüne sermektedir. Öte yandan bunlar açık bir *bona fides* klozu taşımamaktadırlar.⁸⁶

⁸¹ Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 204

⁸² Keza delicta bakımından güven ve gözetim eksikliğinden dolayı gerçekleşen her tür zarar da *bonae fidei iudicia* ile tazmin edilebilmiştir. Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 230. Borkowski. Op. Cit. s. 331

⁸³ Javier Del Granado, "The Genius of Roman Law From a Law and Economics Perspective", *San Diego International Law Journal*, C. 13, 2011, s. 301-329, s. 315

⁸⁴ *Actio rei uxoriae*, kocanın karısına ait olan ve evlilik sırasında beraberinde getirdiği malvarlığını ifade eden cihazi (dos) yönetimine ilişkin bir davadır.

⁸⁵ Söğütlü Erişgin. Op. Cit. s. 95

⁸⁶ Carlo Augusto Cannata, "Bona fides E Strutture Processuali" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore*

Özellikle Post Klasik Dönem’de netleşen bir ayrıma göre *iducia stricti iuris*’e vücut veren sözleşmeler *contracti/negotia stricti iuris* (dar hukuk sözleşmeleri) adını alırken *iudicia bonae fidei*’ye vücut verenler ise *contracti/negotia bonae fidei* (iyiniyet sözleşmeleri) olarak adlandırılmaya başlanmıştır. Buna göre *obligationes consensu contractae* doğuran rızai sözleşmelerin hepsi iyiniyet sözleşmesi iken özellikle *stipulatio* ve *mutuum* (tüketim ödücü) sözleşmeleri dar hukuk sözleşmesi olarak kalmışlardır.⁸⁷ *Contracti bonae fidei* kapsamında güvenin ihlalinden ötürü ise diğer yaptırımlara ek olarak kişilerin toplumdaki saygınlıklarını yitirmesine neden olan *infamia* yaptırımı söz konusu olmuştur.⁸⁸ Bu ayrımın bir önemi de irade fesatlarında ortaya çıkmış; *stricti iuris* sözleşmeler bakımından şekilcilik önemliyken *bonae fidei* sözleşmeler bakımından ise yanılma, aldatma ya da korkutma daha kolay dikkate alınmıştır.⁸⁹ Keza *bonae fidei iudicia*’ya vücut veren iyiniyet sözleşmeleri bakımından, sözleşmede özel olarak herhangi bir hususun kararlaştırılmaması halinde tarafların sözleşmenin doğası ve dürüstlük kuralı gereği içermesi gereken borçları da ifa etmeleri gerektiği, bir diğer ifade ile açıkça kararlaştırmadıkları hükümlerle de bağlı olacakları kabul edilmiştir.⁹⁰

Bonae fidei sözleşmeler bakımından borçlunun taahhüdünün içeriği dürüstlük kuralına göre belirlenirken *stricti iuris* sözleşmelerde borçlunun taahhüdünün içeriği verilen söz kapsamında belirli olmuş, dolayısıyla *bonae fidei* borçlar *incertae* iken *stricti iuris* borçlar ise *certae* olmuşlardır.⁹¹ Yine, borcu sona erdiren hallerden *compensatio* (takas) Klasik Hukuk Dönemi’nde yalnızca iyiniyet sözleşmelerinden doğan borçlar bakımından kabul edilmiştir. Zira karşılıklı aynı türden iki borçtan bir tanesinin az olan nispetinde sona erdirilmesi esasında karşı

di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 1, Padova, 2003, s. 257-273, s. 259

⁸⁷ Türkan Rado, Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s. 64. Hausmaninger ve Selb. Op. Cit. s. 200. Gallo. Op. Cit. s. 146

⁸⁸ Karadeniz Çelebican. Op. Cit. s. 173

⁸⁹ Borkowski. Op. Cit. s. 257

⁹⁰ Öte yandan *ius gentium* ve Kanonik hukuka göre bu durum her tür sözleşme bakımından geçerli iken Klasik Dönem Roma hukukunda sadece iyiniyet sözleşmeleri bakımından esas olmuştur. Bu açıdan bir görüşe göre *ius civile*, *ius gentium* ile çelişmektedir. Öte yandan *ius gentium* ve *ius naturale*’nin *bona fides*’e etkisi büyüktür. Gordley. Op. Cit. s. 105

⁹¹ David Johnston, Roman Law in Context, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, s. 78

alacaklının menfaatini koruduğundan bu kurumun kökeni *bona fides'*e dayandırılmaktadır.⁹²

Bonae fidei iudicia öncesinde yargıcın *officium'*u yalnızca kuralın *formula'*da yazıp yazmadığına bakmakla sınırlı olmuştur. *Ex fide bona* klozu ise yargıca taraflar arasındaki ilişkiyi değerlendirebilme imkânı vermiş; hukuki ilişkinin kökeni, etkileri, tarafların davranışları ve onları çevreleyen şartlar göz önüne alınarak önceden mevcut olan şekilcilik, getirilen değerler sistemi ile dağıtılmıştır.⁹³ *Ex fide bona* kaydı yargıcın takdir alanını bir hayli genişletmiş, öte yandan uygulamada keyfiliğe yol açmamıştır.⁹⁴ Nitekim toplumun sadakat ve güven erdemlerine verdiği önemin de etkisiyle Roma hukukunda olay bazında yeknesak ve somut bir *bona fides* anlayışı yerleşmiş, bu anlayış kesin objektif bir kriter oluşturmuş ve çeşitli parametreler etkisinde değişmemiştir.⁹⁵

*Bonae fidei iudicia'*nın gelişiminde dolaylı olarak *ius gentium* ve *ius naturale'*nin de etkisi büyüktür.⁹⁶ Yunan felsefesine dayanan *ius naturale*, etik değerlere dayanan ve içgüdüsel bir ahlakiliği içerisinde barındıran *ratio summa* (ortak akıl)'nın yansıması olan kurallar bütünü olarak görülmüştür.⁹⁷ Doğal hukukun temel unsurlarından bir tanesi "başkasının hakkını gözetmek" iken *bonae fidei iudicia* uygulamaları ise

⁹² Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 326. Hausmaninger ve Selb. Op. Cit. s. 318. Filippo Nappi, "Buona Fede Ed Equità nell'Estinzione Dell'Obbligazione per Compensazione (Considerazioni sula Funzione di Grantia della Compensazione" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 2, Padova, 2003, s. 475-496, s. 483. Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 325. Pascal Pichonnaz, "Quelques Aspects de la Bonne Foi (Objective) dans la Compensatio En Cas de Faillité à Rome et Aujourd'hui" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 2, Padova, 2003, s. 105-123, s. 105 vd.

⁹³ Alexander Beck, "Zu den Grundprinzipien der Bona Fides im Römischen Vertragsrecht", *Aequitas und Bona Fides: Festgabe für 70. Geburtstag von August Simonius, Helbing & Lichtenhahn*, Basel, 1955, s. 23 vd. Schermaier. Op. Cit. s. 84

⁹⁴ Umur. Loc. Cit.

⁹⁵ Cannata. Op. Cit. s. 260

⁹⁶ Mario Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano, 2016, s. 116 vd.

⁹⁷ D.1.1.11. Buckland. Loc. Cit. Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 39. Cicero, *De Officiis*, 1. 10-24

ius naturale'nin bu özelliğine dayanmıştır.⁹⁸ Keza *ius gentium* normları oluşturulurken de *ius naturale* ve toplumsal davranış kurallarına işaret eden *mores civitatis* esas alınmış, çoğunlukla bu iki kavram aynı anlamda kullanılmıştır. *Ius naturale* uyarınca *ius gentium*'a göre sözleşmelerde *bona fides*'in gözetilmesi *aequitas*'ın sağlanabilmesi için gerekli olup *bona fides*'in gereği olan söze bağlılık kökenini tüm insanlık için bağlayıcı hukuk kuralları olan *ius gentium*'da bulmaktadır.⁹⁹ *Ius gentium* hem *formula* usûlünün gelişimine hizmet etmesi hem de *ius naturale*'ye dayanması sebebiyle *bona fides*'in ilkesel olarak benimsenmesine büyük katkı sağlamıştır.¹⁰⁰

B. Exceptio Doli

Formula usûlü kapsamında *praetor*'ların hukuki koruma yolları sadece *actiones* (davalar) ile sınırlı olmamış, *exceptio* (def'i), *restitutio in integrum* (eski hale getirme), *denegatio actionis* (davanın reddi) gibi vasıtalar da *bona fides*'in gözetilmesini sağlamıştır.¹⁰¹ Buna göre *praetor*'lar *ius civile*'ye göre geçerli olan bazı işlemlerin hüküm ve sonuç doğurmasını *bona fides* gereğince tarafın dava açma talebinin reddi ya da karşı tarafa verilen bir def'i hakkı vasıtasıyla önleyebilmiştir.¹⁰²

Roma hukukunda hile def'ine işaret eden *exceptio doli* kavramı, *bona fides*'e uygunluğu denetleyen en önemli mekanizmalardan olmuştur.¹⁰³ Cicero'nun *De Officiis* isimli eserinin 3. 61. paragrafı uyarınca "aut cum dicitur inter bonos bene agier, quicquam agi dolose aut malitiose potest?" "ya da sözleşmede dürüst taraflar arasında dürüst işlem ilkesinin düzenlenmesine karşılık hileli ya da bu ilkeye aykırı davranılabilir mi?" ifadesi göze çarpmakta ve bu ifadenin usûle ilişkin iki önemli sonuç doğurduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁴ Bunlardan ilki *dolus* teşkil eden

⁹⁸ Bülent Tahiroğlu, Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 114 vd.

⁹⁹ Buján. Op. Cit. s. 43. Arangio-Ruiz. Op. Cit. s. 25

¹⁰⁰ Buckland. Loc. Cit. Haluk Emiroğlu, *Ius Gentium* (Kavimler Hukuku), Değişim Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 127, s. 134. Kaser. Op. Cit. s. 20 vd.

¹⁰¹ Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 453. Hausmaninger ve Selb. Op. Cit. s. 377

¹⁰² Gürten. Op. Cit.. s. 125 vd.

¹⁰³ Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 4

^Dajczak. Op. Cit. s. 413. Villey. Op. Cit. s. 121. Hausmaninger ve Selb. Op. Cit. s. 286.

Arangio-Ruiz. Op. Cit. s. 103, 105

¹⁰⁴ Schermaier. Op. Cit. s. 87

her bir davranışın suçlu taraf hakkında sonuç doğuracağıdır.¹⁰⁵ İkinci sonuç ise yargıcın hileli tarafın bir sözleşmeye ilişkin olarak davasını engelleyen ve *bona fidei iudiciae* kapsamında değerlendirilen *exceptio doli* kurumunun varlığıdır.¹⁰⁶

Dolus, esasında *ius praetorium* tarafından tanınan *delictum* (haksız fiil)'lerden bir tanesidir.¹⁰⁷ *Labeo dolus*'u çıkar elde etmek için karşı tarafı tuzağa düşürme olarak açıklamış olup *dolus*, özellikle de *dolus malus*, karşı tarafı aldatmaya yönelik her türlü kurnaz, kötüniyetli, dürüstlük kuralına uymayan davranış olarak ele alınmıştır.¹⁰⁸ *Exceptio doli* de bir davranışı cezalandırmaktan ziyade kişinin iddiasının kabulü halinde ortaya çıkabilecek eşitsizliği ya da adaletsizliği giderme amacına hizmet etmiş, böylelikle dürüstlük kuralına uygunluğun denetlenmesine olanak sağlamış, kimi zaman bir haksız fiil olarak *dolus* olmasa da *exceptio doli* söz konusu olabilmektedir. Bu durum ise davranışın içeriğinde bizatihi *dolus* barındırması yani "*res ipse in se dolum habet*" biçiminde adlandırılmıştır.¹⁰⁹ Roma hukukunda *exceptio doli*'nin *formula*'sı "*si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat*"¹¹⁰ "eğer hiçbir şey davacının hilesiyle ile yapılmadıysa" biçimindedir. Buna göre tarafların dava esnasında *bona fides*'e aykırı düşen ve genellikle *contro bonos mores* sayılan her davranışı (*negotia turpia*) da *exceptio doli* ile karşıla-

¹⁰⁵ Dolus ifa ya da dava esnasında mevcut olabilmektedir. Post Klasik Dönem'de ise sözleşme kurulurken mevcut olan dolus haline dolus in contrahendo adı verilmiş, bu durum ise sözleşmenin ifa imkânsızlığı nedeniyle baştan itibaren imkânsız olduğu halleri ifade etmiştir. Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 205. Talamanca. Op. Cit. s. 137. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996, s. 668

¹⁰⁶ Schermaier. Loc. Cit.

¹⁰⁷ *Exceptio doli*'nin kökeni kimi yazarlarca C. Aquilius Gallus'un *actio de dolo*'yu yaratması ile ilişkilendirilmektedir. Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 72. Arangio-Ruiz. Op. Cit. s. 103. Berthold Kupisch, "Exceptio Doli Generalis und Iudicium Bonae Fidei Zur Frage der Inhärenz bei Vertr ägen nach Treu und Glauben" (ed. Theodor Baums, Johannes Wertenbruch), *Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, s. 402

¹⁰⁸ D.4.3.1.2. Zimmermann. Op. Cit. s.665. Cannata. Op. Cit. s. 272. Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 223

¹⁰⁹ Gordley. Op. Cit. s 102. Simon Whittaker ve Reinhard Zimmermann, "Surveying the Legal Landscape" (ed. Simon Whittaker ve Reinhard Zimmermann) *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, s. 16

¹¹⁰ Zimmermann. Op. Cit. s. 667. Gaius, *Institutiones*, 4. 119. Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Dritte verbesserte Auflage, Leipzig, 1927, s. 512

şabilmiştir.¹¹¹ Roma hukukunda *dolus, bona fides*'in zıt kavramı olarak ele alınmıştır. Paulus'a ait D. 17.2.3.3 uyarınca "*fides bona contraria est fraudi et dolo.*" "*bona fides, hile ve aldatmanın karşısındadır.*"¹¹²

Exceptio doli, Roma hukukunda *exceptio doli praeteriti* ve *exceptio doli generalis* olmak üzere iki biçimde karşımıza çıkmış olup *exceptio doli praeteriti* bir hakkın kazanılması sırasında, *exceptio doli generalis* ise bir hakkın dava yolu ile kullanılması esnasında bahsedilmiştir. Önceleri alacaklının kusuru ya da hilesinin mevcudiyeti halinde bu def'iler kullanılmış iken zamanla bundan bağımsız olarak hakkaniyet ve dolayısıyla *bona fides*'e aykırı görülen hallerde mağdur olan tarafa *exceptio doli*'ye başvuru imkânı verilmiştir. *Ius commune* Dönemi'nde ise davacının her türlü haksızlığına karşı davalıya *exceptio doli generalis* tanınmış, yine, dava açılmasını beklemeksizin *actio doli generalis* açıp mağduriyeti ileri sürme hakkı da mevcut olmuştur.¹¹³ *Ius commune* Dönemi'nde *exceptio doli generalis* doktrini altında *in fraudem legis agere* (kanuna karşı hile) kurumu da dikkate alınmaya başlanmış, *nemo auditur turpitudinem suam allegans* (kimse dürüstlük kuralına aykırı olarak elde ettiği hakka dayanamaz) ilkesi de bu çerçevede kabul edilmiştir. *Exceptio doli generalis* için özel ya da geçmişe ilişkin bir kasıt aranmamış, bilakis genel ve aktüel kasıt da yeterli olmuştur.¹¹⁴ Öğretide *exceptio doli*'nin usûli fonksiyonu aşarak maddi hukuka ilişkin bir fonksiyon kazandığı belirtilmektedir.¹¹⁵ Bu nedenle bu kurum *bona fides* ilkesinin yaradılışında adeta bir mihenk taşı görevi görmektedir.

¹¹¹ Zimmermann. Op. Cit. s. 668. Hausmaninger ve Selb. Op. Cit. s. 234. Schermaier. Op. Cit. s. 87

¹¹² Antonio Palma, "Violazione del Criterio Della Buona Fede E Risarcibilità del Danno Conseguente: Brevi Profili Comparatistici" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea* atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 2, Padova, 2003, s. 27-49, s. 32

¹¹³ Henri Deschenaux, *Schweizerisches Privatrecht II*, Helbing Lichtenhahn, Basel, 1988, s. 147

¹¹⁴ Dalla Massara Tommaso, "Frazionabilità della Domanda e Principio di Buona Fede" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea* atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 1, Padova, 2003, s. 430-457, s. 441

¹¹⁵ Cicero, *Topica*, 65, 6. Adolf Berger, *The Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Transactions of the Philadelphia Philosophical Society, Philadelphia, 1953, s. 459

IV. Bona Fides'in Çağdaş Hukuka Geçişi

A. Kavramsal Olarak Dürüstlük Kuralı

Roma hukukunda *bona fides* ilkesi objektif ve sübjektif olarak iki ayrı bağlamda kullanılmış olup bir yanı ile sadakat ve vefayı ifade ederken bir yanı ile de inanç ve güvenin korunması anlamına gelmektedir. *Bona fides*'in ifade ettiği bu iki durumun *ius commune* devrinden itibaren ise dürüstlük kuralı ile iyiniyet olmak üzere ikiye ayrıldığı görülmektedir.¹¹⁶ Sözleşmeler bakımından önem taşıyan ise *bona fides*'in objektif yansıması olan dürüstlük kuralıdır.¹¹⁷ Taraflar arası sadakat ile *fair dealing* yani “dürüst davranış/dürüst iş yapma”¹¹⁸ kavramlarını barındıran *bona fides* ise şekillendirdiği hukuki kurumlar ve do-

¹¹⁶ Öte yandan dürüstlük kuralı ile iyiniyet birbirinden bağımsız değerlendirilemez. Anlam ve işlevleri farklı olmasına rağmen hem dürüstlük kuralının hem de iyiniyetin altında namuslu ve dürüst davranma fikri yatmakta olup aslında sübjektif iyiniyetin temelinde de objektif bona fides vardır. Halil Akkanat, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 24. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, Medeni Hukuk: Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 239. Seyfullah Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, AÜHFY, 6. Bası, Ankara, 1997, s. 271

¹¹⁷ Bu düalizm esasında Türk-İsviçre hukukunda da mevcuttur. Bu durum özellikle 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi devrinde kendini göstermiştir. Kanununun 2. maddesi “Herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir. Bir hakkın sırf gayri izrar eden suiistimalini kanun himaye etmez.” düzenlemesini getirmiş olup, 3. maddede ise “Bir hakkın doğumu için kanunen hüsnüniyet şart kılınan hallerde asil olan, onun vücududur. Ancak, icabı hale göre kendisinden beklenen ihtimamı sarfetmeyen kimse hüsnüniyet iddiasında bulunamaz.” ifadesi yer almıştır. Bu terminoloji dürüstlük kuralı kavramının objektif hüsnüniyet, iyiniyet kavramının ise sübjektif hüsnüniyet olarak ele alınmasına sebep olmuştur. 2001 yılında yürürlüğe girmiş olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ise terminolojide bir düzeltmeye giderek objektif-sübjektif iyiniyet ayrımını ortadan kaldırmıştır. Fransız ve İtalyan hukukunda da eski kanuna paralel olarak “bonne foi objective” / “buona fede oggettiva” ve “bonne foi subjective” / “buona fede soggettiva” ayrımı mevcuttur. Buna karşılık Alman hukuku BGB bünyesinde objektif bir kavram olan “Treu und Glauben” ile sübjektif iyiniyeti ifade eden “Guter Glaube” arasında bir ayrım yapmaktadır. Bununla beraber özellikle Ortaçağ kaynaklarında Treu und Glauben kavramının bona fides karşılığında kullanıldığı bilinmektedir. Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 18. Alain Bénabent, Droit Civil: Les Obligations, Montchrestier, Paris, 2005, s. 214

¹¹⁸ Fair dealing kavramı öğretice kimi zaman “dürüst davranma” olarak tercüme edilmektedir. Bu ifadenin “dürüst iş yapma” şeklinde anlaşılması da mümkün olup İtalyanca *correttezza* olarak adlandırılan kavram hem TMK 2 anlamında dürüstlük kuralını hem de dürüst davranma yükümlülüğünü içermektedir. Öte yandan bona fides tüm bu kavramları karşılayan genel bir ilke olduğundan çalışmada bu teknik kavramların üst başlığı olarak Latince “bona fides” ifadesi kullanılmaktadır. Oğuz. Op. Cit. s. 11

ğurduğu yavru kurallar ile Kıt'a Avrupası Medenî Hukuku'na miras kalmıştır.¹¹⁹

Objektif *bona fides*'in çağdaş medenî hukuklara geçişi *exceptio doli* kurumu ile gerçekleşmiş ve *bona fides* uygulamaları somutlaşmaya başlamıştır.¹²⁰ *Exceptio doli* Roma hukukunda hakkını kötüye kullanan tarafın hukuk düzeni tarafından himaye edilmeyeceğinin ileri sürülmesini ifade etmiş olup çağdaş hukuklarda ise dürüstlük kuralı ile bir madalyonun iki yarısı olarak değerlendirilen hakkın kötüye kullanılması yasağı olarak düzenlenmektedir.¹²¹ Bir kimsenin hakkını açıkça dürüstlük kurallarına aykırı kullanması sonucunda bir başkasına zarar vermesi ya da zarar verme tehlikesi¹²² yaratması durumunda ortaya çıkan üstün ve genel bir hukuk ilkesi olarak tanımlanan hakkın kötüye kullanılması yasağının kökeni de kuşkusuz Romanist *bona fides* ilkesidir.¹²³ Keza bu yasak çok farklı hukuk sisteminin ortak paydada bu-

¹¹⁹ Schermaier. Op. Cit. s. 89

¹²⁰ Çağdaş hukuklar bakımından *exceptio doli* teknik anlamda bir def'i olarak görülmemekte, dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilmektedir. Keza *exceptio doli* generalis, diğer def'ilerin aksine hâkim tarafından ex officio dikkate alınmaktadır. D. 19.1.13.8. Dieter Medicus ve Jens Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, C.F. Müller, 11. Auflage, Heidelberg, 2016, s. 51

¹²¹ Türk-İsviçre medenî hukukunda dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağı iki ayrı hüküm olarak düzenlenmektedir. TMK 2/II (ZGB 2 II)'de yer alan "bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" ifadesi ile hakkın açıkça kötüye kullanılması yasaklanmakta olup Türk-İsviçre hukuku uyarınca Alman ve Fransız hukukunda olmayan hakkın "açıkça" kötüye kullanılması gerekliliği ile hakkın kötüye kullanılması yasağının genel hükümlerde düzenlenişi dikkat çekmektedir. Alman öğretisinde ise *exceptio doli*'nin Treu und Glauben'in en önemli kısmı olduğu kabul edilmekte olup bu kurum BGB § 242 çerçevesinde uygulama alanı bulmaktadır. Berger. Loc. Cit. Klaus Luig, "Il Ruolo della Buona Fede Nella Giurisprudenza della Carte dell'Impero Prima e Dopo L'Entrate in Vigore del BGB dell'Anno 1900" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 2, Padova, 2003, s. 417-424, s. 418

¹²² Oğuzman ve Barlas'a göre zarar koşulu gerekmezken Akipek ve Akıntürk bu koşulun gerektiğini savunmaktadır. Oğuzman ve Barlas. Op. Cit. s. 178. Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, Türk Medenî Hukuku I, Başlangıç Hükümleri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s.145 vd.

¹²³ Roma hukukunda "male enim nostro iure uti non debemus" olarak dile getirilen bu kural *bona fides*'in bir yansıması olarak ilk etapta komşuluk hukuku bakımından postglossatorlar'ca geliştirilen *aemulatio* ilkesi ile ortaya çıkmıştır. Öte yandan *exceptio doli* kavramı günümüz hukukundaki hakkın kötüye kullanılmasını yasağına evrilmiş, *aemulatio* ise komşuluk hukukuna özgü kalmıştır. Salvatore Riccobono (Çev. Ziya Umur.) "Roma Doktrininde Hakkın Suiistimali Nazariyesi", *ÜHFM*, C. 22, S. 1-4, 1957, s. 350-397, s. 351. Derya Ateş, "Sözleşmelerde Dürüst-

luşmasını sağlayan *lex mercatoria* metinlerinde de *bona fides* **yükümlülüğüne dayandırılmaktadır**.¹²⁴ Buna ek olarak gerek Anglo-Amerikan hukuk sistemi bakımından gerekse *lex mercatoria* araçları bakımından çok önem taşıyan şekle aykırılığın hakkın kötüye kullanılması sayılması ile çelişkili davranış yasağı halleri (*venire contra factum proprium*) de *bona fides*'den doğmaktadır.¹²⁵ Bu nedenle *bona fides* hakkın kötüye kullanılması yasağı bakımından farklı hukuk sistemlerini birbirine bağlayan bir köprü görevi görmektedir.¹²⁶

Çağdaş medenî kanunlarda bulunan *bona fides* hükümleri, içeriğinde etik bir ilke barındıran genel norm (*Blankettnorm*) niteliğindedir.¹²⁷ Bu tür normlara içeriklerinin tamamının ancak uygulamayla somutlaşacağı normlar olan “*open norm*” ya da “*open ended norm*” adı da verilmektedir.¹²⁸ Genel norm, içeriğini oluşturan normatif olgu unsurlarının belirsiz olduğu ve bu durumun ancak normun somut olaya uygulanması evresinde aşıldığı normdur.¹²⁹ Bir norma genel norm diyebilmek için, normun içeriğinde yer alan unsurların anlamlarının

lük Kuralı”, *TBB Dergisi*, S. 72, 2007, s. 75-93, s. 82. Umberto Breccia, *Dritto Privato III*, Padova, 1997, s. 30

¹²⁴ UNIDROIT ilkeleri bakımından hakkın kötüye kullanılması yasağı ayrıca düzenlenmemiş, *bona fides*'in içeriğine dâhil olarak görülmüştür. Micheal Bonell, Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffrè, Milano, 1987, s. 65-94, s. 84. Stefan Vogenauer, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Oxford University Press, 2nd Edition, Oxford, 2015, s. 181-182

¹²⁵ Anglo-Amerikan hukukunda mevcut olan estoppel mekanizması, Kıt'a Avrupası hukuku uyarınca benimsenen hakkın kötüye kullanılması yasağı ile aynı amaca hizmet etmektedir. Farklı sistemlerin dayandığı ortak payda ise *bona fides*'tir. Leigh Anenson, “The Triumph of Equity: Equitable Estoppel in Modern Litigation”, *The Review of Litigation*, C. 27, S. 3, 2008, s. 377-440, s. 388. Martin J. Schermaier, “Bona Fides im Römischen Vertragsrecht” (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese*, CEDAM, Vol. 3, Padova, 2003, s. 387-416, s. 411

¹²⁶ Keza *lex mercatoria* araçlarında da çelişkili davranış yasağının örneklerine rastlanmaktadır. CISG 29(2), 16(2)b ya da UNIDROIT ilkeleri 1.8. maddeler bunlardan birkaçıdır.

¹²⁷ Genel norm ile kastedilen *lex generalis* yani genel hüküm olmayıp Alman literatüründe “Blankettnorm” ya da “Generalklausel” olarak adlandırılan genel kuraldır. Osman Berat Gürzumar, *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 36. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, Cilt I, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2014, s. 501

¹²⁸ Vogenauer. Op. Cit. s. 176

¹²⁹ Ibid.

zaman, yer, içerisinde bulunulan teknolojik paradigma, sosyal çevre gibi pek çok farklı etmene göre değişebilir olması ve normun içeriğinin anlamlandırılmasında hukuk dışı disiplinlere başvurulması gerekmektedir.¹³⁰ Genel normlar bakımından çoğunlukla yorum boşlukları (*Erkenntnislücken*) ya da hüküm içi boşluklar ortaya çıkmaktadır.¹³¹ Bir kanun hükmünün olaya uygulanması için gerekli tüm unsurların barındırılmadığı, hâkime araştırma yükümlülüğü yüklenen hallerde kanun koyucu tarafından planlanmış hüküm içi boşluklardan söz edilmektedir.¹³² Bu halde ise hâkimin takdir alanı genişlemekte, dürüstlük kuralına ilişkin hükümler de bu sebeple eleştirilmektedir. Buna ek olarak öğretide bir görüş, *bona fides*'in işlevlerinin hâkimlerin beklenen görevleri olduğunu ve *bona fides*'in alt kategorilerinin Alman hukukunda olduğu gibi *Fallgruppen* biçiminde oluşturulmasıyla bunların paralel bir hukuk sistemine dönüşeceğini savunmaktadır.¹³³ Öte yandan bu eleştiriler, *bona fides*'e yönelik pratik ihtiyacı reddetmemekte, bu nedenle sadece teorik öneme sahip olmaktadır. *Bona fides*'in uygulanmasında aşırıya kaçılmaması, uygulamanın keyfiliğe yol açmaması gerektiği elbette unutulmamalı; dürüstlük kuralı yalnızca zorunlu hallerde, açıkça bir hakkaniyet ihlali olan yerlerde uygulanmalıdır. Dürüstlük kuralının bu niteliği, onun hukukun genel ilkesi olma vasfı ile çelişmez.

Dürüstlük kuralı hukuki ilişkilerde kişilerin sadık ve makul bir davranış standardı benimsemesi ve bu açıdan karşı tarafın korunmaya değer menfaatlerini göz önüne alarak hareket etmesi gerektiğine işaret eden ve makul güvenin korunmasını amaçlayan ana kuraldır.¹³⁴ Hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde düzenleyici bir norm olarak karşımıza çıkan dürüstlük kuralı hukuka ahlaki ve etik bir temel kazandırmaktadır.¹³⁵ Von Tuhr'a göre de *bona fides*, borçların çoğunun ifasına ve ifasına ilişkin kararlar bakımından taraflara ve hâkime emredilmiştir.¹³⁶ Keza dürüstlük kuralının yasal düzenle-

¹³⁰ Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 30

¹³¹ Gürzumar. Op. Cit. s. 34

¹³² Oğuzman ve Barlas. Op. Cit. s. 71

¹³³ Hesselink. Op. Cit. s. 492

¹³⁴ Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 30

¹³⁵ Şener Akyol, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 3

¹³⁶ Roma hukukunda var olan *exceptio doli generalis* (genel hile def'i)'in *bona*

meye bağlanmış olması dahi gerekmediği ve bundan ötürü genel bir hukuk ilkesi olarak değerlendirilmesi gerektiği de öğretilerde savunulmaktadır.¹³⁷ Dürüstlük kuralı hem borçlu hem de alacaklıya yüklenmiş olan ve hukuki işlemler ile kanundan doğan hak ve borçların kapsamının belirlenmesinde büyük rol oynayan bir prensip olup özellikle sözleşmelerin yorumu, tamamlanması, düzeltilmesi ya da yan edimlerin belirlenmesi bakımından günümüz borçlar hukuku uygulamasında önem taşımaktadır.¹³⁸

Dürüstlük kuralı Türk Medenî Kanunu (TMK)'nin 2. maddesi uyarınca düzenlenmektedir. Buna göre "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*" Dürüstlük kuralının ne olduğu hakkında ise kanunda herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Dürüstlük kuralı muğlak ve esnek bir yapıya sahip olduğundan ancak karşıt anlamlarının tespitiyle tanımlanabilecek ve spesifik uygulamaların çeşitliliği sayesinde anlaşılabilir olacaktır.¹³⁹ Örneğin maldaki ayıbı hileli olarak gizleyen bir satıcının varlığı, *bona fides* gereği "maldaki maddi gerçekleri bütünüyle açıklamak" gerektiği sonucuna varılmasını sağlayacak; keyfi olarak sözleşmeyi sona erdirme yetkisini kullanan birinin varlığı da "sözleşmenin *bona fides* uyarınca sebepsiz yere sona erdirilemeyeceği" kanısına varılması sonucunu

fides'in emrediciliğini ifade ettiği kabul edilmektedir. Dürüstlük kuralının uygulanmasının taraflarca kararlaştırılarak bertaraf edilebilip edilemeyeceği sorunu ise kuralın kamu düzenine ilişkin sayılıp sayılmayacağı ile ilgili olup hâkim görüşüne göre *bona fides* kamu düzeni ve genel ahlak ile ilişkili sayıldığından bu hükmün uygulanmayacağı kararlaştırılmamaktadır. Keza PECL 1.201. ve UNIDROIT ilkeleri 1.7. maddeler uyarınca da tarafların *bona fides*'i sözleşme ile bertaraf edemeyecekleri düzenlenmektedir. YHGK 12.05.1965, 5-D-4/203. Andreas Von Tuhr, (çev. Cevat Edege) Borçlar Hukuku, Cilt I-II, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1952, s. 53. Gallo. Op. Cit. s. 647. Harry Flechtner, "Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC: Appearance and Reality", *Pace International Law Review*, C. 13, S. 2, 2001, s. 296-336, s. 306. Ole Lando, "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", *American Journal of Comparative Law*, S. 35, 2005, s. 379-401, s. 391

¹³⁷ Nami Barlas, "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi", *İÜHFĐ*, C. 55, S. 3, 1997, s. 191-208, s. 200

¹³⁸ Akyol. Op. Cit. s. 6. Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 13

¹³⁹ Robert Summers, "The Conceptualisation of Good Faith in American Contract Law: A General Account" (ed. Reinhard Zimmermann ve Simon Whittaker) *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, s. 127

doğuracaktır.¹⁴⁰ Bu durum sadece Kıt'a Avrupası hukuklarında değil, Anglo-Amerikan hukukunda da aynı şekilde değerlendirilmektedir.¹⁴¹ Kıt'a Avrupası'ndaki kadar kompakt ve genel olmasa da, Anglo-Amerikan hukukunda da hakkaniyet kavramı ile yoğrulmuş bir *bona fides* doktrini, sözleşmelerin ifasında karşımıza çıkmakta olup *bona fides* genelde zıt kanıt yöntemi kullanılmak suretiyle *bad faith* yani kötüniyet ya da dürüstlük kuralına aykırı davranışların dışlanmasıyla açıklanmaktadır.¹⁴² Buna göre *good faith* ya da *bona fides* dışlayıcı bir kural olarak görülmekte olup tüm *mala fides* hallerinin dışlanması suretiyle ulaşılabilen bir bilinç yapısını ifade etmektedir.¹⁴³

Roma hukukunda bireysel olarak düzenlenen *bona fides*'in göz önünde tutulduğu haller, zamanla Kıt'a Avrupası hukuku bakımından genel bir *bona fides* yükümlülüğüne evrilmiştir. Bununla beraber Türk-İsviçre hukukunda TMK 2 / ZGB 2 uyarınca düzenlenen *bona fides*, Alman hukukunda ise Romanist geleneğe daha yakın olarak konu bazında parçalı olarak ele alınmaktadır.¹⁴⁴ Bununla beraber her

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Hesselink. Op. Cit. s. 498

¹⁴² Dürüstlük kuralının sadece dürüst olmayan davranışları dışladığını ve bunların da çoklukla ahlaka aykırılık teşkil ettiği belirtilmektedir. Ancak dürüstlük kuralı, dürüstlük erdeminden daha geniş bir kavramı ifade etmekte olup sözleşmesel *bona fides*, her zaman ahlaka aykırı olmak zorunda değildir. Summers. Op. Cit. s. 128

¹⁴³ Robert Summers, "Good Faith in General Contract Law and the Sales Provision of the Uniform Commercial Code", *Virginia Law Review*, C. 54, 1968, s. 195-267, s. 206

¹⁴⁴ BGB § 242 kuralı, borçlar hukukuna ilişkin ikinci kısmında bulunmakta ve kanun lâfzî olarak yorumlandığında, yalnızca sözleşmelerin ifası bahsinde borçlu açısından önem taşımaktadır. Buna karşılık son gelişmelerle, bu hükmün adeta bir genel hüküm mertebesine yükseldiği de söylenmektedir. İtalyan hukukunda ise sözleşmelerin ifası aşamasında uyulması gereken ilkelerden bir tanesinin *bona fides* olduğu C.c. 1375 uyarınca açıkça düzenlenmiş, yeni dönem İtalyan pratiği de *bona fides*'in genel bir norm olarak uygulanma sıklığını artırmıştır. Keza Fransız C. Civ. Art. 1134 III uyarınca da sözleşmelerin dürüstlük kuralına uygun olarak ifa edilmesi gerekmektedir. Günter Roth, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, II, C.H. Beck, München, 2016, s. 141 vd. Gordley. Op. Cit. s. 116. Cardilli. Op. Cit. s. 123. Rudolf Gmür, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch Verglichen mit Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bern, 1965, s. 50. Paolo Gallo, "Buona Fede Oggettiva E Trasformazioni del Contratto" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese*, CEDAM, Vol. 2, Padova, 2003, s. 154-189, s. 159. Jacques Flour, Jean-Luc Aubert ve Eric Savaux, *Les Obligations: L'acte Juridique*, Armand Colin, Paris, 2004, s. 289 vd.

ne kadar genel bir yükümlülük olarak düzenlenmemiş olsa dahi Anglo-Amerikan hukukundaki yeni gelişmeler ise sözleşmeler bakımından *bona fides*'in giderek daha çok dikkate alındığını göstermektedir.¹⁴⁵ İçerisinde dağınık halde bulunan münferit düzenlemelere ek olarak UNIDROIT ilkeleri 1.7. ya da PECL 1.201. maddeler gibi *lex mercatoria* kaynakları incelendiğinde de sözleşmeler bakımından genel bir *bona fides* yükümlülüğünün varlığı göze çarpmaktadır.¹⁴⁶ CISG bakımından durum tartışmalı olmakla beraber, hâkim görüş ise *bona fides*'in antlaşmanın ruhunun dayandığı genel ilkelerden olduğu yönündedir. Her ne kadar antlaşmayı kaleme alanlar açıkça *bona fides* ilkesine değinmemiş olsalar da aynı kişilerce taraflar arasındaki ilişkilerin dürüstlük kuralına uygun olması gerektiğinin doğanın bir kanunu gibi açık olduğunun altı çizilmektedir.¹⁴⁷ Keza antlaşmanın Alman BGB'de yer alan *Treu und Glauben* kavramından yola çıkılarak düzenlenen 7(1) hükmünün dürüstlük kuralına atf verdiği de kabul edilmektedir. İlgili hüküm uyarınca “*Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarette dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir*” denilmektedir.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Buna örnek olarak 1979 yılında İngiliz hukukunda kabul edilen Sale of Goods Act, Amerikan hukukunda 1960'larda yürürlüğe giren UCC (Uniform Commercial Code)'nin genel bir *bona fides* yükümlülüğü yükleyen 1.304. maddesi ile Restatement (2nd) of Contracts içerisinde yer alan § 205. paragraf gösterilmektedir. Steven Burton, “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith”, Harvard Law Review, C. 94, S. 2, 1980, s. 369-404, s. 373

¹⁴⁶ *Lex mercatoria* metinlerinde genel olarak dürüstlük kuralı (good faith) ve “dürüst iş yapma” (fair dealing) kavramları beraberce kullanılmaktadır. Öte yandan Romanist *bona fides* kurumunun bu ikiliyi birlikte içerdiği söylenebilir. Nitekim bu ikirciklilik aslında Anglo-Amerikan hukuku ile Kit'a Avrupası hukukunu uyumlaştırma arzusundan doğmakta olup esasında genel bir *bona fides* kavramının yeterli olduğu savunulmaktadır. Oğuz. Op. Cit. s. 117. Franco Ferrari, “Uluslararası İçtihat Hukuku Işığında CISG'da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler” (çev. Candan Yasan Tepetaş) (ed. Yeşim Atamer) Milletlerarası Satım Hukuku, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 62. Bonell. Op. Cit. s. 85. Vogenauer. Op. Cit. s. 174. Antonio Palazzo, “Promesse Gratuite E Affidamento” (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 3, Padova, 2003, s. 1-25, s. 10. Gallo. Op. Cit. s. 608

¹⁴⁷ Flechtner. Op. Cit. s. 310. Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 13

¹⁴⁸ Ingeborg Schwenzer ve Pascal Hachem, “Article 7 of the CISG” (ed. Peter Schlechtriem ve Ingeborg Schwenzer) Commentary on the UN Convention on the Sale of Goods(CISG), Oxford University Press, 4th edition, Oxford, 2016, s. 96 Bonell. Op. Cit. s. 68

B. Bona Fides'in İşlevleri ve Ortaya Çıkardığı Yavru Doktrinler

Her ne kadar Roma hukukunda münferit durumlar bakımından gözlemlenebilse de, çağdaş medenî hukuklar bakımından *bona fides* sözleşme görüşmelerinde, sözleşmelerin ifasında ya da ifa sonrası aşamalarda karşımıza çıkmakta ve yorumlayıcı, tamamlayıcı, düzeltici ve yeni borç yaratıcı işlevler göstermektedir.¹⁴⁹ Dürüstlük kuralı, Alman hukukunda *Fallgruppen* denilen olay grupları çerçevesinde çeşitli yavru doktrinler de ortaya çıkarmış ve bu şekilde sistematize edilmiştir. Bir diğer deyişle *bona fides*'in bir iç sistemi (*Binnensystem*) olduğu kabul edilmektedir. Örneğin *clausula rebus sic standibus, culpa in contrahendo*, güven sorumluluğu, fiili sözleşme ilişkileri, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeler ile tarafların bilgi verme, aydınlatma, iş birliği yapma yükümlülükleri dürüstlük kuralına dayanmaktadır.¹⁵⁰ Esasında ortaya çıkan bu yavru doktrinler ise dürüstlük kuralının sayılan bu dört işlevinden doğmakta, öte yandan hukukî önemleri sebebiyle ayrı birer kural olarak düzenlenmektedir.

Bona fides'in en önemli işlevi yorumlayıcı işlevi olup Roma hukukundan günümüze irade beyanlarının ve sözleşmelerin yorumunda dürüstlük kuralı dikkate alınmaktadır. Özellikle Cumhuriyet Dönemi sonlarında Yunan felsefesinin de etkisiyle *verba* (sözlere)'ya mı *voluntas* (irade)'a mı önem verileceği tartışması doğmuş, buna bağlı olarak amaçsal yoruma verilen önem artmış, amaçsal yorum yaparken de özellikle *aequitas* ve dolayısıyla *bona fides*'e başvurulmuştur.¹⁵¹ *Bona fides*'in bu işlevi M.S. 1. yüzyılda Roma hukuk pratiği tarafından sıkça kullanılmaya başlanmış ve özellikle Klasik Sonrası Dönem'de sözleşmelerin bağlayıcı olup olmadığı sorunu *bona fides*'in yorumlayıcı işlevi uyarınca çözülmüştür.¹⁵² Baldus da *bona fides*'in herşeyden önce bir yorum ilkesi olduğunu kabul etmiş, dahası Roma hukukunda *iudex*

¹⁴⁹ Hüseyin Altaş, *Medenî Hukuk Başlanguç Hükümleri*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 270

¹⁵⁰ Hans Bernd Schäfer ve Hüseyin Can Aksoy, "Alive and Well, The Good Faith Principle in Turkish Contract Law", *European Journal of Law and Economics*, C. 42, S. 1, 2016, s. 73-101, s. 88

¹⁵¹ D.1.3.19. D.50.16.219. Söğütlü Erişgin. Op. Cit. s. 90-93. Arangio-Ruiz. Op. Cit. s. 38. Wojciech Dajczak, "L'uso Della Locuzione "bona fides" nei Giuristi Romani Classici per la Valutazione del Valore Vincolante Degli Accordi Contrattuali", *Revue Internationale des Droits Antiqué*, S. 44, 1997, s.71-84, s.70

¹⁵² D. 16.3.31.1. D. 50.17.23. Dajczak. Op. Cit. s. 78

(yargıç)'e tarafların iradesi hilafına yorum yapma imkânını tanıyan vasıta da yine *aequitas* ve *bona fides* olmuştur.¹⁵³

Çağdaş hukukta *bona fides*'in yorumlayıcı işlevi ise kendisini özellikle irade beyanlarının ve sözleşmelerin güven ilkesine göre yorumunda göstermektedir. Beyanı esas alan beyan teorisi (*Erklärungstheorie*) ile beyan sahiplerinin gerçek iradelerinin araştırılmasına yönelik Pandekt kökenli irade teorisinin (*Willenstheorie*) taraflar arasında adil bir menfaat dengesi kurmadığından bahisle irade beyanlarının *bona fides*'e göre yorumlanması gerektiği öğretide kabul edilmeye başlanmış, bu doğrultuda *bona fides*'e dayanan ve irade beyanlarının hem irade beyanında bulunan tarafın hem de karşı tarafın bu açıklamaya dürüstlük kuralına göre vereceği anlamın dikkate alınarak yorumlanmasını ifade eden güven teorisi ya da ilkesi (*Vertrauensstheorie*, *Vertrauensprinzip*, *principe de la confiance*) doğmuştur.¹⁵⁴ Sözleşmelerin dürüstlük kuralına göre yorumlanması kuralı BGB § 157.¹⁵⁵, Fransız C Civ. Art. 1135., İtalyan C.c. 1366. maddelerinde açıkça düzenlenmekte olup Anglo-Amerikan hukukunda da Kıt'a Avrupası'nda mevcut olan genel *bona fides* yükümlülüğü ve güven ilkesi uyarınca varılan sonuçlara farklı doktrinlerin uygulanmasıyla ulaşılabilmektedir.¹⁵⁶ Buna paralel olarak, uluslararası metinler bakımından da sözleşmelerin yorumunda *bona fides*'in öneminin altı çizilmekte, *bona fides*'e uyma yükümlülüğünü düzenleyen UNIDROIT ilkelerinin 1.7.¹⁵⁷, Avrupa sözleşme hukukunun yeknesaklaştırılmasını amaçlayan DCFR (*Draft Common Frame of Reference / Ortak Referans Çerçevesi Taslağı*)'ın II-8:102. ve PECL'nin 1.106.

¹⁵³ Jean François Romain, *La Théorie Critique du Principe Général de Bonne Foi en Droit Privé*, Bruylant, Bruxelles, 2000, s. 139

¹⁵⁴ Akyol. Op. Cit. s. 27. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku*, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2017, s. 152. Ernst Zeller, *Treu und Glauben und Rechmissbrauchverbot*, Schulthess, Zurich, 1981, s. 144 vd. Oğuzman ve Barlas. Op. Cit. s. 281. Burcu Kalkan Oğuztürk, *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 45

¹⁵⁵ Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 19. Basil Markesinis, Hannes Unberath ve Angus C. Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, Hart Publishing, Oxford, 2006, s. 126. Gordley. Op. Cit. s. 116

¹⁵⁶ Akyol. Op. Cit. s. 45. Robert Summers, "The Conceptualisation of Good Faith in American Contract Law: A General Account", (Reinhard Zimmermann ve Simon Whittaker) *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, s. 123

¹⁵⁷ UNIDROIT ilkeleri 4.6. madde ise *contra proferentem* kuralını ifade etmekte olup taraflardan birisi tarafından hazırlanan sözleşme hükümleri açık değilse, hazırlayan taraf aleyhine bir yorumun tercih edileceğini düzenlemekte, bu açıdan *bona fides* ilkesini güvence altına almaktadır

maddeleri uyarınca hukuki işlemlerin yorumunda dürüstlük kuralına uyma yükümlülüğü özel olarak düzenlenmektedir.¹⁵⁸

Bona fides'in bir diğer işlevi ise tamamlayıcılıktır. Labeo *bona fides*'i sözleşmenin tamamlanması için gerekli erdemli davranışlar olarak tanımlamıştır.¹⁵⁹ Sözleşmeler de tıpkı kanular gibi içerisinde boşluklar bulundurabilmekte olup hukuki ilişkide ortaya çıkabilecek bütün sorunların çözümüne ait esasların o sözleşmede yer almaması mümkündür.¹⁶⁰ Roma'dan bu yana ise sözleşmelerde *lacuna* (boşluk) olması halinde *aequitas* ve *bona fides*'e başvurulmaktadır.¹⁶¹ Roma hukukunda taraflar sözleşme ile üstlendikleri yükümlülükleri açıkça düzenlemiş iseler *bene agere* borcu gereği *bona fides*'e uygun ve sadakatli bir şekilde davranmaları gerekmiştir. Öte yandan bu yükümlülükler açıkça düzenlenmemişse de sözleşme taraflarının *bona fide* davranmaları beklenmektedir.¹⁶² Bu bağlamda tarafların üzerinde açıkça anlaşmadıkları bazı noktalarla da bağlı olabilecekleri kabul edilmiştir. Ulpianus'a ait D. 19.1.11.1 uyarınca;

“.....*nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.*”

“.....sözleşmenin taraflarının uzlaştıkları hususları yerine getirmelerinden daha fazla *bona fides*'e uygun bir şey yoktur. Bununla beraber bir şey özel olarak kararlaştırılmamışsa, o hukuki işlemin kapsamından doğal olarak çıkarılabilecek hususlar bakımından birbirlerine karşı sorumlu olurlar.”

Ius commune hukukçuları da Klasik Roma hukukunda uygulanan kuralları, açık hükümler olmadığında sözleşmeye *bona fides* ve *aequitas* gereği dâhil edilecek olan koşulların sözleşmenin doğasından kaynaklanması gerektiği şeklinde şematize etmişlerdir. Buna göre sözleşmenin tipini belirleyen ve tarafların değişiklik yapamayacakları unsurları

¹⁵⁸ Keza dürüstlük kuralı ile “dürüst iş yapma” ilkesinin nasıl anlaşılması gerektiği de bir ölçüde tarafların anlaşmasına ve anlaşmanın tarafların iradesinin güven ilkesine göre yorumuna bağlıdır.

¹⁵⁹ Flechtner. Op. Cit. s. 307. Oğuz. Op. Cit. s. 118. Vogenauer. Op. Cit. s. 169

¹⁶⁰ Gallo. Op. Cit. s. 615. Dazjck. Op. Cit. s. 417

¹⁶¹ Oğuzman ve Barlas. Op. Cit. s. 288

¹⁶² Muckley. Op. Cit. s. 24

¹⁶² Del Granado. Op. Cit. s. 315

ifade eden *radix originalis*'e ilişkin noktalar üzerinde anlaşılması halinde sözleşme kurulmamış olacak, sözleşmenin tamamlanması da gündeme gelmeyecektir.¹⁶³ Çağdaş borçlar hukukunda *essentialia negotii* denilen bu hükümler objektif esaslı noktaları ifade etmektedir.¹⁶⁴ *Radix originalis*'in uzantıları olan olağan hükümler ya da *naturalia negotii* ise sözleşmenin doğasından gelen ve sözleşmenin içeriğine varsayımsal olarak dâhil görülen hükümler olup taraflar istemeleri halinde bu hükümlerin aksini kararlaştırabilmişlerdir.¹⁶⁵ Sözleşmenin olağan hükümlerinin sözleşmenin içeriğine dâhil edilmesi, *bona fides* ve *aequitas* uyarınca sözleşmenin tamamlanmasını ifade eder.¹⁶⁶ Sözleşmenin doğası ötesinde yer alan arızî hükümleri ise *accidentalialia negotii* olarak şematize edilmiş olup bunlar sadece taraflarca açıkça kararlaştırılmaları halinde bağlayıcıdır.¹⁶⁷ Arızî hükümler tarafların iradesi ile olağan hükümlerden sapma ya da onları tamamlama işlevi gösterirler.

Naturalia ve *accidentalialia negotii*, taraflarca kararlaştırılıp subjektif esaslı nokta haline getirilebilecektir. Öte yandan aksi halde bunlara ikinci derece ya da yan nokta adı verilmekte olup bunların hiç müzakere edilmemesi halinde objektif yan nokta, müzakere edilmekle beraber aslî nokta haline getirilmemesi halinde ise subjektif yan nokta söz konusu olmaktadır.¹⁶⁸ Eğer taraflar böylesi bir noktayı hiç müzakere etmez ya da müzakere edip sonuca bağlamaz ancak daha sonra bu sorunun çözülmesi konusunda anlaşılırsa bu halde sözleşmede *lacuna* mevcut olmakta, bu nedenle sözleşmenin tamamlanması faaliyeti *bona fides* ve *aequitas* uyarınca gerçekleştirilmektedir.

¹⁶³ Gordley, Op. Cit. s 63

¹⁶⁴ Objektif esaslı noktaların yanı sıra taraflar anlaşarak bazı yan noktaları sözleşmenin zorunlu koşulu haline getirebilmekte olup bunlara ise subjektif esaslı nokta adı verilmektedir. Kocayusufpaşaoğlu, Op. Cit. s. 174. Eren, Op. Cit. s. 250. Hausmaninger ve Selb, Op. Cit. s. 229. Arangio-Ruiz, Op. Cit. s. 83

¹⁶⁵ James Gordley, "Good Faith in Contract Law in the Medieval Ius Commune", (ed. Reinhard Zimmermann ve Simon Whittaker) Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, s. 101. Hausmaninger ve Selb, Op. Cit. s. 230. James Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Clarendon Press, Oxford, 1993, s. 63. Kocayusufpaşaoğlu, Op. Cit. s. 175. Eren, Op. Cit. s. 249. Lâle Sirmen, Türk Özel Hukukunda Şart, BTHAE, Ankara, 1992, s. 13

¹⁶⁶ Çağdaş hukukta ise sözleşmelerin olağan hükümleri genellikle kanunun yedek hukuk kurallarına bağlanmıştır.

¹⁶⁷ Arangio-Ruiz, Op. Cit. s. 8. Gordley, Loc. Cit. Kocayusufpaşaoğlu, Loc. Cit.

¹⁶⁸ Eren, Op. Cit. s. 249

Çağdaş hukukçular da Roma hukukçularının bu düzenlemelerini esas almıştır. Öğretide bir görüşe göre tarafların objektif ve sübjektif bakımdan esaslı noktaları üzerinde anlaştığı bir sözleşme içerisinde bir boşluk bulunması halinde boşluğun doldurulması için öncelikle yedek (tamamlayıcı) hukuk kurallarına başvurulması gerekmekte, yedek hukuk kuralı bulunmadığı takdirde ise boşluk dürüstlük kuralına göre tarafların farazi iradesi tespit edilerek doldurulmaktadır.¹⁶⁹ Öte yandan bir başka görüşe göre ise boşlukların yedek hukuk kurallarıyla mı yoksa dürüstlük kuralı ve bu çerçevede güven ilkesi ile mi doldurulacağına hâkim karar verecektir.¹⁷⁰ Ancak her halde boşluk doldurma bakımından *bona fides* gözetilmekte, güven ilkesi dürüstlük kuralının tamamlayıcı işlevini de yerine getirmektedir.¹⁷¹ UNIDROIT ilkeleri 4.8. madde uyarınca da bir sözleşmede tarafların hak ve borçlarını belirlemek konusunda önem taşıyan bir nokta için belirleme yapılmadığı takdirde koşullar gereği uygun bir sözleşme hükmü ile söz konusu boşluk doldurulmakta, “uygun bir hüküm” belirlenirken de tarafların iradeleri, sözleşmenin doğası ve amacı, dürüstlük kuralı ve “dürüst iş yapma” ile makullük standartları dikkate alınmaktadır. Bu hüküm hazırlanırken Amerikan ve Alman hukukundan faydalanılmış olup bu açıdan da söz konusu standartlar hukuku küreselleştirme görevi görmektedir.¹⁷² Yine, DCFR II-9:101. maddesinde de sözleşmedeki boşlukların *bona fides* ve “dürüst iş yapma” ilkeleri ile doldurulacağı ve bu sayede sözleşmenin tamamlanacağı altı çizilmektedir.

Bona fides'in bir başka işlevi düzelticilik olup bu işlev sayesinde dürüstlük kuralına aykırı hükümler düzeltilmekte ve dürüstlük kuralına uygun hale getirilmektedir.¹⁷³ Düzeltici işleve sahip *bona fides*'in taraf iradelerine aykırı sonuçlar doğurabileceği M.S. I. yüzyılda kabul

¹⁶⁹ Edis. Op. Cit. s. 309. Oğuzman ve Barlas. Op. Cit. s. 289

¹⁷⁰ Edis, boşluk doldurmada teamüllerin dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre taraflar üzerinde uyuşmadıkları noktaları hayatın olağan akışına göre makul ve dürüst orta zekâlı bir vatandaş olarak nasıl dolduracak idilerse hâkim bu şekilde bir düzenleme getirmelidir. Edis. Op. Cit. s. 310

¹⁷¹ Marilyn Warren, “Good Faith: Where Are We At?” *Melbourne University Law Review*, 2010, s. 344 -350, s. 349

¹⁷² Vogenauer. Op. Cit. s. 536

¹⁷³ Paolo Gallo, *Contratto E Buona Fede in Senso Oggettivo e Trasformazioni del Contratto*, Seconda Edizione, UTET Giuridica, Roma, 2014, s. 606. Dajczak. Op. Cit. s. 417-418

edilmiş olup özellikle Seneca'nın eserlerinde gözlemlenmektedir.¹⁷⁴ Keza *exceptio doli generalis*'in *strictum ius*'u düzeltici işleve sahip olduğu konusunda da tartışma mevcut değildir.¹⁷⁵ Bunun gibi, dürüstlük kuralının düzeltici fonksiyonu Roma hukukunda *praetor*'larca yapılan *ius civile*'nin katılığının giderilmesi faaliyetine de benzemekte olup bu bakımdan *praetor*'ların en çok kullandıkları araç ise *bona fides* ile harmanlanmış *aequitas* olmuştur.¹⁷⁶

Alman ve İtalyan hukukçular da *bona fides* ve *aequitas*'ın medenî hukuku düzeltici yönünü (*iuris civilis corrigendi causa*) kabul etmektedirler.¹⁷⁷ Bu durumun en önemli örneği sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasıdır. Yine tahvil ya da çevirme (konversiyon) kurumunun da bu işlevin bir sonucu olduğu söylenebilir. Nitekim bu halde hükümsüz bir hukuki işlem yerine kendisine yakın hüküm ve sonuçları doğuran geçerli bir hukuki işlem konularak *bona fides* gözetilmektedir.¹⁷⁸ Her ne kadar sözleşmesel *bona fides*, *pacta sunt servanda* (ahde vefa) kuralının temel doğruluğuna uyulmasını gerektirmekte olsa dahi sözleşmesel ilişkilerde kimi zaman öngörülmesi mümkün olmayan yeni parametreler ortaya çıkabilmekte ve bu sözleşmenin taraflarını zarara uğratmaktadır. *Pacta sunt servanda*'nın doğurduğu kurallardan bir tanesi olan *clausula rebus sic stantibus* doktrinine göre sözleşme ancak bağitlandığı sırada mevcut olan koşullar aynı kaldığı sürece bağlayıcıdır.¹⁷⁹ Kökenini Roma hukukunda bulan kural gereğince belirli şartların mevcudiyeti halinde sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanabileceği kabul edilmektedir.¹⁸⁰ Africanus'a ait D. 46.3.38.pr uyarınca;

“Cum quis sibi aut titio dari stipulatus sit, magis esse ait, ut ita demum recte titio solvi dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, cum stipulatio interponeretur: ceterum sive in adoptionem sive in exilium ierit vel aqua et igni ei interdictum vel servus factus sit, non recte ei solvi dicendum: tacite

¹⁷⁴ Seneca, De Beneficiis, 4.21.6

¹⁷⁵ Tommaso. Op. Cit. s. 444

¹⁷⁶ Whittaker ve Zimmermann. Loc. Cit.

¹⁷⁷ Busnelli. Op. Cit. s. 234. Gallo. Op. Cit. s. 634- 635

¹⁷⁸ Akipek ve Akıntürk'e göre tahvil kurumu *bona fides*'in tamamlayıcı fonksiyonuna ilişkindir. Öte yandan sağlıklı bir hukuki işleme sağlık kazandırdığından düzeltici fonksiyonunun ağır bastığı söylenebilir. Akipek, Akıntürk ve Ateş. Op. Cit. s. 176 vd.

¹⁷⁹ Zimmermann. Op. Cit. s. 579

¹⁸⁰ Cicero, De Officiis, 1.31

enim inesse haec conventio stipulationi videtur " si in eadem causa maneat".

"Birisi bir şeyin kendisine ya da Titius'a verileceğini akdederse, Julianus der ki; *stipulatio*'nun yapıldığı anki ile aynı durumda olan o anki şartlara göre ödemenin hukuka uygun olarak Titius'a yapılmasının daha iyi olduğu söylenir. Ama evlat edinilirse, sürgüne gönderilirse, ateşten ve sudan yasaklanırsa ya da köle olursa, ödeme Titius'a hukuka uygun olarak yapılamaz denir. *Stipulatio* "eğer aynı hukuki durumda kalırsa" şeklinde zımni bir anlaşma içerir."

Öğretide söz konusu metin sözleşmelerin "tüm koşulların aynı kalmasına bağlı" (*si in eadem causa maneat*) olarak ifa edileceğine dair bir zımni kayıt içerdiği şeklinde yorumlanmakta ve bunun *clausula rebus sic stantibus* kuralının kökenini teşkil ettiği savunulmaktadır.¹⁸¹ Kökenini Roma hukukunda bulan bu fikre göre bir sözleşme ilişkisinde taraflardan birinin ediminin ifasının önceden öngörülmesi beklenmeyen bir nedenle katlanılamayacak derecede zorlaşması halinde hukuk düzeni sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını kabul etmektedir.¹⁸² Türk-İsviçre hukuk öğretisi ve özellikle İsviçre Federal Mahkemesi kararları da sözleşmenin kurulma anı ile ifa anı arasında sözleşme şartlarının önemli ölçüde değişmesi, yani işlem temelinin kısmen veya tamamen çökmesi halinde dürüstlük kuralına dayanarak uyarlamayı kabul etmektedir.¹⁸³

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ise "Aşırı İfa Güçlüğü" başlıklı 138. maddede konuya ilişkin bir düzenleme getirmiştir. TBK 138/I uyarınca "Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede"

¹⁸¹ Cardilli. Op. Cit. s. 207-208

¹⁸² Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 339 vd.

¹⁸³ Kurum, konuya ilişkin bir düzenlemenin yer almadığı 818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminden beri kabul edilmektedir. Jacques Bischoff, Vertragrisiko und Clausula Rebus Sic Stantibus Risikoordnung in Verträgen bei veränderten Verhältnissen, Zürcher Studien zum Privatrecht, Zürich, 1983, s.31. Eren. Op. Cit. s. 499. Akipek, Akıntürk ve Ateş. Op. Cit. s. 175. Oğuzman ve Barlas. Op. Cit. s. 301. Necip Kocayusufpaşaoğlu, "İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?" Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s.507

de borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.” Bu madde uyarınca dürüstlük kuralından, ifanın borçlu bakımından meydana getireceği dezavantajın ağırlığının ölçülmesinde yararlanılmaktadır.

Fransız hukukunda ise bu durum öncelikle Fransız Danıştayın olan *Conseil d'Etat* tarafından öngörülemelik (*l'imprévision*) teorisi olarak kabul edilmiş, daha sonra ise medenî hukuk tarafından benimsenmiştir.¹⁸⁴ Alman öğretisinde böylesi bir durumda işlem temelinin çökmesinin (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) söz konusu olduğu kabul edilmektedir.¹⁸⁵ Özellikle I. Dünya Savaşı sonrasında öncelikle imkânsızlık teorisi uygulanmaya başlanmış, daha sonra ise *extra legem* olarak yaratılan işlem temelinin çökmesi ilkesi ağırlıkla kabul görmüş ve bu kurum *bona fides*'e dayandırılmıştır.¹⁸⁶ *Lex mercatoria* kapsamında işlem temelinin çökmesi doktrini ise UNIDROIT ilkelerinin 6.2.1. ve devamı ile PECL 6.2.2. maddelerinde Anglo-Amerikan hukuku kökenli *hardship* terimi ile ifade edilen özel klovlar ile düzenlenmekte olup bu durumun pratik ihtiyaçlar sebebiyle *bona fides*'in yarattığı orantılılık ilkesinden doğduğu kabul edilmektedir.¹⁸⁷

Bona fides'in en verimli işlevi ise borç doğurucu işlevidir. Roma hukukundan bu yanda *bona fides*'in sözleşmenin taraflarına bir takım yan yükümlülükler yükleyeceği düşüncesi mevcut olmuştur. Özellikle bir sözleşmede bilgi verme yükümlülüğünün varlığı çok eski zamanlardan beri kabul edilmiş, *ius commune* hukukçuları da sözleşme ile üstlenilen zımni yükümlülükleri yerine getirme borcunu *bona fides*'in bir parçası olarak görmüşlerdir.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Edis. Op. Cit. s. 313

¹⁸⁵ Gerhard Dannemann, An Introduction to German Civil and Commercial Law, The British Institute of International and Commercial Law, London, 1993, s. 31. Zimmermann. Op. Cit. s. 581. Akyol. Op. Cit. s. 85

¹⁸⁶ Medicus ve Peterson. Op. Cit. s. 20. Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 26. Oğuz. Op. Cit. s. 115

¹⁸⁷ Lando. Op. Cit. s. 399

¹⁸⁸ Cicero, De Officiis, 3.50. Gordley. Op. Cit. s. 103

Çağdaş hukukta da sözleşmenin kurulmasıyla çeşitli yan edim yükümlülüklerinin doğduğu kabul edilmekte olup bunların bir kısmı doğrudan dürüstlük kuralından doğmaktadır.¹⁸⁹ Keza taraflar arasında sözleşmenin kurulması ile ya da salt işlem temasından dolayı ikincil nitelikte bağımsız bir güven ilişkisi meydana gelmekte ve bu ilişkiden dürüstlük kuralına dayanan ve *bona fides*'ten doğan yan borçların bir kısmını oluşturan çeşitli koruma ya da davranış yükümlükleri doğmaktadır.¹⁹⁰ Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi, Alman hukukunda da büyük önem taşıyan güven ilişkisi ve güven ilişkisinden doğan koruma yükümlülükleri (*Schutzpflichten*) dürüstlük kuralı gereğince sözleşmenin içeriğinde zımnen mevcut olduğu varsayılan yükümlülüklerdir.¹⁹¹ Bilgi verme, gerçek anlamda koruma, katılma ve işbirliği yükümlülükleri gibi koruma yükümlülükleri Kıt'a Avrupası'nda kuralların kraliçesi *bona fides*'e dayanmaktadır.¹⁹²

UNIDROIT ilkeleri 5.1.2. madde de tarafların borçlarının açık olarak belirlenebileceği gibi zımnen de söz konusu olabileceğini, böylesi zımni borçların ise sözleşmenin doğası ve amacı, taraflar arasında süregelen teamül ve uygulamalar, dürüstlük kuralı ve "dürüst iş yapma" ile makullük olgularından doğabileceğini düzenlemektedir. Keza PECL 6.102. madde uyarınca da bir sözleşmenin zımni olarak bazı hükümler içerebileceği ve bunların sözleşmenin doğası ve amacı ile *bona fides*'ten kaynaklanabileceği düzenlenmektedir. Her ne kadar bu CISG'de yer almayan bir düzenleme olsa da öğretilerde PECL'in küresel sözleşme hukukunun genel ilkelerini düzenlediği, *bona fides*'in ise bunlardan birisi olduğu yorumu yapılmaktadır.¹⁹³

¹⁸⁹ Anke Sessler, Die Lehre Von Der Leistungsstörngen: Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des Allgemeinen Schuldrechts, Duncker & Humbold, Berlin, 1994, s. 26

¹⁹⁰ Esasında *bona fides*'in borç doğurucu işlevi, tamamlayıcılık işlevi ile büyük oranda örtüşmektedir. Öte yandan bu işlevler çağdaş hukuklarda farklı kurallara vücut verdiğiinden ayrı ayrı ele alınmaktadır. Çiğdem Kırcı, Bilgi Vermekten Dolayı Üçüncü Kişiy Karşı Sorumluluk, BTHAE, Ankara, 2004, s. 112. Akyol. Op. Cit. s. 45. Oğuzman ve Barlas. Op. Cit. s. 293

¹⁹¹ Akyol. Op. Cit. s. 46-47. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1: Allgemeiner Teil, C.H. Beck, München, 1987, s. 10. Eren. Op. Cit. s. 41

¹⁹² Karabağ Bulut. Op. Cit. s. 68. Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 19. Gallo. Op. Cit. s. 617-621. Eren. Op. Cit. s. 41

¹⁹³ Bonell. Op. Cit. s. 251. Vogenauer. Op. Cit. s. 541. John Felemegas, "Comparative Editorial Remarks on the Concept of Good Faith in the CISG and the PECL", *Pace International Law Review*, C. 13, S. 2, 2001, s. 399-406, s. 404

Bona fides'e dayanan güven ilişkisi sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yol açmaktadır.¹⁹⁴ Her ne kadar kimi zaman Romanist bir kavram olarak değerlendirilmese de, Bizans Dönemi'nde *culpa in contrahendo* sorumluluğunun uygulandığı öğretilerde savunulmaktadır.¹⁹⁵ Keza Tahiroğlu da sözleşmenin kurulmasından önce tarafların birbirlerine karşı dürüst davranma ve gerçek durumu gizlememe yükümlülükleri olduğunu belirtmektedir.¹⁹⁶ Roma hukukunda bu aşamada tarafların hileli bir davranışta bulunmaları halinde *actio doli* açılabilmesi kabul edilmiş olup Klasik Dönem'de bu davanın açılabilmesi için kasıt aranırken Iustinianus döneminde ihmal de yeterli bulunmuştur.¹⁹⁷ Bu durum ise *culpa in contrahendo* kurumunun kökeninin *bona fides* olduğunu göstermektedir.¹⁹⁸ Keza *culpa in contrahendo* salt haklı güvenin ihlaline dayalı bir sorumluluk olan ve *bona fides'e* dayanan güven sorumluluğunu da doğurmuştur.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Von Tuhr. Op. Cit. s. 187. Eren. Op. Cit. s. 1152. Rudolph Von Jhering, *Culpa in Contrahendo Bei Nichtigen Oder Nicht Zur Perfection Gelangten Verträgen*, Jherings Jahrbücher, Band 4, 1861, s. 11

¹⁹⁵ Ulpianus'a ait D.11.7.8.1 ve Modestinus'a ait D.18.1.62.1 metinleri ile *Institutiones'de* yer alan 3.23.5. metni buna kanıt olarak gösterilmektedir. Jhering. Op. Cit. s. 9

¹⁹⁶ Tahiroğlu. Op. Cit. s. 50

¹⁹⁷ D. 4.3.18.3. Steven Mirmina, "A Comparative Survey of Culpa in Contrahendo, Focusing on its Origins in Roman, German and French Law as Well as its Application in American Law", *Connecticut Journal of International Law*, C. 8, 1992, s. 77-108, s. 82

¹⁹⁸ *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun kaynağı eski tarihlerden beri tartışılmış, haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk olmak üzere uzun yıllar ikili sorumluluk anlayışı mevcut olmuştur. Haksız fiil sorumluluğunun kabulü halinde zarar gören tarafın ispat yükü ve zamanışı dezavantajından ötürü adaletli sonuçlar doğmayacağından ve ortada kurulmuş bir sözleşme de olmadığından öğretilerde *culpa in contrahendo'nun* kendine özgü bir yapısı olan ve dürüstlük kuralına dayanan özel bir sorumluluk türü olduğu da savunulmuştur. Günümüzde bu kavramın edim yükümlülüklerinden bağımsız kanuni bir sorumluluk kaynağı olarak benimsenmesi de mümkündür. Bazı yazarlar ise *culpa in contrahendo* kavramını fiili sözleşme ilişkilerinin bir türü olarak görmektedirler. Günter Haupt, "Über faktische Vertragsverhältnisse", *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für H. Siber*, Band II, Leipzig, 1943, s. 9. Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku: Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet*, Ankara, 1965, s. 5 vd. Eren. Op. Cit. s. 1155. Huriye Reyhan Demircioğlu, "Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Aşılması Ürünleri Olarak *Culpa in Contrahendo* ve Güven Sorumlulukları", *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Ankara, Gazi Ünivetsitesi, 28-29 Mayıs 2009, s. 219-229, s. 221-224. Kalkan Oğuztürk. Op. Cit. s. 102

¹⁹⁹ İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen *Swissair* kararıyla geliştirilen güven sorumluluğu, 2010'dan bu yana Türk Yargıtay'ı tarafından da kabul edilmekte-

Bona fides'in borç doğurucu işlevi pek çok hukuk sisteminde kabul edilmekte olup Alman hukukunda sözleşmelerin ifasında *bona fides*'e uyulmasının önemini düzenleyen BGB § 242 hükmünün sözleşme öncesi aşamada da uygulanacağı *culpa in contrahendo* hükmü yasalaşmadan önce uzun yıllar boyu kabul edilmiştir.²⁰⁰ Türk-İsviçre hukukunda *bona fides* ilkesinin genel hükümler arasında bulunması ise sözleşme öncesi ilişkiler bakımından dürüstlük kuralına çok daha güçlü bir kanunî dayanak sağlamaktadır.²⁰¹ Öte yandan İtalyan C.c. 1337. maddesi ise sözleşme öncesi aşamada *bona fides* ilkesinin gözetilmesi gerektiğini, tarafların müzakerelerde ve sözleşmelerin kaleme alınmasında dürüstlük kuralına uygun davranmalarının zorunlu olduğunu açıkça düzenlemektedir.²⁰² İngiliz hukukunda sözleşme müzakerelerinde *bona fides*'e ilişkin genel bir ödev mevcut değildir.²⁰³ Öte yandan 1776 yılında verilmiş *Carter v. Boehme* kararında, Lord Mansfield, sigorta sözleşmelerinde überprima fidei'nin bir tarafın özel olarak bildiklerini diğer taraftan saklaması ve onu sözleşme müzakereleri içine çekmesini, yani onun cehaletinden yararlanmasını yasakladığına hükmetmiştir.²⁰⁴ Kural olarak Amerikan hukukunda öngörülen *bona fides* yükümlülüğü de müzakere kısmına uzamamakta, öte yandan *estoppel* mekanizması çoğunlukla aynı neticeyi sağlamaktadır.²⁰⁵ *Lex mercatoria* kaynakları da çoklukla *culpa in contrahendo* kurumunu düzenlemektedir. UNIDROIT ilkeleri 1.7. madde *bona fides*'e uygun davranma yükümlülüğünü söz-

dir. BGE 120 II 331. Yrg. HGK E. 210/9-39, 2012/19-670. Pınar Çağlayan Aksoy, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, XII Levha Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 203

²⁰⁰ Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 24. Bernd Hüpers, Karl Larenz- Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart, Berliner Wissenschafts Verlag, Band 49, Berlin, 2008, s. 362

²⁰¹ Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 51

²⁰² Rodolfo Sacco, Introduzione al Diritto Comparato, Giappichelli, Torino, 1990, s. 259. Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 53. Gallo. Op. Cit. s. 160

²⁰³ Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 39

²⁰⁴ Carter v. Boehme: [1776]3 Burr 1905

²⁰⁵ Estoppel mekanizmasının da içerisinde bulunduğu, "equitable doctrines" olarak anılan hakkaniyeti sağlama mekanizmaları İngiliz hukukunda 17. yüzyıldan bu yana uygulanmaktadır. Waiver doktrini de bu kapsamda uygulanabilmektedir. Flechtner. Op. Cit. s. 306. Anna Maria De Vita, "Buona Fede E Common Law: Attrazione Non Fatale Nella Storia del Contratto" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 1, Padova, 2003, s. 459-488, s. 480

leşme müzakereleri bakımından da kabul etmekte, yine 2.2.15. madde *culpa in contrahendo* sorumluluğunu özel olarak düzenlemektedir.²⁰⁶ Buna ek olarak DCFR II-301. ile PECL 2.301. maddeler de sözleşme öncesi dönemde dürüstlük kuralına işaret etmekte olup bir tarafın dürüstlük kuralı ve “dürüst iş yapma” ilkelerine aykırı biçimde müzakeretmiş ya da müzakereleri sona erdirmiş olması halinde diğer tarafın zararını ödemekle yükümlü olduğunu düzenlemektedir.

SONUÇ

Dürüstlük kuralı çerçevesinde *bona fides*, sosyal ilişkiler sayesinde birbirleri ile temasa geçen kişilerin aralarındaki bilinçli ilişkiyi vurgulamakta, bireylerin bu tür sosyal ilişkilerinde yer alması gereken bağlılığın ise devlet tarafından korunuyor olması özel hukuk ilişkilerinin temeli olarak görülmektedir. Roma hukukunda doğan ve gelişen *bona fides*'e günümüz hukukunda verilen önem gitgide artmaktadır. Zira sözleşmeler hukukunu domine eden ilkelerin başında gelen *bona fides* farklı isimler altında veya farklı doktrinler aracılığıyla dahi olsa pek çok kültür tarafından benimsenmiş olup pek çok hukuk sistemini birbirine bağlayacak güçtedir.²⁰⁷ Romanist gelenek ile Kıt'a Avrupası hukukunca benimsenen *bona fides*, bu yönüyle Kıt'a Avrupası hukukunu birleştirici ve yeknesaklaştırıcı bir yapıya sahiptir. Bununla beraber Anglo-Amerikan hukuk sistemi ile de Kıt'a Avrupası hukuk sistemlerini uyumlu hale getirebilmeye elverişli olan bu ilke muğlaklığı ve amorf yapısı sebebiyle çağımızın küreselleşen ekonomisinde pek çok hukuki tıkanıklığı çözebilecek durumdadır. Nitekim *bona fides* ilkesinin dayandığı temel değerler tüm çağdaş hukuk sistemlerince kabul

²⁰⁶ CISG, sözleşme öncesi aşama için taraflara özel bir *culpa in contrahendo* yükümlülüğü öngörmemektedir. Almanya, Viyana Konferansı'nda bir *culpa in contrahendo* klozu eklemeyi teklif etmiş ancak teklif reddedilerek uygulamanın kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde ulusal hukuklara bırakılmasına karar verilmiştir. United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 Mart-11 Nisan 1980. Diane M. Goderre, “International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention”, *University of Cincinnati Law Review*, C. 66, 1997, s. 258-281

²⁰⁷ Alan Watson, *Legal Transplants An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Georgia, 1974, s. 23-24

edilmiştir.²⁰⁸ Bu nedenle uluslararası ticarete çok önem taşıyan ve gerekli esnekliği sağlayan *bona fides* sözleşmelerde, UNCITRAL'in model kanunlarında ve pek çok hakem kararında esas alınmaktadır.²⁰⁹ Roma hukukundan günümüze gelen *bona fides* hukukun içine nüfuz etmiş bir etik ilke olup bu ilkenin genel hüküm olarak kabulü kanunların çağa ayak uydurmalarını sağlayacaktır. Toplumsal hayatın işleyişinde kişilerin birbirlerine güven duyması ve sözleşmesel ilişkilerinde sadakat ile hareket etmeleri gereği geçmişten günümüze azalmaya uğramamakta, bilakis artmaktadır. Keza *bona fides*'in işlevlerinden ve uygulamalarından türeyen ve çağımızda ayrı birer hukuk kuralı halini almış yavru doktrinler de bunun bir kanıtını oluşturmaktadır. Bu nedenle Roma hukukundan günümüze gelen *bona fides*'in gelecekte farklı hukuk sistemlerinin uyumlaştırılması ile hukukun küreselleştirilmesine yardımcı olacak joker hukuk kurallarından bir tanesi haline geleceği düşünülmektedir.

Kaynakça

- Abdy John T. ve Walker Brian, *The Commentaries of Gaius and Rules of Ulpian*, Clark, New Jersey, 2005
- Akipek Jale, Akıntürk Turgut ve Ateş Derya, *Türk Medenî Hukuku I, Başlangıç Hükümleri*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016
- Akkanat Halil, *Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010
- Akyol Şener, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006
- Altaş Hüseyin, *Medenî Hukuk Başlangıç Hükümleri*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015
- Anenson Leigh, "The Triumph of Equity: Equitable Estoppel in Modern Litigation", *The Review of Litigation*, C. 27, S. 3, 2008, s. 377-440
- Aral Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992
- Arangio-Ruiz Vincenzo, *Istuzioni Dei Dritto Romano*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 40. Edizione, Napoli, 2012
- Ateş Derya, "Sözleşmelerde Dürüstlük Kuralı", *TBB Dergisi*, S. 72, 2007, s. 75-93

²⁰⁸ Robert Summers, "Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code", *Virginia Law Review*, C. 54, S. 2, 1968, s. 195-267, s. 196 vd.

²⁰⁹ Oğuz. Op. Cit. s. 43

- Bauman Richard, *Lawyers in Roman Transitional Politics: A Study of the Roman Jurists in Their Political Setting in the Late Republic and Triumvirate*, C.H. Beck, München, 1985
- Barlas Nami, "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi", *İÜHFD*, C. 55, S. 3, 1997, s. 191-208
- Beck Alexander, "Zu den Grundprinzipien der Bona Fides im Römischen Vertragsrecht", *Aequitas und Bona Fides: Festgabe für 70.Geburtstag von August Simoni*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1955
- Bénabent Alain, *Droit Civil: Les Obligations*, Montchrestier, Paris, 2005
- Berger Adolf, *The Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Transactions of the Philadelphia Philosophical Society, Philadelphia, 1953
- Bischoff Jacques, *Vertragrisiko und Clausula Rebus Sic Stantibus Risikoordnung in Verträgen bei veränderten Verhältnissen*, Zürcher Studien zum Privatrecht, Zürich, 1983
- Bix Brian, "Natural Law Theory: The Modern Tradition" (ed. Jules Coleman ve Scott Shapiro), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2002
- Bonell Micheal, *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, Milano, 1987
- Bonfante Pietro, *Scritti Giuridici Varii, III, Obligazioni, Communion e Possesso*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1926
- Borkowski Andrew, *Roman Law*, Blackstone Press Limited, London, 2001
- Boyancé Pierre, "Les Romains, Peuple de la Fides", *Bulletin de l'Association Guillaume Budé, Lettres d'Humanité*, S. 23, 1964, s. 419-435
- Buckland William W., *A Text Book of Roman Law: From Augustus to Justinians*, Cambridge University Press, Cambridge, 1950
- Burdese Alberto ve Garofalo Luigi (ed.) *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese*, CEDAM, Vol. 1-2-3-4, Padova, 2003
- Burton Steven, "Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith", *Harvard Law Review*, C. 94, S. 2, 1980, s. 369-404
- Breccia Umberto, *Dritto Privato III*, Padova, 1997 Chan Wingtsit ve Lufano Richard J., *Sources of Chinese Tradition*, Columbia University Press, Vol: I, New York, 1999
- Coleman Jeffrie ve Murphy Jules, *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence*, Westview Press, Colorado, 1989
- Çağlayan Aksoy Pınar, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini*, XII Levha Kitabevi, İstanbul, 2016
- Dannemann Gerhard, *An Introduction to German Civil and Commercial Law*, The British Institute of International and Commercial Law, London, 1993

- Dajczak Wojciech, "L'uso Della Locuzione "bona fides" nei Giuristi Romani Classici per la Valutazione del Valore Vincolante Degli Accordi Contrattuali", *Revue Internationale des Droits Antiqué*, S. 44, 1997, s. 71-84
- Del Granado Javier, "The Genius of Roman Law From a Law and Economics Perspective", *San Diego International Law Journal*, C. 13, 2011, s. 301-329
- Demircioğlu Huriye Reyhan, "Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Aşılması Ürünleri Olarak Culpa in Contrahendo ve Güven Sorumlulukları", *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Ankara, Gazi Üniversitesi, 28-29 Mayıs 2009, s. 219-229
- Deschenaux Henri, *Schweizerisches Privatrecht II*, Helbing Lichtenhahn, Basel, 1988
- Dickie Matthew, "Diké as a Moral Term in Homer and Hesiod", *Classical Philology*, C. 73, S. 2, 1978, s. 91-101
- Edis Seyfullah, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, AÜHFY, 6. Bası, Ankara, 1997
- Emiroğlu Haluk, *Ius Gentium (Kavimler Hukuku)*, Değişim Yayınevi, İstanbul, 2007
- Erdoğan Belgin ve Tahiroğlu Bülent, *Roma Usûl Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 1997
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku*, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2017
- Falcone Giuseppe, "La Formula "Ut Inter Bonos Bene Agier Oportet et Sine Fraudatione E La Nozione di 'Vir Bonus'", *Fundamina*, C. 20, S.1, 2014, s. 258-279
- Felemegas John, "Comparative Editorial Remarks on the Concept of Good Faith in the CISG and the PECL", *Pace International Law Review*, C. 13, S. 2, 2001, s. 399-406
- Ferrari Franco, "Uluslararası İctihat Hukuku Işığında CISG'da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler" (çev. Candan Yasan Tepetaş) (ed. Yeşim Atamer) *Milletlerarası Satım Hukuku*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012
- Flechtner Harry, "Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC: Appearance and Reality", *Pace International Law Review*, C. 13, S. 2, 2001, s. 296-336
- Flour Jacques, Aubert Jean-Luc ve Savaux Eric, *Les Obligations: L'acte Juridique*, Armand Colin, Paris, 2004, s. 289 vd.
- Freyburger Gérard, *Fides: Étude Sémantique et Religieuse Depuis les Origines jusqu'à l'Époque Augustéenne*, Les Belles Lettres, Collection d'Études Anciennes, Paris, 1986
- Gagarin Micheal, "Diké in the Works and Days", *Classical Philology*, C. 88, S. 2, 1973, s. 81-94
- Gallo Paolo, *Contratto E Buona Fede in Senso Oggettivo e Trasformazioni del Contratto*, Seconda Edizione, UTET Giuridica, Roma, 2014
- Gmür Rudolf, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch Verglichen mit Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bern, 1965
- Goderre Diane M., "International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention" , *University of Cincinnati Law Review*, C. 66, 1997, s. 258-281

- Güriz Adnan, "Adalet Kavramı", (ed. Adnan Güriz) Anayasa Yargısı-Anayasa mahkemesinin 28. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1994, s. 13-20
- Gürten Kadir, Roma Hukukunda Hakkaniyet (Aequitas), Adalet Yayınevi, Ankara, 2008
- Gürzumar Osman Berat, Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006
- Hamburger Max, *Morals and Law: The Growth of Aristotle's Legal Theory*, Biblio and Tannen, New York, 1965
- Hartkamp Arthur ve Hondius Ewoud (ed.), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, Boston, 2004
- Haupt Günter, "Über faktische Vertragsverhältnisse", *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für H. Siber*, Band II, Leipzig, 1943
- Hausmaninger Herbert ve Selb Walter, *Römisches Privatrecht*, Böhlau, Wien, 2001
- Hay Stephen ve Embree Ainslie T., *Sources of Indian Tradition*, Columbia University Press, Vol I, New York, 1988
- Horn Norbert, *Aequitas in den Lehren des Baldus*, Böhlau, Köln, 1968
- Hüpers Bernd, *Karl Larenz- Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart*, Berliner Wissenschafts Verlag, Band 49, Berlin, 2008
- Jhering Von Rudolph, *Culpa in Contrahendo Bei Nichtigen Oder Nicht Zur Perfection Gelangten Verträgen*, Jherings Jahrbücher, Band 4, 1861
- Johnston David, *Roman Law in Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999
- Juenger Friedrich K., "Listening To Law Professors Talk About Good Faith: Some Afterthoughts", *Tulane Law Review*, C. 69, 1995, s. 1253-1258
- Kalkan Oğuztürk Burcu, *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008
- Karadeniz Çelebican Özcan, *Roma Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015
- Kaser, Max, *Die Lex Aebutia*, Giuffrè, Milano, 1950
- Kaser Max, Knütel Rolf ve Lohsse Sebastian, *Römisches Privatrecht*, C.H. Beck, 21. Auflage, München, 2017
- Kılıçoğlu Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017
- Kırca Çiğdem, *Bilgi Vermekten Dolayı Üçüncü Kişiyi Karşı Sorumluluk*, BTHAE, Ankara, 2004
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, *Borçlar Hukuku*, Cilt I, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2014
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, "İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?" *Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, İstanbul, 2000
- Koçhisarlıoğlu Cengiz ve Söğütlü Erişgin Özlem, *Roma Özel Hukuku Uygulamaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016

- Köse Saffet, "Hukuk Mu Ahlak Mı?: İslam Noktaı Nazarından Din-Ahlak-Hukuk İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme", *İslam Araştırmaları Dergisi*, S. 17, 2011, s. 15-50
- Kremalis Dimitrios, "Good Faith in Greek Employment Law", *Comparative Labour Law and Policy Journal*, C. 32, 2010-2011, s. 630-662
- Kuçuradi İonna, İnsan ve Değerleri, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013
- Kupisch Berthold, "Exceptio Doli Generalis und Iudicium Bonae Fidei Zur Frage der Inhärenz bei Vertr ägen nach Treu und Glauben" (ed. Theodor Baums, Johannes Wertenbruch), Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006
- Lando Ole, "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", *American Journal of Comparative Law*, S. 35, 2005, s. 379-401
- Larenz Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1: Allgemeiner Teil, C.H. Beck, München, 1987
- Lenel Otto, Das Edictum Perpetuum, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Dritte verbesserte Auflage, Leipzig, 1927
- Markesinis Basil, Unberath Hannes ve Johnston Angus C., The German Law of Contract: A Comparative Treatise, Hart Publishing, Oxford, 2006
- Mattingly Harold, "The Roman 'Virtues'", *The Harvard Theological Review*, C. 30, S. 2, 1937, s. 103-117
- Medicus Dieter ve Petersen Jens, Allgemeiner Teil des BGB, C.F. Müller, 11. Auflage, Heidelberg, 2016
- Mirmina Steven, "A Comparative Survey of Culpa in Contrahendo, Focusing on its Origins in Roman, German and French Law as Well as its Application in American Law", *Connecticut Journal of International Law*, C.8, 1992, s. 77-108
- O'Connor John F., Good Faith in International Law, Dartmouth Publishing Company Limited, Brookfield, 1991
- Oğuz Arzu, "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku: Lex Mercatoria-Unidroit İlkeleri'nin Niteliği", *AÜHFD*, C. 50, S. 3, 2011, s. 11-53
- Oğuzman Kemal ve Barlas Nami, Medenî Hukuk: Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016
- Pennington Kenneth, "Baldus de Ubaldis", *Rivista Internazionale Di Dritto Comune*, C. 8, 1997, s. 35-61
- Pringsheim Fritz, "Aequitas und Bona Fides", *Conferenze per il XIV Centenario delle Pandette*, Pubblicazioni della Università Cattolica del Sacro Cuore, C. 33, S. 2, 1931, s 183-214
- Rado Türkan, Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006
- Riccobono Salvatore (Çev. Ziya Umur.) "Roma Doktrininde Hakkın Suiistimali Nazariyesi", *iÜHFM*, C. 22, S. 1-4, 1957, s. 350-397
- Rist John M., The Stoics, California University Press, California, 1978

- Romain Jean François, *La Théorie Critique du Principe Général de Bonne Foi en Droit Privé*, Bruylant, Bruxelles, 2000
- Roth Günter, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, II*, C.H. Beck, München, 2016
- Sacco Rodolfo, *Introduzione al Diritto Comparato*, Giappichelli, Torino, 1990
- Schäfer Hans Bernd ve Aksoy Hüseyin Can, "Alive and Well, The Good Faith Principle in Turkish Contract Law", *European Journal of Law and Economics*, C. 42, S. 1, 2016, s. 73-101
- Schlechtriem Peter ve Schwenzer Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the Sale of Goods(CISG)*, Oxford University Press, 4th edition, Oxford, 2016
- Schulz Fritz (Çev. Belgin Erdoğan), "Roma Hukuku'nun Prensiplerinden Sadakat", *İÜHFD*, C. 48, S. 1-4, 1995, s. 380-398
- Schwarz Andreas B., (Çev. Türkan Rado) *Roma Hukuku Dersleri*, İÜHFY, İstanbul, 1963
- Sessler Anke, *Die Lehre Von Der Leistungsstörungen: Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des Allgemeinen Schuldrechts*, Duncker & Humbold, Berlin, 1994
- Severino Emanuele, *La Buona Fede Sui Fondamenti della Morale*, Bur Saggi, Milano, 2008
- Sirmen Lâle, *Türk Özel Hukukunda Şart*, BTHAE, Ankara, 1992
- Sommerstein Alan ve Bayliss Andrew, *Oath and State in Ancient Greece*, De Gruyter, Berlin, 2012
- Söğütlü Erişgin Özlem, *Roma Hukukunda Tarihsel Gelişim İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016
- Summers Robert, "Good Faith in General Contract Law and the Sales Provision of the Uniform Commercial Code", *Virginia Law Review*, C. 54, 1968, s. 195-267
- Tahiroğlu Bülent, *Roma Borçlar Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2016
- Talamanca Mario, *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano, 2016
- Tandoğan Haluk, *Türk Mes'uliyet Hukuku: Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet*, Ankara, 1965
- Tella Maria y. J. F., (çev. Peter Muckley) *Equity and Law*, Martinus Hijhoff Publishers, Boston, 2005
- Umur Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları: Usûl Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010
- Villey Michel, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne: Cours d'Histoire et de la Philosophie du Droit*, Montchrétier, Paris, 1975
- Vogenauer Stefan, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford University Press, 2nd Edition, Oxford, 2015
- Von Tuhr Andreas, (çev. Cevat Edege) *Borçlar Hukuku*, Cilt I-II, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1952

Warren Marilyn, "Good Faith: Where Are We At?" *Melbourne University Law Review*, 2010, s. 344 -350

Watson Alan, *Legal Transplants An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Georgia, 1974

Wieacker Franz, "Zum Ursprung der Bonae Fidei Iudicia", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, C. 80, S. 1, 1963, s. 1-41

Wilson Dove J., "Baldus de Ubaldis", *The Yale Law Journal*, C. 12, 1902, s. 8-20

Zeller Ernst, *Treu und Glauben und Rechmissbrauchverbot*, Schulthess, Zurich, 1981

Zimmermann Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996

Zimmermann Reinhard ve Whittaker Simon (ed.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000

HAK TEMELLİ SOSYAL YARDIM VE KLİENTALİZM

RIGHT BASED SOCIAL RELIEF AND CLIENTELISM

Ertuğrul YUVALI*

Özet: Modern anlamda sosyal yardım; acıma, yardımseverlik veya hayırseverlik değerlerini içermez. Bunun aksine sosyal yardım, hak temelli bir düzlemde ele alınmalıdır. Nitekim kişilerin sosyal güvenliğini güvence altına almak devletin yükümlülüğü olduğuna göre; sosyal güvenliğin önemli bir unsuru olan sosyal yardımların yapılması da tam olarak devletin sorumluluğundadır. Sosyal yardımların hak temelli olarak ele alınması, toplumun adeta bir bütün şeklinde kendini koruması olarak da değerlendirilebilir. Nitekim hak temelli sosyal yardım anlayışında yoksulların ve muhtaçların, vatandaş olarak bir takım yardımlardan yararlandırılmaları bir sosyal hak olarak ele alınmaktadır.

Hak temelli sosyal yardım anlayışının yerleşmesi ve gelişmesinin önündeki en büyük engellerden biri siyasi kayırmacılığın bir türü olan “klientalizm” olarak görülmektedir. Klientalizm kavramı, siyasal otoritenin dağıtım ölçütlerine göre sunulan bir takım hizmetler ya da mallar karşılığında, siyasal destek talebinde bulunması şeklinde tanımlanabilir. Klientalizm eksenli bir sosyal yardım anlayışı; muhtaçlık, yoksulluk, sosyal dışlanma, etnik ve dini farklılıklar gibi unsurlardan beslenirken aynı zamanda bu unsurları beslemeye ve yeniden üretmeye yatkın olduğu gibi tüm toplum için gerekli olan yardım ve hizmetlerin gerçekleşmesini sağlayacak kamu kaynaklarının tüketilmesine neden olmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Güvenlik, Sosyal Yardım, Yoksulluk, Popülizm, Klientalizm

Abstract: The social relief in modern sense does not include the values of mercy, helpfulness or charity. Contrary to this, social assistance should be discussed on a right-based platform. As a matter of fact, since assuring the social security of people is an obligation of the state; social relief, which is an important element of social security, is exactly under the responsibility of the state. The discussion of social relief, on the basis of rights, can be considered as self protection of the society almost as a whole. As a matter of fact, in right-based social relief understanding, providing poor and needy persons benefit from several reliefs is discussed as a social right.

One of the biggest obstacles on the establishment and development of right-based social relief understanding is seen as “clientelism”, which is a form of political favouritism. The concept of clientelism

* Yrd. Doç. Dr., Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, eyuvali@erciyes.edu.tr

telism can be defined as to be made the demand of political support by political authority in exchange for a number of services or goods offered according to distribution criteria. An understanding of social relief, based on clientalism, not only lives through the elements such as neediness, poverty, social exclusion, ethnic and religious differences, but also consumes the public resources that will provide the necessary assistance and services for the whole society, as well as it is inclined to feed and reproduce these elements.

Keywords: Social Security, Social Relief, Poverty, Populism, Clientalism

GİRİŞ

Sosyal yardım olgusu; yakın yüzyıllara kadar aile içi, akrabalık, kabile-aşiret, komşuluk ve dini inançlar ekseninde şekillenmiş olsa da günümüzde büyük oranda muhtaç durumdaki kişilere devlet tarafından karşılıksız olarak yapılan aynı ve nakdi transferleri ifade etmektedir. Nitekim ilgililerin sosyal yardımlara doğrudan bir katkısı olmayışından dolayı sosyal yardımlar “kamu yardımları” olarak da ifade edilmektedir.

Sosyal yardımlar; toplumun en dışlanmış, muhtaç, yoksul, hasta, engelli vb. gruplarına yöneliktir ve bir sosyal devlet bu grupları mutlaka topluma kazandırmaya yönelik çalışmalar yürütmelidir. Bununla birlikte ülkemizde sosyal güvenlik denilince akla sosyal sigortalar gelmekte, sosyal yardımlar ise merhametin bir göstergesi olarak yoksul kimselere yapılan birer lütuf olarak görülmektedir. Oysa ki; sosyal bir devlette, sosyal yardım hakkı bireyler bakımından bir hak olup, devlet için ise bir yükümlülüktür.

Günümüzde sosyal güvenliği sağlamaya yarayan teknikler bakımından en yaygın ve gelişmiş olanı şüphesiz sosyal sigortalardır. “Primli rejim” olarak da ifade edilebilecek bu sistemde prim yapılması yoluyla riskin paylaştırılması ve dağıtılması suretiyle sosyal güvence sağlanması amaçlanır. Bununla birlikte modern anlamda sosyal güvenlik sistemlerinin tüm toplumu koruma altına alma amacı güttüğü düşünüldüğünde sosyal sigorta tekniği tek başına yetersiz kalabilmektedir. Bu noktada sosyal yardımlar yoluyla, sosyal güvenlik sistemindeki boşlukların doldurularak muhtaçlığın sistem içindeki diğer önlemlerle giderilemediği durumlarda, ekonomik durumu iyi olanlardan muhtaç ve yoksullara gelir transferi sağlamak yoluyla sistemdeki

açığın kapatılmasına çalışılır. Başka bir ifadeyle sosyal yardımlar sosyal güvenlik sistemlerinde adeta bir “son halka” görevini üstlenmektedir. Bu itibarla sosyal güvenlik sisteminin mütemmim cüz’ü olarak sosyal yardım sisteminin mevcudiyeti şarttır.

Pozitif statü hakları içerisinde kabul edilen sosyal güvenlik hakkının yerine getirme yükümlüsü devlettir. Dolayısıyla sosyal güvenlik hakkının muhtevası içerisinde yer alan sosyal yardım hakkı bakımından da devletin gerçekleştirme, tesis etme yükümlülüğü mevcutken muhtaç ve yoksulların ise bu hakkı talep etme hakkı vardır. Nitekim niteliği bakımından sosyal yardım hakkının; kişiler için sosyal bir hak, devlet için ise bir görev olduğu belirtilmelidir. Dolayısıyla geleneksel olarak yardımseverlik anlayışının ötesinde modern anlamda sosyal yardımın lütuftan çok haklar düzleminde hukuki bir temele dayandığını ve modern anlamda sosyal yardım programlarının gönüllü, gelip geçici, dar kapsamlı uygulamalardan ziyade kalıcı ve genel uygulamalardan oluşması gerektiğini ifade etmek gerekir.

I) SOSYAL YARDIM KAVRAMI

A) GENEL OLARAK

Sosyal yardım, farklı terimlerle ifade edilmiş olsa da tarihin ilk devirlerinden beri mevcudiyetini sürdürmekte olan bir olgudur.¹ Nitekim muhtaç ve yoksul kişilere yönelik olarak yapılan sosyal yardımlar sosyal güvenliği sağlamaya yönelik en eski ve geleneksel yöntemlerden biridir.² Bununla birlikte terim olarak “sosyal yardım” isminin kullanılması kesin olarak belirlenemese de sanayileşme döneminin ürünüdür.³ Bu bağlamda modern anlamda sosyal yardımın, sanayileşme sürecinde özellikle gelirin yeniden dağıtım sürecinde işlevsellik kazanan bir araç olarak varlığını devam ettirdiği belirtilmelidir.⁴

¹ Faruk Taşçı, “Türkiye’nin Kamusal Sosyal Yardım Anlayışı Üzerine Bir Analiz”, *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi* 2008, Sa.:55, s. 128.; Kesgin, Bedrettin; Kamu Sosyal Politikalarında Sosyal Yardım, Açılım Kitap, 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 11.

² Eyüp Zengin/Ayhan Şahin/Salih Özcan, “Türkiye’de Sosyal Yardım Uygulamaları”, *Yönetim ve Ekonomi* 2012, C.9, Sa.:2, s. 133.

³ Faruk Taşçı, *Kamusal Sosyal Yardım*, s. 128-129.

⁴ Kasım Karataş, “Sosyal Refah: Kavramsal Boyutu, Gelişimi ve Nitelikleri,” *Yaşam Boyu Sosyal Hizmet*; Prof. Dr. Sema Kut’a Armağan, Ed. Nesrin G. Koşar, Ankara, Hacettepe Üniversitesi S.H.Y.O. Yay., No: 004, 1999, s. 42.

Sosyal yardım olgusu, tarihin ilk dönemlerinde aile-içi, akrabalık, kabile-aşiret sistemi çerçevesinde ve komşuluk ekseninde şekillenmiştir. Yine ilk çağlardaki Türk, Mısır, Yunan, Roma ve diğer topluluklarda sosyal yardımın her şeyden önce dini inançlar ve kişinin iyilik yapma isteği bağlamında yapıldığı belirtilmelidir. Sosyal yardımlar bakımından İslam dininin ortaya çıkması ile birlikte, yoksullara yapılan yardımların ibadet esasları arasında yer alması da bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir.⁵ Genel olarak denebilir ki; tarihsel gelişim süreci içerisinde tüm toplumlarda gelenekler, dini ve kültürel değerler ve toplumsal koşullar çerçevesinde şekillenen ve çeşitli yönleriyle benzerlik gösteren çeşitli sosyal yardım uygulamaları söz konusu olmuştur. Bu bağlamda dini müesseseler (camiler, kiliseler, hayri vakıflar, imaretler vb.), meslek örgütleri (loncalar, ahi birlikleri, yardımlaşma sandıkları vb.) ve diğer gönüllü kuruluşlar tarafından gerçekleştirilen çeşitli sosyal yardım faaliyetleri, yoksul ve muhtaçların ihtiyaçlarının karşılanması bakımından önemli işlevler görmüştür.⁶ Bununla birlikte yoksulların ve yardıma muhtaç kişilere yönelik sosyal yardım faaliyetleri zaman içerisinde işlevini kısmen yitirmiş ve yetersiz kalmıştır. Özellikle sanayileşme döneminden sonra yaşanan gelişmeler, sonrasındaki iki büyük dünya savaşı, ekonomik bunalımlar, kentlerdeki nüfus yoğunlaşması, işsizlik, yoksulluk, hastalıklar ve benzeri sosyal olgular, geleneksel yardımlaşma ve dayanışma müesseseleri yerine sosyal yardımların bir kamu hizmeti olarak devletler tarafından üstlenilmesini gerektirmiştir.

Günümüzde sosyal yardımlar çok büyük bir çoğunlukla kamu kaynaklarıyla finanse edilmekte ve bu yöntemle toplumdaki çeşitli sosyal kesimler arasında kaynak transferi gerçekleştirilmektedir.⁷ Öyle ki; ilgililerin sosyal yardımlara doğrudan bir katkısı olmayışından dolayı sosyal yardımlar “kamu yardımları” olarak da ifade edilmektedir.⁸

⁵ Faruk Taşçı, Sosyal Politikalarda Can Simidi Sosyal Yardım, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2010, s. 65. (Sosyal Yardım).

⁶ DDK, Türkiye’de Sosyal Yardımlar ve Sosyal Hizmetler Alanındaki Yasal ve Kurumsal Yapının İncelenmesi, Aile, Çocuk, Özürlü, Yaşlı ve Diğer Kişilere Götü-rülen Sosyal Hizmetlerin ve Sosyal Yardımların Genel Olarak Değerlendirilmesi, Bu Hizmetlerin Düzenli ve Verimli Şekilde Yürütülmesinin ve Geliştirilmesinin Sağlanması Hakkında Araştırma ve İnceleme Raporu, s. 2.

⁷ Alparslan Karabulut, “Türkiye’de Sosyal Yardım Ve Sosyal Yardımların Tek Merkezden Yürütülebilirliği” Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s.11.

⁸ A. Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 18. Bası, İstanbul 2016, s. 736.

Dini müesseseler ve diğer gönüllü kuruluşlarca yapılan sosyal yardımdan farklı olarak kamusal sosyal yardımlar yardımın yapılış tarzından sosyal yardımlardan kimlerin sorumlu olduğuna, yoksullara ne kadar yardım yapılacağından hangi yardım türünün yapılacağına kadar sistemli, düzenli ve belirli kurallar çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.⁹ Bununla birlikte gönüllü kuruluşlarca yapılan sosyal yardımlar da kamusal sosyal yardımlara bir ilave olarak günümüzde de bir işleve sahiptir. Bu bağlamda doktrinde gönüllü sosyal yardımlar “ek sosyal yardımlar” olarak da ifade edilmiştir.¹⁰ Ancak belirtelim ki; sosyal yardım kavramı esas itibarıyla kamu tarafından yapılan sosyal yardım uygulamalarını ifade eder.¹¹

Belirtelim ki; sosyal yardım ve hizmetlerde, primli sistemde olduğu üzere kişilerin katkısının alınması söz konusu olmayıp doğrudan vergi gelirlerinden yararlanılmakta ve yardım edilenlerden herhangi bir katkı veya prim beklenmemektedir. Bu özelliklerinden dolayı “primsiz ödemeler” şeklinde de ifade edilen sosyal yardım ve hizmetler, “sosyal koruma” kavramı ile ilişkili bir biçimde kavramsallaştırılabilmektedir. Böylece, sosyal yardım, sosyal hizmetlerle birlikte, sosyal korumanın içini doldurmaktadır.¹² Sosyal yardımla ilişkili bir diğer kavram ise “sosyal dışlanma” kavramıdır. Zira sosyal yardımlar “sosyal dışlanmanın” önlenmesinde önemli yöntemlerden biri olarak ön plana çıkmaktadır. Nitekim primli sistemin dışında kalan ve yeterli derecede sosyal yardımlardan mahrum olan bireylerin toplumsal yaşamın dışına düşme ihtimalinin arttığı ifade edilmektedir.¹³

Sosyal yardım kavramının; gelir desteği, nakit desteği, sosyal koruma gibi sosyal yardım ile benzeri anlamlar taşıyan kavramlarla da ifade edildiği görülmektedir. Bununla birlikte sosyal yardım kavramının (social assistance) bir çerçeve kavram olarak akademik ve kurumsal düzeyde en çok kullanılan kavram olduğu belirtilmelidir.¹⁴

⁹ İrfan Türkoğlu, “Sosyal Devlet Bağlamında Türkiye’de Sosyal Yardım ve Sosyal Güvenlik”, *Akademik İncelemeler Dergisi* 2013, C. 8, Sayı: 3, s. 281.

¹⁰ Sait Dilik, “Sosyal Yardımlar- İki Anlamlı Bir Terim-”, *AÜSBFD*, Ocak- Aralık 1980, C.XXXV, s. 56.

¹¹ Kadir Arıcı, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara 2015, s. 503.

¹² Faruk Taşçı, “1980 Sonrası Türkiye’de Sosyal Yardımların Analizi”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s. 58.

¹³ Betül Altuntaş, “Sosyal Haklar ve Sosyal Adalet Bağlamında Türkiye’de Kurumsal Sosyal Hizmetler Ve Yardımların Değerlendirilmesi”, s. 170.

¹⁴ Yaşar Aksanyar, *Sosyal Yardımda Yeni Bir Yaklaşım Olarak Şartlı Sosyal Yardım*:

Sosyal yardım kavramı genel olarak ihtiyaç halindeki insanlara yapılan aynı veya nakdi yardımları ifade etse de dünyanın muhtelif bölgelerinde ve ülkelerinde bu kavramın içeriğinin doldurulması bir takım farklılıklar göstermektedir. Dolayısıyla sosyal yardım kavramının evrensel, sabit bir anlamı olmadığı söylenebilir.¹⁵

Yardım kelimesi; “kendi gücünü ve imkânlarını, başka birinin iyiliği için kullanma, bir ülkeye bağış veya ödünç olarak verilen para ve ihtiyaç maddeleri, etki, bağış, işlerin daha etkin ve verimli olabilmesi için sağlanan katkı, destek”¹⁶ olarak tanımlanmıştır. Sosyal yardım ise Türk Dil Kurumunun Güncel Türkçe Sözlüğünde “Yoksul kimselere yiyecek, giyecek, yakacak, tedavi ve ilaç sağlanarak yapılan parasız yardım” biçiminde tanımlanmıştır.¹⁷ Başka bir tanıma göre sosyal yardım, “fakir olarak dünyaya gelen ya da çeşitli sebeplerle sonradan fakirleşen ve bu sebeple gerçek anlamda yardıma muhtaç olan ile asgari geçim gelinine sahip olmadıkları için ailesini ya da kendisini kısmen geçindiremeyen bireylere, devlet tarafından karşılıksız olarak sağlanan maddi yardımlardır”.¹⁸

Uluslararası Çalışma Örgütü, sosyal yardımı, sosyal güvenliğin kendine özgü bir yöntemi olarak görürken, “ihtiyaç sınırındaki insanlara bir hak olarak en düşük ihtiyaç sınırını etkili şekilde karşılamak üzere vergilerden karşılanarak sağlanan faydalar” şeklinde tanımlamaktadır.¹⁹ Sosyal yardım Dünya Bankası’nca ise “yoksul hane halklarına yönelik hedefle ve gelir testi yöntemiyle yapılan nakdi fayda” olarak ifade edilmiştir.²⁰ Bir başka tanıma göre ise, sosyal yardımlar

Sosyal Yardım-İstihdam Bağlantısının Etkinleştirilmesi Programı 2014 Yılı Türkiye Uygulaması Üzerine Bir Araştırma, Doktora Tezi, Kütahya 2015, s. 53-54.

¹⁵ Ian Gough, “Güney Avrupa’da Sosyal Yardım”, Sosyal Politika Yazıları, Der.: Ayşe Buğra Çağlar Keyder, Çev.: Burcu Çakar, Utku Balaban, İstanbul, İletişim Yayıncılık, 2006, s. 232.

¹⁶ Bkz.: (<http://tdk.gov.tr>).

¹⁷ Bkz.: (<http://tdk.gov.tr>).

¹⁸ (Aynen: Ali Seyyar, Sosyal Siyaset Terimleri- Ansiklopedik Sözlük, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s. 298).

¹⁹ Yaşar Aksanyar, Sosyal Yardımda Yeni Bir Yaklaşım Olarak Şartlı Sosyal Yardım: Sosyal Yardım-İstihdam Bağlantısının Etkinleştirilmesi Programı 2014 Yılı Türkiye Uygulaması Üzerine Bir Araştırma, Doktora Tezi, Kütahya 2015, s. 56.

²⁰ Dena Ringold/Leszek Kasek, “Social Assistance In The New Eu Member States, Strengthening Performance And Labor Market Incentives”, *World Bank Working Paper* 2007, Number:117, s. 4.

muhtaç durumda olan ve geçimini ancak bu yolla sürdürebilecek vatandaşlar için tasarlanmış koruma amaçlı gelirlerdir.²¹

Türkiye’de sosyal yardım kavramını ilgilendiren eserlere bakıldığında ise sosyal yardım kavramının çeşitli biçimlerde tanımlandığı görülmektedir. Örneğin *Ekmekçi/Tuncay* sosyal yardımı, “toplumun kendi ellerinde olmayan nedenlerle yoksul ve muhtaç düşen bireylere ve dar gelirli bireylere insanlık onuruna yaraşır bir hayat düzeyi sağlama amacıyla devlet bütçesinden yapılan parasal yardımlar”²² olarak tanımlamıştır. Başka bir tanıma göre sosyal yardım kavramı muhtaç durumda olan kişilere yönelik olarak yapılan ayni ve nakdi yardımlara verilen genel bir isimdir.^{23,24} Benzeri bir biçimde; sosyal yardım, kendi ellerinde olmayan nedenlerle asgari seviyede dahi geçinme imkânı bulamayan insanları, muhtaçlık araştırmalarına dayalı olarak en kısa sürede kendi kendilerine yeterli hale getirme amacını taşıyan karşılıksız parasal ve sosyal destek sağlamak için yapılan kamusal faaliyetler bütünü şeklinde de tanımlanmıştır.²⁵ Daha ayrıntılı bir tanıma göre sosyal yardım; “yerel ölçüler içinde asgari seviyede dahi kendisini ve bakmakla yükümlü olduğu kişileri geçindirme olanağından kendi ellerinde olmayan nedenlerden dolayı yoksun kalmış kişilere resmi kuruluşlar veya kanunların verdiği yetkiye dayanarak yarı resmi veya gönüllü kuruluşlarca muhtaçlık tespitine ve kontrolüne dayalı olarak yapılan, kişileri en kısa sürede kendi kendilerine yeterli hale getirmek amacını taşıyan parasal ve nesnel sosyal gelirden oluşan bir sosyal güvenlik yöntemi ve bir sosyal hizmet alanıdır”.²⁶

²¹ Davidson Jacqueline, According To Need? The Implementation Of Discretionary Payments Within Social Assistance Schemes In Britain And The Netherlands, Doktora Tezi, University Of Stirling 2004, s. 26.

²² (Aynen: A. Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, s. 736).

²³ Faruk Taşçı, “Sosyal Yardım Yapma(Ma) Gereçekleri Üzerine Yaklaşımlar”, Kamu-İş 2008, C. 9, Sayı:4, s. 1.

²⁴ Başka bir tanıma göre; “Sosyal yardım kavramı, sosyal güvenlik sisteminin içerisinde yer alan ve primli sistem dışında kalan muhtaç ve yoksul bireylere veya ailelere yardım yapılmasını ve bu bireylerin veya ailelerin sosyal güvenliğini sağlayan bir kavramdır” (Çetinkaya, Şahin Türkiye’de Sosyal Yardımlaşma Müessesesi: Durum Analizi, Sorunlar Ve Çözüm Önerileri, Doktora Tezi, Kütahya 2012, s. 5).

²⁵ Ethem Çengelci, Cumhuriyet Türkiye’inde Sosyal Hizmetlerin Örgütlenmesi, Şafak Matbaacılık, 1. Bası, Ankara, 1996, s. 15

²⁶ DPT, Sosyal Hizmetler Yardımlar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, 8. Beş Yıllık Kalkınma Planı, Ankara 2001, s. 51.

Sosyal yardımlar, sosyal hizmetlerle birlikte yoksullukla mücadele için en önemli araçlarındandır.²⁷ Esasen sosyal yardımların temel amacı yoksullukla mücadele etmektir.²⁸ Dolayısıyla ilerleyen paragraflarda sosyal yardım kavramının yoksulluk kavramı ile olan ilişkisi üzerinde de durulacaktır.

Son olarak belirtelim ki; sosyal yardım ve hizmet kavramları bazen birbirleriyle ilişkili bazen de birbirilerini tamamlayan kavramlardır.²⁹ Hatta bir görüşe göre sosyal yardım, sosyal hizmetin kapsamı altındaki uygulama alanlarından sadece biridir.³⁰ Ayrıca bazen karıştırıldığı için bu iki kavramın birbirinin yerine de kullanıldığı görülmektedir.³¹ Ancak sosyal yardım ve sosyal hizmet kavramları birbirleriyle çok yakın olarak ilişkili kavramlar olsalar da birbirlerinin yerine kullanılamazlar. Nitekim makro açıdan birbirine benzeyen bu kavramlar daha etraflıca incelendiğinde, birbirlerinden bazı yönlerden ayrıldıkları görülmektedir.³² Sosyal yardımlarda muhtaç ve yoksullar, yardımın merkezine konulurken sosyal hizmet uygulamalarının hedef kitlesinin sosyal yardım uygulamalarının hedef kitlesinden çok daha kapsayıcı olduğu ve neredeyse toplumun bütününe değişen sosyal amaçlar doğrultusunda sosyal hizmet uygulamalarının hedefi haline geldiği belirtilmelidir.³³ Dolayısıyla sosyal yardıma ihtiyaç duyan kesimlerin tamamı sosyal hizmete de ihtiyaç duyarken, sosyal hizmete ihtiyaç duyan herkesin sosyal yardıma da ihtiyaç duyduğu söylenebilir.³⁴ Sosyal hizmetlerin sosyal yardımlara göre önleyici, koruyucu ve engelleyici boyutu çok daha fazla ön plana çıkmaktadır. Zira sosyal hizmetlerde sosyal sorunlar henüz ortaya çıkmadan önleyebilme ve müdahale boyutu da söz konusuken sosyal yardımlar sorun ortaya

²⁷ Ali Güze / Ali Rıza Okur/Nurşen, Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s. 810-811.

²⁸ Hande Hacımahmutuoğlu, Türkiye'deki Sosyal Yardım Sisteminin Değerlendirilmesi, DPT Uzmanlık Tezi, Ankara 2009 s. 12.

²⁹ Bedrettin Kesgin, s. 38.

³⁰ Nesrin G. Koşar, Sosyal Hizmetlerde Sosyal Yardım Alanı, Şafak Matbaası, Ankara 2000, s. 5.

³¹ Hande Hacımahmutuoğlu, s. 20.

³² Hasan Şenocak, Sosyal Güvenlik Sistemlerini Oluşturan Bileşenlerin Tarihi Sürecinde Değerlendirilmesi", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi* 2009, Sayı: 56 s. 459.

³³ Yaşar Aksanyar, s. 63.;

³⁴ Alpaslan Karabulut, Türkiye'de Sosyal Yardım ve Sosyal Yardımların Tek Merkezden Yürütülebilirliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 30.

çıktıktan sonra çözüm yolları üretmektedir.³⁵ Nitekim bireylerin öncelikle sosyal yardımlar dışındaki sosyal koruma programlarından yararlandırılmaları gerekir. Söz konusu programlardan yararlanamayan veya yararlandığı halde hala yardıma ihtiyaç duyan kişiler bakımından sosyal yardımlar devreye girmelidir.³⁶ Dolayısıyla sosyal güvenlik politikaları bakımından sosyal hizmetlerin önleyici ve koruyucu işlevi ön plana çıkarken, sosyal yardımların ise belki de bir son halka olarak kapatıcı ve tamamlayıcı işlevi ön plana çıkmaktadır.

B) SOSYAL YARDIMIN ÖNEMİ

Bir ülkenin milli geliri ne kadar yüksek ise o ülke o derece zengin ve müreffeh sayılır.³⁷Bununla birlikte en zengin diye ifade edilen ülkelerde dahi muhtaç ve yoksul insanlara rastlanmaktadır. Nitekim elde edilen milli gelirden toplumun tüm üyeleri layıkıyla pay alamamaktadır³⁸. İşte sosyal yardımlar ile söz konusu gelir dağılımına müdahale edilmekte ve gelir dağılımı muhtaç ve yoksullar bakımından lehe olarak az da olsa yeniden düzenlenmiş olmaktadır³⁹. Bu türden müdahaleler toplumsal ilişkilerin “metalaşmasının”,⁴⁰ bir başka deyişle toplumsal ilişkilerde piyasa, para ilişkilerinin merkeze oturmasının önlenmesi bakımından önem arz etmektedir.

Sosyal yardımlar, sosyal devletin muhtaç ve yoksul durumda olan bireyleri koruyucu yöndeki sosyal sorumluluğunun bir gereği olarak mevcudiyetini devam ettiren ve bu bağlamda yoksullukla mücadele eden uygulamalardır.⁴¹Elbette yoksullukla tek mücadele yöntemi sosyal yardımlar değildir, zira yoksullukla mücadele ancak etkili ve çok yönlü sosyal politikaların hayat geçirilmesiyle birlikte ilerleme elde edilebilecek kadar önemli bir husustur. Daimi olarak gelişen ve de-

³⁵ Bedrettin Kesgin, s. 38.

³⁶ Hande Hacımahmutoğlu, s. 24-25.

³⁷ Vedat Dicleli, “Yoksulluk ve Sosyal Yardım Şekilleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1946, Cilt: 3, Sayı: 1, s. 108.

³⁸ Vedat Dicleli, s. 108.

³⁹ Bedrettin Kesgin, s. 38.

⁴⁰ Metalaşma ve metalaşmanın sınırlanması ile ilgili olarak bkz.: Gosta Esping Andersen, “Altın Çağ Sonrası? Küresel Bir Ekonomide Refah Devleti İkiçilemleri”, *Sosyal Politika Yazıları*, Der. Ayşe Buğra/Çağlar Keyder, Çev. Burcu Çakar,/Utku Balaban, İstanbul, İletişim Yayıncılık, 2006, s. 49 vd.

⁴¹ Davut Öksüz, *Sosyal Yardımların Koordinasyonu Sorunu*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010 s. 31.

ğışen dünya ile birlikte ülkemizde de son yıllarda artan göç, yoğun kentleşme, gelir dağılımındaki bozukluk, yüksek enflasyon, yoksulluk ve aile yapısındaki değişimler gibi nedenler, toplumun yoksul kesimlerindeki sosyal yardımlara olan ihtiyacı arttırmıştır.

Sosyal yardımlar bakımından öncelikli amaç muhtaç ve yoksul bireylere aynı ve nakdi yardımlarla asgari bir sosyal güvence sağlamak iken, ikinci bir amaç olarak da sosyal yardım alan bireylerin mümkün olan en kısa zamanda tekrar çalışarak gelir elde edebilme ve kendi ihtiyaçlarını karşılayabilme imkânını elde edebilmesidir. Zira sosyal yardımların hedeflerinden biri de yardım alan kişilerin muhtaç olma durumundan en kısa sürede ve en etkin biçimde kurtulmasını sağlamak olmalıdır.⁴² Aksi takdirde insanların hazırcılığa, tembelliğe savrulması ihtimali de söz konusu olabilir. Nitekim sosyal hizmetlerden farklı olarak sosyal yardımlara kimi zaman olumsuz anlamlar yüklediği de görülmektedir. Bu olumsuz görüşler temel olarak sosyal yardımların hazırcılığa alıştırarak insanları tembelliğe yöneltmesi ve istismara açık olması hususunda yoğunlaşmaktadır.⁴³ Bunun yanında sosyal yardım alan bireylerde oluşabilecek “damgalanma”⁴⁴ gibi psiko-sosyal sonuçların da olabileceği ifade edilmiştir. Belirtelim ki; bu görüşlerin kısmen doğru olduğu kabul edilse bile sosyal yardımların; sosyal güvenlik sistemindeki son halka olarak boşlukları tamamlayıcı ve kapatıcı işlevi, kaynakların kullanımında tasarruf sağlamaya imkân vermesi ve bireylerin psiko-sosyal sağlığı üzerinde olumlu etkileri göz ardı edilemez.

⁴² T. C. Başbakanlık, Sosyal Güvenlik Reformu: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Kamuda Yeniden Yapılanma: 9, Ankara 2005, s. 76.

⁴³ Faruk Taşçı, “Sosyal Yardım Yapma(Ma) Gerekçeleri Üzerine Yaklaşımlar”, Kamu İş 2008, C.9, Sayı:4, s. 3

⁴⁴ “Sosyal bilimlerin değişik disiplinlerine ait alt dallarda kişisel, durumsal, kültürel ve tarihsel öncülleri ve sonuçlarıyla araştırma konusu olan damgalama tanımlanması güç, birden fazla disiplinin konusu olması dolayısıyla anlam içeriği zengin bir kavramdır. En basit anlamıyla eski zamanlarda bir kişinin köle, suçlu ya da vatan haini olduğu anlamına gelen, kesik ya da yanık gibi, vücut işaretlerini ifade eden damgalama; sosyal anlamıyla, kişinin, bir aşağılama aracı olarak kullanılması durumunda, bireyler ya da gruplar tarafından marjinalize edilmesine neden olan ya da marjinalizasyonun sonucu olan ayırt edici özellikleri olarak tanımlanabilir” (Aynen: Mihrican Zorlu/Selda İldan Çalın, “İşyerinde Damgalama ve Ayrımcılık Faktörü Olarak HIV/AIDS”, *Çalışma ve Toplum*, 2012/4, s.169.

C) SOSYAL YARDIMIN YOKSULLUK KAVRAMIYLA İLİŞKİSİ

Sosyal yardım kavramı ile birlikte akla gelen belki de ilk husus, yoksulluk kavramıdır. Gerçekten de sosyal yardım kavramı, çok büyük oranda, yoksul kişilere aynı veya nakdi yardım yapılmasını ifade ettiğinden, yoksulluğu ve yoksul kişileri çağrıştırmaktadır.⁴⁵ Başka bir biçimde ifade edilirse, sosyal yardımlara ihtiyaç duymanın ana belirleyicisi, yoksul olma durumudur.⁴⁶

Yoksulluk kavramı, farklı biçimlerde tanımlanabilmektedir. En basit tanımıyla yoksulluk, bireylerin temel ihtiyaçlarını karşılayamama durumu olarak ifade edilebilir.⁴⁷ Bir başka tanıma göre ise yoksulluk, muhtaçlığın süreklilik kazanmış halini ifade eder.⁴⁸ Ancak doğaldır ki; temel ihtiyaçların neler olduğu hususu toplumdan topluma gerek coğrafi gerek zaman olarak değişkenlik göstermektedir. Nitekim az gelişmiş ülkelerde temel ihtiyaçlardan kasıt insanın yaşamını sürdürebilmesi bakımından elzem olan gıda, barınma, giysi vb. temel ihtiyaçlarırken refah seviyesi yüksek ülkelerde bireylerin sosyal faaliyetlere katılma imkânının olup olmaması da temel ihtiyaçlar arasında sayılmakta ve bu durum bireyin yoksul sayılıp sayılmamasını etkilemektedir.

Günümüzde yoksulluk gelir yetersizliğiyle izah edilebilecek bir sosyal mesele olarak görülmemelidir.⁴⁹ Nitekim Birleşmiş Milletler Kalkınma Programınca yapılan bir tanım itibariyle yoksulluk, çok boyutlu bir durum olup; sadece gelir eksikliği içinde bulunmayı değil, sağlıklı olmama, okuma-yazma bilmeme, temel sosyal hizmetlere ulaşamama ve insanların hayatlarını etkileyen süreçlere katılma ko-

⁴⁵ Faruk Taşçı, 1980 Sonrası Türkiye’de Sosyal Yardımların Analizi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007. s. 54.

⁴⁶ Tuna Atalay, “Belediye Yasaları Çerçevesinde Belediyelerin Sosyal Hizmet ve Yardım Görevlerine İlişkin Bir Değerlendirme,” *Sosyal Hizmetler Dergisi*, C. I, Sayı: 12, s. 1.

⁴⁷ Hande Hacımahmutoğlu, s. 12.

⁴⁸ Kadir Arıcı, “Yoksullukla Mücadele Aracı Olarak Sosyal Güvenlik: Türkiye’nin Öncelikli Sorunu Sosyal Yardım Ve Sosyal Hizmetler Olmalıdır”, IV. Aile Şurası, Aile Ve Yoksulluk Bildirileri, Ankara 2004, s. 257.

⁴⁹ Betül Altuntaş, “Sosyal Haklar ve Sosyal Adalet Bağlamında Türkiye’de Kurumsal Sosyal Hizmetler Ve Yardımların Değerlendirilmesi”, s. 170(<http://www.sosyal-haklar.net/2009/bildiri/altuntas.pdf>).

nusunda çok az fırsata sahip olma durumlarını da kapsamaktadır.⁵⁰ Dolayısıyla yoksulluk sadece bir gelir yetersizliği olarak görülmemeli, bir hak yetersizliği ve fırsatlardan yararlanma yetersizliği olarak da ele alınmalıdır.⁵¹ Bu bağlamda yoksulluk, kişilerin sadece temel mallara ulaşamaması değil, aynı zamanda ekonomik, sosyal ve kültürel kaynaklara ulaşamamasını da içermektedir. Yoksulluğun geçici bir hal olmaktan çıkıp bir anlamda kalıcılığı çok boyutlu bir sosyal dışlanma⁵² sürecinin de söz konusu olması durumunu ortaya çıkartabilmektedir.⁵³ Bu noktada özellikle sağlık, eğitim gibi toplumsal hizmetlere ulaşmakta güçlük çeken çocukların ileriki senelerde toplum ile kurdukları ilişkide sıkıntılar olabilmektedir.⁵⁴

Sosyal güvenlik sistemi içinde primli rejim kapsamına alınamamış ve muhtaç durumda olan kişileri sosyal koruma altına almayı amaçlayan primsiz rejimde en çok kullanılan yöntemler, sosyal yardımlar ve sosyal hizmetlerdir. Sosyal politikanın ve sosyal güvenliğin önemli araçlarından olan sosyal yardım ve sosyal hizmetlerin yoksullukla mücadelede ve dolayısıyla ihtiyaç sahibi bireylerin toplumun bir üyesi olarak sosyal yaşama katılma yönünde önemli yükümlülükleri bulunmaktadır. Zira sosyal yardım ve hizmet sistemlerinin ortaya çıkış nedeni muhtaçlığın ve bunun sürekli hale gelmesiyle oluşan yoksulluğun giderilmesidir.⁵⁵

Bu noktada belirtelim ki, primli sistem içerisinde yer alsa da, bu sistemden yeterli sosyal güvenlik yardımı alamayanlar, ihtiyaçlarını tam olarak karşılayamayanlar bakımından da sosyal yardım ve sosyal hizmetler tamamlayıcı bir sosyal güvenlik yöntemleri olarak önemli bir görev üstlenmektedir. Netice itibariyle sosyal yardım ve hizmetler muhtaçlık ve yoksulluk hali bakımından asgari seviyede sosyal güvenlik sağlayan en geçerli ve en modern sosyal güvenlik teknikleridir.⁵⁶

⁵⁰ Hande Hacımahmutoğlu, s. 12.

⁵¹ Amartya Sen, Özgürlükle Kalkınma, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999, s. 120 (Çev: Yavuz Alagon).

⁵² Sosyal dışlanma kavramı, bireyin toplumla bütünleşmesini sağlayan sivil, politik, ekonomik ve sosyal haklara bazı kişi ve gruplar tarafından ulaşamamasını ifade etmektedir. Konuyla ilgili bilgi için bkz.: Çetinkaya, Şahin; s. 19 vd.

⁵³ Enzo Mingione, "Güney Avrupa Refah Modeli Ve Yoksulluk Ve Sosyal Dışlanmaya Karşı Mücadele", Sosyal Politika Yazıları, Der.: Ayşe Buğra Çağlar Keyder, Çev.: Burcu Yakut Çakar, Utku Balaban, İstanbul, İletişim Yayıncılık, 2006, s. 261.

⁵⁴ Betül Altuntaş, s. 170.

⁵⁵ Kadir Arıcı, Yoksullukla Mücadele, s. 260.

⁵⁶ Kadir Arıcı, Yoksullukla Mücadele, s. 261.

II) HAK TEMELLİ SOSYAL YARDIM ANLAYIŞI

Önemle ifade edelim ki; modern anlamda sosyal yardım, acıma, yardımseverlik veya hayırseverlik değerlerini içermez.⁵⁷ Bunun aksine sosyal yardım hak temelli bir düzlemde ele alınmalıdır. Kişilerin sosyal güvenliğini güvence altına almak devletin yükümlülüğü olduğuna göre sosyal güvenliğin önemli bir unsuru olan sosyal yardımların yapılması da tam olarak devletin sorumluluğundadır.

T. H. Marshall sosyal politikayı devletlerin vatandaşlarının refahlarını yükseltmek amacıyla yapmış oldukları yardımlar ve hizmetler biçiminde ifade etmiştir.⁵⁸ Bu noktada geleneksel olarak yardımseverlik anlayışının da ötesinde modern anlamda sosyal yardımın lütuftan çok hak temeline dayandığını ve modern anlamda sosyal yardım programlarının gönüllü, gelip geçici, dar kapsamlı uygulamalardan ziyade kalıcı ve yaygın uygulamalardan oluşması gerektiğini belirtmek gerekir. Sosyal yardımların haklar düzleminde hukuki bir temele oturtulması, sosyal güvenliğin sağlanmasının önemli araçlarından biri olan sosyal yardımların geniş anlamda sosyal eşitlik ve sosyal adalet sağlayıcı bir işlev ve nitelik kazanması sonucunu doğuracaktır.⁵⁹ Bu bakış açısı sosyal yardımların uygulanışında ve yaygınlaşmasında toplumun tüm fertlerine ulaşabilme kaygısının temel alınması gerekliliğini vurgular. Bu bağlamda toplumun her kesiminde sosyal risklerin ve güvensizliklerin hafifletilmesi, eşitsizliklerin azaltılması sağlanabilecektir.⁶⁰

Sosyal yardımların hak temelli olarak ele alınması toplumun adeta bir bütün şeklinde kendini koruması olarak da değerlendirilebilir. Nitekim hak temelli sosyal yardım anlayışında yoksulların ve muhtaçların, vatandaş olarak bir takım yardımlardan yararlandırılmaları bir sosyal hak olarak ele alınmaktadır.

Sosyal güvenlik hakkı başlığı altında daha önce de belirttiğimiz üzere Anayasamızın 12. maddesindeki “herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir”

⁵⁷ Şahin Çetinkaya, Türkiye’de Sosyal Yardımlaşma Müessesesi: Durum Analizi, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Doktora Tezi, Kütahya 2012. s 19.

⁵⁸ Richard M. Tittmuss, Social Policy, Edited by Brian Abel-Smith and Kay Tittmuss, Open University Set Book 1990, s. 23.

⁵⁹ Onur Metin, Sosyal Politika Açısından AKP Dönemi: Sosyal Yardım Alanında Yaşayanlar, Çalışma ve Toplum 2011/1, s. 181.

⁶⁰ Onur Metin, s. 181.

ifadesiyle, 60. maddesindeki “herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir” ifadeleri arasında bir bağlantı kurulduğunda herkesin kişiliğine bağlı, vazgeçilemez ve devredilemez nitelikte sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu neticesi ortaya çıkar. Bu bağlamda sosyal yardım hakkı da sosyal güvenlik hakkının muhtevası içinde yer almaktadır.⁶¹

Sosyal güvenliğin hukuk düzeni tarafından korunan ve hak sahibine bu korumadan yararlanma yetkisi verilen menfaat olma özelliği, hukuk düzeninin sağladığı korumadan faydalanan bir hak sahibi ile koruma ile sağlanan güvenliğe, hakka riayet edecek bir hak yükümlüsü olması gereğini de beraberinde getirmektedir.⁶² Bu bağlamda pozitif statü hakları içerisinde kabul edilen sosyal güvenlik hakkının yerine getirme yükümlüsü devlettir.⁶³ Dolayısıyla sosyal güvenlik hakkının muhtevası içerisinde yer alan sosyal yardım hakkı bakımından da devletin gerçekleştirme, tesis etme yükümlülüğü mevcutken muhtaç ve yoksulların ise bu hakkı talep etme hakkı vardır.⁶⁴ Nitekim niteliği bakımından sosyal yardım hakkının; kişiler için sosyal bir hak, devlet için ise bir görev olduğu belirtilmelidir.⁶⁵

III) SİYASİ POPÜLİZM VE KLİENTALİZM

“Popülizm” veya “popülist politika” terimleri sıklıkla kullanılan ancak genel geçer olarak tanımlamanın çok güç olduğu kavramlardır. Bunun temel nedeni; söz konusu kavramın farklı dönem ve topluluklarda farklı düşünce, grup ve siyasi akımlar için kullanılmış olmasıdır. Öyle ki; söz konusu kavram liberalizmle eklemlenebildiği gibi faşist ideolojiler bakımından da kullanılmıştır. Sosyalist akımlara karışabil-

⁶¹ Kadir Arıcı, Türk Sosyal Güvenlik, s. 507.

⁶² Münevver Kübra Bakırcı, Küreselleşme Sürecinde Sosyal Güvenlik Hakkı ve Engelliler, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, s. 46.

⁶³ “Sosyal hukuk devletin somut göstergelerinden biri olan sosyal güvenlik hakkının yer aldığı Anayasa’nın 60. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir.” denilmektedir. Bu hüküm bireylere yaşlılık, hastalık, kaza, ölüm ve malullük gibi sosyal riskler karşısında asgari Ölçüde bir yaşam düzeyi sağlamayı amaçlamaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar denilerek bu görevin, Devlet tarafından oluşturulacak kuruluşlar yoluyla yerine getirilmesi öngörülmektedir.” A.Y.M; Karar Tarihi: 10.02.2016, Esas Numarası: 2015/97 Karar Numarası: 2016/10. (www.sinerji.com).

⁶⁴ Kadir Arıcı, Türk Sosyal Güvenlik, s. 507.

⁶⁵ Kadir Arıcı, Türk Sosyal Güvenlik, s. 507.

diği gibi milliyetçi ve dinci görüşlerle de yakınlık kurulabilmektedir.⁶⁶ Esasen Türkçeye “halkçılık” olarak çevrilebilecek olan bu kavram zamanla anlam kaymasına uğramıştır. Zira popülizm günümüzde temel olarak halkı kişisel veya siyasal çıkarlar uğruna manipüle etmek anlamında kullanılmaktadır. Popülizm daha ayrıntılı bir tanımla “oportünizmce belirlenen, halka yakın, politik durumu dramatize ederek kitlelerin lütfunu (seçimlerle bağlantılı olarak) kazanmayı hedefleyen genellikle demagojik politika”⁶⁷ olarak ifade edilebilir.

Siyasi popülizm neticesinde siyasiler ve yöneticilerin; halka şirin gözükme, halkın dertlerini çözmek, siyasi ikbal ve itibar görmek bağlamında halkın taleplerine olabildiğince olumlu cevap vermesi söz konudur.⁶⁸Söz konusu taleplerin karşılanması ve halkta olumlu bir imaj bırakmanın sağlanması bağlamında sosyal yardım sisteminin geleceği, etkinliği, verimliliği vb. düşünülmeden sosyal güvenliğin esas ve ilkelerine uygun olmaksızın yardımlar yapılabilmektedir. Özellikle yerleşmiş bir demokrasi ve vatandaşlık bilincinin gelişmediği toplumlarda siyasilerin sosyal yardımı bir hak olarak değil de lütuf olarak görmeleri neticesinde siyasi popülizmin çok daha yaygınlaştığını söylemek mümkündür. Oysa ki; sosyal yardımların amacı ekonomik ve sosyal adaleti sağlamak olması gerekmele birlikte siyasi popülizm amacıyla yapılması halinde çarpık sonuçlar meydana gelebilmektedir.

Muhtaçlık tespiti nesnel bir biçimde tanımlanmadığı zaman sosyal yardımlarda siyasal bakışın etkisi de görülmektedir. Nitekim muhtaçlık tespiti nesnel bir biçimde yapılmadığı zaman yardımları gerçekleştiren kurum ve kuruluşlardaki siyasiler ve bürokratlar; kimlere yardım edileceği, yardımın biçimi, yardım sürecinde hangi kriterlerin yer alacağı gibi birçok konuda etkili olmaktadır.⁶⁹ Merkezi sosyal yardımlar bağlamında nesnel muhtaçlık ölçütlerine sahip olan sosyal yardım programları şüphesiz mevcuttur. 2022 sayılı “65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık

⁶⁶ Sunar İlkay, “Demokrat Parti ve Popülizm”, Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi 1985, Sayı:8, 2083.

⁶⁷ Aynen: “Murat Çakır, “Bir Fenomen Olarak Popülizm”, Neoliberalizmin Egemenlik Aracı Sağ Popülizm: Avrupa’daki Sağ Popülist Parti ve Hareketler”, s. 13 (Kaynak: <http://www.kozmopolit.com>).

⁶⁸ Kadir Arıcı, Türk Sosyal Güvenlik, s. 55.

⁶⁹ Alparslan Karabulut, s. 186.

Bağlanması Hakkında Kanun” kapsamında verilen aylıklar, Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün muhtaç aylığı ve imaret hizmetleri ile milli Eğitim Bakanlığı tarafından verilen burslar bu duruma örnek olarak gösterilebilir.⁷⁰ Bununla birlikte sosyal yardım sistemimiz bakımından bu konuda aksaklık olmadığını söylemek mümkün olmadığı gibi yerel yönetimlerce yapılan sosyal yardımlar söz konusu olduğunda yerel kuralların, politik ilişki ve değerlendirmelerin etkisinin çok daha arttığını söylemek mümkündür.

Hak temelli sosyal yardım anlayışını, bir ülkedeki siyasi otoritenin destek toplama amacıyla toplumun bazı kesimlerine kamu kaynaklarını kullanarak bir takım yardımlar vermesi anlamında kullanılan “klientalizm”⁷¹ kavramıyla karıştırmamak gerekir. sosyologların *kırsal kesimdeki sosyal ilişkilerin hiyerarşisi için kullandıkları bir terim olarak klientalizm*, 1970’li senelerden itibaren siyaset bilimindeki patron-müşteri modeli olarak politik sistemler içinde de yer almıştır⁷² Hak temelli sosyal yardım anlayışının yerleşmesi ve gelişmesinin önündeki en büyük engellerden biri siyasi kayırmacılığın⁷³ bir türü olan “klientalizm” olarak gösterilebilir. Literatürde de belirtildiği üzere siyasi kayırmacılık patronaj, klientalizm ve hizmet kayırmacılığı olarak üç alt grupta incelenebilir. Bunlardan patronaj; Siyasi hayat içinde siyasi partilerin iktidara geldikten sonra kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan “üst düzey bürokratları” görevden almaları ve bu görevlere yine siyasi yandaşlık, ideoloji, nepotizm-kronizm gibi unsurlar göz önüne alınarak yeni kimseleri görevlendirmeleri olarak ifade edilebilir. Hizmet kayırmacılığı ise kamu görevlilerinin yakınlarını hukuka aykırı bir biçimde kayırması olarak tanımlanabilir.

Klientalizm kavramı esas itibariyle siyasal otoritenin dağıtım ölçütlerine göre sunulan bir takım hizmetler ya da mallar karşılığında, siyasal destek talebinde bulunmasına karşılık gelmektedir.⁷⁴ Klienta-

⁷⁰ Hande Hacımahmutoğlu, s. 211.

⁷¹ Klientalizm kavramıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Arzu Özkanan/Ramazan Erdem, “Yönetimde Kayırmacı Uygulamalar: Kavramsal Bir Çerçeve”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* Yıl: 2014/2, Sayı: 20, s. 180 vd.

⁷² Seyran Gürsoy Çuhadar, “Sosyal Politika ile Klientalizm İlişkisi; Gıda Bankacılığı Üzerinden Bir Değerlendirme”, *Çalışma ve Toplum*, 2017/2, s. 684.

⁷³ “Siyasi Kayırmacılık” kavramıyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Arzu Özkanan/Ramazan Erdem, s. 180 vd.

⁷⁴ Onur Metin, s. 182.

lizm kavramının kökenini eski Roma'ya dayanmaktadır. Eski Roma döneminde bir Romalı vatandaşı koruması altında bulunup ona hizmet etme yükümlülüğüyle bağlanmış olan kişi için client (sığıntı ya da yanaşma) tabiri kullanılmaktaydı. Dolayısıyla klientalizm kavramı, ağırlıklıla himayecilik ve/ veya patronaj sistemi anlamında kullanılmaktadır. Bununla birlikte klientalizm genellikle "yanaşma" anlamında kullanılsa da, kavram esasen siyasal otoritenin dağıtım ölçütlerine göre sunulan bir takım hizmetler ya da mallar karşılığında siyasal destek talebinde bulunma anlamını taşımaktadır. Klientalizm hak temelli bir sosyal yardım anlayışının oluşmasının ve gelişmesinin önünü kesen ve eşitsizliğin belirleyici olduğu bir süreçtir. Nitekim klientalizm, siyasi otoritenin toplumsal kesimlerle dikey olarak eşitsiz karşılıklı ilişkilere kurduğu bir sistemi ifade eder. Klientalizm de siyasi otorite muhtaç ve yoksulların esasen hakkı olan sosyal yardımı sadece "kendisi" için fayda sağlamaya yarayan bir araca dönüştürmektedir.

Klientalist politikalar, muhtaçlık, yoksulluk, sosyal dışlanma, etnik ve dini farklılıklar gibi unsurlardan beslenirken aynı zamanda bu unsurları beslemeye ve yeniden üretmeye yatkındır. Zira klientalist politikalarda sosyal yardım yapılırken kullanılan ölçüt insanlara asgari bir sosyal güvence sağlamak ve toplumsal eşitsizliği azaltmak değil, "kendisi" için fayda sağlamaktır. Dolayısıyla klientalizm, bir yandan hak temelli bir sosyal yardım anlayışının gelişmesini engellerken, aynı zamanda tüm toplum için gerekli olan yardım ve hizmetlerin gerçekleşmesini sağlayacak kamu kaynaklarının tüketilmesine neden olur⁷⁵.

Belirtelim ki; modern anlamda sosyal yardım, acıma, yardımseverlik veya hayırseverlik değerlerini içermez.⁷⁶ Dolayısıyla geleneksel olarak yardımseverlik anlayışından farklı olarak modern anlamda sosyal yardımın lütuftan çok hak temeline dayandığını ve modern anlamda sosyal yardım programlarının gönüllü, gelip geçici, dar kapsamlı uygulamalardan ziyade kalıcı ve yaygın uygulamalardan oluşması gerektiğini belirtmek gerekir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi klientalizm kavramı esas itibarıyla siyasal otoritenin dağıtım ölçütlerine göre sunulan bir takım hizmetler ya da mallar karşılığında, siyasal destek

⁷⁵ Onur Metin, s. 183.

⁷⁶ Şahin Çetinkaya, s 19.

talebinde bulunmaya karşılık gelmektedir.⁷⁷ Başka bir tanımıyla klientalizm, kamu kaynaklarının ve rant yaratacak zenginliklerin kamu mal ve hizmetlerinin kalitesini arttırmaktansa ihaleler, özelleştirmeler vb. yolların kullanılmasıyla arkadaş çevresi ve siyasi yandaşlara dağıtılması olarak ifade edilmiştir.⁷⁸ *Kısaca klientalizm, oyla değiş tokuş edilen her türlü devlet kaynağı ve ayrıcalığıdır.*⁷⁹

Klientalizm, siyasi iktidarların, kendilerine oy vererek onları iktidara getiren ve devamını sağlayan kimseleri zaman zaman ödüllendirip kendilerine bağımlı hale getirmeyi amaçladığı, kendilerine oy vermeyenleri dışlayarak ve destek vermedikleri için onları cezalandırma yollarına başvurarak siyasi iktidara destek vermeyen kimselere gözdağı verme gibi süreçlerin de yaşanabildiği bir anlayış olarak görülmektedir.⁸⁰

Ekonomik durumu iyi olanlardan yoksullara gelir transferi sağlamak yoluyla gelir dağılımını düzeltici etki yaratılması gibi bir işleve sahip olan sosyal yardımların klientalist bir yaklaşımla sunulmasında insan hakları bağlamında etik sorunlar mevcuttur. Klientalizm eksenli bir sosyal yardım anlayışında sağlanan yardımlar sosyal bir hak olarak değil seçim desteği karşılığında vatandaşlara yapılan birer lütuf olarak görülmekte bu yönüyle de merhametin göstergesi hayırseverlik “kaymanın hayırseverliğine” dönüşmektedir.⁸¹ Söz konusu anlayış ile yoksulluk giderilmemekte bunun yerine yoksulluk yönetilerek siyasi iktidarların devamı sağlanmaya çalışılmaktadır. Ayrıca sosyal yardımların politik hedeflerin bir unsuru haline getirilerek klientalist bir ilişki bütününe indirgenmesinin hak temelli sosyal yardım anlayışından uzaklaşarak toplumsal katmanlar arasındaki eşitsizliği doğuracağı söylenmelidir. Netice itibariyle klientalist politikalar, muhtaçlık, yoksulluk, sosyal dışlanma, etnik ve dini farklılıklar gibi unsurlardan beslenirken aynı zamanda bu unsurları beslemeye ve yeniden üretmeye yatkındır.⁸²

⁷⁷ Onur Metin, s. 182.

⁷⁸ Philip Keefer, “Clientelism, Credibility, and the Policy Choices of Young Democracies”. *American Journal of Political Science*, 2007, 51 (4), s. 804

⁷⁹ Arzu Özkanan Ramazan Erdem, s. 196.

⁸⁰ Selda Meydan/Ayşin Çetinkaya Büyükbodur /Sıla Bulut, “Yerel Yönetimlerde Klientalist Bakış Açısının Hak Temelli Sosyal Hizmet Yaklaşımı Çerçevesinde İncelenmesi”, 8. Ulusal Sosyal Hizmetler Kongresi, Türkiye’de Sosyal Politikanın Dönüşümü: Yerelleşme Ve Sosyal Hizmetler, Ankara 15 – 16 Nisan 2016, s. 7.

⁸¹ Selda Meydan/Ayşin Çetinkaya Büyükbodur/Sıla Bulut, s. 8.

⁸² Onur Metin, s. 419.

SONUÇ

Sosyal güvenlik bir amaç olup, bu amaçları primli ve primsiz rejim şeklinde iki temel ayırım altında sosyal sigortalar, sosyal hizmetler ve sosyal yardımlar vasıtasıyla gerçekleştirmeye çalışır. Sosyal sigortalar, bireylerin karşılaşacakları veya karşılaşılabilecekleri sosyal risklere karşı onlara güvence sağlamayı hedefleyen, sigorta kapsamındaki kişilerin finansmana düzenli bir şekilde katkı sağladığı, kar amacı gütmeyen bir sigorta tekniğidir. Buna karşılık primsiz rejim olarak da ifade edilen sosyal yardım ve hizmetlerde ise yerine getirilen edim ile ilgilinin buna katkısı arasında doğrudan bir ilişki bulunmamaktadır. Yine sosyal yardım ve hizmetler; toplumun genellikle dışlanmış muhtaç, yoksul, hasta, yaşlı, engelli vb. gruplarına yöneliktir.

Geleneksel olarak yardımseverlik anlayışından farklı olarak modern anlamda sosyal yardımın lütuftan çok hak temeline dayandığını ve modern anlamda sosyal yardım programlarının gönüllü, gelip geçici, dar kapsamlı uygulamalardan ziyade kalıcı ve yaygın uygulamalardan oluşması gerektiğini belirtmek gerekir. Hak temelli sosyal yardım anlayışının yerleşmesi ve gelişmesinin önündeki en büyük engellerden biri siyasi kayırmacılığın bir türü olan “klientalizm” olarak gösterilebilir. *Çalışmamızda da* ifade ettiğimiz gibi klientalizm kavramı esas itibarıyla siyasal otoritenin dağıtım ölçütlerine göre sunulan bir takım hizmetler ya da mallar karşılığında, siyasal destek talebinde bulunmaya karşılık gelmektedir. Başka bir tanımıyla klientalizm, kamu kaynaklarının ve rant yaratacak zenginliklerin kamu mal ve hizmetlerinin kalitesini arttırmaktansa ihaleler, özelleştirmeler vb. yolların kullanılmasıyla arkadaş çevresi ve siyasi yandaşlara dağıtılması olarak ifade edilmiştir. Kısaca klientalizm, oyla değiş tokuş edilen her türlü devlet kaynağı ve ayrıcalığıdır.

Klientalizm, siyasi iktidarların, kendilerine oy vererek onları iktidara getiren ve devamını sağlayan kimseleri zaman zaman ödüllendirip kendilerine bağımlı hale getirmeyi amaçladığı, kendilerine oy vermeyenleri dışlayarak ve destek vermedikleri için onları cezalandırma yollarına başvurarak siyasi iktidara destek vermeyen kimselere gözdağı verme gibi süreçlerin de yaşanabildiği bir anlayış olarak görülmektedir.

Ekonomik durumu iyi olanlardan yoksullara gelir transferi sağlamak yoluyla gelir dağılımını *düzeltilici etki yaratılması* gibi bir işleve

sahip olan sosyal yardımların klientalist bir yaklaşımla sunulmasında insan hakları bağlamında etik sorunlar mevcuttur. Klientalizm eksenli bir sosyal yardım anlayışında sağlanan yardımlar sosyal bir hak olarak değil seçim desteği karşılığında vatandaşlara yapılan birer lütuf olarak görülmekte bu yönüyle de merhametin göstergesi hayırseverlik “kamunun hayırseverliğine” dönüşmektedir. Söz konusu anlayış ile yoksulluk giderilmemekte bunun yerine yoksulluk yönetilerek siyasi iktidarların devamı sağlanmaya çalışılmaktadır. Ayrıca sosyal yardımların politik hedeflerin bir unsuru haline getirilerek klientalist bir ilişki bütününe indirgenmesinin hak temelli sosyal yardım anlayışından uzaklaşarak toplumsal katmanlar arasındaki eşitsizliği doğuracağı söylenmelidir. Netice itibarıyla klientalist politikalar, muhtaçlık, yoksulluk, sosyal dışlanma, etnik ve dini farklılıklar gibi unsurlardan beslenirken aynı zamanda bu unsurları beslemeye ve yeniden üretmeye yatkındır.

Kaynakça

- Aksanyar Yaşar, Sosyal Yardımda Yeni Bir Yaklaşım Olarak Şartlı Sosyal Yardım: Sosyal Yardım-İstihdam Bağlantısının Etkinleştirilmesi Programı 2014 Yılı Türkiye Uygulaması Üzerine Bir Araştırma, Doktora Tezi, Kütahya 2015.
- Altuntaş Betül, “Sosyal Haklar ve Sosyal Adalet Bağlamında Türkiye’de Kurumsal Sosyal Hizmetler Ve Yardımların Değerlendirilmesi”, (<http://www.sosyalhaklar.net/2009/bildiri/altuntas.pdf>).
- Arıcı Kadir, “Yoksullukla Mücadele Aracı Olarak Sosyal Güvenlik: Türkiye’nin Öncelikli Sorunu Sosyal Yardım Ve Sosyal Hizmetler Olmalıdır”, IV. Aile Şurası, Aile Ve Yoksulluk Bildirileri, Ankara 2004, s. 257-267.
- Arıcı Kadir, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2015.
- Atalay Tuna, “Belediye Yasaları Çerçevesinde Belediyelerin Sosyal Hizmet ve Yardım Görevlerine İlişkin Bir Değerlendirme,” *Sosyal Hizmetler Dergisi*, C. I, Sayı: 12, s. 1-8.
- Bakırcı Münevver Kübra, Küreselleşme Sürecinde Sosyal Güvenlik Hakkı ve Engelliler, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.
- Çakır Murat, “Bir Fenomen Olarak Popülizm”, Neoliberalizmin Egemenlik Aracı Sağ Popülizm: Avrupa’daki Sağ Popülist Parti ve Hareketler”, s. 13 (Kaynak: <http://www.kozmopolit.com>).
- Çengelci Ethem, Cumhuriyet Türkiye’sinde Sosyal Hizmetlerin Örgütlenmesi, Şafak Matbaacılık, 1. Bası, Ankara, 1996.
- Çetinkaya Şahin, Türkiye’de Sosyal Yardımlaşma Müessesesi: Durum Analizi, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Doktora Tezi, Kütahya 2012.

- Çuhadar Seyran Gürsoy, "Sosyal Politika ile Klientalizm İlişkisi; Gıda Bankacılığı Üzerinden Bir Değerlendirme", *Çalışma ve Toplum*, 2017/2, s. 684.
- Davidson Jacqueline, According To Need? The Implementation Of Discretionary Payments Within Social Assistance Schemes In Britain And The Netherlands, Doktora Tezi, University Of Stirling 2004.
- DDK, Türkiye’de Sosyal Yardımlar ve Sosyal Hizmetler Alanındaki Yasal ve Kurumsal Yapının İncelenmesi, Aile, Çocuk, Özürlü, Yaşlı ve Diğer Kişilere Götürülen Sosyal Hizmetlerin ve Sosyal Yardımların Genel Olarak Değerlendirilmesi, Bu Hizmetlerin Düzenli ve Verimli Şekilde Yürütülmesinin ve Geliştirilmesinin Sağlanması Hakkında Araştırma ve İnceleme Raporu.
- Dicleli Vedat, "Yoksulluk ve Sosyal Yardım Şekilleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1946, Cilt: 3, Sayı: 1, s. 108-124.
- Dilik Sait, "Sosyal Yardımlar- İki Anlamlı Bir Terim-", *AÜSBFD*, Ocak- Aralık 1980, C.XXXV, s. 55-73.
- DPT, Sosyal Hizmetler Yardımlar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, 8. Beş Yıllık Kalkınma Planı, Ankara 2001.
- Esping-Andersen Gosta, "Altın Çağ sonrası? Küresel Bir Ekonomide Refah Devleti İkilemleri", Sosyal Politika Yazıları, Der.: Ayşe Buğra/Çağlar Keyder, Çev.: Burcu Yakut Çakar/ Utku Balaban, İletişim Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 53-101.
- Gough Ian, "Güney Avrupa’da Sosyal Yardım", Sosyal Politika Yazıları, Der.: Ayşe Buğra Çağlar Keyder, Çev.: Burcu Çakar, Utku Balaban, İstanbul, İletişim Yayıncılık, 2006, s. 232.
- Güzel Ali/ Okur Ali Rıza/Caniklioğlu Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2016.
- Hacımahmutoğlu Hande, Hande, Türkiye’deki Sosyal Yardım Sisteminin Değerlendirilmesi, DPT Uzmanlık Tezi, Ankara 2009.
- Karabulut Alpaslan, "Türkiye’de Sosyal Yardım Ve Sosyal Yardımların Tek Merkezden Yürütülebilirliği" Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s.11.
- Karataş Kasım, "Sosyal Refah: Kavramsal Boyutu, Gelişimi ve Nitelikleri," Yaşam Boyu Sosyal Hizmet; Prof. Dr. Sema Kut’a Armağan, Ed. Nesrin G. Koşar, Ankara, Hacettepe Üniversitesi S.H.Y.O. Yay., No: 004, 1999, s. 33-43.
- Keefer Philip, "Clientelism, Credibility, and the Policy Choices of Young Democracies". *American Journal of Political Science*, 2007, 51 (4), s. 804.
- Kesgin Bedrettin, Kamu Sosyal Politikalarında Sosyal Yardım, Açılım Kitap, 2. Baskı, İstanbul 2014.
- Koşar Nesrin G., Sosyal Hizmetlerde Sosyal Yardım Alanı, Şafak Matbaası, Ankara 2000.
- Kurtoğlu Ayça, "Siyasal Örgütler ve Sivil Toplum Örgütleri Bağlamında Hemşehrilik ve Kollamacılık". *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2012, 67 (1), s. 141-169.
- Metin Onur, Sosyal Politika Açısından AKP Dönemi: Sosyal Yardım Alanında Yaşanlar, *Çalışma ve Toplum* 2011/1, s. 179-200.
- Meydan Selda/Büyükbodur Ayşin Çetinkaya/Bulut Sıla, "Yerel Yönetimlerde Klientalist Bakış Açısının Hak Temelli Sosyal Hizmet Yaklaşımı Çerçevesinde İncelen-

- mesi", 8. Ulusal Sosyal Hizmetler Kongresi, Türkiye'de Sosyal Politikanın Dönüşümü: Yerelleşme Ve Sosyal Hizmetler, Ankara 15 - 16 Nisan 2016.
- Mingione Enzo, "Güney Avrupa Refah Modeli Ve Yoksulluk Ve Sosyal Dışlanmaya Karşı Mücadele", Sosyal Politika Yazıları, Der.: Ayşe Buğra Çağlar Keyder, Çev.: Burcu Yakut Çakar, Utku Balaban, İstanbul, İletişim Yayıncılık, 2006, s. 261-287.
- Öksüz Davut, Sosyal Yardımların Koordinasyonu Sorunu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.
- Özkanan Arzu/Erdem, Ramazan, "Yönetimde Kayırmacı Uygulamalar: Kavramsal Bir Çerçeve", *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Yıl: 2014/2, Sayı: 20, s. 179-206.
- Ringold Dena/Kasek Leszek, "Social Assistance In The New Eu Member States, Strengthening Performance And Labor Market Incentives", *World Bank Working Paper* 2007, Number:117.
- Sen Amartya, Özgürlükle Kalkınma, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999. (Çev: Yavuz Alagon).
- Seyyar Ali, Sosyal Siyaset Terimleri- Ansiklopedik Sözlük, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.
- Sunar İlkay, "Demokrat Parti ve Popülizm", *Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi* 1985, Sayı:8, 2083-2084.
- Şenocak Hasan, Sosyal Güvenlik Sistemlerini Oluşturan Bileşenlerin Tarihi Süreç İçinde Değerlendirilmesi", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi* 2009, Sayı: 56 s. 410-468.
- T. C. Başbakanlık, Sosyal Güvenlik Reformu: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Kamuda Yeniden Yapılanma: 9, Ankara 2005.
- Taşçı Faruk, "Türkiye'nin Kamusal Sosyal Yardım Anlayışı Üzerine Bir Analiz", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi* 2008, Sayı: 55, s. 127-149.
- Taşçı Faruk, 1980 Sonrası Türkiye'de Sosyal Yardımların Analizi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.
- Taşçı Faruk, Sosyal Politikalarda Can Simidi Sosyal Yardım, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2010.
- Taşçı Faruk, "Sosyal Yardım Yapma(Ma) Gerekçeleri Üzerine Yaklaşımlar", *Kamu-İş* 2008, C. 9, Sayı:4, s. 1-17.
- Tittmuss Richard M., Social Policy, Edited by Brian Abel-Smith and Kay Tittmuss, Open University Set Book 1990.
- Tuncay A. Can/Ekmekçi Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 18. Bası, İstanbul 2016.
- Türkoğlu İrfan, "Sosyal Devlet Bağlamında Türkiye'de Sosyal Yardım ve Sosyal Güvenlik", *Akademik İncelemeler Dergisi* 2013, C. 8, Sayı: 3, s. 275-305.
- Zengin Eyüp/Şahin Ayhan/Özcan Salih, "Türkiye'de Sosyal Yardım Uygulamaları", *Yönetim ve Ekonomi* 2012, C.9, Sayı: 2, s. 133-142.
- Zorlu Mihrican/Çalım Selda İldan, "İşyerinde Damgalama ve Ayrımcılık Faktörü Olarak HIV/AIDS", *Çalışma ve Toplum*, 2012/4, s.165-188.

İŞ YARGISINDA “ARABULUCULUK” “MEDIATION” IN LABOUR JUDGEMENT

Resul KURT*

Özet: Uyuşmazlıkların eskiye göre daha karmaşık ve uzmanlık isteyen hale gelmesi ve insanların ilişkilerini koruma ve devam ettirme istekleri gibi nedenlerle uyuşmazlık tarafları, ihtiyaçları olan çözüme erişebilmek için yargısal süreçler dışında alternatif yöntemler aramışlardır. Bu arayış alternatif uyuşmazlık yöntemlerini doğurmuştur. Arabuluculuk, en hızlı yayılan ve tercih edilen alternatif uyuşmazlık yöntemi olmuştur. Arabuluculuk, işçi ve işveren arasında yaşanan anlaşmazlıkların kısa bir zaman zarfında ve düşük maliyetlerle çözümlenmesini sağlayacak adil ve dostane bir yöntemdir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu kabul edildiği 1950 yılından günümüze kadar çalışma hayatında yaşanan köklü dönüşümler karşısında iş uyuşmazlıklarının çözüm yöntemlerinin yetersiz kaldığı gerekçesiyle, mahkemelerin iş yükünü azaltacak alternatif uzlaşma yöntemlerini benimseyen yeni bir kanun (7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu) getirilmiştir.

7036 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde, alternatif uzlaşma yöntemlerine olan gereksinim, iş mahkemelerinde artan iş yükünün ve işin yapıma şeklinde yaşanan değişim, nüfus artışı, teknolojiye yaşanan olağanüstü gelişim, sosyal güvenlik hukuku alanının genişlemesi ve işçi-işveren uyuşmazlıklarının çeşitlenmesi nedenlerine bağlanmıştır.

01.01.2018 itibarıyla yürürlüğe girmiş olan “Dava Şartı Olarak Arabuluculuk” sistemini de içeren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu bu anlamda çalışma hayatının önemli bir ihtiyacını karşılamış olacaktır. Dava şartı olarak arabuluculukta, uyuşmazlık taraflarının bir araya getirilerek alanında uzman arabulucuların objektif bir şekilde taraflarla görüşme sağlayarak kendi çözüm yöntemlerini geliştirmeleri sağlanmakta ve iletişim kurmalarına aracı olunmaktadır.

Arabuluculuk, Türk hukuk sistemi içerisinde tarafların ihtiyari başvurduğu bir çözüm yöntemi iken, 7036 sayılı Kanun’la yapılan düzenlemeyle işçi-işveren uyuşmazlıklarında dava şartı olarak ilk defa yer almıştır.

Bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilecek ve mahkeme öncelikli olarak arabulucuya başvurmuş olma koşulunu arayacaktır.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen yeni düzenlemeye göre dava açılmadan önce arabulucuya gitmek zorunlu, ancak tarafların arabulucuda uzlaşmaları zorunlu değildir. Taraflar arasında

* Yrd. Doç. Dr., İstinye Üniversitesi Öğretim Üyesi

anlaşma sağlanamazsa anlaşmazlık konusunun iş mahkemelerine götürülmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Ancak ilgili kanunla yapılan düzenlemede bazı belirsizliklerin olduğu görülmektedir. Belirsiz konuların başında, arabuluculuk tuta-nağında yer alan boşta geçen süreye ait ücretle ilgili Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılacak bildirimlerin usul ve esaslarının belirlenmemiş olması gelmektedir. Bu çalışmada, söz konusu belirsizliklere neden olan hususlara yer verilerek, konuya ilişkin değerlendirmelerimiz aktarılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Arabuluculuk, Uzlaştırma, İş Mahkemeleri, Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, İşçi-İşveren Uyuşmazlıkları, İşçi Alacakları

Abstract: As the conflicts are becoming more complex and demanding expertise than the previous practices and as people are requiring to maintain their relations, the parties to disputes have started to sought alternative methods outside of the judicial procedures in order to access the solution they need. This search has led to the emergence of alternative dispute resolution methods. Mediation has become the fastest-spreading and most-preferred alternative dispute resolution method. Mediation is a fair and amicable way to ensure the resolution of disputes between the employees and employers within a short period of time and at low costs.

A new act (Act No. 7036 Regarding Labour Courts) has been introduced, which adopts alternative methods of resolution to reduce the workload of the courts, with the reason that the conventional methods of resolving labour disputes are inadequate in the face of radical transformations occurring in the labour life since 1950, when the Act No. 5521 on Labour Courts was adopted.

On the general reason of The Act No. 7036, the need for alternative methods of reconciliation has been attributed to the increasing workload in the labour courts, the radical changes in the ways of doing business, the population growth, the extraordinary developments in technology, the expansion of social security law, and the diversification of employee-employer disputes.

The Act No. 7036 Regarding Labour Courts No. 7036, which includes "the practice of mediation as a condition of trial", which has come into effect as of 1st of January, 2018, is expected to meet the important needs of working life in this sense. In the practice of mediation as a condition of trial, the parties to the dispute are brought together, and experts in the field are ensuring an objective negotiation between the parties to develop their own solution methods through communication.

While previously, the practice of mediation was a discretionary solution for the disputing parties in the Turkish legal system, for the first time the regulation is being regulated as a condition of trial for all labour disputes between employee and employers.

In the labour disputes arising from an individual or collective labour agreement (employment contract) and based on the employee's or the employer's claim or a compensation demand or a demand for return to work, the application for mediation first will be applied as a precondition for filing a claim at a labour court.

According to the new regulation introduced by the Act No. 7036 on Labour Courts, applying to mediation is compulsory before file the suit however to reach a common ground is not compulsory. If there is no agreement between the parties at the end of the mediation procedures, there is no obstacle for the dispute to be brought to relevant labour court.

However there seems to be some uncertainty in the regulation made with the applicable law. One of the most important uncertain topics is the procedures and principles of the notifications to be made to the Social Security Institution regarding the wages for the idle time passed during the mediation sessions are not being determined. In this study, it has been tried to convey our evaluations about the issue by mentioning the subjects that cause the uncertainties.

Keywords: Alternative Dispute Resolutions, Mediation, Reconciliation, Labour Court, Mediation as a Condition of Trial, Employee-Employer Disputes, Workers' claims, Job Security

Giriş

Bir hukuki ilişkinin tarafları arasında bir uyuşmazlık yaşandığında başvurulacak ilk ve asıl yol mahkemelere müracaat ederek sorunun yargısal süreçler içerisinde çözümlenmesidir. Buna "**Yargısal veya Geleneksel Usul**" denilmektedir.¹

Bir özel hukuk uyuşmazlığı, yargısal veya geleneksel usul denilen "Devlet Yargısı" yoluyla çözülebileceği gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile dostane bir şekilde çözülebilecektir. Arbuluculuk, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve gönüllü olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade etmektedir. Arbuluculuk yargı dışı ve gönüllü bir çözüm mekanizması² olup tarafları, konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak için aralarındaki ileti-

¹ Johannes Warbeck, "Alternative Dispute Resolution in the World of Business: a Comparative Analysis of the Use of ADR in the United Kingdom and Germany", *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, Part 2, June 1998, s.108.

² Süleyman Dost, "Arbuluculuk Ücret Ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Kasım-Aralık 2014, Sayı:115, s.450.

şimi kolaylaştıran, tümüyle bağımsız tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen gönüllü bir usuldür.³ Arabuluculuk, " tarafların irâdeleri" etrafında şekillenen bir alternatif çözüm yöntemidir. Taraflar uyuşmazlığın arabulucu yolu ile çözülmesi konusundaki isteklerini sunarlar. Taraflar ancak karşısındakiyle müzakereye gönüllü ise, arabuluculuk süreci başarıya ulaşabilecektir.⁴

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda⁵ tanımlandığı üzere; "*Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemine*" arabuluculuk denmektedir (6325/m.2). Bu tanıma göre arabuluculuğu, yeterli hukuk bilgisine sahip, alanında uzman, tarafsız bir üçüncü kişinin yönettiği uzlaşma masası etrafında uyuşmazlık konusunun taraflarının bir araya gelerek, mahkemeye gitmeksizin iletişim kurdukları ve anlaşarak çözüm sağlama yolunun tercih ettikleri alternatif çözüm yöntemi olarak belirtebiliriz.

Yukarıdaki tanımlardan çıkarılabilecek ortak sonuçları şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Arabuluculuk müessesesinden bahsedebilmek için öncelikle taraflar arasında bir uyuşmazlığın olması gerekmektedir.
- Söz konusu uyuşmazlığın giderilebilmesi için, tarafsız ve genellikle gönüllü bir üçüncü kişinin müdahalesi gerekmektedir.
- Bu üçüncü kişi, tarafları müzakere masasında bir araya getirerek uyuşmazlığın dostane bir çözüme ulaştırılmasında aracılık etmelidir.

³ Gizem Ersen Perçin, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri", MHB Yıl 31, Sayı 2, 2011, s.177.

⁴ Elif Kısmet Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınları, İstanbul 2016, s. 70; Eda Manav Özdemir, "İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri", *Çalışma Ve Toplum Ekonomi Ve Hukuk Dergisi*, 2015/4, s.205.

⁵ RG: 22.6.2012, 28331

- Sonuca bağlanan çözüm önerisi kural olarak bağlayıcı olmamaktadır.⁶

Arabuluculuğun tanımına ilişkin düzenleme irdelendiğinde, bu tanımın arabuluculuğa dair temel ilkeleri barındırdığı görülmektedir.⁷ Genel anlamda arabuluculuk uygulanmasında temel ilkeler; 6325 sayılı Kanun'un 3. ve 4. maddelerinde sayılan gizlilik, iradi olma ve eşitliktir. Buna göre, "*Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler. Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler (6325/md.3);*

Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar (6325/md.4)."

Gizlilik arabuluculuğun en temel prensibidir ve tarafların arabuluculuk müessesesini tercih etmelerinin de en önemli nedenidir. Gizlilik ilkesi çerçevesinde taraflara her hangi bir şekilde fikir beyan etmeden, yönlendirmeden, tarafları görüştürüp anlaşmalarını sağlaması esasına dayanmaktadır. Arabuluculuk yöntemi kişilerin gizliliğin korunmasını sağlamak bakımından önemli avantaja sahiptir.⁸

Tarafların arabulucuya başvurusu ve görüşmelerin devamı ve sonuçlandırılması süreçlerinde eşit haklara sahip olmaları da büyük bir önem taşımaktadır. Eşitlik ilkesine göre, taraflar hem arabulucuya başvururken hem de süreç boyunca eşit haklara sahiptir. Tarafların süreç dışında tutulmaları ya da süreç dışına itilmeleri mümkün değildir. Aynı zamanda arabuluculuk sürecinin, başından sonuna dek tümüyle gönüllü olarak uygulanma alanı bulması ve anlaşmazlığın

⁶ RG: 22.6.2012- S. 28331; Salim Yunus Lokmanoglu, "İş Mahkemeleri Kanunu Işığında Arabuluculuk Kavramı", *TAAD*, Yıl:9, Sayı:33, Ocak 2018, s.868.

⁷ Ferhat Yıldırım, "Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk", *International Journal of Social Sciences and Education Research*, Sayı:2 (3), s.931.

⁸ Serkan Odaman, Eda Karaçöp, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağından Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2016, S.35, s.64; Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013, s.81.

gönüllü çözümü bu sürecin önemli bir ilkesidir. İradeli olmak genel olarak, tarafların arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, süreci sonlandırmak veya süreçten vazgeçmek konusunda tamamen serbest olmalarını ifade etmektedir. Tarafların arabuluculuk sürecine istekleri dışında dâhil edilmeleri, süreçte kalmaya zorlanmaları ya da süreci sona erdirmeleri hususunda zorlamada bulunulamaz.⁹

Uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümü yerine tarafların kendi iradeleri ile uyuşmazlığa son vermeleri, toplumsal barışın korunması açısından tercih sebebi sayılmaktadır.¹⁰ Arabuluculuk, uyuşmazlık halindeki tarafların eşit şartlarda yapacakları görüşmelerde uzlaşarak anlaşmalarını sağlamaya yönelik barışçı bir teşebbüs¹¹ olması nedeniyle tarafların uyuşmazlık durumlarının sağlıklı çözümüne destek olabilmek için öncelikle çatışma durumunun teşhisi, çatışmanın anatomisi ve çatışmayı artıran ya da azaltan faktörler hakkında bilgi sahibi olmak önemlidir. Çatışma durumlarında taraflar daha önce hiç düşünmedikleri ve her iki tarafın da yararına olan alternatif çözüm yollarını geliştirebilir ve uygulayabilir. Bu yöntemlerle gerçekleşen bir çözümde, kazanan ve kaybeden taraf yoktur, belirli ölçülerde ödünler vererek kazanan iki taraf vardır.¹²

Arabuluculuk ibaresi yaygın kullanımıyla, Amerika ve Avrupa

⁹ Çiğdem Yazıcı Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013, s.81. ; Seda Özmumcu, "Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk", *İÜHFMC* C. LXXI, S. 1, 2013, s.1387; Robert A. Baruch Bush, Joseph P. Folger (Çeviren: Gamze Sert), Arabuluculuk ve Getirileri, Nobel yayınları, Ankara 2013, s.9.; Yıldırım, a.g.m., s.753-754.; Muratcan, Bayraktar, "Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış", *İstanbul Barosu Dergisi*, cilt: 89, sayı: 4, s. 165.; Serkan Odaman, Eda Karaçöp, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağından Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2016, S.35, s.64.

¹⁰ Recep Tayfun ve Aylin Erdem Türk, "Arabuluculuk Uygulamalarına İlişkin Bir Alan Araştırması (Ankara Örneği)", *TBB Dergisi*, Sayı:2016/122, s.419.

¹¹ Mürsel Çukur, Muzaffer Koç, "Ülkemizde Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Özel Hakem", *Çimento İşveren Dergisi*, Eylül 2010 Sayı: 5 Cilt: 24, s.10; Seda Özmumcu, "Karşılaştırmalı Hukuk Ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74, s.807.

¹² Saim Ocak ve diğerleri, Editör: Prof. Dr. Talat Canbolat. Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Ankara 2017, s.12. (Çevrimiçi: <http://www.adb.adalet.gov.tr/katilimcikitabi.pdf>.), Erişim Tarihi:10.12.2017; Gizem Ersen Perçin "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 31, Sayı 2 (2011), s.180.

lkelerinde, toplumların hukuk kültürlerine bağlı olarak değişik yoğunlukta uygulama alanı bulan bir uzlaşma sisteminin genel bir kelimeyle ifade edilmesidir. Arabuluculuk sisteminin, türlerinin temelinde, toplum destekli, sorunları zmede uzlaşmanın farklı yöntemleri vardır. Arabuluculuk genel anlamda; tarafsız, bağımsız ve objektif bir üçüncü kişinin, anlaşmazlık içine girmiş, eşit olanaklara haiz taraflara, sorunlarını hukuki çekişme haline dönüştürüp, yargılamaya taşımadan, güvenilir bir ortam içinde, tarafların, iradi olarak anlaşmazlıklarını görüşmeler yöntemiyle çözerek, yalın nitelikli bir sözleşme imzalamalarıdır.¹³

Arabuluculuğun özellikle düşük tutarlı alacaklarda yargı yoluna başvurulmasına gerek kalınmaksızın çözüm sağlayabileceği değerlendirildiğinde, bu yönden olumlu katkısı olacağı düşünülmektedir. Örneğin, 5.000.-TL fazla mesai ve izin parası alacağı olan bir işçi için dava yoluna başvurulması halinde buna ilişkin zaman ve maliyetler dikkate alındığında arabuluculuk yoluna başvurulmasının işçi için daha avantajlı olacağı görülmektedir.

I- Alternatif Uyuşmazlık zm Yöntemleri ve Arabuluculuk

Uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma işlevi, esasında devletin işidir ve devlet bu işlevini, yargı erkini kullanmak suretiyle yerine getirir. Alternatif uyuşmazlık çözümleri ise, uyuşmazlıkların çözümünde, yargısal yolların yanında yer alan ve ilgililerin istemleri halinde işlerlik kazanan, esas itibariyle, ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünü konumundadır.¹⁴

A. Alternatif Uyuşmazlık zm Yolları

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin değişik türleri olmakla birlikte, bu yöntemler temelde üç tanedir. Bunlar, müzakere "**negotiation**", arabuluculuk "**mediation**", ve tahkim "**arbitration**" dir. Diğer

¹³ Mustafa Serdar zбек, Alternatif Uyuşmazlık zm, C.I-II, B.4, Ankara 2016, s. 431 vd; Hakan Muran, "Arabuluculuk, Mahkemelerin iş Yükünü M Yoksa Yargıya Olan Güveni Mi Azaltacaktır?", *İstanbul Barosu Dergisi*, C:85, S.2011/3, İstanbul 2011,s.43

¹⁴ Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık zm Yolları ve özellikle Arabuluculuk", *TBB Dergisi*, Sayı 64, 2006. s.152.

alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bu üç yöntemin harmanlanmasından doğduğu belirtilmektedir.¹⁵ Geleneksel anlamda müzakere, tarafların uyuşmazlık konusunu, taleplerini, nasıl bir çözüm istediklerini karşılıklı olarak ortaya koyup tartıştıkları bir alternatif çözüm yöntemidir.¹⁶ Arabuluculuk ise tarafsız bir üçüncü kişi olan arabulucunun yardımı ile taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözülmesi yöntemidir.¹⁷ Bir diğer yöntem olan tahkim, uyuşmazlığın devlet yargısı yerine hakem denilen özel kişiler aracılığı ile çözülmesidir.¹⁸

Bu üç yöntem arasında "tahkim" in alternatif çözüm yöntemleri içerisinde yer alıp almadığı tartışmalıdır. Tıktık'a göre, tahkim mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde en çok başvurulan yöntem ise de, uyuşmazlığın çözüme ulaşma süresi ve hakemin karar verirken pozitif düzenlemelerle bağlı olması bakımlarından ele alındığında dava yoluna göre belirgin avantajlara sahip değildir.¹⁹ Akıncı'ya göre ise, tahkimde hakemlerin uyuşmazlık hakkında kesin ve bağlayıcı hüküm veriyor olmasının alternatif çözüm yöntemlerinden ayrılmasına neden olduğunu vurgulamaktadır.²⁰ Özbek ise²¹ tahkim ve arabuluculuğun doğrudan ayrıldığını, bu iki yöntemin birleştiği noktada arabulucu-tahkim olarak karma alternatif çözüm yönteminin doğduğu yönündedir. Özbek, arabuluculuk zafiyetinin bağlayıcı ve nihaî karar verme gücünden mahrum olmasından kaynaklandığını; arabulucu-tahkim yoluyla hem mutabakata dayalı çözüm hem de bağlayıcılık olarak her iki yöntemin de olumlu yanlarından azami ölçüde yararlanabilmek amacıyla bir araya getirildiğini ifade etmektedir.

Kanaatimizce tahkim, pozitif düzenlemelerle bağlı olması ve hakemlerin uyuşmazlık hakkında kesin ve bağlayıcı hüküm veriyor olması nedeniyle alternatif çözüm yöntemlerinden ayrılmaktadır.

¹⁵ Margaret Wang, "Are Alternative Dispute Resolution Methods Superior to Litigation in Resolving Disputes in International Commerce?", *Arbitration International*, V.16, N.2, 2000, s.190-191.

¹⁶ Ziya Akıncı, "Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", *Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi Yayınları*, C.XVIII, Ankara, 1996, s.100.

¹⁷ Wang, s.192.

¹⁸ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Seçkin Yayıncılık C.VI, İstanbul, 2001, s. 5875; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.23.

¹⁹ Tıktık, age, s.7.

²⁰ Ziya, agm, s.107.

²¹ Mustafa Serdar Özbek, "Arabuluculuk İle Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkim", *Yargıtay Dergisi*, Ocak (2017), Cilt: 43, Sayı: 1, s.22.

Çalışmamızın asıl amacını oluşturan iş uyuşmazlıkları bakımından bu üç yöntemin hepsinde ortak payda, iş ilişkisi bulunan iki taraf (bu durumda uyuşmazlık bireyseldir) arasındaki uyuşmazlığın veya sendikalar ya da işverenler veya işveren kuruluşları gibi iki kolektif aktör arasındaki uyuşmazlığın (bu durumda toplu uyuşmazlık söz konusu olur) çözülmesi için müdahalesi talep edilen üçüncü bir tarafın varlığıdır. Bu üç usul arasında ayırım yapmak her zaman kolay değildir, ancak genel itibariyle, üçüncü taraf müdahalesinin doğası ve yoğunluğu bu üç usul arasındaki çizgilerin daha net çizilmesine katkıda bulunmaktadır.²²

Tarihi gelişim sürecinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının dört temel amacı belirlemiştir:

- a) Dava yolunun yol açtığı aşırı gecikme ve masrafları azaltarak, mahkemelerin tıkanıklığını gidermek;
- b) Uyuşmazlık çözüm usullerine toplumun katılımını arttırmak suretiyle, bireysel ve sosyal barışın tesisine katkıda bulunmak;
- c) Adalete erişimi kolaylaştırmak;
- d) Daha “etkili” bir uyuşmazlık çözüm süreci sağlamak.²³

Alternatif uyuşmazlık çözümü, uyuşmazlığa düşmüş olan kişilerin, söz konusu uyuşmazlıklarını herhangi bir yargı sürecine girilmeden ve yargı süreci sonunda bir hüküm verilmesine gerek kalmadan çözmelerine yardımcı olmak için oluşturulmuş yöntemlerin genel adıdır.²⁴

Özel Hukuk alanında “arabuluculuk” ve Ceza Hukuku alanında da “uzlaştırma” adı altında, adaletin hızlanması, iş ve dava yükünün

²² Piera Loi, “İtalyan İş Hukukunda Arabuluculuk ve Uzlaşma”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul (Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey) TISK yayını, s. 121.

²³ Mustafa Serdar Özbek, “Türk Yargı Sisteminde Çok Seçenekli Adliyeler”, (Çevrimiçi: <http://dspace.baskent.edu.tr/bitstream/handle/11727/1974/97ffecd9391aeea11b29f8d8cfd1773b.doc?sequence=1&isAllowed=y>), s.2., Erişim Tarihi: 10.12.2017.

²⁴ George W., Adams / Naomi L. Bussin, “Alternative Dispute Resolution And The Canadian Courts: A Time

For Change,” *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal* 1995, Vol. 4, s. 243.

azaltılması, dava dışı çözümlerle uyuşmazlıkların sonlandırılması için yasal düzenlemelere gidildiği, bazı idari davalarda da gündeme gelen tahkim ve hakem usulleri esas alınarak, ihtilaflarda yargı dışı çözüm yollarının tatbik edildiği bilinmektedir. Bu müesseselerin ana amacı, "kuvvetler ayrılığı" ilkesinde özel bir yeri olan yargı erkinin yetkisini kısıtlamak veya bitirmek değildir. Çünkü söz konusu kısıtlılık, demokratik hukuk toplumlarında kabulü mümkün olmayan bir anlayıştır.²⁵

Arabuluculuk, uzlaştırmadan (veya uzlaşmadan) farklıdır. Uzlaş-tırma, taraflardan tümüyle bağımsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan taraflara, somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre şekillenecek çeşitli çözüm önerileri sunup; onları bu çözüm önerilerine müzakere etmesini ve önerilen çö-züm önerilerinden birisi üzerinde anlaşmaya ulaşmalarını amaçlayan bir alternatif çözüm yöntemidir. Arabuluculuk ise, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları konuşmak ve müzakerelerde bulunmak ama-cıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle "*kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak*" için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, uzmanlık eğitimi almış, bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısıyla ya da katılımıyla yürü-tülen, gönüllü olarak işlerlik kazanan bir uyuşmazlık çözme yöntemi-dir.²⁶

B. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk

Arabuluculukta, sistematik teknikler uygulanarak, görüşme ve müzakerelerde bulunularak tarafların bir araya getirildiği ve bu suret-le anlaşmazlık konusunda çözümlerini kendilerinin üretmesini sağla-mak için bir iletişim süreci başlatılmakta, tarafların çözüm üretmedik-lerinin ortaya çıkması halinde de çözüm önerisi getirilebilmektedir.²⁷

²⁵ Ersan Şen, "İş Hukuku Davalarında Zorunlu Arabuluculuk", (Çevrimiçi: www.haber7.com, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2355166-is-hukuku-davalarinda-zorunlu-arabuluculuk>), Erişim Tarihi: 10.12.2017.

²⁶ Süha Tanrıver, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış", Makalelerim III, Ankara 2011, s. 76. ; İbrahim Öz-bay, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", *EÜHFD*, C.X, s. 466; Tuğsavul, s. 29 vd.; Levent Börü, "Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler", *TBB Dergisi* 2017 (özel sayı), s.183.

²⁷ İki temel arabulucu modeli bulunmakta olup, bunlardan birincisi "kolaylaştırıcı arabuluculuk", diğeri ise "değerlendirici arabuluculuk"tur. "Kolaylaştırıcı arabu-

Küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların, adli bir soruna dönüşmeden çözümünü gerçekleştirmeyi amaçlayan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan yahut onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü olmayıp tam tersine uyuşmazlık çözümü için öngörülen bütün çözüm yollarının ilave edildiği bir yöntemler topluluğudur.²⁸ Bu çözüm yollarının başarılı olabilmesi ve işlerlik kazanabilmesinin koşulu da yargının yerine ikame edilmeye çalışılmamasıdır. Alternatif uyuşmazlık çözümleri, uyuşmazlıkların çözümünde, yargısal yolların yanında yer alan, esas itibarıyla ilişki-

luculuk" modelinin altında yatan gerekçe, uyuşmazlıklarını birlikte yürütebilecekleri bir ortam içerisinde yapıcı bir şekilde çözümleyebileceğine inanma; uyuşmazlığın çözümüne engel olan şeyin etkili bir iletişim eksikliği olduğudur. (Seda Özmumcu, "Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk", *İÜHFİM C. LXXI, S. 1, 2013, s.1387*). 2012 tarihli 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre düzenlenen "arabuluculuk" kavramına ilişkin tanım değerlendirildiğinde karşımıza çıkan durum bize, kanun koyucunun arabuluculuk faaliyetinde, arabulucunun bu süreçte üstleneceği fonksiyon bakımından genel olarak "kolaylaştırıcı arabuluculuk" modelini benimsediğini göstermektedir. (Özmumcu, agm, s.1387). Değerlendirici modelde, arabulucu taraflara tavsiyede bulunmakta, değerlendirme yapmakta, somut olaya ilişkin -dava hakkında hâkim veya jürinin muhtemelen nasıl bir karar verebileceğine ilişkin görüşünü içeren- görüşlerini ifade etmektedir. (Özmumcu, agm, s.1375). 6325 Sayılı Kanun'la yer edinen arabuluculuğun tanımı, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla yapılan değişikle, "tarafaların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen" ibaresiyle genişletilmiştir. (7036/m.17). Bu durum arabulucunun, çözüm üretilemeyen noktada "değerlendirici arabulucu" modelin benimsenebileceğini, gerektiğinde mahkeme yolunun tercih edilmesi halinde ortaya çıkabilecek sonuçlar hakkında bilgi verilebileceğini ifade etmektedir. Öz itibarıyla 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile bugüne kadar kabul edilen kolaylaştırıcı arabuluculuk (facilitative mediation) modelinden değerlendirici arabuluculuk (evaluative mediation) modeline dönüşüm yapılması söz konusu olmaktadır. (Seda Özmumcu, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", *İÜHFİM C. LXXIV, S. 2, 2016, s.836*) Değerlendirici arabulucu, taraflara muhtemel bir davanın sonucu hakkında tavsiyelerde bulunabilir, dosyanın zayıf ve güçlü yanlarından bahsedebilir ve dosyanın içeriğini değerlendirecek, teknik ve hukuki bilgi sağlayabilir. Yöntem, taraflar arasındaki ilişkinin önemli olmadığı ve tarafların uyuşmazlık için hızlı bir çözüm elde etmek istedikleri hallerde tercih edilmektedir." (Adalet Bakanlığı-Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Eylül 2017, s.35-36, Çevrimiçi: <http://www.adb.adalet.gov.tr/katilimcikitabi.pdf>)

²⁸ Melis Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.21.; Hakan Pekcanitez, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2005/5, s. 12-16.

lerin koparılmadan sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafın da tatmin edici bir çözüme ulaşmasını hedefleyen yöntemlerdir.²⁹ Arabuluculuk faaliyeti ile taraflar arasındaki uyuşmazlıkların sulh yoluyla, daha kısa sürede, daha düşük maliyetle ve gizli kalarak çözümlenmesi sağlanmakta; bu sayede yargının iş yükü de azalmaktadır. Yargısal çözümde kimin ne ölçüde haklı olduğuna bakılırken, arabuluculukta çözüme ulaşmada taraf menfaatleri esas alınmaktadır. Arabuluculuk yöntemi taraflara ve uyuşmazlığa uygun olarak belirlenmektedir. Yargılama neticesinde davanın her iki tarafının da memnun olması mümkün değilken arabuluculuk, her iki tarafı da memnun edecek bir sonuca ulaşmasını amaçlamaktadır.³⁰

Bir uyuşmazlığın arabulucu desteği ile çözülmesi halinde, tarafların özgür iradeleri tahtında ulaşılan sonuca razı olmaları, adalet felsefesi bakımından ideal bir düzeye işaret etmektedir. Uyuşmazlığın tarafı olan her bir kişinin kendisini yeterince ifade etme olanağı bulacağı bir ortamda, adalet duygusunun büyük ölçüde tatmin olacağı bu sonuç, birçok zaman hiçbir tarafın tam tatmin olmadığı mahkeme kararları ile kıyaslanamayacak derecede insani, vicdani ve ahlaki üstünlüğe sahiptir. Keza bu yöntem, uyuşmazlığın çözüm sürecini kısaltması, gizliliğe riayet edilmesi, taraflar ve kamusal erk bakımından maliyeti düşürmesiyle de tercih üstünlüğünü haizdir.³¹

Anayasa Mahkemesi'nin 10/7/2013 tarihli ve E.: 2012/94 ve K.: 2013/89 sayılı kararında³² da belirtildiği gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü değildir. Tam tersine uyuşmazlıkların çözümünü için öngörülen yöntemlere ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğudur.

²⁹ Selçuk Öztekin, "Tasarı Üzerine Genel Değerlendirme", Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 150, s.273; Gilles Peter (Çev: Ejder Yılmaz), "Alman Hukuk (Medeni) Yargılaması Örneğinde Devlet Mahkemelerinin Aşırı İş Yükü ve Bu Yükün Azaltılması Hakkında Stratejiler", ABD, 1992/5, s. 759.

³⁰ Özbek (2016), age, s.284 vd.; Begüm Dilemre Öden, "Arabulucuların Vergilendirilmesi", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 91, Sayı: 4, Yıl: 2017, s. 183-184.

³¹ Kürşat Karacabey, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, 2016/1, s. 460.

³² RG: 25.01.2014, 28893.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının çoğu, öncelikle özel uyuşmazlık çözümlerinde uygulanmakta olup, resmî mahkeme teşkilâtının bir parçası değildir.³³

Geleneksel anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, tüm kültür ve uygarlıklarda yüzyıllardır uygulanmaktadır. Ancak, profesyonel anlamda, Anglo-Sakson kökenli bir kurum olarak ortaya çıkmış, temelde pragmatist bir karakter taşıması sebebiyle küreselleşmenin de etkisiyle, Kıta Avrupası ülkelerinde de hızla işlerlik kazanmaya, uygulama alanı bulmaya başlamıştır.³⁴

Alternatif çözüm yolları özellikle Uzakdoğu'da çok eski tarihlerden beri uygulanmaktadır.³⁵ Bununla birlikte alternatif çözüm yolları, kurumsal olarak 1960'lı yıllarda ABD'de gelişme göstermiştir. Bu noktada 1976 tarihli Pound Konferansı'ndan özellikle bahsedilmelidir. Bu konferansta, Amerikan yargı sisteminin en önemli sorunlarının pahalılık, gecikme ve ağır iş yükü olduğu dile getirilmiş ve "*mahkemelerin, belli türdeki davaların uygun bir çözüm usulüyle* yönetecek uyuşmazlık çözüm merkezleri hâline dönüştürülmesi" fikri kabul edilmiştir. Bundan sonra da ABD'de alternatif çözüm yolları büyük bir gelişme göstermiştir. Kıta Avrupası'na baktığımızda ise, alternatif çözüm yollarının biraz daha yavaş bir şekilde geliştiği görülmektedir. Öyle ki Avrupa Birliği, alternatif çözüm yollarına 1990'lı yılların sonunda ilgi göstermeye başlamıştır. Yapılan çalışmaların ilk sonucu, 2002 tarihli Alternatif Çözüm Yollarına İlişkin Yeşil Kitap olmuştur. Daha sonra 2004 yılında Arabuluculara İlişkin Etik Davranış Kuralları Kanunu kabul edilmiştir. Nihâyet 21.05.2008 tarihinde Medeni ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Yönergesi kabul edilmiştir.³⁶

³³ Frank E. A. Sander: "Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview", *University of Florida Law Review* 1985, Vol. 37, s. 8.

³⁴ Alper Bulur, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 65, Sayı 4, Güz 2007, s.31; Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Özellikle Arabuluculuk", *TBB Dergisi*, Sayı 64, 2006, s.151.

³⁵ Seda Özmumcu, *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış* (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.7.

³⁶ Mert Namlı, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", *İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi*, 14 Mayıs 2016

Yeşil kitap, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının sunduğu kolaylıkları topluma tanıtmakta ve alternatif uyuşmazlık çözüm konusunda üye devletlere, AB tarafından yapılan çalışmaları göstermektedir. Bu kitapta uyuşmazlıkların yargılama yapılmaksızın bağımsız üçüncü kişiler tarafından uyuşmazlığın taraflarına çözüm bulma yöntemleri anlatılmaktadır. Söz konusu çalışma, yasal konuları, sözleşmelerdeki alternatif uyuşmazlık çözüm şartlarını, süre sınırlamalarını, gizlilik konusunu, verilen rızanın geçerliliğinin, alternatif uyuşmazlık çözüm sürecinin sonunda yapılan anlaşmaların uygulanmasını, taraf-sız üçüncü kişilerin eğitimlerini, yeterliliklerini, sorumluluklarını ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin üzerinde durulması gereken diğer özelliklerini incelemektedir.³⁷

Mahkemelerin iş yükü nedeniyle davaların çözümlenmesinin uzun süreler alması ve geçirilen bu uzun süreç sonunda da taraflar açısından tatmin edici sonuçların çıkmaması dolayısıyla yargılamanın dışında bir takım uyuşmazlık çözüm yöntemlerine olan ihtiyacı artırmıştır. Bu nedenlerle devlet yargı sisteminin dışında uyuşmazlık çözümlerinin birçok ülkede artarak devam ettiği görülmektedir.³⁸ Bütün dünya ülkelerinde şu anda gündemde olan en önemli konulardan birisi iş uyuşmazlıklarının çözümü, yargı organının yükünün hafifletilmesi ve bu kapsamda alternatif çözüm yollarının oluşturulmasıdır.³⁹

Arabuluculuk, birçok ülkede uygulama alanı bulmaktadır. Yargı sistemi artan yükü birlikte uzlaşmaya dayalı çözüm yöntemlerini benimseyen ülkeler, doğrudan arabuluculuk veya arabuluculuğa benzer alternatif yöntemler tercih edebilmektedir.

Çeşitli ülkelerde arabulucuya başvuru konusunda benimsenen farklı sistemler vardır. Örneğin; Fransa, Belçika Macaristan, Avusturya, Bulgaristan gibi ülkelerde arabulucuya başvuru tamamen tarafla-

İstanbul (Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey) TİSK yayını, s. 121.

³⁷ Abdurrahman Kavasoglu, "Alman Usul Hukukunda Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Mediation", *İÜHF M C. LXVIII*, S.1-2, 2010, s.211; Bulur, agm, s.35; Mustafa Serdar Özbek, "Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", *TBB D* 2007, Yıl 19, S.68, s.265-266.

³⁸ Özbay, s.459; Aynur Hasoğlu, "İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4) 2016, s.1983.

³⁹ Ali Güzel, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul (Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey) TİSK yayını, s. 37.

rın iradesine bırakılmıştır. İspanya, İtalya ve İngiltere gibi ülkelerde taraflar zorunlu olarak arabuluculuk çözüm yoluna başvurmayla sevk edilmiştir. Almanya ve Yunanistan gibi ülkelerde ise kimi uyuşmazlıklar bakımından dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunlu kılınmıştır.⁴⁰ Bazı ülkelerde arabuluculuk ihtiyari nitelikte kabul edilirken bazı ülkelerde ise dava şartı olarak kabul edilmektedir. Fransa’da mahkemelerin iş yükünü azaltacak ve uyuşmazlıkların daha hızlı, basit, ucuz ve zahmetsiz bir şekilde çözülmesini sağlayacak bir imkân olarak alternatif çözüm yöntemleri devlet tarafından ve doktrin çevrelerinde destek görmektedir.⁴¹

İngiltere’de yargılama sistemine dair sorunların çözümüne yönelik bir inceleme çalışması yapıldığı ve AUÇY kullanımının teşvikini de içeren çözüm yöntemlerine genel hukuk yargılamasına etki edecek bir biçimde ilgili usul kanununda yer verildiği görülmektedir. İngiltere’de, Civil Procedure Rules 1998 (CPR), mahkemeleri duruşmaları yönetirken “*tarafları bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi kullanmaya teşvik etmek*” ile sorumlu kılmakta, dava taraflarına yargılama öncesinde anlaşmaya varmaları yönünde baskı yapılmakta ve davanın başlamasıyla birlikte dava yönetim sürecini devreye sokmakta, yargılama sürecine alternatifler getirmektedir.⁴²

Almanya’da arabuluculuk kurumu mahkeme tarafından önerilen bir usul olarak benimsenmiş olup tarafların mahkeme dışı usulleri tercih etmesi halinde iş mahkemesi sürecinin durdurulmasına karar verilmektedir.⁴³ Bir başka ifadeyle eğer dava konusu uygun ise dava dışı uyuşmazlık çözüm önerisi de Alman Medeni Usul Hukuku’na göre hâkim tarafından önerilebilir; tarafların öneriyi kabul etmesi durumunda mahkeme göre hâkim tarafından dondurulabilir.⁴⁴

⁴⁰ Tuğçem Şahin, Yasin Çelik, Ahmet Cemal Ruh, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi, Ocak 2018 / 1. Baskı, s.14-15.

⁴¹ Hikmet Bilgin, “Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk”, *Hukuk Gündemi* II, 2009/2, s.13.

⁴² Semih Sırrı Özdemir, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı: İngiltere’deki Düzenlemeler İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, *Hacettepe Hukuk Fak. Dergisi*, 2(1) 2012, s.59.

⁴³ Knut Müller, “Alman İş Mahkemeleri Usulü”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul (Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey), 15.11.2016, s.55.

⁴⁴ Abdurrahman Kavasoglu, “Alman Usul Hukukunda Uyuşmazlıkların Mahkeme

Rusya'da arabuluculuk ve arabuluculuğa benzer uzlaşma yöntemleri bulunmakta; iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğa nadiren başvuru yapılmakta, genellikle aile ve arazi meselelerinde başarılı sonuçlar alınmaktadır.⁴⁵

İtalya, daha önce iş uyuşmazlıklarında arabulucuya başvuruyu zorunlu bir hale getirmiş, ancak daha sonra bunu ihtiyari olarak uygulamaya başlamıştır. Bu anlamda İtalya alternatif uyuşmazlık yöntemlerinin uygulamada yaratacağı risklere karşı deneyim kazanmış bir ülkedir. Türkiye'nin henüz yeni hazırlandığı dava şartı, yani zorunlu arabuluculuk uygulamasından İtalya neden vazgeçmiştir? İtalya'da uygulanan zorunlu arabuluculuk iş mahkemelerinin yükünü azaltmış, ancak genel olarak uzlaşmaya inanmayan tarafların sadece mahkemeye başvurmak için arabuluculukta zaman geçirmeleri, davaların sonuçlandırılma sürelerinin uzamasına neden olmuştur.⁴⁶

ABD'de bütün mahkemeler, tarafları birbiriyle görüşmeleri ve davayı uzlaşmayla çözmeleri konusunda teşvik etmektedir. Yargıç bir uzlaştırmacı gibi, taraf tutmadan avukatlara yardım edecek, davalarının zayıf ve güçlü yanlarını görmelerini sağlayacaktır. Bazı eyalet mahkemelerinde, özel olarak görevlendirilmiş uzlaşma yargıcının (settlement judge) gözetiminde, bir uzlaşma görüşmesi yapılması talep edilir. ABD'de, özellikle değeri düşük olan uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulandığını söylenebilir. Yargılama masraflarının yüksekliği, yargılamanın uzun sürmesi, davada davayı kazanan lehine mahkeme masraflarına hükmedilmemesi, jürinin kararının ne olacağının tam olarak bilinmemesi ve yargılamanın çok fazla şekilci olması gibi nedenlerden dolayı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri gibi, şekli kurallardan arınmış çözüm yollarının gelişim göstermesi söz konusu olmuştur. ABD'de tahkikat aşamasına gelen davaların toplam sayıya oranı yüzde 10'dur.⁴⁷

İş uyuşmazlıklarında alternatif çözüm yolları, işçi ve işveren ara-

Dışı Çözüm Yolları ve Mediation", İÜHF C. LXVIII, S.1-2, 2010, s.211.
⁴⁵ Daria V. Chernyaeva, "Rus Hukukunda İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk" İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul (Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey), s.93

⁴⁶ Loi, agm. s.128.

⁴⁷ Bulur, agm, s.34.

sında yaşanan anlaşmazlıkların kısa bir zaman zarfında ve düşük maliyetlerle çözümlenmesini sağlayacak adil ve dostane bir yöntemdir. Dolayısıyla ülkelerin farklı sosyo-kültürel ve politik yapılarının olması uzlaşma yöntemlerinde de farklılıklar gösterebilmektedir. Bu hususta yapılan çalışmalara göre üç ülkenin başarı yüzdesi aşağıdaki şekilde gösterilmiştir.

İş mahkemesine götürülen anlaşmazlıkların, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri bakımından Almanya (2007), Yunanistan (2008) ve Birleşik Krallık'taki (2008) başarı yüzdesine bakıldığında; Almanya'da yüzde 51'inin uzlaşma ile sonuçlandığı, yüzde 31'inin davadan vazgeçtiği, yüzde 18'inin de İş mahkemesine götürüldüğü; Yunanistan'da yüzde 48'inin uzlaşma ile sonuçlandığı, yüzde 23'ünün davadan vazgeçtiği, yüzde 29'unun İş mahkemesine götürüldüğü; Birleşik Krallık'ta ise yüzde 43'ünün uzlaşma ile sonuçlandığı, yüzde 31'inin davadan vazgeçtiği, yüzde 27'inin de İş mahkemesine götürüldüğü görülmektedir.⁴⁸

Tarafların iş uyuşmazlıklarında dostane çözüm yöntemi olarak arabuluculuğu tercih etmesi sadece barışçıl bir yöntem olması açısından yeterli değildir. Bu anlamda ülkelerin teşvik edici, kolaylaştırıcı ve maliyet azaltıcı önlemler almaları ve arabuluculuğu cazip hale getirmelerine de ihtiyaç vardır. Bu anlamda 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda diğer bazı ülkelerde uygulama alanı bulan zorunlu arabuluculuk kurumu çözüm yöntemi olarak benimsenmiştir. Arabuluculuğun gelişmekte olduğu ülkeler incelendiğinde;

a. **Belçika;** Alternatif anlaşmazlık çözüm yöntemi siyasi partilerden biri tarafından teşvik edilmiş ve bu konuda yasal bir düzenleme yapılmıştır.

b. **Bulgaristan;** Sosyal taraflar zorunlu uzlaştırma yöntemini önermekte ve bu konuda yasal değişiklikler yapılmasını istemektedir. Ancak hükümet tarafından bu yönde herhangi bir adım atılmamıştır.

c. **Kıbrıs;** İşyerlerinde adli olmayan bir alternatif anlaşmazlık çö-

⁴⁸ Kaynak: EIRO national centres, 2009. EIRO national centres, 2009.; Individual disputes at the workplace: Alternative disputes resolution, (Çevrimiçi: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/individual-disputes-at-the-workplace-alternative-disputes-resolution>), Erişim Tarihi:13.12.2017.

züm yöntemi üzerinde durulmaktadır. Hükümet iş anlaşmazlıkları için daha iyi işyeri usulleri uygulanmasını istemektedir.

d. İtalya; Hükümet alternatif anlaşmazlık çözüm yöntemlerini düşük maliyetli olmaları ve mahkeme masraflarını azaltmaları nedeniyle desteklemektedir. Sosyal taraflar da bu uygulamanın lehinde görüş bildirmektedir.

e. **Lüksemburg**; Alternatif anlaşmazlık çözüm yöntemleri hükümet ve sosyal taraflar tarafından teşvik edilmektedir. Arabuluculuk müessesesi konusunda 2007 yılında bir uzlaşma oluşmuştur, ancak uygulama yavaş ilerlemektedir.

f. **Norveç**; Masraflar hakkında endişeler dile getirilmiş olmasına rağmen, avukatlar tarafından mahkeme öncesi arabuluculuğa ağırlık verilmektedir.

g. **Birleşik Krallık**; Uzlaşma müessesinin uygulama alanları artmaktadır. İşyerlerinde adli olmayan alternatif anlaşmazlık çözüm yöntemlerine vurgu yapılmaktadır. Dava öncesi uzlaşma ve uzlaştırıcı arabuluculuk konusunda deneyler yapılmaktadır. Sosyal taraflar uzlaştırma müessesine güçlü destek vermektedir.⁴⁹

II- Türkiye’de İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk

Tüm uyuşmazlıkların yargıya intikali, yargı sistemi yükünü ve sorunlarını daha fazla arttırmaktadır. Yargının karşılaştığı temel sorun, yargılama sürecinin yeteri kadar verimli ve etkili gerçekleşmemesidir. Kişilerin maddî hukuk hükümlerine göre sahip oldukları haklarla ilgili uyuşmazlıkların makul bir süre içinde çözülememesi, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan makul sürede yargılanma hakkının ihlâli şeklinde tezahür eder⁵⁰.

Uyuşmazlıkların, bağımsız yargının dışında bir alternatif çözüm yolu olan arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesi hukuk sistemimizde son dönemde çok sık gündeme gelmiş, bu amaçla 2012 yılında 6325

⁴⁹ EIRO national centres, 2009.; Individual disputes at the workplace: Alternative disputes resolution,(Çevrimiçi: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/individual-disputes-at-the-workplace-alternative-disputes-resolution>), Erişim Tarihi:13.12.2017.

⁵⁰ Çukur/Koç, a.g.m., s:6.

sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çıkarılarak sistemin yasal temeli oluşturulmuş ve ardından sistem uygulanmaya başlamıştır. İş Mahkemeleri Kanunu ile konu iş hukuku açısından daha da büyük önem kazanmıştır. Zira esas itibarıyla ihtiyari olan arabuluculuk sistemi, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda dava şartı olarak düzenlenmiştir. Arabuluculuğun mahkemelerle ilişkisi incelendiğinde üç sistem görülmektedir. Bunlar mahkeme dışı arabuluculuk, mahkeme bağlantılı arabuluculuk ve mahkeme içi arabuluculuktur. Mahkeme dışı arabuluculuk, mahkeme sürecinden tamamen bağımsız yürür. Bu sistemde arabuluculuğa başvuru tamamen tarafların iradesine bırakılmıştır. Mahkeme bağlantılı arabuluculuğun söz konusu olduğu hallerde mahkeme, tarafları arabuluculuğa teşvik eder. Mahkeme İçi arabuluculuk da ise hangi uyuşmazlıklar için arabuluculuğa başvurulacağı kanun tarafından düzenlenmiş olup hâkimler, arabulucu hâkim adını alırlar. Mahkeme içi arabuluculuk devlet yargılamasının içinde bağımsız bir süreç olarak yürütülür. Kanun, mahkeme dışı arabuluculuk ile mahkeme bağlantılı arabuluculuğun birleştirildiği bir sistem benimsemiştir.⁵¹

Arabulucunun, görüşmeler sürecinde uyuşmazlığın esasına yönelik etkin müdahil konumunda olmamasına; temel işlevi uzlaşma kolaylaştırıcılığı çerçevesi ile sınırlı bulunmasına karşın, arabulucunun tarafsızlığına ve yeterliliğine yöneltilecek güven duygusu, sürecin başlamasında olduğu kadar, olumlu sonuçlandırılmasında da önemli bir role sahiptir. Bu nedenle arabulucu eğitiminin çok daha kapsamlı ve uygulama ağırlıklı olmasında büyük yarar bulunmaktadır. Sistemin sağlıklı isleyişi için arabulucuların sayısal çokluğundan öte, nitelik ve ehliyet olarak kendilerini göstermeleri çok daha yararlı olacaktır.⁵²

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda⁵³ yapılan değişikliklerle iş hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde dava öncesi zorunlu arabuluculuk uygulaması öngörülmüştür. Kanun'a göre arabuluculuk iş uyuşmazlıklarının çözümünde bir dava şartı olarak düzenlenmiş olup taraflar arabulucuya başvurmaksızın dava yolunu tercih edemeyecek-

⁵¹ Tıktık, age, s.3; Şahin/Çelik/Ruhi, age, s.14-15.Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, Yenilenmiş 30. Basım, İstanbul 2017, s.64;

⁵² Karacabey, agm, s.487.

⁵³ RG: 25.10.2017, 30221.

lerdir. Davacı işçi arabuluculuk yönteminin işletilmemesine rağmen doğrudan doğruya dava açmaya girişirse mahkeme esasa girmeden davayı usulden reddetmek yoluna gidecek, noksanlığı gidermesi için davacıya bir süre verme yoluna gitmeyecektir.⁵⁴ Bu konuda doktrinde bir görüşe⁵⁵ göre, zorunlu arabuluculuğa tabi iş uyuşmazlıklarında dava şartı noksanlığını tespit eden mahkemenin davayı usulden reddetmesi ve noksanlığı gidermesi için davacıya süre vermesi gerektiği belirtilmekte ise de, katıldığımız diğer bir görüşe göre mahkemenin nezdinde açılan davayı, dava şartı eksikliği halinde usule ilişkin bir hükümle reddetmesi gerekmekte ise de, bu konuda eksikliği gidermesi hususunda davacı tarafa bir süre vermesi söz konusu olmayacaktır.⁵⁶

İş Kanunu'ndan doğan hak arayışlarında işçilerin başvurdukları İş Mahkemeleri büyük bir öneme sahiptir. Adalet Bakanlığı'nun istatistik verilerine göre geriye doğru on yıllık süreçte iş mahkemelerinde görülen davalar ile sonuçlanan dava sayısının ciddi oranda arttığı görülmektedir. İş mahkemelerine gelen davaların 2006-2016 yılları arasında % 97 oranında arttığı, iş mahkemelerinden çıkan davaların ise 2006-2016 yılları arasında % 83 oranında arttığı görülmektedir.⁵⁷

Kanımızca, iş mahkemelerinde görülen dava sayısında yaşanan bu denli yüksek bir artış, mahkemelerin doğru ve sağlıklı karar vermesine engel yarattığı gibi, davaların görülme sürelerinin uzamasına da neden olmaktadır.

Türkiye'de hukuk uyuşmazlıklarında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk yönteminin Türk adalet sisteminde uygulamaya konulması oldukça yeni olmasına rağmen, hızlı bir ilerleme göstermiştir.⁵⁸

⁵⁴ Ünal Narmanlıoğlu, "İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler)", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2017, S.38, s.16.

⁵⁵ Odaman/Karaçöp, agm s.61.

⁵⁶ Seda Özmumcu, "Karşılaştırmalı Hukuk Ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74, s.834.

⁵⁷ Adli İstatistikler 2016, T.C Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü. (Çevrimiçi: <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/AdliIstFlip/2016/index.html#/0>), s.189. E.T.: 29.11.2017.

⁵⁸ Mahkeme Temelli Arabuluculuk Hizmetleri El Kitabı, Ankara 2017, (Çevrimiçi: <http://www.arabuluculuk.adalet.gov.tr/ekitap/e-k.pdf>), s.6. Erişim Tarihi:09.12.2017.

2006 ile 2016 yılları arasında iş mahkemelerinde görülen davaların ortalama görülme süresi gün bazında %35,64 oranında artmıştır.⁵⁹ Bu süre tek güvencesi gelir olan işçilerin uzun süreli işsiz kalarak zor duruma düşmesine neden olmaktadır. Ayrıca uzun yargılama süreleri işçi ve işverenin adalete olan güvenini de sarsmaktadır.⁶⁰ Dolayısıyla gerek iş mahkemelerinin dava sayısında yaşanan olağanüstü artış, gerekse de davaların ortalama görülme süresinde yaşanan artış soruna çözüm arayışını haklı kılmaktadır.

Uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında arabuluculukla birlikte, anayasal bir hak olan adil ve makul sürede yargılanma hakkı yönünde önemli bir adım atılmıştır. Dava süresi bakımından olumlu yönleri olan arabuluculuğun, alacak hakları bakımından ise ne ölçüde taraflara fayda sağladığı belirsizdir. Kanaatimizce, arabuluculukta, işçinin alacak hakları yönünden de korunmasını sağlayan bir düzenleme gerekliliği açıkça görülmektedir. Arabulucu görüşmelerinin “gizlilik” esasına dayanması sonucunda anlaşma belgelerinde yer alan miktarlarının yargı kararlarıyla karşılaştırılmasına imkân sağlanmaktadır. Arabulucu görüşmelerinde anlaşma sağlanması, tarafların memnun olabilmesi için bazı taleplerinden feragat etmelerine; işçinin bazı alacak kalemlerinden kendi isteğiyle vazgeçmesine neden olabileceği doktrinde ifade edilmiştir.⁶¹

Arabuluculuk kurumuna ulaşan ve çözüme kavuşturulan uyuşmazlık konularının ilk sıralamasında işçi-işveren uyuşmazlıkları birinci sıradadır. Diğer yandan Adli İstatistik verilerine göre 2016 yılında arabuluculuk kurumuna taşınan işçi-işveren uyuşmazlıklarında anlaşma sağlananların oranı %96,8; anlaşma sağlanamayanların oranının ise %3,2 olduğu görülmektedir.⁶²

⁵⁹ Adli İstatistikler 2016, T.C Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü. (Çevrimiçi: <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/AdliIstFlip/2016/index.html#/0>), s.189. Erişim Tarihi: 29.11.2017.

⁶⁰ Eda Manav Özdemir, “İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri”, *Çalışma ve Toplum*, Sayı:2015/4, s.187.

⁶¹ Olgu Özdemir, “Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, Özel Sayı, Cilt: 1, 2016, s.610.

⁶² Adli İstatistikler 2016, T.C Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü. (Çevrimiçi: <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/AdliIstFlip/2016/index.html#/0>), s.208. Erişim Tarihi: 29.11.2017.

III- 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda "Dava Şartı Olarak Arabuluculuk"

Cumhuriyet dönemimin iş ilişkilerini düzenleyen kanunların denetimini ve uygulanmasını sağlamak, işçi ve işveren uyuşmazlıklarının adalet terazisinde çözülmesini gerçekleştirmek amacıyla 1950 yılında 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu⁶³ çıkarılmıştır.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, işçi ve işveren uyuşmazlıklarının doğrudan mahkeme yoluyla çözülebileceğini öngörmüş ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine benzer düzenlemeleri (özel hakem gibi) ise 4857 sayılı İş Kanunu⁶⁴ gibi özel kanunlarda düzenlenerek uygulanmıştır. Bu şekilde 67 yıl boyunca yürürlükte kalan 5521 sayılı Kanun, çalışma hayatında yaşanan köklü değişimlere karşı yetersiz kalması yönündeki eleştiriler sonucunda 7036 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılmış ve yerine günümüz koşullarında benimsenen uzlaşmacı yaklaşımların etkisiyle 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Türk hukukunda gönüllü (ihtiyari) arabuluculuk hali hazırda varken, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile birlikte bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi⁶⁵ veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak getirilmiştir. Bu başvurunun yapılmamış olması ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca dava şartı eksikliği olarak değerlendirilecektir.⁶⁶

⁶³ RG: 04.02.1950, 7424.

⁶⁴ RG: 10.6.2003, 25134.

⁶⁵ Çalışan tarafından talep edilebilecek; kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, ayrımcılık (eşitliğe aykırılık) tazminatı, sendikal tazminat, ücret, prim, ikramiye, fazla mesai ücreti, kullanılmayan yıllık izin ücreti alacağı, hafta tatili ücreti, belirli süreli iş sözleşmesinin erken feshinde bakiye süre ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ve benzeri işçilik alacakları konusunda yaşanan uyuşmazlıklarda dava açılabilmesi için öncelikle arabulucuya gitmek zorunda olacaktır. Ancak, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi veya manevi tazminat davaları ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları zorunlu arabuluculuk kapsamı dışındadır.

Yine, işveren tarafından talep edilecek; ihbar tazminatı, cezai şart, haksız rekabete bağlı tazminat, avansın iadesi, eğitim gideri ve benzeri alacak ile tazminat talepleri için dava açmadan önce arabulucuya başvurulması zorunludur.

⁶⁶ Odaman/Karaçöp, agm, s.61; Özmumcu, agm, s.834.; Resul Kurt, "10 soruda İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk", Dünya Gazetesi, 27 Ekim 2017;

Bununla beraber aralarında kira ilişkisi olan işçi ve işverenin, kira borcunu ödenmemesinden kaynaklanan, bir başka ifadeyle iş ilişkisinden doğmayan alacak, kira alacağı olarak nitelendirilmeli ve görünüşte işçi ve işveren arasındaki bu uyuşmazlık, bir alacak uyuşmazlığı olsa da madde kapsamında değerlendirilmemeli ve genel hükümlere tabi tutulmalıdır.⁶⁷

İşçi ve işveren arasında haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme gibi nedenlerden doğduğu iddia edilen ve iş ilişkisinden kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri için de arabulucuya başvurulması bir dava şartı olarak öngörülmektedir. Örneğin işçi veya işverenin iş ilişkisi kapsamında birbirlerine hakaret etmekten kaynaklanan ya da işçinin işyerindeki işverene ait mal ve malzemelere zarar vermesinden doğan tazminat talepleri dava açılmadan önce bu madde kapsamında arabulucuya götürülecektir.⁶⁸

İşçi ve işveren uyuşmazlıklarının mahkemeye taşınabilmesi için arabulucuya başvurulmuş olması zorunluluğu kanunun genel gerekçesinde belirtilen iki temel ihtiyaca dayanmaktadır. Bunlardan **birincisi** mevcut yasanın bir kısım maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan boşlukların doldurulması ve diğer usul yasaları ile uyumlu hale getirilmesi; **ikincisi** ise Türk İş Yargısının çok ağır olan yükünün hafifletilmesidir. Nitekim istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesinin gecikmesinin Türk İş Yargısının yükünün hafifletilmemesinde etkili olduğu tartışmasızdır.⁶⁹ Böylece hem iş mahkemelerinde artan iş yükünün azaltılması sağlanacak, hem dava sayısının azalmasıyla birlikte dava başına yargılama süresi kısaltacak ve hem de iş uyuşmazlıklarının diğer bazı ülkelerde olduğu gibi arabuluculuk yöntemiyle barışçıl bir şekilde çözülebilmesine imkân sağlanacaktır.

Özellikle bireysel iş ilişkilerinden kaynaklanan işçilik alacaklarında yargılama sürecinin uzunluğu ve masraflı olması nedeniyle işçilerin bir an önce alacaklarını alabilecekleri, işverenlerin ise, gizlilik

⁶⁷ Kanun Gereçesi, İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı, Esas Numarası: 1/850. s.10.

⁶⁸ Kanun Gereçesi, İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı, Esas Numarası: 1/850. s.10.

⁶⁹ Metin Kutal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul (Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey) TISK yayını, s. 32.

prensibi içerisinde gizli bilgileri ifşa olmadan ve yargılamanın o itibar zedeleyici sürecini yaşamadan işçilerle barışçıl bir çözüm içerisinde uyumsuzluğu çözebilecekleri bir sistemin öngörülmüş olması kanaati-mizce son derece yerindedir.⁷⁰

İşçi ve işveren arasındaki bazı uyumsuzluklar bakımından, tarafların dava açmadan önce arabulucuya başvurması dava şartı olarak zorunludur. Ancak tarafların serbest iradeleriyle yürütülen arabuluculuk görüşmelerinde anlaşma zorunluluğu bulunmamaktadır. Arabulucuda anlaşılabilmesi halinde tarafların mahkeme huzurunda haklarını aramaları mümkündür. Bu sebeple arabulucuya başvurulmuş olmasının bir dava şartı olarak öngörülmesi, Anayasa'nın 36 ncı maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetinin ihlali anlamına gelmemektedir.⁷¹

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 14.02.2007 tarihli kararında⁷² zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenlemenin anayasaya uygunluğuna ve devlet yargısına nazaran öncelik verilmeye değer olduğu belirtilmiştir.⁷³ Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin E: 2012/94, K:

⁷⁰ Odaman/Karaçöp, agm s.64.

⁷¹ 7036 sayılı Kanun Gerekçesi, İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı, Esas Numarası: 1/850. s.5-6.; "Arabuluculuk, kanunda iradi bir yöntem olarak tanımlanmıştır. Buna göre taraflar arabuluculuk sürecini başlatmak, sürdürmek ve sonlandırmak konusunda serbesttirler. Taraflar arabuluculuk sürecini devam ettirmek konusunda zorlanamazlar. Arabuluculuk faaliyetinin sona ereceği haller kanununun 17. maddesinde sayılmıştır. Eğer arabuluculuk süreci bir sonuca bağlanmazsa, taraflar arabuluculuk sürecinden çekilebilecekleri gibi, arabulucu da daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğuna kanaat getirirse bu durumun tespiti ile arabuluculuk faaliyeti sona erecektir." (Olgu Özdemir, "Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S: 74 (Prof. Dr.Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayısı), İstanbul 2016, s.609)

⁷² Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 14.02.2007 tarihli kararına göre; Kanun koyucu çekişmeli yargılama öngörmek zorunda değildir. Uyuşmazlığın çözümünü hızlandırmak, hukuk barışını desteklemek veya devlet mahkemelerini rahatlatmak için kanun koyucu, ihtilafın uzlaşmayla çözülmesini teşvik de edebilir. Ancak tamamlayıcı olarak devlet mahkemelerinden karar elde edilmesi yolu açık kalmalıdır. Baştan ihtilafı bir meselenin uzlaşma yoluyla çözülmesi, esas itibarıyla bir hukuk devletinde de mahkeme kararına göre öncelik verilmeye değerdir. Zorunlu arabuluculuğun sisteme dâhil edilmesi, anayasal açıdan tereddütsüz bir şekilde medeni yargının iş yükünün azaltılmasını hedeflemektedir. Bunun ötesinde uyumsuzluklar, anlaşma sağlanması yoluyla daha hızlı ve daha ucuz bir şekilde çözümlenmekte ve yargısal usulle elde edilemeyen daimi hukuk barışına katkı sağlanmaktadır.

⁷³ Evrim Erişir, "Arabuluculuk Müessesesinin Anayasa'ya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.20107 Tarihli Alman Federal Mahkemesi Kararı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi-*

2013/89, T: 10.7.2013 sayılı kararında⁷⁴ da benzer şekilde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargının alternatifi ya da yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü olmadığı değerlendirilmiştir. Söz konusu kararlar dikkate alındığında, arabuluculuğun yargı yerine geçmediği veya yargı gibi hareket etmediği sürece, arabuluculuğun iradi olma ilkesine aykırı bir durum oluşmayacağı görülmektedir.

Dava şartı olarak arabuluculuk hükümleri 01.01.2018 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir (7036/m.38/1-a). Bu süre içerisinde gerek arabulucu bürolarının düzenlemelere uygun şekilde hazırlık yapmasına imkân sağlanmış olacak ve gerekse de arabulucu görüşmelerinin ne şekilde sürdürüleceğine dair usuller yönetmelikle belirlenmiş olacaktır (7036/m.3-22).

Dava şartı olarak arabuluculuk, sadece 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında olan işçiler için değil 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁷⁵, 4857 sayılı İş Kanunu, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu⁷⁶, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun⁷⁷, 854 sayılı Deniz İş Kanunu⁷⁸ kapsamındaki gemi adamları için de dava şartı olarak arabuluculuk hükümleri geçerli olacaktır (7036/m.3/20).

İş Mahkemeleri Kanunu m. 5/1,a hükmü uyarınca, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'a tâbi gazeteciler, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na tâbi gemi adamları, 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'na veya 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun İkinci Kısmının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tâbi iş-

⁷⁴ si Cilt:11, Özel S.:2009, s.225-236.
RG: 25.01.2014, 28893, "Esasen, doktrinde de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü olmadığı, tam tersine uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yöntemlere ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğu olduğu hususunda tam bir mutabakat bulunduğu anlaşılmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının başarılı olabilmesinin ön koşulu da bu yolların yargı yoluyla yarışmaması ve yargının yerine ikame edilmemeye çalışılmasıdır."

⁷⁵ RG: 04.02.2011, 27836.

⁷⁶ RG: 07.11.2012, 28460.

⁷⁷ RG: 20.06.1952, 8140.

⁷⁸ RG: 29.04.1967, 12586.

çiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına iş mahkemelerinde bakılacaktır. Örneğin, uçucu personel olarak adlandırılan hava taşıma işlerinde çalışanlardan yer hizmetleri dışında uçucu personel olarak adlandırılan pilot, hostes gibi çalışanların iş ilişkisinden kaynaklanan davalar genel mahkeme olarak asliye hukuk mahkemelerinde görülmekteydi. İş Mahkemeleri Kanunu bunları da kapsama aldığından, arabuluculuğa başvurulmuş olmasına ilişkin dava şartı bunlar hakkında da uygulanacaktır.⁷⁹

Ancak, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi veya manevi tazminat davaları ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları arabuluculuğun kapsamı dışında tutulmuştur (7036/m. 3/1). Bu düzenlemenin temel nedeni maddi ve manevi tazminat davaları ile tespit ilgili tespit, itiraz ve rücu davalarının belirli standartlara dayanması ve nitelikli uzman yoluyla çözüme kavuşturulabilmesidir.

Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir (7036/m.3/2).

Öncelikli olarak arabuluculuk sisteminin geliştirilmesi uygun görülmüş ve mahkemeye gitmeden uzlaşma sağlanabilecek konularda daha kısa sürede çözüm üretilmesi ve böylece mahkemelerinin iş yükünün azaltılması hedeflenmiştir. Böylelikle kısa sürede ve masrafsız şekilde işçi ve işveren uyuşmazlıklarına çözüm sağlanabilecektir.

Dava şartı olarak arabuluculuk müessesesinin, kapitalist emperyalizmin küreselleşmesi süreciyle doğru orantılı olarak gelişen neoliberal anlayışın, "demokratik devlet" aygıtını küçülterek etkinsizleştirmesini

⁷⁹ Edit.Canbolat, age, s.187.

hedeflemesi, gönüllülük ilkesi karşısında dava öncesinde zorunlu şekilde bir başvuru sistemini öngörmesi, güçlünden, patronlardan yana bir hukukun tamamen önünün açılarak büyük oranda işçiler aleyhine düzenlemeler yer aldığı yönünde eleştirilmektedir.⁸⁰ Yine, Türkiye Barolar Birliği, aldığı ilkesel bir kararla “belli bazı davalarda arabulucuya başvurmanın zorunlu hale getirilmesine” karşı olduğunu tespit ve ilan etmiştir.⁸¹

İşçilerin, başta bazı alacaklarda zaman aşımı süresinin 10 yıldan beş yıla düşürülmesi olmak üzere, arabulucu kararlarının icraya konulmasında alınacak harç oranının yüksek olacağı, arabulucuların adil davranmaları konusunda tereddütlerinin olduğu, işçinin parasını daha erken almak için fedakârlık yaparak bazı haklarından feragat edeceği, arabulucuların işçiyi anlaşmazlık durumunda kendi avukatlık ofislerine yönlendirebileceği ve yasayla işçilerin hak arayışlarında mağdur edilecekleri konularında endişeleri oldukları görülmektedir. Bu hususta zaman içerisinde işçilerin, emekçilerin uygulamalar netleştikçe, haklarını daha erken ve adil bir şekilde almaları sağlandıkça yasaya bakışlarının da değişeceği söylenebilir.⁸² Kanaatimizce uygulamaya ilişkin tarafların tecrübeleri ve arabuluculuk kararlarının taraflarda oluşturacağı memnuniyet zaman içerisinde önyarguların ortadan kalkmasına ve arabuluculuk uygulamasının genel kabul görmesine katkı sağlayacaktır.

Arabuluculuk faaliyeti yargılamanın alternatifi olarak değil tamamlayıcısı olarak getirilmiştir. Bu nedenle arabulucuda anlaşılmasa mahkeme yoluna başvurulması mümkündür. Mahkeme öncesinde arabulucuya başvurma bu yönüyle yargılama hakkının ihlal edilmesi anlamına da gelmemektedir. Arabuluculukta tarafların iyi niyetleriyle masaya oturması hedeflenmiş ve iyi niyete aykırı davranan taraf üzerine yargılama gideri bırakılmıştır. Ayrıca taraflar arabuluculuk toplantısına katılmış olsalar dahi görüşme sonrası ücret eşitlik ilkesine ve ölçülü bir bedele dayalı olarak düzenlenmiştir.

⁸⁰ Odaman/Karaçöp, agm s.64; Karacabey, agm, s.488; Engin Kaya, “10 Soruda Zorunlu Arabuluculuk Düzenlemesi”, Evrensel Gazetesi, 19 Haziran 2017.

⁸¹ TBB Yönetim Kurulu, 04.12.2015 tarih ve 2015/1873 sayılı kararı.

⁸² Resul Kurt, “İşçi ve İşveren Zorunlu Arabulucuya Nasıl Bakıyor?”, Dünya Gazetesi, 8 Aralık 2017.

Arabulucu ücretleri her yılbaşında yayımlanan ücret tarifesine göre belirlenmektedir. Arabulucu ücret tarifesinin konusu para olan ve para olmayan uyuşmazlıklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Konusu para olan uyuşmazlıkları alacak miktarı üzerinden yüzdelik değerlerle belirlenirken; konusu para olmayan uyuşmazlıklarda arabulucu ücretleri görüşme saati üzerinden belirlenmektedir.⁸³ Bu esaslar haricinde arabulucu ücret talep edemeyecek, etmesi halinde bu durum etik kurallara aykırı olacaktır. Arabuluculuk ücreti ile ilgili yasaklar genel anlamda sonuç ve başarıya bağlı bir ücret anlaşması yapılamaması, arabulucunun asgari ücret tarifesinde belirlenen ücretten daha düşük ücret alamaması, belirli kişiler için aracılık/tavsiye etme karşılığı olarak ücret alamaması, evrak ve yapılan diğer işlemler ayrı ücret alamamasıdır.⁸⁴

IV- Arabulucuya Başvuru, Arabulucunun Seçimi ve Görüşme Sürelerine Getirilen Sınır

7036 sayılı Kanun'la yapılan düzenlemeler uyarınca arabuluculuk, mesleğinde en az 5 yıl kıdeme sahip, terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmayan, Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın yazılı ve sözlü sınavından başarılı olmuş, sicile kayıtlı diğer şartları da taşıyan hukuk fakültesi mezunları tarafından icra edilebilmektedir. Bu sebeple beş yıl kıdeme sahip olan avukatlar, hâkimler, savcılar, öğretim elemanları vb. arabulucu olma olanağına sahip bulunmaktadır. Ancak hâkim ve savcılarda olduğu gibi bazı mesleklerde başka kazanç getirici faaliyette bulunma yasağı olduğundan, uygulamada bu faaliyet neredeyse tamamen avukatlar tarafından icra edilmektedir.⁸⁵

Bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda öncelikle arabulucuya başvurmak zorunlu olduğundan, başvuru karşı tarafın yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna yapılacaktır. Karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna başvuru

⁸³ RG: 30.12.2017, 30286.

⁸⁴ Süleyman Dost, "Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", *TBB Dergisi* 2014 (115), s.464.

⁸⁵ Dilemre/Öden, a.g.m, s.184; Odaman/Karaçöp, agm s.64.

yapmak yeterli sayılacaktır. Arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde başvuruların, adli yargı ilk derece mahkemesi tarafından görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne yapılması gerekir (7036/m.3/5). Kanun yetkili arabulucu konusunda, davacı işçiye, davalının ikametgâhı ya da işyeri için yetkili olan arabulucunun seçimi hususunda seçimlik hak vermiştir.⁸⁶

Arabulucu, büro tarafından ve komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden belirlenecektir; ancak işçi ve işveren, listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmışlarsa bu arabulucu görevlendirilecektir (7036/m.3/9). Dolayısıyla burada işverenin veya işçi tarafının iradeleri örtüşmediği sürece arabulucunun seçimine müdahil olmaları mümkün değildir. Diğer yandan arabulucular alanların uzmanlık eğitimi almış olmaları ve arabulucu bürosunda kayıtlı olması gerektiğinden, dışardan bir kimseyle arabulucu sıfatıyla görüşme yapılması veya anlaşılması mümkün olmayacaktır. Bu durum arabulucunun görüşmeleri objektif bir şekilde yürütmesi gerekliliğinin bir sonucudur.

Yetkili arabulucuya başvurmanın önemli olduğu kadar yetkisiz arabuluculuk bürosunda başvuran tarafa karşı itiraz hakkı karşı tarafa verilmiştir. Bu anlamda hakkın kullanımı bakımından tarafların bilinçli olmaları gerekmektedir. Arabulucu, görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate almayacak; karşı taraf en geç ilk toplantıda, yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgelerini sunmak suretiyle arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilecektir (7036/m.3/9).

Bu durumda arabulucu, dosyayı derhâl ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim edecek; mahkeme, harç alınmaksızın dosya üzerinden yapacağı inceleme sonunda yetkili büroyu kesin olarak karara bağlayacak ve dosyayı büroya iade edecektir. Mahkeme kararı büro tarafından taraflara tebliğ edildikten sonra yetki itirazının reddi durumunda aynı arabulucu yeniden görevlendirilecek; yetki itirazının kabulü durumunda ise kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurulabilecektir (7036/m.3/9).

⁸⁶ Ömer Faruk Demir, "İşe İade Davasında Yargılama", *DÜHFD*, Cilt: 22, Sayı: 37, 286 Yıl: 2017, s.302.

Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırmalıdır. Bu süre zorunlu hallerde en fazla bir hafta uzatılabilecektir (7036/m.3/10). Arabulucu görüşme sürelerine getirilen bu sınır, uyuşmazlık sürelerinin çözüme kavuşturulma sürelerinin kontrol altına alınması ve uzayan görüşmeler esnasında yıpranmasının önüne geçilmek istenmesidir.

İş Mahkemeleri Kanunu ile dava şartı olarak arabuluculuk getirildiğinden 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesinde işe iade talebiyle açılacak dava yolu yeniden düzenlenmiştir.

01.01.2018 tarihinden itibaren iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurmak zorundadır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır. Bir aylık hak düşürücü süre içerisinde feshin geçersizliği iddiasıyla arabulucuya başvurmayan işçi, artık işe iade davası açma hakkını kaybeder; işveren tarafından yapılan fesih de geçerli bir feshin hüküm ve sonuçlarını doğurur.⁸⁷

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılacaktır. Hak düşürücü süre olan iki haftalık dava açma süresinin başlangıcı kanunda "tutanağın düzenlendiği tarih" olarak öngörülmüyorsa da, bunu arabulucunun düzenlediği son tutanağın işçiye tebliği tarihi olarak anlamak gerekecektir. Öte yandan bu sürenin kesilmesi ya da durması da söz konusu değildir.⁸⁸

1 Ocak 2018'den itibaren geçerli olan bu düzenlemeye göre daha önce iş sözleşmesinin feshine dair yapılacak itirazlar bir ay içerisinde iş mahkemesine başvuru için verilecek bir aylık süre, aynı şekilde arabulucuya başvurmak için verilmiştir. Burada işçinin fesih tarihinden

⁸⁷ Muhittin Astarlı, "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2017, S.38, s.41.

⁸⁸ Narmanlıoğlu, agm, s.17.

hangi sürede arabulucuya başvurduğu, uyuşmazlığın çözüm süreci açısından çok önemlidir. Bir aylık süre içerisinde ne kadar erken arabulucuya başvurulursa bir o kadar uyuşmazlığın çözüm süreci kısalmış olacaktır. Böylece mevcut durumda davaların görüşme süresinin uzun olmasından dolayı yaşanan olumsuzluğa mahal verilmeyecektir.

V- Arabulucu Tutanaklarının Niteliği

Arabulucu görüşmeleri tarafların biri veya her ikisinin de katılmadığı için görüşme yapılamaması, yapılan görüşmeler sonucunda anlaşmaya varılması veya varılamaması veya arabulucu görüşmeleri için öngörülen üç hafta ve zorunlu hallerde bir haftalık uzatma süresinin dolması nedeniyle sona erecektir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşabildikleri, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilmek zorundadır (6325/m.17/2).

Arabulucu, taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması yahut yapılan görüşmeler sonucunda anlaşmaya varılması veya varılamaması hâllerinde arabuluculuk faaliyetini sona erdirir ve son tutanağı düzenleyerek durumu derhâl arabuluculuk bürosuna bildirecektir (7036/m.3/11). Arabulucu işlemleri için gerekli olan bu hususla birlikte arabulucu tutanağı, mahkemeye başvurmak isteyen tarafın dava şartı olarak arabulucuya başvurma yükümlülüğünü yerine getirdiğini göstermesi açısından ispat niteliğinde olacaktır.

Arabuluculuk tutanakları, görüşmenin sona erme türüne farklılık gösterecektir. Arabuluculuk görüşmelerinin tarafların anlaşamama nedenleri yazılacak, bu anlamda hangi tarafından haklı olduğuna dair arabulucu görüşü kesinlikle yer almayacaktır. Böyle bir durum arabuluculuğun temel ilkelerine aykırı olacaktır. Ancak tarafların anlaşması bakımından düzenlenecek anlaşma belgesi, taraflara birtakım yükümlülükler yükleyeceğinden belirli esaslar çerçevesinde düzenlenecektir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenecek anlaşma belgesinin konusunu, uyuşmazlığın çözümüne yönelik taraflarca benimsenen yöntemler oluşturacaktır.⁸⁹

⁸⁹ Emre Kıyak, "Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği", *TAAD*, Yıl:6, Sayı:21, Nisan 2015, s.529.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hâlinde işe başlatma tarihi, boşa geçen süre ücreti ve diğer hakların parasal miktarını, işçinin işe başlatılmaması durumunda ödenek tazminatın parasal miktarını belirlemeleri zorunludur; aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılacak ve son tutanak buna göre düzenlenecektir (7036/m.12). Tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşması, uyuşmazlık konusu olan işveren feshinin geçersiz olduğunun, hüküm ve sonuç doğurmayacağı ve dolayısıyla da iş sözleşmesinin devam ettiğinin kabul edilmesi anlamına gelir.⁹⁰ Görüldüğü üzere anlaşma sağlanan arabulucu görüşmeleri aynı zamanda alacakların parasal miktar olarak belirlenmesi üzerine kurulacaktır.

Tarafların arabulucu huzurunda anlaşmaları halinde artık işçinin işverene on işgünü içerisinde başvurması ve işverenin işe başlatılmak üzere işçiyi işe davet etmesi gibi koşullar aramaksızın işverenin belirlenen tarihte işçiyi işe başlatması gerekecektir. Arabuluculuk anlaşmasında kararlaştırılmasına rağmen işçiyi işe başlatmayan işveren anlaşmada belirlenmiş boşa geçen süre ücretini ve işe başlatmama tazminatını ödemekle yükümlü olacaktır.⁹¹

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun arabuluculuk tutanakları ile ilgili getirdiği en önemli düzenleme; taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılacağıdır (7036/m.28/4). Arabulucunun imzası, anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebine konu edilebilmesi açısından önem arz edecektir. Çünkü onun imzasını taşımayan bir belge, uyuşmazlığın çözümüne yönelik mutabakatı ihtiva etse dahi, m. 18/1 anlamında anlaşma belgesi olarak nitelendirilemeyecek ve icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebine (m. 18/2) konu edilemeyecektir.⁹² Bu düzenleme 25 Ekim 2017 itibarıyla gerek ihtiyari ve gerekse de zorunlu arabuluculuk kapsamında anlaşılan arabulucu tutanakları için geçerlidir. 25 Ekim 2017 tarihi itibarıyla eğer arabulucu anlaşma tutanağı taraflar-tarafların

⁹⁰ Astarlı, agm, s.49.

⁹¹ Astarlı, agm, s.50.

⁹² Kıyak, s.530.

avukatı-arabulucu ile birlikte imzalanmışsa, ayrıca mahkeme kararı olmaksızın hakkın tahsili istenebilecek, bu şekilde tutulan arabulucu tutanağı ilam niteliğinde belge sayılacaktır. Örneğin, işe iade üzerinde anlaşılan bir arabulucu tutanağı taraflar ve/veya tarafların avukatı ve arabulucu ile birlikte imzalanmışsa, işverenin anlaşma tutanağına uygun davranmaması durumunda işçi, parasal miktar olarak belirlenen alacakları mahkeme kararı olmaksızın ilamlı icra takibine konu edebilecektir.

Bu şekilde icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde olan arabulucu tutanakları Sosyal Güvenlik Kurumu personeli tarafından da doğrudan ilam niteliğinde belge olarak işlem görecektir.⁹³ Arabulucu, aksi kararlaştırılmadıkça, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile kayıtları gizli tutmak zorundadır. Bu zorunluluk, arabulucu adına hareket eden ve arabulucu için çalışan kişiler ile arabulucunun idare ve gözetiminde staj yapanları da kapsar. Aksi kararlaştırılmamışsa, taraflar ve varsa vekilleri de gizlilik kuralına uymakla yükümlüdür. Aynı şekilde, bu yükümlülük Bakanlık ve Kurul görevlileri yönünden de geçerlidir. Ancak, burada SGK'na ek Aylık Prim ve Hizmet Belgesinin verilmesi ile birlikte arabuluculuk tutanağındaki gizliliğinin de kalkmış olacağı görülmektedir.

Esasen, 7036 sayılı Kanun'la yapılan düzenlemeleri değerlendirdiğimizde arabuluculuk tutanağında yer alan boşta geçen süreye ait ücretle ilgili Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılacak bildirimlerin belirsiz kaldığı görülmektedir. 7036 sayılı Kanun'da arabuluculukla ilgili hükümler ayrıntılı olarak düzenlenmesine rağmen, işe iadesine yönelik olarak anlaşılması halinde son tutanakta yer verilen boşta geçen süreye ait ücretin SGK'ya ne şekilde işlem yapılacağına yer verilmemiştir.

Kanımızca boşta geçen süreyle ilgili arabuluculuk aşamasında yapılacak işlemlerin usul ve esaslarının ayrıntılı olarak belirlenmesi gerekmektedir. Mevzuatta eksiklik olan bu uygulama ile ilgili önerimiz şu şekildedir. Arabulucu tutanağına göre; fesih tarihinden tutanakta yer alan işe başlatma tarihine kadarki SGK primi ödenmemiş olan boş-

⁹³ Genel Yazı, Sosyal Güvenlik Kurumu, Genel Yazı Tarih: 21.11.2017 tarihli SGK Genel Yazısı, Konu: Arabulucu Sözleşmeleri

ta geçen süre için SGK'ya ek Aylık Prim ve Hizmet Belgesi verilmesi gerekecektir. Arabulucu tutanağındaki İşe Başlatma Tarihini izleyen ayın 23'üne kadar ek Aylık Prim ve Hizmet Belgesinin SGK'ya verilmesi halinde yasal süresinde verilmiş sayılmalı, tutanakta yer alan boşta geçen süre ücretinin de çalışılmayan süreye ait SGK gün sayısına bölünerek bulunacak günlük tutar üzerinden hesaplama yapılmalıdır. Böylece fesih tarihi ile işe başlatma tarihi arasındaki çalışılmayan süre için de SGK gün sayıları tamamlanmış olacaktır.

Sonuç ve Değerlendirme

Türkiye Cumhuriyet tarihinin ilk iş mahkemeleri kanunu 1950 yılında yürürlüğe girmiştir. Günümüze kadar geçen altmış yedi yıllık süreçte çalışma hayatında birçok köklü değişim olmuştur. İşçi ve işveren ilişkilerinin türü ve niteliği çeşitlilik kazanmış ve yine bu sürede esnek çalışma ile birlikte çalışanların parasal haklarında değişimler ortaya çıkmıştır. Bu değişimlere karşılık iş mahkemelerinin yargı usullerinin yetersiz kalması sonucunda iş yargısının iş yükünde ve davaların görülme sürelerinde artış görülmüştür.

İş mahkemelerinde görülen söz konusu olumsuzluk, işçi ve işveren taraflarının adalete olan güvenini sarsmış ve aynı zamanda ekonomik bakımdan korumaya muhtaç olan işçinin yıpranmasına neden olmuştur. Bu olumsuzluklar sadece Türkiye'ye özgü değildir. Diğer ülkelerde de görülen söz konusu olumsuzluğa karşı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönelim başlamıştır. Bu konuda en çok başvurulan ve en etkin çözüm yöntemi olan arabuluculuk benimsenmiştir.

Türk Hukukunda ihtiyari olarak düzenlenen arabuluculuk, 25 Ekim 2017 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'yla birlikte işçi-işveren uyuşmazlıklarında dava şartı olarak getirilmiştir. 7036 sayılı Kanun'la birlikte hem günümüz çalışma koşullarına cevap veren bir kanun düzenlenmiş hem de işçi ve işveren arasında uzlaşmacı bir kültürü oluşturacak alt yapının sağlanması hedeflenmiştir.

01 Ocak 2018 tarihinde yürürlüğe giren olan dava şartı olan ara-

buluculuk, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan dava öncesinde uzlaşma yoluna gidilmesi anlamına gelmektedir. Arabulucuya başvurmadan mahkeme yolunun tercih edilmesi halinde açılan dava usul yönünden reddedilecektir. Arabulucu, uyuşmazlık konusunu üç hafta içerisinde çözüme kavuşturacak, bu süreye en fazla bir hafta ilave edilecektir. Herhangi bir nedenle arabulucu görüşmeleri anlaşmazlıkla sonuçlandırılırsa mahkeme yoluna gidilecektir.

İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorunda olacak; arabuluculuk sonucunda anlaşılabilmesi halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılacaktır.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hâlinde işe başlatma tarihi, boşta geçen süre ücreti ve diğer hakların parasal miktarını, işçinin işe başlatılmaması durumunda ödenek tazminatın parasal miktarını belirlemeleri zorunludur; aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılacak ve son tutanak buna göre düzenlenecektir. Burada yapılan en önemli değişiklik, feshedilen iş sözleşmesinde haklarda tahsil edilecek tutar üzerinde hüküm kuracak olmasıdır.

Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılacak; bir başka ifadeyle işe iade üzerinde anlaşılan bir uyuşmazlık konusunda bağlı belirlenen parasal haklar, ayrıca icraya yönelik mahkeme kararı olmadan ilamlı icra takibi yapılabilecektir.

Arabuluculuk tutanağına göre; fesih tarihinden tutanakta yer alan işe başlatma kararına kadar olan sigortasızlık süresine ait boşta geçen süre için SGK'ya ek aylık prim ve hizmet belgesi verilmesi gerekecektir. Buna ilişkin usul ve esasların da belirlenerek, uygulamada ortaya çıkacak tereddütlerin giderilmesi gerekmektedir.

Kaynakça

- Adams George W. /Naomi L. Bussin, "Alternative Dispute Resolution And The Canadian Courts: A Time For Change", *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal* 1995, Vol. 4, ss. 243-262.
- Adli İstatistikler 2016: T.C Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü. (Çevrimiçi:<http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/AdliIstFlip/2016/index.html#/0>) Erişim Tarihi: 29.11.2017.
- Akıncı Ziya, "Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi Yayınları, C.XVIII, Ankara, 1996.
- Akıncı Ziya, Milletlerarası Tahkim, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Astarlı Muhittin, "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2017, S.38, ss.40- 53.
- Bayraktar Muratcan, "Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış", *İstanbul Barosu Dergisi*, cilt: 89, sayı: 4, ss.151-172.
- Bilgin Hikmet, "Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk", *Hukuk Gündemi II*, 2009/2., ss.9-21.
- Börü Levent, "Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler", *TBB Dergisi* 2017 (özel sayı), s.183. ss.173-198.
- Bulur Alper, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 65, Sayı 4, Güz 2007, ss.30-46.
- Bush Robert A. Baruch, Joseph P. Folger (Çeviren: Gamze Sert), Arabuluculuk ve Getirileri, Nobel yayınları, Ankara 2013,
- Chernyaeva Daria V., "Rus Hukukunda İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk" İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul (Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey), ss.89-120.
- Çelik Nuri/Caniklioğlu Nursen/Canbolat Talat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, Yenilenmiş 30. Basım, İstanbul 2017.
- Çukur Mürsel/Koç Muzaffer, "Ülkemizde Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Özel Hakem", *Çimento İşveren Dergisi Eylül 2010 Sayı: 5 Cilt: 24*, ss.4-29.
- Demir Ömer Faruk, "İşe İade Davasında Yargılama", *DÜHFD*, Cilt: 22, Sayı: 37, 286 Yıl: 2017, s. 285-312.
- Dost Süleyman, "Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", *TBB Dergisi* 2014 (115), s.449-475.
- EIRO National Centres 2009, Individual disputes at the workplace: Alternative disputes resolution, (Çevrimiçi: <https://www.eurofound.europa.eu/observatori>)

es/eurwork/comparative-information/individual-disputes-at-the-workplace-alternative-disputes-resolution). Erişim Tarihi:13.12.2017.

Erişir, Evrim, "Arabuluculuk Müessesesinin Anayasa'ya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.20107 Tarihli Alman Federal Mahkemesi Kararı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt:11, Özel S.:2009, s.225-236.

Gilles Peter, (Çeviren: Ejder Yılmaz): "Alman Hukuk (Medeni) Yargılaması Örneğinde Devlet Mahkemelerinin Aşırı İş Yükü ve Bu Yükün Azaltılması Hakkında Stratejiler", *ABD*, 1992/5.ss.749-770.

Güzel Ali, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul (Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey) TİSK Yayını, ss. 35-38.

Hasoğlu Aynur, İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4) 2016: 1981-1996.

Karacabey Kürşat, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/1, ss.457-489.

Kvasoğlu Abdurrahman, "Alman Usul Hukukunda Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Mediation", *iÜHFMC. LXVIII, S.1-2*, 2010, s.197-218.

Kaya Engin, "10 Soruda Zorunlu Arabuluculuk Düzenlemesi, Evrensel Gazetesi", 19 Haziran 2017.

Kekeç Kısmet Elif, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınları, İstanbul 2016.

Kıyak Emre, "Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği", *TAAD*, Yıl:6, Sayı:21, Nisan 2015, s.523-548.

Kurt Resul, "10 soruda İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk", *Dünya Gazetesi*, 27 Ekim 2017.

Kurt Resul, "İşçi ve İşveren Zorunlu Arabulucu'ya Nasıl Bakıyor?", *Dünya Gazetesi*, 8 Aralık 2017.

Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Seçkin Yayıncılık, C.VI, İstanbul, 2001, S. 5875.

Kutal Metin, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul (Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey), TİSK Yayını, 15.11.2016., ss.15-17.

Loi Piera, "İtalyan İş Hukukunda Arabuluculuk ve Uzlaşma", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul (Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey) TİSK yayını. ss.121-128.

- Lokmanoglu Salim Yunus, İş Mahkemeleri Kanunu Işığında Arabuluculuk Kavramı TAAD, Yıl:9, Sayı:33, Ocak 2018, 863-885.
- Mahkeme Temelli Arabuluculuk Hizmetleri El Kitabı, Ankara 2017, (Çevrimiçi: <http://www.arabuluculuk.adalet.gov.tr/ekitap/e-k.pdf>) Erişim Tarihi:09.12.2017.
- Mediation, Alternative Dispute Resolution (ADR) and the Alaska Court System, December 1999,(Çevrimiçi:<http://www.ajc.state.ak.us/Reports/medguide99frame.htm>), Erişim tarihi:10.12.2017.
- Muran Hakan, "Arabuluculuk, Mahkemelerin İş Yükünü Mü Yoksa Yargıya Olan Güveni Mi Azaltacaktır?", *İstanbul Barosu Dergisi*, C:86, S.2011/3, İstanbul 2011., ss.43-74.
- Müller Knut, "Alman İş Mahkemeleri Usulü", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul (Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey), TİSK yayını., ss. s.39-88.
- Namlı Mert, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul (Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey) TİSK yayını, ss. 151-166.
- Narmanlıoğlu Ünal, "İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler)", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2017, S.38, (9-21)
- Ocak Saim ve diğerleri, Editör: Prof. Dr. Talat Canbolat. Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Ankara 2017, (Çevrimiçi: <http://www.adb.adalet.gov.tr/katilimcikitabi.pdf>), Erişim tarihi:10.12.2017.
- Odaman Serkan/Eda Karaçöp, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağından Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2016, S.35, (s.51-65),
- Öden Dilemre Begüm, "Arabulucuların Vergilendirilmesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 91, Sayı: 4, Yıl: 2017., ss. 183-189.
- Özbay İbrahim, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", *EÜHFHD*, C.X, ss.459-475.
- Özbek Mustafa Serdar, "Türk Yargı Sisteminde Çok Seçenekli Adliyeler", (Çevrimiçi: <http://dspace.baskent.edu.tr/bitstream/handle/11727/1974/97ffecd9391aaea11b29f8d8cfd1773b.doc?sequence=1&isAllowed=y>), Erişim Tarihi: 10.12.2017.
- Özbek Mustafa Serdar, "Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü," *TBBD* 2007, Yıl 19, S.68, ss.265-320.
- Özbek Mustafa Serdar, "Arabuluculuk İle Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkim", *Yargıtay Dergisi*, Ocak (2017), Cilt: 43, Sayı: 1, s.15-106.
- Özbek Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C.I-II, B.4, Ankara 2016,

- Özdemir Eda Manav, "İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri", *Çalışma ve Toplum*, Sayı:2015/4., ss. s.185-222.
- Özdemir Olgu, "Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, Özel Sayı, Cilt: 1, 2016, s.601-615.
- Özdemir Semih Sırrı, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı: İngiltere'deki Düzenlemeler İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme", *Hacettepe Hukuk Fak. Dergisi*, 2(1) 2012, 55-66,
- Öztek Selçuk, Tasarı Üzerine Genel Değerlendirme, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 150.
- Özmunca Seda, Uzak Doğuda Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununu Çerçevesinde), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.7.
- Özmunca Seda, "Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk", *İÜHFMC*. LXXI, S. 1, 2013. s.1369-1390.
- Özmunca Seda, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", *İÜHFMC*. LXXIV, S. 2, 2016, s.836-842.
- Pekcanitez Hakan, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2005/5,ss.12-16.
- Perçin Ersen Gizem, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri", *MHB Yıl 31, Sayı 2*, 2011, ss.177-201.
- Sander Frank E. A., "Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview, *University of Florida Law Review*", 1985, Vol. 37. s. 1-18.
- Şahin Tuğçem/Çelik Yasin/Ruh Ahmet Cemal, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi, Ocak 2018 / 1. Baskı, s.14-15.
- Şen Ersan, "İş Hukuku Davalarında Zorunlu Arabuluculuk", (Çevrimiçi: www.haber7.com, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2355166-is-hukuku-davalarinda-zorunlu-arabuluculuk>), Erişim Tarihi: 10.12.2017.
- Tanrıver Süha, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *TBB Dergisi*, Sayı 64, 2006. ss.151-177.
- Tanrıver Süha, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış", *Makalelerim III*, Ankara 2011, ss.67- 87.
- Tayfun Recep/Erdem Türk Aylin, "Arabuluculuk Uygulamalarına İlişkin Bir Alan Araştırması (Ankara Örneği)", *TBB Dergisi*, Sayı:2016/122. ss.417-438.
- Tıktık Çiğdem Yazıcı, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013.

Tuğsavul Melis Taşpolat, *Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)*, Yetkin Yayınları, 2012.

Wang Margaret, "Are Alternative Dispute Resolution Methods Superior to Litigation in Resolving Disputes in International Commerce?", *Arbitration International*, V.16, N.2, 2000., ss. 189-212,

Warbeck Johannes, "Alternative Dispute Resolution in the World of Business: a Comparative Analysis of the Use of ADR in the United Kingdom and Germany", *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, Part 2, June 1998,

Yıldırım Ferhat, "Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk", *International Journal of Social Sciences and Education Research*, Sayı:2 (3), ss.926-944.

**AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANININ
KARARLARI IŞIĞINDA HAVAYOLU YOLCU
HAKLARI İLE İLGİLİ 261/2004 SAYILI TÜZÜK**
REGULATION NO 261/2004 ON AIR PASSENGER RIGHTS
IN THE LIGHT OF COURT OF JUSTICE OF
THE EUROPEAN UNION DECISIONS

İlke GÖÇMEN*
Harun KESKİN**

Özet: 261/2004 sayılı Tüzük, Avrupa Birliği (“AB”) bakımından, havayolu yolcusunun rızası hilafına uçağa kabul edilmediği, uçuşu iptal edildiği ya da uçuşu tehir edildiği durumlardaki asgari haklarını düzenlemektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı (“ABAD”), her AB tasarrufu bakımından olduğu gibi, bu Tüzük bakımından da nihai yorum makamı olarak görev üstlenmektedir. Bu Tüzük, uygulamadaki ileri sürülme sıklığına paralel olarak günümüz itibarıyla pek çok ABAD kararına konu olmuştur. Bu çalışmanın amacı, 261/2004 sayılı Tüzük’ü –uyuşmazlık örnekleri ile birlikte– ABAD kararları ışığında ele alarak anlamı ve kapsamı itibarıyla açıklığa kavuşturmadır. Bu amaçla, çalışma boyunca önce Tüzük’teki ilgili kurallar ortaya konmuş, ardından bu kurallar –uyuşmazlık örnekleri ile birlikte– ABAD kararları ışığında ele alınmıştır. Sonuç olarak, ABAD kararlarının bu Tüzük’ü aydınlattığı kadar yeni uygulama veya yorum sorunlarına kapıyı araladığı da görülmüştür. Bu da, bu Tüzük ile ilgili olarak ABAD önündeki başvuruların azalmadan devam edeceğine işaret etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği hukuku, 261/2004 sayılı Tüzük, Havayolu Yolcu Hakları, Avrupa Birliği Adalet Divanı

Abstract: Regarding European Union (“EU”), Regulation No 261/2004 regulates minimum rights of air passengers when they are denied boarding against their will, their flight is cancelled or their flight is delayed. Court of Justice of the European Union (“CJEU”) takes charge in as the final interpretation authority regarding this Regulation, just as with regard to any other EU act. This Regulation has become the subject of a great deal

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, AB Hukuku Anabilim Dalı, igocmen@ankara.edu.tr

** Ar. Gör., Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, hkeskin@law.ankara.edu.tr

of CJEU decisions at the present time, in parallel to its allegation frequency in practice. The aim of this work is to clarify this Regulation as regards its meaning and scope, via examining it in the light of CJEU decisions, along with the cases giving rise to the disputes. To that end, throughout this work, firstly, the relevant rules in this Regulation are set out, then these rules are examined in the light of CJEU decisions, along with the cases giving rise to the dispute. Consequently, it is submitted that in as much as CJEU decisions unravelled this Regulation, they also opened the door slightly to new practical and interpretative problems. This indicates that the appeals before the CJEU regarding this Regulation will continue without decreasing.

Keywords: European Union law, Regulation No 261/2004, Air Passenger Rights, Court of Justice of the European Union

Giriş

Havayolu yolcularının hakları, Avrupa Birliği ("AB") söz konusu olduğunda taşımacılık politikası altında ele alınmakta olup,¹ diğer hukuki düzenlemelerin yanında,² 261/2004 sayılı Tüzük³ ile düzenlenmektedir.⁴ Bu Tüzük, 295/91 sayılı Tüzük'ün⁵ de yerine geçerek⁶ 17 Şubat 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁷ Tüzük, havayolu yolcuları söz konusu olduğunda gündelik hayatta karşılaşmanın olası olduğu havayolu yolcusunun rızası hilafına uçağa kabul edilmediği, uçuşu ip-

¹ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma ("ABİHA") Başlık VI: Taşımacılık, md. 90-100.

² Havayolu yolcularının haklarına ilişkin hukuki düzenlemeler ile ilgili genel olarak bkz. Hülya Göktepe, "Havayolu ile Yolcu Taşımacılığında Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu ve Yolcu Hakları", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 3, 2016, s. 211-223.

³ [2004] OJ L 46/1. Bundan böyle "261/2004 sayılı Tüzük" olarak anılacaktır.

⁴ 261/2004 sayılı Tüzük ile ilgili genel olarak bkz. Kinga Arnold, "Application of Regulation (EC) No 261/2004 on Denied Boarding, Cancellation and Long Delay of Flights", *Air and Space Law*, Cilt: 32, Sayı: 2, 2007, s. 93-107. Michal Bobek & Jeremias Prassl, eds, *Air Passenger Rights: Ten Years on*, Hart Publishing, Oxford, 2016. Francesco Rossi Dal Pozzo, *EU Legal Framework for Safeguarding Air Passenger Rights*, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, s. 144-198. Meltem Deniz Güner Özbek, "Avrupa Birliği'nde ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler", *Legal Hukuk Dergisi*, Sayı: Prof. Dr. Rona Aybay'a Armağan, 2014, s. 1185-1199.

⁵ [1991] OJ L 36/5.

⁶ 261/2004 sayılı Tüzük md. 18.

⁷ 261/2004 sayılı Tüzük md. 19.

tal edildiği ya da uçuşu tehir edildiği durumlardaki asgari haklarını düzenlemektedir.⁸

Avrupa Birliği Adalet Divanı (“ABAD”), her AB tasarrufu bakımından olduğu gibi, 261/2004 sayılı Tüzük bakımından da nihai yorumu gerçekleştirmektedir. Nitekim ABAD, hemen hemen hepsi ön karar prosedürü⁹ üzerinden olan kararlarla, bu Tüzüğü pek çok yönden yorumlamıştır. ABAD’ın bu kararları birbiri ile bağlı üç nedenle önem taşımaktadır: Birincisi, AB tasarruf türlerinden birisini oluşturan “Tüzük”, bütünüyle bağlayıcı olma ve tüm üye devletlerde doğrudan uygulanma özelliklerini haizdir.¹⁰ Başka bir ifadeyle üye devletler, tüzük hükümlerini takdire bağlı ve bazı unsurları itibarıyla seçerek uygulayamayacağı gibi, iç hukuka aktarma işleminde de bulunmaz.¹¹ İkincisi, ABAD bir kuralı yorumladığında, o kuralın yürürlüğe girdiği andan itibaren nasıl anlaşılması ve uygulanması gerektiğini ortaya koyarak o kuralın anlamını ve kapsamını açıklığa kavuşturmakta ve tanımlamaktadır.¹² Üçüncüsü, ön karar prosedürü çerçevesindeki kararlar bir tür içtihat hukuku etkisi yaratır; zira her bir üye devlet mahkemesi, ABAD daha sonraki bir kararı ile dönmediği müddetçe ön karar prosedürü çerçevesindeki önceki kararlar ile bağlı sayılır.¹³

Bu arka planda çalışmamız, 261/2004 sayılı Tüzük’ü -uyuşmazlık örnekleri ile birlikte- ABAD kararları ışığında ele almayı ve böylece bu düzenlemeyi anlamı ve kapsamı itibarıyla açıklamayı amaçlamaktadır. Bu yönden çalışmamız, başta AB hukuku doktrinine katkı sunacak olmakla birlikte, Türkiye’yi de özellikle iki açıdan ilgilendirdiği not düşülmelidir. Birincisi, Türk vatandaşları da, duruma göre, 261/2004 sayılı Tüzük’ün uygulama alanı içerisinde kalabilecek, dolayısıyla bu Tüzük’teki hakları kullanabilecektir. İkincisi, Türkiye, bu Tüzük’e pa-

⁸ 261/2004 sayılı Tüzük md. 1(1).

⁹ ABİHA md. 267.

¹⁰ ABİHA md. 288/2.

¹¹ Bkz. Sanem Baykal & İlke Göçmen, Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 347-348.

¹² Case C-292/04 Wienand Meilicke and Others v Finanzamt Bonn-Innenstadt [2007] ECR I-1835, para 34. İstisnai durumlar tabii ki olabilecektir. Ibid, para 35.

¹³ Trevor Hartley, The Foundations of European Union Law, 7th ed, Oxford University Press, New York, 2010, s. 319.

ralet olarak¹⁴ "Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik"i çıkarmış olup,¹⁵ belki de, bu Yönetmeliği ilgili Tüzük ile uyumlu biçimde yorumlamak söz konusu olabilecektir.¹⁶

Bu çalışma, yukarıda belirtilen amaç doğrultusunda, dört bölüm halinde ilerlemektedir. Öncelikle 261/2004 sayılı Tüzük'ün *uygulama alanı* belirlenecek, daha sonra ise bu Tüzük ile havayolu yolcularına hak tanınan *haller* ile tanınan *haklar* sırasıyla ortaya konacak, en son da bu Tüzük'teki birtakım *diğer* düzenlemelere yer verilecektir. Çalışma boyunca önce Tüzük'teki ilgili kurallar ortaya konacak, ardından bu kurallar -uyuşmazlık örnekleri ile birlikte- ABAD kararları ışığında ele alınacaktır.

1. 261/2004 sayılı Tüzük'ün Uygulama Alanı

261/2004 sayılı Tüzük; yalnızca havaalanının bulunduğu yer, yolcular, hava araçları ve hava taşıma işletmeleri ile ilgili birtakım koşullar *aynı anda* sağlanıyorsa uygulama alanı bulabilmektedir (Şekil 1).

261/2004 sayılı Tüzük'ün uygulama alanı içerisinde kalmak için, birincisi, havaalanının bulunduğu yer ile ilgili birtakım koşullar mevcuttur. Bu bakımdan 261/2004 sayılı Tüzük iki yolcu kategorisini kapsar:¹⁷

- (i) bir üye devletin ülkesindeki havaalanlarından ayrılan yolcular,
- (ii) bir üye devletin ülkesindeki havaalanına varmak üzere bir

¹⁴ Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik md. 3(1/b).

¹⁵ Resmî Gazete Tarihi: 03.12.2011, Resmî Gazete Sayısı: 28131.

¹⁶ Bu yönden örneğin bkz. İlke Göçmen, "Avrupa Birliği ile Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Türk Mahkemelerinin Avrupa Birliği Hukuku Karşısındaki Tutumuna Yönelik Bir Öneri: AB-Dostu Yorum Yöntemi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 63, Sayı: 1, 2014, s. 131-167. Nitekim Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik ile ilgili çalışmalarda da 261/2004 sayılı Tüzük ve buna ilişkin ABAD kararlarının yer aldığı görülmektedir. Örneğin bkz. İlknur Serdar, "Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik Kapsamında Yolcuların Hakları", *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, Sayı: 8, 2013, s. 2327-2421. Ayrıca bkz. Sami Aksoy, "Havayolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik", *Güncel Hukuk*, Sayı: Ocak, 2012, s. 54 vd.

¹⁷ 261/2004 sayılı Tüzük md. 3(1).

üçüncü devletin ülkesindeki havaalanlarından ayrılan yolcular, eğer uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi Birlik taşıyıcısı ise ve ilgili üçüncü devlette yarar veya tazminat ve yardım almadılarsa.

261/2004 sayılı Tüzük'ün uygulama alanı içerisinde kalmak için, ikincisi, yolcular ile ilgili birtakım diğer koşullar mevcuttur. Bu bakımdan yolcular ayrıca şu koşulları taşıyor olmalıdır:¹⁸

(i) Yolcu, ilgili uçuş için onaylanmış rezervasyona sahip olmalıdır ve uçuş iptali durumu hariç olmak üzere,

-hava taşıma işletmesinin, tur operatörünün veya yetkili seyahat acentesinin önceden ve (elektronik ortam da dâhil) yazılı olarak belirttiği saatte ve öngörülen şekilde

ya da

-herhangi bir zaman belirtilmediği takdirde, ilan edilen hareket saatinden en geç kırk beş dakika önce

uçuş öncesi kontrole (*check-in*) başvurmuş olmalıdır *veya*

(ii) Yolcu, bir hava taşıma işletmesi veya tur operatörü tarafından, herhangi bir sebeple, bilette belirtilen uçuştan başka bir uçuşa aktarılmış olmalıdır.

Bununla birlikte 261/2004 sayılı Tüzük, ücretsiz seyahat eden veya doğrudan ya da dolaylı olarak halka açık olmayan indirimli biletle seyahat eden yolculara uygulanmaz.¹⁹

261/2004 sayılı Tüzük'ün uygulama alanı içerisinde kalmak için, üçüncüsü ve dördüncüsü, hava araçları ve hava taşıma işletmeleri ile ilgili birtakım koşullar mevcuttur. Bu bakımdan 261/2004 sayılı Tüzük, bu Tüzük kapsamında bulunan, motorlu ve sabit kanatlı hava araçlarıyla taşınan yolculara²⁰ ve onlara ulaşım sunan her hava taşıma işletmesine uygulanır.²¹

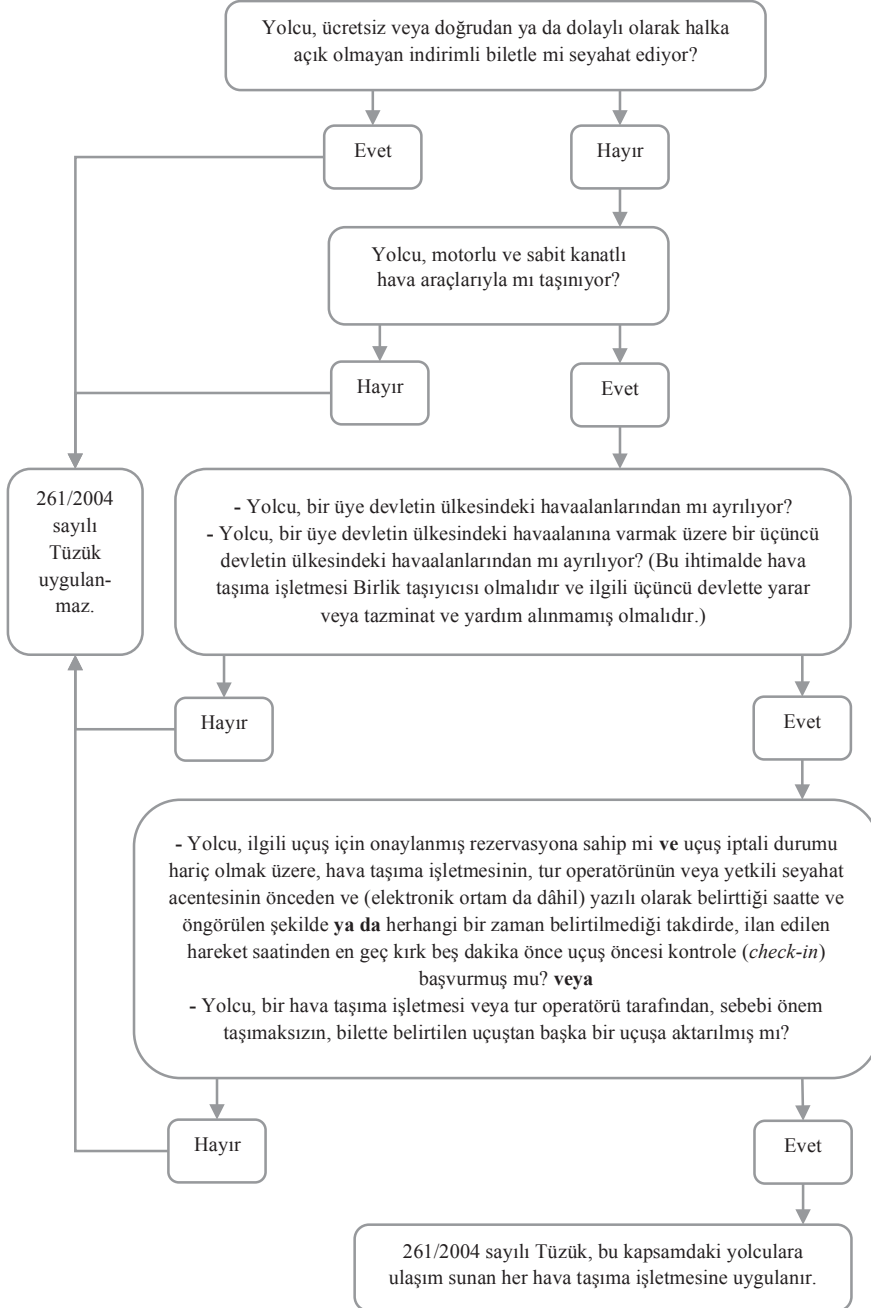
¹⁸ 261/2004 sayılı Tüzük md. 3(2).

¹⁹ 261/2004 sayılı Tüzük md. 3(3).

²⁰ 261/2004 sayılı Tüzük md. 3(4).

²¹ 261/2004 sayılı Tüzük md. 3(5).

Şekil 1: 261/2004 sayılı Tüzük'ün Uygulama Alanı



261/2004 sayılı Tüzük'ün uygulama alanı ile ilgili uyuşmazlıklar, en azından bugüne kadar, havaalanının bulunduğu yer koşulu ile ilgili olarak ortaya çıkmıştır. *Emirates Airlines* davasında²² Dr. Schenkel, Almanya'da Emirates Havayolları'ndan Düsseldorf'tan (Almanya) Dubai (Birleşik Arap Emirlikleri) üzerinden Manila'ya (Filipinler) bir gidiş dönüş bileti almıştır. Dr. Schenkel, Manila'dan dönüş için 12 Mart 2006 tarihli uçuşa rezervasyon yaptırmış, ancak uçuş teknik problemler nedeniyle iptal edilmiştir. Dr. Schenkel, 14 Mart 2006 günü Manila'dan Düsseldorf'a gelebilmiştir. Dr. Schenkel, ulusal mahkeme önünde dava açarak 261/2004 sayılı Tüzük md. 5 ve 7 çerçevesinde Emirates'ten 600 Avro tazminat talep etmiştir. Dr. Schenkel'e göre gidiş ve dönüş uçuşları birbirinden ayrılamaz tek bir uçuş sayılmalıdır ve kendisi "bir üye devletin ülkesindeki havaalanlarından ayrılan yolcu" olarak 261/2004 sayılı Tüzük'ün uygulama alanı içinde kalmaktadır. Emirates'e göre ise gidiş ve dönüş uçuşları ayrı ayrı uçuş sayılmalıdır ve dönüş uçuşu bakımından kendisi "Birlik taşıyıcısı" olmadığından 261/2004 sayılı Tüzük somut uyuşmazlığa uygulanabilir değildir. Ulusal mahkeme, ABAD'a ön karar başvurusu yaparak 261/2004 sayılı Tüzük'ün somut olaydaki gibi bir gidiş dönüş uçuşu açısından uygulanabilir olup olmadığı sorusunu yöneltmiştir.

ABAD, *Emirates Airlines* kararı ile havaalanının bulunduğu yer ile bağlantılı olarak "uçuş" kavramını açıklığa kavuşturmuştur.²³ ABAD'a göre²⁴ 261/2004 sayılı Tüzük bakımından her bir uçuş, yani gidiş uçuşu ve dönüş uçuşu, tek başına değerlendirilmelidir, dolayısıyla 261/2004 sayılı Tüzük, bir yolcunun ilk olarak bir üye devletin ülkesindeki havaalanlarından ayrıldığı ve sonra o havaalanına geri döndüğü gidiş ve dönüş uçuşlarının bütünü bakımından uygulanabilir değildir. Bu bakımdan gidiş ve dönüş uçuşlarının tek bir rezervasyona tâbi olup olmadığı da önem taşımaz.

Herhangi bir uyuşmazlık 261/2004 sayılı Tüzük'ün uygulama alanı içinde kalıyorsa, bu kez de, bu Tüzük ile havayolu yolcularına hak tanınan hallerden birinin var olup olmadığına bakmak gerekir.

²² Case C-173/07 *Emirates Airlines - Direktion für Deutschland v Diether Schenkel* [2008] ECR I-5237.

²³ "Uçuş" kavramı özelinde bir çalışma için bkz. Michael Chatzpanagiotis, "Notion of Flight under Regulation (EC) No. 261/2004", *Air and Space Law*, Cilt: 37, Sayı: 3, 2012, s. 245-258.

²⁴ *Emirates Airlines*, dn. 22, paras 22-53.

2. 261/2004 sayılı Tüzük ile Havayolu Yolcularına Hak Tanınan Haller

261/2004 sayılı Tüzük; yalnızca uçağa kabul edilmeme, uçuş iptali ve uçuş tehiri hallerinden birisi söz konusu olduğunda havayolu yolcularına belirli haklar tanımaktadır. Bu haller aşağıda sırasıyla ele alınmaktadır.

2.1. Uçağa Kabul Edilmeme (4. Madde)

Bu başlıkta öncelikle uçağa kabul edilmeme²⁵ tanımlanacak, sonra uçağa kabul edilmeme halinde hava taşıma işletmesine yüklenen yükümlülükler üstünde durulacak, en son olarak da bu hal ilgili ABAD kararları ışığında ele alınacaktır.

Uçağa kabul edilmeme, 261/2004 sayılı Tüzük'ün tanımladığı kavramlar arasındadır. Buna göre uçağa kabul edilmeme, 261/2004 sayılı Tüzük'ün uygulama alanı içerisinde kalan²⁶ ve binış için hazır bulunan bir yolcunun taşınmasının reddi anlamına gelir.²⁷ Bununla birlikte sağlık, emniyet veya güvenlik sebepleri ya da yetersiz seyahat belgeleri gibi makul sebeplerle bir uçuşta bir yolcuyu taşımanın reddi uçağa kabul edilmeme sayılmaz.²⁸

Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, uçağa kabul edilmeme halinde birtakım yükümlülükler altında bırakılmıştır. Buna göre²⁹ bu işletme;

(i) bir uçuşta uçağa kabul edilmeme durumunun olacağı makul beklentisi içindeyse, ilk olarak, yararlar karşılığında rezervasyonundan feragat edecek gönüllüler için duyuru yapar.

(ii) yeterli sayıda gönüllü çıkmadığı takdirde yolcuları kendi iradeleri dışında uçağa kabul etmeyebilir, ancak bu halde kendi iradeleri dışında uçağa kabul edilmeyen yolcular bakımından 7. madde çerçes-

²⁵ Uçağa kabul edilmeme özelinde bir çalışma için bkz. Banu Bozkurt Bozabalı & Elif Çağla Çelik, "Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik Kapsamında Yolcunun Uçağa Kabul Edilmemesi", *Legal Hukuk Dergisi*, Sayı: 167, 2016, s. 6091-6103.

²⁶ 261/2004 sayılı Tüzük md. 3(2).

²⁷ 261/2004 sayılı Tüzük md. 2/j.

²⁸ 261/2004 sayılı Tüzük md. 2/j.

²⁹ 261/2004 sayılı Tüzük md. 4.

vesinde tazminat ve 8. ve 9. madde çerçevesinde yardım yükümlülüklerini derhal yerine getirir.

Uçağa kabul edilmeme ile ilgili ilk mesele, uçağa kabul edilmemenin, yalnızca kapasite fazlası satış (*overbooking*) nedeniyle mi, yoksa makul sebepler hariç, herhangi bir nedenle mi bir yolcuyu taşımanın reddi şeklinde anlaşılması gerektiği olmuştur. *Finnair* davasında³⁰ Finnair Havayolları, 28 Temmuz 2006 tarihinde Barselona havaalanı çalışanlarının grevi nedeniyle 11.40'taki Barselona (İspanya) - Helsinki (Finlandiya) uçuşunu iptal etmek zorunda kalmış, bu nedenle müteakip uçuşlar yeniden planlanmıştır. Bay Lassooy, 30 Temmuz 2006 tarihli 11.40 Barselona - Helsinki uçuşu için bilet almış, gereği gibi uçuş öncesi kontrole (*check-in*) başvurmuş ve biniş için hazır bulunmuştur, ancak Finnair'in yeniden planlaması nedeniyle uçağa kabul edilmemiş ve o gün 21.40'taki özel uçuş ile Helsinki'ye gidebilmiştir. Bay Lassooy, ulusal mahkeme önünde dava açarak 261/2004 sayılı Tüzük md. 4 ve 7 çerçevesinde Finnair'den 400 Avro tazminat talep etmiştir.

Finlandiya'nın ilk ve üst derece ulusal mahkemeleri, Bay Lassooy'un talebi çerçevesinde 261/2004 sayılı Tüzük'ü birbirinden farklı biçimde yorumlamıştır. Helsinki Bölge Mahkemesi'nin 19 Aralık 2008 tarihli kararına göre 261/2004 sayılı Tüzük, yalnızca ekonomik nedenlerle kapasitesi fazlası rezervasyonun bir sonucu ise tazminat öngörmektedir. Oysaki somut uyuşmazlıkta Finnair, Barselona havaalanı çalışanlarının grevi nedeniyle uçuşlarını yeniden planlamak zorunda kalmıştır ve bu grev, Finnair'in tüm makul tedbirleri aldığı olağanüstü bir hal oluşturmaktadır. Dolayısıyla Bay Lassooy'un tazminat talebi yerinde değildir. İtiraz üzerine, Helsinki İstinaf Mahkemesi'nin 31 Ağustos 2009 tarihli kararına göre ise 261/2004 sayılı Tüzük, uçağa kabul edilmeme yönünden kapasite fazlası rezervasyonun yanı sıra kimi operasyonel sebepler halinde de uygulanır. Bu nedenle bir hava taşıma işletmesi, grev ile bağlantılı sebeplerle tazminat ödemekten kurtulamaz. Öyleyse Bay Lassooy'un tazminat talebi yerindedir. Nihayet, temyiz üzerine Yüksek Mahkeme, ABAD'a ön karar başvurusu yaparak 261/2004 sayılı Tüzük çerçevesinde uçağa kabul edilmemenin tam olarak ne anlama geldiği ile ilgili sorular yöneltmiştir.

³⁰ Case C-22/11 *Finnair Oyj v Timy Lassooy* [2012] ECLI:EU:C:2012:604.

ABAD, *Finnair* kararıyla birlikte uçağa kabul edilmeme ile ilgili bu meseleyi üç yönden açığa kavuşturma fırsatını yakalamıştır. ABAD'a göre³¹ birincisi, 261/2004 sayılı Tüzük çerçevesinde "uçağa kabul edilmeme", yalnızca kapasite fazlası rezervasyon nedeniyle uçağa kabul edilmeme halleri ile sınırlı değildir, aynı zamanda örneğin operasyonel sebepler gibi başka sebeplerle uçağa kabul edilmeme halleri ile de ilgili olabilir. İkincisi, 261/2004 sayılı Tüzük çerçevesinde "olağanüstü haller" meydana gelmesi neticesinde bir hava taşıma işletmesinin uçuşlarını yeniden planlaması, daha sonraki uçuşlarda uçağa kabul edilmeme açısından bir gerekçe oluşturmayacağı gibi, işletmeyi bu uçuşlarda uçağa kabul edilmeyen yolcuya tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtarmak bakımından da bir gerekçe oluşturmaz.

Uçağa kabul edilmeme ile ilgili bir başka mesele aktarmalı uçuşlarda ortaya çıkmıştır. *Rodríguez Cachafeiro and Martínez-Reboredo Varela-Villamor* davasında,³² Bay Rodríguez Cachafeiro ve Bayan Martínez-Reboredo Varela-Villamor, Iberia Havayolları'ndan Corunna'dan (İspanya) Santo Domingo'ya (Dominik Cumhuriyeti) gidiş için bilet almış olup bu bilet iki uçuşu içermektedir: 4 Aralık 2009 tarihli ve 13:30-14:40 saatli Corunna - Madrid uçuşu ve 4 Aralık 2009 tarihli ve 16:05-19:55 saatli Madrid - Santo Domingo uçuşu. Bu kişiler, gereği gibi³³ Corunna havaalanında uçuş öncesi kontrole (*check-in*) başvurmuştur ve müteakip uçuşlar için iki biniş kartı almıştır. Iberia, ilk uçuş 1 saat 25 dakika ertelenince 15.17'de bu kişilerin Madrid'den 16.05 hareket saatli uçuş için olan biniş kartlarını iptal etmiştir. Bu kişiler, Madrid'e vardıklarında yolculara yönelik son biniş çağrısı esnasında çıkış kapısında hazır bulunmalarına rağmen Iberia personeli, biniş kartlarının iptal edildiği ve koltuklarının başka yolculara tahsis edildiği gerekçesiyle bu kişilere biniş izni vermemiştir. Bu yolcular, ancak bir gün sonraki başka bir uçuşla ve 27 saat gecikmeli olarak Santo Domingo'ya varabilmiş, bunun üzerine 23 Şubat 2010 tarihinde uçağa kabul edilmeme temelinde tazminat talebiyle ulusal mahkemeye başvurmuştur. Iberia'ya göre somut uyumsuzlukta "uçağa kabul edilmeme" yoktur;

³¹ Ibid, paras 18-40.

³² Case C-321/11 *Germán Rodríguez Cachafeiro and María de los Reyes Martínez-Reboredo Varela-Villamor v Iberia, Líneas Aéreas de España SA* [2012] ECLI:EU:C:2012:609, paras 10-17.

³³ 261/2004 sayılı Tüzük md. 3(2). Bkz. dn. 22.

çünkü kapasite fazlası satış (*overbooking*) nedeniyle değil, ilk uçuşun tehiri nedeniyle bu kişiler uçağa kabul edilmemiştir. Ulusal mahkeme, ilgili kişilerin durumunun 261/2004 sayılı Tüzük kapsamında “uçağa kabul edilmeme” sayılıp sayılmadığı ile ilgili olarak ABAD’a ön karar başvurusu yapmıştır.

ABAD, *Rodríguez Cachafeiro and Martínez-Reboredo Varela-Villamor* kararı ile birlikte aktarmalı uçuşlar ile uçağa kabul edilmeme arasındaki ilişkiyi ortaya koymuştur. ABAD’a göre³⁴ 261/2004 sayılı Tüzük, “uçağa kabul edilmeme” ile ekonomik nedenlerle hava taşıma işletmesinin bir uçuşta kapasite fazlası satışı (*overbooking*) arasında bir bağ kurmamaktadır. Bilakis, uçağa kabul edilmeme, bir hava taşıma işletmesinin bir yolcuyla taşımayı reddedebileceği tüm durumları içerecek biçimde geniş yorumlanmalıdır. Öyleyse, somut uyuşmazlıktaki durum da uçağa kabul edilmeme olarak kabul edilmelidir. Dahası, her ne kadar sağlık, emniyet veya güvenlik sebepleri ya da yetersiz seyahat belgeleri *gibi* makul sebeplerle bir uçuşta bir yolcuyla taşımanın reddi uçağa kabul edilmeme sayılmıyorsa da, somut uyuşmazlıktaki gibi işletmeyle ilgili sebepler bu listenin içinde sayılamaz.

261/2004 sayılı Tüzük uçağa kabul edilmemenin yanı sıra uçuş iptali halinde de havayolu yolcularına belirli haklar tanımaktadır.

2.2. Uçuş İptali (5. Madde)

Bu başlıkta uçuş iptali tanımlandıktan sonra ilkin iptal halinde hava taşıma işletmesine yüklenen yükümlülükler üstünde durulacak, daha sonra da bu hal ilgili ABAD kararları ışığında ele alınacaktır.

Uçuş iptali, önceden planlanan ve en azından bir yer için rezervasyon yaptırılan bir uçuşun icra edilmemesi olup³⁵ uçuş iptali halinde uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi birtakım yükümlülükler altında bırakılmıştır. Buna göre³⁶ bu işletme;

(i) ilgili yolcuya 8. madde ile 9(1/a) ve 9(2). madde çerçevesinde yardım teklif etmelidir.

³⁴ Rodríguez Cachafeiro and Martínez-Reboredo Varela-Villamor, dn. 32, paras 18-36.

³⁵ 261/2004 sayılı Tüzük md. 2(l).

³⁶ 261/2004 sayılı Tüzük md. 5.

(ii) güzergâh değişikliği halinde, yeni uçuşun makul olarak tahmin edilen planlanan hareket saati iptal edilen uçuş için planlanan hareket saatinden en azından bir gün sonraysa ilgili yolcuya 9(1/b) ve 9(1/c). madde çerçevesinde yardım teklif etmelidir.

(iii) ilgili yolcuya *kural olarak* 7. madde çerçevesinde tazminat verilmelidir. Bununla birlikte, aşağıdaki hallerde tazminat hakkı ortadan kalkar:

-ilgili yolcu planlanan hareket saatinden en az iki hafta önce uçuşun iptali konusunda haberdar edildiyse,

-ilgili yolcu planlanan hareket saatinden iki hafta öncesi ile yedi gün öncesi arasında bir zamanda uçuşun iptali konusunda haberdar edildiyse ve o yolcunun planlanan hareket saatinden en çok iki saat öncesi içinde hareket edebileceği ve nihai varış yerine planlanan varış saatinden en çok dört saat sonrası içinde varabileceği şekilde bir güzergâh değişikliği teklif edildiyse,

-ilgili yolcu planlanan hareket saatinden önceki bir hafta içinde uçuşun iptali konusunda haberdar edildiyse ve o yolcunun planlanan hareket saatinden en çok bir saat öncesi içinde hareket edebileceği ve nihai varış yerine planlanan varış saatinden en çok iki saat sonrası içinde varabileceği şekilde bir güzergâh değişikliği teklif edildiyse,

-işletme, uçuş iptalinin tüm makul tedbirler alınsaydı bile kaçınılamayacak olağanüstü haller nedeniyle olduğunu kanıtlarsa.

Bundan başka, ilgili yolcu uçuşun iptali konusunda haberdar edildiğinde olası alternatif ulaşım yolları hakkında da bilgilendirilmelidir. Dahası, yolcunun uçuşun iptali konusunda haberdar edilip edilmediği ve ne zaman haberdar edildiğine ilişkin ispat yükü işletme üzerindedir.

Uçuş iptali ile ilgili zengin bir içtihat hukuku oluşmuş olup, ilk olarak, uçuş iptalinin tanımının içeriği ele alınabilir. *Sousa Rodríguez and Others* davasında³⁷ yedi kişi, Paris'ten (Fransa) Vigo'ya (İspanya) Charles de Gaulle havaalanından 25 Eylül 2008 tarihinde saat 19.40'ta gitmek üzere Air France Havayolları'ndan bilet almıştır. Uçak, plan-

³⁷ Case C-83/10 *Aurora Sousa Rodríguez and Others v Air France SA* [2011] ECLI:EU:C:2011:652, paras 19-24.

landığı gibi havalanırsa da teknik bir hatadan ötürü birkaç dakika içinde Charles de Gaulle havaalanına geri dönmüş ve tekrar havalanmamıştır. Bir yolcu, aynı gün, Bilbao aktarmalı olarak Paris'ten Vigo'ya uçmuştur. Üç yolcu, 26 Eylül 2008 tarihli ve 7.05 hareket saatli Paris'ten (Orly havaalanı) Porto'ya (Portekiz) olan uçuşa aktarılmış ve oradan Vigo'ya taksi ile geçmiştir. Diğer üç yolcu da, 26 Eylül 2008 tarihli ve 19.40 hareket saatli Paris'ten Vigo'ya olan uçuşa aktarılmıştır. Uçuş günü bir sonraki güne kalan yolculardan biri hariç, diğerleri, Air France'ten ne konaklama ne de yardım almıştır. Bu yedi kişi, Air France karşısında ulusal mahkeme önünde dava açarak 261/2004 sayılı Tüzük md. 7 çerçevesinde tazminat ve ayrıca uğradıkları manevi zarar nedeniyle tazminat istemektedir. Bunun dışında bir yolcu, Porto havaalanından Vigo'ya olan taksi transfer ücretini, bir diğeri de, Paris havaalanındaki yemek masraflarını ve kulübede tutulan köpeği için ödediği ekstra ücreti talep etmektedir. Ulusal mahkeme, ABAD'a ön karar başvurusu yaparak, diğerinin yanında,³⁸ şu soruyu sormuştur: Uçuş iptali, yalnızca ilgili uçağın hiçbir biçimde kalkış yapamadığı durumları mı içerir, yoksa ilgili uçağın kalkış yapmış olmakla birlikte teknik bir hatadan ötürü kalkış yaptığı havaalanına geri dönmek zorunda kaldığı durumları da içerir mi?

ABAD, *Sousa Rodríguez and Others* kararı ile uçuş iptalinin tanımının neyi kapsadığı ile ilgili yorum yapmıştır. ABAD'a göre³⁹ uçuş iptali, önceden planlanan ve en azından bir yer için rezervasyon yaptırılan bir uçuşun icra edilmemesi şeklinde tanımlanmış olup bu yönden öncelikle "uçuş" kavramının anlamı belirlenmelidir. "Uçuş", bir hava taşıma işleminin bir "birimi" olup seyahat planını belirleyen hava taşıma işletmesi tarafından icra edilir ve seyahat planı uçuşun esaslı unsurudur. Seyahat planı, kalkış havaalanından varış havaalanına sabit bir plana göre uçakla yapılan yolculuk anlamına gelir. Dolayısıyla bir uçuşun icra edilmiş sayılabilmesi için yalnızca seyahat planına göre kalkış yapmış olması yeterli değildir, aynı zamanda seyahat planındaki varış yerine de ulaşmış olmalıdır. Dahası, "uçuş iptali", uçuşun iptal edildiğine ilişkin açık bir kararın alınmış olmasını gerektirmez.

³⁸ Diğer mesele, "ilave tazminat" (264/2001 sayılı Tüzük md. 12) ile ilgili olup aşağıda ayrıca ele alınmaktadır. Bkz. "4. 261/2004 sayılı Tüzük Çerçevesinde Birtakım Diğer Düzenlemeler".

³⁹ *Sousa Rodríguez and Others*, dn. 37, paras 25-35.

Uçuş iptali açısından önemli olan, ilgili yolcu bakımından uçuşun orijinal planının terk edilmiş olmasıdır. Somut uyumsuzluk bakımından tüm davacılar diğer uçuşlara aktarılmıştır, öyleyse bu yolcuların orijinal olarak planlanan uçuşu “iptal edilmiş” sayılmalıdır. Son olarak, somut uyumsuzlukta gibi, bir uçağın kalkış yaptığı havaalanına dönme sebebi “uçuş iptali” sınıflandırması yönünden ilgili olmayıp, ancak tazminat hakkı çerçevesinde olağanüstü hallerin var olup olmadığının tespitinde önem arz edebilecektir.

Sousa Rodríguez and Others kararını takiben neyin “uçuş iptali” olup neyin olmadığı ile ilgili ön karar başvuruları devam etmiştir. *Wunderlich* davasında⁴⁰ Bayan Wunderlich, 13 Eylül 2014 tarihli ve 11.40 hareket ve 13.00 varış saatli Burgas’tan (Bulgaristan) Dresden’e (Almanya) bir uçuş için rezervasyon yaptırmıştır. İlgili uçak gününde ve saatinde havalanmış, ancak Prag’da (Çekya) planlanmayan bir duraklama gerçekleştirdikten sonra 2 saat 20 dakikalık bir gecikmeyle Dresden’e inmiştir. Bayan Wunderlich, bunun üzerine uçuş iptali nedeniyle tazminat talebiyle ulusal mahkeme önünde dava açmış, ulusal mahkeme de uçuş iptali kavramının yorumu için ABAD’a ön karar başvurusu yapmıştır. ABAD’a göre⁴¹ bir uçuş yönünden hareket yeri ve varış yeri planlanan sefer tarifesine göre yapılmış, ancak bu esnada planlanmayan bir duraklama gerçekleşmişse böyle bir uçuş iptal edilmiş olarak kabul göremez.

İkinci olarak, uçuş iptali ile bağlantı olarak “varış saati” ile ne anlaşılması gerektiği konusu gündeme gelmiştir. *Germanwings* davasında⁴² ulusal mahkeme ABAD’a ön karar başvurusu yaparak “varış saati” ile kastedilenin (i) varış havaalanındaki piste değdiği an mı, (ii) uçağın park pozisyonuna eriştiği ve park frenlerinin çekildiği veya takozların uygulandığı an mı, (iii) uçağın kapılarının açıldığı an mı, yoksa (iv) tarafların ortak mutabakat ile tanımladığı an mı olduğu sorusunu yöneltmiştir. ABAD’a göre⁴³ “varış saati” kavramı AB çapında birörnek uygulanacak biçimde yorumlanmalıdır. Uçuş esnasında yolcular,

⁴⁰ Case C-32/16 Ute Wunderlich v Bulgarian Air Charter Limited [2016] ECLI:EU:C:2016:753, paras 7-12.

⁴¹ Ibid, para 27.

⁴² Case C-452/13 Germanwings GmbH v Ronny Henning [2014] ECLI:EU:C:2014:2141, para 12.

⁴³ Ibid, paras 13-27.

hava taşıma işletmesinin talimatları ve kontrolü altında, teknik sebepler ve güvenlik sebepleri ile dış dünya ile iletişim imkânlarının oldukça kısıtlandığı kapalı bir alanda tutulmaktadır. Öyleyse “varış saati” kavramı ile kastedilen bahsedilen bu durumun sona erdiği an olarak anlaşılmalı olup bu da, o andan itibaren yolcuların uçağı terk edebilecekleri varsayımı altında, ilke olarak, uçağın kapılarının açıldığı an olarak belirtilebilir.

Üçüncü olarak, ilgili yolcunun planlanan hareket saatinden belirli bir süre önce uçuşun iptali konusunda haberdar edilmesi hususu yorumlanmıştır. *Krijgsman* davasında⁴⁴ Bay Krijgsman, “www.gate1.nl” internet sitesi üzerinden SLM Havayolları’nın icra ettiği ve 14 Kasım 2014 tarihli ve 15.15 hareket saatli Amsterdam’dan (Hollanda) Paramaribo’ya (Surinam) uçuşu için rezervasyon yaptırmıştır. 9 Ekim 2014 tarihinde SLM, Gate 1 web sitesini bu uçuşun iptali hakkında bilgilendirmiştir. 4 Kasım 2014 tarihinde Bay Krijgsman, Gate 1 web sitesinden uçuşunun 15 Kasım 2014 tarihine kaydırıldığı bilgisini içeren bir e-mail almış, 20 Aralık 2014 tarihinde bu durum nedeniyle SLM’den tazminat talep etmiştir. 5 Mart 2015 tarihinde SLM, 9 Ekim 2014 tarihinde Gate 1 web sitesine uçuş iptali ile ilgili bilgiyi aktardığını gerekçe göstererek bu talebi geri çevirmiştir. 12 Haziran 2015 tarihinde Gate 1 web sitesi de, uçuş iptali durumunda yolcuyu bilgilendirme sorumluluğunun hava taşıma işletmesinde olduğunu belirterek herhangi bir sorumluluğu olmadığını bildirmiştir. Nihayetinde konu ulusal mahkeme önüne taşınmış, bu mahkeme de, 261/2004 sayılı Tüzük’te sözleşme seyahat acentesi veya web sitesi aracılığıyla yapıldığında uçuş iptali hakkında yolcuyu kimin bilgilendireceğinin açık olmadığı düşüncesiyle ABAD’a ön karar başvurusu yapmıştır.

ABAD, *Krijgsman* kararı ile birlikte uçuş iptali ve bilgilendirme yükümlülüğü arasındaki ilişkiyi aydınlatmıştır. ABAD’a göre⁴⁵ 261/2004 sayılı Tüzük gereği uçuş iptali nedeniyle tazminat hakkı, eğer ilgili yolcu planlanan hareket saatinden en az iki hafta önce uçuşun iptali konusunda haberdar edildiyse ortadan kalkar. Yine Tüzük gereği yolcunun uçuşun iptali konusunda haberdar edilip edilmediği ve ne

⁴⁴ Case C-302/16 Bas Jacob Adriaan Krijgsman v Surinaamse Luchtvaart Maatschappij NV [2017] ECLI:EU:C:2017:359, paras 9–18.

⁴⁵ Ibid, paras 19–31.

zaman haberdar edildiğine ilişkin ispat yükü hava taşıma işletmesine düşer. Öyleyse bir uçuşu icra eden veya icra etmeye niyetlenen hava taşıma işletmesi, uçuş iptali nedeniyle tazminat hakkı ile bağlantılı bilgilendirme yükümlülüğü de dâhil, bu Tüzük'teki yükümlülüklerini yerine getirmekteki başarısızlığı nedeniyle yolcuları tazmin etmekten tek başına sorumludur. Bununla birlikte, bu işletmenin 261/2004 sayılı Tüzük md. 13 uyarınca tazminat ödedikten sonra, uygulanacak hukuka uygun olarak, üçüncü taraflar dâhil, herhangi bir kişiden tazminat talebinde bulunma hakkı olduğu hatırlatılmalıdır.

Dördüncü olarak, uçuş iptali ile ilgili pek çok uyuşmazlık tazminat hakkı ile olağanüstü haller arasındaki ilişki bağlamında karşımıza çıkmaktadır.⁴⁶ *Wallentin-Hermann* davasında⁴⁷ Bayan Wallentin-Hermann, Alitalia Havayolları'ndan Viyana'dan (Avusturya) Roma üzerinden Brindisi'ye (İtalya) uçmak için kendisi, eşi ve kızı adına üç koltuk satın almıştır. Bu uçuş, Viyana'dan 28 Haziran 2005 tarihinde saat 6:45'te gerçekleşecek ve Brindisi'ye varış aynı gün 10:35'te olacaktır. Üç yolcu, uçuş öncesi kontrolden (*check-in*) sonra ve planlanan kalkış zamanından beş dakika önce uçuşlarının iptal edildiği bilgisini almış ve bir başka hava taşıma işletmesi ile Roma'ya gönderilmiştir. Bununla birlikte bu üç yolcu, Roma'ya aktarma uçuşlarının 20 dakika gerisinde varınca daha sonraki bir uçuş ile ancak 14:15'te Brindisi'ye varabilmiştir. Alitalia'nın Viyana'dan olacak uçuşunun iptali, türbindeki karmaşık bir motor arızasından kaynaklanmış olup bu durum kontrol esnasında bir gün öncesinde fark edilmiştir. Alitalia, 28 Haziran 2005 tarihinde saat 1:00'da arızadan haberdar edilmiştir. Uçak ise ancak 8 Temmuz 2005 tarihi itibarıyla tamir edilebilmiştir. Bayan Wallentin-Hermann, önce Alitalia'ya başvurmuş, bundan sonuç alamayınca dava açarak 261/2004 sayılı Tüzük md. 5 ve 7 çerçevesinde Alitalia'dan 250 Avro tazminat talep etmiştir. Alitalia ise "tüm makul tedbirler alınsaydı bile kaçınılamayacak olağanüstü haller nedeniyle uçuş iptali olduğu", dolayısıyla tazminattan kurtulduğu kanısındadır.

⁴⁶ Bu meyanda bkz. Alexander Milner, "Regulation EC 261/2004 and 'Extraordinary Circumstances'", *Air and Space Law*, Cilt: 34, Sayı: 3, 2009, s. 220.

⁴⁷ Case C-549/07 Friederike Wallentin-Hermann v Alitalia - Linee Aeree Italiane SpA [2008] ECR I-11061. Bu karar ile ilgili karar incelemeleri için bkz. John Balfour, "The Extraordinary Circumstances Defence in EC Regulation 261/2004 after Wallentin-Hermann v. Alitalia", *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, Cilt: 58, Sayı: 2, 2009, s. 224-231.

Ulusal mahkeme, ABAD'a ön karar başvurusu yaparak 261/2004 sayılı Tüzük çerçevesinde uçuş iptali ve olağanüstü haller ile ilgili sorular yöneltmiştir.

ABAD, *Wallentin-Hermann* kararıyla birlikte "olağanüstü haller" kavramını yorumlamıştır.⁴⁸ ABAD'a göre⁴⁹ 261/2004 sayılı Tüzük çerçevesinde bir uçuşun iptaline sebebiyet veren bir uçaktaki teknik bir problem, tek başına, "olağanüstü haller" kavramı içinde kalmaz. Bununla birlikte bu problem, niteliği veya kökeni gereği, ilgili hava taşıma işletmesinin etkinliklerinin normal işleyişinin parçası olmayan ve gerçekten kontrolü dışındaki olaylardan kaynaklanıyorsa "olağanüstü haller" kavramı içinde kalır. Bundan başka, bir hava taşıma işletmesinin yaşadığı teknik problemlerin sıklığı, tek başına, 261/2004 sayılı Tüzük çerçevesinde "olağanüstü haller" in varlığının veya yokluğunun ortaya konabileceği bir etmen değildir. Ayrıca, bir hava taşıma işletmesinin bir uçağın bakımı ile ilgili asgari kurallara uyduğu gerçeği, kendi başına, 261/2004 sayılı Tüzük çerçevesinde onun "tüm makul tedbirleri" aldığını belirlemek için yeterli değildir ve bu nedenle onu bu Tüzük çerçevesinde tazminat ödemekten kurtarmaz.

Wallentin-Hermann kararını takiben neyin "olağanüstü hal" oluşturup neyin oluşturmadığı ile ilgili ön karar başvuruları devam etmiştir.⁵⁰ *Siewert* kararına göre⁵¹ uçağa bir grup mobil binış merdiveninin çarpması sonucu ortaya çıkan teknik bir problem, böyle bir çarpışma örneğinin sabotaj veya terörizm gibi normal havaalanı hizmetleri kategorisinin dışındaki bir eylemden kaynaklanmadığı sürece, "ola-

⁴⁸ Wallentin-Hermann kararı sonrası "teknik problem" kavramı özelindeki çalışmalar için bkz. Johem Croon, "Placing Wallentin-Hermann in Line with Continuing Airworthiness: A Possible Guide for Enforcers of EC Regulation 261/2004", *Air and Space Law*, Cilt: 36, Sayı: 1, 2011, s. 1-6. Roland Schmid, "May a Technical Fault with an Aircraft Be Considered as Extraordinary Circumstances in the Meaning of the Regulation (EC) No 261/2004", *Air and Space Law*, Cilt: 32, Sayı: 4-5, 2007, s. 376-379.

⁴⁹ Wallentin-Hermann, dn. 47, paras 15-43.

⁵⁰ Birleşik Krallık mahkemesinin konuyla ilgili bir kararının incelemesi için bkz. Jeremias Prassl, "EU Aviation Law before the English Courts: Dawson, Huzar, and Regulation 261/2004", *Air and Space Law*, Cilt: 39, Sayı: 4, 2016, s. 367-374.

⁵¹ Case C-394/14 Sandy Siewert and Others v Condor Flugdienst GmbH [2014] ECLI:EU:C:2014:2377, paras 14-23. *Siewert* kararı, 261/2004 sayılı Tüzük'ün "ilave tazminat" başlıklı 12. maddesi yönüyle aşağıda biraz daha detaylı ele alınmıştır. Bkz. "4. 261/2004 sayılı Tüzük Çerçevesinde Birtakım Diğer Düzenlemeler".

ğanüstü hal” olarak kabul göremez. *van der Lans* kararına göre⁵² beklenmedik bir biçimde meydana gelen, yetersiz bakım nedeniyle oluşan ve rutin bakım denetimleri esnasında tespit edilemeyen teknik bir problem de “olağanüstü hal” olarak kabul göremez. Buna karşın *Pešková and Peška* kararına göre⁵³ bir uçak ile kuş arasındaki çarpışma “olağanüstü hal” sayılır. Bu çerçevede ilgili havayolu taşıma işletmesi, pek tabii ki, uygulanacak kurallar gereği yetkilendirilmiş bir uzmana güvenlik kontrolü yaptıracaktır. Buna karşın, aynı karar uyarınca⁵⁴ o işletme, bu kontrolü takiben bir de kendi seçtiği uzmana yeniden bu kontrolleri yürüttürdüyse ve uçuş iptali veya tehiri bu ikinci kontrolden kaynaklandıysa bu, o uçuş iptalinin veya tehirinin “olağanüstü hal” nedeniyle olduğu anlamına gelmez.

Beşinci olarak, uçuş iptali, tazminat hakkı ve olağanüstü haller arasındaki ilişki, “tüm makul tedbirler” kavramı yönüyle de incelenmiştir. *Eglītis and Ratnieks* davasında⁵⁵ 14 Temmuz 2006 tarihinde güç kaynağındaki arıza nedeniyle radarlar ve hava yön bulma sistemleri çökmüş, bu nedenle de Malmö bölgesindeki İsveç hava sahası 20.30’dan itibaren kapanmıştır. Aynı gün, Air Baltic Havayolları’nın sunduğu ve 20.35 hareket saatli Kopenhag (Danimarka) – Riga (Letonya) uçuşu için yolcular uçağa alınmış, yaklaşık iki saat uçakta kaldıktan sonra 22.45’te uçuşun iptal edildiği bilgisiyile uçaktan ayrılmıştır. Bay Eglītis ve Ratnieks, uçuş iptali nedeniyle tazminat talebiyle Tüketici Koruma Ofisi nezdinde başvuruda bulunmuş, ancak olumsuz sonuç almıştır. Sonraki üst idari makam ve ilk derece mahkemesi ile istinaf mahkemesi de, bu kişilerin tazminat talebi hakkında olumsuz kararlar vermiştir; zira onlara göre uçuş iptali, Air Baltic’in kontrolünün ötesinde, olağanüstü haller altında gerçekleştiğinden Air Baltic tazminat ödemekle yükümlü tutulamaz. Konuyu temyiz mahkemesi önüne taşıyan Bay

⁵² Case C-257/14 C. van der Lans v Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV [2015] ECLI:EU:C:2015:618, para 49. Bu karar ile ilgili bir karar incelemesi için bkz. Jeremias Prassl, “Exceptionally Unexceptional: C-257/14 Corina van der Lans v Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV and the end of Regulation 261/2004’s Exceptional Circumstances Defence”, *Journal of European Consumer and Market Law*, Cilt: 5, Sayı: 3, 2016, s. 136-138.

⁵³ Case C-315/15 Marcela Pešková and Jiří Peška v Travel Service a.s. [2017] ECLI:EU:C:2017:342, para 26.

⁵⁴ Ibid, para 37.

⁵⁵ Case C-294/10 Andrejs Eglītis and Edvards Ratnieks v Latvijas Republikas Ekonomikas ministrija [2011] ECLI:EU:C:2011:303, paras 9-21.

Eglītis ve Ratnieks'e göre ise uçuş iptalinin gerçek sebebi İsveç hava sahasının kapanması değil, ilgili uçuşun ekibinin onaylanmış çalışma saatlerinin dolmasıdır. Temyiz mahkemesi, bu arka planda, ABAD'a ön karar başvurusu yapmış ve öz olarak şu soruyu yöneltmiştir: Bir havayolu taşıyıcısı, olağanüstü hallerde karşı önlem almak için uygulaması gereken makul tedbirler kapsamında, mümkünse olağanüstü haller sona erdikten sonra uçuşu icra edebilmek için planlanan kalkış zamanından sonra belirli asgari bir "rezerv zamanı" temin etmek adına kaynaklarını zamanında organize etme yükümlülüğü altında mıdır? Eğer cevap evet ise bu "rezerv zamanı" uçuş tehiri ile ilgili madde temelinde belirlenebilir mi?

ABAD, *Eglītis and Ratnieks* kararıyla birlikte "tüm makul tedbirler" kavramını yorumlamıştır. ABAD'a göre⁵⁶ bir hava taşıma işletmesi, olağanüstü hallerden kaçınmak için tüm makul tedbirleri alma yükümlülüğü olduğundan, uçuşu organize etme aşamasında bu tür hallerin meydana gelişi ile bağlantılı tehri riskini de makul surette göz önüne almalıdır. Dolayısıyla o hava taşıma işletmesi, mümkünse olağanüstü haller sona erdikten sonra uçuşu icra edebilmesine imkân tanıyacak belirli asgari bir rezerv zamanı temin etmelidir. Bununla birlikte, tüm hava taşıma işletmeleri için veya tüm olaylarda genel olarak uygulanacak tek bir rezerv zamanı söz konusu olmadığı gibi, uçuş tehiri ile ilgili maddedeki süreler de bu bakımdan dikkate alınmaz. Öte taraftan, talep edilen rezerv zamanının uzunluğu, hava taşıma işletmesinin alakalı zamanda işletmesinin kapasitesi ışığında taşımayı kendisi için çekilmez hale getirecek fedakârlıklar yapmasına yol açıyor olmamalıdır.⁵⁷

261/2004 sayılı Tüzük uçuş iptalinin yanı sıra uçuş tehiri halinde de havayolu yolcularına belirli haklar tanımaktadır.

2.3. Uçuş Tehiri (6. Madde)

Bu başlıkta uçuş tehiri önce tanımlanacak, sonra da uçuş tehiri halinde hava taşıma işletmesine yüklenen yükümlülükler üstünde durulacak, en son olarak da bu hal ilgili ABAD kararları ışığında ele alınacaktır.

⁵⁶ Ibid, paras 22-37.

⁵⁷ Konuyla ilgili bir başka tespit için bkz. Pešková and Peška, dn. 53, para 48.

Uçuş tehiri, 261/2004 sayılı Tüzük tarafından tanımlanmamış olup ABAD kararları çerçevesinde ortaya konmuştur. Buna göre uçuş tehiri, kalkış yeri söz konusu olduğunda, hava taşıma işletmesinin orijinal planlamasına uygun olarak işletilen ve ancak gerçek hareket saati planlanan hareket saatine göre daha geç olan uçuşları ifade eder.⁵⁸ Uçuş tehiri, varış yeri söz konusu olduğunda, hava taşıma işletmesinin orijinal planlamasına uygun olarak işletilen ve ancak gerçek varış saati planlanan varış saatine göre daha geç olan uçuşları ifade eder.⁵⁹

Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, uçuş tehiri halinde birtakım yükümlülükler altında bırakılmıştır. Buna göre⁶⁰ bu işletme; bir uçuşun planlanan hareket saatinden itibaren,

(i) 1500 kilometre veya daha kısa uçuşlar için iki saat veya daha fazla,

(ii) 1500 kilometreden çok Birlik içi uçuşlar ile diğer tüm 1500 ile 3500 kilometre arası uçuşlar için üç saat veya daha fazla,

(iii) geriye kalan uçuşlar için dört saat veya daha fazla

tehir edilmesini beklediğinde yolculara, bu saat dilimleri dolmadan evvel,

-ilgili yolcuya 9(1/a) ve 9(2). madde çerçevesinde yardım teklif etmelidir.

-makul olarak tahmin edilen hareket saati daha önce duyurulan hareket saatinden en azından bir gün sonraysa ilgili yolcuya 9(1/b) ve 9(1/c). madde çerçevesinde yardım teklif etmelidir.

-uçuş tehiri en az beş saat sürecekse ilgili yolcuya 8(1/a). madde çerçevesinde yardım teklif etmelidir.

Uçuş tehiri ile ilgili madde, birtakım başka maddeler ile birlikte,⁶¹

⁵⁸ Joined cases C-402/07 and C-432/07 Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon and Alana Sturgeon v Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) and Stefan Böck and Cornelia Lepuschitz v Air France SA (C-432/07) [2009] ECR I-10923, para 32.

⁵⁹ Bkz. Case C-11/11 Air France v Heinz-Gerke Folkerts and Luz-Tereza Folkerts [2013] ECLI:EU:C:2013:106, para 30.

⁶⁰ 261/2004 sayılı Tüzük md. 6.

⁶¹ Uçuş tehiri ile ilgili madde (261/2004 sayılı Tüzük md. 6) dışında, uçuş iptali (261/2004 sayılı Tüzük md. 5) ve tazminat hakkı (261/2004 sayılı Tüzük md. 7) ile ilgili maddeler de geçersizlik iddiasıyla karşı karşıya kalmıştır. Case C-344/04

daha en baştan geçersizlik iddiasıyla karşı karşıya kalmıştır. Nitekim *IATA and ELFAA* davasında⁶² IATA,⁶³ dünya çapında planlı uluslararası havayolu yolcularının %98'sini taşıyan, 130 ülkeden 270 hava taşıma işletmesinden oluşan bir birlikten ELFAA,⁶⁴ 9 Avrupa ülkesinden 10 düşük ücretli hava taşıma işletmesinin çıkarlarını temsil eden, tüzel kişiliği olmayan bir birliktir. Bu iki birlik, 261/2004 sayılı Tüzük'ün uygulanması karşısında ulusal mahkeme önünde dava açarak Tüzük'ün geçerliliğini sorgulamış, ulusal mahkeme de meseleyi ön karar prosedürü aracılığıyla ABAD önüne taşımıştır.

ABAD, *IATA and ELFAA* kararı ile birlikte uçuş tehiri ile ilgili düzenlemeyi, diğerlerinin yanında,⁶⁵ özellikle Montreal Sözleşmesi ile uyumlu olup olmadığı açısından incelemiştir.⁶⁶ ABAD'a göre⁶⁷ Montreal Sözleşmesi, AB tarafından 9 Aralık 1999 tarihinde imzalanmış, 5 Nisan 2001 tarihinde onaylanmış ve yürürlüğe girmiştir, dolayısıyla AB hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası olup ikincil hukuk karşısında üstünlük taşır. IATA ve ELFAA'ya göre 261/2004 sayılı Tüzük md. 6, Montreal Sözleşmesi md. 19, 22(1) ve 29 ile uyumsuzdur; çünkü bu Sözleşme'de yolcu taşıma esnasında tehir halinde hava taşıma işletmesinin sorumluluğunu bertaraf eden ve sınırlayan klozlar bulundu-

The Queen, on the application of International Air Transport Association and European Low Fares Airline Association v Department for Transport [2006] ECR I-403, para 1.

⁶² Ibid, paras 19-20.

⁶³ "International Air Transport Association"/"Uluslararası Hava Taşımacılığı Birliği".

⁶⁴ "European Low Fares Airline Association"/"Avrupa Düşük Ücretli Havayolu Şirketi Birliği".

⁶⁵ Bunun dışında 261/2004 sayılı Tüzük md. 5 ABİHA md. 294, 261/2004 sayılı Tüzük md. 5 ve 6 gerekçe gösterme yükümlülüğü ve hukuki belirlilik ilkesine uyum, 261/2004 sayılı Tüzük md. 7 gerekçe gösterme yükümlülüğü, 261/2004 sayılı Tüzük md. 5, 6 ve 7 ise orantılılık ilkesine uyum ve eşit muamele ilkesine uyum ışığında geçerlilik denetimine tâbi tutulmuş, ancak geçersizlik sonucuna ulaşılmamıştır. Sırasıyla bkz. *IATA and ELFAA*, dn. 61, paras 49-63; 64-77; 78-92; 93-100.

⁶⁶ Montreal Sözleşmesi ve 261/2004 sayılı Tüzük arasındaki ilişki doktrinde de sıklıkla ele alınmıştır. Örneğin bkz. Dal Pozzo, dn. 4, s. 190-198; Charlotte Thijssen, "The Montreal Convention, EU Regulation 261/2004 and the Sturgeon Doctrine: How to Reconcile the Three", *Issues in Aviation Law and Policy*, Cilt: 12, Sayı: 3, 2013, s. 413-448; Jorn J Wegter, "ECJ Decision of 10 January 2006 on the Validity of Regulation 261/2004: Ignoring the Exclusivity of the Montreal Convention", *Air and Space Law*, Cilt: 31, Sayı: 2, 2006, s. 133-148.

⁶⁷ *IATA and ELFAA*, dn. 61, paras 34-48.

ğu gibi, tazminat davası da ancak Sözleşme'deki koşullara ve sınırlara tâbi tutularak açılabilir. ABAD'a göre ise Montreal Sözleşmesi md. 19, 22 ve 29, yalnızca ilgili yolcuların kişiselleştirilmiş temelde tazmin aracı olarak o tehirden kaynaklanan zarardan sorumlu hava taşıma işletmesine karşı tazminat davası açabilmesine ilişkin koşulları düzenlemektedir. Buna karşın bu durum, Montreal Sözleşmesi dışında başka hukuki düzenlemelerle hava taşıma işletmelerine başka birtakım yükümlülükler getirilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Bu bakımdan kamu otoriteleri, yolcu taşımacılığındaki tehirin yol açtığı sıkıntının oluşturduğu zararı tazmin etmek için standartlaştırılmış ve doğrudan etki doğuran önlemler alabilir. Nitekim 261/2004 sayılı Tüzük md. 6 ile alınan önlemler bu türdendir, dolayısıyla da Montreal Sözleşmesi ile bir uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Uçuş tehiri ile ilgili en önemli ve ses getiren ABAD kararı ise, 261/2004 sayılı Tüzük'te açıkça yazmamasına rağmen, uçuş tehiri halinde de tazminat hakkının var olacağına ilişkin *Sturgeon and Others and Böck and Lepuschitz* kararı olmuştur.⁶⁸ Bu davalarda,⁶⁹ Sturgeon ailesi, Condor Havayolları'ndan Frankfurt'tan (Almanya) Toronto'ya (Kanada) dönüş bileti satın almıştır. İlgili uçuş ise, Toronto'dan Frankfurt'a 11 Temmuz 2005 tarihinde yaklaşık 25 saat gecikme ile 07:00'da varmıştır. Sturgeon ailesine göre yaklaşık 25 saat gecikme, uçuşun tehir edildiği değil, iptal edildiği anlamına gelmektedir. Sturgeon ailesi, Condor'a dava açarak 261/2004 sayılı Tüzük md. 5 ve 7 çerçevesinde Condor'dan kişi başı 600 Avro tazminat talep etmiştir. Condor'a göre ise uçuş iptal edilmemiş, sadece tehir edilmiştir ve 261/2004 sayılı Tüzük uçuş tehiri halinde herhangi bir tazminat öngörmemektedir. Dahası uçuş tehiri uçaktaki teknik hatalar nedeniyle gerçekleşmiştir ve bu, "olağanüstü hal" oluşturduğundan tazminat ödeme yükümlülüğü yoktur. Ulusal mahkemeye göre uçuş tehir edildiğinden 261/2004 sayılı Tüzük çerçevesinde herhangi bir tazminat hakkı yoktur. Bölgesel

⁶⁸ Bu karar ile ilgili karar incelemeleri için bkz. John Balfour, "Airline Liability for Delays: The Court of Justice of the EU Rewrites EC Regulation 261/2004", *Air and Space Law*, Cilt: 35, Sayı: 1, 2010, s. 71-75. Kazım Sedat Sirmen, "Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 11 Şubat 2004 Tarihli Ve 261/2004 Sayılı Tüzük'ünün 2(L), 5, 6 ve 7. maddelerinin Yorumlanmasına İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Tarafından Verilen *Sturgeons v. Condor Flugdienst GmbH (C-402/07)* Ve *Böck-Lepuschitz v. Air France Sa (C-432/07)* Ön Karar Davası Kararı ve Kararın Değerlendirilmesi", *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 2, 2014, s. 187-209.

⁶⁹ *Sturgeon and Others and Böck and Lepuschitz*, dn. 58.

mahkeme de, itiraz üzerine, alt mahkemenin kararını uygun bulmuştur. Temyiz üzerine federal mahkeme ise, ABAD'a ön karar başvurusu yaparak 261/2004 sayılı Tüzük çerçevesinde ne zaman uçuş iptali, ne zaman uçuş tehiri olduğu ile ilgili sorular yöneltmiştir.

ABAD, *Sturgeon and Others and Böck and Lepuschitz* davasında çokça tartışılan bir karara imza atmıştır.⁷⁰ ABAD'a göre⁷¹ 261/2004 sayılı Tüzük çerçevesinde tehir edilen bir uçuş, uzun bile olsa tehirin süresi önem taşımaksızın, uçuş hava taşıma işletmesinin orijinal planlamasına uygun olarak işletiliyorsa iptal edilmiş olarak kabul edilemez. Bununla birlikte, 261/2004 sayılı Tüzük çerçevesinde uçuşları tehir edilen yolcular, tazminat hakkının uygulanması bakımından, uçuşu iptal edilen yolcular gibi muamele görebilir ve uçuş tehiri nedeniyle -nihai varış yerlerine hava taşıma işletmesinin orijinal olarak planladığı varış saatinden üç saat veya daha fazlasında vararak- üç saat veya daha fazla zaman kaybı yaşadıklarında tazminat hakkına dayanabilir. Bununla birlikte eğer hava taşıma işletmesi, böyle bir tehirin tüm makul tedbirler alınsaydı bile kaçınılamayacak olağanüstü haller nedeniyle gerçekleştiğini kanıtlarsa yolcular için tazminat hakkı doğurmaz. Nihayet, 261/2004 sayılı Tüzük çerçevesinde bir uçuşun iptaline veya tehirine sebebiyet veren bir uçaktaki teknik bir problem "olağanüstü haller" kavramı içinde kalmaz. Bununla birlikte bu problem, niteliği veya kökeni gereği, ilgili hava taşıma işletmesinin etkinliklerinin normal şekilde yürütülmesinin içinde kalmayan ve gerçekten kontrolü dışındaki olaylardan kaynaklanıyorsa "olağanüstü haller" kavramı içinde kalır.

⁷⁰ *Sturgeon and Others and Böck and Lepuschitz* kararı doktrinde oldukça yankı bulmuştur. Örneğin Dal Pozzo'ya göre 261/2004 sayılı Tüzük, uçuş iptali ile uçuş tehiri söz konusu olduğunda tazminat hakkı bakımından farklı düzenlemeler getirerek "hatalı ayarlanmış oluşum" içermekteydi ve bu durum, bu karar ile ABAD tarafından düzeltilti. (Dal Pozzo, dn. 4, s. 165.) Öte taraftan Sirmen'e göre ABAD, bu karar ile Tüzük'teki birtakım sıkıntıları gidermek uğruna Tüzük'ün hükümlerinin uygulanması ile ilgili yaptığı yorumla hükümleri açıklayıcı olmaktan ziyade adeta kanun koyucu yerine hareket etmiştir. (Sirmen, dn. 68, s. 208.) Balfour'a göre de ABAD, 261/2004 sayılı Tüzük'ün açık hükümlerine itibar etmemiş ve onları yeniden yazmıştır. (Balfour, dn. 68, s. 75.) Bundan başka Abeyratne'ye göre ise bu karar öncesindeki hâkim kanı, uçuş tehiri halinde Montreal Sözleşmesi temelinde, uçuş iptali veya uçağa kabul edilmeme halinde 261/2004 sayılı Tüzük temelinde tazminat elde edileceği yönündeydi ve artık Montreal Sözleşmesi ile Tüzük arasında çatışma bulunmaktadır. (Ruwantissa Abeyratne, *Aviation and International Cooperation: Human and Public Policy Issues*, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, s. 213.)

⁷¹ *Sturgeon and Others and Böck and Lepuschitz*, dn. 58, paras 27-72.

Sturgeon and Others and Böck and Lepuschitz kararı, içinde barındırdığı tartışmalar nedeniyle, pek çok yeni davanın ABAD önüne taşınmasına yol açmıştır.⁷² Öncelikle, *Nelson and Others* davası ile ABAD'ın bu önceki kararındaki yorumunun hukuka uygunluğu sorgulanmışsa da, ABAD, uçuş tehiri halinde tazminat hakkının varlığını yinelemiş ve bu yorumu ile ilgili olarak ileri sürülen geçersizlik iddialarının yerinde olmadığı yönünde karar vermiştir.⁷³ *Folkerts* kararına göre⁷⁴ ise uçuş tehiri ile bağlantılı tazminat hakkında yalnızca nihai varış yerindeki gecikme esastır, bu yönden doğrudan bağlantılı uçan bir yolcunun ilk kalkış anındaki uçuş tehiri 261/2004 sayılı Tüzük md. 6 ile belirlenen sürelerden az olsa bile, tazminata hak kazanmak için nihai varış yerine hava taşıma işletmesinin orijinal olarak planladığı varış saatinden üç saat veya daha fazlasında varıyor olmak yeterlidir. *Pešková and Peška* kararına göre de⁷⁵ planlanan varış saatinden üç saat veya daha fazlasında varışa ilişkin tehir, bir yandan olağanüstü haller, diğer yandan bu kategori dışındaki hallerden kaynaklanıyorsa toplam tehir süresinden olağanüstü hal nedeniyle olan süre düşülerek tazminat hakkının doğup doğmadığı hakkında karar verilir.

261/2004 sayılı Tüzük'ün uygulama alanı içinde kalan ve uçağa kabul edilmeme, uçuş iptali ve uçuş tehiri hallerinden birisini taşıyan uyuşmazlıklar bakımından tanınan haklar sırada incelenmektedir.

3. 261/2004 sayılı Tüzük ile Havayolu Yolcularına Tanınan Haklar

261/2004 sayılı Tüzük çerçevesinde tazminat hakkından (7. madde), geri ödeme veya güzergâh değişikliği hakkından (8. madde), bakım hakkından (9. madde) ve alt hizmet sınıfına yerleştirme ile bağlı

⁷² Öncesi ve sonrasıyla *Sturgeon and Others and Böck and Lepuschitz* kararını ele alan bir çalışma için bkz. Laura Pierallini, "Regulation 261/2004 - Passengers' Right to Compensation in Case of Flight Delay. Looking for a Fair Balance of Interests. The Role of the Court of Justice of the EU and the Risk to Waste a Chance for Reform", Pablo Mendes de Leon, ed, *A Multilevel Jurisdictional Approach Towards Air Law : Essays in Honour of John Balfour*, Brill, the Netherlands, 2014, s. 117-134.

⁷³ Joined Cases C-581/10 and C-629/10 *Emeka Nelson and Others v Deutsche Lufthansa AG and TUI Travel plc and Others v Civil Aviation Authority* [2012] ECLI:EU:C:2012:657, paras 28-84.

⁷⁴ *Folkerts*, dn. 59, paras 35, 47.

⁷⁵ *Pešková and Peška*, dn. 53, para 54.

haktan (10. madde) bahsedilebilir. Bu haklar aşağıda sırasıyla ele alınmaktadır.

3.1. Tazminat Hakkı (7. Madde)

Tazminat hakkı, içeriği belirlendikten sonra bu hak ilgili ABAD kararları ışığında ele alınacaktır.

261/2004 sayılı Tüzük'ün 7. maddesinde tazminat hakkı şöyle düzenlenmiştir: Yolcular, kural olarak, aşağıdaki belirtilen hallerde ve tutarda tazminata hak kazanır:⁷⁶

(i) 1500 kilometre veya daha kısa uçuşlar için 250 Avro,

(ii) 1500 kilometreden çok Birlik içi uçuşlar ile diğer tüm 1500 ile 3500 kilometre arası uçuşlar için 400 Avro,

(iii) geriye kalan uçuşlar için 600 Avro.

Mesafe belirlenirken alınacak temel, uçağa kabul edilmemenin veya uçuş iptalinin yolcunun planlanan saatten sonra varışını geciktireceği nihai varış yeridir.

Ayrıca tazminattan indirim yapılabilecek haller de mevcuttur. Nitekim⁷⁷ ilgili yolcuya 8. maddeye uygun olarak alternatif bir uçuşla nihai varış yerine güzergâh değişikliği teklif edildiğinde, varış saati eğer orijinal olarak rezervasyon yaptırılan uçuşun planlanan varış saatini aşağıda belirtilen saatten daha fazla aşmıyorsa uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, yukarıda belirtilen tazminat miktarından %50 indirim yapabilir:

-1500 kilometre veya daha kısa uçuşlar için 2 saatten çok,

-1500 kilometreden çok Birlik içi uçuşlar ile diğer tüm 1500 ile 3500 kilometre arası uçuşlar için 3 saatten çok,

-geriye kalan uçuşlar için 4 saatten çok.

Son olarak, tazminatı ödeme ve mesafeyi belirleme yöntemi de düzenlenmiştir. Birincisi,⁷⁸ tazminat; nakit olarak, elektronik banka transferi olarak, banka talimatı veya banka çeki olarak ödenebilir veya yol-

⁷⁶ 261/2004 sayılı Tüzük md. 7(1).

⁷⁷ 261/2004 sayılı Tüzük md. 7(2).

⁷⁸ 261/2004 sayılı Tüzük md. 7(3).

cunun yazılı onayıyla seyahat kuponu ve/veya diğer hizmetler olarak karşılanabilir. İkincisi,⁷⁹ yukarıda belirtilen mesafeler “büyük çember rotası yöntemi” ile hesaplanacaktır.

Tazminat hakkı ile ilgili zengin bir içtihat hukuku oluşmuş olup, ilk olarak, büyük çember rotası yöntemi ve aktarmalı uçuşlar arasındaki ilişki ele alınabilir. *Bossen and Others* davasında,⁸⁰ Bayan Bossen ve diğerleri, Brussels Havayolları ile Roma’dan (İtalya) Hamburg’a (Almanya) Brüksel (Belçika) aktarmalı bir uçuş satın almıştır. Roma – Brüksel uçuşu 10.25 – 12.40 arası ve Brüksel – Hamburg uçuşu 13.35 – 14.45 arası olarak planlanmıştır. Bu kişiler, Roma – Brüksel uçuşu tehir edilince Brüksel’e ancak 13.32’de ulaşabilmiş ve bu nedenle bağlantılı uçuşlarını kaçırmıştır. Bu kişiler, bir sonraki uçuşa aktarılmış ve Hamburg’a 3 saat 50 dakikalık bir gecikme ile 18.35’te varabilmiştir. Büyük çember rotası yöntemi temelinde Roma ile Hamburg’un arası 1326 km iken Roma ile Brüksel arası 1173 km ve Brüksel ile Hamburg arası 483 km ve dolayısıyla toplam 1656 km’dir. Bu kişiler, 261/2004 sayılı Tüzük temelinde Brussels Havayolları’ndan 250 Avro tazminat almış olmalarına karşın, hak ettikleri miktarın 400 Avro olduğunu düşünerek ulusal mahkeme önünde dava açmıştır; zira onlara göre büyük çember rotası yöntemi kendi olaylarında Roma ile Hamburg arasına değil, Roma ile Brüksel artı Brüksel ile Hamburg arasına uygulanmalıdır.

ABAD, *Bossen and Others* kararı ile büyük çember rotası yönteminin, aktarmalı uçuşlar söz konusu olduğunda, nasıl uygulanacağı ile ilgili durumu netleştirmiştir. ABAD’a göre⁸¹ 261/2004 sayılı Tüzük temelinde tazminat hakkı, yolcuların nihai varış yerlerine doğrudan uçuş ile mi, yoksa aktarmalı uçuşlar aracılığıyla mı ulaştığı bakımından herhangi bir ayırım içermemektedir. Aynısı, böyle bir tazminatın miktarının hesaplanması bakımından da geçerlidir. Bu Tüzük ile getirilen tazminat miktarı ölçeği, ilgili yolcunun karşılaştığı güçlüğü de-recesini yansıttığı olarak kabul edilmelidir. Bu bakımdan uçuş iptali son anda geldiğinde, ilgili yolcunun –o ya da bu sebeple nihai varış yerlerine belirli bir zamanda varması gerektiğinde– bu yeni durumda

⁷⁹ 261/2004 sayılı Tüzük md. 7(4).

⁸⁰ Case C-559/16 Birgit Bossen and Others v Brussels Airlines SA/NV [2017] ECLI:EU:C:2017:644, paras 7–14.

⁸¹ Ibid, paras 15–33.

içkin olan zaman kaybından kaçınması mümkün değildir. Bu yönden doğrudan uçuşu olan yolcular ile aktarmalı uçuşu olan yolcular arasında güçlüğün niteliği bakımından bir fark gözükmemektedir. Öyleyse tazminat miktarı, aktarmalı uçuşlar göz ardı edilerek ve ilk kalkış yeri ile nihai varış yeri arasındaki mesafe dikkate alınarak belirlenmelidir.

İkinci olarak, tazminat hakkı ile ilgili, örneğin yetkili mahkemenin veya zamanaşımı süresinin tespiti gibi, usuli meseleler incelenmiştir.⁸² Zamanaşımı ile ilgili olan *Cuadrench Moré* davasında⁸³ Bay Cuadrench Moré, 20 Aralık 2005 tarihli Şangay (Çin) – Barselona (İspanya) uçuşu için KLM Havayolları'ndan bir koltuk rezerve etmiştir. Bu kişi, bu uçuşun iptali üzerine ertesi gün bir başka hava taşıma işletmesi ile Münih (Almanya) aktarmalı olarak uçmuştur. Bu kişi, 27 Şubat 2009 tarihinde KLM'ye karşı Barselona mahkemesi önünde 261/2004 sayılı Tüzük temelinde uçuş iptali temelinde faiz ve masraf dâhil 2990 Avro tazminat talebiyle dava açmıştır. KLM'ye göre ise bu dava zamanaşımına uğramıştır; zira Varşova Sözleşmesi md. 29 uyarınca hava taşıma işletmesi olarak kendisine karşı tazminat davası iki yıl içinde açılmalıydı. Ulusal mahkeme ise somut uyuşmazlık yönünden Varşova Sözleşmesi md. 29'un veya Montreal Sözleşmesi md. 35'in uygulanabilir olmadığını, çünkü uyuşmazlığın 261/2004 sayılı Tüzük temelinde olduğunu, bu Tüzük'te zamanaşımı ile ilgili kuralların yokluğunda İspanyol hukukunun uygulanacağını ve sonuç olarak KLM'nin kanuni faizi ile birlikte 600 Avro ödemesi gerektiğine karar vermiştir. Temyiz mahkemesi ise bu konuda tereddüde düşerek ABAD'a ön karar başvurusu yapmıştır.

ABAD, *Cuadrench Moré* kararı ile birlikte tazminat hakkı ve zamanaşımı süresi arasındaki ilişkiyi netleştirmiştir. ABAD'a göre⁸⁴ 261/2004 sayılı Tüzük çerçevesinde uçuş iptali halinde tazminat hakkı doğabilir ve bu hak, gerekli olduğunda, ulusal mahkeme önünde ileri sürülebilir. Bu yönden Tüzük, tazminat hakkının hangi zaman dilimi içinde ulusal mahkeme önünde açılabileceği ile ilgili olarak herhangi bir hüküm içermemektedir. Hal böyleyken bireylerin AB hukukundan kaynak-

⁸² Birleşik Krallık mahkemesinin zamanaşımı ilgili bir kararının incelemesi için bkz. Prassl, dn. 50, s. 375-379.

⁸³ Case C-139/11 Joan Cuadrench Moré v Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV [2012] ECLI:EU:C:2012:741, paras 16-21.

⁸⁴ Ibid, paras 22-33.

lanan haklarını korumak için açacakları davalar ile ilgili detaylı usuli kuralları belirlemek her bir üye devletin hukuk sistemine düşer, yeter ki bu kurallar denklik ve etkililik ilkeleri ile uyumlu olsun. Dahası, 261/2004 sayılı Tüzük temelindeki tazminat hakkı, Varşova ve Montreal Sözleşmeleri'nin kapsamı dışında kalır, dolayısıyla bu Sözleşmeler'deki iki yıllık süre 261/2004 sayılı Tüzük bakımından kullanılamaz.

ABAD, *Rehder* kararı ile de 261/2004 sayılı Tüzük'teki tazminat talebi ile yetkili mahkeme arasındaki ilişkiyi belirlemiştir. ABAD'a göre⁸⁵ salt 261/2004 sayılı Tüzük md. 7 temelindeki bir tazminat talebi ile ilgili yetkili mahkeme 1215/2012 sayılı Tüzük temelinde belirlenecektir.⁸⁶

261/2004 sayılı Tüzük, tazminat hakkının yanı sıra geri ödeme veya güzergâh değişikliği hakkını da getirmektedir.

3.2. Geri Ödeme veya Güzergâh Değişikliği Hakkı (8. Madde)

Geri ödeme veya güzergâh değişikliği hakkı, içeriği belirlendikten sonra bu hak ilgili ABAD kararları ışığında ele alınacaktır.

261/2004 sayılı Tüzük'ün 8. maddesinde geri ödeme veya güzergâh değişikliği hakkı şöyle düzenlenmiştir: Yolcular, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin 8. madde çerçevesinde yardım yükümlülüğünün bir parçası olarak aşağıdaki seçenekler arasından tercih yapma hakkına sahiptir:⁸⁷

(i) hem seyahatin gerçekleştirilmeyen bölüm veya bölümleri için hem de uçuşun yolcunun orijinal seyahat planı bakımından artık herhangi bir amaca hizmet etmemesi halinde seyahatin gerçekleştirilen bölüm veya bölümleri için bilet ücretinin tamamının en geç yedi gün içinde iadesi ve alakalı ise ilk fırsatta ilk çıkış noktasına dönüş uçuşu istemek,

⁸⁵ Case C-204/08 Peter Rehder v Air Baltic Corporation [2009] ECLI:EU:C:2009:439, para 28. Örneğin bkz. *Ibid*, para 47. Bu tespit Flight Refund kararı ile de yinelenmiştir. Case C-94/14 Flight Refund Ltd v Deutsche Lufthansa AG [2016] ECLI:EU:C:2016:148, para 46.

⁸⁶ Aslında karar 44/2001 sayılı Tüzük'e işaret etmektedir, ancak bu Tüzük, bugün için yerini 1215/2012 sayılı Tüzük'e bırakmıştır. Sırasıyla bkz. [2001] OJ L 12/1 ve [2012] OJ L 351/1.

⁸⁷ 261/2004 sayılı Tüzük md. 8(1).

(ii) benzer ulaşım şartları altında, ilk fırsatta son varış yerine güzergâh değişikliği istemek,

(iii) boş koltuk durumuna bağlı olarak, benzer ulaşım şartları altında, uygun gördüğü daha sonraki bir tarihte son varış yerine güzergâh değişikliği istemek.

Bir kente, şehre veya bölgeye hizmet veren birden fazla havaalanı bulunduğu hallerde, hava taşıma işletmesi, ilgili yolcuya rezervasyonun yapıldığı havaalanına alternatif bir başka havaalanına uçuş teklif ettiğinde o yolcunun ya alternatif havaalanından rezervasyonun yapıldığı havaalanına ya da yolcu ile anlaşılan başka bir yakın varış yerine transfer masraflarını karşılar.⁸⁸

Geri ödeme veya güzergâh değişikliği hakkı, bugüne kadar tek bir karara konu olmuş olmakla birlikte, ileride ABAD önüne taşınma ihtimali yüksektir. Öncelikle, vakaları yukarıda ele alınan⁸⁹ *Sousa Rodríguez and Others* kararı uyarınca 261/2004 sayılı Tüzük md. 8'in ve 9'un hava yolu yolcuları tarafından ileri sürülmemiş olması, bu maddelerin getirdiği yükümlülükler bakımından ileride tazminata hükmedilmesinin önüne geçmez.⁹⁰ Bundan başka özellikle bu maddede geçen "benzer ulaşım şartları altında" ifadesi, muğlak olarak addedilebilecek olup⁹¹ gelecekte ABAD kararlarına konu oluşturma potansiyeli taşımaktadır.

261/2004 sayılı Tüzük, geri ödeme veya güzergâh değişikliği hakkının yanı sıra bakım hakkını da getirmektedir.

3.3. Bakım Hakkı (9. Madde)

Bakım hakkı, içeriği belirlendikten sonra bu hak ilgili ABAD kararları ışığında ele alınacaktır.

261/2004 sayılı Tüzük'ün 9. maddesinde bakım hakkı şöyle düzenlenmiştir: Yolcular, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin 9. madde çerçevesinde yardım yükümlülüğünün bir parçası olarak aşağıdaki hizmetlerden bedelsiz olarak yararlanma hakkına sahiptir:⁹²

⁸⁸ 261/2004 sayılı Tüzük md. 8(3).

⁸⁹ Bkz. "2.2. Uçuş İptali".

⁹⁰ *Sousa Rodríguez and Others*, dn. 37, para 45.

⁹¹ Bu yönde bir görüş için bkz. *Arnold*, dn. 4, s. 103. *Dal Pozzo*, dn. 4, s. 160.

⁹² 261/2004 sayılı Tüzük md. 9.

- (i) bekleme süresine uygun olarak yiyecek ve içecekler (9(1/a)),
- (ii) bir veya daha çok gece kalmanın veya yolcunun tasarladığına ek bir kalmanın gerekli olduğu hallerde, otel konaklaması (9(1/b)),
- (iii) havaalanı ile konaklama yeri arasında ulaşım (9(1/c)),
- (iv) iki telefon araması, telex veya fax mesajı ya da e-posta (9(2)).

Bunun dışında, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, bu maddeyi uygularken hareketi kısıtlı kişiler ile onlara eşlik eden kişilerin yanı sıra refakatsiz çocukların ihtiyaçlarına özel önem göstermelidir.

Bakım hakkı ile ilgili ilk olarak belirtmek gerekir ki bir yolcu bu maddeyi hava taşıma işletmesine karşı ileri sürmemiş olsa bile sonradan bu madde temelinde tazminat talep edebilir. Nitekim vakaları yukarıda ele alınan⁹³ *Sousa Rodríguez and Others* kararı uyarınca 261/2004 sayılı Tüzük md. 8'in ve 9'un havayolu yolcuları tarafından ileri sürülmemiş olması, bu maddelerin getirdiği yükümlülükler bakımından ileride tazminata hükmedilmesinin önüne geçmez.⁹⁴

Peki, bakım hakkı yerine getirilmediğinde tazminat miktarı nasıl belirlenecektir? *McDonagh* davasında⁹⁵ Bayan McDonagh, 11 Şubat 2010 tarihinde Ryanair Havayolları'ndan Faro'dan (Portekiz) Dublin'e (İrlanda) 17 Nisan 2010 tarihi için bilet satın almıştır. 20 Mart 2010 tarihinde İzlanda'daki Eyjafjallajökull yanardağı püskürmeye başlamıştır. 14 Nisan 2010 tarihinde bu yanardağ, patlama aşamasına geçerek Avrupa semalarına volkanik küllerden oluşan bir bulut bırakmıştır. 15 Nisan 2010 tarihinde yetkili hava trafik makamları, uçağa karşı riskler nedeniyle birden çok üye devleti de içeren hava sahasını kapatmıştır. 17 Nisan 2010 tarihinde Bayan McDonagh'ın uçuşu İrlanda hava sahasının kapanmasını takiben iptal edilmiştir. Kıta Avrupası ile İrlanda arasındaki Ryanair uçuşları, 22 Nisan 2010 tarihinde tekrar başlayabilmiş ve Bayan McDonagh, ancak 24 Nisan 2010 tarihinde Dublin'e dönebilmıştır. Ryanair, 17 ile 24 Nisan 2010 tarihleri arasındaki dönemde Bayan McDonagh'a 261/2004 sayılı Tüzük md. 9'a uygun olarak bakım hizmeti sunmamıştır. Bayan McDonagh, bunun üzerine, Ryanair'e karşı ulusal mahkeme önünde dava açarak bu dönemde-

⁹³ Bkz. "2.2. Uçuş İptali".

⁹⁴ *Sousa Rodríguez and Others*, dn. 37, para 45.

⁹⁵ Case C-12/11 *Denise McDonagh v Ryanair Ltd* [2013] ECLI:EU:C:2013:43.

ki yiyecek, içecek, konaklama ve ulaşım masraflarına karşılık olarak 1129,41 Avro tazminat talep etmiştir. Ryanair'e göre ise Eyjafjallajökull yanardağının patlaması sonucu Avrupa hava sahasının bir kısmının kapanması "olağanüstü hal" değil, "fevkalade olağanüstü hal" oluşturduğu için kendisini yalnızca tazminat ödemekten kurtarmaz, aynı zamanda bakım hizmeti sunma yükümlülüklerinden de kurtarır. Ulusal mahkeme, ABAD'a ön karar başvurusu yaparak 261/2004 sayılı Tüzük çerçevesinde bakım hizmeti yükümlülüğü ile ilgili sorular yöneltmiştir.

ABAD, *McDonagh* kararıyla birlikte bakım hakkı ile ilgili tespitler yapmıştır. ABAD'a göre⁹⁶ 261/2004 sayılı Tüzük çerçevesinde Eyjafjallajökull yanardağının patlaması sonucu Avrupa hava sahasının bir kısmının kapanması "olağanüstü hal" oluşturur ve bu durum, hava taşıma işletmelerini bakım hizmeti sunma yükümlülüklerinden kurtarmaz. Somut uyuşmazlıktaki gibi bir süre için ve "olağanüstü hal" nedeniyle uçuş iptali halinde, 261/2004 sayılı Tüzük çerçevesindeki yolculara bakım hizmeti sunma yükümlülüğü ile uyum sağlanmalıdır. Bununla birlikte bir yolcu, sadece, bir hava taşıma işletmesinin bu bakım hizmeti sunma yükümlülüğüne uygun hareket etmemesinin tazminatı olarak, her bir somut davanın spesifik koşulları ışığında, hava taşıma işletmesinin kendisine bakım hizmeti sunmaktaki eksikliklerini telafi etmek için gerekli, uygun ve makul olan miktardaki harcamanın karşılığını alabilir. Bunu değerlendirmek ise ulusal mahkemeye düşer.

261/2004 sayılı Tüzük, bakım hakkının yanı sıra alt hizmet sınıfına yerleştirme ile bağlı bir hak da getirmektedir.

3.4. Alt Hizmet Sınıfına Yerleştirme ile Bağlı Hak (10. Madde)

Biletler ile ilgili olarak üst hizmet sınıfına veya alt hizmet sınıfına yerleştirme hususu ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre eğer bir hava taşıma işletmesi, bir yolcuyla biletin satın alındığından daha üst hizmet sınıfına yerleştirirse ek bir ödeme talep edemez.⁹⁷ Eğer bir hava taşıma işletmesi, bir yolcuyla biletin satın alındığından daha alt hizmet sınıfına yerleştirirse yedi gün içerisinde aşağıdaki miktarı öder;⁹⁸

⁹⁶ Ibid, paras 26-66.

⁹⁷ 261/2004 sayılı Tüzük md. 10(1).

⁹⁸ 261/2004 sayılı Tüzük md. 10(2).

-1500 kilometre veya daha kısa uçuşlar için bilet fiyatının %30'u,

-(üye devletlerin Avrupa'daki ülkesi ile Fransız deniz aşırı bölümleri arasındaki uçuşlar hariç) 1500 kilometreden çok Birlik içi uçuşlar ile diğer tüm 1500 ile 3500 kilometre arası uçuşlar için bilet fiyatının %50'si,

-(üye devletlerin Avrupa'daki ülkesi ile Fransız deniz aşırı bölümleri arasındaki uçuşlar dâhil) geriye kalan uçuşlar için bilet fiyatının %75'i.

Bu ödeme; nakit olarak, elektronik banka transferi olarak, banka talimatı veya banka çeki olarak ödenebilir veya yolcunun yazılı onayıyla seyahat kuponu ve/veya diğer hizmetler olarak karşılanabilir.

Alt hizmet sınıfına yerleştirme ile ilgili olarak "bilet fiyatı" kavramı netleştirilmiştir. *Mennens* davasında,⁹⁹ Bay Mennens, Emirates Havayolları tarafından icra edilen bir grup uçuşu almasına imkân tanıyan her şey dâhil bilet satın almıştır. Bu uçuşlar; 26 Temmuz 2013 hareket ve 27 Temmuz 2013 varış tarihli Düsseldorf'tan (Almanya) Dubai'ye (Birleşik Arap Emirlikleri) uçuş, 29 Temmuz 2013 tarihli Dubai'den Tokyo'ya (Japonya) uçuş, 23 Ağustos 2013 hareket ve 24 Ağustos 2013 varış tarihli Singapur'dan Dubai'ye uçuş ve 24 Ağustos 2013 tarihli Dubai'den Frankfurt'a (Almanya) uçuşudur. Düsseldorf, Dubai ve Tokyo arasındaki uçuşlar birinci sınıf; Singapur, Dubai ve Frankfurt arasındaki uçuşlar ticari sınıftır. Bilette her bir uçuş için bireysel fiyatlandırma yoktur, ancak "tarife" fiyatı olarak 2371 Avro ve "vergiler ve yükler" ile birlikte "toplam" 2471.92 Avro miktarları belirtilmiştir. Emirates Bay Mennens'i Düsseldorf'tan Dubai'ye olan uçuşunda birinci sınıftan ticari sınıfa indirmiş, Bay Mennens de Emirates'ten, vergiler ve yükler dâhil, bilet fiyatının %75'i olan 1853.94 Avro'yu ödemesini talep etmiştir. Emirates bu talep üzerine Bay Mennens'e 376 Avro ödeme yapmıştır. Emirates'e göre bir grup uçuşu almaya imkân tanıyan her şey dâhil biletler yönünden uçuşlardan birinde gerçekleştirilen alt hizmet sınıfına yerleştirme işlemi nedeniyle yapılacak ödemede bilet fiyatının tümü değil, o uçuşun fiyatı esas alınmalıdır. Ayrıca bilet fiyatı, vergiler ve yükler dâhil olarak değil, hariç olarak kabul edilmelidir.

⁹⁹ Case C-255/15 Steef Mennens v Emirates Direktion für Deutschland [2016] ECLI:EU:C:2016:472, paras 7-11.

ABAD, *Mennens* kararı ile birlikte “bilet” ve “bilet fiyatı” kavramlarını yorumlama fırsatı bulmuştur. ABAD’a göre¹⁰⁰ birincisi, 261/2004 sayılı Tüzük md. 10, bir yolcunun taşınmasının tümü bakımından değil, yalnızca alakalı uçuş yönünden yaşadığı spesifik sıkıntıyı telafi etmeyi amaçlar. O hâlde bu maddedeki ödemeye temel oluşturacak fiyat, ilgili yolcunun biletinin imkân tanıdığı taşımanın tümünün fiyatı değil, yalnızca o yolcunun alt hizmet sınıfına yerleştirildiği uçuş ile ilgili fiyat olacaktır. Bununla birlikte, eğer bilet yalnızca taşımacılığın tümü için bir fiyatı belirtiyorsa ve dolayısıyla her bir uçuşun fiyatı ayrı ayrı belirtilmiyorsa ilgili uçuşun fiyatı, ilgili uçuşun mesafesinin yolcunun seyahat etme imkânı olduğu toplam uçuşun mesafesine oranı üzerinden hesaplanacaktır. İkincisi, 261/2004 sayılı Tüzük md. 10 anlamında “bilet fiyatı”, vergilerin veya yüklerin ödenmesi gerekliliği veya miktarı biletin satın alındığı sınıfa bağlı olmadığı müddetçe, vergiler ve yükler hariç olmak üzere yalnızca uçuşun fiyatı olarak anlaşılmalıdır.

261/2004 sayılı Tüzük ile ilgili olarak uygulama alanı, hak tanınan haller ve haklar dışında son olarak bu Tüzük’teki birtakım diğer düzenlemeler de incelenmelidir.

4. 261/2004 sayılı Tüzük Çerçevesinde Birtakım Diğer Düzenlemeler

261/2004 sayılı Tüzük birtakım diğer düzenlemeler içermektedir.

İlk olarak, hareketi kısıtlı veya özel ihtiyaçları olan kişiler ile ilgili bir düzenleme mevcuttur. Buna göre¹⁰¹ hava taşıma işletmesi, hareketi kısıtlı kişiler ile onlara eşlik eden kişilerin veya sertifikalı rehber köpeklerinin yanı sıra refakatsiz çocukları taşımaya öncelik vermelidir. Uçağa kabul edilmeme, uçuş iptali veya her uzunluktaki uçuş tehiri hallerinde hareketi kısıtlı kişiler ile onlara eşlik eden kişilerin yanı sıra refakatsiz çocuklar, mümkün olan en kısa sürede, 261/2004 sayılı Tüzük çerçevesinde bakım hakkından (9. madde) yararlandırılmalıdır.

İkinci olarak, yolcuları hakları bakımından bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre¹⁰² hava taşıma işletmesi, şu metni içeren

¹⁰⁰ Ibid, paras 16-32; 33-43.

¹⁰¹ 261/2004 sayılı Tüzük md. 11.

¹⁰² 261/2004 sayılı Tüzük md. 14.

açıkça okunaklı bir bildirimün uçuş öncesi kontrolde (*check-in*) yolcular açısından açıkça görünür olacak biçimde sergilenmesini sağlamalıdır: “Eğer uçağa kabul edilmediyseniz veya uçuşunuz iptal edildiyse ya da en az iki saat tehir edildiyse uçuş öncesi kontrol (*check-in*) bankosundan veya uçağa biniş kapısından özellikle tazminata ve yardıma ilişkin olarak haklarınızı belirten metni isteyiniz.” Hava taşıma işletmesi, uçağa kabul edilmeyen veya uçuşu iptal edilen her yolcuya 261/2004 sayılı Tüzük ile uyumlu tazminat ve bakım kurallarını ortaya koyan bir yazılı bildirimde ve uçuşu en az iki saat tehir edilen yolcuya da buna denk bir bildirimde bulunmalıdır. Bunun haricinde bu bildirim 261/2004 sayılı Tüzük’ün uygulamasından sorumlu organı da belirtmelidir. Âmâ veya görme engelli kişiler bakımından uygun alternatif araçlar kullanılmalıdır.

Üçüncü olarak, 261/2004 sayılı Tüzük’teki haklardan feragat edilememesi hususu düzenleme altına alınmıştır. Buna göre¹⁰³ başta taşıma sözleşmesindeki derogasyon veya kısıtlayıcı klozlar gibi araçlar aracılığıyla olmak üzere, 261/2004 sayılı Tüzük uyarınca yolculara karşı olan yükümlülükler sınırlandırılmaz veya yolcular haklarından feragat ettirilemez. Bununla birlikte, bir yolcuya karşı böyle bir derogasyon veya kısıtlayıcı kloz uygulanıyorsa veya bir yolcu haklarından doğru biçimde haberdar edilmediği için bu Tüzük’tekinden daha düşük bir tazminatı kabul etmişse o yolcu, hâlâ, ek tazminat elde edebilmek için yetkili mahkemelere veya organlara başvurabilir.

Dördüncü olarak, ilave tazminat ile ilgili bir düzenleme söz konusudur. Buna göre¹⁰⁴ 261/2004 sayılı Tüzük, ilave tazminata ilişkin yolcu haklarına halel gelmeksizin uygulanır, ancak bu Tüzük uyarınca verilen tazminat böyle bir ilave tazminattan düşülebilir.

Vakaları yukarıda ele alınan¹⁰⁵ *Sousa Rodríguez and Others* davasında ilave tazminatın içeriği de ele alınmıştır.¹⁰⁶ ABAD’a göre¹⁰⁷ 261/2004 sayılı Tüzük md. 12 temelinde havayolu yolcularına verilecek tazminat, bu Tüzük’ün getirdiği tedbirlerin uygulanmasını bütünlemeyi

¹⁰³ 261/2004 sayılı Tüzük md. 15.

¹⁰⁴ 261/2004 sayılı Tüzük md. 12.

¹⁰⁵ Bkz. “2.2. Uçuş İptali”.

¹⁰⁶ *Sousa Rodríguez and Others*, dn. 37.

¹⁰⁷ *Ibid*, paras 36–46.

amaçlamaktadır. Böylelikle yolcular, hava taşıma işletmesinin sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmekteki başarısızlığı nedeniyle uğradıkları zararın tümünü tazmin edebileceklerdir. O hâlde, 12. madde, ulusal mahkemenin 261/2004 sayılı Tüzük dışındaki bir hukuki temel, örneğin Montreal Sözleşmesi'ndeki veya ulusal hukuktaki koşullar altında, hava taşıma işletmesinin hava yoluyla taşıma sözleşmesinin ihlalinden yolcular açısından doğan zararları tazmin etmesine karar vermesine imkân tanır. Bu yönden, 12. madde gereği tazmin edilecek zarar maddi zarar olabileceği gibi, manevi zarar da olabilir. Öte taraftan, 261/2004 sayılı Tüzük md. 8 ve 9 temelinde görülebilecek yolcunun yapmak zorunda kaldığı masraflar nedeniyle istenen tazminat, 12. madde anlamında "ilave tazminat" olarak değerlendirilemez; çünkü bu Tüzük'ün getirdiği tedbirlerin bir parçasını oluşturur.

Beşinci olarak, tazmin edilme hakkı düzenlenmiştir. Buna göre¹⁰⁸ uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi 261/2004 sayılı Tüzük uyarınca tazminat ödemiş veya diğer yükümlülükleri yerine getirmişse bu Tüzük hükümlerinden herhangi birisi onun, uygulanacak hukuka uygun olarak, üçüncü taraflar dâhil herhangi bir kişiden tazminat talebinde bulunma hakkını kısıtlıyor olarak yorumlanamaz.

ABAD, *Siewert* davasında tazmin edilme hakkı ile ilgili düzenlemeye kararında atıfta bulunmuştur.¹⁰⁹ Burada,¹¹⁰ ulusal mahkeme önündeki başvuruçular, Condor Havayolları ile Antalya'dan Frankfurt'a (Almanya) uçuşa yer ayırtmıştır. Uçuş 3 Ekim 2011 tarihinde gerçekleşmiştir, ancak varış saatinde 6 saat 30 dakikalık bir gecikme yaşanmıştır. Başvuruçular, 261/2004 sayılı Tüzük temelinde Condor'dan tazminat talep etmiş, ancak Condor, olağanüstü haller nedeniyle tazminat ödemekle yükümlü olmadığı yanıtını vermiştir. Zira bir gece önce, Stuttgart havaalanında uçuşu gerçekleştirecek uçağa bir grup mobil binış merdiveni çarparak uçağın kanadını yapısal zarara uğrattınca uçak değiştirilmek zorunda kalmıştır. ABAD'a göre¹¹¹ bir uçağa bir grup mobil binış merdiveninin çarpması sonucu ortaya çıkan teknik bir problem bir hava taşıma işletmesini tazminat yüküm-

¹⁰⁸ 261/2004 sayılı Tüzük md. 13.

¹⁰⁹ Buna ilişkin bir başka karar Krijgsman kararıdır. Bkz. Krijgsman, dn. 44, paras 29-30. Bkz. "2.2. Uçuş İptali".

¹¹⁰ *Siewert*, dn. 51, paras 7-11.

¹¹¹ *Ibid*, paras 14-23.

lülüğünden kurtaran “olağanüstü hal” olarak kabul göremez. Dahası, 261/2004 sayılı Tüzük md. 13’ün öngördüğü üzere, bu Tüzük gereği yükümlülüklerini yerine getirmek, havayolu taşıma işletmesinin üçüncü taraflar dâhil gecikmeye yol açan herhangi bir kişiden tazminat talebinde bulunma hakkına halel getirmez.

Altıncı olarak, 261/2004 sayılı Tüzük’ün ihlali ile ilgili birtakım düzenlemeler getirilmiştir.¹¹² Buna göre¹¹³ her üye devlet, kendi ülkesindeki bir havaalanından üçüncü ülkeye olan uçuşlar veya üçüncü ülkelerden kendi ülkesindeki bir havaalanına olan uçuşlar bakımından 261/2004 sayılı Tüzük’ün uygulamasından sorumlu bir organ belirlemelidir ve bu organ, uygun olduğu hallerde, yolcu haklarının korunması için gerekli önlemleri almalıdır. Yolcular, 261/2004 sayılı Tüzük’ün ihlal edildiği iddiasıyla bu organa veya üye devletin belirlediği bir başka yetkili organa şikâyette bulunabilir. Üye devletler, 261/2004 sayılı Tüzük’ün ihlali ile ilgili olarak etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar öngörmelidir.

Ruijsenaars and Jansen davası, 261/2004 sayılı Tüzük’ün uygulamasından sorumlu organlar ile ilgilidir. Burada,¹¹⁴ Bay Ruijsenaars ve Jansen, 8 Nisan 2011 tarihli Amsterdam’dan (Hollanda) Kazablanka’ya (Fas) uçuşlarının iptali nedeniyle Royal Air Maroc Havayolları’ndan 261/2004 sayılı Tüzük temelinde tazminat talep etmiştir. Bu kişiler, bu talepleri reddedilince de 4 Mayıs 2012 tarihinde ilgili organa başvurarak Royal Air Maroc’a karşı onun tazminatı ödemesini sağlaması adına harekete geçmesini talep etmiştir. Bu organ, 7 Mayıs 2012 tarihinde bu talebi geri çevirmiş ve bu karara karşı yapılan itirazı da 3 Ekim 2012 tarihinde asılsız bulmuştur. Bu kişiler de, bu kez bu organın kendi taleplerini reddeden kararını yargı önüne taşımıştır. Ulusal mahkeme, ilgili organın başvurucuların istediği gibi adım atabilip atamayacağı konusunda tereddüde düşerek ABAD’a ön karar başvurusu yapmıştır. Ulusal mahkemenin görüşüne göre ilgili organ, 261/2004 sayılı Tüzük’teki yükümlülüklerine sistematik biçimde uymayı reddeden hava taşıma işletmelerine karşı işlem yapabilir, ancak yolcuların bireysel talepleri yönünden işlem yapamaz.

¹¹² Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Dal Pozzo, dn. 4, s. 185–189.

¹¹³ 261/2004 sayılı Tüzük md. 16.

¹¹⁴ Joined Cases C-145/15 and C-146/15 K. Ruijsenaars and Others v Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu [2016] ECLI:EU:C:2016:187, paras 10–19.

ABAD, *Ruijsenaars and Jansen* kararı ile 261/2004 sayılı Tüzük'ün uygulamasından sorumlu organın bireysel şikâyetler bakımından bir hava taşıma işletmesini tazminat ödemeye zorlayacak işlemler yapıp yapamayacağı konusu netleştirmiştir. ABAD'a göre¹¹⁵ 261/2004 sayılı Tüzük, üye devletlerin uygulamasından sorumlu bir organ belirlemesini ve bu organın, uygun olduğu hallerde, yolcu haklarının korunmasını sağlamak için gerekli önlemleri alacağını öngörmektedir. Öyleyse bu organın görevi bu Tüzük ile genel olarak uyumu sağlamaktır. Bu yönden Tüzük md. 16(2 ve 3)'te geçen şikâyet veya yaptırım ifadeleri, bu Tüzük'ün genel olarak düzgün uygulanması ile ilgili olup söz konusu organın her bir bireysel yolcunun tazminat alma hakkını güvence altına alacağı anlamında yorumlanamaz. Bununla birlikte üye devletler, isterlerse, havayolu yolcularının yetersiz korumasını telafi etmek adına bu organa bireysel şikâyetler hakkında işlem yapma yetkisi verebilir. Sonuç olarak, 261/2004 sayılı Tüzük, ilgili organın bireysel şikâyetler bakımından bir hava taşıma işletmesini tazminat ödemeye zorlayacak işlem yapmasını gerektirmez.

Bundan başka, 261/2004 sayılı Tüzük'ün ihlali ile ilgili düzenlemeler bugüne kadar iki kez ihlal davasına¹¹⁶ konu oluşturmuştur. Bu çerçevede ABAD, Lüksemburg'un genel olarak, İsveç'in ise yolcuları hakları bakımından bilgilendirme yükümlülüğü özelinde etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırım öngörme yükümlülüğünü yerine getirmeyecek AB hukukunu ihlal ettiği sonucuna varmıştır.¹¹⁷

Sonuç

Havayolu yolcularının haklarından önemli bir kısmı ile ilgili 261/2004 sayılı Tüzük, bugüne kadar pek çok ABAD kararına konu olmuş, böylelikle anlamı ve kapsamı itibariyle açıklığa kavuşmuştur. Bununla birlikte ABAD kararlarının bu Tüzük'ü aydınlattığı kadar yeni uygulama veya yorum sorunlarına kapıyı araladığı da görülmektedir. Bu da, bir yandan AB yasa koyucusunu harekete geçirdiği gibi, diğer yandan ulusal mahkemeleri ABAD nezdinde ön karar başvurusu yapmayı sürdürmeye itmektedir.

¹¹⁵ Ibid, paras 27-38.

¹¹⁶ ABİHA md. 258-260.

¹¹⁷ Sırasıyla bkz. Case C-264/06 Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxemburg [2007] ECLI:EU:C:2007:240. Case C-333/06 Commission of the European Communities v Kingdom of Sweden [2007] ECLI:EU:C:2007:351.

Bir taraftan, AB yasa koyucusu, gelineen noktada 261/2004 sayılı Tüzük ile ilgili kapsamlı bir değişiklik arayışı içerisine girmiş,¹¹⁸ ancak süreç tıkanmıştır. Komisyon,¹¹⁹ 13 Mart 2013 tarihinde 261/2004 sayılı Tüzük ile ilgili değişiklik önerisini Avrupa Parlamentosuna ve Konseye sunmuştur.¹²⁰ Daha sonra, Ekonomik ve Sosyal Komite 11 Temmuz 2013 tarihinde görüşünü,¹²¹ Avrupa Parlamentosu 5 Şubat 2014 tarihinde ilk okuma aşamasındaki tutumunu¹²² ve en son Komisyon da 20 Mayıs 2014 tarihinde bu tutuma karşı duruşunu ortaya koymuştur.¹²³ Buna karşın, bu değişiklik önerisi ile ilgili süreç daha fazla ilerleyememiştir. Bunun üzerine Komisyon, 2016 yılında bu Tüzük ile ilgili “Yorumlayıcı Rehber İlkeler” adı altında bir Bildirim çıkararak, mahkemeler dâhil, tüm uygulayıcılar açısından en azından bir rehber kaynak sunmaya çalışmıştır.¹²⁴

Diğer taraftan, ulusal mahkemeler, bugüne kadarki tüm ABAD kararlarına rağmen 261/2004 sayılı Tüzük ile ilgili ön karar başvurularını sürdürmektedir. Nitekim bugün için ABAD önünde görüşülmeyi bekleyen toplam 30 adet ön karar başvurusu mevcuttur.¹²⁵ Bu başvuru-

¹¹⁸ Örneğin Dal Pozzo’ya göre bu revizyon, bu Tüzük’ü ABAD’ın içtihat hukukuna uydurmak için gerekli hale gelmiştir. Dal Pozzo, dn. 4, s. 151. Arnold ve de Leon’a göre de ABAD kararları, Tüzük’ün hükümlerini açıklığa kavuşturmak yerine uygulanmasını daha da karmaşık hale getirmiştir. Bu da, bu Tüzük ile erişilmeye çalışılan aksine, havayolu taşıma işletmeleri ile yolcular arasında daha uzun süreli uyumsuzluklara ve yargılamalara yol açabilir. Amacını karşılayamayan bu Tüzük değiştirilmelidir. Kinga Arnold & Pablo Mendes de Leon, “Regulation (EC) 261/2004 in the Light of the Recent Decisions of the European Court of Justice: Time for a Change”, *Air and Space Law*, Cilt: 35, Sayı: 2, 2010, s. 109-111.

¹¹⁹ Bu meyanda, Komisyonun 261/2004 sayılı Tüzük md. 17 uyarınca 4 Nisan 2007 tarihinde Tüzük’ün işleyişi ve sonuçları ile ilgili bir rapor hazırladığı da not düşülmelidir. COM/2007/0168 final.

¹²⁰ COM/2013/0130 final. Bu değişiklik önerisi ile ilgili olarak bkz. Kinga Arnold, “EU Passenger Air Rights: Assessment of the Proposal of the European Commission for the Amendment of Regulation (EC) 261/2004 and of Regulation (EC) 2027/97”, *Air and Space Law*, Cilt: 38, Sayı: 6, 2013, s. 403-438. Dal Pozzo, dn. 4, s. 152-158. Andrew Harrington, “EC 261/2004 and European Commission Reform: A Long and Winding Road to Clarification”, *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, Cilt: 62, Sayı: 4, 2013, s. 636-642.

¹²¹ [2013] OJ C 327/115.

¹²² [2017] OJ C 93/336.

¹²³ <http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2013_72#1213334>, Erişim Tarihi: 19.1.2018.

¹²⁴ [2016] OJ C 214/5.

¹²⁵ Bu bilgi, ABAD’ın internet sitesindeki arama motoru kullanılarak elde edilmiştir. <<http://curia.europa.eu>>, Erişim Tarihi: 19.1.2018. Bundan başka bu başvurulardan kayda değer bir kısmının (TUIfly GmbH ile ilgili olanların) ileride “Birleşik

ruhar, bu çalışmada benimsenen sistematikten hareketle; (i) Tüzük'ün uygulama alanı ile ilgili olanlar,¹²⁶ (ii) Tüzük ile havayolu yolcularına hak tanınan haller (uçğa kabul edilmeme, uçuş iptali ve uçuş tehiri) ile ilgili olanlar,¹²⁷ (iii) Tüzük ile havayolu yolcularına tanınan haklar (tazminat hakkı, geri ödeme veya güzergâh değışikliğı hakkı, bakım hakkı ve alt hizmet sınıfına yerleştirme ile bağı hak) ile ilgili olanlar¹²⁸ ve (iv) Tüzük çerçevesinde birtakım diğđer düzenlemeler ile ilgili olanlar¹²⁹ şeklinde birbirinden ayrılabilir.

Sonuç olarak, 261/2004 sayılı Tüzük, gerek uygulamada ileri sürülme sıklığı gerek içerdığı uygulama veya yorum sorunları yönleriyle AB hukukunun ABAD önüne en çok taşınan tasarruflarından biri olma özelliğini koruyacak gözükmekte olup ABAD kararları ışığında şekillenmeye devam edecektir.

-
- Dava" olarak görülebileceğı not düşülmelidir.
- ¹²⁶ 261/2004 sayılı Tüzük md. 3(1/a) ile ilgili olarak bkz. Case C-537/17 Claudia Wegener v Royal Air Maroc SA [2017].
- ¹²⁷ 261/2004 sayılı Tüzük md. 5(3) ile ilgili olarak bkz. Case C-533/17 Anja Oehlke, Wolfgang Oehlke v TUIfly GmbH [2017]. Case C-501/17 Germanwings GmbH v Wolfgang Pauels [2017]. Case C-490/17 Passengers Rights sp. z o.o. v Deutsche Lufthansa AG [2017]. Case C-292/17 EUflight.de GmbH v TUIfly GmbH [2017]. Case C-291/17 Helga Jordan-Grompe, Sven Grompe, Yves-Felix Grompe, Justin Joel Grompe v TUIfly GmbH [2017]. Case C-290/17 Angelina Fell, Florian Fell, Vincent Fell v TUIfly GmbH [2017]. Case C-286/17 Gabriele Ossenbeck v TUIfly GmbH [2017]. Case C-285/17 Marta Gentile and Marcel Gentile v TUIfly GmbH [2017]. Case C-284/17 Simone Künnecke and Others v TUIfly GmbH [2017]. Case C-283/17 Herbert Blesgen v TUIfly GmbH [2017]. Case C-282/17 Werner Ansoorge v TUIfly GmbH [2017]. Case C-281/17 Thomas Schmidt v TUIfly GmbH [2017]. Case C-280/17 Ralph Eßer v TUIfly GmbH [2017]. Case C-279/17 Thomas Kiehl v TUIfly GmbH [2017]. Case C-278/17 Susanne Meyer and Others v TUIfly GmbH [2017]. Case C-275/17 Friedemann Schoen, Brigitta Schoen v TUIfly GmbH [2017]. Case C-274/17 Margarethe Yüce, Ali Yüce, Emin Yüce, Emre Yüce v TUIfly GmbH [2017]. Case C-254/17 Regina Lorenz and Prisca Sprecher v TUIfly GmbH [2017]. Case C-228/17 Reinhard Wittmann v TUIfly GmbH [2017]. Case C-226/17 Brigitte Wittmann v TUIfly GmbH [2017]. Case C-203/17 Eberhard Schmeer v TUIfly GmbH [2017]. Case C-202/17 Peter Rebbe, Hans-Peter Rebbe, Harmine Rebbe v TUIfly GmbH [2017]. Case C-201/17 Holger Schlosser and Nicole Schlosser v TUIfly GmbH [2017]. Case C-200/17 Susanne de Winder v TUIfly GmbH [2017]. Case C-199/17 Rita Hoffmeyer and Rudolf Meyer v TUIfly GmbH [2017]. Case C-198/17 Ivan Wallmann v TUIfly GmbH [2017]. Case C-197/17 Thomas Neufeldt and Others v TUIfly GmbH [2017]. Case C-195/17 Helga Krüsemann and Others v TUIfly GmbH [2017].
- ¹²⁸ 261/2004 sayılı Tüzük md. 5(3) ile ilgili olanlar, aynı zamanda tazminat hakkı ile ilgili olarak addedilebilir. Bkz. dn. 127.
- ¹²⁹ 261/2004 sayılı Tüzük md. 2/b ile ilgili olarak bkz. Case C-532/17 Wolfgang Wirth and Others v Thomson Airways Ltd. [2017].

Kaynakça

Kitap

- Abeyratne Ruwantissa, *Aviation and International Cooperation: Human and Public Policy Issues*, Springer International Publishing, Switzerland, 2015.
- Baykal Sanem/Göçmen İlke, *Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Bobek Michal/Jeremias Prassl (eds.), *Air Passenger Rights: Ten Years on*, Hart Publishing, Oxford, 2016.
- Dal Pozzo Francesco Rossi, *EU Legal Framework for Safeguarding Air Passenger Rights*, Springer International Publishing, Switzerland, 2015.
- Hartley Trevor, *The Foundations of European Union Law*, 7th ed, Oxford University Press, New York, 2010.

Makale ve Kitap Bölümü

- Aksoy Sami, "Havayolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik", *Güncel Hukuk*, Sayı: Ocak, 2012.
- Arnold Kinga, "Application of Regulation (EC) No 261/2004 on Denied Boarding, Cancellation and Long Delay of Flights", *Air and Space Law*, Cilt: 32, Sayı: 2, 2007.
- Arnold Kinga, "EU Passenger Air Rights: Assessment of the Proposal of the European Commission for the Amendment of Regulation (EC) 261/2004 and of Regulation (EC) 2027/97", *Air and Space Law*, Cilt: 38, Sayı: 6, 2013.
- Arnold Kinga/Pablo Mendes de Leon, "Regulation (EC) 261/2004 in the Light of the Recent Decisions of the European Court of Justice: Time for a Change", *Air and Space Law*, Cilt: 35, Sayı: 2, 2010.
- Balfour John, "The Extraordinary Circumstances Defence in EC Regulation 261/2004 after Wallentin-Hermann v. Alitalia", *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, Cilt: 58, Sayı: 2, 2009.
- Balfour John, "Airline Liability for Delays: The Court of Justice of the EU Rewrites EC Regulation 261/2004", *Air and Space Law*, Cilt: 35, Sayı: 1, 2010.
- Bozkurt Bozabalı Banu/Elif Çağla Çelik, "Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik Kapsamında Yolcunun Uçağa Kabul Edilmemesi", *Legal Hukuk Dergisi*, Sayı: 167, 2016.
- Chatzpanagiotis Michael, "Notion of Flight under Regulation (EC) No. 261/2004", *Air and Space Law*, Cilt: 37, Sayı: 3, 2012.
- Croon Johem, "Placing Wallentin-Hermann in Line with Continuing Airworthiness: A Possible Guide for Enforcers of EC Regulation 261/2004", *Air and Space Law*, Cilt: 36, Sayı: 1, 2011.
- Göçmen İlke, "Avrupa Birliği ile Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Türk Mahkemelerinin Avrupa Birliği Hukuku Karşısındaki Tutumuna Yönelik Bir Öneri: AB-Dostu Yorum Yöntemi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 63, Sayı: 1, 2014.
- Göktepe Hülya, "Havayolu ile Yolcu Taşımacılığında Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu ve Yolcu Hakları", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 3, 2016.
- Güner Özbek Meltem Deniz, "Avrupa Birliği'nde ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler", *Legal*

- Hukuk Dergisi*, Sayı: Prof. Dr. Rona Aybay'a Armağan, 2014.
- Harrington Andrew, "EC 261/2004 and European Commission Reform: A Long and Winding Road to Clarification", *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, Cilt: 62, Sayı: 4, 2013.
- Milner Alexander, "Regulation EC 261/2004 and 'Extraordinary Circumstances'", *Air and Space Law*, Cilt: 34, Sayı: 3, 2009.
- Pierallini Laura, "Regulation 261/2004 - Passengers' Right to Compensation in Case of Flight Delay. Looking for a Fair Balance of Interests. The Role of the Court of Justice of the EU and the Risk to Waste a Chance for Reform", Pablo Mendes de Leon, ed, *A Multilevel Jurisdictional Approach Towards Air Law : Essays in Honour of John Balfour*, Brill, the Netherlands, 2014.
- Prassl Jeremias, "EU Aviation Law before the English Courts: Dawson, Huzar, and Regulation 261/2004", *Air and Space Law*, Cilt: 39, Sayı: 4, 2016.
- Prassl Jeremias, "Exceptionally Unexceptional: C-257/14 Corina van der Lans v Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV and the end of Regulation 261/2004's Exceptional Circumstances Defence", *Journal of European Consumer and Market Law*, Cilt: 5, Sayı: 3, 2016.
- Schmid Roland, "May a Technical Fault with an Aircraft Be Considered as Extraordinary Circumstances in the Meaning of the Regulation (EC) No 261/2004", *Air and Space Law*, Cilt: 32, Sayı: 4-5, 2007.
- Serdar İlknur, "Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik Kapsamında Yolcuların Hakları", *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, Sayı: 8, 2013.
- Sirmen Kazım Sedat, "Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 11 Şubat 2004 Tarihli Ve 261/2004 Sayılı Tüzük'ünün 2(L), 5, 6 ve 7. Maddelerinin Yorumlanmasına İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Tarafından Verilen Sturgeons v. Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) Ve Böck-Lepuschitz v. Air France Sa (C-432/07) Ön Karar Davası Kararı ve Kararın Değerlendirilmesi", *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 2, 2014.
- Thijssen Charlotte, "The Montreal Convention, EU Regulation 261/2004 and the Sturgeon Doctrine: How to Reconcile the Three", *Issues in Aviation Law and Policy*, Cilt: 12, Sayı: 3, 2013.
- Wegter Jorn J., "ECJ Decision of 10 January 2006 on the Validity of Regulation 261/2004: Ignoring the Exclusivity of the Montreal Convention", *Air and Space Law*, Cilt: 31, Sayı: 2, 2006.
- ABAD Kararları
- Case C-292/04 Wienand Meilicke and Others v Finanzamt Bonn-Innenstadt [2007] ECR I-1835.
- Case C-344/04 The Queen, on the application of International Air Transport Association and European Low Fares Airline Association v Department for Transport [2006] ECR I-403.
- Case C-264/06 Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxembourg [2007] ECLI:EU:C:2007:240.
- Case C-333/06 Commission of the European Communities v Kingdom of Sweden [2007] ECLI:EU:C:2007:351.

- Case C-173/07 Emirates Airlines - Direktion für Deutschland v Diether Schenkel [2008] ECR I-5237.
- Joined cases C-402/07 and C-432/07 Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon and Alana Sturgeon v Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) and Stefan Böck and Cornelia Lepuschitz v Air France SA (C-432/07) [2009] ECR I-10923.
- Case C-549/07 Friederike Wallentin-Hermann v Alitalia - Linee Aeree Italiane SpA [2008] ECR I-11061.
- Case C-204/08 Peter Rehder v Air Baltic Corporation [2009] ECLI:EU:C:2009:439.
- Case C-83/10 Aurora Sousa Rodríguez and Others v Air France SA [2011] ECLI:EU:C:2011:652.
- Case C-294/10 Andrejs Eglītis and Edvards Ratnieks v Latvijas Republikas Ekonomikas ministrija [2011] ECLI:EU:C:2011:303.
- Joined Cases C-581/10 and C-629/10 Emeka Nelson and Others v Deutsche Lufthansa AG and TUI Travel plc and Others v Civil Aviation Authority [2012] ECLI:EU:C:2012:657.
- Case C-11/11 Air France v Heinz-Gerke Folkerts and Luz-Tereza Folkerts [2013] ECLI:EU:C:2013:106.
- Case C-12/11 Denise McDonagh v Ryanair Ltd [2013] ECLI:EU:C:2013:43.
- Case C-22/11 Finnair Oyj v Timy Lassooy [2012] ECLI:EU:C:2012:604.
- Case C-139/11 Joan Cuadrench Moré v Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV [2012] ECLI:EU:C:2012:741.
- Case C-321/11 Germán Rodríguez Cachafeiro and María de los Reyes Martínez-Reboredo Varela-Villamor v Iberia, Líneas Aéreas de España SA [2012] ECLI:EU:C:2012:609.
- Case C-452/13 Germanwings GmbH v Ronny Henning [2014] ECLI:EU:C:2014:2141.
- Case C-94/14 Flight Refund Ltd v Deutsche Lufthansa AG [2016] ECLI:EU:C:2016:148.
- Case C-257/14 C. van der Lans v Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV [2015] ECLI:EU:C:2015:618.
- Case C-394/14 Sandy Siewert and Others v Condor Flugdienst GmbH [2014] ECLI:EU:C:2014:2377.
- Joined Cases C-145/15 and C-146/15 K. Ruijssenaars and Others v Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu [2016] ECLI:EU:C:2016:187.
- Case C-255/15 Steef Mennens v Emirates Direktion für Deutschland [2016] ECLI:EU:C:2016:472.
- Case C-315/15 Marcela Pešková and Jiří Peška v Travel Service a.s. [2017] ECLI:EU:C:2017:342.
- Case C-32/16 Ute Wunderlich v Bulgarian Air Charter Limited [2016] ECLI:EU:C:2016:753.
- Case C-302/16 Bas Jacob Adriaan Krijgsman v Surinaamse Luchtvaart Maatschappij NV [2017] ECLI:EU:C:2017:359.
- Case C-559/16 Birgit Bossen and Others v Brussels Airlines SA/NV [2017] ECLI:EU:C:2017:644.

MESLEK KURULUŞLARININ ADLARINDAKİ “TÜRK” VE “TÜRKİYE” SÖZCÜKLERİ*

Hikmet Sami TÜRK*

AKP Genel Başkanı ve Cumhurbaşkanı *Recep Tayyip Erdoğan*'ın 6 Şubat 2018 günü Partisinin grup toplantısında yaptığı konuşmada Türk Tabipleri Birliği ve Türkiye Barolar Birliği'nin adlarındaki “Türk” ve “Türkiye” ifadelerinin Bakanlar Kurulu kararıyla konduğunu, o nedenle çıkarılmaları için Bakanlar Kurulunun hızla gerekli adımları atacağını söylemesi¹ ile ilgili olarak 8 Şubat 2018 günü o tarihte DSP Genel Başkan Yardımcısı sıfatıyla Prof. Dr. *Hikmet Sami Türk*'ün yaptığı basın açıklaması:

“Öyle anlaşılıyor ki, Türk Tabipleri Birliği ve Türkiye Barolar Birliği'nin bazı konularda Hükümetle ters düşen açıklamalar yapmaları, Sayın Cumhurbaşkanınca hoş karşılanmadığı için; bu kuruluşlar, adlarının başındaki ‘Türk’ ve ‘Türkiye’ sözcükleri çıkarılmak suretiyle cezalandırılmak istenmektedir. Her iki Birlik, kamu kurumu niteliğinde meslek üst kuruluşlarıdır. Anayasamızın 135. maddesi uyarınca kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları ‘kanunla’ kurulur. Hâlen Türkiye’de faaliyette bulunan kamu kurumu niteliğindeki meslek üst kuruluşlarının hepsi, bu şekilde ayrı ayrı yasalarla kurulmuştur. Dolayısıyla bu kuruluşların adları ve bunların büyük bölümünün baş tarafındaki ‘Türk’ ve ‘Türkiye’ sözcükleri de Bakanlar Kurulu kararıyla değil, yasa ile konmuştur.² Aynı biçimde yasa ile kurulmuş, adlarının başında ‘Türk’ veya ‘Türkiye’ sözcükleri bulunan, ‘özel hukuk hükümlerine göre yönetilen’, ‘özerk’, ‘idarî ve malî özerkliğe sahip’ ve/ya ‘özel bütçeye sahip’ başka kurum ve kuruluşlar,³ hakkında yasa ile özel hüküm konmuş “kamu yararına çalışan” dernekler de 4 vardır.

* Prof. Dr. *Hikmet Sami Türk*'ün 8 Şubat 2018 günü o tarihte DSP Genel Başkan Yardımcısı sıfatıyla yaptığı basın açıklamasının dipnotları eklenmiş metni.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının adlarının başında buldukları il veya bölgenin adı, üst kuruluşlarının adlarının başında ise 'Türk' veya 'Türkiye' sözcüğü vardır. Bunun nedeni, onların yurt içi ve yurt dışı ilişkilerinde Türk kurumu kimliklerinin belirtilmek istenmesinden, görev ve yetkilerinin bütün Türkiye'de ilgili meslek mensuplarını kapsamasından, faaliyetlerinin Türkiye ölçeğinde olmasındandır. Dolayısıyla üst kuruluşların adlarındaki 'Türk' ve 'Türkiye' sözcüklerinin kaldırılması yanlış ve yanıltıcı olur. Bu sözcüklerin kullanılması için Sayın Cumhurbaşkanının gerekli ve yeterli gördüğü Bakanlar Kurulu kararı ise, günümüzde sadece Türk Ticaret Kanunu'nun 46. maddesinin 3. fıkrası uyarınca ticaret unvanları için aranmaktadır. Dernekler Kanunu'na göre dernek adlarında 'Türk' ve 'Türkiye' sözcüklerinin kullanılması için İçişleri Bakanlığı'nın izni yeterlidir (m. 28).

Anayasa'mızın 135. maddesinin VI. ve VII. fıkralarında 'amaçları dışında faaliyet gösteren meslek kuruluşlarının sorumlu organları' hakkında hangi işlemlerin yapılacağı gösterilmiştir. Eğer öyle bir durum varsa gereği yapılır. Fakat kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının yasa ile konmuş adlarının başındaki 'Türk' veya 'Türk' sözcüklerinin Bakanlar Kurulu kararıyla kaldırılması hiçbir durumda söz konusu olamaz. Kaldı ki, yasa değişikliği yoluyla da yapılırsa kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının adlarındaki 'Türk' ve 'Türkiye' sözcüklerinin kaldırılması doğru olmaz. Böyle bir değişiklik, kimilerinin öcalma duygularını tatmin edebilir; kimilerinin bu sözcükleri her yerden silme isteklerini karşılayabilir;⁵ ama Türkiye Cumhuriyeti'ne hiçbir yarar sağlamaz.

Açıklamanın ilk metni için bk. Gözlem, 17.2.2018, s. 1, 6 "Türkiye'ye Yarar Sağlamaz"; Kısaltılmış haber olarak bk. Yeniçağ, 9.2.2018, s. 9 "Türk adını silmek hak-sızlık, hakaret" (Fatih Erboz); Milliyet, 10.2.2018, s. 18 "Prof. Dr. Türk'ten TTB ve TBB açıklaması: Bakanlar Kurulu isimleri kaldıramaz"; Hürriyet, 11.2.2018, s. 20 "Türkiye'ye Yarar Sağlamaz". Yorum konusu olarak bk. Rahmi Turan, "Türk ve Türkiye", Sözcü, 9.2.2018, s. 1.

¹ Bu konudaki gazete haberleri için bk. Cumhuriyet, 7.2.2018, s. 1 "Bahçeli TTB'yi terör örgütü ilân etti, Erdoğan TTB ve TBB adlarından Türk'ü çıkaracağını açıkladı. Öfkeleri Bitmiyor", 11 "TTB bahanesi oldu"; Sözcü, 7.2.2018, s. 1 "Erdoğan Meclis kulisinde açıkladı: Tabipler ve barolara Türk ve Türkiye yok", 12 "Erdoğan açıkladı: Tabipler ve Barolar Birliğinin başından Türk ifadesi çıkarılacak"; Yeniçağ, 7.2.2018 " 'Türkiye' ve 'Türk' Kaldırılıyor, 9 "Kurumlardan 'Türkiye' ve 'Türk' kaldırılıyor" (Fatih Erboz); Milliyet, 8.2.2018, s. 19 "Hükümet, Meslek Odaları

İçin Çalışma Başlattı: Tabiplerden Türk, Barolardan Türkiye Silinecek"; Milliyet, 17.3.2018, s. 17 "Meslek Kuruluşlarının İsimlerini Değiştirecek Düzenleme Yolda: TOB, OBB; TTB, TB; TESK, ESK oluyor - İsmi değişecek kuruluşlar"; Hürriyet, 9.2.2018, s. 14 "Cumhurbaşkanı Erdoğan, ... "Türk kavramına lâyık değiller" (Ara başlık)".

- 2 Doğrudan doğruya adında ilk sözcük olarak "Türk" veya "Türkiye" yer alan kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ile ilgili yasalar: Türk Dış Hekimleri Birliği Kanunu, Türk Eczacılar Birliği Kanunu, Türk Tabipleri Birliği Kanunu, Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ve Borsalar Kanunu.

Adının başında "Türkiye" sözcüğü bulunan diğer kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ile ilgili düzenlemeler: Türkiye Barolar Birliği (Avukatlık Kanunu m. 109-133), Türkiye Noterler Birliği (Noterlik Kanunu m. 163-178), Türkiye Bankalar Birliği ve Türkiye Katılım Bankaları Birliği (Bankacılık Kanunu m. 79-81), Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği (Sigortacılık Kanunu m. 24-25), Türkiye Serbest Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği (Kısa adı: TÜRMOB) (Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu m. 1, 28-39), Türkiye Ziraat Odaları Birliği (Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanunu m. 23-32); Türkiye Tohumcular Birliği (Tohumculuk Kanunu m. 3/d, 26-36).

Adının başında "Türkiye" sözcüğü bulunan, kurulması yasa ile öngörülen kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu: Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonu (Kısa adı: TESK) (Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu m. 1, 3/k, 34-41).

Adında "Türk" veya "Türkiye" sözcüğü bulunmayan kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu: Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Birliği (Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 40-43).

Adında "Türk" veya "Türkiye" sözcüğü bulunmayan, kamu kurumu niteliği belirtilmeyen, tüzel kişiliği haiz meslek kuruluşu: Seyahat Acentaları Birliği (Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu m. 32). Uygulamada Birlik, "Türkiye Seyahat Acentaları Birliği" adını ve "TÜRSAB" kısaltmasını kullanmaktadır. Birliğin kamu kurumu niteliği ile kullandığı ad ve kısaltmanın yasalaştırılması gerekir (AY m. 135/I).

- 3 Bu kurum ve kuruluşlar, tüzel kişiliği haiz/tüzel kişiliğe sahip ya da kamu tüzel kişiliğini haiz/kamu tüzel kişiliğine sahip olup olmamalarına göre üç büyük grupta ve ilk ikisi kuruluş kanunlarında belirtilen niteliklerine göre aşağıda belirtilen alt gruplarda toplanabilir:

Tüzel kişiliği haiz/Tüzel kişiliğe sahip kurum ve kuruluşlar:

"Özel hukuk hükümlerine göre yönetilen kamu kurumu": Türk Standartları Enstitüsü (Kısa adı ve markası: TSE) (Türk Standartları Enstitüsü Kuruluş Kanunu m. 1/I-II);

"Özel hukuk hükümlerine tâbi, özel bütçeli kamu kuruluşu": Türk Patent ve Marka Kurumu (Kısa adı: TÜRK PATENT) (Türk Patent ve Marka Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun m. 1, 2/a, 3-27).

"Özel hukuk hükümlerine tâbi, idarî ve malî bakımdan özerk kamu kuruluşu": Türkiye İş Kurumu (Türkiye İş Kurumu Kanunu m. 1/III).

"İdarî ve malî özerkliğe sahip" kurumlar: Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (kısa adı: TÜBİTAK) (Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanun m. 1), Türk Akreditasyon Kurumu (Kısa adı: TÜRKAK) (Türk Akreditasyon Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun m. 1).

"Bilimsel, idarî ve malî özerkliğe sahip" kurumlar: Türkiye Bilimler Akademisi (kısa adı TÜBA) (Türkiye Bilimler Akademisinin Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 1), Türkiye Adalet Akademisi (Türkiye Adalet Akademisi Kanunu m. 4).

"Özel hukuk hükümlerine tâbi, özerk" kuruluş: Türkiye Futbol Federasyonu (Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun m. 1).

"Özel bütçeli" kurum: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı (Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun m. 3/1),

"Özel bütçeye sahip" kuruluş: Türkiye İhracatçılar Meclisi (kısa adı: TİM) (m. 2/1d, 11),

Kamu tüzel kişiliğini haiz/Kamu tüzel kişiliğine sahip kuruluşlar:

"İdarî ve malî özerkliğe sahip" kuruluş: Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım Ajansı (Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım Ajansı Kurulması Hakkında Kanun m. 1/1),

"İdarî ve malî özerkliğe sahip, özel bütçeli" kurum: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu: m. 1, 2/1 ı, 8-16).

"Bilimsel ve idarî özerkliğe sahip, özel bütçeli" kurum: Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığı (kısa adı: TÜSEB) (Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığı Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 3/1)

"Özel bütçeli" kurum: Türk İşbirliği Koordinasyon Ajansı Başkanlığı (kısa adı: TİKA) (Türk İşbirliği Koordinasyon Ajansı Başkanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (m. 2).

Sadece "kamu tüzel kişiliği[ni] haiz" olduğu belirtilen kurum: Türkiye Atom Enerjisi Kurumu (kısa adı: TAEK) (Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu m. 3/1).

c) Yasa ile "Başbakanlığa bağlı" olarak kurulan, kamu tüzel kişiliği ve niteliği belirtilmeksizin görev ve yetkileri düzenlenen, bilimsel ve teknik özerkliğe sahip kurum: Türkiye İstatistik Kurumu (kısa adı: TÜİK) (Türkiye İstatistik Kanunu m. 1, 2/a, 16-17). Kanun'da TÜİK'in kamu tüzel kişiliğine yer verilmeyişi, önemli bir eksikliklerdir (krş. AY m. 123/III).

4 Tüzükleri Bakanlar Kurulu'nca onaylanan, kamu yararına çalışan Türkiye Kızılay Derneği ve Türk Hava Kurumu (Dernekler Kanunu m. 27/VI, 27/A)

5 Nitekim ilk metni 1933'te VI. İsmet Paşa (İnönü) Hükümetinin Maarif Vekili (Eğitim Bakanı) Dr. Reşit Galip Bey tarafından yazılan, "Türküme, doğruyum, çalışkanım. ..." cümlesi ile başlayan, sabahları ilkokullarda öğrenciler tarafından derse başlarken topluca yüksek sesle okunan Andımız'ın 80 yıl sonra 30 Eylül 2013 günü Başbakan Recep Tayyip Erdoğan tarafından bir basın toplantısıyla açıklanan Demokratikleşme Paketi çerçevesinde kaldırılması, bazı çevrelerde sevinçle karşılanmıştı. Andımız'ın kaldırılmadan önceki tam metni için bk. Türk Meclisi - Andımız (www.turkmeclisi.org).

**2014/12321 BAŞVURU NUMARALI FAİK TARI
VE SULTAN TARI BAŞVURUSUNA İLİŞKİN
ANAYASA MAHKEMESİ'NİN FAHİŞ HATALI
KARARININ ELEŞTİRİSİ
(ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE DÖNME
HAKKINDA AYNI ETKİLİ DÖNME GÖRÜŞÜNE VE ÖZELLİKLE
YARGITAY 15. HD. NİN YERLEŞİK KARARLARINDAKİ “AVANS
TAPU” NİTELEMESİNE İLİŞKİN ELEŞTİRİLER)**

Saba ÖZMEN*

Anahtar kelimeler: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Avans Tapu, Dönmede/Fesihte Aynı Netice, Ani/Süreklî Edim, Sebepin Gerçekleşmemiş Olması

I. ELEŞTİRİYE KONU ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Başvuru numarası 2014/12321, karar tarihi 20.07.2017 olan ve 27.09.2017 tarihli, 30193 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Faik Tari ve Sultan Tari başvurusunun konusu, yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

İstanbul ili, Bakırköy ilçesi, Şenlik Mahallesi’nde bulunan 292 ada, 148 parselde kayıtlı taşınmaz, G.N.Y, G.T.Y., V.O. adına tescillidir. Arsa maliklerinin yüklenici E.A. ile 26.11.1985 yılında akdettikleri geçerli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca arsa malikleri taşınmazın 56/104 payını yükleniciye devrini; yüklenici ise ikisi bodrum katta olmak üzere altı bağımsız bölümün yapımını borçlanmıştır. Taşınmaz üzerinde bir bodrum, bir zemin, iki normal ve bir çekme kat olmak üzere yedi bağımsız bölüm inşa edilmiştir. Bu bina için proje, inşaat ruhsatı ve yapı kullanım izin belgesi mevcut değildir.

* Prof. Dr.

Arsa malikleri borçlarını ifa etmiş, bunun sonucunda Faik Tari 16/104 oranındaki kat irtifaklı arsa payını 6.2.1992 tarihinde, Sultan Tari ise 32/104 oranındaki kat irtifaklı arsa payını 9.3.1998 tarihinde yükleniciden satın almıştır.

Arsa malikleri, yüklenicinin borcunu gereği gibi ifa etmediği iddiası ile sözleşmenin feshine ve devrettikleri payın kendi adlarına tesciline yönelik 05.03.2009 tarihinde Bakırköy 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dava açmıştır. Mahkeme gerekçeli kararında, davaya konu binanın yapı kullanma izin belgesi bulunmadığından, inşaatın gereği gibi tamamlanmadığından bahisle 818 sayılı BK m. 358 (6098 sayılı TBK m. 473)¹ hükmünce arsa maliklerinin sözleşmeyi feshettiğine hükmetmiştir. Kararda ayrıca, yükleniciye düşen arsa paylarını satın alan Faik ve Sultan Tari'nin henüz inşaat halinde bulunan ve tamamlanmamış binadan bağımsız bölüm almayı amaçlamaları karşısında arazinin "gerçekte" yükleniciye ait olmadığını bildiklerini, arsa paylarında hak doğmayacağını bildiklerini, payları kaybedecekleri riskini aldıklarını belirterek TMK m. 1023 hükmünce iyiniyete ilişkin kuralın olayda uygulanamayacağına hükmetmiştir.

Yargıtay 15. HD: 03.10.2012T., 2011/6160E., 2012/5968K. sayılı kararlarla hüküm onanmış, karar düzeltme istemeleri de aynı dairenin 22.05.2014 tarihli kararıyla reddedilmiş, bunun üzerine başvuru Faik ve Sultan Tari, 18.07.2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuş, mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruya ilişkin kararında ulusal hukukla ilgili kanun hükümlerini şöyle sıralamıştır: 818 sayılı BK m. 106, 107, 355, 358/I, 6098 sayılı TBK m. 647, 648, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 1.

¹ Yerel mahkemenin gerekçeli kararına ulaşma imkânımız bulunmamakla birlikte, bu noktada sadece Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararında yer verilen yerel mahkeme kararının özeti üzerinden anladığımız kadarıyla; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 26.11.1985 tarihinde kurulduğunu, Faik Tari'nin 16/104 oranındaki kat irtifaklı arsa payını 6.2.1992 tarihinde, Sultan Tari'nin ise 32/104 oranındaki kat irtifaklı arsa payını 9.3.1998 tarihinde yükleniciden satın aldığı, arsa maliklerinin yüklenicinin borcunu gereği gibi ifa etmediği, yani binanın yapı kullanma izninin bulunmadığı, dolayısıyla arsa maliklerinin 05.03.2009 tarihinde Bakırköy 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde yükleniciye mülkiyetini devrettiği arsa paylarının kendi adına tescili için dava açtığı anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında yer verdiği Yargıtay içtihatları ise şöyledir: 24.02.2016T., 2014/23-724E., 2016/168K., Yargıtay 23. HD. 31.03.2014T., 2013/8737E., 2014/2416K., Yargıtay 15. HD. 25.10.2007T., 2006/3246E., 2007/6600K., Yargıtay 23. HD. 31.03.2016T., 2014/10445E., 2016/2017K., Yargıtay 14. HD. 13.05.2010T., 2010/4902E., 2010/5603K.

Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası hukukta dayandığı hüküm ise AIHM Ek 1 No.lu Protokol m. 1 hükmüdür.

Anayasa Mahkemesi kararının değerlendirme kısmında bu makale açısından dikkate alınması gereken boyutuyla şu sonuçlara varmıştır: *Başvuruya konu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamındaki uyumsuzluğa ilişkin olarak devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında mülkiyetin korunmasına yönelik belirli, ulaşılabilir, öngörülebilir kanun hükümlerinin ve buna dayalı olarak yerleşik içtihatların mevcut olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca bireysel başvuruya konu yargılama süreci bir bütün olarak dikkate alındığında mülkiyet hakkının korunması yükümlülüğü yönünden başvuru sahiplerinin usule ilişkin güvencelerden etkin biçimde yararlanmasının sağladığı, kararlarda yer verilen tespit ve gerekçelere göre yargısal makamların takdir yetkilerinin sınırının aşılmadığı sonucuna varılmıştır. Yükleniciye düşen arsa payını satın alan başvuru sahiplerinin, yüklenici tarafından sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tapu kaydının iptali suretiyle yapılan müdahale yönünden mülkiyet hakkına yönelik bir ihlalin olmadığına açık olduğu anlaşılmıştır. Açıklanan nedenlerle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddia yönünden başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.*

Osman Alifeyyaz Paksüt ve Celal Mümtaz Akıncı ise bu görüşe katılmamış ve karşı oy gerekçesini özetle şu şekilde oluşturmuşlardır (sadece konumuzla ilgili gerekçelere yer vermeyi uygun görüyoruz): *Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden bulunmadığı anlaşılan malul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir. Somut olaydaki yaklaşık 5 yıl 2 aylık yargılama süresinin makul olmadığı sonucuna varılmalı, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir. Her ne kadar TMK m. 1024 hükmünde bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmişse bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişinin bu tescile dayanamayacağı öngörülmüş*

ise de söz konusu sözleşmenin yapımından ve binanın fiilen kullanıma başlamasından yıllar sonra başvurucuların tescilin yolsuz yapıp yapılmadığını bilmesi gerektiği söylenemez. Bu nedenle arsa malikleri ile başvurucuların çatışan menfaatlerinin hangi tarafın daha fazla iyiniyetli olduğuna bakılarak çözüme varılması gerekir. Arsa maliklerinin, binanın projesi bulunmadığını ve dolayısıyla yapı kullanım izni alamayacak durumda olduğunu bilmelerine rağmen yükleniciye pay devretmeleri, yüklenicinin başkalarına pay satışı yaptığını da tapu kayıtlarıyla ve fiilen bilmeleri, buna rağmen 24 yıl boyunca hiçbir yasal girişimde bulunmamaları, bina ekonomik ömrünü doldurmaya başladığı ve arsa olarak daha fazla kıymet kazandığı bir dönemde daha önce devredilmiş payların adlarına tescili istemiyle dava açmaları iyiniyetli olmadıklarını göstermektedir. TMK m. 2 hükmünde düzenlenen iyiniyet ilkesinin 743 sayılı TMK'da "sırf gayri izrar eden suiistimal" kavramından farklı olduğu, diğer bir ifadeyle, arsa maliklerinin başkasına zarar vermek değil, kazanç sağlamak amacıyla da olsa iyiniyetli olmadıkları sürece mevzuat ve Yargıtay içtihatlarındaki lehe hususlardan yararlanamayacaklardır. Öte yandan başvurucuların, uğradıkları zarardan dolayı taleplerini, hak kazanmadığı halde devraldığı kabul edilen arsa paylarını kendisine satan yükleniciye yöneltmeleri halinde de zamanaşımına ilişkin hükümler karşısından başarı şansları şüphelidir. Dolayısıyla başvurucuların mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekmektedir.

II. MAKALEYİ KALEME ALMA AMACI

Anayasa Mahkemesi'nin anılan başvuru üzerine Yargıtay'ın yerleşik kararlarıyla vardığı sonuçla aynı yöndeki kararı karşısında tüm vatandaşların başına gelebilecek kan dondurucu kararı hakkında uyarıda bulunmak amacıyla bu makaleyi kaleme alıyoruz.² Bu ve benzer somut uyuşmazlıkta kurgu en basit anlatımıyla aynen şöyle gelişmektedir: Tedbirli bir alıcı olarak bir bağımsız bölümü satın alma yolunda avukatınızla tapu dairesinde araştırmanızı yapıyorsunuz; ardından tapu senedinde malik hanesinde satıcının adını görerek tapu dairesinde yapılan resmi senetle (satış sözleşmesinin tapu müdürlüğüne

² Artık rahatsız edici boyutuyla yol açtığı korkunç sonuçlar günlük gazetelere haber olur hale gelmiştir. Bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/cok-tartisilacak-karar-tapulu-eviniz-elden-gidebilir-40615001>

tanzimi ile) adınıza tescili sağlıyorsunuz. Bu durumda henüz yapı kullanma izin belgesi alınmamış olduğu için tescili adınıza yapılacak veya yapılmış tapu, kat irtifakı tapusudur. Bu işlem, malikin tescil talebi ile yapıldığı sırada hiçbir geçersizlik sorunu taşımamaktadır. **ANCAK SİZİN İÇİN TEHLİKENİN KAYNAĞI, ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ UYARINCA ARSA MALİKİNİN YÜKLENİCİYE DEVRETTİĞİ ARSA PAYINA BAĞLI OLARAK YÜKLENİCİNİN EDİNDİĞİ KAT İRTİFAKI KURULMUŞ BAĞIMSIZ BÖLÜM ÜZERİNDEKİ MÜLKİYET HAKKINI ÜÇÜNCÜ KİŞİ OLARAK EDİNİMİŞ OLMANIZDIR. GEÇERLİ SATIM SÖZLEŞMESİ İLE DEVRALMIŞ OLSANIZ DA SONRASINDA ARSA MALİKİ İLE YÜKLENİCİ ARASINDA ORTAYA ÇIKAN UYUŞMAZLIK ÜZERİNE TARAFI OLMADIĞINIZ SÖZLEŞMEDEN DÖNÜLMESİ HALİNDE ARSA MALİKİNE EDİNİMİŞ OLDUĞUNUZ TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİ İADE ZORUNDA KALACAKSINIZ. BU YOLDA HİÇBİR İTİRAZINIZ MAHKEMECE DİKKATE ALINMAYACAKTIR. ASLA İYİNİYETLİ OLDUĞUNUZU İLERİ SÜREMEYECEKSİNİZ.**

Uygulamada artık sayısı yüzler olarak ifade edilen bu yönde üçüncü kişilere açılmış davaların gittikçe artmasının nedeni, anlaşılacağı üzere arsa sahiplerinin bu yönde hukuki temelden yoksun kozlarını öne sürme arzularıdır. Anılan tehlike göz önüne alınmadan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tarafı yükleniciden bağımsız bölümünün mülkiyetini devralan dönülen sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin, yüklenicinin gerçekleştirdiği imalatların %90 ve zaman zaman %95 tamamlama oranına kavuşmamasına dayalı olarak (*bu oran, Yargıtay'ın son yıllardaki kararlarında belirlenmiştir*³) ve Anayasa Mahke-

³ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin "prensip kararı" olarak nitelendirilen içtihatlarında eserin büyük kısmının tamamlanmış olması ve fakat yüklenicinin temerrüde düşmesi dolayısıyla iş sahibinin sözleşmeden "dönemeyeceği", bu beyanın sözleşmeyi "feshetme" sonucunu doğuracağı kabul edilmektedir. Yargıtay uygulaması incelendiğinde sözleşmeye son vermenin fesih sonucunu doğurduğunu kabul eden kararlarda son yıllarda eserin tamamlanma oranı en az %90 olarak kabul edilmektedir. %90'ın altındaki tamamlanma oranı ise, sözleşmeden dönen taraf açıkça sözleşmeyi fesih iradesinde olduğunu bildirmedikçe, sözleşmeden dönme sonucunu doğuracaktır; başka bir deyişle, eserin tamamlama oranının %89 ve daha aşağısı olması halinde arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi, sözleşmeden dönme sonucunu doğurmaktadır.

Yargıtay'ın tamamlanma oranına ilişkin olarak sözleşmenin ileriye etkili biçimde

mesi kararına konu olarak yapı kullanma izin belgesi alınmamasına dahi aynı yönde bağlanan sonuçla arsa malikinin, yüklenicinin temerrüdüne dayalı olarak sözleşmeden dönmesi sonucu andığımız tehlikeyi “*hayatın olağan akışına uygun olarak*” düşünmesi beklenmemesi gerekirken, verilen kararların yarattığı sancuları irdelemek istiyoruz. Bu durumda sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişilerin Yargıtay kararları ile getirilen özen yükümlülüğü ile edindikleri kat irtifakı tapusunu yükleniciden edinmekle arsa payı karşılığında inşaat sözleşmesi uyarınca inşa edilen binanın Yargıtay tarafından kabul edilen yukarıda andığımız tamamlama niceliğine ulaşamama riskini üstlendikleri kabul edilmektedir.

Bu sonuç çok hatalıdır. Yargıtay’ın andığımız yerleşik içtihadıyla ülkemizde bu “sözde” riske katlanmak zorunda bırakılmış binlerce kişi bulunmaktadır. Makalemizin konusunu oluşturan Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen somut olayda Faik Tari 16/104 oranındaki kat irtifaklı arsa payını 6.2.1992 tarihinde, Sultan Tari ise 32/104 oranındaki kat irtifaklı arsa payını 9.3.1998 tarihinde yükleniciden edinmiştir. Bağımsız bölümlerde yapı kullanma izin belgesi olmasa da 1983 yılında 2814 sayılı Kanun ile değişik Kat Mülkiyeti Kanunu m. 17/son hükmünün “*Kat irtifakı kurulmuş gayrimenkullerde yapı fiilen tamamlanmış ve bağımsız bölümlerin üçte ikisi fiilen kullanılmaya başlanmışsa, kat mülkiyetine geçilmemiş olsa dahi ana gayrimenkulün yönetiminde kat mülki-*

sona ermesi yönündeki kararlarından bazıları şöyledir: “İnşaatın %92 seviyesinde bulunması ileriye etkili feshi gerektirir.”, Yargıtay 15. HD. E. 2009/1031, K. 2009/4125, T. 1.4.2009; “İnşaatın büyük oranda tamamlanması (%90’ın üzerinde) durumunda Medeni Kanununun 2. maddesi hükmünce akdin ileriye dönük feshi kabul edilebilir.”, Yargıtay 15. HD. E. 2003/3057, K. 2004/88, T. 14.1.2004; “Akdin ifa ile sonuçlandırılmadığı gibi akdin büyük oranda (%95) oranında ifa edilmiş değildir... kabule göre de %75 seviyenin feshedilemeyecek aşama olarak kabulüyle, hükme varılması da usul ve yasaya aykırıdır.”, Yargıtay 15. HD. E. 2014/5121, K. 2015/286, T. 21.1.2015; “Somut olayda, mahkemece inşaatın tamamlandığı %6 oranına göre, ileriye etkili feshi karar verilmesi yerindedir.”, Yargıtay 15. HD. E. 1996/6770, K. 1997/1356, T. 13.3.1997; “...inşaatın %90 üzerinde tamamlandığı anlaşıldığı takdirde bu seviyeye göre yüklenicinin hak ettiği bağımsız bölümlerin adedi ve konumları belirlenip akdin ileriye etkili feshine...” , Yargıtay 15. HD. E. 2004/7507, K. 2005/505, T. 4.2.2005; “...inşaatın %90 ve üzeri oranına ulaşması ve ayrıca kalan eksik işlerin de sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmadığının belirlenmesi halinde ileriye etkili feshin koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde ise sözleşmenin geriye etkili feshi koşullarının oluştuğu sonucuna varılmalıdır.”, Yargıtay 23. HD. E. 2014/432, K. 2014/4157, T. 29.5.2014.

yeti hükümleri olarak uygulanır.” şeklindeki kuralı gereği anılan çoğunluğun ikameti yasal olarak sürdürülmekte iken karara konu Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararlarında 24 yıl sonra taşınmazın mülkiyetinin iade zorunda kalınması gerçekten kan dondurucu nitelikte olup dayandığı temeller itibariyle tamamen hukuka aykırıdır.⁴

Kararla varılan bu noktada inşaatın tamamlanma niceliği olan %90-95 seviyeleri aşarak yapı kullanma izin belgesi alınmamasına dayalı ileriye etkili olmaksızın sözleşmeden dönme sonucu sözleşmenin baştan itibaren geçersiz hale geldiğinin kabulüyle bu yöndeki kararların verilmesi, **bu kararın duyulmasıyla birlikte üzücü sonuçlara yol açacak niteliktedir.** Şöyle ki, yukarıda andığımız KMK m. 17/son hükmündeki değişiklik ile yapı kullanma izin belgesi olmasa da bağımsız bölümlerin üçte ikisi fiilen kullanılmaya başlanmışsa kat mülkiyeti hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Ülkemizde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sonucu yapılan inşaatlarda yapı kullanma izin belgesinin alınmamış olması adeta kural halini bu hüküm sayesinde almıştır. Hal böyle olmakla, bu tür bağımsız bölümlerin kat irtifakı tapusu ile defalarca el değiştirmiş olması gerçeği karşısında bu kararı emsal alan davaların açılmaya başlanması halinde yaratacağı olumsuz sonuçların tehlikesine işaret etmek istiyoruz.

Bu yönde eleştirilerimize muhteşem zekâ ürünü Roma hukukundan gelen ilkelere ve TMK ve TBK hükümlerine değinerek fahiş hatalı sonuçlarıyla Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi kararının bu ilkelere ne denli ters düştüğünü vurgulayarak değineceğiz.

Bir yönde açıklamalarımıza geçmeden “önce” ilginç bir saptama ile başlamak istiyoruz. Şöyle ki, Anayasa Mahkemesi’nde verilen kararın iki muhalif üyeye karşılık üç üyenin aynı yöndeki görüşü ile verildiğini; üyelerin uzmanlık alanlarını incelediğimizde iki muhalif üyenin lisansını hukuk (*muhalefet gerekçeleri de tamamen bilimsel temelden yoksun ve fakat sonucu itibariyle doğru karar olmakla*) ve fakat üç üyeden bir üyenin iktisat, ikinci üyenin de maliye alanında aldığını görmekteyiz. Araştırma derinleştikçe anlaşılacağı üzere ancak eşya ve borçlar

⁴ Yıllar önce Yeditepe Üniversitesi’nde konuk olarak katıldığım bir sempozyumda konuk olan rahmetli Prof. Dr. Mustafa Dural’ın Yargıtay’ın kararlarını eleştirirken “Hatalı kararlar kanımı donduruyor” şeklinde bir beyanda bulunmuştu. Kendisini anarak bu tabirle kararları eleştirmek istiyorum.

hukuku öğretisine hâkim hukukçuların doğru gerekçelere dayanan saptamalarla bu iki öğreti arasında birbiriyle bağlantı kurması sonucunda hukuka uygun bir karar verilebilir. Dolayısıyla pek çok hukuki kurumu birlikte değerlendirerek sonuca varılması gereken böylesine teknik bir durumda gerekçelerin yetersiz olması karşısında ülkemiz açısından üzüntü taşıdığımızı ifade etmek isteriz.

III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN ATLADIĞI ROMA HUKUKU İLKELERİNE DAYALI TMK'NİN VE TBK'NİN İLKELERİ

Roma hukukunda istihkak (*rei vindicatio*) ile sebepsiz zenginleşme (*conductio*) davasının günümüze de yansıyan sonucu itibariyle asla yarışamayacağı kabul edilmiş bulunmaktadır ve bu kabulün son derece mantıklı bir gerekçeye dayandığını görüyoruz.

Araştırma konumuz olan hatalı içtihadı yol açan görüşün borçlar ve eşya öğretisi açısından ne denli hatalı bir sonuca vücut verdiğini ilk olarak taşınır mülkiyeti açısından hissettirmeye çalışalım: Örneğin, ikinci el bir telefon alındığında asla kanunun ruhuna uygun olarak şu endişeye kapılmayız: Telefonu aldığım ve bana mülkiyeti devredecek satıcı şu an maliktir.⁵ Ancak satıcı malik, telefonu aldığı operatörle taksitli satım sözleşmesi yapmış ve taksit bedellerinin ödenmemesi üzerine operatörün sözleşmeden dönmesi halinde (*TBK m. 235 hükmünce veresiye satımda ancak kararlaştırılması halinde bedelin ödenmemesine dayalı dönme hakkı tanınmıştır*) savunduğumuz kanuni borç ilişkisi görüşünce kıyasen uygulanacak sebepsiz zenginleşme hükümlerince telefonun alıcı tarafından satıcıya iadesi yapılması gerekecektir. Böylece operatör kanuni borç ilişkisi görüşünce ancak telefonun mülkiyetinin hala kendi alıcısında (*benim satıcımda*) bulunması halinde açacağı dava ile aynen iadeyi sağlayabilecektir. Oysa somut olayımızda telefonun artık üçüncü kişi halef olarak benim mülkiyetime geçmesi söz konusudur. Taksitli satış yapmış operatörün sebepsiz zenginleşme hükümlerince iadeye dayalı nisbi alacak hakkını bana karşı ileri sürmesi mümkün olmaz. Çünkü telefon mülkiyetini tasar-

⁵ Satıcı malik değilse ve satılan, asıl hak sahibinin elinden rızası dışında çıkan bir telefon ise, çalınmış ve kaybedilmiş ise iyiniyete dayalı aynı hak edinmek de söz konusu olmayacaktır; emin sıfatı ile zilyet ise iyiniyeti ile aynı hak kazanabilecektir.

ruf işlemi ile yapıldığı anda henüz satıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmadığı süreçte alıcı malikten geçerli bir tasarruf işlemi ile edinmiş bulunmaktayım. Bu nedenle telefonu aldığım sırada anılan kurgu gereği ileride gerçekleşerek telefonu iade zorunda kalabileceğimi düşünmemeliyim. Hukuki ilişkilerde güven ilkesi bunu gerektirir. Oysa sözleşmeden dönmeye aynı netice bağlayıp borçlandırıcı işlemin sonradan geçersiz hale gelse de nedensellik (*illilik*) prensibi sonucu mülkiyetin kendiliğinden satıcıya döneceğinin kabulü güveni ortadan kaldırmaktadır. Roma hukukundan gelen muhteşem temelle hiç kimse böyle bir endişeye maruz bırakılmamıştır. Bu noktada istihkak (*rei vindicatio*) davasına değil, sona ermiş bir sebebe (*condictio ob causam finitam*) dayalı sebepsiz zenginleşme (TBK 77/son) davasına vücut verilmiştir.

Araştırma konumuz olan hatalı içtihatlarla dayalı sonuç ancak nedensellik (*illilik*) prensibi gereğince hukuki sebebin baştan geçersiz olmasına dayalı olarak geçerlidir. Böylece borçlandırıcı işlem (*taahhüt muamelesi*) geçersiz ise, tasarruf işlemi kendiliğinden geçersiz olacak ve bu durumda istihkak davası söz konusu olacaktır. Bu kurguda, sebepsiz zenginleşme hükümleri, ancak karışma ve birleşme halinde söz konusu olur (*condictio sine causa*).

Buna karşılık somut olayımızda söz konusu olan borçlandırıcı işlem “yapıldığı esnada” geçerli iken yapılan geçerli tasarruf işleminin varlığı karşısında sözleşmeden dönme, geri alma, iptal, sona erme gibi sebeplerle borçlandırıcı işlem “sonradan” geçersiz hale gelirse tasarruf işlemi bundan etkilenmeyecektir. Genel bir ilke kanunlarımızda bu yönde bir kural bulunmadığı ileri sürülse de gerekçemiz TBK’da yer almaktadır. İsviçre Medeni Kanunu’ndan aynen alınmış kural ile TBK m. 136⁶ hükmü gereğince sebepsiz zenginleşme davasına yapılan atıf bu konuda tereddüte yer bırakmaz. Buna göre mal değişimi (*trampa*) sözleşmesi uyarınca taraflardan birinin önceden ifa edilmiş edimi kar-

⁶ TBK m. 136/I ve II hükmü şöyledir:

“Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.”

şılığında diğer tarafın parça borcu eşya devir borcu sonradan oluşan kusursuz ifa imkânsızlığı ile sona erecek olursa artık diğer tarafın önceden yerine getirdiği ifaya ilişkin iade hakkı sebepsiz zenginleşme hükümlerince gerçekleşecektir. Roma hukuku temelli bu kuralı yukarıda andığımız istikrara dayalı güven oluşturma amacıyla oluşturmuştur. Diğer yönden belirtmek gerekir ki, mülkiyet karinesi (TMK m. 985) geçerli bir tasarruf işlemi sonucu halefin şahsında doğmakla asla bozucu koşul niteliği taşıyan sonradan kuşkulu olayın başlangıçta belirsiz olmakla kuşkulu olay dönmenin gerçekleşmesi ile mülkiyet hakkını tekrar selefte geçmesinden söz edilemez. Konu başlığımız altında taşınmazlarda da bu sonuç değişmez. Aşağıda araştırma konumuz kapsamında hatalı içtihatlar, taşınmaz konulu olmakla aynı gerekçe ve ilkelere dayalı sonuçlarını irdeleyeceğiz.

IV. YARGITAY KARARLARINDA BENİMSENEN AYNÎ ETKİLİ DÖNME GÖRÜŞÜ

Yargıtay'ın neredeyse son 15 yıldır vermiş olduğu ve yerleşik (*müstekar*) özellik arzeden kararlarında sözleşmeden dönmenin sonuçları bakımından aynî etkili dönme (*istihkak*) görüşü⁷ ile benzer sonuçlara vardığını görmekteyiz. Vardığı sonuç itibarıyla bu görüş şu şekilde özetlenebilir: Sözleşmeden dönme ile tasarruf işlemi geçmişe etkili biçimde hükümsüz hale gelir ve ifa edilmiş edimlerin iadesi aynî hakka

⁷ Bu görüşü savunan yazarlar: Markus Knellwolf, 'Zur Wirkung des Rücktritts', Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 109 (1990) I, s. 389-413, s. 409 vd.; Max Keller/ Christian Schöbi, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, Helbing&Lichtenhahn Verlag AG, Basel, 1988, s. 277, 278; Felix R. Ehrat, Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Schulthess, Zürich, 1990, N. 480; M. Turgut Öz, 'İsviçre Federal Mahkemesi'nin Sözleşmeden Dönmeye Aynî Etki Taniyan İçtihadı Üzerine', MHAD, C. 20, s. 48-57, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1996, s. 52, 53; M. Turgut Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Kitap, İstanbul, 1989, s. 39 vd., 240 vd.; M. Turgut Öz, 'Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi', MHAD, Yıl 13, No 16, 1979-80-81, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985, s. 131-172, s. 141, 162 vd.; Vedat Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998'den Tıpkı Basım, 2014, s. 121, 134 vd.; Serkan Ayan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 269; Turan Şahin, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 282. Buz, s. 134 vd.'da bu görüşe neden üstünlük tanınması gerektiğine ilişkin uzun bir gerekçe sunmuştur.

dayanır. Sözleşmeden dönme beyanının karşı tarafa varmasıyla hukuki sebep, hem ifa edilmemiş edim yükümlülükleri hem de ifa edilmiş olanlar bakımından geçmişe etkili biçimde (*ex tunc*) sona erdiğinden dönülen sözleşmeye dayanılarak kazanılan aynı hakların nedensellik (*illilik*) sonucu devralana geçmediği kabul edilir.

Bu görüş uyarınca sebebe bağlı taşınmaz mülkiyetinin devrini içeren sözleşmeden dönüldüğünde artık mülkiyetin, mülkiyet karinesinden yararlanan sözleşme tarafına ait olması düşünülemeyeceğinden taşınmazlarda TMK m. 1025 hükmü gereğince sebebe bağlı tasarruf işlemi olan tescil yolsuz hale gelecektir. Böylece temelinde yatan istihkak iddiasıyla⁸ (TMK m. 683) davacı, herhangi bir süreye tâbi olmaksızın tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilir.⁹

V. SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN SONUÇLARINA İLİŞKİN GÖRÜŞÜMÜZÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Katıldığımız kanunî borç ilişkisi görüşü¹⁰ (*Vertragstheorie- Legalessecul Adverhältnisstheorie*) uyarınca ise sözleşmenin doğrudan ve geçmişe etkili biçimde (*ex tunc*) ortadan kalktığı, dönülen sözleşme uyarınca önceden yapılan kazandırmalar sebebe bağlı tasarruf işlemiyle yapılmış olsa dahi, devredilmiş hakkın kendiliğinden hak sahibine dönmeyeceği ve sözleşmeden dönmenin tasarruf işlemi üzerinde etkisinin olmadığı kabul edilmektedir. Bu görüş savunucularına göre, sözleşmeden dönme ile borç ilişkisi geçmişe etkili biçimde sona erse

⁸ Sözleşmeden dönme halinde doğrudan sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurmanın sebebi, olumsuz zararın da talebine yer olmakla, bu konuda sebepsiz zenginleşme zamaşımına tabi olmamak için kanuni borç ilişkisi görüşünün savunmaktayız.

⁹ Buz, s. 140, 172, 173.

¹⁰ Bu görüşü savunan yazarlar: Paul Piotet, 'Akdin Feshinden Sonra Edimlerin İadesi', Çev. İlhan Helvacı, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 917-924, s. 923; Hermann Becker, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, Obligationenrecht, I. Abteilung, Art. 1-183, Verlag von Staemp i, Bern, 1941, Art. 109, N. 4, 5; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 968; Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 78, 79; Alman hukukunda BGB §346 hükmü sözleşmeden dönmenin sonuçlarını düzenlemektedir ve düzenleme sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade borcundan farklıdır. Bkz. Ludwig Enneccerus/Heinrich Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 2: Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen, 1958, s. 165 vd.

de bu, ifa edilmiş edimlerin yapıldığı süreçte geçerliliğine dayalı olarak sebepten yoksun hale geldiği savunulamayacaktır.

Sözleşmeden dönme sonucu asla istihkak talebiyle yarışmayan boyutuyla, yüklenicinin malvarlığında oluşan artışın artık haklı bir kazandırma sebebi kalmamakla, kanuni borç ilişkisine dayalı alacak hakkı doğuran iade talebi, borç ilişkisinin nisbiliği gereği, zenginleşene karşı ileri sürülebilir. Bu konuda üçüncü kişilerin fakirleşen ile zenginleşen arasındaki kanundan doğan borç ilişkisinin tarafı olmaları borçlar öğretisinin nisbik kuralına aykırıdır. Böylece yükleniciden bağımsız bölüm edinmiş kişilerin yüklenicinin bu ediniminin ileride sözleşmeden dönme sonucu **iyiniyetli olmasa dahi iade ile yükümlü olmayacakları açıktır**. Meğerki TBK m. 49/II hükmünce bu edinimleri yolsuz tescil veya kasten ahlâka aykırı bir fiille edinme sonucu gerçekleşsin. Örneğin, yüklenicinin malvarlığı ile sorumluluğu gereği sözleşmeden dönme sonucu iade borcundan kurtulmak amacıyla taşınmazı yakını üçüncü kişiye muvazaa ile çok düşük bedelle satın veya geçimini temin yolunda aydan aya bedelini tahsil etmek üzere çok uzun vadeli bir ödeme takvimi yapması halinde haksız fiilden aynen tazmin yoluyla taşınmazın iadesi üçüncü kişilerden istenebilecektir. Bu durumda hâkimin takdir hakkıyla zararın tazmininde aynen giderime karar verilecek olursa, üçüncü kişilerin arsa sahibine taşınmazın iadesi ile yükümlü olması istisnaî olarak ancak bu halde mümkün olacaktır. Uygulamada istisnaî bu kurgu dışında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönme halinde arsa sahibi, ancak zenginleşene karşı kanundan doğan borç ilişkisinin tasfiyeye yönelik sağladığı alacak hakkıyla TMK m. 716 hükmünce tescili isteme davası açabilecek, üçüncü kişilerin bu borç ilişkisini ihlâl edememeleri sonucu hiçbir şekilde iyiniyet araştırmasına ise gerek olmayacaktır.

VI. ARSA SAHİBİNİN ARSA PAYLARI ÜZERİNDEKİ MÜLKİYET HAKKINI YÜKLENİCİYE DEVRETMEŞİ ASLA “AVANS TAPU” OLARAK DEĞERLENDİRİLEMEZ

Avans, sözlük anlamıyla “Alacağına sayılmak üzere önceden yapılan ödeme” demektir.¹¹ Avans, para borçlarının ileride asıl borçtan mahsup edilmek üzere önceden ödenmesi olup, arsa payı karşılığı inşaat

¹¹ <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/avans>

sözleşmelerinde arsa sahibinin aslî borcunu ifasının “*avans*” olarak “*finans temini amacıyla olduğu*”nun kabulü mümkün değildir. Öğretide, arsa sahibinin arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkının tapu sicilinde yüklenici adına tescilinin para borcunun ifası gibi nitelendirilmesinin tapu sicilinin açıklık ilkesine, tapu siciline güven ilkesine aykırı sonuçlara yol açacağı şeklinde görüş belirtilmiştir.¹²

Türk özel hukukunda olmayan “*avans tapu*” tabiri yukarıda incelediğimiz aynı etkili dönme görüşüyle aynı sonucu ile ciddi mağduriyetlere yol açmaktadır. Şöyle ki, andığımız Yargıtay kararlarında görüldüğü üzere *avans tapu* kavramını yaratması hukuki garantinin zirvesini oluşturmuştur. Bu konuda Türk Borçlar Kanunu’nda eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde “*avans*” tabirinin olmaması, buna karşılık TBK m. 84 hükmü gereğince “*kısmen ifa*” tabirinin ancak bölünebilir edimlerde ve cins borcu için geçerli oluşu atlanarak anılan kavrama vücut verilmiş bulunmaktadır. **Bu sonuçla** ödenip ödenmeyeceği, ödenecekse de miktarı belirsiz bir alacak hakkının bu olasılığa dayalı olarak sözleşme özgürlüğünce saptanması niteliği ile *avans*, **belirli miktarda ödenmesi gereken bir borcun kısmen ifasından tamamen ayrılmaktadır**. Roma hukukunun klasik öğretisinden kaynaklı ilkelerden sapılarak verilmiş Yargıtay kararlarından kötüniyetli kimselerin yararlanmaya kalkışması karşısında varılan sonuçların bilimsel bir süzgeçten geçirilmesi gerekecektir. Varılan hatalı sonuçların böyle mesnetsizce kabul edilmesi haksız uygulamaların yaşanacak mağduriyetlerde korunması gereken çıkara değil, tam aksi çıkarlara hizmet edeceği açıktır.¹³

Ancak bu araştırma kapsamında unutulmaması gereken nokta, TBK’da “*avans*” ifadesi m. 406/IV, 416/II, 425/I, 443/II, 510/I, 604/II, 627/II ve 643 hükümlerinde zikredilmiş olup, her seferinde yaptığımız tanıma bağlı olarak para borcu karşılığı kullanılmıştır. Hemen belirtelim, *avans* ile TBK m. 177 hükmünde düzenlenen bağlanma parası da asla karıştırılmamalıdır.

¹² Kurca, s. 97; Zafer Kahraman, ‘Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu’, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 425- 458, s. 445 vd.

¹³ Bu konuda ele aldığımız ilk makalemizi 2016 yılında yayımlamış bulunuyoruz. Bkz. E. Saba Özmen/ Müge Ürem, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan Avans Tapu Kavramına Yönelik Eleştiriler”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016/1, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 13.

Taşınmazın yüklenici tarafından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle misli olmayan mal olarak kat irtifakına konu bağımsız bölümleri sözleşmeye yansıyan iradesi ile “cins borcu” olarak taahhüt etmesi halinde, vadelere bağlı olarak kısmen ifası mümkün olabilecektir. Ancak bu araştırma sonuçları bakımından özlüce belirtmek istersek, **bu halde bile mahsubu gereken bir edim yükümlülüğü karşısında olmadığımız açık olmakla avans tapu kavramına yer bulunmamaktadır.**

VII. YÜKLENİCİNİN İŞSAHİBİNDEN DEVRALDIĞI BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİ İADE BORCUNUN KAPSAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenicinin eser sözleşmesine ilişkin edimleri tamamen ifa etmeden kendisine yapılan arsa payı devrine ilişkin tescilin (*tescil*, “*tasarruf işlemi*” niteliğindedir) yapıldığı sırada araştırma başlığımız altında incelediğimiz olasılıkla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin “geçerli” olduğu unutulmamalıdır. **Arsa payının** yükleniciye devrine yönelik tasarruf işlemi, yani mülkiyet **hakkının alıcıya devri, mutlaktır.** Geçerli sebebe dayanan bozucu yenilik doğuran hakkın (*sözleşmeden dönme hakkının*) kullanımıyla ortadan kalkan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapıldığı andan itibaren ortadan kalkması halinde borçların sebepten yoksun hale gelmesi nedeniyle aşağıda niteleyeceğimiz boyutuyla karşı tarafın malvarlığında “*sebepsiz zenginleşme*”ye vücut verilmiş olacaktır.

A. SÖZLEŞMEDEN DÖNÜLMESİ HALİNDE İADEDE KİYASEN SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME HÜKÜMLERİNİN UYGULAMA ALANI BULMASI

Roma hukukundan gelen klasik niteliğiyle, “*borçlandırıcı işlem*” ile “*tasarruf işlemi*” ayrımı önemle anlaşılmalıdır. Borçlandırıcı işlem geçerli iken yapılmış geçerli tasarruf işlemi, borçlandırıcı işlemin “*sonradan*” ortadan kalkmasıyla “*geçersiz hale gelmez*”.¹⁴ Dolayısıyla hukuki

¹⁴ Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 952; Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 91; Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, §17, N. 50. Borçlandırıcı işleminden dönmeyen tasarruf işlemine etkisi hakkında ayrıntı için bkz. Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Medeni Hukuk’ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2014, s. 142 vd.

sebebin sonradan ortadan kalması sonucu karşı tarafın malvarlığında sebepsiz zenginleşme olduğu kabul edilmektedir (*condictio ob causam finitam*).

Hukuk sistemimizin bu sonucu benimsediğine ilişkin örneğe yukarıda aktardığımız TBK m. 136/II hükmünde rastlanır. Hükmün hiçbir yoruma ihtiyaç barındırmayan açık ifadesi gözden kaçırılmamalıdır. Aynı şekilde **sözleşmeden dönme halinde de karşı tarafın malvarlığında bozucu yenilik doğuran hakkın kullanımıyla (sözleşmeden dönme ile) ortadan kalkan borçlandırıcı işlem, beraberinde tasarruf işleminin geçersizliğini doğurmaz.**

Sözleşmeden dönme halinde kusursuz ifa imkânsızlığından farklı sonuç bağlanması malvarlığında oluşan haklı bir sebepten yoksun sebepsiz zenginleşmenin yanında ayrıca olumsuz zararın varlığından doğmaktadır. Çünkü böylece zamanaşımı sorunu ile ilgili olarak iki yıl değil (*TBK m. 82*), kanuni borç ilişkisi gereği olumsuz zararın sözleşmeden doğan tazminat kapsamı ile birlikte sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebi on yıllık genel zamanaşımına tabi olacaktır.

Böylece savunduğumuz kanuni borç ilişkisi görüşünün gereği iadesi istenen taşınmaz bir eşya ise dava, TMK m. 716/I hükmü¹⁵ gereğince tescili isteme davası olacaktır. Bu talep, hiçbir şekilde TMK m. 683 hükmünce istihkak niteliğinde yolsuz tescilin düzeltilmesi davasına (*TMK m. 1025*) konu olmaz. Oysa Yargıtay kararları uyarınca aynı kurguda arsa sahibinden başlangıçta geçerli sözleşmeye dayalı edinimiyle taşınmaz mülkiyetini bağımsız bölümler üzerinde edinmiş yüklenicinin mülkiyet hakkını sözleşmeden dönme ile kaybettiği sonucuna varılmaktadır. Doğal olarak yükleniciden bağımsız bölüm edinmiş üçüncü kişilerin, geçerli şekilde devraldığı arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkını yitirdiği sonucuna varılmaktadır. Kararlarda buna gerekçe olarak “Yükleniciden, inşaat halindeki bir binadan bağımsız bölüme ilişkin arsa payı satın alanlar, satın aldıkları bu bağımsız bölüm tapularına veya arsa paylarına, **ancak yüklenicinin arsa sahibine karşı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde hak kazanabilir-**

¹⁵ “Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması halinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir.”.

ler. Başka bir anlatımla, **yüklenici hak kazanmışsa, ondan satın alanlar da hak kazanırlar.**" ifadesi yer almaktadır. Görüldüğü üzere, yükleniciden TMK m. 992 hükmünce geçerli mülkiyet karinesine dayalı olarak bağımsız bölüm edinmiş üçüncü kişilerin, selefi olan yüklenici gibi, adına tapu siciline tescil yapılmış olsa bile arsa sahibine istihkak iddiası ile açılan davada üçüncü kişilere iade yükümlülüğü getirilmiş olmaktadır.

Öğretide de kanuni borç ilişkisi ve yeni dönme görüşünün oluşturduğu baskın sonuca göre **kazandırıcı işlemlerin birbiri ile ilintisi hakkında şu saptama yapılmaktadır: Tasarruf işlemi yapılmış ve mülkiyetin devri gerçekleşmişse, yenilik doğurucu hakkın (dönme hakkının) kullanılmasıyla hak, selefte geri dönmez**¹⁶. Mülkiyet kazandıktan sonra **"Sözleşmeden döndüm!"** büyümlü formülü ile geçerli olarak kazanılmış mülkiyet hakkının devralanın malvarlığından devreden malvarlığına "ışınlanmasına" **imkân yoktur**.¹⁷ Roma hukuku temelli klasik öğretinin çözümlerinden uzaklaşıncaya andığımız türdeki mağduriyetlerin yaşanması kaçınılmaz olmaktadır.

Taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin tasarruf işlemi oluşturulan tescil ta- lebinin koşula bağlanamayacağı ilkesi gereğince arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciden arsa payı üzerindeki mülkiyet hakkını devralan üçüncü kişinin mülkiyet hakkını kazanımı, yüklenicinin üstlendiği edimi ifası koşuluna bağlanamaz.¹⁸

B. TESCİL ASLA BOZUCU KOŞULLA YAPILAMAZ

Yukarıda vardığımız sonuçların irdelenmesi sonucu hatanın kaynağını şu şekilde saptayabiliriz. Yargıtay tarafından avans tapu kavramı, öğretide de aynı neticeli dönme görüşü savunulurken, borçlar öğretisi kalıpları içinde varılan bu sonucun eşya hukuku öğretisi açır-

¹⁶ Hüseyin Hatemi/K.Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 262.

¹⁷ Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, Eşya Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 159.

¹⁸ Erman, s. 176, 177; Ayan, s. 270, 301; Gümüş, s. 231; Leyla Müjde Kurt, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 332. Bu yönde ayrıca bkz. Andreas Von Tuhr/ Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II (mit Supplement), Schulthess, Zurich, 1984, s. 155.

sından yarattığı etkinin gözlenmemesi, hatalı sonuçlara ulaşılmasını kaçınılmaz kılmaktadır.

Eşya hukuku öğretisinde tescilin ASLA geciktirici veya bozucu koşula tâbi olması mümkün değilken, varılan dönmeye aynı netice bağlayan görüşler tescili bozucu koşula bağlamış olmaktadır. Aynı şekilde, taşınmazlara ilişkin tasarruf işlemi olan tescilin koşula (*şarta*) bağlanmış olduğunu atlayan Yargıtay anılan mağduriyetlere yol açan kararlara vücut vermektedir. Koşul kurumunu hatalı görüş ve içtihatlarla uygulayarak belirtecek olursak: TBK m. 170 hükmü gereğince geciktirici koşul (*infisahi şart*) ile başlangıçta geçerli sözleşmeye dayalı yapılan tescil, TMK m. 992 hükmünce mülkiyet karinesini tescil sahibi adına oluşturmaktayken, gelecekteki (*atiye matuf*) kuşkulu (*meşkûk*) olgu ile ortadan kalkmakla bu defa mülkiyet karinesi TMK m. 1024 hükmünce yolsuz tescile vücut vererek TMK m. 1025 hükmünce yolsuz tescili düzeltme davası ile düzeltilebilecek boyut kazanmaktadır. Anılan görüşlerin hukuki garabet oluşturan dayanağı buradadır. Bu konuda ileri sürülen savlar borçlar hukuku öğretisi alanında sınırlı kalmakla eşya hukuku öğretisinde yarattığı sonuçlar irdelenmeden oluşmakla andığımız hatalara sebep olmaktadır. Oysa TMK m. 1020/I hükmü ile mutlak karine oluşturan tapu sicilinin açıklığı ilkesi karşısında tescilin bozucu koşula bağlanmış olmasına yol açan bu sonuç asla kabul edilemez.

Öğretide hukuk mantığıyla bağdaşmayan, işlem güvenliğini tehlikeye sokan Yargıtay kararlarıyla varılan hatalı sonucun eleştirisiyle, haklı olarak "*askıda mülkiyet*" yaratıldığını iddia ederek böyle bir sonucun Medeni hukuk öğretimizde yeri olmayacağı öne sürülmüştür.¹⁹

TBK m. 243/I hükmü gereğince "*Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz.*". Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan bu hüküm hatalı birçok uygulamaya engel olacak niteliktedir. Ancak konumuz bakımından koşulun tescille bağdaşmayacağına ilişkin sonucu önemlidir. Bu açıdan açık kurala Türk Sicili Tüzüğü'nde rastlamaktayız. Şöyle ki, bu tüzüğün m. 16/II hükmü gereğince de "*İstem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz.*". Taşınmaz satım sözleşmesinde tasarruf işlemi

¹⁹ Gümüş, s. 231.

olan tapu sicilinde tescilin yapılması için koşulun gerçekleşmesinin arandığı sözleşmelerde koşulun gerçekleşmemesi halinde tescilin yapılamayacağı ve de TMK'da açıkça yer almayan boyutuyla başlangıçta geçerli tescilin sonradan bozucu koşulla yolsuz tescile dönüşümüne olanak tanıyan hükümlerin resmi senette yer almayacağı hükme bağlanmıştır.

Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken nokta şudur:

Taşınmaz satış sözleşmesinin veya mülkiyeti devir borcu doğuran başka bir sözleşmenin (örneğin *bağış sözleşmesi*) tapuda resmi şekilde (TMK m. 706/Tapu Kanunu m. 26) yapılmakla, geçerli borçlandırıcı işlem sözleşmenin bozucu koşula bağlanamayacağı söylenemez. Bu konuda gerekçe bizzat TBK'da yer almaktadır. Yukarıda aynen aktardığımız TBK m. 243/I hükmü bu yönde kuşkuya yer bırakmaz. Kanunun açık hükmünden doğan temelle irade özgürlüğüne dayalı isimli ve isimsiz taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran işlemlerin bozucu koşula bağlanabileceğinde tereddüt yoktur. TBK'da bu yönde salt bozucu koşula bağlı kılınmış bir kurumdan söz etmek gerekirse, karşımıza dönme koşullu bağışlama türü olarak bağışlananın bağışlayandan önce ölümüne bağlı bağışlama sözleşmesi çıkacaktır (m. 292).

Ancak karıştırılmaması gereken boyutuyla, taşınmazlara yönelik borçlandırıcı işlemin bozucu koşula bağlı olması geçerli, ancak bu koşulun tasarruf işlemine etkisi ise geçersiz olacaktır. Bu bilgiler doğrultusunda sonuç olarak denebilir ki, *sözleşme uyarınca tescille mülkiyeti edinmiş alıcı, malikin bozucu koşulla malik olmaktan çıkıp mülkiyetin selef malike döneceği yolunda hükümler* tapu sicil müdürlüğü yetkililerince resmi senede eklenemeyecektir. Ancak borçlar ve medeni hukuk öğretisinin ayrılamaz birlikteliğine uygun bu temel ilkelerin yerle bir edildiğine tanık olmaktadır. Çünkü Yargıtay'ın kabul ettiği avans tapu kavramı ve aynı etkili dönme görüşü uyarınca, tescilin bozucu koşula bağlanmasına dayalı olarak selef arsa malikine, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine düşen borcu ifa için yükleniciye devrettiği bağımsız bölüm mülkiyet hakkının istihkak iddiasıyla dönmesi sağlanmaktadır. Buna göre arsa sahibi tarafından yükleniciye arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkı devredilmiş ve yüklenici de bunu bir başkasına devretmişse, taşınmazları devretmiş arsa sahibi eser teslim edilene kadar mülkiyet hakkına mutlak olmayan sonucuyla sözleşmeden dönme koşuluna bağlı hakkıyla *başkası adına yapılan geçerli tescile rağmen* sahip olmaktadır.

Öğretide savunulduğu üzere, inançlı devirde²⁰ bile geçerli mülkiyet karinesine dayalı hakkın kazanılmasında koşul barındırmadığı göz önüne alınacak olursa, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici adına tapu kütündeki geçerli tescile rağmen mülkiyet hakkının kazanılmadığını kabul etmek, hukuki temelden yoksundur.²¹

Sonuç olarak, **andığımız somut olayda yolsuz tescilin düzeltilmesi davasına yer olmamakla, karşımızda TMK m. 716 hükmüne tâbi tescili isteme davası söz konusudur.** Hal böyle olmakla, kıyasen sebepsiz zenginleşme davasının nitelikli iade kişisel (*nisbi*) niteliği ile yarattığı kanundan doğan borç ilişkisi, üçüncü kişiler tarafından asla ihlal edilemeyecektir. Bu sonucun gereği olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönen arsa sahibi karşısında yüklenici, zenginleşme konusunu oluşturan taşınmazın TBK'nın bu kuruma ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanması sonucu dönme halinde taşınmaz hala zenginleşen karşı tarafın malvarlığında ise aynen iade ile yok eğer üçüncü kişilere daha önce devretmişse bu defa ikâme değer olarak bedelini iade ile yükümlü olacaktır.²² Bu sonuçta zenginleşenin mutlak mülkiyet hakkına dayalı tasarruf yetkisiyle kendisine tapu devri yapılan üçüncü kişilerin hiçbir şekilde sebepsiz zenginleşme davasının nisbi nitelikte boyutu ile yükümlüsü olmayacakları açıktır.

VII. YÜKLENİCİDEN BAĞIMSIZ BÖLÜM EDİNİMİŞ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN İYİNİYETLERİNİN ARAŞTIRILMASINA DAYALI HUKUKİ SONUÇLAR

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin arsa sahibinden devraldığı arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkını üçüncü kişiye devretmesi halinde, yukarıda andığımız kararlarda yer alan ifa-

²⁰ Bir hakkı devren kazanan kişinin (inanılan), bu hakkı devredenle aralarında kararlaştırdıkları amaca uygun olarak kullanmaya ve gerektiğinde bu hakkı kendisine devretmiş olana (inanılan) ya da üçüncü kişiye devretmeyi taahhüt etmesi, diğer tarafın da bu taahhüde güvenerek hakkı devretmiş olması inançlı devirdir. Bkz. Oğuzman/Öz, C. I, N. 423; Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 575 vd.; M. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitapçılık, İstanbul, 2015, N. 1447.

²¹ Gümüş, s. 231, 232.

²² Bu konuda sebepsiz zenginleşmede “geri vermenin kapsamı” başlığı altında yer alan hükümlere başvuru kaçınılmaz olacaktır. Çünkü iadeye dayalı taleplerin olumsuz zarar tanımı içinde erimesi söz konusu olmayacaktır.

delerde üçüncü kişilerin iyiniyetli olmadığı peşinen kabul edilmiştir. Dikkat edilirse, geline bu noktada iyiniyetin tartışılması dönmeye aynı netice bağlanmasına dayalı tescilin yolsuzluğu varsayımına dayanmaktadır. Hal böyle olunca, TMK m. 1023 hükmünce dönme sonucu nedensellik (*illilik*) etkisi kabul edilmekle artık yolsuz tescilin bilinip veya bilinmesinin gerekip gerekmediğinin araştırılması gerekmektedir. Özellikle karardan aktararak sonuç bağlamak gerekirse; *“inşaat halindeki bir binadan arsa payını satın alanların, bu kuralı bilmedikleri ve iyiniyetli oldukları kabul edilemez; yükleniciden pay satın alan kişilerin iyiniyet iddiaları dinlenemez. Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmediği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu’nun 1023. maddesindeki iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Kanun’un 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı, bu sebeple davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir”*²³ yolunda gerekçe oluşturduğunu görmekteyiz.

Bu başlık altında bir an için iyiniyetin korunmasına dayalı sonuç bağlamamız gereken boyutuyla dönmeye aynı netice bağlayarak ka-

²³ Yeri gelmişken eleştirmek gerekirse Yargıtay’ın yarattığı bir kavram olarak “tapu iptali” davası tabiri fahiş hatalıdır. Gece ile gündüz kadar iki farklı nitelik arzeden taşınmazla yönelik aynı neticeli talep içeren davaların bu tür ortak bir tabir altında üst başlık olarak kullanılmaksızın tek bir davayı ifade etmek için kullanılıyor olması kabul edilemez. Bu nedenle malik davalıya karşı aktifindeki alacak hakkı ile aynı hakka vücut verecek bildirici tescilin kendi adına yapılmasına yol açacak dava TMK m. 716 hükmüne dayanacaktır. Buna göre tescili isteme talebi ile (tescile zorlama; ferağa icbar) açılan bu dava TMK m. 1025 hükmünce göre açılacak yolsuz tescilin düzeltilmesi davası ile karıştırılmamalıdır. Çünkü yolsuz tescilin düzeltilmesi davasında davacı TMK m. 1026 hükmünce geçerli bir sebebe dayanmaksızın TMK m. 992 hükmüne dayalı mülkiyet karinesini adına oluşturmuş davalıya karşı hala aktifinde yer alan mülkiyet hakkına dayalı olarak dava açmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. E.Saba Özmen/G.Sinem Aydın, “Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası), *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, S. 6, 2014, s. 179 vd.

zandırma sebebi borçlandırıcı işlemin sonradan geçersiz hale gelerek tasarruf işlemini geçersiz kıldığı yolundaki hatalı sonuca bağlı olarak üçüncü kişi haleflerin hiçbir şekilde iyiniyetli kabul edilmemesine dayalı sonuçları irdeleyeceğiz.

Savunduğumuz sonuçla TMK m. 1023 hükmünün uygulanmasını gerektiren bir boyut mevcut değildir. Oysa yukarıda andığımız bilimden temelden yoksun içtihatlar karşı çıkanlarca ileri sürülen sav uyarınca iyiniyetin korunmadığı öne sürülmektedir. Biliyoruz ki, iyiniyetin TMK m. 1023 hükmünce korunmasına dayalı aynı hak edinimi, sefelin TMK m. 992 hükmünce nedensellik (*illilik*) prensibi gereğince geçersiz edinimine dayalı yolsuz tescile dayalı olarak tapu siciline güven ilkesinin bir sonucudur. Böylece **TMK m. 992 hükmünce arsa sahibinin bozucu yenilik doğuran hakla sözleşmeden dönme anına kadar mülkiyet hakkına ve “tasarruf yetkisine sahip”** yüklenicinin tapu devrinde hiçbir hukuki sakatlık bulunmamaktadır. İşte bu noktada, iyiniyetli sayılmayan üçüncü kişilerin külfeti, yükleniciden tapu edindikleri anda yüklenicinin selefi arsa malikinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi sonucu kendi edinimlerinin de geçersizlik müeyyidesine tabi olacağını gerekli dikkat ve itina göstererek bilmeleri gerektiği kabul edilmektedir. Eş deyişle, her kat irtifakına ve kat mülkiyetine ilişkin tapuda mülkiyet hakkı edinecek kişilerin anılan kararlar uyarınca satıcılarının bu taşınmazı nasıl edindiğini araştırmaları gerekecek ve bu konuda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığına rastlamaları halinde teknik hukuk bilgisiyle kanundan doğan borç ilişkisinin veya yeni dönme görüşünün değil, dönmeye aynı netice bağlanmakla ya da Yargıtay’ın yerleşik “avans tapu” kararlarının bilinci ile yüklenici ile beraber kendilerinin de edinmiş olduğu aynı hakkın TMK m. 1024 hükmünce yolsuz tescile dönüşebileceğini öngörmeleri gerekecektir. Bu ifademizin bilgili hukukçuların gülümsemesine yol açtığını tahmin etmekteyiz.

Yargıtay kararlarında ve hatta Anayasa Mahkemesi’ne muhalefet serhi yazarların da muhalefetine konu iyiniyetin aranmasının gerektiğine dair sonuçlara bağlı olarak **Yargıtay’ın yarattığı “mutlak kötüniyet” karinesini kabul etmek mümkün değildir.** Her ne kadar mutlak kötüniyet karinesi yaratılmadığı yolunda savunma yapılacaksa da

yukarıda irdelediğimiz kararlardan andığımız saptamanın yapılmasında hatalı olmadığını düşünmekteyiz. Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönme halinde selef yükleniciden bağımsız bölüm edinmiş halef alıcıların bu nitelikteki sözleşmelerde bu riskli durumu "inşaat halindeki bir binadan arsa payını satın alanların, bu kuralı bilmedikleri ve iyiniyetli oldukları kabul edilemez" şeklindeki ifadesiyle içtihat oluşturulmaktadır. Oysa tam aksi görüşte hayatın olağan akışına uygun olarak tapudan tapu sicil müdürlüğünde re'sen düzenlenen resmi senette yer alan borçlandırıcı işlem sözleşmeyi yapan alıcıların ayrıca tescili talebinde (TMK m. 1013/I) buldukları sırada yüklenicinin diğer nedensellik (illilik) prensibi örneklerinde olduğu gibi yolsuz tescil sahibi seleflerinden taşınmaz mülkiyeti veya diğer bir aynı hakkı edinirken haleflerinin TMK m. 992 hükmünce mülkiyet karinesi bile sakat bulunmamaktadır. TMK m. 3/I hükmünün getirdiği kuralla iyiniyetin varlığı asıl olmakla sonradan arsa sahiplerinin sözleşmeden dönebilecekleri yönünde kuşku taşınmaları yolunda Yargıtay kararınca ifade edildiği üzere riski üstlenmeleri gerektiği yolunda oluşturulan gerekçe asla kabul edilemeyecektir.

Bu yönde daha ayrıntılı bir gerekçe ile izah etmek gerekirse: Bir an için haklılığı savunulmakla, Yargıtay'ın kararlarında olduğu gibi tescil, andığımız hukuki kurguya dayalı olarak bozucu koşul niteliğiyle son bulması sonucu yolsuz hale gelmekle arsa sahibine yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açma hakkı (TMK m. 1025/I) tanınacak olursa, TMK m. 1023 hükmünce tescilin olumlu etkisine dayalı olarak aynı hak edinmiş kişilerin iyiniyet iddialarına dayalı kazanımlarına yer olacaktır. Ancak görmekteyiz ki, yadırgatıcı sonucu ile Yargıtay, hâkimin önsorun olarak davalı yolsuz tescil sahibinin iyiniyetinin olup olmadığı yolunda araştırmasına yer vermemektedir. Eş deyişle, Yargıtay hiçbir şekilde hukuki temeli olmayan kararlarıyla kötüniyetle edinim yolunda mutlak karine yaratmış bulunmaktadır. Bu sonucun varlığı bile genel hukuk ilkelerine ne denli ters düştüğü yolunda açıklamaları gereksiz kılmaktadır.²⁴

²⁴ Makalemizin başlığına dayalı olarak Tari Davası olarak adlandıracağımız somut uyuşmazlıkta TMK m. 1/son hükmüne göre bilimsel görüş niteliğinde Prof. Dr. Nami Barlas tarafından verilen 26.11.2012 tarihli hukuki mütalaada iyiniyete sonuç bağlanmaması haklı gerekçelerle yerinde görülmemiştir. Anılan hukuki mütalaanın 14. sayfası ve devamında bu husus irdelenmiştir.

Yargıtay'ın bu yönde verdiği kararlar hiç bir surette katılmadığımızı söylemekle birlikte, "olması gereken tutarlı sonucu" olarak arsa sahibinin geçerli sebebe dayanarak sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde tescil yolsuz hale gelmiş olsa bile arsa sahibi TMK m. 1025 hükmü uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmadan önce ya da TMK m. 1011 hükmü uyarınca geçici tescil şerhi talep edilmeksizin dava açtıktan sonra söz konusu yolsuz tescile dayalı olarak üçüncü kişiden aynı hak kazanan diğer üçüncü kişilerin TMK m. 1023 hükmü uyarınca korunması gerekirken, olumsuz sonuca varılarak hayatın olağan akışı ile bağdaşmayan bir tutarsızlığa vücut verilmektedir. Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi kararına göre bu konuda taşınmazı iade etmek durumunda kalmamak için bu araştırmaya yansıyan bilgilere sahip bir hukukçu niteliği taşımak ya da alımlarında böyle bir hukukçudan hukuki yardım almak gerekeceği sonucuna varılmaktadır. İşte bu sonucun günlük yaşam tecrübeleriyle ne kadar bağdaştığı konusunda daha fazla ayrıntıya girmeyi abesle iştigal olarak kabul etmekteyiz.

Hatta eleştiri konumuz Anayasa Mahkemesi'nin kararında o kadar ifrata gidilmiştir ki, defalarca el değiştiren taşınmazda kat mülkiyetine geçmiş bağımsız bölümlerin son halef maliklerine karşı dönme ve fesih ayırımına vücut veren %90-95 seviyesindeki tamamlama niceliği yanında yapı kullanma izin belgesi aranarak artık sürekli edim olarak nitelemeden ayrılıp, ani edimli niteleme ile dönmeye bağlı olarak sözleşme dışı üçüncü kişilerin dahi iade ile yükümlü kılınması bir çok haksızca dava açılmasına vücut vermektedir. Özellikle Çorlu, Konya, Mersin, Kayseri gibi illerimizden gelen haberler bu hatalı içtihadın haksız menfaat elde etmek isteyen kişilere ne tür imkânlar sunduğunu ortaya koymaktadır. Şöyle ki, zamanında tüm bağımsız bölümler satılmış, arsa sahipleri alacaklarına kavuşmuş ve bağımsız bölümlerden kira geliri elde etmekteyken, salt bu içtihadın varlığıyla yüklenicinin imalatının %90 seviyesindeki tamamlama oranını geçmediği iddiasıyla sözleşmeden dönmekte ve bu yola yüklenici ile anlaşarak başvurmakta, hatta mahkeme heyeti keşfe geldiğinde %90 seviyesindeki tamamlama oranını geçme riskini taşımamak için yüklenici tarafından yapılan bazı imalatların söküldüğü ve yıkıldığı gözlenmiştir. Arsa sahibi ile yüklenicilerin bu içtihadı sığınan haksız kazanç elde etmeye dayalı ortaklıkları, "Adalet arkasında asla müstehzi (alaycı)

bir gülüş bırakmamalıdır." sözünün ne denli haklı olduğunu ilgili içtihadı bağli olarak kahkaha ile gülüşler görmekteyiz. Bir içtihat bu tür davranışlara gerekçe oluşturmakta ise üzerinde düşünmekte yarar bulunduğu da açıktır. Şöyle ki, iyiniyetli olmayan davranışlarla bazı arsa sahipleri kendisine kalan bağımsız bölümlerin ufak eksiklikleriyle çevre düzenine ilişkin eksiklikleri bahane ederek anılan orana ulaşmadığı savı ile sözleşmeden dönmesiyle tüm bağımsız bölümlerin adına tescili için açacağı hatalı tabiriyle "tapu iptal davası" ile talep edebilmektedir.

Görüldüğü üzere olayda sözleşmeden dönmeye dayalı kanuni borç ilişkisi görüşüne ve aynı etkili sonucu reddeden yeni dönme görüşüne²⁵ göre nisbi borç ilişkisine dayanan iade talebinin üçüncü kişi cüz'i haleflere ileri sürülemeyeceği görüşü bir yana bırakılarak bir an için aynı netice ile tescilin yolsuz hale geldiği kabul edilse bile, Yargıtay'ın TMK m. 3 hükmüne iyiniyetin olmadığı karinesini yaratan andığımız içtihatları günümüz alışveriş ilke ve düşüncelerine uymamaktadır. TMK m. 1023 hükmüne dayanan ilke sonucu TMK m. 1020 hükmüne mutlak karine oluşturan açıklık ilkesine ve TMK m. 992 hükmüne dayalı mülkiyet karinesine dayalı olarak bilemeyeceği konularda iyiniyetli kişilere aynı hak kazandırılma kuralı dönme konusunda uygulanmamaktadır. Böylece tapu sicilinde aynı hak edindiği sırada arsa sahibi ile yüklenici arasında çıkacak uyuşmazlıktan dolayı edindiği aynı hakkın ileride geçersiz hale dönüşeceğini "bilmek gerektiği" konusunda oluşturulan içtihat hiçbir şekilde günün gerekliliklerine uymamaktadır.

VIII. SONUÇ

Katıldığımız kanuni borç ilişkisi görüşü uyarınca arsa sahibinin geçerli sebebe dayanarak sözleşmeden dönmesi halinde "önceden"

²⁵ Bu görüşe göre sözleşmeden dönme ile dönülen sözleşmeden doğmuş ve ifa edilmemiş borçlar sona ererken (kurtarıcı etki), ifa edilmiş sözleşme edimleri açısından ise geri verme borcu meydana gelir (kurucu etki). Bu görüşün savunularından bazıları şöyledir: Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 74 vd.; Hüseyin Hatemi/K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 271; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, İstanbul, Oniki Levha Ya-yıncılık, 2014, s: 156 vd.

yapılan tasarruf işlemiyle arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkının yüklenici adına tescili, **yolsuz tescil haline dönüşmez**. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasından “önce” yükleniciden aynı hak kazanan üçüncü kişilerin sonradan sözleşmeden dönme hakkına yönelik irade beyanının yükleniciye varmasıyla **yolsuz tescile dayanarak hak kazanmamış olduğu kabul edilemez**. Bu konudaki görüşümüzün aksine dönmeye aynı netice bağlansa bile TMK m. 1023 hükmü gereğince tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet hakkı kazanılmasına imkân veren TMK m. 3 hükmüne dayalı kazanımlarının korunması gerekirken, **ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARIYLA VE YARGITAY İÇTİHATLARIYLA ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN MUTLAK KÖTÜNİYET KARİNESİ YARATILARAK HİÇBİR ŞEKİLDE İYİNİYETLİ SAYILMAMALARI YOLUNDA KARARLAR BENİMSENEMEZ**.

Anılan görüş, Anayasa Mahkemesi'nin andığımız kararı ve Yargıtay'ın haksız uygulamaları gereğince tapu siciline güvenerek yükleniciden mülkiyet hakkını kazanan üçüncü kişiler, arsa sahibinin gelecekte sözleşmeden dönmeleri ile sözleşmeyi geriye etkili sonlandırabileceklerini bilmek zorunda bırakılmakta ve tescilin sözleşmeden dönme ile yolsuz hale geleceğinin kabulü ile mağdur edilmektedir.

Makalenin sonuna eklediğimiz fotoğrafta pankartta yer alan “*Kamuoyunun Dikkatine! Bedeli Karşılığın Satın Aldığımız Dairelerimizin Tapularının Mahkeme Kararı ve Yargıtay'ın Onayı ile Arsa Sahiplerine Devrine Karar Verilmiştir. Bu Haksız ve Adaletsiz Kararı Kınıyoruz.*” ifadesindeki mağduriyetler karşısında, **YARGITAY'IN HATALI YERLEŞİK KARARINDAN DÖNMEMEKLE ISRARI KARŞISINDA HİÇ OLMAZSA BENZER BİR BAŞKA OLAY GELDİĞİNDE ANAYASA MAHKEMESİ'NİN MÜLKİYET İHLALİNİN VARLIĞI YÖNÜNDE İŞARET ETTİĞİMİZ GEREKÇELERLE KABULE VARMAZINI VE YILLARDIR ELEŞTİRDİĞİMİZ YARGITAY İÇTİHATINDAN VAZGEÇİLMESİNİ UMUT EDİYORUZ**. Bu konuda kendisine görev düşen kişiler, bu haksız kararın bilincinde olmakla birlikte Yargıtay kararlarına direnme konusunda isteksiz hâkimlerdir. Böyle bir dava önlerine geldiğinde savunduğumuz bilimsel görüşlere dayalı olarak Yargıtay 15. HD'nin yerleşik içtihatlarına aykırı karar vererek bozma kararına dayalı olarak bu konuyu Yargıtay HGK kararının önüne ve

daha sonrasında da çelişik kararlara dayalı olarak içtihadı birleştirme kararına konu yapılması gerektiğini savunmaktayız. Kanun koyucunun her hatalı içtihadı kanun hükmü olarak düzenlemesi yolunda öneri getirmeyi pek benimsemesek de, anılan içtihatların yarattığı toplumdaki rahatsızlık sonucu geçerli borçlandırıcı işlemin “sonradan” ortadan kalktığı hallerde kendisine dayalı olarak yapılmış tasarruf işleminin “sonradan” geçersiz hale “gelmeyeceğine” ilişkin sonuca yol açan TBK m. 136/II hükmüne benzer kuralın, TBK m. 125/son hükmüne eklenmesi önerisinde bulunmaktayız.

TASARRUFUN İPTALİ DAVALARINDA “TASARRUFUN İPTALİNE KARAR VERİLMESİ” KONUSUNDA ORTAYA ÇIKAN BAZI SORUNLAR*

Talih UYAR**

Özet: Bu yazımızda; doktrin ve uygulamada tasarrufun iptali davalarının çok tartışılan konularından olan;

a) “İptal davasının dinlenebilmesi için, “davacı-alacaklının alacağıının, dava (iptal) konusu tasarruftan önce doğmuş olması” gerekli midir?”,

b) “İptal davasının kimler tarafından açılacağı”,

c) “Mahkemece, tasarrufun iptali davası sonucunda karar verilebilmesi için, alacaklı tarafından takip konusu yapılmış olan alacağının da kesinleşmiş olması gerekir mi?”,

ç) “Tasarrufun iptali davalarında davacının, davalı-borçludaki alacağının gerçek bir alacak olması gerekir mi?”,

d) “Borçlunun yakın hısımlarına yaptığı ivazsız tasarrufların hangi koşullarda iptaline karar verilebileceği”,

e) “Yapıldığı sırada borçlu aleyhine ivazlar arasında açık bir nispetsizlik bulunan akitlerin hangi durumlarda iptaline karar verilebileceği”,

f) “Davalı-üçüncü kişinin, ‘borçlunun mal kaçırma kastını bildiği veya bilebilecek konumda bulunduğu’ durumlarda açılacak tasarrufun iptali davalarında mahkemece hangi koşullarda tasarrufun iptaline karar verilebileceği”,

g) “Hâkimin, iptal edilmesi istenen tasarruf konusu mallar hakkında davacının istemi üzerine ne zaman ve nasıl teminatlı/teminatsız ihtiyati haciz kararı verebileceği”

sorularına verilmesi gereken cevaplar irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İptal Davası, Tasarrufun İptali Davası, Borcun Doğum Tarihi, Kesin/Geçici Aciz Belgesi

* Bu yazı, bir dava dosyasına “hukuki mütalâa” (uzman görüşü) ‘HMK. m.293’ olarak sunulmuştur.

** İzmir Barosu Avukatlarından (9 Eylül Üniv. Huk. Fak. E. Öğr. Görv)

I- İptal davasının dinlenebilmesi için, "davacı-alacaklının alacağıının, dava (iptal) konusu tasarruftan önce doğmuş olması" gerekli midir? Başka bir deyişle, davacı-alacaklı, "kendi alacağıının doğum tarihinden önce yapılan tasarrufların iptalini" isteyemez mi? Bu konunun **doktrinde tartışmalı olduğunu** görüyoruz. Gerçekten **bir görüşe göre**;¹ "alacaklının alacağıının doğum tarihi, iptale konu tasarruftan sonra olsa bile, alacaklının iptal davası açma hakkı vardır." Buna karşın **diğer bir görüşe göre**² ise, "yasa, borçlanan bir kişinin malvarlığının, borçlandığı tarih itibariyle alacaklıya karşı borcu miktarınca muhafazasını ve alacağın güvencesini sağlamak üzere hüküm düzenlemiştir. Yasa maddelerinin Millet Meclisi Adalet Encümenindeki müzakereleri sırasında, borçlunun, hiç borçlu olmadığı zamanda yaptığı tasarrufların iptalinin doğru olmayacağı belirtilmiştir... Tasarrufun yapıldığı tarihte bir alacaklı mevcut olmalıdır ki, yasanın koruyucu hükümlerinden istifade etsin. Nitekim alacaklının, borçlu ile borçlandırıcı işleme girerken, onun malvarlığını ve edim gücünü incelediğini ve durumunu bilerek onunla hukuki ilişkide bulunduğunu kabul etmek gerekir. Borçlunun ekonomik gücünü yeterince incelemeyen borçlandırma işleminden önceki zamanda yapılan tasarruftan kendisi için bir yarar sağlayamaz. Bu suretle, kural olarak, tasarrufun yapıldığı tarihte alacaklı durumunda olan kişi, iptal davası açabilir, diğer bir ifade ile tasarrufun yapıldığı tarihte üçüncü kişi ile hukuki ilişkide bulunan kişi, borçlu durumda olmalıdır ki, yukarıda sözü edilen tasarruflarının iptali mümkün olabilsin..."

¹ Arslan, R./Yılmaz, E./Ayvaz, S.T., İcra ve İflas Hukuku, 2. Baskı, 2016, s: 533. – Kuru, B. İflas ve Konkordato Hukuku, 1971, s:277 (Ancak, sayın hocamız daha sonra bu görüşünden dönerek, aşağıdaki ikinci görüşe katılmıştır) – Üstündağ, S. İflas Hukuku 7. Bası, s:284 – Altay, S. Türk İflas Hukuku, 2004, C:1, s:625- Berkin, N. İflâs Hukuku, 1972, s: 499 – Berkin, N. İflâs Hukuku Rehberi, 1980, s: 110 – Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C. Tasarrufun İptali Davaları, 2011, 4.Baskı, C:2, s:1564- Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C:3, 2014, s:4369.

² Kuru, B. İcra ve İflas Hukuku, 1997, C: 4, s: 3417 vd – Kuru, B. İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2.Baskı, 2013, s:1402 – Muşul, T. İcra ve İflas Hukuku, 6. Bakı, 2013, C:2, s:1764 vd. – Muşul, T. Bilirkişi Raporları ve Hukuki Mütalâalar, 2006, C: 2, s: 887, 928 – Kostakoğlu, C.Takip Hukukunda İptal Davaları (Ad. D. 1989/6, s: 21 vd. –Yasa, D. 1989/8, S:1047 vd. – Karataş, İ./Ertekin, E. Tasarrufun İptali Davaları, 1998, s:74 – Güneren, A. Tasarrufun İptali Davaları, 2012, s:419 vd. – Kale, S. Aciz halindeki Borçlunun Bir veya Birkaç Alacaklısını Kayıran Hukuki Fiilleri Dolayısıyla İptal Davası (İİK. mad.279) (Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, 2003, s:193) – Akşener, H.S. Tasarrufun İptali Davaları, 2.Baskı, 2007, s:59 vd. –Şimşek, E. Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu, 1989, s:863 vd.- Akşener, H.S. Borcun Doğum Anı ve Tasarrufun İptali Davaları Yönünden Önemi (Legal Huk. D. Aralık/2008, s:4007)

İptal davalarına ilişkin kararları temyizden önce incelediği dönemde **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi**³ birinci görüşe yollamada bulunarak, “*iptal davası açılabilmesi için, alacağın iptale tâbi tasarruftan önce veya sonra doğmuş olmasının önemli olmadığını*” -mutlak olarak- belirtmişken, iptal kararlarını temyizden inceleyen **Yargıtay 15. Hukuk Dairesi**⁴ (ve **Yargıtay Genel Kurulu**⁵) öteden beri ve bugün bu kararları temyizden inceleyen **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi**⁶ “*iptal davası açılabilmesi için, davacı-alacaklının alacağının, iptale konu tasarruftan önce doğmuş olması gerektiğini*” ısrarla belirtmektedir...

Borç, taraflar (davacı-alacaklı ile davalı-borçlu) arasında, *bir taşınır/taşınmaz satışından, kredi sözleşmesinden, faturadan, senetten* vs. doğmuşsa, *borcun doğum tarihi* sırasıyla; satışın yapıldığı, kredi sözleşmesinin düzenlendiği⁷, faturanın düzenlendiği⁸, senedin düzenlendiği⁹ tarih sayılır. Ancak, son durumda yani; alacaklının bir senede (adi ya da kambiyo senedine) dayanarak takipte bulunmuş olması halinde, *kural olarak, “alacağın, senedin düzenlendiği tarihte doğduğu”* kabul edilir. Ancak, alacaklı “*senedin daha sonra düzenlendiğini, alacağın doğduğu asıl temel ilişkinin daha önce olduğunu*” iddia edebilir. Bu durumda, alacaklı bu iddiasını kanıtlarsa, “*senedin düzenlendiği tarih*” değil “*taraflar arasında temel ilişkinin olduğu tarih*” *borcun doğum tarihi* sayılır.¹⁰

³ Bknz: 13. HD. 25.6.1979 T. 3011/3730 (www.e-uyar.com)

⁴ Bknz: 15. HD. 10.3.2005 T. 6645/1365; 10.3.2005 T. 6646/1364; 14.12.2004 T. 5965/6501; 23.9.2004 T. 3966/4595; 23.6.2004 T. 367/3525; 24.2.2004 T. 306/960 vb. (www.e-uyar.com)

⁵ Bknz: HGK. 1.12.2004 T. 15-553/624; 30.10.2002 T. 15-849/861; 26.6.2002 T. 15-543/552 (www.e-uyar.com)

⁶ Bknz: 17. HD. 26.12.2008 T. 4139/5808; 11.11.2008 T. 4984/5235; 6.11.2008 T. 1911/5139; 30.10.2008 T. 1899/4984 vb. (www.e-uyar.com)

⁷ Bknz: 17. HD. 05.03.2013 T. 4980/2718; 20.01.2011 T. 7945/229; 17.02.2010 T. 1210/1237; 09.02.2010 T. 8716/957; 19.01.2010 T. 6359/94; 10.12.2009 T. 66108/8208; 19.01.2009 T. 3224/10 (www.e-uyar.com)

⁸ Bknz: 17. HD. 04.04.2011 T. 7105/3027; 15. HD. 14.10.2003 T. 4002/4750 (www.e-uyar.com)

⁹ Bknz: 17. HD. 01.04.2013 T. 8979/4519; 09.04.2013 T. 8333/5123; 08.05.2008 T. 371/2420; 10.03.2008 T. 4366/1138; 21.02.2008 T. 5184/770; HGK. 18.02.2004 T. 15-18/84; 15. HD. 29.01.2003 T. 6349/449; 16.05.2002 T. 2052/2586; 17. HD. 06.05.2008 T. 371/2420; 10.03.2008 T. 4366/1138 (www.e-uyar.com)

¹⁰ Bu konuda ayrıca bknz: Akşener, H.S. agm. s:4007 vd. – Kuru, B. El Kitabı, s:1402 vd. –Güneren, A. a.g.e., s:420 – Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C., Tasarrufun İptali Davaları, 4. Baskı, C:2, s:1567 - Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C., İİK Şerhi, C:3, s:43,72.

U y g u l a m a d a özellikle kambiyo senedine (bono'ya ya da çek'e) dayalı icra takiplerinde, alacağını borçlusundan tahsil edememiş alacaklılar tarafından açılan tasarrufun iptali davalarında, icra takibi bono'ya dayanıyorsa -kural olarak- borcun, *bononun tanzim tarihinde*, çek'e dayanıyorsa -çek'in “keşide tarihi”nde değil- çekin bankaya, tasarruf odasına ibraz edildiği tarihte doğduğu kabul edilir. **Yüksek mahkemenin**¹¹ içtihatları da bu doğrultudadır. Ayrıca **yüksek mahkeme**¹² açılmış olan tasarrufun iptali davalarında “ tarafların isticvap edilerek, takip dayanağı çekin/bononun keşidesine neden olan temel ilişkinin (hukuki ve ticari ilişkinin) ne olduğunun ve bunun doğum tarihinin taraflardan sorulmasını ve tarafların varsa buna ilişkin delillerini ibraz etmeleri için süre verilmesini, bu konuda tarafların ticari defter, belge ve kayıtları üzerinde birlikteliği incelemesi yaptırılmasını” istemektedir.

Bu vesile ile burada şu ilginç duruma da değinelim: Davacı-alacaklının alacağının doğum tarihi ile dava konusu tasarrufun tarihi *aynı* ise yani, borçlu “*borçlandığı tarihte tasarrufta bulunmuşsa*”, bu tasarruf hakkında iptal davası açılabilir midir? **Kanımızca**, bu durumda da “*borcun, dava konusu tasarruftan önce doğduğu*” kabul edilerek, bu tasarruf hakkında da iptal davası açılabilir...

Yüksek Mahkeme bu konuya ilişkin içtihatlarında;

√ “*Takip konusu davacının alacağının tasarruftan sonra doğmuş olması halinde, tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesinde bir usulsüzlük bulunmadığını*”¹³

√ “*Tasarrufun iptali davalarında kural olarak, tasarrufun iptal edilebilmesi için borcun doğum tarihinin iptali istenilen tasarruf tarihinden önce olması gerekirse de, uygulamada kambiyo senetlerinin tanzim tarihlerinden*

¹¹ Bknz: 17. HD. 13.04.2010 T. 710/3424; 19.10.2008 T. 5251/6528; 03.06.2008 T. 858/3001; 15. HD. 22.09.2008 T. 4491/5508; 17. HD. 10.04.2008 T. 5292/1831; 06.05.2008 T. 371/2420; 10.03.2008 T. 4366/1138; 13. HD. 27.03.2002 T. 528/1437; 15. HD. 14.02.2002 T. 5714/30; 263.10.2004 T. 3310/5282 (www.e-uyar.com)

¹² Bknz: 17. HD. 28.03.2013 T. 14204/4372; 11.03.2013 T. 7006/3209; 04.03.2013 T. 1586/2620; 22.02.2012 T. 1172/1979, 06.11.2012 T. 2959/12122; 28.11.2012 T. 5128/11359; 09.05.2011 T. 9851/4454; 02.05.2011 T. 9032/4190; 15.03.2011 T. 12199/2285; 07.03.2011 T. 6758/1993; 30.05.2011 T. 10146/5438; 03.02.2011 T. 5065/674; 16.02.2010 T. 10122/1205; 02.02.2010 T. 8720/701 vd. (www.e-uyar.com)

¹³ Bknz: 17. HD. 08.04.2013 T. 9618/4985 (www.e-uyar.com)

önceki bir ticari ilişki nedeniyle düzenleniyor olmaları sebebiyle davacı şirketler ile davalı şirketler arasında tasarruf tarihinden önce ticari bir ilişki olup olmadığı ve davacının alacağına dayanağı bononun bu ticari ilişki nedeniyle tanzim edilip edilmediğinin saptanması için ticari defter, belge ve kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yapılması gerekeceğini”¹⁴

√ *“Çeklerde vade olmamakla birlikte ticari hayattaki uygulamada çeklerin de bono gibi vadeli kullanıldığı ve bu sebeple takip konusu borcun gerçek doğum tarihinin tespitinin ‘tasarrufun iptali davalarında iptali istenen tasarrufun takip konusu alacaktan sonra yapılmış olması’ ön koşulu karşısında önem arz ettiğini”¹⁵*

√ *“Davacı bankanın kredi sözleşmesinin tasarruftan sonra düzenlenmiş olması halinde, tasarrufun iptali davasının ‘ön şart yokluğu’ndan reddedilmesi gerekeceğini”¹⁶*

√ *“Ticari hayatta çeklerin ileri tarihli olarak keşide edildiği sık karşılaşılan bir durum olduğundan, takip dayanağı çeklerin keşide tarihi tasarruf tarihinden sonra olsa da, davacı ve borçlu arasında cari hesap ilişkisi bulunduğu iddiaları üzerinde durularak, davacı alacağına doğum tarihinin gerektiğinde her iki tarafın ticari defterleri karşılaştırılarak belirlenmesi gerekeceğini”¹⁷*

√ *“İptal davasının dinlenebilme koşullarından birisinin ‘takip konusu borcun iptali istenen tasarruftan önce doğmuş olması’ olduğunu; takip konusu alacağın çeklerden kaynaklanması halinde çekin vadeli olarak düzenlenmiş bulunması ve davacı tarafın da ‘borcun daha önce doğduğunu iddia etmesi halinde mahkemece borcun ‘gerçek doğum tarihi’nin araştırılması gerekeceğini”¹⁸*

√ *“Davacının söz konusu katkıyı evlilik birliği içinde yaptığı ve açtığı davaya konu alacağının da tasarruftan önce doğduğunun kabulü gerekli olup, davanın reddine dair verilen karar sonrası dosyaya giren katkı payı alacağı ilamının, kesinleştiği ve bu ilama dayalı olarak başlatılan icra dosyasında borçlu aleyhinde alınmış kesin aciz belgesi de dosyaya eklendiğinden mahkemece davacının alacaklı olduğu icra dosyasına özgü olarak işin esasına giri-*

¹⁴ Bknz: 17. HD. 28.03.2013 T. 14204/4372 (www.e-uyar.com)

¹⁵ Bknz: 17. HD. 11.03.2013 T. 7006/3209 (www.e-uyar.com)

¹⁶ Bknz: 17. HD. 05.03.2013 T. 4980/2718 (www.e-uyar.com)

¹⁷ Bknz: 17. HD. 22.02.2012 T. 1172/1979; 04.03.2013 T. 15861/2620 (www.e-uyar.com)

¹⁸ Bknz: 17. HD. 06.11.2012 T. 2959/12122 (www.e-uyar.com)

lerек davanın diğer şartları araştırılarak bir karar verilmesi gerekeceğini"¹⁹

√ "Tasarrufun iptali davalarında, mahkemece 'borcun hangi tarihte doğduğu'nun ve 'borcun doğumuna ilişkin hukuksal nedenin kaynağı'nın araştırılması gerekeceğini"²⁰

√ " 'Takip konusu borcun haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası sonucunda verilen kararın kesinleştiği tarihte' değil, 'haksız fiilin işlendiği tarihte' doğmuş sayılacağını"²¹

√ "Davacının icra takibine dayanak yaptığı faturaların tarihlerine göre, davacının alacağı'nın dava konusu tasarruftan sonra doğduğunun saptanması halinde mahkemece dava konusu tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini"²²

√ "İİK'nun 277 vd. göre açılan tasarrufun iptali davaları sonucunda iptal kararı verilebilmesi için, alacaklının takip konusu yaptığı alacağı'nın, davaya konu olan tasarruftan önce doğmuş olması gerektiği, bu hususun 'davanın ön şartı' olduğu, alacaklıların, kendi alacaklarının doğumundan önce yapılmış olan tasarrufların iptalini isteyemeyeceklerini"²³

√ "Tasarrufun iptali davalarında 'borcun, tasarruf tarihinden önce oluştuğunun (doğduğunun) davacı-alacaklı tarafından kanıtlanması gerekeceğini"²⁴

¹⁹ Bknz: HGK. 28.03.2012 T. 17-25/241 (www.e-uyar.com)

²⁰ Bknz: 17. HD. 28.11.2011 T. 5128/11359 (www.e-uyar.com)

²¹ Bknz: 17. HD. 07.05.2009 T. 2710/2908; 26.05.2011 T. 9286/5320; 24.02.2011 T. 8039/1617 (www.e-uyar.com)

²² Bknz: 17. HD. 04.04.2011 T. 7105/3027 (www.e-uyar.com)

²³ Bknz: 15. HD. 05.03.1998 T. 5606/852; 4. HD. 04.02.2008 T. 4639/1065; 17. HD. 10.03.2008 T. 4366/1138; 13.03.2008 T. 4594/1244; 15. HD. 20.03.2002 T. 5662/1252; 29.01.2003 T. 6349/449; 20.02.2003 T. 6499/813; 13.01.2004 T. 6711/72; 10.03.2005 T. 6646/1364; 10.03.2005 T. 6645/1365; 24.02.2004 T. 306/960; 17. HD. 11.02.2008 T. 569/1139; 14.01.2008 T. 5527/47; 15.01.2008 T. 5073/73; 22.01.2008 T. 4757/229; 01.04.2008 T. 2550/1622; 05.05.2008 T. 1121/2349; 05.05.2008 T. 1637/2353; 05.05.2008 T. 186/2356; 27.05.2008 T. 435/2833; 23.06.2004 T. 367/3525; 13.05.2008 T. 863/2565; 10.06.2002 T. 1698/3103; 26.06.2000 T. 2648/3242; 22.05.2002 T. 1586/2717; 25.09.2007 T. 3195/2774; 01.10.2003 T. 4011/4459; 14.10.2008 T. 2640/4592; 23.09.2004 T. 3966/4595; 13. HD. 25.06.1979 T. 3011/3730; 15. HD. 17.09.2003 T. 3207/4014; 23.09.2002 T. 2908/4069; 17. HD. 06.12.2007 T. 3408/4088; 15. HD. 17.07.2007 T. 3604/4931; 17. HD. 30.10.2008 T. 1899/4984; 15. HD. 08.11.2001 T. 4730/5059; 17. HD. 06.11.2008 T. 1911/5139 vd. (www.e-uyar.com)

²⁴ Bknz: 17. HD. 8.6.2010 T. 2404/5290 (www.e-uyar.com)

√ “Davacı tarafından, ‘takip konusu bonolara bağlı borcun, davalı borçlu ile arasındaki, bonoların tanzim tarihinden önceki hukuki/ticari ilişkiden doğmuş olduğu’nun ileri sürülmesi halinde, mahkemece davacıya bu konudaki kanıtlarının sorulup araştırılmadan, bu iddiasını ispat imkanı davacıya verilmeden davanın sonuçlandırılma- mayacağını”²⁵

belirtmiştir.

*

II- İptâl davasının “kimler tarafından” açılabilceği, İİK. mad. 277’de (“kimlere karşı” açılabilceği ise; İİK. mad. 282’de) düzenlenmiştir.²⁶

İptâl davasını kimlerin açabilceği -yani, bu davada kimlerin “davacı sıfatı”nı taşıyabilceği- İİK’nun 277.maddesinde -sayılarak (tahdid olarak)- belirtilmiştir. Burada belirtilen kişilerin dışındakilerin dava açma hakkı yoktur.

İptâl davasının haciz ya da iflâs yolu ile takipte açılmış olmasına göre, “davacılık sıfatı”nı ayrı ayrı incelemek gerekir:

Haciz yolu ile takiplerde;

a) Kesin (kat’i) aciz belgesi (İİK. mad. 143; 105/I) sahibi alacaklı açabilir.²⁷

b) Geçici aciz belgesi (İİK. mad. 105/II) sahibi alacaklı açabilir.²⁸

Tasarrufun iptali davası “alacaklının alacağını, borçlunun malvarlığından kısmen veya tamamen alamadığı durumlarda açılabilcek bir dava

²⁵ Bknz: 17. HD. 30.05.2011 T. 10146/5438; 03.02.2011 T. 5065/674; 23.12.2010 T. 3122/11438; 16.12.2010 T. 6154/1112; 20.12.2010 T. 416/11290; 25.2.2010 T. 10668/1657; 9.2.2010 T. 8856/961; 17.12.2009 T. 6861/8515 vb. (www.e-uyar.com)

²⁶ Uyar, T. Tasarrufun İptali Davasının Tarafları (Prof. Dr. Fırat Öztana’a Armağan, C:2, 2010, s:2243-2274)

²⁷ Bknz: 17. HD. 4.4.2011 T. 7124/3028; 27.1.2011 T. 5310/430; 20.1.2011 T. 7202/215; 1.7.2010 T. 5096/6229; 15. HD. 10.5.2004 T. 1892/2621, 1.10.2001 T. 3971/4209; 16.4.2001 T. 1400/1954; 17. HD. 19.7.2007 T. 3037/2545; 12.7.2007 T. 3032/2476; 15. HD. 4.11.2004 T. 1832/5619; 3.11.2004 T. 1725/5593 vb.

²⁸ Bknz: 17. HD. 10.12.2009 T. 6893/8204; 23.11.2009 T. 8206/7773; 19.11.2009 T. 5582/7734; 20.11.2008 T. 3181/5422; 11.4.2007 T. 555/2363; 15. HD. 10.5.2004 T. 1892/2621; 1.10.2001 T. 3971/4209; 16.4.2001 T. 1400/1954; 17. HD. 19.7.2007 T. 3037/2545; 12.7.2007 T. 3032/2476; 15. HD. 4.11.2004 T. 1832/5619; 3.11.2004 T. 1725/5593 vb. (www.e-uyar.com)

olduğu”ndan²⁹ bu davalarda davacının “*kesin*” ya da “*geçici aciz belgesi*” ibraz etmesi aranmıştır.³⁰

(Yukarıdaki i k i d u r u m d a; borçlu hakkında alacaklı tarafından yapılmış birden fazla icra takibi varsa, alacaklı her icra takibi için ayrı ayrı aciz belgesi alarak iptal davası açabilir. Ayrıca, alacaklı bir icra takibinde aldığı aciz belgesine dayanarak, hakkında aciz belgesi almadığı icra takibine konu ettiği alacağı için iptal davası açamaz. Keza alacaklı, başka bir alacaklının almış olduğu aciz belgesine dayanarak, kendisi ayrıca aciz belgesi almadan, kendi alacağı hakkında iptal davası açamaz...) ³¹

c) Ayrık olarak, kendisine karşı İİK. mad. 97/XVII’ye göre açılan³² “istihkak davası”nda, alacaklı; *aciz belgesi sunmadan*³³ “*karşılık dava*” olarak da iptal davası açabilir.³⁴

Bilindiği gibi, “*kesin (kat’i) aciz belgesi*”, haciz edilen malların paraya çevrilmesi sonunda, alacağını kısmen ya da tamamen alamamış olan alacaklıya verilen bir belgedir (İİK. mad. 143/I).³⁵ Ayrıca “*borçlunun hiç haczi kabil malı bulunmadığını saptayan haciz tutanağı*” (İİK. mad. 105/I) “**kesin aciz belgesi hükmünde**” olduğu gibi,³⁶ “*borçlunun bu-*

²⁹ Yıldırım, M.K. Tasarrufun İptali Davasının İşlevi Bakımından Aciz Vesikası ile İlişkisi Hakkında Düşünceler (Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, C:2, 2010, s:977)

³⁰ Akil, C.. Yargıtay Kararları Işığında Tasarrufun İptali Davası Bağlamında Aciz Belgesi (ABD. 2014/3, s:162 vd) –Kaplan, H.A. (4949 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında) İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2006, s:78. dipnot:248 –Umar, B. Türk İcra- İflas Hukukunda İptal Davası, 1963, s:36. –Gürdoğan, B. İflas Hukuku Dersleri, 1966, s: 238. Arslan, R/ Yılmaz, E./Ayvaz, S.T. a.g.e. s: 538. – Kuru, B. İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, 2016, s: 672. – Pekcantez, H./Atalay, O./Özkan, M.S./Özekes, M. İcra ve İflas Hukuku, 11. Baskı, 2013, s:871.

³¹ Kuru, B. El Kitabı, s:1416 vd.

³² Ayrıntılı bilgi için bkz: Uyar, T. İİK. Şerhi, C:5, 3. Baskı, s:8190 – Uyar, T. İcra Hukukunda İstihkak Davaları, 3. Baskı, 1994, s: 770

³³ Bknz: Uyar, T. İİK. Şerhi, C:12, s: 19670 vd.

³⁴ Bknz: 15. HD. 26.10.1988 T. 2869/3403, 27.10.1987 T. 2251/3709 (www.e-uyar.com)

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: Uyar, T. İİK. Şerhi, C:8, 3. Baskı, s:11853 vd. – Öztekin, S. İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası (İİK. m. 143; m. 251), 1994, s:48 vd. – Deliduman, S. İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Belgesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 1995, s:28 vd. –Taze, M. Haciz Tutanağının Aciz Belgesi Olarak Nitelendirilmesinin Şartları (Terazi Huk. Der., Eylül/2008, s:52 vd.)

³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz: Uyar, T. ag. şerh, C:6, 2. Baskı, s:9138 vd.

lunan ve haciz edilen mallarının icra dairesince takdir edilen kıymetlerine göre, borcu karşılamayacağını belirten haciz tutanağı” (İİK. mad. 105/II) da “geçici aciz belgesi” yerine geçer.³⁷

Yüksek mahkeme kimi kararlarında³⁸ *“haciz tutanağında ‘borçlunun haczi kabil malının bulunmadığını’ ya da ‘borçlunun borcu karşılayacak yeterli malının bulunmadığının’ belirtilmiş olması halinde, bu tutanağın aciz vesikası’ sayılacağını (niteliğinde olacağını” belirtmişken, kimi kararlarında³⁹ “haciz tutanağında ‘borçlunun başka haczi mümkün malları bulunmadığının belirtilmemiş olması halinde, bu tutanağın ‘aciz belgesi’ niteliğini taşımayacağını” belirtmişti... Bugün, “tasarrufun iptali” davaları sonucunda verilen kararları temyizen inceleyen 17. HD.⁴⁰ -isabetli olarak- bu şekilde karar vermekten vazgeçmiştir. Çünkü borçlunun adresindeki haciz sırasında “borçlunun başka haczi kabil malı bulunup bulunmadığı” kolaylıkla saptanamayacağından, haciz tutanağında bunun belirtilmemiş olması, haciz tutanağının (geçici) aciz belgesi sayılmaması sonucunu doğurmamalıdır...*

*“Aciz belgesinin tasarrufun iptali davasının özel bir dava koşulu olduğu” oy birliğiyle kabul edilmekle beraber, ‘bu belgenin ne zaman ibraz edilmesi gerektiği’ hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür.⁴¹ **Bir görüşe göre**⁴², “dava koşullarının davanın açıldığı tarihte mevcut olması gerektiğinden davacı, dava tarihinde borç ödemedi aciz belgesi almamışsa açılan davanın reddedilmesi gerekir.” **Diğer bir görüşe göre**⁴³ ise “borçlunun aciz hali, iptal davasından önce gerçekleşmiş ve fakat buna ilişkin aciz*

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bknz: Uyar, T. ag. şerh, C:6, s: 9139 vd. – Öztekin, S. age. s:22 vd. – Deliduman, S. age. s:8 vd. - Taze, M. agm. s:53 vd. –Akil, C. agm. s:186 vd.

³⁸ Bknz: 17. HD. 1.7.2008 T. 2898/3682; 11.3.2008 T. 287/1141; 6.3.2008 T.4113/1082 vb. (www.e-uyar.com)

³⁹ Bknz: 15. HD. 23.3.2006 T. 6110/1677; 14.6.2005 T. 1068/3563; 6.2.2006 T. 2375/479 29.6.2004 T. 1163/3642; 18.5.2004 T. 1528/2771; 26.2.2004 T. 494/1043; 18.2.2002 T. 4686/754 vb.; 17.HD. 20.11.2008 T. 3181/5422; 11.4.2007 T. 555/2363 (www.e-uyar.com)

⁴⁰ Bknz: 17. HD. 8.7.2010 T. 4306/6635; 31.5.2010 T. 4308/4925; 1.7.2008 T. 2898/3682 vb. (www.e-uyar.com)

⁴¹ Akil, C. agm. s:169.

⁴² Umar, B. age. s: 36 vd. –Berkin, N. İflas Hukuku, s: 498.

⁴³ Kuru, B. İcra ve İflas Hukuku, C:4, s: 3496. –Kuru, B. El Kitabı, s:1418. - Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C. İİK Şerhi, C:3, s:43,58 –Kostakoğlu, C. agm. (A.D. 1989/6 s:14 – Yasa D. 1989/8 s:10043) – Şimşek, E. age. s:851 –Karataş, İ./Ertkin, E. age., s:55 vd. - Öztekin, S. age. s: 68, dipnot:51 –Yıldırım, M.K. İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, 1995, s:252 –Öztekin, S. agm. s:89.

belgesi, iptal davası açıldıktan sonra düzenlenerek mahkemeye sunulmuş ise, iptal davası reddedilmemelidir. Alacaklı sonradan aldığı aciz belgesini mahkemeye ibraz ederse, bununla, başlangıçtaki dava koşulu noksanlığı giderilmiş ve dava koşulu tamamlanmış olacağından, mahkemenin iptal davasını esaslan incelemesi gerekir. Zira hüküm anında dava koşulu tamamdır." Yüksek mahkemenin **İÇTİHATLARI** –aşağıda sunulduğu gibi- ikinci görüş doğrultusunda⁴⁴

Yüksek mahkeme, tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için, davanın bir "ön şartı" olan aciz belgelerine (vesikalarına) ilişkin olarak;

-“İİK'nun 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali davalarında davacı alacaklı tarafından kesin veya geçici aciz belgesinin ibraz edilmesi gerekeceğini, bu belgenin temyiz aşamasında, hatta karar düzeltme aşamasında dahi ibraz edilmesinin mümkün olduğunu"⁴⁵

-“Borçlunun ödeme emri tebliğ edilen adresine haciz işlemi için gidildiğinde bu adresten ayrıldığı, belirlenen yeni adreslerinde de bulunmadığının ve borçluya ait haczi kabil malına rastlanmadığının haciz tutanağı ile belirlenmiş olması halinde bu durumu belirleyen haciz tutanaklarının aciz vesikası niteliğinde kabul edilmesi gerekeceğini"⁴⁶

-“Dairenin yerleşmiş içtihatları ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun içtihatları uyarınca; borçlu hakkında aciz vesikası alınmamakla birlikte, borçlu kayıp ve adresi saptanamıyorsa, saptanan ve bilinen adreslerinde yapılan hacizlerde icraca borçlunun haczi kabil malının bulunup bulunmadığı tespit edilmemişse 'aciz hali'nin gerçekleşmiş sayılacağını"⁴⁷

-“Tasarrufun iptali davasının açılabilmesi için kati ya da geçici aciz belgesinin bulunmasının gerekeceğini; bu belgenin dava açılmadan, dava açıldıktan sonra veya temyiz aşamasında hatta hükmün Yargıtay'ca onanması veya bozulmasından sonra bile sunulabileceğini; alacaklı-davacının her takip dosyası için borçlunun yapmış olduğu tasarruflarla ilgili belli bir miktar sınırlandırılması olmaksızın alacağını tahsil edinceye kadar iptal davası açabileceğini"⁴⁸

⁴⁴ Bkz; İleride; dipn. 45,48,50

⁴⁵ Bknz: 17. HD. 21.03.2013 T. 12347/3975; 14.03.2013 T. 5988/3307 (www.e-uyar.com)

⁴⁶ Bknz: 17. HD. 18.04.2012 T. 12788/4874 (www.e-uyar.com)

⁴⁷ Bknz: 17. HD. 18.04.2012 T. 12904/4878 (www.e-uyar.com)

⁴⁸ Bknz: 17. HD. 19.01.2012 T. 1829/269 (www.e-uyar.com)

-“Dosyada mevcut belgelerden borçlunun taşınmaz mallarına ve bankalarda mevduatına rastlanamaması ve borçluya ait çeşitli adreslerde yapılan hacizlerde borcunu karşılayacak taşınır malının bulunmadığının saptanması halinde, düzenlenen haciz tutanaklarının ‘geçici aciz belgesi’ hükmünde sayılacağını”⁴⁹

-“Aciz belgesi ibraz etmenin, tasarrufun iptali davalarında davanın görülebilme koşulu olduğunu, mahkemece kendiliğinden göz önünde bulundurulacağını ve bu belgenin dava açılmadan, dava açıldıktan sonra veya temyiz aşamasından hatta hükmün Yargıtay’ca onanmasından/bozulmasından sonra ya da karar düzeltme aşamasında bile sunulabileceğini”⁵⁰

-“Borçlunun malvarlığı üzerinde çok miktarda haciz bulunması ve borçlarını ödeyememiş olmasının, aciz halinin varlığını ve mal kaçırma niyetinin bulunduğunu göstereceğini”⁵¹

-“İcra dosyası içeriğinden (tapu idaresinden ve trafik bürosundan ve bankalardan haciz teskerelerine verilen cevaplardan), haciz tutanaklarının içeriğinden borçlunun mal beyanında belirttiği mallarının borcu karşılamaya yeterli olmadığını anlaşılması halinde, borçlunun aciz halinde olduğunun kabulü gerekeceğini”⁵²

-“Borçlunun ev ve işyeri adreslerinde tutulan haciz tutanaklarında ‘borçlunun bu adreslerden ayrılmış olduğu’nun belirtilmiş olması ve tapu, trafik

⁴⁹ Bknz: 15. HD. 03.03.2004 T. 7118/1171; 17. HD. 03.12.2007 T. 2793/3985; 18.04.2011 T. 7154/3609; 18.04.2011 T. 7112/3608; 11.04.2011 T. 2329/3343; 11.04.2011 T. 8424/3332; 20.09.2010 T. 6455/7049; 08.07.2010 T. 4647/6639; 08.07.2010 T. 4306/6635; 05.07.2010 T. 5564/6375; 22.06.2010 T. 3675/5803 (www.e-uyar.com)

⁵⁰ Bknz: 17. HD. 12.02.2008 T. 5709/523; 15. HD. 02.05.2005 T. 7075/2686; 22.03.2006 T. 6110/1677; 16.01.2007 T. 5981/62; 17. HD. 17.03.2008 T. 357/1253; 18.03.2008 T. 113/1353; 15. HD. 15.06.2004 T. 2776/3342; 17. HD. 27.09.2007 T. 3309/2815; 15. HD. 29.06.2004 T. 1163/3642; 17. HD. 19.07.2007 T. 2982/2552; 20.05.2008 T. 1919/2695; 15. HD. 20.09.2004 T. 4272/4377; 23.09.2004 T. 3303/4567; 23.09.2004 T. 3785/4596; 29.09.2004 T. 2194/4744; 09.12.2004 T. 5440/6398; 03.11.2004 T. 5591/6591; 30.09.2002 T. 3661/4270; 17. HD. 05.02.2009 T. 4027/411; 09.02.2009 T. 465/4710; 12.02.2009 T. 4041/583; 05.05.2009 T. 18/2875; 17.09.2009 T. 5394/5517; 01.10.2009 T. 4961/5863; 01.07.2010 T. 3699/6225; 31.01.2011 T. 6288/599; 10.06.2010 T. 6946/5415; 23.12.2010 T. 3122/11438; 18.10.2010 T. 3843/8423; 04.10.2010 T. 3847/7702; 30.09.2010 T. 8378/7582; 23.09.2010 T. 2641/7568; 01.07.2010 T. 5096/6229; 08.06.2010 T. 2315/5299 (www.e-uyar.com)

⁵¹ Bknz: 17. HD. 8.6.2010 T. 2315/5299; 25.5.2010 T. 2340/4686; 19.2.2009 T. 4913/801 vb. (www.e-uyar.com)

⁵² Bknz: 17. HD. 22.2.2010 T. 10328/1359; 1.2.2010 T. 9625/619; 18.1.2010 T. 10416/26 vb. (www.e-uyar.com)

ve bankalara yazılan müzekkerelere verilen cevaplardan ‘borçlunun, borcuna yetecek malvarlığının bulunmadığı’nın anlaşılması halinde, düzenlenen tutanakların ‘geçici aciz belgesi’ niteliğinde sayılacağını”⁵³

-“Davacı tarafından ‘kesin aciz vesikası’ sunulmamış olan durumlarda, borçlunun aciz halinde olup olmadığı araştırılarak, aciz halinde olduğu saptanmadan yargılamaya devam edilemeyeceğini”⁵⁴

-“Aciz hali’nin gerçekleşmesi, tasarrufun iptali davasının ‘dava şartı’ olduğundan, mahkemece davacı-alacaklıya, ‘kesin aciz vesikası’ ya da ‘geçici aciz vesikası yerine geçecek haciz tutanağı’ ibraz etmesi için mehil verilerek, sonucuna göre hüküm kurulması gerekeceğini”⁵⁵

-“Tasarrufun iptali”ne karar verilebilmesi için, borçlunun aciz halinde olması, başka bir anlatımla ‘haczedilenler dışında borcu karşılayacak başka malının bulunmaması’ gerekeceğini”⁵⁶

belirtmiştir.

Davacının, iptal davası açabilmek (ya da açtığı davanın görülmesini sağlayabilmek) için -kural olarak-⁵⁷ aciz belgesi alıp, mahkemeye vermek zorunda olması, borçlu hakkında, -iptal davası açılmadan önce veya iptal davasından sonra (dava sırasında)-⁵⁸ alacaklı tarafından icra takibi yapılmış olmasını zorunlu kılmaktadır. Gerçekten, “aciz belgesi” -ya da “aciz belgesi niteliğindeki haciz tutanağı” -icra takibi sırasında ya da icra takibi sonunda verildiğinden, borçlusu hakkında icra takibinde bulunmamış olan alacaklıya, “aciz belgesi” verilmesi düşünülemez.

Bu nedenle tasarrufun iptali davasının *dinlenebilmesi* için “dava tarihinden önce veya *sonra*”^{59 60} (yargılama sırasında) davacı-alacaklı

⁵³ Bknz: 17. HD. 15.6.2009 T. 2624/4232; 13.11.2008 T. 1952/5312; 11.11.2008 T. 2356/5234 vb. (www.e-uyar.com)

⁵⁴ Bknz: 17. HD. 18.5.2009 T. 384/3232 (www.e-uyar.com)

⁵⁵ Bknz: 15. HD. 8.3.2005 T. 7623/1299; 10.11.2004 T. 1756/5785; 21.10.2004 T. 3131/5291 vb. (www.e-uyar.com)

⁵⁶ Bknz: 15. HD. 5.10.1999 T. 3250/3480 (www.e-uyar.com)

⁵⁷ TBK. mad. 19’a dayalı tasarrufun iptali davaları hariç (Bknz: Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C. Tasarrufun İptali Davaları, 4. Baskı, C:2, s:2970)

⁵⁸ Bknz: 17. HD. 11.03.2013 T. 5718/3199; 26.11.2012 T. 6703/13012; 15. HD. 18.11.2003 T. 5510/5515 (www.e-uyar.com)

⁵⁹ Güneren, A. age. s:403

⁶⁰ Bknz: 17. HD. 11.03.2013 T. 5718/3199; 26.11.2012 T. 6703/13012; 15. HD. 18.11.2003 T. 5510/5515

tarafından yapılmış ve kesinleşmiş bir *icra takibi* bulunması gerekir.^{61 62}

İptal davası mutlaka bir *icra takibine* dayalı olarak açıldığı ve dava sonucunda davacıyı haklı bularak “*davanın kabulüne*” karar verecek duruma gelen mahkemenin “*davacı-alacaklının sayılı icra takibine konu alacağını eklentileri ile birlikte karşılayacak miktarla sınırlı olarak dava konusu taşınmaz/taşınır üzerinde davacı-alacaklıya cebri icra yetkisi (haciz ve satış isteme yetkisi) tanınmasına....*” şeklinde karar vermesi gerekeceğinden⁶³ yargılama sona ermeden, davacı-alacaklı tarafından davalılardan borçlu hakkında yapılmış ve kesinleşmiş bir *icra takibinin* bulunması gerekir.

III- Mahkemece, tasarrufun iptali davası sonucunda karar verilebilmesi için, alacaklı tarafından takip konusu yapılmış olan alacağın da kesinleşmiş olması gerekir.^{64 65}

Bu nedenle; davacı-alacaklı, davalı-borçlu hakkında örneğin; *senetsiz* veya bir *adi senede* dayalı olarak takip yapmış ve 7 günlük “*itiraz süresi*” içinde borçlu tarafından -icra dairesine başvurularak- ödeme emrine (takip konusu *borca* ya da *imzaya*) itiraz edilememişse hem *takip* ve hem de *alacak* kesinleşmiş olur. Alacaklı, böylece kesinleşmiş olan icra takibine (ve takip konusu alacağına) dayanarak tasarrufun iptali

⁶¹ Güneren, A. age. s:403 vd. - Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C. Tasarrufun İptali Davaları, C:2, s:1558 - Kostakoğlu, C. agm. (Ad. D. 1989/6, s:23 vd. - Yasa D. 1989/8, s:1050 vd.) - Şimşek, E. Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu, 1989, s:852

⁶² Bknz: 11. HD. 11.3.2013 T. 5718/3199; 26.11.2012 T. 6703/13012; 17. HD. 03.11.2011 T. 2228/10229; 03.10.2011 T. 3588/8567; 26.05.2011 T. 9358/5323; 16.0.2011 T. 3901/4867; 24.03.2011 T. 7161/2673; 07.03.2011 T. 6767/1995; 07.02.2011 T. 12468/899; 04.11.2010 T. 5462/9379; 03.06.2010 T. 3019/5107; 08.02.2010 T. 10275/857; 28.12.2009 T. 8452/9007; 15.12.2009 T. 8495/8457; 12.11.2009 T. 8903/7489; 29.09.2009 T. 3072/5789; 20.05.2009 T. 2951/3395; 26.12.2008 T. 4215/5810; 14.7.2008 T. 2594/3948; 14.08.2008 T. 3088/3951; 29.05.2008 T. 386/2885; 26.06.2008 T. 727/3542; 15.05.2008 T. 1800/2608; 22.04.2008 T. 459/2096; 21.04.2008 T. 4950/2050; 08.10.2007 T. 4397/3011; 20.09.2007 T. 3827/2724; HGK. 17.01.2007 T. 15-1/1; 15. HD. 18.11.2003 T. 4639/5513; 05.05.2003 T. 898/2384; 04.12.2000 T. 3553/5342; 28.11.1999 T. 5051/173 (www.e-uyar.com)

⁶³ Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C. İİK Şerhi, C:3, s:591.

⁶⁴ Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C. Tasarrufun İptali Davaları, C:2, s:1560 - Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C. İİK Şerhi, C:3, s:4362 - Güneren, A. age. s:398.

⁶⁵ Bknz: 17. HD. 01.04.2013 T. 8176/4516; 10.09.2012 T. 6784/8885; 28.03.2012 T. 1335/3768; 31.03.2011 T. 6372/2899; 06.04.2010 T. 2043/3166; 20.10.2009 T. 4804/6607; HGK. 11.06.1997 T. 4-322/520; 15. HD. 25.10.1995 T. 3259/5830 (www.e-uyar.com)

davası açabilir... Yapılmış olan bu takibe karşı borçlu tarafından süresi (7 gün) içinde "icra dairesi"ne başvurularak itiraz edilmişse, alacaklının bu itirazı hükümsüz hale getirmek amacıyla "itirazın iptali" için "mahkeme"ye^{66 67} ya da "itirazın kaldırılması" için "icra mahkemesi"ne başvurmuş olması halinde, bu başvuruların sonucu, tasarrufun iptali davasına bakan mahkemece "bekletici mesele" yapılarak verilecek kararların kesinleşmesinden sonra davanın sonuçlandırılması gerekir.^{68 69}

Eğer alacaklı, bir *kambiyo senedine* dayalı olarak borçlusu hakkında takip yapmış ve borçlusu "5 gün" içinde -icra mahkemesine başvurarak- "*borca*" (İİK. mad. 168/5) ya da "*imzaya*" (İİK. mad. 168/4) itiraz etmemiş; "beş (İİK. 168/3) ya da 7 gün (İİK. mad. 168/I) içinde" şikâyet yoluna başvuramamışsa *takep* kesinleşir. Eğer borçlu belirtilen süreler içinde ödeme emrine -*borca ya da imzaya- itiraz* ya da şikâyette bulunmuşsa, icra mahkemesince "*itirazın (ya da; şikâyetin) reddine*" karar verilince *takep* kesinleşir. Fakat bu durum, tasarrufun iptali davasının mahkemece sonuçlandırılması için yeterli değildir. Ayrıca *takep* konusu alacağın da kesinleşmiş olması gerekir. Bunun için de icra mahkemesinin vermiş olduğu "*itirazın/şikâyetin reddine*" ilişkin kararın da kesinleşmiş olması gerekir. Bu nedenle, tasarrufun iptali davasında, icra hukuk mahkemesinde, davalı-borçlunun alacaklıya karşı açtığı 'borca ya da imzaya itiraz davası'nın veya 'şikâyet başvurusu'nun sonucu "*bekletici mesele*' yapılması gerekir.

Eğer alacaklı, bir *ilama* dayalı olarak takipte bulunmuşsa; borçlunun İİK. mad. çerçevesinde icra mahkemesine başvurup -5 gün içinde- "*itfa*", "*imhal*", "*zamanaşımı*" ya da "*borçlu olmadığı*" itirazında bulunmaması ya da bu itirazının reddedilmesi ile (yahut; İİK. mad. çerçevesinde "icra mahkemesi"ne başvurup şikâyette bulunmaması ya da bu şikâyetin reddedilmesi ile) yapılmış olan *takep* kesinleşir. Bu kararların kesinleşmesi ile de *alacak* kesinleşir.

⁶⁶ Güneren, A. age. s:403 vd.

⁶⁷ Bknz: 17. HD. 23.02.2010 T. 10319/1442; 4. HD. 22.06.2009 T. 5788/8420; 17. HD. 11.05.2009 T. 203/3002; 20.05.2009 T. 2978/3396 (www.e-uyar.com)

⁶⁸ Güneren, A. age. s:403 vd.

⁶⁹ Bknz: 17. HD. 23.02.2010 T. 10319/1442; 11.05.2009 T. 203/3002; 4. HD. 22.06.2009 T. 5788/8420; 17. HD. 16.03.2009 T. 1612/1477; 20.09.2007 T. 3827/2724; 15. HD. 28.11.2002 T. 5744/5609; 15. HD. 21.11.2002 T. 4561/5440; 03.10.2001 T. 2054/4297 (www.e-uyar.com)

Keza; borçlu tarafından takip, takip konusu borç hakkında *menfi tesbit davası* açılmışsa, “*bu davanın reddine*” dair verilen kararın kesinleşmesi ile de takip konusu *alacak* kesinleşmiş olur. Tasarrufun iptali davasına bakan mahkemece borçlu tarafından davadan önce açılmış olan bu “*menfi tespit davası*”nın sonucu “*bekletici mesele*” yapılıır.⁷⁰

Tasarrufun iptali davasına bakan mahkemenin, yargılamayı sonuçlandırıp “*davanın kabulü*”ne dair karar verebilmesi için, davadan önce veya davadan *sonra* borçlu hakkında açılmış bir *icra takibinin* bulunup bulunmadığını araştırıp; **a)** Hem *icra takibinin* **b)** Ve hem de icra takibine konu *alacağın kesinleşmiş* olduğunu saptaması gerekir.

Buna karşın alacaklı, davalı-borçlu hakkında -ne tasarrufun iptali davasından önce ve ne de dava sırasında- hiçbir icra takibi yapmadan,⁷¹ *muhtemel alacağı için*⁷² tasarrufun iptali davası açamaz...

Yüksek mahkeme, “*icra takibinin kesinleşmiş olması*” koşulu ile ilgili olarak;

√ “*Tasarrufun iptali davalarında davacının kesinleşmiş bir alacağı olmasının dava şartı olduğunu*”⁷³

√ “*Tasarrufun iptali davasında varlığı zorunlu bulunan icra takibinin, dava tarihinden önce yapılmış olması bir zorunluluk olmadığından icra takibinin dava tarihinden sonra yapılabileceği, önemli olan yargılama aşamasında borçlu hakkında icra takibinin varlığı olduğunu*”⁷⁴

√ “*Tasarrufun iptali davasının açıldığı gün (ya da daha sonra) icra takibinin başlatılmasının mümkün olduğu, böyle bir durumda mahkemece ‘davacı tarafından yapılmış bir icra takibi bulunmadığı’ gerekçesi ile ‘iptal davasının reddine’ karar verilemeyeceği, mahkemece davanın esasına girilerek iptal koşullarının oluşup oluşmadığının incelenerek bir karar verilmesi gerekeceğini*”⁷⁵

⁷⁰ Bknz: 17. HD. 31.03.2011 T. 6372/2899; 06.04.2010 T. 2043/3166; 20.10.2009 T. 4804/6607; HGK. 11.06.1997 T. 4-332/520 (www.e-uyar.com)

⁷¹ Bknz: 17. HD. 21.01.2010 T. 9229/181; 17. HD. 16.11.2009 T. 6501/7528 (www.e-uyar.com)

⁷² Bknz: 17. HD. 11.05.2009 T. 318/3005 (www.e-uyar.com)

⁷³ Bknz: 17. HD. 01.04.2013 T. 8176/4516 (www.e-uyar.com)

⁷⁴ Bknz: 17. HD. 11.03.2013 T. 5718/3199 (www.e-uyar.com)

⁷⁵ Bknz: 17. HD. 26.11.2012 T. 6703/13012 (www.e-uyar.com)

√ "İptal davasının açılabilmesi koşullarından birinin de, kesinleşmiş bir alacağın bulunması olduğunu"⁷⁶

√ "İcra mahkemesince zamanaşımı nedeniyle icranın geri bırakılmasına karar verilmesi halinde, davacı tarafından İİK. mad. 33a/2 uyarınca, yedi gün içinde dava açılmaması halinde, geçerli bir icra takibinin varlığından söz edilemeyeceğinden, mahkemece tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesi gerektiğini- Borçludan aldığı malı elden çıkararak davalıdan, elden çıkardığı tarihteki gerçek bedelin, alacak ve fer'ileriyle sınırlı olmak üzere tahsiline hükmolunacağı nazara alınarak taşınmazın dördüncü kişiye geçişi için davacıdan talebi sorularak bu kişinin davaya dahil edilmesi halinde delilleri toplanıp yargılamaya devam ile bir hüküm verilmesi gerektiğini- Davacının takibe konu ettiği çeklerin keşide tarihlerinin iptali istenen tasarruftan çok sonra olduğu nazara alınarak, davacının alacağın daha önce doğduğuna dair delilleri mahkemece sorulmadan karar verilemeyeceğini"⁷⁷

√ "Davacı alacaklılarının, ayrı ayrı alacakları nedeniyle farklı dosyalardan takip yapmış olmaları halinde aralarında 'zorunlu takip arkadaşlığı' değil 'ihtiyari takip arkadaşlığı' var sayılacağını; dava koşullarının her takip dosyası bakımından ayrı ayrı araştırılması gerektiğini"⁷⁸

√ "İptal davasının açılabilmesi için, davacı-alacaklının davalı-borçlu hakkında icra takibi yapmış, bu takibin -davadan önce veya dava sırasında- kesinleşerek, davacının davalıda gerçekleşmiş bir alacağının bulunmasının zorunlu olduğunu"⁷⁹

√ "İptal davalarında, 'davacının davalıda bir alacağının bulunmasının' ve 'davacının borçlu hakkında yaptığı icra takibinden bir sonuç elde edememiş olması'nın ön koşul olduğunu"⁸⁰

⁷⁶ Bknz: 17. HD. 10.09.2012 T. 6784/8885 (www.e-uyar.com)

⁷⁷ Bknz: 17. HD. 28.03.2012 T. 1335/3768 (www.e-uyar.com)

⁷⁸ Bknz: 17. HD. 26.04.2011 T. 10675/3948 (www.e-uyar.com)

⁷⁹ Bknz: 15. HD. 28.11.1999 T. 5051/173; 05.05.2003 T. 898/2384; 17. HD. 29.05.2008 T. 386/2885; 26.06.2008 T. 727/3542; 15.05.2008 T. 1800/2608; 22.04.2008 T. 459/2096; 15. HD. 22.09.1997 T. 3757/3864; 28.06.2005 T. 1163/3873; 17. HD. 14.07.2008 T. 2594/3948; 15. HD. 18.11.2003 T. 4639/5513; 17.12.2003 T. 4545/6078; 04.12.2000 T. 3553/5342; 17. HD. 26.12.2008 T. 4215/5810; HGK. 08.03.2006 T. 15-34/36; 17. HD. 26.05.2011 T. 9358/5323; 16.05.2011 T. 3901/4867; 24.03.2011 T. 7161/2673; 07.03.2011 T. 6767/1995; 07.02.2011 T. 12468/899; 04.11.2010 T. 5462/9379; 03.06.2010 T. 3019/5107; 26.12.2008 T. 4215/5810 (www.e-uyar.com)

⁸⁰ Bknz: 15. HD. 24.05.1989 T. 4546/2485; 17. HD. 24.03.2011 T. 2174/2656 (www.e-uyar.com)

√ “Alacaklı sıfatı ile borçlu ve onunla işlemde bulunan 3. kişi aleyhine açılan ‘borçlunun 3. kişiye yaptığı muvazaalı satış işleminin iptali’ davasında, icra takibinin kesinleşmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda takip konusu alacağın da kesinleşmesi gerekeceğinden, borçlu tarafından alacaklıya karşı açılıp devam eden olumsuz tespit davasının sonucunun, iptal davası için ‘bekletici mesele’ oluşturacağını”⁸¹

√ “Borçlunun, hakkında yapılan -ilamsız- takibe itiraz etmiş ve alacaklı tarafından “itirazın iptali davası” açılmış olması halinde, tasarrufun iptali davasında, itirazın iptali davasının kesinleşecek sonucunun ‘bekletici mesele’ yapılması gerekeceğini”⁸²

√ “İptal davasının dayandığı icra takip dosyasında, borçluya gönderilen ödeme/icra emrinin, Tebligat Kanunu’nun hükümlerine uygun olarak borçluya tebliğ edilip, takibin kesinleşmiş olması gerektiğini”⁸³

√ “Davalı-borçlu hakkında yapılmış bir icra takibi bulunmaması halinde, açılmış olan davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini”⁸⁴

√ “Borçluya karşı yapılmış olan icra takibi hakkında, İİK. 71 uyarınca icra mahkemesince ‘icranın geri bırakılması’ kararı verilmişse, mahkemece ‘tasarrufun iptali davasının reddine’ karar verilmesi gerekeceğini”⁸⁵

√ “Tasarrufun iptali davalarında ‘borçlu hakkında yapılmış olan icra takibinin kesinleşmiş olması’nın, davanın ön koşulu olduğunu”⁸⁶

√ “Tasarrufun iptali davasının dayanağını teşkil eden takipte -kesinleşen mahkeme kararı ile- borçlunun alacaklıya borçlu bulunmadığının (borçlunun, borçlu olmadığı) saptanmış olması halinde, açılmış olan tasarrufun iptali davasının red edilmesi gerekeceğini”⁸⁷

√ “Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için, alacaklı tarafından, davalı-borçlu aleyhine yapılmış bir icra takibi bulunması gerektiğini”⁸⁸

⁸¹ Bknz: 17. HD. 20.10.2009 T. 4804/6607; 06.04.2010 T. 2043/3166; HGK. 11.06.1997 T. 4-332/520; 17. HD. 31.03.2011 T. 6372/2899 (www.e-uyar.com)

⁸² Bknz: 17. HD. 23.2.2010 T. 10319/1442 (www.e-uyar.com)

⁸³ Bknz: 17. HD. 8.2.2010 T. 10275/857; 14.9.2009 T. 3384/5315 (www.e-uyar.com)

⁸⁴ Bknz: 17. HD. 21.1.2010 T. 9229/181 (www.e-uyar.com)

⁸⁵ Bknz: 17. HD. 19.1.2010 T. 7767/96 (www.e-uyar.com)

⁸⁶ Bknz: 17. HD. 28.12.2009 T. 8452/9007; 15.12.2009 T. 8495/8457; 12.11.2009 T. 8903/7489 vb. (www.e-uyar.com)

⁸⁷ Bknz: 17. HD. 23.11.2009 T. 6128/7781; 13.4.2009 T. 5713/2307; 30.3.2009 T. 5342/1822 (www.e-uyar.com)

⁸⁸ Bknz: 17. HD. 16.11.2009 T. 6501/7528 (www.e-uyar.com)

√ “Takip dayanağı nafaka ilamının kısmen bozulmuş olmasının -davacının alacağına kısmen de olsa mevcut sayıldığı durumların- davanın reddine neden olmayacağını”⁸⁹

√ “Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için; ‘davacının davalı-borçluda gerçek bir alacağına bulunması’, ‘borçlu hakkında yapılan icra takibinin kesinleşmiş olması’, ‘iptal konusu tasarrufun borcun doğumundan sonra yapılmış olması’ ve ‘borçlu hakkında alınmış aciz belgesinin bulunması’nın gerekli olduğunu”⁹⁰

√ “Muhtemel bir alacak için tasarrufun iptali davası açılmayacağını”⁹¹

√ “Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için, öncelikle kesinleşmiş bir icra takibinin bulunması gerektiğini, yapılmış olan icra takibinin icra mahkemesince iptal edilmiş olması halinde, tasarrufun iptali davasının da reddedilmesi gerekeceğini”⁹²

√ “İcra takibinin, takip tarihinde ölü olan kişiye karşı yapılmış olması halinde, usulüne uygun bir takip bulunmadığından, bu takibe dayalı olarak iptal davası açılmayacağını”⁹³

√ “İptal davasının dinlenebilmesi için varlığı zorunlu bulunan icra takibinin, dava tarihinden önce yapılmış olmasının gerekmediğini, yapılan yargılama aşamasında icra takibinin bulunmasının, davanın dinlenebilmesi için yeterli olduğunu”⁹⁴

√ “Takip konusu borca, borçlu tarafından itiraz edilmiş olması üzerine alacaklı tarafından ‘itirazın iptali davası’ açılmamış ya da ‘itirazın kaldırılması’nın istenmemiş sadece borçlu tarafından açılmış olan menfi tespit davası reddedilmiş ise, ‘icra takibinin kesinleştiği’ kabul edilerek açılmış olan tasarrufun iptali davasına bakılmayacağını”⁹⁵

√ “İcra takibinin, iptal davasının açılmasından sonra kesinleşmiş olmasının, davanın incelenmesine engel teşkil etmeyeceğini”⁹⁶

⁸⁹ Bknz: 17. HD. 30.6.2009 T. 2907/4754 (www.e-uyar.com)

⁹⁰ Bknz: 17. HD. 20.5.2009 T. 2951/3395 (www.e-uyar.com)

⁹¹ Bknz: 17. HD. 11.5.2009 T: 318/3005 (www.e-uyar.com)

⁹² Bknz: 17. HD. 19.1.2009 T. 3254/11; 20.1.2008 T. 2843/90 (www.e-uyar.com)

⁹³ Bknz: 17. HD. 6.11.2007 T. 4751/3439 (www.e-uyar.com)

⁹⁴ Bknz: 15. HD. 18.11.2003 T. 5510/5515 (www.e-uyar.com)

⁹⁵ Bknz: 15. HD. 4.10.2000 T. 3682/4236 (www.e-uyar.com)

⁹⁶ Bknz: 15. HD. 12.9.1995 T. 4203/4514 (www.e-uyar.com)

√ “Borçlunun, kambiyo senetlerine mahsus -örnek: 10- ödeme emrine itiraz etmiş olmasının, takibin kesinleşmediğini göstermeyeceğini (ve buna dayalı olarak alacaklının ‘iptal davası’ açabileceğini)”⁹⁷

√ “Borçluya ödeme emri tebliğ edilmeden (takip kesinleşmeden) haciz yapılmış olduğunun saptanması halinde, alacaklının açtığı iptal davasının reddedilmesi gerekeceğini”⁹⁸

belirtmiştir...

Açılmış olan tasarrufun iptali davasında, “takip konusu alacağın kesinleşmesi” için, bazı davaların sonuçlarının mahkemece “bekletici mesele”(HMK. mad.165) yapılması gerekir. **Yüksek mahkeme**, bu konuyla ilgili olarak;

√ “Muvazaa iddiasına dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkin davalarda, davacının zararının, dolayısı ile de, alacak hakkının ‘desteğinin ölüm gününde’ doğmuş sayılacağı, bu davada davacının borçlu hakkında icra takibine geçmiş olmasına ve onun hakkında aciz belgesi almış olmasına gerek bulunmadığı ancak davacının açmış olduğu tazminat davasının sonucunun beklenerek tasarrufun iptali davasının sonuçlandırılması gerekeceğini”⁹⁹

√ “Alacaklı sıfatı ile borçlu ve onunla işlemde bulunan 3.kişi aleyhine açılan ‘borçlunun 3. kişiye yaptığı muvazaalı satış işleminin iptali’ davasında, icra takibinin kesinleşmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda takip konusu alacağın da kesinleşmesi gerekeceğinden, borçlu tarafından alacaklıya karşı açılıp devam eden olumsuz tespit davasının sonucunun, iptal davası için ‘bekletici mesele’ oluşturacağını”¹⁰⁰

√ “Tasarrufun iptali davasının dinlenme koşullarından birisinin de ‘takip konusu alacağın kesinleşmiş olması’ gerektiğinden, takip konusu borca, itiraz edilmiş olması ve alacaklı tarafından ‘itirazın iptali davası’ açılmış olması (ya da; icra mahkemesinden ‘itirazın kaldırılması’nın talep edilmiş olması) halinde, mahkemece bunların sonucunun (kesinleşmesinin) “bekletici mesele” yapılması gerekeceğini”¹⁰¹

⁹⁷ Bknz: 15. HD. 20.12.1994 T. 5801/7717 (www.e-uyar.com)

⁹⁸ Bknz: 15. HD. 12.3.1992 T. 823/1256 (www.e-uyar.com)

⁹⁹ Bknz: HGK. 04.07.2007 T. 4-450/449; 4. HD. 08.03.2011 T. 407/2480; 17. HD. 25.09.2006 T. 11117/9749 (www.e-uyar.com)

¹⁰⁰ Bknz: 17. HD. 31.03.2011 T. 6372/2899; 6.4.2010 T. 2043/3166; 20.10.2009 T. 4804/6607; HGK. 11.6.1997 T. 4-332/520 (www.e-uyar.com)

¹⁰¹ Bknz: 17. HD. 23.2.2010 T. 10319/1442; 4. HD. 22.6.2009 T. 5788/8420; 17. HD.

√ “İtirazın iptali davaları’nın, tasarrufun iptali davalarında ‘bekletici mesele’ olarak kabul edilmesi gerektiğinden, bu iki davanın birleştirilerek birlikte görülemeyeceğini”¹⁰²

√ “Tasarrufun iptali davasının ‘tazminat davası’ nedeniyle açılmış olması ve mahkemece hükmedilmiş olan tazminatın Yargıtay’ca bozulmuş olması halinde, tazminat davasının kesinleşmesi beklenmeden tasarrufun iptali davasının sonuçlandırılmayacağını”¹⁰³

√ “Mahkemece icra (ödeme) emrinin davalı-borçluya tebliğ ettirilmesi ve böylece takibin kesinleşmesi beklenerek, sonucuna göre, tasarrufun iptali davası hakkında karar verilmesi gerekeceğini”¹⁰⁴

√ “Davalı-borçlu tarafından yapıldığı anlaşılan ‘aciz belgesinin iptali’ konusundaki şikayetin sonucunun, iptal davasında ‘bekletici mesele’ yapılması gerekeceğini”¹⁰⁵

belirtmiştir.

*

IV- Tasarrufun iptali davalarında davacının, davalı-borçludaki alacağının gerçek bir alacak olması gerekir.

İptal davalarında, “davacının, davalılardan borçluda bir alacağının bulunması” ve “davacının; borçlu hakkında yaptığı icra takibinden bir sonuç elde edilmemiş - yani alacağın kısmen/tamamen tahsil edilememiş- olması” ön koşul olduğundan^{106 107}, mahkeme iptal davasının yargılması sırasında öncelikle bu ön koşulun gerçekleşmiş olup olmadığını kendiliğinden araştırır. Bunu yaparken davacının alacağının “geçerli olup olmadığını” araştırmayacağı -örneğin; ‘alacağın kumar alacağı olduğunu’ ileri sürerek, iptal davasını reddedemeyeceği-¹⁰⁸ gibi, “icra dairesinin düzenlediği aciz belgesinin geçerli olup olmadığını” da tartışamaz.¹⁰⁹

11.5.2009 T: 203/3002 vb. (www.e-uyar.com)

¹⁰² Bknz: 17. HD. 16.3.2009 T: 1612/1477 (www.e-uyar.com)

¹⁰³ Bknz: HGK. 8.3.2006 T. 15-34/36 (www.e-uyar.com)

¹⁰⁴ Bknz: 15. HD. 22.1.2001 T. 5903/362 (www.e-uyar.com)

¹⁰⁵ Bknz: 15. HD. 7.5.1992 T. 2135/2460; 4.3.1992 T. 869/1042 (www.e-uyar.com)

¹⁰⁶ Bknz: 15. HD. 24.5.1989 T. 4546/2485 (www.e-uyar.com)

¹⁰⁷ Uyar, T. İİK. Şerhi, C:12, s:18879 vd.

¹⁰⁸ Bknz: 15. HD. 14.5.1990 T. 800/2146 (www.e-uyar.com)

¹⁰⁹ Bknz: 15. HD. 18.5.1990 T. 1755/2258; 13. HD. 9.11.1981 T. 5203/7058 (www.e-uyar.com)

Tersine, aciz belgesinin iptali için icra mahkemesine yapıldığı ileri sürülen şikâyetin sonucunu, kendisi için 'bekletici mesele' sayması gerekir.¹¹⁰ Fakat davalı-üçüncü kişi (veya borçlu) "*davacının alacağıının mevcut olmadığını*" -örneğin *muvazaaya dayandığını*- iddia ve ispat edebilir.¹¹¹ Çünkü tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için, öncelikle davacının, davalı-borçluda '*gerçek bir alacağı*'nın bulunması, diğer bir deyişle tasarrufta bulunan kimsenin gerçekten '*borçlu olması*' gerekir. Eğer '*gerçek bir borç*' yoksa '*alacak*' da söz konusu olamayacağından, tasarrufun iptali davası dinlenmez.¹¹²

Yüksek mahkeme, bu konu ile ilgili olarak;

- "*Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için; alacaklının borçluda gerçek bir alacağın olması gerektiği, eğer tasarrufta bulunanın alacaklıya gerçek bir borcu olmadığı iddia ediliyorsa, bu durumda tasarruf sahibinin öncelikle borçlu sıfatının çözümlenmesi gerektiğini, davalı-borçlunun kızının davacı-alacaklının kardeşi ile evli olması ve aradaki akrabalık bağının alacağın gerçek olmadığıın kabulü için yeterli olmadığını; davalı tanıkları davacı ve borçluyu tanımamakta olup, davacı tanığının alacağın muvazaalı olduğu yönünde beyanı da bulunmadığından ve takip, dava konusu tasarruftan sonra yapılmış olmakla beraber borcun, iptali istenen tasarruftan önce doğmuş olması ve ayrıca davalı-üçüncü kişi tarafından davalı-borçluya gönderilen 13.03.2007 tarihli ihtarnamenin, davalı-borçlu hakkında 06.03.2007 tarihli takipten sonra olması ve elatmanın önlenmesi davasının, iş bu tasarrufun iptali davasından sonra 24.04.2007 tarihinde açılmış ve davalı-borçlunun 11.10.2006 tarihinde davalı-üçüncü kişiye sattığı evde 21.05.2010 tarihli tahliye ve hacze kadar oturması gözetildiğinde, takip konusu alacağın muvazaalı olduğunu kabulüne imkân bulunmadığını*"^{113112a}

- "*İptal davasının dinlenebilmesi için ortada <gerçek bir borcun> olması gerekeceğini*"¹¹⁴

- "*Alacaklının gerçek bir alacağının bulunmadığı hallerde tasarrufun ip-*

¹¹⁰ Bknz: 15. HD. 7.5.1992 T. 2135/2460; 4.3.1992 T. 869/1042 (www.e-uyar.com)

¹¹¹ Kuru, B. age. C:4, s:3506

¹¹² Güneren, A. age. s:379 -Umar, B. age. s:41 vd. -Taze, M. Tasarrufun İptali Davası (Yayımlanmamış Yük. Lisans Tezi), 2007, s:120 -Kaplan, H.A. ag. tez. s:45 vd. - Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C. Tasarrufun İptali Davaları, C:2, s:1266 - Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C. İİK Şerhi, s:44 vd.

¹¹³ ^{112a} Bknz: HGK. 23.10.2013 T. 17-224/1478 (www.e-uyar.com)

¹¹⁴ Bknz: 17. HD.19.03.2013 T. 5481/3666 (www.e-uyar.com)

*tali davasının dinlenemeyeceğinden, davacı ile borçlunun oğlunun bahsedilen şirkette birlikte çalışıp çalışmadıkları, takip dayanağı bononun hangi gerekçe ile ne zaman davacıya verildiği hususları üzerinde durularak hâsil olacak duruma göre bir karar verilmesi gerekeceğini"*¹¹⁵

- "Davacı tarafından davalı borçluya faizle para verildiği, bundan dolayı vergi inceleme raporları çerçevesinde davacı hakkında asliye ceza mahkemesince mahkûmiyet kararı verildiği anlaşıldığından, mahkemece açılmış olan iptal davasının 'davacının, davalı borçludan gerçek bir alacağı mevcut olmadığı' gerekçesiyle 'reddine' karar verilemeyeceğini"¹¹⁶

- "İİK.'nın 277 vd. maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarında, davalı üçüncü kişinin 'borçlu ile alacaklı arasındaki icra takibinin muvazaalı olduğunu' ileri sürmesi halinde, mahkemece bu iddianın incelenmesi gerekeceğini, çünkü iptal davasının dinlenebilirlik koşullarından birisinin de tasarrufta bulunan kişinin 'borçlu' durumda olması, başka bir deyişle alacaklının gerçekten 'alacaklı' sıfatını taşıması gerektiğini"¹¹⁷

- "Tasarrufun iptali davası sırasında, üçüncü kişinin, davacı alacağının gerçek bir alacak olmadığını ileri sürebileceği, bu durumda, öncelikle davacı alacağının gerçek bir alacak olup olmadığı yönünde davalı üçüncü kişinin delillerinin nelerden ibaret olduğunun sorulması, davacı tarafın alacağının kaynağına ilişkin delillerin toplanması ve davacı alacağının doğum tarihinin takip dayanağı bononun vade tarihi değil tanzim tarihi olduğu da dikkate alınarak neticesine göre bir karar verilmesi gerekeceğini"¹¹⁸

vurgulamıştır...

*

Yüksek mahkeme¹¹⁹ -bir olayda- " 'Davacının alacağının gerçek bir alacak olmadığını' ileri süren davalı-borçlunun, bu konuda alacaklıya karşı 'borca itiraz' veya 'takibin iptali' talebinde bulunmuş ancak bu talebi reddedilmiş ve fakat alacaklıya karşı borcu bulunmadığının tes-

¹¹⁵ Bknz: 17. HD. 13.11.2012 T. 602/12443 (www.e-uyar.com)

¹¹⁶ Bknz: 17. HD. 07.02.2011 T. 12468/899 (www.e-uyar.com)

¹¹⁷ Bknz: 17. HD. 30.10.2007 T. 4356/3297; 15. HD. 10.6.2003 T. 587/3094; HGK. 19.6.2002 T. 15-495/528; 26.2.1997 T. 15-890/127; 15. HD. 01.04.1997 T. 1262/1778; 18.06.1996 T. 3294/3421; HGK. 09.03.1979 T. 13-288/234; 13. HD. 27.02.1979 T. 5645/878; 30.04.1976 T. 5638/3529; 15. HD. 1.04.1997 (www.e-uyar.com)

¹¹⁸ Bknz: 17. HD. 11.07.2012 T. 5955/8883; 11.04.2012 T. 1729/4537 (www.e-uyar.com)

¹¹⁹ Bknz:17 HD. 26.01.2016 T. 8807/933 (www.e-uyar.com)

piti için ‘menfi tespit davası’ açmamışsa, aleyhine açılan tasarrufun iptali davasında ‘davacı alacaklının alacağının gerçek olmadığını’ ileri süremeyeceğini” belirtmiştir.

Yine **yüksek mahkeme**^{120118a} -bir başka olayda da- “Taraflar arasındaki tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonunda.... Davalılar vekili, “takip konusu bononun teminat olarak (amacıyla) verildiğini, alacağın gerçek bir alacak olmaması nedeniyle dava koşullarının oluşmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece; ‘... alacağın gerçek bir alacak olmadığı iddiasının bu davada araştırılmayacağı, öne sürülen iddianın ancak menfi tespit davasına konu olabileceği, böyle bir dava bulunmadığı’ gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ... dava konusu tasarrufun İİK. 278/III-1 ve 280/I maddesi gereğince iptale tabi bulunmasına göre hükmün onanmasına ... 28.02.2012 gününde oybirliği ile karar verildi.”

şeklinde içtihatla bulunmuştur.

Davalı-borçlu B. İcra Hukuk Mahkemesinde, davacı-alacaklı aleyhine açtığı “borca itiraz” davasında (Dosya No: 20../... E.) “takip (ve dava) konusu 13.07.2015 tanzim ve 30.07.2016 vade tarihli bononun teminat olarak verildiğini” iddia etmiştir. Davalı-borçlu bu iddiasını ancak davacı-alacaklıya karşı ‘menfi tespit davası (İİK. mad. 72) açarak ileri sürebileceğinden, başka bir deyişle, bu iddiası tasarrufun iptali davasına bakan mahkemece değerlendirilemeyeceğinden, davalı-borçlu tarafından da, davacı-alacaklıya karşı böyle bir menfi tespit davasının açıldığı bildirilmediğinden, tasarrufun iptali davasında artık “alacağın gerçek bir alacak olmadığını” iddiasının araştırılması mümkün değildir.

V- Borçlunun, yakın hısımlarına yaptığı ‘ivazsız’ tasarrufların iptali:

İİK. mad. 278/III’de; ‘borçlu tarafından yapılan “bağışlama” ve “ivazsız” (karşılıksız) tasarruflar’ın hangi koşulların gerçekleşmesi halinde iptal edilebileceği’ belirtilmiştir.¹²¹

¹²⁰ ^{118a} Bknz: 17. HD. 28.02.2012 T. E:2011/8866, K:2242 (www.e-uyar.com)

¹²¹ Uyar, T. İvazsız Tasarruflardan Dolayı İptal (Terazi Hukuk Der. Ağustos/2008, s:93-109)

Kanunun öngördüğü *belli bir süre içinde*, borçlu tarafından yapılan bağışlamalar (TBK. md. 285) ve ivazsız (karşılıksız) tasarruflar (İİK. mad. 278) alacaklarının iptal davasına yol açabilir.

Bu hükmün kabulünü gerektiren düşünce, “borçlunun alacaklılarını, borçludan karşılıksız olarak bir hak ya da mal iktisap etmiş olan üçüncü kişilere karşı korumak”¹²² başka bir deyişle, “alacaklıların yararlarını, bu üçüncü kişilerin yararlarına tercih etmek”tir.

Bu bakımdan, “borçlunun ivazsız tasarrufu yaptığı sırada, aciz halinde bulunup bulunmaması” ve “borçluda alacaklarına zarar verme veya bunlardan bir kaçını kayırma kastının bulunup bulunmaması” ve “ivazsız tasarruftan yararlananların iyiniyetli olup olmaması (borçlunun durumunu bilip bilmemesi)” açılacak olan iptal davasında herhangi bir rol oynamaz.^{123 124}

Borçlunun “bağışlama” ve “ivazsız tasarruflarının” iptal konusu olabilmesi için, **hacizden** (İİK. mad. 86) veya haciz edilecek mal bulunmaması sebebiyle **acizden** (İİK. mad. 105) veya **iflâsın açılmasından** (İİK. mad. 165) itibaren geriye doğru iki sene içinde yapılmış olması gerekir.¹²⁵ Aynı zamanda bu sürenin, haczin veya aciz vesikasının verilmesine sebep olan **alacağın** yahut iflâs halinde, **masaya kaydedil-**

¹²² Umar, B. age., s: 64 -Pekcanitez, H./Atalay, O./Özkan, M.S./Özekes, M. age. s:861 - Gürdoğan, M. İflâs Hukuku Dersleri, s:224 - Sarısözen, İ. İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptâl Davalarında Yargılama Usulü (ABD. 1977/1, s:53)

¹²³ Umar, B. a.g.e. s:64 - Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C. Tasarrufun İptali Davaları, C:1, s:313- Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C. İİK Şerhi, C:3, s:4393. -Gürdoğan, B. a.g.e. s:224 - Akyazan, S. İcra ve İflâs Kanunundaki Yargı ve Değişik Hükümler Üzerinde İnceleme ve Açıklamalar, 1965, s:183 - Olgaç, S. Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında İcra ve İflâs Hukukunda İptâl Davaları (Recai Seçkin’e Armağan, 1974, s:464) - Ansay, S.Ş. Hukuk, İcra ve İflâs Usulleri, 1969, s:327 - Kuru, B. İcra ve İflâs Hukuku, C:4, s:3423 - Kuru, B. İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, s:1403, 1404 - Muşul, T. age.,C:2, s:1817. - Güneren, A. Tasarrufun İptâl Davaları, 3. Baskı, s:336 - Altay, S. Türk İflâs Hukuku, C:1, s:677 - Karataş, İ./Ertekin, E. age., s:135; 138 - Ulukapı, Ö. İcra ve İflâs Hukuku,2015, s:502 - Kostakoğlu, C. agm. (Ad. D. 1989/6, s:25 - Yasa D. 1989/8, sh:1051) - Akkaya, T. İcra ve İflâs Hukukunda İptâle Tabi Tasarruflar (İİK. m. 277-284) “Eskişehir Bar. D. Ekim/2006, s:26” - Akşener, H.S. age. s:123. -Muşul, T. İcra ve İflâs Hukuku Esasları, 5. Baskı, 2015, s:811. -Kaplan, H.A. ag. tez. s:136.

¹²⁴ Bknz: 17. HD. 25.12.2008 T. 3195/5747; 20.11.2008 T. 3158/5420; 6.11.2008 T. 1891/5137 vb. (www.e-uyar.com)

¹²⁵ Bknz: 17. HD. 13.09.2012 T. 7057/9221; 17.05.2012 T. 4737/6271 (www.e-uyar.com)

miş olan alacaklardan en eskisinin doğum tarihinden öteye geçmesi gerekir.¹²⁶

Kanun bu suretle, geriye doğru gidecek olan süreyi sınırlandırmış olup, ileriye doğru bir süre tayin etmediğinden¹²⁷ borçlunun kendisi hakkında aciz vesikası verildikten sonraki tasarrufları da iptal davasına yol açar. Ancak bu durumda beş yıllık genel “hak düşürücü süre” (İİK. mad. 284) saklıdır.

Uygulamada kısaca “son iki sene içinde yapılan tasarruflar” diye nitelendirilen bu tasarrufların, ne zaman yapılmış olanlarının iptal edileceği İİK. mad. 278/I’de hiç de açık olmayan bir ifade ile belirtilmiştir. Bu ifadeyi şu şekilde açıklayabiliriz:

Bu madde uyarınca bir ivazsız tasarrufun iptal edilebilmesi için, öncelikle; tasarrufun, “**haciz**” (İİK. mad. 86) tarihinden veya -haciz edilecek mal bulunamamışsa veya haczedilen malların takdir edilen kıymetlerine göre, borcu karşılamayacağı anlaşılmışsa (İİK. mad. 105/II) yahut malların satış bedeli, alacaklının alacağına tamamen yetmemişse (İİK. mad. 143/I)- “**aciz**” tarihinden veya “**iflâsın açılması**” (İİK. mad. 165) tarihinden, geriye doğru iki sene içinde yapılmış olması gerekir.¹²⁸

Yüksek mahkeme, bu hususu

√ “İİK.’nın 278. maddesi uyarınca iptal kararı verilebilmesi için yapılan tasarrufun ‘aciz ya da haciz tarihinden geriye doğru iki yıllık süre içinde’ yapılmış olması gerekeceği”¹²⁹

√ “İcra takibi sırasında yapılmış bir fiili haciz bulunmadığından ve tasarruf, alınan aciz belgesinden geriye doğru 2 yıl içinde gerçekleşmiş olmadığından İİK. mad. 278 gereğince bedel farkından dolayı tasarrufun iptaline karar verilemeyeceğini, ancak mahkemece diğer maddelere göre de değerlendirme yapılması gerektiğinden, davalılar arasında arkadaşlık, akrabalık,

¹²⁶ Bknz: 15. HD. 11.7.2006 T. 3271/4693; 2.3.2005 T. 5544/1162; 11.6.2004 T. 2584/3054; 21.1.2004 T. 3401/293 vb. (www.e-uyar.com)

¹²⁷ Belgesay, M.R. İcra ve İflâs Hukuku (Sentetik Bölüm), C:2, 1953, s:163 -Gürdoğan, B. a.g.e. s:225 - Umar, B. a.g.e. s: 63.

¹²⁸ Bknz: 17. HD. 13.09.2012 T. 7057/9221; 17.05.2012 T. 4737/6271 (www.e-uyar.com)

¹²⁹ Bknz: 17. HD. 13.09.2012 T. 7057/9221 (www.e-uyar.com)

*ticari ilişki veya komşuluk olup olmadığı, üçüncü kişinin borçlu davalının mali durumu ile alacaklıları ızzar kastını bilen veya bilmesi gereken kişilerden olup olmadığı irdelenerek ve davacının tanık delili dahil tüm delilleri toplanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekeceği"*¹³⁰

şeklinde ifade etmiştir.

Şu halde;

a) Alacaklı borçlu hakkındaki takibinin kesinleşmesi üzerine hacze (veya takip kesinleşmeden mahkemeden ihtiyati haciz kararı alarak ihtiyati hacze) gitmiş ve *alacağına yeter ölçüde mal haciz etmişse*, bu durumda borçlu aciz halinde olmadığı için iptal davası açamayacak, ancak ileride, bu malların satılması üzerine, alacağı tamamen karşılanmazsa, o zaman icra dairesinden "aciz belgesi" (**kesin aciz belgesi**)¹³¹ (İİK. mad. 143) alarak, bu belgeye göre iptâl davası açabilecektir. Bu durumda, iki senelik sürenin başlangıcı, "kesin aciz belgesinin düzenlenme tarihi" değil; kesin aciz belgesinin (borç ödemediği aciz belgesinin düzenlendiği (verildiği) icra takibindeki haciz (ihtiyati haciz) tarihi olacaktır.^{132 133} Yani, bu haciz (ya da ihtiyati haciz) tarihinden geriye doğru iki sene içinde yapılan tasarruflar -takip konusu alacağın doğumundan sonra olmaları koşulu ile- iptale tâbi olacaktır.¹³⁴

b) Borçluya hacze giden alacaklı, borçlunun *hiç haczi mümkün malına rastlamamış ise, bu durumda düzenlenen "haciz tutanağı" 'kesin aciz belgesi' (İİK. mad. 105/I), hükmünde olacaktır. Buna karşın, alacaklının veya haciz ettirdiği malların kıymeti, alacağını karşılayacak düzeyde değilse*, bu durumlarda düzenlenen "haciz tutanağı" "**geçici aciz belgesi**"¹³⁵ (İİK. mad. 105/II) niteliğinde olacaktır. Alacaklı her iki durumda da, yani gerek '**kesin aciz belgesi**' hükmünde olan (İİK. mad. 105/I) ve gerekse '**geçici aciz belgesi**' niteliğinde bulunan (İİK. mad. 105/II) haciz tutanağına dayanarak iptal davası açabilecek ve bu takdirde, borçlunun iptal konusu olabilecek tasarrufları için, geriye doğru hesaplanacak

¹³⁰ Bknz: 17. HD. 17.05.2012 T. 4737/6271 (www.e-uyar.com)

¹³¹ Ayrıntılı bilgi için bknz: Uyar, T. İİK. Şerhi, C:12, s: 18869 vd.

¹³² Kuru, B. İcra ve İflâs Hukuku, C:4, s:3439, dipn. 80

¹³³ Karş: Akyazan, S. age. s: 182 - Kostakoğlu, S. agm (Ad. D. 1989/6, s:25 - Yasa D. 1989/8, s:1051) - Akşener, H.S. Tasarrufun İptali Davaları, s:360. (Bu görüşe göre;buradaki aciz tarihinden maksat aciz belgesinin alındığı tarih'dir....)

¹³⁴ Bknz: 15. HD. 11.7.2006 T. 3271/4693 (www.e-uyar.com)

¹³⁵ Ayrıntılı bilgi için bknz: Uyar, T. İİK. Şerhi, C:12, s: 18869 vd.

süreye, “geçici aciz belgesi” niteliğindeki haciz tutanağının düzenlendiği tarih, başka bir deyişle “*haciz tarihi*” başlangıç teşkil edecektir...

c) Eğer borçlu iflâs etmişse, borçlunun iptale tâbi tasarrufları için yasanın öngördüğü iki senelik süreye “**iflâsın açılma tarihi**” (İİK. mad. 165) başlangıç olacaktır.

Kanun, bazı tasarrufları, iptal davasına konu olmak bakımından “**bağışlama**” ile bir tutmuştur. Böylece, bu tasarrufların “bağışlama” sayılmaları konusunda “aksinin ispatı mümkün olmayan bir kesin karine” kabul edilmiştir.¹³⁶ Bağışlama hükmünde olan ve bu nedenle iptale konu olan tasarruflardan bir tanesi, İİK. mad.278/III-1’de şu şekilde öngörülmüştür;

“Karı ve koca, usul ve füru, neseben veya sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) hısımlar ve evlât edinenle evlâtlık arasında yapılan ivazlı tasarruflar”

Bu hükmün kabulüne, bu tür tasarrufların çok kez *muvaazalı* olması ve muvazaanın *isbatının* alacaklı için çok güç olması gerçeği yol açmıştır.¹³⁷

Ayrıca belirtelim ki, madde bu şekle 3494 sayılı Kanun ile -25.11.1988 tarihinde- yapılan değişiklik sonucunda gelmiştir. Daha önce madde metninde yer alan “**ikinci dereceye kadar hısımlar**” sözcükleri, “*uygulamada borçlunun, üçüncü derece dâhil hısımlarıyla da anlaşmak suretiyle mallarının haczinden veya iflâs etmeden önce, alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yaptıkları ivazsız tasarrufları, başka bir isim altında gizledikleri görüldüğünden, bunun önlenmesini teminen akrabalık derecesi ikinci dereceden üçüncü dereceye çıkarılmıştır*” gerekçesiyle “**üçüncü dereceye kadar hısımlar**” şeklini almıştır.

Yüksek mahkeme bu hükümlerle ilgili içtihatlarında;

√ “*Davalının borçlu davalının kardeşi, diğer davalının ise damadı olması*

¹³⁶ Gürdoğan, B. a.g.e. s: 266 -Arar, K. İcra ve İflâs Hükümleri, C:2, 1945, s:224 - Berkin, N. Rehber, s:112 - Berkin, N. İflâs Hukuku, s: 507 -Sarısözen, İ. a.g.m. s: 54 - Kuru, B. Hukuk Muhakemeleri Usulü, C:2, 2001, s:1383 - Güneren, A. a.g.e. s:685 - Karataş, İ./Ertekin, E. age. s: 138 - Olgaç, S. Yargıtay İctihatlarının İşığı Altında İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları (Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan, 1974, s:464)

¹³⁷ Umar, B.age. s:67

nedeniyle İİK.’nin 278/III-1 ve 280/1-2 maddeleri uyarınca yapılan tasarrufların iptaline karar verileceğini”¹³⁸

√ “3. kişi Hasan’ın borçlu Ali’nin yeğeninini eşi, davalı Hakan’ın ise davalıların oğlu olduğundan, İY’nin 278/1 maddesi uyarınca bu derece akrabalar arasında yapılan tasarrufların ‘bağışlama’ hükmünde sayılıp iptali gerekeceğini”¹³⁹

√ “Davalı borçlunun dava konusu taşınmazları eşinin abisinin oğlu olan davalıya devretmiş olması nedeniyle yapılan tasarrufun İİK 278/1. maddesi gereğince bağışlama hükmünde olup iptale tabi olduğunu, aynı yasanın 280. maddesi gereğince davalının, borçlunun amacını ve durumunu bilebilecek kişilerden olması nedeniyle iptale tabi olduğunu”¹⁴⁰

√ “Borçlu ile oğlu ve kardeşinin eşi arasındaki tasarrufların iptale tabi olduğunu”¹⁴¹

√ “Borçlu ile ‘teyze oğlu’ ve ‘amca çocuğu’ arasındaki tasarrufların ‘bağışlama’ hükmünde olup iptale tabi olduğunu”¹⁴²

√ “Borçlu ile kayınbiraderi arasındaki tasarrufun ‘bağışlama’ hükmünde olup iptale tabi olduğunu”¹⁴³

√ “ ‘Kayınpeder’ ile ‘damadı’ ve ‘gelini’ arasındaki tasarrufların -İİK. 278/III-1 uyarınca- iptale tabi olduğunu”¹⁴⁴

√ “ ‘Borçlu’ ile ‘kardeşi’ arasındaki tasarrufların -İİK. 278/III-1 uyarınca- iptale tabi olduğunu”¹⁴⁵

¹³⁸ Bknz: 17. HD. 04.04.2013 T. 7891/4800 (www.e-uyar.com)

¹³⁹ Bknz: 17. HD. 21.03.2013 T. 8433/3974 (www.e-uyar.com)

¹⁴⁰ Bknz: 17. HD. 05.06.2012 T. 1968/7306 (www.e-uyar.com)

¹⁴¹ Bknz: 17. HD. 14.04.2011 T. 7557/3458 (www.e-uyar.com)

¹⁴² Bknz: 17. HD. 17.02.2011 T. 4968/1236; 08.07.2010 T. 1975/6630 (www.e-uyar.com)

¹⁴³ Bknz: 17. HD. 21.03.2011 T. 6891/2510; 22.02.2011 T. 9382/1460; 22.02.2011 T. 9364/1459; 31.01.2011 T. 6147/598; 20.12.2010 T. 4575/11294 (www.e-uyar.com)

¹⁴⁴ Bknz: 17. HD. 29.01.2008 T. 5370/361; 01.04.2008 T. 2550/1622; 24.01.2008 T. 181/274; 25.11.2008 T. 3796/5542; 13.11.2008 T. 1909/5307; 23.11.2009 T. 9619/7794; 26.05.2011 T. 9326/5321; 20.09.2010 T. 7886/7054; 08.11.2010 T. 4524/9553 (www.e-uyar.com)

¹⁴⁵ Bknz: 17. HD. 18.04.2013 T. 10090/5631; 04.04.2013 T. 8087/4805; 04.04.2013 T. 7944/4801; 05.04.2012 T. 1041/4153; 26.04.2011 T. 11007/3955; 15.03.2011 T. 11729/2279; 07.02.2011 T. 6376/887; 16.05.2011 T. 9871/4857; 03.02.2011 T. 5618/676; 31.01.2011 T. 6147/598; 24.01.2011 T. 6229/348; 20.01.2011 T. 12533/221; 09.05.2011 T. 9845/4452; 02.11.2010 T. 6813/9287; 02.11.2010 T. 6028/9280;

√ *“Borçlu ana (baba)’ ile ‘oğlu (kızı)’ arasındaki tasarrufların iptale tabi olduğunu”¹⁴⁶*

√ *“Borçlu’ ile ‘eniştesi’ arasındaki tasarrufların –İİK. 278/III-1 uyarınca– iptale tabi olduğunu”¹⁴⁷*

√ *“Kayınpeder’ ile ‘damadı’ arasındaki tasarrufların –İİK. 278/III-1 uyarınca– iptale tabi olduğunu”¹⁴⁸*

√ *“İİK.278/III-1 uyarınca, bu bentte belirtilen ‘yakın akrabalar’ (hısm-lar) arasındaki tasarrufların ivazlı dahi olsa ‘bağışlama’ niteliğinde olup, hükümsüz olduğunu”¹⁴⁹*

√ *“Borçlu’ (dayı, amca, hala, teyze) ile ‘yeğeni’ arasındaki tasarrufların –İİK. 278/III-1 uyarınca– iptale tabi olduğunu”¹⁵⁰*

26.10.2010 T. 5588/8809; 04.10.2010 T. 1591/7696; 02.12.2010 T. 8222/10483 vb. (www.e-uyar.com)

¹⁴⁶ Bknz: 17. HD. 10.03.2008 T. 2684/1136; 04.10.2007 T. 4352/2951; 09.10.2007 T. 3039/3029; 05.06.2008 T. 222/3076; 10.06.2008 T. 1071/3142; 12.06.2008 T. 600/3200; 12.06.2008 T. 605/3221; 16.06.2008 T. 2692/3267; 22.05.2008 T. 366/2762; 01.10.2008 T. 3200/4312; 10.07.2008 T. 3022/3919; 18.09.2008 T. 2192/4159; 27.11.2008 T. 3552/5573; 23.11.2008 T. 3806/5723; 24.06.2010 T. 2105/5924; 23.11.2009 T. 8104/7775; 28.09.2009 T. 6353/5739; 15.09.2009 T. 4443/5401; 14.09.2009 T. 5528/5322; 08.06.2009 T. 1174/4022; 04.06.2009 T. 1996/3931; 21.05.2009 T. 3853/3450; 12.05.2009 T. 2344/3089; 22.04.2009 T. 162/2617; 30.03.2009 T. 6138/1826; 24.03.2009 T. 4581/1707; 16.03.2009 T. 5332/1470; 16.03.2009 T. 5346/1473; 02.03.2009 T. 5202/992; 26.01.2009 T. 264/175; 09.05.2011 T. 9937/4456; 25.04.2011 T. 8866/3892; 25.04.2011 T. 8141/3884; 31.03.2011 T. 1686/2913; 31.01.2011 T. 6481/603; 17.01.2011 T. 4328/47; 20.12.2010 T. 6541/11296; 14.12.2010 T. 8862/11016; 25.11.2010 T. 3467/10047; 24.06.2010 T. 2105/5924; 25.03.2013 T. 6610/4072; 14.03.2013 T. 6358/3310 (www.e-uyar.com)

¹⁴⁷ Bknz: 17. HD. 1.4.2010 T. 987/2958; 30.3.2010 T. 1406/2876; 27.11.2008 T. 3222/5569; 7.10.2008 T. 1702/4470; 3.7.2008 T. 740/3716 vb. (www.e-uyar.com)

¹⁴⁸ Bknz: 17. HD. 04.04.2013 T. 7891/4800; 8.11.2010 T. 4524/9553; 26.5.2011 T. 9326/5321; 25.11.2008 T. 3796/5542; 13.11.2008 T. 1909/5307; 1.4.2008 T. 2550/1622 vb. (www.e-uyar.com)

¹⁴⁹ Bknz: 17. HD. 6.11.2008 T. 1903/5142; 7.10.2008 T. 1702/4470; 24.3.2008 T. 5509/460 vb. (www.e-uyar.com)

¹⁵⁰ Bknz: 17. HD. 03.06.2008 T. 849/2996; 15. HD. 11.05.2004 T. 1938/2642; 17. HD. 07.06.2007 T. 2237/1987; 26.09.2008 T. 3084/4338; 18.10.2004 T. 2449/5193; 31.05.1999 T. 1826/2193; 27.12.2004 T. 5534/6768; 22.01.2009 T. 4652/115; 22.01.2009 T. 4407/105; 09.02.2009 T. 3429/451; 23.02.2009 T. 3556/835; 26.02.2009 T. 4945/912; 20.04.2009 T. 6146/2463; 11.05.2009 T. 335/3006; 11.05.2009 T. 3366/3015; 28.01.2010 T. 9968/537; 09.11.2009 T. 6290/7278; 23.11.2009 T. 6114/7780; 10.12.2009 T. 6609/8210; 28.12.2009 T. 7328/8978; 11.02.2010 T. 10736/1045; 22.03.2010 T. 706/2549; 02.05.2011 T. 9939/4198; 11.04.2011 T. 2329/3343; 02.04.2013 T. 7658/4623 (www.e-uyar.com)

√ "'Borçlu' ile 'eşi' arasındaki tasarrufların –İİK. 278/III-1 uyarınca- iptale tabi olduğunu"¹⁵¹

√ "'Borçlu' ile 'kuzeni' arasındaki tasarrufların –İİK. 278/III-1 uyarınca- iptale tâbi olduğunu"¹⁵²

√ "'Borçlu' ile 'bacanağı' arasındaki tasarrufların –İİK. 278/III-1 uyarınca- iptale tâbi olduğunu"¹⁵³

√ "'Borçlu' ile 'baldızı' arasındaki tasarrufların –İİK. 278/III-1 uyarınca- iptale tabi olduğunu"¹⁵⁴

√ "'Borçlu' ile 'dünürü' arasındaki tasarrufların –İİK. 278/III-1 uyarınca- iptale tabi olduğunu"¹⁵⁵

√ "'Borçlu' ile 'yengesi' arasındaki tasarrufların –İİK. 278/III-1 uyarınca- iptale tâbi olduğunu"¹⁵⁶

√ "'Borçlu' ile 'görümcesi' arasındaki tasarrufların –İİK. 278/III-1 uyarınca - iptale tâbi olduğunu"¹⁵⁷

√ "İİK. 278/III-1'in (ve 280'nin) uygulama alanı bulduğu durumlarda 'tasarrufkonusu taşınır/taşınmazların değerlerinin tespitlerine gerek (zorunluluk) bulunmadığını"¹⁵⁸

√ "İİK 278/III-1 uyarınca 'yakın hısımlar' arasındaki tasarrufların iptal edilebilmesi için, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişinin kötüniyetli oldu-

¹⁵¹ Bknz: 17. HD. 07.02.2008 T. 5509/460; 21.02.2008 T. 5195/773; 13.03.2008 T. 4975/1242; 15. HD. 21.02.2005 T. 4373/884; 17. HD. 31.01.2008 T. 4042/445; 19.06.2008 T. 752/3379; 30.06.2008 T. 1657/3590; 01.07.2007 T. 3422/2522; 24.05.2007 T. 1729/1788; 12.03.2009 T. 5583/1331; 04.05.2009 T. 68/2802; 09.06.2009 T. 4266/4099; 15.09.2009 T. 4422/5398; 10.11.2009 T. 7778/7371; 23.11.2009 T. 6401/7787; 18.01.2010 T. 6390/15; 01.02.2010 T. 9601/617; 23.02.2010 T. 10103/1439; 06.10.2011 T. 1140/8738; 17.05.2011 T. 4221/4905; 27.01.2011 T. 11362/426; 11.03.2013 T. 6811/3202 (www.e-uyar.com)

¹⁵² Bknz: 17. HD. 8.7.2010 T. 1975/6630; 14.9.2009 T. 3526/5318; 12.6.2008 T. 738/3226; 6.11.2007 T. 4050/3434 (www.e-uyar.com)

¹⁵³ Bknz: 17. HD. 25.10.2010 T. 8554/8753; 6.4.2009 T. 5119/2079; 17.4.2008 T. 360/2021; 17.9.2007 T. 3738/2618; 28.5.2007 T. 1728/1813 vb. (www.e-uyar.com)

¹⁵⁴ Bknz: 17. HD. 04.03.2013 T. 1081/2631; 03.05.2012 T. 669/6669; 25.10.2010 T. 8554/8753; 13.10.2009 T. 3906/6275; 10.3.2008 T. 4366/1138; 15. HD. 26.1.2005 T. 4752/262; 30.10.2003 T. 3761/5096 vb. (www.e-uyar.com)

¹⁵⁵ Bknz: 17. HD. 11.2.2008 T. 5526/512 (www.e-uyar.com)

¹⁵⁶ Bknz: 17. HD. 14.2.2011 T. 872/1164; 8.6.2009 T. 3878/4030; 30.10.2007 T. 4572/3276 (www.e-uyar.com)

¹⁵⁷ Bknz: 17. HD. 1.10.2007 T. 3744/2879 (www.e-uyar.com)

¹⁵⁸ Bknz: 17. HD. 12.7.2007 T. 2781/2472 (www.e-uyar.com)

ğunun ayrıca ispat edilmiş olmasına gerek bulunmadığını"¹⁵⁹

√ "İptale tabi tasarrufun yapılmasından sonra taraflar boşanmış dahi olsalar, karı koca arasındaki tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini"¹⁶⁰

√ "'Borçlu' ile 'kayınvalidesi' arasındaki tasarrufların -İİK. 278/III-1 uyarınca- iptale tabi olduğunu"¹⁶¹

√ "'Borçlu' ile 'eski bacanağının kardeşi' arasındaki tasarrufların -taraflar arasında İİK. 278/III-1 maddesinde belirtilen derecede bir akrabalık bulunmadığından- iptale tabi olmadığını"¹⁶²

√ "'Dayı' ile 'hala çocukları' arasındaki akrabalık bağı dördüncü dereceden olduğundan, İİK. 278/III-1 uyarınca iptale tabi olmadığını"¹⁶³

√ "Üçüncü dereceye kadar hısımlar arasında yapılan ivazlı tasarrufların bağışlama hükmünde olup, batıl sayıldığını"¹⁶⁴

√ "Borçlu ile amcası ve ablası arasındaki satış işleminin 'bağışlama' niteliğinde olup, iptale tabi olduğunu"¹⁶⁵

√ "Bedeli borçlu tarafından ödendiği halde alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla borçlunun eşi adına yapılan satışın iptalinin, alacaklılar tarafından istenebileceğini"¹⁶⁶

belirtmiştir.

*

VI- Yapıldığı sırada borçlu aleyhine ivazlar arasında açık bir nisbetsizlik bulunan akitler (İİK. mad. 278/III-2).

Buradaki "akit" terimi aldatıcıdır. Bunu "tasarruf" olarak anlamak gerekir.¹⁶⁷ Çünkü dava konusu olacak işlem, akit gereğince yapılan ka-

¹⁵⁹ Bknz: 17. HD. 24.5.2007 T. 1737/1785; 15. HD. 15.9.2004 T. 3861/4166 (www.e-uyar.com)

¹⁶⁰ Bknz: 17. HD. 16.05.2011 T. 10158/4861; 15. HD. 5.6.2003 T. 1856/3025; 18.4.1995 T. 2064/2310 (www.e-uyar.com)

¹⁶¹ Bknz: 17. HD. 01.04.2013 T. 8490/4518; 15. HD. 21.3.2011 T. 7158/2516; 11.2.2010 T. 9628/1052; 25.3.2002 T. 5608/1323 (www.e-uyar.com)

¹⁶² Bknz: 15. HD. 21.11.2001 T. 3321/5346 (www.e-uyar.com)

¹⁶³ Bknz: 15. HD. 22.1.2001 T. 31/332 (www.e-uyar.com)

¹⁶⁴ Bknz: 15. HD. 22.11.1995 T. 6447/6796; 27.4.1993 T. 1450/1955 (www.e-uyar.com)

¹⁶⁵ Bknz: 15. HD. 13.5.1994 T. 1731/3111 (www.e-uyar.com)

¹⁶⁶ Bknz: 15. HD. 29.4.1993 T. 2212/2029 (www.e-uyar.com)

¹⁶⁷ Kuru, B. a.g.e. s: 381 – Gürdoğan, B. a.g.e. s: 227

zandırıcı işlemidir. Bu nedenle, gerek süre ve gerekse ivazların karşılaştırılması bakımından, kazandırıcı işlemin yapıldığı tarihteki değer esas alınmalıdır.¹⁶⁸

İvazlar arasındaki *nispetsizdik* önemli olmalı ve tarafların yeterli bir dikkat ile anlayabilecekleri¹⁶⁹ ölçüde bulunmalıdır. Fakat ivazlar arasındaki bu nispetsizlerin davalı tarafından *bilinmiş olması* aranmaz.¹⁷⁰

Yüksek mahkemeye göre¹⁷¹ “tasarrufa konu taşınmazın tapuda belirtilen (gösterilen) satış bedeli ile taşınmazın tasarruf tarihindeki -serbest piyasaya rayicine göre- belirlenen gerçek değeri arasında bir misli veya daha fazla fark bulunması halinde ‘edimler arasında fahiş farkın bulunduğu’nun kabulü gerekir.”

Yine **yüksek mahkeme**¹⁷² “İİK 278/III-2’deki bedeller arasındaki nispetsizliğe ilişkin hükmün ‘borçlu ile borçludan tasarrufa konu malı satın alan kişi arasındaki tasarruflarda’ iptal nedeni olabileceğini, aynı malı üçüncü kişiden satın almış olan başka kişiler (dördüncü kişiler) hakkında bu hükmün uygulanmayacağını, bu kişilerin ayrıca kötüniyetli oldukları ispat edilmedikçe bu kişilere yapılan tasarrufun iptaline karar verilemeyeceğini” vurgulamıştır...

Ayrıca belirtelim ki, **yüksek mahkeme** “davalı borçlu ile üçüncü kişinin, tapuda düzenlenen resmi senette yazılı satış bedelinin gerçek satış bedeli olmadığını, tapudaki bedelin az harç ödenmesi için düşük gösterildiğini, gerçek satış bedelinin tapuda yazılı olandan daha yüksek olduğunu, yazılı delil ile (bankadaki hesap hareketleri ile) ispat edebileceğine” dair olan görüşü **doktrinde**¹⁷³ -haklı olarak- eleştirilmiştir...

Buna karşın “borçlu ile üçüncü kişi arasındaki, İİK’nın 278. maddesin-

¹⁶⁸ Umar, B. a.g.e. s: 64 – Gürdoğan, B. a.g.e. s: 227

¹⁶⁹ Ansay, S.Ş. a.g.e. s: 328 – Arar, K. a.g.e. s: 224 – Gürdoğan, B. a.g.e. s: 227 – Olgaç, B. a.g.m. s: 464, dipn. 28

¹⁷⁰ Umar, B. a.g.e. s: 67 – Gürdoğan, B. a.g.e. s: 227 – Kuru, B. a.g.e. C:4, s: 3437 –Kuru, B. El Kitabı, s:1405 – Karataş, İ./Ertekin, E. age. s: 142 – Yıldırım, M.K. age., s:184 – Akkaya, T. agm. s:28

¹⁷¹ Bknz: 17. HD. 17.5.2011 T. 9509/4909; 21.3.2011 T. 7080/2515; 28.11.2008 T. 2522/5601; 25.11.2008 T. 2522/5601; 25.11.2008 T. 3755/5541; 18.11.2008 T. 2633/5370 vb. (www.e-uyar.com)

¹⁷² Bknz: 17. HD. 9.7.2007 T. 649/2408; 15. HD. 13.2.2007 T. 7805/846; 3.2.2005 T. 7361/485; 16.12.2004 T. 4579/6562; 26.2.2004 T. 382/1061 vb. (www.e-uyar.com)

¹⁷³ Kuru, B. El Kitabı, s:1405

de sayılmış olan tasarruflar mutlak olarak iptale tabi olduğundan, tasarruf konusu mal borçludan satın/devir almış olan üçüncü kişinin iyiniyetli ya da kötünüyetli olması veya alacaklıya zarar verme kastını taşıyıp taşıyamaması” önem taşımaz.^{174 175 176}

Yüksek mahkeme, bu hükümle ilgili içtihatlarında;

√ “Tasarrufa konu taşınmazların düşük bedellerle ve muvazaalı olarak satılması, üçüncü ve dördüncü kişi konumundaki davalıların borçlunun mali durumu ile alacaklıları ızzar kastını bilen veya bilmesi gereken kişilerden olmaları karşısında tasarrufun iptaline karar verilmesinin usul ve yasaya uygun olduğunu”¹⁷⁷

√ “Taşınmazın tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen rayiç değer arasında misli fark bulunmamasına, davalı 3.kişinin tapudaki bedel dışında banka aracılığıyla davalı borçlunun yetkili vekiline ödeme yaptığını kanıtlamasına ve davalı 3.kişinin kötünüyetli olduğunun ispatlanamamasına göre usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanması gerekeceğini”¹⁷⁸

√ “Taşınmazın davalıya satışında edimler arasında aşırı fark bulunması, İİK'nın 278/III-2 maddesinde edimler arasındaki aşırı farkın bağışlama hükmünde sayılıp yapılan tasarrufun iptale tabi olduğunun öngörülmesi, 3. kişi tarafından taşınmazın tasarruf tarihindeki bilirkişilerce belirlenen gerçek değerinin ödendiğinin yasal ve inandırıcı delillerle kanıtlanamaması ve edimler arasında fahiş farkın bulunduğu hallerde 3. kişinin iyi niyet iddiasının dinlenemeyeceğini”¹⁷⁹

√ “Taşınmazın tasarruf tarihindeki gerçek değerine ipotek bedeli de dahil edildiğinde ivazlar arasında bir misli fark oluşmadığı anlaşıldığı gibi borçlu

¹⁷⁴ Kuru, B. El Kitabı, s:1405 - Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C.İİK Şerhi, C:3, s:4403 - Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C. Tasarrufun İptali Davaları, C:1 s:322 -Yıldırım, M.K. age. s:184 -Kaplan, H.A. a.g.tez, s:137 -Gürdoğan, B. İflas Hukuku, s:227 -Muşul, T. İcra ve İflas Hukuk Esasları, s:811.

¹⁷⁵ Bknz: 17. HD. 23.5.2011 T. 9958/5137; 21.3.2011 T. 7158/2516; 25.12.2008 T. 3195/5747; 20.11.2008 T. 3158/5420; 6.11.2008 T. 1891/5137 vb. (www.e-uyar.com)

¹⁷⁶ Bu konuda ayrıca bknz: Öztekin, S. Tasarrufun İptali Davalarında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yargıtay'ın Bu Sorunlara İlişkin Uygulaması (Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, 2003, s:319 vd.)

¹⁷⁷ Bknz: 17. HD. 19.09.2013 T. 11103/12439 (www.e-uyar.com)

¹⁷⁸ Bknz: 17. HD. 09.04.2013 T. 8279/5122 (www.e-uyar.com)

¹⁷⁹ Bknz: 17. HD. 08.09.2014 T. 3430/11257; 08.04.2013 T. 9632/4986 (www.e-uyar.com)

davalının alacaklıları izarar kastını bilen veya bilmesi gereken kişilerden olduğu da kanıtlanamadığından, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini"¹⁸⁰

√ *"Dava konusu taşınmazın tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen gerçek değeri arasında misli fark bulunduğu bu durumda tasarrufun iyiniyet koşuluna bakılmaksızın İİK 278/3-2. maddesi gereğince bağış hükmünde olup iptale tabi olacağına kabulü gerekeceğini"¹⁸¹*

√ *"Yapılan satışta edimler arasında aşırı fark bulunması, 3. kişi tarafından taşınmazın tasarruf tarihindeki bilirkişilerce belirlenen gerçek değerinin ödendiğinin yasal ve inandırıcı delillerle kanıtlanamaması ve bu hallerde 3. kişinin iyi niyet iddiasının dinlenemeyeceğini, İİK'nun 278/III-2 maddesi uyarınca edimler arasındaki aşırı farkın bağışlama hükmünde sayılıp yapılan tasarrufun iptale tabi olacağını"¹⁸²*

√ *"Davalının müvekkiline olan borcu nedeniyle hakkında yaptıkları icra takibi sırasında borcuna yetecek haczi kabil malının bulunmadığını ancak alacaklılardan mal kaçırmak amacı ile kendisine ait taşınmazı diğer davalıya sattığını öne sürerek yapılan tasarrufun iptalini talep ettiği davada, ivazlar arasında fahiş fark bulunması nedeniyle tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini"¹⁸³*

√ *"Borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılan satışta 'edimler arasında aşırı fark bulunmaması' ve 'üçüncü kişinin, borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak (ya da; alacaklılarına zarar vermek) amacıyla hareket ettiğini bilebilecek kişilerden olduğu' iddia ve ispat edilememesi halinde, açılan tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesi gerekeceğini"¹⁸⁴*

√ *"Tasarrufa konu satışta, edimler arasında aşırı fark bulunmaması ve üçüncü kişi durumundaki diğer davalının 'borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastı ile hareket ettiğini bilen ya da bilebilecek durumda olduğu'nun*

¹⁸⁰ Bknz: 17. HD. 28.03.2013 T. 10381/4371; 28.03.2013 T. 10373/4370; 09.04.2013 T. 8279/5122; 05.03.2013 T. 5038/2731 (www.e-uyar.com)

¹⁸¹ Bknz: 17. HD. 15.04.2013 T. 10718/5448; 02.04.2013 T. 7658/4623 (www.e-uyar.com)

¹⁸² Bknz: 17. HD. 08.04.2013 T. 6700/4976; 08.04.2013 T. 9632/4986; 03.12.2012 T. 12662/13378 (www.e-uyar.com)

¹⁸³ Bknz: 17. HD. 11.04.2013 T. 8629/5212 (www.e-uyar.com)

¹⁸⁴ Bknz: 17. HD. 29.03.2010 T. 855/2770; 25.10.2010 T. 4979/8747; 15.06.2010 T. 4384/5517; 08.06.2010 T. 4722/5351; 05.03.2013 T. 5038/2731 (www.e-uyar.com)

*kanıtlanamaması halinde, tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesi gerekeceğini*¹⁸⁵

√ *“Alıcıları tarafından resmi belgeler ile yapılan ödemelerin de satış bedellerine eklenmesi gerekeceğini*¹⁸⁶

√ *“Tasarrufa konu taşınmazın tapuda belirtilen (gösterilen) satış bedeli ile, taşınmazın tasarruf tarihindeki -serbest piyasa rayicine göre- belirlenen gerçek değeri arasında bir misli veya daha fazla fark bulunması halinde ‘edimler arasında fahiş farkın bulunduğu’nun kabulü gerekeceğini*¹⁸⁷

√ *“Dava konusu taşınmazın tapuda gösterilen satış bedeline davalı üçüncü kişi tarafından ödenen ipotek bedeli de dâhil edilerek davalı üçüncü kişinin ödediği toplam miktarın bulunması gerekeceğini- Tapuda ödenen miktar olan 10.000 TL ile birlikte taşınmazın satış bedelinin 63.765. TL olduğu bulunsa da taşınmazın tasarruf tarihindeki gerçek değerinin 160.000 TL olması karşısında İİK’nın 278/III-2 maddesindeki edimler arasındaki aşırı farkın oluştuğu ve bu farkın bağışlama hükmünde sayılıp yapılan tasarrufun iptale tabi olduğunu- Üçüncü kişi tarafından taşınmazın tasarruf tarihindeki bilirkişilerce belirlenen gerçek değerinin ödendiğinin yasal ve inandırıcı delillerle kanıtlanamadığından, edimler arasında fahiş farkın bulunduğu hallerde de üçüncü kişinin iyi niyet iddiasının dinlenemeyeceğini*¹⁸⁸

√ *“Yapılan satışta edimler arasında aşırı fark bulunup bulunmadığı, İİK.’nin 278/III-2 maddesi kapsamında iptal şartlarının gerçekleşip gerçek-*

¹⁸⁵ Bknz: 17. HD. 08.06.2010 T. 878/4020; 04.04.2013 T. 1380/4811 (www.e-uyar.com)

¹⁸⁶ Bknz: 17. HD. 25.03.2013 T. 6400/4069 (www.e-uyar.com)

¹⁸⁷ Bknz: 17. HD. 06.03.2008 T. 4111/1080; 11.03.2008 T. 5641/1143; 22.01.2008 T. 5055/227; 01.04.2008 T. 5646/1623; 08.05.2008 T. 1597/2423; 19.06.2008 T. 869/3382; 23.06.2008 T. 2500/3430; 30.06.2008 T. 1640/3589; 13.05.2008 T. 747/2560; 15.05.2008 T. 563/2607; 09.06.2008 T. 1509/3112; 22.04.2008 T. 509/2097; 14.07.2008 T. 2591/3946; 11.07.2008 T. 2592/3947; 04.11.2008 T. 4012/5092; 25.11.2008 T. 3755/5541; 28.11.2008 T. 2522/5601; 18.11.2008 T. 2633/5370; 19.11.2009 T. 5773/7736; 19.11.2009 T. 6611/7742; 23.11.2009 T. 9639/7770; 15.12.2009 T. 6883/8460; 17.12.2009 T. 877/8524; 17.12.2009 T. 5900/8518; 24.12.2009 T. 6810/8840; 28.12.2009 T. 5759/8976; 18.01.2010 T. 10930/128; 02.02.2010 T. 8712/700; 18.02.2010 T. 10494/1230; 25.02.2010 T. 10734/1661; 18.03.2010 T. 1137/2405; 01.04.2010 T. 697/2951; 27.04.2010 T. 1693/3947; 13.05.2010 T. 3935/4502; 12.06.2010 T. 3693/5106; 08.06.2010 T. 2419/5295; 08.06.2010 T. 4722/5351; 15.06.2010 T. 4384/5517; 22.06.2010 T. 3180/5799; 24.06.2010 T. 2044/5925; 01.07.2010 T. 3110/6224; 08.07.2010 T. 4667/6627; 09.05.2011 T. 9966/4457 (www.e-uyar.com)

¹⁸⁸ Bknz: 17. HD. 03.12.2012 T. 11876/13376 (www.e-uyar.com)

leşmediğinin tespiti için taşınmazın satış tarihindeki gerçek değerinin uzman bilirkişi tarafından belirlenmesi gerekeceğini- Davalı üçüncü kişi tarafından taşınmazın satış bedeline ilişkin olarak yapılan ve resmi belgelerle ispat edilen ödemelerin de, tapuda ödenen bedele ilave edilmesi gerekeceğini, davalı üçüncü kişinin hesabından çekilen ve borçlunun oğlunun hesabına aktarılan miktar ile aynı tarihli ipotek ödeme miktarının birbiri ile uyumlu olduğu gözetilerek, o miktarın satış bedeline ilave edilmesi sonucu karşılaştırma yapılması gerekeceğini”¹⁸⁹

√ “Taşınmaz intifa hakkı saklı kalmak kaydıyla önce üçüncü kişi olan borçlunun eşine, ondan dördüncü kişiye ve daha sonra da beşinci kişiye satıldığı halde, taşınmazın satış tarihlerindeki gerçek değerinin ayrıntılı, gerekçeli ve bilimsel verilere dayalı olarak saptanması, raporda intifa hakkı ile ilgili değerlendirmenin ayrıca belirtilmesi, sulh hukuk mahkemesinde yapılan tespit dosyasındaki verilerinde göz önünde tutulması ondan sonra toplanan ve toplanacak tüm delillerin birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, tüm bunlar dikkate alınmadan karar verilmesinin hatalı olduğunu- Tasarrufun iptali davalarında nisbi karar ve ilam harcının, dava konusu malın tasarruf tarihindeki gerçek değeri ile alacak miktarından hangisi daha az ise o değer üzerinden belirlenmesi gerekeceği, taşınmazın tapu kaydında yazılı satış bedeli üzerinden değerlendirme yapılmasının hatalı olduğunu”¹⁹⁰

√ “Taşınmaz satışlarındaki bedel farkına ilişkin değerlendirme yapılırken, her bir taşınmaz için ayrı olarak değil, taşınmazların tamamı için ödenen bedel ile taşınmazların satış tarihindeki gerçek değerlerinin toplamının karşılaştırılması gerekeceğini, bu karşılaştırma yapılırken, taşınmazlar üzerinde bulunan takyidatların da satış bedeline eklenmesi gerektiğini; tüm taşınmazlar üzerinde aynı takyidatlar mevcut olduğu durumda, satın alan kişi için hepsinin bir kere ödeneceği düşünülerek tüm taşınmazlar için tek takyidat olarak kabul edilmesi ve takyidatların ilgili olduğu icra dosyalarında, satış tarihindeki kapak hesabı getirilerek bedel farkının bu şekilde hesaplanması gerekeceğini”¹⁹¹

√ “İvazlar arasında bir mislini aşan fahiş fark bulunduğu belirlenmişse de, mahkemece davalı üçüncü kişi tarafından, borçlunun vergi borcunun öde-

¹⁸⁹ Bknz: 17. HD. 30.05.2012 T. 4521/7031 (www.e-uyar.com)

¹⁹⁰ Bknz: 17. HD. 10.05.2012 T. 816/5968 (www.e-uyar.com)

¹⁹¹ Bknz: 17. HD. 09.05.2012 T. 3678/5927 (www.e-uyar.com)

*nip ödenmediği, borçluya tapuda gösterilen bedel dışında bir ödeme yapılmış ise, buna ilişkin resmi belgelerinin istenilmesi, ayrıca borçlunun eşi tarafından satılan taşınmazdan elde edilen bedelin borçluya ödenip ödenmediğinin de araştırılması, ondan sonra toplanan ve toplanacak olan tüm delillerin birlikte değerlendirilerek hâsıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekeceğini*¹⁹²

√ *“Bedeli borçlu tarafından ödendiği halde üçüncü kişi adına tescil edilen mal varlıklarının da (nam-ı müstear), borçlunun üçüncü kişi lehine yaptığı ivazsız tasarruflar olarak iptale tabi olduğunu*¹⁹³

√ *“Bedel farkı tespit edilirken, davalı üçüncü kişinin borçluya havale ettiği paranın ve taşınmaz üzerinde bulunan ipoteğin, adı geçen davalının satın aldığı taşınmaz için tapuda ödenen bedele eklenmesi gerektiğini- Davacı tarafından İİK.’nın 278, 279 ve 280. maddelerden birine dayanılmış olsa bile mahkemenin bununla bağlı olmayıp diğer maddelerden birine göre de iptal kararı verebileceğini*¹⁹⁴

√ *“Yalnızca bedel farkının, taşınmaz borçludan satın almayan son malik açısından başka delillerle desteklenmediği sürece iptal nedeni olarak kabul edilemeyeceğini- Son satış ile önceki satış arasındaki 9 ayı aşkın sürenin kısa aralıklı bir satış sayılamayacağını- Üçüncü kişinin borçludan satın aldığı malı elinden çıkarması ve satın alan dördüncü kişinin davaya dâhil edilmemesi ya da davaya dâhil edilmekle birlikte iyi niyetli olduğunun anlaşılması halinde, bedele dönüşen davada üçüncü kişinin dava konusu malı elinden çıkardığı tarihteki gerçek değeri oranında bedelle sorumlu tutulması gerekeceğini (İİK mad. 283/2)*¹⁹⁵

√ *“Davalı üçüncü kişi tarafından taşınmazın tasarruf tarihindeki bilirkişilerce belirlenen gerçek değerlerin ödendiğinin yasal ve inandırıcı delillerle kanıtlanması gerekeceğini; edimler arasında fahiş farkın bulunduğu hallerde üçüncü kişilerin iyi niyet iddialarının dinlenmeyeceğini*¹⁹⁶

√ *“Davalı üçüncü kişinin tapuda ödenen bedel dışında çek vermek suretiyle ve banka vasıtası ile borçlu davalıya başkaca ödemedede bulunduğu, böylece ivazlar arasında fahiş farkın varlığından söz edilemeyeceğini, yapılan keşif*

¹⁹² Bknz: 17. HD. 26.04.2012 T. 1359/5221 (www.e-uyar.com)

¹⁹³ Bknz: 17. HD. 18.04.2012 T. 12904/4878 (www.e-uyar.com)

¹⁹⁴ Bknz: 17. HD. 11.04.2012 T. 2316/4542 (www.e-uyar.com)

¹⁹⁵ Bknz: 17. HD. 28.03.2012 T. 1926/3773 (www.e-uyar.com)

¹⁹⁶ Bknz: 17. HD. 26.03.2012 T. 10906/3592 (www.e-uyar.com)

sırasında taşınmazda davalı üçüncü kişinin oğlunun ikamet ettiği ve borçlunun alacaklıları ızzar kastını bilen veya bilebilecek kişilerden olduğunun da kanıtlanamaması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini”¹⁹⁷

√ “İİK. 278/III-2 uyarınca, edimler arasındaki aşırı farkın ‘bağışlama’ hükmünde sayılıp iptale tabi olduğunu- Edimler arasında aşırı farkın bulunduğu hallerde üçüncü kişinin iyiniyet iddiasının dinlenmeyeceğini”¹⁹⁸

√ “Tasarrufun iptali davalarında bedel farkı değerlendirilirken, davalı üçüncü kişinin taşınmazı satın alırken kullandığı kredilerin de dikkate alınması gerekeceğini”¹⁹⁹

√ “ ‘Borçlu’ ile ‘üçüncü kişi’ arasında yapılan satışta, edimler arasında ‘aşırı fark’ (tapudaki satış bedeli ile gerçek değeri arasında bir misli ya da daha fazla fark) bulunması ve bu farkın (ya da; taşınmazın tasarruf tarihindeki, bilirkişilerce saptanan gerçek değerinin) ödendiğinin üçüncü kişi tarafından ‘yasal ve inandırıcı delillerle’ kanıtlanamaması halinde, tasarrufun iptali davasının kabulüne karar verilmesi gerekeceğini”²⁰⁰

√ “Tasarrufa konu taşınmazın tapuda belirtilen (gösterilen) satış bedeli ile, taşınmazın tasarruf tarihindeki -serbest piyasa rayicine göre- belirlenen

¹⁹⁷ Bknz: 17. HD. 22.03.2012 T. 30/3483 (www.e-uyar.com)

¹⁹⁸ Bknz: 17. HD. 26.04.2010 T. 3086/3835; 16.05.2011 T. 10116/4860; 18.04.2011 T. 8412/3615; 18.04.2011 T. 8013/3611; 07.02.2011 T. 6542/892; 17.01.2011 T. 10482/54; 17.01.2011 T. 4358/48; 20.12.2010 T. 11205/11303; 20.12.2010 T. 9653/11299; 16.12.2010 T. 6514/11114; 16.12.2010 T. 6740/11117; 30.11.2010 T. 8081/10365; 08.11.2010 T. 4680/9556; 04.10.2010 T. 8098/7710; 30.09.2010 T. 7144/7576; 20.09.2010 T. 7886/7054; 23.05.2011 T. 9958/5137; 21.03.2011 T. 7158/2516 (www.e-uyar.com)

¹⁹⁹ Bknz: 17. HD. 04.04.2011 T. 1980/3041 (www.e-uyar.com)

²⁰⁰ Bknz: 17. HD. 25.02.2008 T. 5523/796; 15. HD. 30.01.2003 T. 6450/483; 10.06.2004 T. 2748/3275; 17.02.2005 T. 4275/852; 17. HD. 13.03.2008 T. 904/1248; 15.01.2008 T. 5611/75; 17.01.2008 T. 3995/128; 25.03.2008 T. 5050/1478; 25.03.2008 T. 5280/1482; 08.05.2008 T. 385/2421; 15. HD. 24.06.2004 T. 720/3544; 17. HD. 03.07.2008 T. 808/3720; 01.04.2008 T. 99/1626; 15. HD. 14.05.2007 T. 1713/1644; 10.04.2003 T. 999/1893; 03.07.2003 T. 930/3758; 18.09.2003 T. 4581/4084; 30.10.2001 T. 4773/4872; 18.11.2003 T. 4576/5514; 17. HD. 25.12.2008 T. 3226/5749; 23.10.2008 T. 1890/4841; 18.11.2008 T. 2656/5371; 14.09.2009 T. 3372/5313; 14.09.2009 T. 4210/5319; 28.09.2009 T. 3532/5732; 29.09.2009 T. 4309/5795; 12.10.2009 T. 4062/6212; 20.10.2009 T. 4959/6609; 09.11.2009 T. 9177/7286; 16.11.2009 T. 6122/7526; 30.05.2011 T. 10145/5482; 16.05.2011 T. 10116/4860; 18.04.2011 T. 8248/3613; 07.02.2011 T. 6556/894; 07.02.2011 T. 6379/887; 31.01.2011 T. 5634/595; 02.12.2010 T. 6054/10482; 30.11.2010 T. 8279/10367; 08.06.2010 T. 2419/5295; 23.05.2011 T. 10223/5142; 18.04.2011 T. 7112/3608; 22.02.2010 T. 9936/1462 (www.e-uyar.com)

gerçek değeri arasında bir misli veya daha fazla fark bulunması halinde 'edimler arasında fahiş farkın bulunduğu'nun kabulü gerekeceğini"²⁰¹

belirtmiştir.

VII- Davalı-üçüncü kişinin; “borçlunun mal kaçırma kastını bildiği veya bilebilecek konumda bulunduğu” durumlarda açılacak tasarrufun iptali davaları

Bu husus, İİK. mad. 280/I,c:1’de “Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mâli durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde iptal edilebilir” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu madde uyarınca, borçlunun alacaklılarına zarar verme kastıyla yapmış olduğu hileli işlemlerin (tasarrufların) iptal edilebilmesi için;²⁰²

a) Borçlunun malvarlığı, borçlarını ödemeye yetmemelidir.

b) Borçlu, alacaklılarına zarar verme (mal kaçırma) kastı ile üçüncü kişilerle tasarrufta (işlemdede) bulunmuş olmalıdır.²⁰³

Bir borçlu eğer, alacaklılarına zarar vermek (alacaklarından mal kaçırmak) için, bir alacağını gerçekte borçlu olmadığı üçüncü bir kişiye temlik ederse bu temlik “hileli bir tasarruf” olarak bu maddeye göre iptale tabidir. Fakat borçlu eğer, üçüncü bir kişideki alacağını -ödeme yerine geçmek üzere- gerçekten borçlu olduğu üçüncü bir kişiye temlik ederse, bu temlik bu madde (İİK. mad. 280) anlamında “iptale tabi bir tasarruf”

²⁰¹ Bknz: 17. HD. 17.05.2011 T. 9509/4909; 09.05.2011 T. 9966/4457; 24.03.2011 T. 7379/2681; 21.03.2011 T. 7080/2515; 21.03.2011 T. 6837/2509; 15.03.2011 T. 12124/2282; 24.02.2011 T. 218/1618; 14.02.2011 T. 6664/1153; 20.01.2011 T. 7202/215; 20.01.2011 T. 7645/229; 09.12.2010 T. 3100/10814; 25.11.2010 T. 9212/10056; 05.10.2010 T. 3945/77339; 30.09.2010 T. 2877/7563; 08.07.2010 T. 4667/6027; 01.07.2010 T. 3110/6224; 24.06.2010 T. 2044/5925; 22.06.2010 T. 3180/5799; 15.06.2010 T. 4384/8517; 12.06.2010 T. 3693/5106; 08.06.2010 T. 4722/5351 vb. (www.e-uyar.com)

²⁰² Muşul, T. İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, s:1829 vd. – Akkaya, T. İcra ve İflâs Hukukunda İptâlâ Tabi Tasarruflar “İİK. m. 277-284” (Eskişehir Bar. D. Ekim/2006, S:11, s:40 vd.) – Güneren, A. age. s:817 vd.

²⁰³ Bknz : 17. HD. 25.12.2008 T. 3226/5749; 8.11.2008 T. 5121/5376; 29.5.2008 T. 5644/2240; 23.12.2008 T. 2341/5720; 27.11.2008 T. 3542/5572; 20.5.2008 T. 1919/2695; 3.4.2008 T. 1110/1685 vb.; 17.6.2008 T. 1241/3288; 13.5.2008 T: 863/2565 (www.e-uyar.com)

niteliğinde sayılamaz. Çünkü borçlu borcunu 'nakit olarak' ödeyebilir. Bu ödeme İİK. mad. 280'nin kapsamına girmez. Ya da borçlu 'çek vererek' de borcunu ödeyebilir. Bu ödeme de bu maddenin kapsamına girmez...

c) Borçlunun tasarrufta (işlemdede) bulunduğu üçüncü kişiler iyiniyetli (MK. mad. 3) olmamalıdır.²⁰⁴ Borçlunun içinde bulunduğu mâli durumun (yani; borçlunun malvarlığının borçlarını karşılamadığının) ve alacaklılarına zarar verme kastının, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişilerce bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emareler (karineler) olmalıdır. Yani, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişi, borçlunun kastını biliyor olmalıdır.²⁰⁵ Bu şartın gerçekleşmiş olması için, "tasarruftan yararlanan üçüncü kişinin, gereken dikkati gösterdiği takdirde, borçlunun durumunu ve işlemin mahiyetini anlayabilecek durumda olması" yeterlidir. Başka bir deyişle, "üçüncü kişi, küçük bir soruşturma, dikkat veya gözlem ile borçlunun durumunu bilebilecek durumda ise", bu şart gerçekleşmiş kabul edilmelidir.²⁰⁶

Borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastı ile yaptığı (hileli) tasarrufların iptal edilebilmesi için; az önce belirttiğiniz emarelerin (karinelerin) varlığı davacı-alacaklı tarafından²⁰⁷ her türlü delille²⁰⁸ - özellikle; yaşam deneyi kuralları ile, hayatın olağan akışı ile²⁰⁹ 210 - ispat

²⁰⁴ Bknz: 17. HD. 20.11.2008 T. 2777/5418; 18.9.2008 T. 2116/4154; 18.9.2008 T. 2033/4158; 19.6.2008 T. 867/3381; 10.6.2008 T. 106/3144; 9.6.2008 T. 1076/3108; 13.5.2008 T. 947/2566; 18.3.2008 T. 5545/1349; 11.2.2008 T. 5526/512; 25.3.2008 T. 5290/1474; 11.2.2008 T. 5526/512; 15. HD. 24.3.2003 T. 787/1493; 29.5.2002 T. 2660/2868; 17. HD. 7.2.2008 T. 5596/461; 14.1.2008 T. 4742/39; 25.10.2007 T. 4800/3213 vb.

²⁰⁵ Bknz: 17. HD. 26.5.2008 T. 1801/2773; 10.7.2008 T. 960/3200; 1.7.2008 T. 1028/3678; 19.6.2008 T. 861/3380; 13.3.2008 T. 5188/1246; 28.2.2008 T. 4106/927; 17.6.2008 T. 1241/3288; 5.6.2008 T. 564/3077; 26.5.2008 T. 1801/2773; 13.5.2008 T. 863/2565; 25.3.2008 T. 5290/1474; 8.10.2007 T. 4394/3010 (www.e-uyar.com)

²⁰⁶ Berkin, N. İflâs Hukuku, s:511 - Akkaya, T. agm. s:42

²⁰⁷ Bknz: 17. HD. 31.03.2011 T. 2459/2907; 16.02.2011 T. 5347/998; 22.5.2008 T. 2023/2766; 15. HD. 5.7.2006 T. 2786/4194; HGK. 21.12.2005 T. 15-625/736; 15. HD. 25.6.2003 T. 2619/3490; 9.6.2003 T. 441/3358; 18.9.2002 T. 3826/3946; 13.4.2004 T. 1152/2104; 11.5.2000 T. 532/2327; 6.4.1994 T. 260/2072; 21.11.1989 T. 2793/4876 (www.e-uyar.com)

²⁰⁸ Bknz: 17. HD. 17.05.2011 T. 9509/4909; 21.5.2009 T. 1786/3457; 4.3.2010 T. 10307/1887; 14.5.2009 T. 1293/3131; 9.4.2009 T. 2083/2224; 16.9.2008 T. 1215/4098; 22.5.2008 T. 2023/2766 (www.e-uyar.com)

²⁰⁹ Kuru, B. age. s:1206 -Kuru, B. El Kitabı, s:1410

²¹⁰ Bknz: 17. HD. 20.11.2008 T. 2777/5418; 7.10.2008 T. 3219/4472; 13.3.2008 T.

edilebilir. Burada “tam ispat” aranmayıp, “yaklaşık ispat” kuralları ile yetinilir.²¹¹

Ayrıca önemi nedeniyle belirtelim ki; “vakia ve karinelere olayda iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumu belirmiş olan kimsenin kötüniyetinin, diğer tarafa isbat ettirilmesine gerek bulunmadığı”ndan;²¹² davalı (borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin (ya da, üçüncü kişi ile işlemde bulunmuş olan dördüncü kişinin) “iyiniyet iddiasında bulunamayacak konumda olması halinde” bu kişilerin “kötüniyetli oldukları”nın ayrıca davacı tarafından kanıtlanmasına gerek yoktur.

V- Yüksek mahkeme, buraya kadar belirttiğimiz -yani; İİK. mad. 280/I kapsamındaki- konularla ilgili olarak;

√ “ ‘Borçlu’ ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun ‘iş arkadaşı/ticari ilişkisi bulunan kişi’ olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklarına zarar verme kastını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK. 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini”²¹³

√ “Borçlu ile aralarındaki ticari ilişki nedeniyle aynı işkolunda faaliyette bulunan davalı üçüncü kişinin borçlunun durumunu bilebilecek kişilerden sayılması gerekeceğini”²¹⁴

√ “Davalılar arasında ‘yakın ilişki’, ‘akrabalık’, ‘arkadaşlık’, ‘komşuluk’, ‘iş ortaklığı’, ‘iş ilişkisi’ nedeniyle herhangi bir yakınlığın bulunması halinde, üçüncü kişinin, borçlunun ‘mali durumunu ve mal kaçırma kastını bilebilecek durumda sayılmasına’ neden olacağını”²¹⁵

904/1248; 21.1.2008 T. 5456/174; 10.7.2007 T. 3405/2424; 15. HD. 20.3.1996 T. 113/1544; 17. HD. 14.2.2008 T. 5351/619; 15. HD. 20.9.1995 T. 3945/4845; HGK. 29.12.1993 T. 15-647/880 (www.e-uyar.com)

²¹¹ Pekcantez, H./Atalay, O./Özkan, M.S./Özekes, M. age., s:866 - Akkaya, T. agm. s:44

²¹² Bknz: İÇt. Bir. K. 14.2.1951 T. 17/1 (www.e-uyar.com)

²¹³ Bknz: 17. HD. 01.10.2007 T. 3595/2888; 18.04.2011 T. 8013/3611 (www.e-uyar.com)

²¹⁴ Bknz: 17. HD. 22.04.2009 T. 163/2613; 11.06.2009 T. 1719/4135; 23.06.2009 T. 2033/4554; 08.10.2009 T. 4700/5799; 26.10.2009 T. 7756/6765; 15.12.2009 T. 8003/8465; 01.07.2010 T. 3114/6223; 23.05.2011 T. 9958/5137; 28.03.2011 T. 1335/2757; 15.03.2011 T. 11906/2280; 30.11.2010 T. 8438/10371; 01.07.2010 T. 3114/6223 (www.e-uyar.com)

²¹⁵ Bknz: 17. HD. 04.05.2007 T. 2298/1921; 15. HD. 31.01.2006 T. 8010/364; 17. HD. 02.02.2009 T. 3413/324; 28.05.2009 T. 3857/3655; 19.11.2009 T. 5407/7733;

√ “*Davalı borçlu ile davalıların küçük bir ilçede oturuyor olmaları nedeniyle, borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak kastıyla hareket ettiğini bilebilecek konumda bulduklarından borçlu ile davalılar arasındaki tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini*”²¹⁶

√ “*Gerek tarafların ifadelerinden, gerek tanık beyanlarından ve tüm dosya içeriğinden, davalı üçüncü kişinin, borçlunun mali durumu ile alacaklılarına zarar verme kastını bilebilecek durumda olduğunun anlaşılması gerektiği*”²¹⁷

belirtmiştir.

*

VIII- Hakim, iptâl edilmesi istenen tasarruf konusu mallar hakkında davacının istemi üzerine *ihtiyati haciz kararı verebilir* (İİK. mad. 281/II).

Genel hükümlerden (İİK. mad. 259) farklı olarak, burada davacı alacaklı ihtiyati haciz kararı alabilmek için *güvence* göstermek zorunlu değildir. “Güvence gösterilmesine gerek bulunup bulunmadığını ve miktarını” hâkim takdir eder. Ancak, davanın konusu, İİK. mad. 283/ II gereğince, üçüncü kişinin elinden çıkardığı malların değerine ilişkinse, *güvence* gösterilmesi zorunludur (mad. 281/II).

Gerçekten, İİK. mad. 259/I-III’de;

“İhtiyatî haciz isteyen alacaklı hacizde haksız çıktığı takdirde borçlunun ve üçüncü şahsın bu yüzden uğrayacakları bütün zararlardan mesul ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun 87 nci maddesinde yazılı teminatı vermeye mecburdur. Ancak alacak bir ilâma müstenit ise teminat

23.11.2009 T. 5998/7772; 26.04.2010 T. 7066/3827; 13.05.2010 T. 3869/4504; 25.05.2010 T. 2340/4686; 27.05.2010 T. 2211/4800; 08.06.2010 T. 2484/5292; 08.06.2010 T. 2945/5291; 08.06.2010 T. 2328/5294; 15.06.2010 T. 3835/5516;. 22.06.2010 T. 3180/5799; 22.06.2010 T. 3107/5797; 01.07.2010 T. 5742/6228;. 08.07.2010 T. 3653/6631; 01.04.2013 T. 6585/4513; 08.04.2013 T. 14245/4988; 11.03.2013 T. 16000/3150; 18.03.2013 T. 5379/3515; 18.03.2013 T. 5572/3518; 25.03.2013 T. 6400/4069; 01.04.2013 T. 6404/4511 (www.e-uyar.com)

²¹⁶ Bknz: 17. HD. 16.05.2011 T. 4276/4869 (www.e-uyar.com)

²¹⁷ Bknz: 17. HD. 31.03.2009 T. 5092/1887; 21.05.2009 T. 1789/3461; 16.06.2009 T. 1646/4309; 01.10.2009 T. 5736/5861; 23.05.2011 T. 9988/5138; 25.04.2011 T. 8853/3889; 18.04.2011 T. 8412/3615; 18.04.2011 T. 8248/3613; 21.03.2011 T. 6891/2510; 17.03.2011 T. 5070/2403; 20.01.2011 T. 7645/229; 23.12.2010 T. 2768/11433; 09.12.2010 T. 3100/10814; 06.12.2010 T. 7375/10589; 25.11.2010 T. 3349/10053; 02.11.2010 T. 6696/9286; 25.10.2010 T. 4353/8746 (www.e-uyar.com)

aranmaz. Alacak ilâm mahiyetinde bir vesikaya müstenit ise mahkeme teminata lüzum olup olmadığını takdir eder.”

denilmişken, İİK. mad. 281/II’de;

“Hâkim, iptale tabi tasarrufların konusu olan mallar hakkında alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verebilir. Teminatın lüzum ve miktarı mahkemece takdir ve tâyin olunur. Şu kadar ki, davanın elden çıkarılmış mallar yerine kaim olan kıymete taallûku halinde, teminat göstermeksizin ihtiyati haciz kararı verilemez.”

denilmiştir.

Görüldüğü gibi; davacı-alacaklının “ihtiyati haciz” talebini yerinde bulan mahkemenin, bu kararı verirken -İİK. mad. 259/I’den farklı olarak- davacı-alacaklıdan mutlaka *teminat* gösterilmesini istemesi gerekmemektedir.²¹⁸ Bu husus maddenin -538 sayılı Kanuna ait- Hükümet Tasarı Gerekçesinde “*iptal davası neticesinde cebri icraya konu teşkil etmesi istenilen mallar üzerinde alacaklıya doğrudan doğruya ihtiyati haciz vazede bilmek yetkisi tanınmış ve bu hususta teminat iradesi dahi mecburi olmaktan çıkarılarak, bu cihet mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Vaktinde verilecek bir haczi ihtiyati kararının, bir takım hallerde üçüncü şahsın haksız mukavemetini kırmaya yardım edeceğini tahmin etmek caizdir...*”²¹⁹ şeklinde ifade edilmiştir... Mahkeme “teminatın lüzum (yani, teminat gösterilmesi gerekip gerekmediğini) ve miktarını” tayin edecektir. Bunun için önce mahkemenin “teminat gösterilmesine gerek bulunup bulunmadığını” değerlendirmesi, ondan sonra da, eğer “teminat gösterilmesine gerek görürse” o zaman “ne kadar (ne miktarda) teminat gösterilmesini” (HMK. mad. 87/(1) -%10, %15, %20 oranında gibi- kararlaşdıracaktır.

Mahkeme neye göre -yani; hangi hususları inceleyerek- *teminata gerek bulunup bulunmadığına* karar verecektir? **Kanımızca;** mahkeme “yaklaşık ispat kurallarına göre”^{220 221} hem **davacı-alacaklının alaca-**

²¹⁸ Akşener, H.S. Tasarrufun İptali Davalarında İhtiyati Haciz (Legal D. Ağustos/2013, s:116)

²¹⁹ Uyar, T. İİK Şerhi, C:12, 2009, s:19152

²²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: Albayrak, H. Medeni Usul ve icra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, 2013, s:29 vd., 251 vd.

²²¹ “Yaklaşık ispat”; niteliği itibarı ile dava olmayan, mahkemeden bir takım usuli taleplerin kabul edilmesinde incelenmesi gereken maddi şartların ispatında kulla-

ğının varlığına ve miktarına ve hem de özellikle **dava konusu tasarrufun iptali gereken bir tasarruf olduğuna** kanaat getirmiş olmalıdır.

Örneğin;

√ "Dava konusu tasarrufun borçlu ile üçüncü dereceye kadar -neseben veya sıhren- husımları arasında yapılmış bir (ivazlı) tasarruf olduğunun"²²²

√ "Dava konusu tasarrufun tapuda gösterilen değeri ile gerçek değeri arasında bir mislinden fazla bir fark bulunduğunun"²²³

√ "Dava konusu tasarrufun 'para veya mutat ödeme vasıtaları'ndan başka bir ödemeye ilişkin olduğunun"²²⁴

√ "Dava konusu tasarrufun 'vâdesi gelmemiş bir borç için yapılan ödeme'ye ilişkin olduğunun"²²⁵

√ "Malvarlığı borçlarına yetmeyen borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, 'borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kastını bildiği ya da bilebilecek durumda' olduğunun (TMK. mad. 3), örneğin;

√√ "Taraflar arasında 'organik bağ' bulunduğunun -örneğin; borçlu ile üçüncü kişinin şirket (tüzel kişi) olup, ortaklarının ve/veya yöneticilerinin aynı kişiler (ya da yakın akrabalar) olması halinde, borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin 'borçlunun malvarlığını ve zarar verme kastını' bil-

nılan bir yöntemdir. Örneğin, geçici hukukî himaye tedbirleri..., delil tesbiti talebi gibi 'dava' olmayan yalnızca mahkemeden davanın ilerlemesini sağlayıcı usulî işlemler katogorisine giren maddi anlamda 'kesin hüküm' teşkil etmeye elverişli olmayan usulî taleplerin kabulü için verilen ara kararlarında kullanılır... Yaklaşık ispatta hâkim, daha düşük bir kanaat ile yetinebilir. Çünkü edindiği kanaat ile taraflar arasındaki uyumsuzluğu sona erdirici bir karar verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dolayısıyla düşük seviyedeki bir ispat ölçüsü, karşı tarafın haklarının ve hukuk devleti ilkesinin zedelenmesine yol açmaz... Bir tarafın bir takım usulî iddialarına tekrar verebilmek için, en azından belli seviyede bir kanaatin edinilmesi gerekir. (Albayrak, H. age. s:30, 32)

²²² Bknz: 17. HD. 4.4.2013 T. 7891/4800; 21.3.2013 T. 8433/3974; 4.4.2013 T. 7891/4800; 5.6.2012 T. 1968/7306; 17.2.2011 T. 4968/1236; 8.7.2010 T. 1975/6630; 21.3.2011 T. 6891/2510; 22.2.2011 T. 9382/1460; 22.2.2011 T. 9364/1459 vb. (www.e-uyar.com)

²²³ Bknz: 17. HD. 9.4.2013 T. 8279/5122; 8.4.2013 T. 9632/4986; 28.3.2013 T. 10381/4371; 9.4.2013 T. 8279/5122; 5.3.2013 T. 5038/2731; 15.4.2013 T. 10718/5448; 2.4.2013 T. 7658/4623; 8.4.2013 T. 6700/4976 vb. (www.e-uyar.com)

²²⁴ Bknz: 17. HD. 4.4.2013 T. 1380/4811; 2.4.2013 T. 7471/4619; 27.11.2012 T. 11563/13096; 6.11.2012 T. 2454/12116; 11.2.2008 T. 5526/512; 26.4.2011 T. 12744/3911; 11.4.2011 T. 8424/3332 vb. (www.e-uyar.com)

²²⁵ Bknz: 15. HD. 19.9.2000 T. 3585/3892 (www.e-uyar.com)

diği farzedilerek, mahkemece dava konusu işlemin -davacı alacaklı bakımından- iptaline karar verileceğinden, borçlu ile üçüncü kişi arasında böyle bir organik bağ bulunduğunun"²²⁶

√√ "Borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin iddia ve savunmalarında 'hayatın olağan akışına aykırılık' bulunduğunun"²²⁷

√√ "Borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin aynı işkolunda (sektörde) faaliyet gösterdiklerinin"²²⁸

√√ "Borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişi arasında 'ticari ilişki', 'iş arkadaşlığı', 'iş ortaklığı' bulunduğunun"²²⁹ vb.

saptanması halinde, yargılama sonucunda mahkemece "tasarrufun iptaline" karar verileceğinden, yukarıdaki durumlarda, davacı-alacaklının ihtiyati haciz talebinin teminatsız yerine getirilmesi gerekir.

Buna karşın, "dava konusu tasarrufun, davacı alacaklının alacağının doğumundan önce yapılmış olduğu"nın -dosya (dava dilekçesi) içeriğinden- anlaşılması halinde, yargılama sonucunda, açılmış olan tasarrufun iptali davası reddedileceğinden²³⁰ mahkemece "teminat karşılığında dahi" davacı-alacaklının talebini kabul edip ihtiyati haciz kararı vermemesi gerekir...

*

Bir uyuşmazlıkta;

Davacı-alacaklı vekili, 29.09.2016 tarihli "dava dilekçesi"nde özetle; "Müvekkili tarafından davalılardan R.'nin keşideci olarak imzalayıp ken-

²²⁶ Bknz: 17. HD. 12.2.2013 T. 4250/1406; 19.3.2013 T. 4881/3660; 30.3.2009 T. 6139/1827; 25.12.2013 T. 6208/6281; 12.11.2009 T. 5758/7495 vb. (www.e-uyar.com)

²²⁷ Bknz: 17. HD. 2.4.2013 T. 7471/4619; 26.3.2013 T. 7090/4175; 25.3.2013 T. 6176/4066; 7.2.2011 T. 6468/890; 17.1.2011 T. 10482/54; 14.3.2013 T. 5830/3302; 13.9.2012 T. 8083/9227 vb. (www.e-uyar.com)

²²⁸ Bknz: 17. HD. 3.12.2012 T. 12662/13378; 2.5.2012 T. 3773/5423; 22.9.2009 T. 163/2613; 11.6.2009 T. 1719/4135; 23.6.2009 T. 2033/4554 vb. (www.e-uyar.com)

²²⁹ Bknz: 17. HD. 17.3.2011 T. 5301/2394; 24.2.2011 T. 572/1621; 7.2.2011 T. 6556/894; 25.10.2010 T. 4979/8747; 22.4.2009 T. 163/2613; 11.6.2009 T. 1719/4135; 4.5.2007 T. 2298/1921 vb. (www.e-uyar.com)

²³⁰ Bknz: 17. HD. 1.4.2013 T. 15317/4587; 1.4.2013 T. 8979/4519; 9.4.2013 T. 8333/5123; 8.4.2013 T. 9618/4985; 28.3.2013 T. 14204/4372; 11.3.2013 T. 7006/3209 vb. (www.e-uyar.com)

disine verdiği 13.07.2015 keşide ve 30.07.2016 vade tarihli 1.000.000,00 USD bedelli senede dayanarak gerek bu borçlu ve gerekse -dava dışı- diğer borçlu H. hakkında -... .. İcra Müdürlüğü'nün 20../. sayılı dosyasında- yapılan icra takibine davalı-borçlu R.'nin ... İcra Hukuk Mahkemesi'nde (Dosya No: 20../.) 'borca itirazda bulunması üzerine' bu mahkemede açılan davanın devam ettiğini ancak icra mahkemesince 'takibin durdurulması' konusunda mahkemece bir ihtiyati tedbir kararı verilmemiş olduğundan icra dosyasında borçlu hakkında menkul/gayrimenkul haczi talebinde bulduklarını, bu arada davalı borçlunun icra takibi sırasında mallarını davalı olarak bu dilekçede gösterilen kişilere düşük bedellerle devrettiklerini, devralan kişilerin İİK'nın 278/2. maddesinde öngörülen kendisinin yakın hısımları olduğunu, davalılardan A.'nın davalı borçlunun hısmı olmamakla beraber hem davalı borçludan düşük fiyatla dava konusu taşınmazlardan birisini satın aldığını hem de bu kişinin davalı borçluyu yakından tanıdığını, onunla iş ilişkisi içerisinde bulunduğunu, bu nedenle İİK'nın 280/1 uyarınca 'borçlunun mal kaçırma kastını bilen kişi' konumunda olduğunu, ayrıca davalı borçlunun sahip olduğu bir taşınmaz üzerinde yüklü miktarda ipotek ve haciz şerhi bulunduğunu, bu nedenle davalı borçlunun mevcut malvarlığının müvekkiline olan borcunu karşılamaya yeterli bulunmadığını, ayrıca İİK'nın 281/II maddesi uyarınca tasarrufun iptali davasına bakan mahkemenin iptale tabi tasarruflar hakkında ihtiyati haciz kararı verebileceğini, bu nedenle olayda bu koşullar gerçekleşmiş olduğundan mahkemece 'teminatsız olarak' ihtiyati haciz kararı verilmesini ve davalı borçlunun itirazı üzerine takip konusu alacak kesinleşmemiş olduğundan, borçlunun icra mahkemesinde açtığı 'borca itiraz' davasının sonucunun mahkemece bekletici mesele yapılmasını, bu hususlara ilişkin Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin kararlarına da dilekçesi içinde mahkemeye sunmuş oldukları" belirterek "öncelikle dava konusu tasarruflar hakkında İİK m.281/2 uyarınca -teminatsız- ihtiyati haciz kararı verilmesi, davalı-borçlunun icra mahkemesinde açtığı borca itiraz davasının sonuçlanmasının 'bekletici mesele' yapılmasını ve yargılama sonunda dilekçesinde ada ve parsel numaralarını belirttiği taşınmazlara ilişkin davalı borçlu tarafından yapılmış olan tasarrufların müvekkili yönünden -müvekkilinin B. ... İcra Müdürlüğü'nün 20../... sayılı icra dosyasındaki alacak ve fer'ileri ile sınırlı olarak' iptaline karar verilmesini" talep etmiştir.

Davalı- borçlu R. vekili, 20.10.2016 tarihli "cevap dilekçesi"nde özetle;

a) Tasarrufun iptali davasına özgü bir şart olan aciz vesikası sunulması

ön şartının bu davada yerine getirilmemiş olduğunu, davanın açıldığı tarihte müvekkili üzerine kayıtlı taşınmaz bulunduğunu ayrıca müvekkilinin B. ... bank şubesinde de yüklü miktarda parası bulunduğunu bu nedenle bu davanın dinlenme kabiliyetinin bulunmadığını, b)Alacağın varlığının kesinleşmemiş olduğunu, takip konusu senette tahrifat yapılmış olduğu için B. İcra Hukuk Mahkemesi'nde açmış oldukları davanın bekletici mesele yapılması gerektiğini, c)Müvekkili ile davacı-alacaklı arasında hiçbir ticari ilişki bulunmadığını bu nedenle takip konusu borçtan sorumlu tutulamayacağını, d)Dava konusu tasarrufların mal kaçırma kastıyla gerçekleşmemiş olduğunu, aksine müvekkilinin bankalara olan ipotekli borçlarının kapatılması için mal paylaşımı yapıldığını, yapılan devirlerin borçların kapatılması karşısında yapıldığını, e)Davacının müvekkilinden herhangi bir alacağı olmadığını bile bile bu davayı kötüniyetle açtığını, öncelikle dava ön şartının oluşup oluşmadığı konusunda icra ve iflas hukuku anabilim dalında, üniversitede görevli bir hukukçudan bilirkişi görüşü alınması gerektiğini... vb" ileri sürerek "açılmış olan davanın reddine karar verilmesini" bildirmiştir.

Davalı M. vekili 2.10.2016 tarihli "cevap dilekçesi"nde özetle; "Davacının, borçlu R'nin yeğeni olması nedeniyle yapılmış olan satış işleminin iptalini istediğini, fakat takip konusu borcun gerçek bir borç olmadığını bu nedenle alacaklının takip konusu 1.000.000,00 USD tutarında diğer davalı R'den alacağı bulunmadığını, davacının diğer davalı R.'den bu kadar yüklü miktarda alacağının bulunmasının hayatın olağan akışına aykırı bulunduğunu, davacı-diğer davalı borçlu R.'ye ne vermiştir ya da hangi tarihte hangi parayı ödemiştir ki ondan 1.000.000,00 USD talep etmektedir, tarafların banka hesaplarından bu hususun araştırılması gerektiğini ve davacı alacaklının mahkemeye çağrılarak alacağının kaynağının kendisine açıklattırılması gerektiğini, takip konusu senedin bu nedenle muvazaalı olduğunu, kendisinin üçüncü kişi konumunda olup iyiniyetli olduğunu, aleyhine açılmış olan bu davanın bir menfi tespit davası gibi görülerek ve bu davalarda ispat yükünün alacaklıda olduğu hatırlanarak davacı alacaklının alacağını ispat etmeye davet edilmesi gerektiğini, davacının bu davayı açma koşullarının oluşmamış olduğunu, henüz takibin dahi kesinleşmemiş bulunduğunu, dosyaya kesin ya da geçici aciz vesikası sunulmamış olduğunu, diğer davalı-borçlu R.'nin acze düşmemiş olduğunu, adına kayıtlı taşınmazlarının bulunduğunu, bir taşınmazın değerinin 900.000,00 TL olduğunu ve D. O. şubesinde 670.000,00 TL gibi yüklü miktarda nakit parasının bulunduğunu öğrendiğini, davalı-borçlu R.'nin B. İcra Hukuk Mahkemesi'nde açtığı davanın kesinleşmesinin beklen-

mesi gerektiğini, ayrıca %5 gibi çok düşük bir teminat karşılığında dava konusu taşınmazlar üzerine ihtiyati haciz konulmasının kanuna aykırı olduğunu” bildirerek “hakkında açılan davanın reddine karar verilmesini” istemiştir.

Davalı N. 20.10.2016 tarihli “cevap dilekçesi”nde özetle; “davacının gerçek bir alacağı bulunmadığını, diğer davalı R.’nin kardeşi olduğunu, davacının kardeşine ne karşılığında bu kadar alacaklı konuma geldiğinin kendisine sorulması gerektiğini, davalı borçludan aldığı taşınmazın parasını ödediğini, ayrıca bu davanın açılması için gereken koşulların oluşmadığını, davalı borçlu R.’nin üzerine kayıtlı taşınmaz varken, parası varken bu davanın açılmaması gerektiğini, kardeşinin kendisinden tamamen uzaklaştığını, kaybettiği taşınmazları geri alabilmek için alacaklı ile anlaşarak böyle bir danışıklı işe girmiş olabileceğini, tarafların ticari defterleri üzerinde inceleme yapılması gerektiğini, bu nedenle hakkındaki davanın reddedilmesi gerektiğini” bildirmiştir.

Davalı O. vekili 20.10.2016 tarihli “cevap dilekçesi”nde özetle; “Davacı tarafın haksız ve kötüniyetli olduğunu, davacının bu davayı açmakta hukuki yararının bulunmadığını, senet borçlusu hakkında yaptığı takibin kesinleşmemiş olduğunu bu nedenle B. İcra Hukuk Mahkemesi’ndeki davanın kesinleşmesinin beklenmesi gerektiğini, davalı-borçlu R.’nin aciz halinde bulunmadığını, davacı tarafından da dosyaya aciz belgesi sunulmamış olduğunu ve bu davalı hakkında haciz işlemlerinin dahi yapılmamış olduğunu, davanın usulden reddi gerektiğini bu konuda hukuk fakültelerinden görüş alınması gerektiğini, davacının davalı-borçluda gerçek bir alacağının bulunmadığını, davacıya alacağının sebebi, kaynağı, borcun doğumu, hukuki borç ilişkisinin açıklattırılması gerektiğini, davacının gerçekten ‘alacaklı’ sıfatına sahip olup olmadığının ön mesele olarak araştırılması gerektiğini, davacının davalı-borçluya 1.000.000,00 USD kıymetinde hangi malı verdiğinin kendisine sorulması gerektiğini, davacı ile davalı borçlunun danışıklı hareket edip etmediği hususlarının araştırılması gerektiği, senedin muvazaalı olup olmadığı hususunun da incelenmesi gerektiği, davacı ile diğer senet borçlusu -dava dışı- H.’nin sahibi olduğu yüklenici firma N. LTD. ŞTİ. arasında ticari ilişki bulunduğunu, mahkemece yüzde beş teminat karşılığında ihtiyati haciz kararı verilmiş olmasının hatalı olduğunu” bildirerek “davacı-alacaklıdan istenmiş olan yüzde beş teminatın yüzde on beşe çıkarılmasını, B. İcra Hukuk Mahkemesi’nin 20./.. esas sayılı dosyasının bekletici mesele yapılmasını, davacının bu davayı açtığı tarihte, borçlunun aciz halinde olup olmadığının araştırılmasını...vb” belirterek, “açılmış olan davanın reddine karar verilmesini” istemiştir.

Davalı A. vekili 17.10.2016 tarihli cevap dilekçesinde özetle; “Müvekkiline yapılan satışın gerçek satış olduğunu, bu satışın borçlu tarafından akrabalarına yapılan satıştan 4 ila 7 ay sonra olduğunu, müvekkilinin kötü-niyetli olduğunu ispat edecek hiçbir emarenin bulunmadığını, bunu ispat yükünün davacıya ait olduğunu, müvekkilinin davalı borçlu ile iş ortağı olmadığını, kendisinin sadece dava dışı diğer senet borçlusu H.’ye profesyonel olarak hizmet vermiş olduğunu, müvekkilinin iyiniyetinin kötüye kullanıldığını, ortada gerçek bir alacak bulunmadığını, takip alacaklısı ile takip borçlusu davalı R.’nin anlaşarak hareket ettiğini, takip konusu kambiyo senedine karşı menfi tespit davası açmayan takip borçlusunun bu davranışından üçüncü kişilerin zarar gördüğünü, müvekkiline ait taşınmaz üzerine konulmuş olan ihtiyati haczin öncelikle kaldırılması gerektiğini” belirterek “haksız ve hukuki dayanaktan yoksun olarak açılmış olan bu davanın reddine karar verilmesini” istemiştir.

Davacı-alacaklı vekili dosya içinde bulunan “Beyanlarımızın Arzıdır” başlıklı dilekçesinde özetle; “A)Davalı-borçlu R.’nin B. İcra Hukuk Mahkemesi’nin 20./.. esas sayılı dosyasına vermiş olduğu dilekçesinde -senetteki imzaya ve borca itiraz etmeden- ‘takip konusu senedi teminat senedi olarak verdiği’ beyan etmiş olduğundan bu iddiasını yazılı belge ile ispat etmek zorunda olduğunu, ayrıca Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 26.01.2016 T. 8807/933 sayılı kararında açıkça ‘davalı borçlu alacağın gerçek olmadığını iddia etmişse de, bu konuda açtığı itiraz ve takibin iptali davasının icra mahkemesince reddedildiği ve borçlu tarafından açılmış menfi tespit davası bulunmadığından, senede dayalı yapılan icra takibinin kesinleştiği ve alacağın gerçek olduğu’nun kabul edilmesi gerekeceği belirtildiğinden dava konusu olayda davalı-borçlunun müvekkili davacı-alacaklı aleyhine açmış olduğu borca itiraz davasının sonucuna göre, eğer bu davanın davacı-borçlu aleyhine sonuçlanması halinde -davacı borçlu tarafından müvekkili aleyhine bugüne kadar menfi tespit davası açılmadığından- müvekkilinin alacağının gerçek bir alacak kabulü gerekeceğinin, artık bunun aksinin davalılar tarafından ileri sürülemeyeceğini, bu bakımdan B. İcra Hukuk Mahkemesi’nde müvekkili aleyhine açılmış olan ‘borca itiraz davasının sonucunun bu mahkemede bekletici mesele yapılması gerekeceğini, B)Borçlu aleyhine yapmış oldukları takipte borçlunun borcunu karşılayacak menkul ve gayrimenkul malının bulunmadığını, sadece ... ili B. ilçesi O. Mahallesindeki 361 ada 1 parsel sayılı taşınmaz üzerine haciz konduğunu, ancak 900.000,00 TL değer taşıdığı icra dairesince belirlenmiş olan bu taşınmaz üzerinde ... Bankası lehine

1.120.000,00 TL bedelli ipotek bulunduğunu ve İcra Müdürlüğünün 20../. ve B. ... İcra Müdürlüğü'nün 20../., B. .. İcra Müdürlüğü'nün 20../... sayılı dosyalarından haciz şerhlerinin bulunduğunu, dolayısıyla bu taşınmazın satışından müvekkili lehine hiçbir para ödenmesinin mümkün görünmediğini, ayrıca çeşitli bankalara ve İstanbul Borsa AŞ.'ye yazılan müzekkereden ve Trafik Müdürlüğüne yazılan araç hacizlerinden de hiçbir sonuç elde edilemediğini, belirterek icra dosyasının bu haliyle borçlunun yeterli malını bulunmadığını teyit ettiğinden iptal davasının açılma koşulunun yani borçlunun aciz halinde bulunma koşulunun gerçekleşmiş olduğunu, C)İİK'nun 278/2 maddesi uyarınca satılan taşınmazın gerçek değeri ile tapuda gösterilen değeri arasında fahiş fark bulunması halinde bu tasarrufun iptale tabi olduğunu, burada alıcı üçüncü kişilerin iyi niyetlerinin dinlenmeyeceğini, Yargıtay içtihatlarının bu doğrultuda olduğunu çünkü burada 'mutlak bir iptal' söz konusu olduğunu, D) Davalılardan O. ve N.'nin davalı-borçlu R.'nin kardeşleri olduğunu, diğer davalı M.'nin ise borçlunun yeğen, olduğunu, İİK'nun 278/1 maddesi uyarınca 'kardeşler ve yeğenler arasındaki ivazlı ya da ivazsız tüm tasarrufların iptale tabi olduğu' nu, keza burada da davalıların iyiniyetli olmalarının önem arz etmediğini" belirterek, "açtıkları davanın kabulüne karar verilmesini" bildirmiştir.

*

Dosya içinde bulunan B. ... İcra Müdürlüğü'ne ait 20../.. sayılı takip dosyasının incelenmesinde;

Alacaklı İ. tarafından **borçlular R. ve H.** aleyhine 01.08.2016 tarihinde yapılan takipte harca esas değer olarak 3.023.270,71 TL gösterilerek, "1.000.000,00 USD asıl alacak+ 574.334,00 USD işlemiş faiz +3.000,00 USD %0,30 komisyon= 1.003.575,34 USD alacağın, 30.95 sayılı yasa uyarınca TC Merkez Bankasının kısa vadeli kredilere uyguladığı 1.000.000.000,00 USD için yıllık 365 gün %10,50 avans faizi oranından az olmamak üzere artan oranlarda faizinin, fiili ödeme günündeki döviz alış kuru üzerinden tahsilinin istendiği" görülmüştür.

Alacaklı vekili 15.08.2016 ve 22.08.2016 tarihlerinde takip borçlusu H.'nin -annesi G.'den intikal eden- taşınmazların haczi için B. Tapu Sicil Müdürlüğüne haciz müzekkeresi yazılmasını B. ... İcra Müdürlüğünden talep etmiş, ayrıca 27.09.2016 tarihinde borçlu R.'nin adına kayıtlı taşınmazların haczi için yine B. Tapu Sicil Müdürlüğüne haciz müzekkeresi yazılmasını B. ... İcra Müdürlüğünden talep etmiştir.

Borçlu R.'nin, B., ... Mahallesi ... ada parselde kayıtlı 'apart otel' niteliğindeki taşınmazı üzerine haciz konulduğu ancak bu taşınmaz üzerinde ... Bankası lehine 1.120.000,00 TL bedelli bir ipotek, icra dairesinin 20../ ... sayılı dosyasından 138.989,32 TL miktarında bir haciz, B. ... İcra Müdürlüğü'nün 20../ sayılı dosyasından 143.250,15 TL değerinde bir ihtiyati haciz, B. ... İcra Dairesinin 20../ ... sayılı dosyasından 248.703,00 TL miktarından bir haciz ve B. ... İcra Müdürlüğünün 20../ ... sayılı dosyasından 3.023.270,71 TL miktarında bir haciz şerhi bulunduğu görülmüştür.

Alacaklı vekili 31.10.2016 tarihinde icra dairesine gelerek her iki takip borçlusunun mevduatları üzerine haciz konulması için bankalara müzekkere yazılmasını talep etmiş, bu talep çerçevesinde icra müdürlüğünce .. BANK, ... BANKASI, .. BANKASI, ... BANK, ... BANKASI, ... BANK, ..., ... BANK, ... BANK, ... BANK, ... BANK, ... BANKASI, ... BANKASI, ... BANK, ... BANKASI, ... BANKASI, ... BANK, ... BANK, ... BANK' a B. ... İcra Müdürlüğünce haciz müzekkereleri gönderilmiştir.

Adı geçen bankalarca B. ... İcra Müdürlüğünün 20../ sayılı dosyasına, "*adı geçen borçluların bankalarında mevduatlarına rastlanmadığı*" bildirilmiştir.

Yine alacaklı vekili tarafından 2.11.2016 tarihinde Borsa İstanbul AŞ'ye dosya borçlularının menkul kıymetlerinin haczedilmesi konusunda müzekkere gönderilmiş ancak adı geçen kurum tarafından bu müzekkereye olumlu bir cevap verilmemiştir.

Alacaklı vekili 7.11.2016 tarihinde, borçlu R.'ye ödeme emrinin tebliğ edildiği adresteki menkul mallarının haczini icra dairesinden talep etmiş, ancak bu hacizden bir sonuç elde edilememiştir.

*

Bu uyuşmazlıkta;

Davacı vekili, dava dilekçesinde;

a) "Davalı" olarak gösterilen M., O., N.'nin (borçlu R.'nin) *yakın husumlarına* (kız kardeşleri, kız kardeşinin kızı "yeğeni" ne), A.'nın da, "borçlu" nun "*tanıdığı*" "*iş yaptığı kişi*" olduğunu, bu nedenle borçlu tarafından "*yakını*" olan kimselere yapılan satışların İİK. mad.278/III-1 uyarınca "*borçluyu tanıyan, onun işlerini yapan*" diğer davalıya yapılan satışın ise İİK. mad. 280/I uyarınca iptali gerekeceğini,

b) Borçlu tarafından tüm davalılara yapılan satışların, Tapu'da gerçek değerinin çok altında bir değer gösterilerek gerçekleştirildiğini, bu nedenle bu satışların ayrıca İİK. mad. 278/III-2 uyarınca da iptallerinin gerektiğini,

c) Davalılara yapılan tüm satışların, müvekkilinin alacağının doğum tarihinden sonra (30.11.2015-23.06.2016 tarihleri arasında) yapılmış olduğunu, çünkü müvekkilinin alacağının 13.07.2015 tanzim ve 30.07.2016 vade tarihli bono'dan kaynaklandığını, bunun sonucu olarak "borçlunun, borçlandıktan sonra yaptığı tasarrufların iptaline karar verilmesi gerekeceğini",

ç) Tasarrufun iptali davasında karar verilebilmesi (davanın sonuçlandırılabilmesi için) "davacı-alacaklının alacağının kesinleşmiş olması" gerektiğinden, davalı-borçlunun B. İcra Hukuk Mahkemesinin 20../... Esas sayılı dosyasında devam eden "Borca İtiraz" (İİK. mad. 178/I-5, 169, 169a) davasının sonucunun 'bekletici mesele' (HMK. mad.165) yapılması gerektiğini,

d) Davalı-borçlunun, dosya borcunu karşılayacak malvarlığının bulunmadığını, borçlunun bir gayrimenkulü varsa da üzerinde, değerinin çok üstünde bir ipotek ve birden fazla haciz şerhi bulunduğunu,

e) Mahkemece, İİK. mad.281/II uyarınca, 'iptale tabi tasarruf konusu olan mallar hakkında' -teminatsız- ihtiyati haciz kararı verilmesini, istemiştir.

Davalılar vekilleri, cevap dilekçelerinde;

a) Davacı tarafından tasarrufun iptali davasının ön şartı olan 'aciz vesikası' nın dosyaya sunulmamış olduğunu, dava açıldığında davalı-borçlunun aciz halinde bulunmasının zorunlu olduğunu, dava tarihinde borçlu R.'nin üzerinde kayıtlı taşınmazlar olduğunu, ayrıca B. ... bank hesabında yüklü miktarda para bulunduğunu,

b) Davacı-alacaklının alacağının *kesinleşmemiş olduğunu*, bu nedenle B. İcra Hukuk Mahkemesinde açılmış olan "Borca İtiraz" davasının sonucunun bekletici mesele yapılması gerekeceğini,

c) Davacının alacağının *gerçek bir alacak olmadığını*, davacı ile borçlu R. arasında hiçbir ticari iş, bağ, taahhüt bulunmadığını,

ç)Yapılan tasarrufların mal kaçırma maksadı ile gerçekleşmemiş olduğunu, borçlunun bankalara olan borçları ile taşınmazları üzerindeki ipotek bedellerinin ödenmesi için taşınmaz devirlerinin yapılmış olduğunu,

d)Davalı-borçludan, dava konusu taşınmazları satın almış olan diğer davalıların *iyi niyetli olduklarını*, borçlunun mal kaçırma kastı ile hareket ettiğini bilmediklerini,

e)Mahkemece, %5 teminat karşılığında *ihtiyati haciz kararı* verilmiş olmasının kanuna aykırı bulunduğunu,

ileri sürmüştür.

Yukarıda²³¹ ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi,

1-İptal davasının dinlenebilmesi için, davacı-alacaklının alacağıın dava (iptal) konusu tasarruftan önce doğmuş olması gerektiğinden²³², bu uyumsuzlukta da, dava konusu tasarruflar 30.11.2015-23.06.2016 tarihlerinde yapılmış olup, davacı-alacaklının alacağı ise 13.07.2015 tanzım tarihli bonodan kaynaklanmış olduğundan davacının açmış olduğu bu tasarrufun iptali davasının '*dinlenme koşulu*' gerçekleşmiştir.

2-İptal davasını ancak kesin ya da geçici aciz belgesi sahibi alacaklılar açabileceğinden²³³(*başka bir deyişle; iptal davasının dinlenebilmesi için bu davanın bir 'ön şartı olan aciz belgesinin dava dosyasına –yargılama bitinceye kadar- ibraz edilmiş olması gerektiğinden*) somut olayda her ne kadar davacı mahkeme dosyasına '*kesin aciz belgesi*' (İİK. mad.143-105/1) sunmamışsa da, dosya içindeki B. ... İcra Müdürlüğünün 20../.... sayılı takip dosyası içeriğinden alacaklının takip borçlusu R.'nin gayrimenkullerinin haczi için 27.09.2016 tarihinde, menkul mallarının –ödeme emrinin tebliğ edildiği adresteki- haczini 7.11.2016 tarihinde, bankalardaki mevduatlarının haczi için 31.10.2016 tarihinde, menkul kıymetlerinin haczi için 2.11.2016 tarihinde ve 12.12.2016 tarihinde de araçlarının haczini talep ettiği, fakat ilgili kurumlardan bu haciz talebine olumlu cevap verilmediği anlaşılmıştır. Sadece borçlunun B. ... Mahallesindeki ... ada-parselde kayıtlı taşınmazı üzerinde 1.120.000 TL ipotek bulunduğu ayrıca (..) İcra Dairesi tarafından, ayrı ayrı ko-

²³¹ Bknz. Yuk. Dipn. 1-228

²³² Bknz. Yuk. Dipn. 1-25

²³³ Bknz. Yuk. Dipn. 26-63

nulmuş 138.989,32 TL+143.250,15 TL+248.773,00 TL+3.023.270,71 TL miktarında haciz şerhi bulunduğunu (EK-4) ve bu taşınmazın bir başka dosyadan (B. 2. İcra Müdürlüğünün 20../... sayılı dosyasından) yapılan kıymet takdirinde 21.07.2016 tarihi itibarıyla 900.000,00 TL değer taşıdığı görülmüştür.

Yüksek mahkemenin;

ü “İİK>nun 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali davalarında davacı alacaklı tarafından kesin veya geçici aciz belgesinin ibraz edilmesi gerekeceği, bu belgenin temyiz aşamasında, hatta karar düzeltme aşamasında dahi ibraz edilmesinin mümkün olduğu”²³⁴

ü “Dosyada mevcut belgelerden borçlunun taşınmaz mallarına ve bankalarda mevduatına rastlanamaması ve borçluya ait çeşitli adreslerde yapılan hacizlerde borcunu karşılayacak taşınır malının bulunmadığının saptanması halinde, **düzenlenen haciz tutanaklarının ‘geçici aciz belgesi’ hükmünde sayılacağı**”²³⁵

ü “İcra dosyası içeriğinden (Tapu İdaresinden ve Trafik Bürosundan ve Bankalardan, haciz teskerelerine verilen cevaplardan), haciz tutanaklarının içeriğinden ve borçlunun mal beyanında belirttiği mallarının borcu karşılamaya yeterli olmadığına anlaşılması halinde, borçlunun aciz halinde olduğunun kabulü gerekeceği”²³⁶

ü “Borçlunun ev ve işyeri adreslerinde tutulan haciz tutanaklarında “borçlunun bu adreslerden ayrılmış olduğu”nun belirtilmiş olması ve tapu, trafik ve bankalara yazılan müzekkerelere verilen cevaplardan ‘borçlunun, borcuna yetecek malvarlığının bulunmadığı’nın anlaşılması halinde, düzenlenen tutanakların ‘geçici aciz belgesi’ niteliğinde sayılacağı”²³⁷

ü “ ‘Tasarrufun iptali’ ”ne karar verilebilmesi için, borçlunun aciz halinde olması, başka bir anlatımla ‘haczedilenler dışında borcu karşılayacak başka malının bulunmaması’ gerekeceği”²³⁸

²³⁴ Bknz: 17. HD. 21.03.2013 T. 21347/3975 (www.e-uyar.com)

²³⁵ Bknz: 17. HD. 18.04.2011 T. 7154/3609 (www.e-uyar.com)

²³⁶ Bknz: 17. HD. 22.02.2010 T. 10328/1359 (www.e-uyar.com)

²³⁷ Bknz: 17. HD. 15.06.2009 T. 2624/4232 (www.e-uyar.com)

²³⁸ Bknz: 15. HD. 5.10.1999 T. 3250/3480 (www.e-uyar.com)

doğrultusundaki içtihatları uyarınca, somut olayda davalı-borçlunun, davacı-alacaklının takip konusu alacağını karşılamaya yeterli mal varlığı bulunmadığı anlaşıldığından, davanın dinlenme şartı olan “borçlunun aciz halinde bulunması” şartı da gerçekleşmiştir.

3-İptal davalarında, davacının, davalı-borçludaki alacağının gerçek bir alacak olması gerektiğinden²³⁹ somut olayda davalı borçlu B. İcra Hukuk Mahkemesinde (Dosya No: 20../...) “Borca İtiraz” davası açtığından, a) Yüksek mahkemenin²⁴⁰ “Davalı borçlu, alacağın gerçek olmadığını iddia etmişse de, bu konuda açtığı itiraz ve takibin iptali davasının icra mahkemesince reddedildiği ve borçlu tarafından açılmış menfi tespit davası bulunmadığından, senede dayalı yapılan icra takibinin kesinleştiği ve alacağın gerçek olduğu, haciz tutanağının İİK. mad. 105 kapsamında ‘geçici aciz belgesi’ niteliğinde olduğu, iptali istenen tasarrufun ise takip konusu alacaklardan sonra yapıldığı ve davanın süresinde açıldığı anlaşıldığından, tasarrufun iptali davasının ön koşulları gerçekleşmiş olduğundan, dava konusu tasarrufların İİK. mad. 278 vd. gereğince iptale tabi olduğu” şeklindeki içtihadı doğrultusunda, mahkemece B. İcra Hukuk Mahkemesinin adı geçen davasının sonucu beklenerek, bu mahkemece “davacı-borçlu lehine karar verilirse, açılmış olan iptal davasının, davacı-borçlunun haklı çıktığı oranda reddedilmesi, aksi takdirde davalı-borçlu ayrıca, davacı-alacaklıya karşı ‘borçlu bulunmadığının tespiti için’ menfi tespit davası (İİK. mad.72) da açmamış olduğu için²⁴¹ iptal davasının kabulüne karar verilmesi gerekecektir.

b) Ayrıca, yine yüksek mahkemenin; “Taraflar arasındaki tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonunda Davalılar vekili ‘takip konusu bononun teminat amacıyla verildiğini, alacağın gerçek bir alacak olmaması nedeniyle dava koşullarının oluşmadığını ...’ belirterek, davanın reddini savunmasına rağmen mahkemece davalılar arasında akrabalık bulunduğundan İİK. 278. madde kapsamında yapılan ivazlı tasarrufların bağışlama hükmünde olması nedeniyle iptale tabi olduğu, takip konusu senedin teminat senedi olması nedeniyle alacağın gerçek bir alacak olmadığı iddiasının menfi tespit davasına konu olabileceği, bu konuda açılmış bir dava bulunmadığından, ayrıca dava devam ederken böyle bir dava açılmış olsa bile açılacak dava-

²³⁹ Bknz: Yuk. Dipn. 106-117

²⁴⁰ Bknz: Yuk. Dipn. 118

²⁴¹ Bknz: 17.HD. 26.01.2016 T. 8807/933 (www.e-uyar.com)

nın tasarrufun iptali davasından sonra açılmış olması nedeniyle tasarrufun iptali davasında bekletici mesele yapılamayacağı’ gerekçesiyle ‘davanın kabulüne’ dair verilmiş olan kararın onanmasına oybirliğiyle karar verildi.” şeklindeki içtihatı^{242239a} uyarınca davalı-borçlunun (ve diğer davalıların) ‘alacağın gerçek olmadığı’ iddialarının ancak *menfi tespit davasına* konu olabileceğinden, bu davada ‘senedin teminat senedi olduğu, alacağın gerçek bir alacak olmadığı’ iddiası bu davada araştırılmayacağından, iptal davasının kabulüne karar verilmesi gerekecektir.

4-Borçlunun yakın (üçüncü dereceye kadar) hısımlarına kadar yaptığı tasarruflar İİK.mad.278/III-1 uyarınca iptale tabi olduğundan²⁴³somut olayda da davalı-borçlu;

a) B. ilçesi, ...,da bulunan (6) parça taşınmazı kız kardeşinin kızı (yeğeni) davalı M.’ye,

b) B. ilçesi, ..., da bulunan (1) parça taşınmazdaki ½ payını ve M. ili, İ. Mahallesinde bulunan taşınmazdaki payını kız kardeşi O.’ya,

c) M. ili, İ. Mahallesindeki taşınmazdaki hissesini kız kardeşi N.’ye, devretmiş olduğundan, yapılan bu işlemlerin İİK. mad.278/III-1 uyarınca iptaline karar verilmesi gerekecektir.

Bu davalılar, her ne kadar cevap dilekçelerinde “iyiniyetli olduklarını, borçlunun alacaklılarından mal kaçırma kastı ile hareket ettiğini bilmediklerini” belirtmişlerse de, -yukarıda açıkça ifade ettiğimiz gibi²⁴⁴ borçlunun yakın hısımlarının iyi niyetli olup olmaması (borçlunun durumlarını, mal kaçırma kastını bilip bilmemesi) açılan iptal davasında önem taşımadığından, davalıların bu savunmalarına itibar edilemeyecektir.

5- Yapıldığı sırada borçlu aleyhine ivazlar arasındaki açık bir nisbetsizlik bulunan akitler de İİK. mad. 278/III-2 uyarınca iptale tabi olduğundan²⁴⁵somut olayda, davalı-borçlu tarafından tüm davalılara devredilmiş (satılmış) olan taşınmazların devir tarihindeki gerçek değerlerinin mahkemece keşif yapılmak suretiyle belirlenip, bulunacak değerlerin,

²⁴² ^{239a} Bknz. 17. HD. 28.02.2012. T. 8866/2242 (www.e-uyar.com)

²⁴³ Bknz. Yuk. Dipn. 118/164

²⁴⁴ Bknz. Yuk. Dipn. 121-122

²⁴⁵ Bknz. Yuk. Dipn. 165-199

tapuda satış tarihinde gösterilecek değerleri ile karşılaştırılıp, aralarında 'bir mislinden fazla fark bulunursa' ²⁴⁶ yapılan tasarrufların iptaline -bu yönden de- karar verilmesi gerekecektir.

Davalıların *"iyi niyetli oldukları, borçlunun mal kaçırma kastını bilmedikleri"* savunmasına, burada da -bu tasarruflar mutlak olarak iptale tabi olduğundan- itibar edilemeyecektir. ²⁴⁷

6- *"Davalı-üçüncü kişinin, borçlunun mal kaçırma kastını bildiği veya bilebilecek konumda bulunduğu durumlarda da, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki tasarrufların iptaline karar verilmesi gerekeceğinden"*²⁴⁸, somut olayda, davalı A.'nın 'takip borçlusunun tanıdığı, ona işlerini yaptırdığı kişi', 'birlikte küçük bir ilçede oturuyor ya da hemşerisi' olduğunun²⁴⁹ davacı tarafından kanıtlanması halinde, yapılan bu devir (satış) işlemlerinin iptaline karar verilmesi gerekecektir.

7- Ayrıca, dava konusu işlemleri, İİK. mad. 278/1 ve II uyarınca *"haciz" ya da "aciz"den geriye doğru iki yıl içinde -yani; kısaca, son iki yıl içinde- yapılmış olduğundan*²⁵⁰, başka bir deyişle 'iptal edilebilirlik süresi' içinde yapılmış olduklarından, iptale tabidirler.

8- *Hakim tasarrufun iptali davalarında, iptal edilmesi istenen tasarruf konusu mallar hakkında davacının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verebileceğinden (İİK. mad.281/II)*²⁵¹davalı vekillerinin "mahkemece %5 teminat karşılığında verilen ihtiyati haciz kararına teminatın azlığı yönünden" yaptıkları itiraz da yerinde değildir. Çünkü genel hükümlerden (İİK. mad. 259) farklı olarak, burada davacı-alacaklı ihtiyati haciz kararı alabilmek için *güvence* göstermek zorunlu değildir. "Güvence gösterilmesine gerek bulunup bulunmadığını ve miktarını" hakim takdir eder. Ancak, davanın konusu, İİK. mad. 283/II gereğince, üçüncü kişinin elinden çıkardığı malların değerine ilişkinse, *güvence* gösterilmesi zorunludur (mad. 281/II). Görüldüğü gibi; davacı-alacaklının "ihtiyati haciz" talebini yerinde bulan mahkemenin, bu kararı verirken -İİK. mad. 259/1'den farklı olarak- davacı-alacaklıdan mutlaka *teminat* gös-

²⁴⁶ Bknz. Yuk. Dipn. 169

²⁴⁷ Bknz. Yuk. Dipn. 172-173-174

²⁴⁸ Bknz. Yuk. Dipn. 200-215

²⁴⁹ Bknz. Yuk. Dipn. 211-215

²⁵⁰ Bknz. Yuk. Dipn. 123-134

²⁵¹ Bknz. Yuk. Dipn. 216-228

terilmesini istemesi gerekmemektedir.²⁵² Bu husus maddenin -538 sayılı Kanuna ait- Hükümet Tasarı Gerekçesinde “*iptal davası neticesinde cebri icraya konu teşkil etmesi istenilen mallar üzerinde alacaklıya doğrudan doğruya ihtiyati haciz vazedebilmek yetkisi tanınmış ve bu hususta teminat iraesı dahi mecburi olmaktan çıkarılarak, bu cihet mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Vaktinde verilecek bir haczi ihtiyati kararının, bir takım hallerde üçüncü şahsın haksız mukavemetini kırmaya yardım edeceğini tahmin etmek caizdir...*”²⁵³ şeklinde ifade edilmiştir... Mahkeme “teminatın lüzum (yani, teminat gösterilmesi gerekip gerekmediğini) ve miktarını” tayin edecektir. Bunun için önce mahkemenin “teminat gösterilmesine gerek bulunup bulunmadığını” değerlendirmesi, ondan sonra da, eğer “teminat gösterilmesine gerek görürse” o zaman “ne kadar (ne miktarda) teminat gösterilmesini” (HMK. mad. 87/(1) -%10, %15, %20 oranında gibi- kararlaştıracaktır.

Mahkeme neye göre -yani; hangi hususları inceleyerek- teminata gerek bulunup bulunmadığına karar verecektir? **Kanımızca;** mahkeme “yaklaşık ispat kurallarına göre”²⁵⁴ ²⁵⁵ hem **davacı-alacaklının alacağı- nın varlığına ve miktarına** ve hem de özellikle **dava konusu tasarrufun iptali gereken bir tasarruf olduğuna** kanaat getirirse, davacı-alacaklıdan teminat gösterilmesini istemeden ‘ihtiyati haciz kararı’ vermelidir..

9- Mahkemece tasarrufun iptali davası sonunda karar verilebilmesi için, alacaklı tarafından takip konusu yapılmış olan alacağın kesinleşmesi gerek-

²⁵² Akşener, H.S. Tasarrufun İptali Davalarında İhtiyati Haciz (Legal D. Ağustos/2013, s:116)

²⁵³ Uyar, T. İİK Şerhi, C:12, 2009, s:19152

²⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: Albayrak, H. Medeni Usul ve icra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, 2013, s:29 vd., 251 vd.

²⁵⁵ “Yaklaşık ispat”; niteliği itibarı ile dava olmayan, mahkemenin bir takım usuli taleplerin kabul edilmesinde incelenmesi gereken maddi şartların ispatında kullanılan bir yöntemdir. Örneğin, geçici hukuki himaye tedbirleri..., delil tesbiti talebi gibi ‘dava’ olmayan yalnızca mahkemenin davanın ilerlemesini sağlayıcı usuli işlemler kategorisine giren maddi anlamda ‘kesin hüküm’ teşkil etmeye elverişli olmayan usuli taleplerin kabulü için verilen ara kararlarında kullanılır... Yaklaşık ispatta hâkim, daha düşük bir kanaat ile yetinebilir. Çünkü edindiği kanaat ile taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdirici bir karar verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dolayısıyla, düşük seviyedeki bir ispat ölçüsü, karşı tarafın haklarının ve hukuk devleti ilkesinin zedelenmesine yol açmaz... Bir tarafın bir takım usuli iddialarına tekrar verebilmek için, en azından belli seviyede bir kanaatin edinilmesi gerekir. (Albayrak, H. age. s:30, 32)

*tiğinden*²⁵⁶ davacı-alacaklı tarafından, davalı-borçlu hakkında B. ... İcra Müdürlüğünün 20../.. sayılı takip dosyasında 13.07.2015 tanzim ve 30.07.2016 vade tarihli bonoya dayalı icra takibine karşı, davalı-borçlu tarafından B. İcra Hukuk Mahkemesinde (Dosya No: 20../.. E.) açmış olduğu “Borca İtiraz” davasının sonucunun ‘bekletici mesele’ (HMK. mad. 165) yapılarak, bu davanın sonucuna göre gerekli kararın verilmesi icap edecektir. 23.11.2017

Kaynakça

- Akil C., Yargıtay Kararları Işığında Tasarrufun İptali Davası Bağlamında Aciz Belgesi (ABD. 2014/3, s:162 vd)
- Akkaya T., İcra ve İflâs Hukukunda İptale Tabi Tasarruflar (İİK. m. 277-284) (*Eskişehir Bar. D. Ekim/2006, s:13-49*)
- Akşener H.S., Borcun Doğum Anı ve Tasarrufun İptali Davaları Yönünden Önemi (*Legal Huk. D. Aralık/2008*) ; Tasarrufun İptali Davaları, 2.Baskı, 2007
- Akyazan S., İcra ve İflâs Kanunundaki Yargı ve Değişik Hükümler Üzerinde İnceleme ve Açıklamalar, 1965
- Albayrak H., Medeni Usul ve icra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, 2013
- Altay S., Türk İflas Hukuku, 2004, C:1
- Ansay S.Ş., Hukuk, İcra ve İflâs Usulleri, 1969
- Arar K., İcra ve İflâs Hükümleri, C:2, 1945
- Arslan R./Yılmaz, E./Ayvaz, S.T., İcra ve İflas Hukuku, 2. Baskı, 2016
- Belgesay M.R., İcra ve İflâs Hukuku (Sentetik Bölüm), C:2, 1953
- Berkin N., İflâs Hukuku, 1972 ; İflâs Hukuku Rehberi, 1980
- Deliduman S., İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Belgesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 1995
- Güneren, A. Tasarrufun İptali Davaları, 2012, 3. Baskı
- Gürdoğan, B. İflas Hukuku Dersleri, 1966
- Kale S., Aciz halindeki Borçlunun Bir veya Birkaç Alacaklısını Kayıran Hukuki Filleri Dolayısıyla İptal Davası (İİK. mad.279) (Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, 2003)
- Kaplan H.A., (4949 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında) İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2006
- Karataş İ./Ertekin E., Tasarrufun İptali Davaları, 1998
- Kostakoğlu C., Takip Hukukunda İptal Davaları (Ad. D. 1989/6, s: 7-33 -Yasa, D. 1989/8, S:1037-1060)
- Kuru B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C:2, 2001 ; İcra ve İflas Hukuku, 1997 ; İcra ve

²⁵⁶ Bknz. Yuk. Dipn. 64-105

- İflas Hukuku El Kitabı, 2.Baskı, 2013 ; İflas ve Konkordato Hukuku, 1971,C: 4 ; İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, 2016
- Muşul T., Bilirkişi Raporları ve Hukuki Mütalâalar, 2006, C: 2 ; İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, 2013 ; İcra ve İflas Hukuku Esasları, 5. Baskı, 2015
- Olgaç S., Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları (Recâi Seçkin'e Armağan, 1974)
- Öztek S., İcra ve İflâs Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası (İİK. m. 143; m. 251), 1994; Tasarrufun İptali Davalarında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yargıtay'ın Bu Sorunlara İlişkin Uygulaması (Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, 2003)
- Pekcanitez H./Atalay, O./Özkan, M.S./Özekes, M., İcra ve İflas Hukuku, 11. Baskı, 2013
- Sarısözen İ., İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptal Davalarında Yargılama Usulü (ABD. 1977/1, s:50-58)
- Şimşek E., Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu, 1989
- Taze M., Haciz Tutanağının Aciz Belgesi Olarak Nitelendirilmesinin Şartları (Terazi Huk. Der., Eylül/2008, s:51-60) ; Tasarrufun İptali Davası (Yayımlanmamış Yük. Lisans Tezi), 2007
- Ulukapı Ö., İcra ve İflâs Hukuku,2015
- Umar B., Türk İcra- İflas Hukukunda İptal Davası, 1963
- Uyar T., İcra Hukukunda İstihkak Davaları, 3. Baskı, 1994 ; İİK. Şerhi, C:5, 3. Baskı; İİK. Şerhi, C:8, 3. Baskı; İİK. Şerhi, C:12; İvazsız Tasarruflardan Dolayı İptal (Terazi Hukuk Der. Ağustos/2008, s:93-109) ; Tasarrufun İptali Davasının Tarafları (Prof. Dr. Fırat Öztana'a Armağan, C:2, 2010)
- Uyar T./Uyar A./Uyar C., İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C:3, 2014 ; Tasarrufun İptali Davaları, C:1, 2011, 4.Baskı
- Üstündağ S., İflas Hukuku 7. Bası
- Yıldırım M.K., İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, 1995 ; Tasarrufun İptali Davasının İşlevi Bakımından Aciz Vesikası ile İlişkisi Hakkında Düşünceler (Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C:2, 2010)