

# Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 7, Sayı 2, Yıl 2017  
ISSN 2146 - 1708



**HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ**

<b>YAYININ ADI</b>	<b>HACETTEPE HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ</b>
<b>YIL</b>	<b>2017 CİLT (7) SAYI (2) AY ARALIK</b>
<b>YAYIN SAHİBİNİN ADI</b>	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı adına Prof. Dr. Çetin ARSLAN
<b>SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ</b>	Doç. Dr. Sedat ÇAL
<b>YAYIN İDARE MERKEZİ</b>	Hacettepe Üniversitesi Beytepe Kampüsü Hukuk Fakültesi 06800 / ANKARA
<b>YAYIN İDARE MERKEZİ TEL.</b>	+90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77
<b>FAKS</b>	+90 (312) 297 62 93
<b>İNTERNET ADRESİ</b>	<a href="http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr">http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr</a>
<b>E-POSTA</b>	<a href="mailto:hukukdergi@hacettepe.edu.tr">hukukdergi@hacettepe.edu.tr</a>
<b>YAYIN DİLİ</b>	Türkçe ve yabancı diller
<b>YAYIN TÜRÜ</b>	Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM, EBSCO ve HEINONLINE Hukuk Veri Tabanları tarafından taranan hakemli bir dergidir. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi yerel ve süreli bir yayındır. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Hacettepe Üniversitesi Hastaneleri Basımevi Sıhhiye 06100/ANKARA 0 (312) 310 9790 27 NİSAN 2018 / ANKARA 2146 - 1708
<b>YAYINLANMA BİÇİMİ</b>	
<b>BASIMCININ ADI</b>	
<b>BASIMCININ TEL.</b>	
<b>BASIM TARİHİ / YERİ</b>	
<b>ISSN</b>	

#### **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**

Tüm hakları saklıdır. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisinin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'nın yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara aittir, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

<b>NAME OF PUBLICATION</b>	<b>HACETTEPE LAW REVIEW</b>
<b>YEAR</b>	<b>2017 VOLUME 7 NUMBER 2 MONTH DECEMBER</b>
<b>PUBLISHER</b>	On behalf of Hacettepe University Faculty of Law Deanship Prof. Dr. Çetin ARSLAN
<b>RESPONSIBLE MANAGER</b>	Assoc. Prof. Dr. Sedat ÇAL
<b>ADDRESS</b>	Hacettepe Üniversitesi Beytepe Kampüsü Hukuk Fakültesi 06800 / ANKARA
<b>PHONE</b>	+90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77
<b>FAX</b>	+90 (312) 297 62 93
<b>URL</b>	<a href="http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr">http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr</a>
<b>E-MAIL</b>	<a href="mailto:hukukdergi@hacettepe.edu.tr">hukukdergi@hacettepe.edu.tr</a>
<b>LANGUAGE</b>	Turkish and foreign languages
<b>TYPE OF PUBLICATION</b>	Hacettepe Law Review is a peer-reviewed journal indexed by ULAKBİM, EBSCO and HEINONLINE Law Databases. Hacettepe Law Review is a local periodical journal. Published twice a year in June and December
<b>FORM OF PUBLICATION</b>	
<b>NAME OF PRESS</b>	Hacettepe Üniversitesi Hastaneleri Basımevi Sıhhiye 06100 / ANKARA
<b>PHONE OF PRESS</b>	0 (312) 3109790
<b>DATE AND PLACE OF PRINTING</b>	27 APRIL 2018 / ANKARA
<b>ISSN</b>	2146 - 1708

#### **Hacettepe Law Review**

All rights reserved. No parts of the Hacettepe Law Review reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording and otherwise without the prior written permission of the Hacettepe University Faculty of Law. The views expressed in the Review are those of the individual authors and are not to be taken as representing the views of the Hacettepe University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors.

Editör / Editors

Doç. Dr. Sedat ÇAL

Editör Yardımcısı

Arş. Gör. Onur Çağdaş ARTANTAŞ

\*Bu sayının hazırlanmasına katkı sağlayan aşağıdaki meslektaşlarımıza teşekkür ederiz.

\*Hacettepe Law Review would like to thank the following colleagues for their support in editing and efforts in preparing this issue for publication:

**Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU**

**Yrd. Doç. Dr. Özge OKAY TEKİNSOY**

**Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul AKÇAOĞLU**

**Arş. Gör. Dr. Onur Can SAATCIOĞLU**

**Arş. Gör. Emel Şeyda ELGÜN TOĞRUL**

**Arş. Gör. Günhan KOŞAR**

**Arş. Gör. Ezgi SEVİNÇHAN**

## *Yayın Kurulu/ Editorial Board*

**Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU**

**Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR**

**Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR**

**Prof. Dr. Çetin ARSLAN**

**Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT**

**Doç. Dr. Sedat ÇAL**

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

## *Danışma Kurulu/ Board of Advisors*

**Prof. Dr. Serap AKİPEK**

**Prof. Dr. Mustafa AKKAYA**

**Prof. Dr. Ender Ethem ATAY**

**Prof. Dr. Rona AYBAY**

**Prof. Dr. Kadriye BAKIRCI**

**Prof. Dr. Meltem CANIKLIOĞLU**

**Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU**

**Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI**

**Prof. Dr. Merdan HEKİMOĞLU**

**Prof. Dr. Çiğdem KIRCA**

**Prof. Dr. Erdal ONAR**

**Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ**

**Prof. Dr. Türkan YALÇIN SANCAR**

**Prof. Dr. Fügen SARGIN**

**Prof. Dr. Muthucumaraswamy SORNARAJAH**

**Prof. Dr. Asuman TURANBOY**

**Prof. Dr. Gülriz UYGUR**

**Prof. Dr. Çetin ARSLAN**

**Doç. Dr. Öykü Didem AYDIN**

**Doç. Dr. Luigi CORNACCHIA**

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(TOBB ETÜ Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(National University of Singapore)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Università Degli Studi di Lecce Facolta di Giurisprudenza)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(York University Osgoode Hall Law School)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Victoria University of Wellington)

**Doç. Dr. Sibel HACIMAHMUTOĞLU**

**Doç. Dr. Gus Van HARTEN**

**Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul AKÇAOĞLU**

**Yrd. Doç. Dr. Dr. Şefik Taylan AKMAN**

**Yrd. Doç. Dr. Bilge BİNGÖL SCHRIJER**

**Yrd. Doç. Dr. Muammer KETİZMEN**

**Yrd. Doç. Dr. Erdem İlker MUTLU**

**Yrd. Doç. Dr. Özge OKAY TEKİNSOY**

**Dr. Joel I. COLÓN-RÍOS**

# İçindekiler/ Contents

## Makaleler/ Articles

### I. HAKEMLİ MAKALELER/ I. PEER-REVIEWED ARTICLES

- Chaos Theory and Modern Jurisprudence: An Essay on Deconstruction of Parameters' Order and Linearity  
*Kaos Teorisi ve Modern Hukuk Bilimi: Düzen ve Doğrusallık Parametrelerinin Yapı Sökümü Üzerine Bir Deneme* .....7  
**Mehtap YEŞİLORMAN**
- Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Biyomedikal Alana Yansımaları Açısından Değerlendirilmesi  
*Evaluation of the Personal Data Protection Law in terms of Biomedical Researches* ..... 33  
**Nüket ÖRNEK BÜKEN, Çağrı ZEYBEK ÜNSAL**
- Göçmenlere Yönelik Deniz Operasyonlarında Frontex'in Müdahale Yetkisinin Uluslararası Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi  
*Assessing The Power of Frontex In Maritime Operations Against Irregular Migrants Under International Law* .....55  
**A. Aslı BİLGİN**
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararlarından Pákozdi Davası: İdari Vergi Cezası Davalarında Duruşmasız Yargılama  
*An Example from ECHR Judgements-Pákozdi Case: Trial without a Hearing in Cases Arising From Tax Penalties* ..... 83  
**Ayşe Nil TOSUN**
- Türk Vergi Ceza Hukukunda *Ne Bis In Idem* İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararlardan Lucky Dev Davası  
*Ne Bis In Idem Principle in Turkish Tax Criminal Law: An Example from ECHR Judgements Lucky Dev Case* .....95  
**Ayşe Nil Tosun**
- General Rule of Burden of Proof: Comparative Analysis of Turkish and German Tax Law  
*Genel İspat Yükü Kuralı: Türk ve Alman Vergi Hukuku Bakımından Karşılaştırmalı Bir Analiz* .....105  
**Eda ÖZDİLER KÜÇÜK**

Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu?  
Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu  
Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler  
*A Criminal Procedure Law in Contravention of The Suspect And The Accused?  
Sufferance Duty of The Suspect and The Accused of Criminal Proceedings and  
The Thoughts on The Limitations of This Duty* .....119

**Z. Özen İNCİ**

DÖ Anlaşmalarındaki Yükümlülüklerden Kaçınmaya Olanak Sağlayan İstisna  
Hükümleri  
*Exception Provisions To Avoid The Obligations In The WTO Agreements*.....169  
**Talat KAYA**

Türk Borçlar Kanunu İle Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında  
Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Hükümleri Çerçevesinde Satış Sözleşmesinde  
Ayıptan Sorumlulukta Alıcının Seçtiği Hakkın Sonradan Değiştirilebilirliği Sorunu  
*Under the Provisions of Turkish Law of Obligations and United Nations Convention on  
Contracts for the International Sale of Goods, in Contract for the Sale of Goods  
the Changeability of the Right Chosen by the Buyer*.....193  
**Aygül KIZILAY**

Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri  
*Delegation of Management Power In Joint-Stock Companies*.....211  
**Duygu DEMİREL**

6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun Ardından Kanun Yapma Yöntemi  
*Law Making Procedure after Constitutional Amendment Act No. 6771*.....251  
**İsmail YÜKSEL**

5366 Sayılı Kanun Kapsamında Yenileme Alanlarında Gerçekleştirilen Kentsel  
Dönüşüm Süreci Üzerine Bir Deneme  
*Restricting The Savings and Expropriation of Urban Transformation Applications  
in Renewal Areas*.....275  
**Onur KAPLAN**

Rekabet Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliğine İlişkin Hukuki Çerçeve  
*Legal Framework Concerning Arbitrability of Competition Disputes*.....305  
**Hilmi BOLATOĞLU**



# Chaos Theory and Modern Jurisprudence: An Essay on Deconstruction of Parameters' Order and Linearity

Peer-Reviewed Article (Hakemli Makale)

**Mehtap YEŞİLORMAN**

Prof. Dr., Firat University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Political Science and Public Administration.

---

## CONTENTS

---

1. INTRODUCTION . . . . .	9
1.1. The Significance of Chaos Theory for Legal Science . . . . .	10
2. METHOD . . . . .	12
3. A BRIEF HISTORY OF CHAOS THEORY . . . . .	13
4. MUTUAL FRIENDSHIP ZONE OF CHAOS AND JUSTICE: ORDER . . . . .	15
5. FROM ORDER FRIENDLY LINEARITY TO NONLINEAR LEGAL ORDER . . . . .	18
6. A CONTRIBUTION FROM TENETS OF CHAOS TO NONLINEAR LEGAL ORDER. . . . .	23
7. CONCLUSION . . . . .	28
REFERENCES. . . . .	30

---

**ABSTRACT**

---

Chaos theory is a new approach model which has filled an important gap in the analysis of disorder and nonlinear behaviors of dynamic systems. It has recently been noticed to present a fairly useful theoretical and methodological framework for social sciences as well as physical sciences. Accordingly, this study aims to perform a theoretical analysis regarding the contributions of chaos theory to modern jurisprudence in terms of disorder and nonlinearity parameters. As a result of this theoretical examination, chaos theory was found to become a new theoretical model developing in the scope of postmodern paradigm which can be an alternative to pro-order, linear and deterministic character of modern paradigm. It was also analyzed the possible availability of some chaos theory basic principles such as butterfly effect, bifurcation, entropy and irreversibility in examining what kind of legal problems.

**Keywords**

Chaos Theory, Modern Jurisprudence, Postmodern Paradigm, Disorder, Nonlinearity.

---

**ÖZET**

---

**Kaos Teorisi ve Modern Hukuk Bilimi:****Düzen ve Doğrusallık Parametrelerinin Yapı Sökümü Üzerine Bir Deneme**

Kaos teorisi, dinamik sistemlerin düzensiz ve doğrusal olmayan davranışlarının analizinde önemli bir boşluğu dolduran yeni bir yaklaşım modelidir. Son zamanlarda teorinin fen bilimleri gibi sosyal bilimler için de oldukça kullanışlı bir teorik ve metodolojik çerçeve sunduğu fark edilmiştir. Buna istinaden, bu çalışma kaos teorisinin düzensizlik ve doğrusal olmama parametreleri bakımından modern hukuk bilimine olan katkılarının teorik bir analizini yapmayı amaçlamaktadır. Bu teorik incelemenin bir neticesi olarak kaos teorisinin modern paradigmanın düzenden yana, doğrusal ve determinist karakterine alternatif olabilecek postmodern paradigma kapsamında gelişen yeni bir teorik model olduğu saptanmıştır. Çalışmada aynı zamanda kaos teorisinin kelebek etkisi, çatallanma, entropi ve geri dönüşsüzlük gibi bazı temel prensiplerinin ne tür hukuksal sorunların incelenmesinde olası bir imkan olduğu analiz edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

**Anahtar Kelimeler**

Kaos Teorisi, Modern Hukuk Bilimi, Postmodern Paradigma, Düzensizlik ve Doğrusal Olmama.



## 1. INTRODUCTION

Chaos has become one of the most popular concepts, nowadays. It brings to mind some words such as “randomness”, “anarchy” from colloquial language when it is first pronounced. Conversely, in science, it is considered as a new discipline describing unpredictable complex behaviours in dynamic systems. Originally, because the term of chaos represents “disorderliness”; it, in an interestingly way, is expressed as “order of disorder”. Theoretical physicist Jensen, who presented the best description about the subject according to Gleick, describes chaos as “disorderly and unpredictable behavior of complicated nonlinear dynamic systems”<sup>1</sup>. Parallel to these, chaos theory is assumed to be born for being explained of disorder, complex, random and nonlinear changes occur in cosmos’ transformation which is disregarded from modern paradigm that move towards a new paradigm shift, which emphasizes the possibility of aforementioned. Hence, chaos has gained a considerable reputation with the multivariate deterministic explanation of nonlinear dynamic systems. Additionally, chaos dealt with the cause and effect of disorder and putting forward the notion that small shifts at initial point may cause great results, namely, butterfly effect. In this context the theory of chaos, described in the framework of postmodernity that emerged on the basis of the critique of the modern paradigm, has brought a whole new perspective for the science the value of the review has been observed in this study.

These revolutionary ideas on chaos emerged at first in natural sciences such as notably physics<sup>2</sup>, mathematics<sup>3</sup> meteorology, computer science<sup>4</sup>, engineering and biology<sup>5</sup> made a tremendous impact in other disciplines, as well. That kind of developments characterized as an important step on behalf of science, made their presence felt in social sciences areas including sociology, psychology, economics<sup>6</sup>, education, management<sup>7</sup>, and political science<sup>8</sup>. Chaos provides great facilitations for social sciences; this is because society is a complex structure, composed of many factors interacts including natural events. Hence, it is substantially functional in examining disorder,

1 GLEICK, James, **Chaos**, (Trans: F. Üçcan), TUBITAK, Popular Science Books, Ankara, 1995, p. 16.

2 **Chaos Theory Simplified**, <http://www.physicsplanet.com/articles/chaos-theory-simplified>, (Access date 1.11.2015).

3 **Chaos Theory**, <http://www.scienceclarified.com/Ca-Ch/Chaos-Theory.html>, (Access date 11.1.2015).

4 LETT, Margaret, “A Case for Chaos Theory in Nursing”, **Australian Journal of Advanced Nursing**, Year: 2001, Volume: 18, Number: 3, (pp. 14-19), p. 14.

5 PAMUK, Nihat, “Determination of Chaotic Time Series in Dynamic Systems”, **Journal of Balikesir University Institute of Science and Technology**, Year: 2013, Volume: 15, Number:1, (pp. 78-92), p.79.

6 KIEL, L. Douglas/ELLIOT, Euel W. (Eds.), **Chaos Theory in the Social Sciences, Foundations and Applications**, University of Michigan Press, Michigan, 1997, [https://books.google.com.tr/books?id=K46kkMXnKfcC&printsec=frontcover&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.tr/books?id=K46kkMXnKfcC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false) (Access date: 1.11.2017).

7 AKBABA, Sadegül/ALTUN, Arif, “Chaos and Management”, **X. National Congress on Educational Sciences** (7-9 June 2001), Abant İzzet Baysal University, Bolu, 2001, p.1.

8 PLAZA y Font/JOAN Pere/DANDOY, Regis, “Chaos Theory and its Application in Political Science”, **IPSA-AISP World Congress**, (9-13 July 2006), Fukuoka, Japan, 2006, <http://hdl.handle.net/2078.1/176425> (Access date: 19.11.2017).

complexity and nonlinear functioning due to numerous factors influencing societal life. Yet, as suggested by Rockler many human systems are the best explained by chaos theory<sup>9</sup>. Amongst the social sciences, many things have made legal science as an outstanding subject for chaos theory.

Legal science is an umbrella term which is named in different terms at the same time. In this study, legal, modern legal discipline and mostly synonym of them “modern jurisprudence” stamped out by the modern science paradigm, which is based on the thought of enlightenment are preferred. Among the reasons for using of this philosophical concept of modern jurisprudence, there are also based on a social and cultural foundations. Besides, it is possible to see the similar usage in the Penner and Melissaris’s McCoubrey & White’s Textbook on Jurisprudence. Therefore, here, the contributions that the chaos theory will provide into the modern jurisprudence via post-modern critique of the law will be evaluated<sup>10</sup>.

Firstly, modern jurisprudence’s deterministic structure offers the possibility for discussion of chaos theory. The significance of this study is based on this opportunity. For this reason, exploring the application possibilities of chaos on the basis of modern jurisprudence, is of great importance. Accordingly, this research aims to determine the functionality of chaos theory in modern jurisprudence. Secondly, modern jurisprudence and legal systems search for a solution to disorders in society by starting point of order assumption. To find whether chaos is useful framework for modern jurisprudence, in order to observe disorders in society refers to another important target of this work. Thirdly, it is also intended to discuss the validity of nonlinearity for legal systems in the context of chaos theory. Briefly, this study aims to research the conditions that regulate societal relations and maintain order benefits from chaos theory in legal. But it will be beneficial to deal with the significant outlines of chaos theory at first.

### **1.1. The Significance of Chaos Theory for Modern Jurisprudence**

Chaos theory is a fairly new subject in modern legal discipline. The reason of relatively late entry of chaos theory into modern jurisprudence is possible to base on its wrong perception; namely, chaos is considered as a stray disordered and impaired structure. In fact, chaos theory is a theoretical model aiming to find the disorder created by order and cannot be separated from the notion of order. In another words, the concept of order is not rejected by chaos theory but the establishment of an ordered system-organization after the emergence of disorder. Despite that one must accept the fact that disorder and instability dominate the relations in society rather than order and balance. If it is not accepted so, it would be ignored its existence purpose of legal in the society or its function within the societal system. Then, in order to analyze disorder and instability at the theoretical and practical platform chaos theory must be considered by

---

9 AKBABA, Sadegül/ALTUN, Arif. **2001**.

10 PENNER, James/MELISSARIS, Emmanuel, **McCoubrey & White’s Textbook on Jurisprudence**, 5<sup>th</sup> Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 250.

the modern jurisprudence. Accordingly, Scott suggests that all systems including legal systems are unpredictable and unstable. Chaos theory at the beginning level means the acceptance of instabilities and disorders in our legal system<sup>11</sup>. More clearly, since a legal system or legal order, which is completely abstracted from disorder, is out of question, only lesson worth learning is that searching for a just legal order is a false hope and chaos is inevitable, as Scott stated. However, chaos theory has an extremely deep and powerful insight<sup>12</sup>. Then, in some situations, where order and disorder coexist, mutual friend of chaos and justice can be said that is order. By means of chaos theory, modern jurisprudence may obtain an opportunity to examine the variable nature of the system by accepting the existence of disorder and contradictions in legal system. Thereby, it can have a new order understanding, which flourishes on a balance that is shaped by (dis)order, complexity and uncertainty.

What kind of order emerges from disorder or which sort of disorder creates orders that are questions can answer the reasons of modern jurisprudence 's utilization of chaos theory. Then, the existence of order is the only possible dialectic platform distinctive for chaos theory and with the shift towards a new order by organizing current order factors within disorder. At this point, order, which is left in the arms of a mysterious uncertainty, arises not as a result of disturbance or an aimless progress but as a result of a secret transformation towards a new structure with inner consistency. "Like the order that miraculously appears from the disorder of nature, so too, a deep structure exists in legal"<sup>13</sup>. Scott, who states that justice paradox is like overly repeated no identical patterns of an oscillating pendulum<sup>14</sup>, emphasizes that each pattern different in scale and dimension is a dynamic system that is similar to former but different in scale. According to him, the phenomenon of pattern shaped by unpredictable and disorder human behaviors, are the reality that makes it easier for us to accept the inevitability of paradox in justice. In this respect according to Scott, who reminds us not to lose our hope, justice has fundamental contradictions and legal paradox that keeps our justice system alive is dynamic. Repeated patterns that teach us ourselves as a society, order in chaos are a major transformation process<sup>15</sup>. Order creator or regulator function of the legal is still protected despite current pattern facts shaped by disordered human behavior and justice paradox.

One of the issues started to be discussed in the modern jurisprudence with the chaos theory is the notion of nonlinearity. Thereby, modern jurisprudence, like the other social sciences tends to face nonlinear functioning because of the complex nature of societal relations. Moreover, as Scott mentioned, legal is not a linear transformation

---

11 SCOTT, Robert E., "Chaos Theory and the Justice Paradox", *William and Marry Law Review*, Year: 1993, Volume: 35, Number: 1, (pp. 329-351), p. 348.

12 SCOTT, 1993, p. 349.

13 SCOTT, 1993, p. 349.

14 SCOTT, 1993, p. 350.

15 SCOTT, 1993, p. 350-351.

process, this equation cannot be solved. In order to overcome new dilemmas, it goes back, transforms and redefines old concepts. This nonlinear situation is a tendency close to the description of chaos theory, which is seen as it was drafted almost together with justice paradox<sup>16</sup>. Likewise, this tendency can be observed in the nonlinear interaction processes between input and output transformations in contemporary legal systems. Because, this kind of systems are legal orders of complex societies, in which diverse and fast socio-economic and technological developments interact in a nonlinear feedback process.

Chaos theory, in which predictability and therefore controllability decrease, characterizes unpredictability of results at least for a while as a result of the imbalances between input and output processes in nonlinear dynamic systems and feedback. Likewise, Scott<sup>17</sup>, characterizes of chaos as the idea of inability to predict what will be the laws of physical world. Uncertainty or unpredictability resulted from nonlinear relations in legal area may happen in two separate dimensions: First one is the obscurity of what kind of a course will relations of legal have at the level of system with societal structure. The second is the unpredictability of what kind of effects will practice of rules and decisions have on society. Because predictability, a function of linearity, is a result of simple determinist relations' analysis; both uncertainty conditions, which are the results of nonlinear relations in modern jurisprudence, can be analyzed within the scope of chaos theory.

## 2. METHOD

In this study, chaos theory is approached as a new theoretical both model and method that can present important clues to modern legal discipline in examining order of disorder and nonlinear possibilities. In order to determine the contributions of chaos theory to modern jurisprudence, data obtained from current literature and a rational inference method, in which induction and deduction levels were used together and benefited. Because, it is a known fact that there is a mutual connection between induction and deduction, both of which we think must be used together in rational inference analysis. Thus, deduction is composed of the phases of induction of general principles from observations first and then deduction of observations based on general principles when examining nature. In other words, deductive method is one of the valid scientific inference methods used generally in systemizing all appropriate results in order to infer in a more consistent manner after the accumulation of empirical data and interpretation of that empirical data in a theoretic manner<sup>18</sup>. The study, in which a circular course was followed in using both levels of approach, was conducted in a framework that completes two different dimensions of rational inferences.

16 SCOTT, 1993, p. 350-351.

17 SCOTT, 1993, p. 330-331.

18 **What is Deduction, Deduction Types, and Historical Development**, <http://www.baktabul.net/felsefesosyoloji/131665-tumdengelime-deduksiyon-nedir-tumdengelime-cesitleri-tarihsel-gelisimi.html>, (Access date 1.11.2015).

Rational inferences based on deduction were carried out by availing of two inference methods of direct inferences -composed of one premise and one result propositions- and indirect inferences -two premises and one result propositions-<sup>19</sup>. Direct inferences are reasoning's that mind performs by directly inferring without any proposition other than the first one. For example, a mind can infer the result of "some livings are human" without requiring any intermediary proposition against the proposition of "every human is living." Indirect inferences are the reasoning way when a mind benefits from another proposition after the first one; therefore it is composed of minimum two premises and one result proposition. For example, it characterizes as such, "human are mortals", "Socrates is human", and "therefore, Socrates is mortal"<sup>20</sup>. In this study, where main principles of chaos theory and nonlinearity with order principle are tried to be transferred to modern jurisprudence via rational inference, two main goals, which follow each other incrementally, are pursued: The first goal of this study is to determine the contributions of chaos theory, which opens up a new and different horizon to legal discipline in 21st century's science understanding. The second one is to examine the shifts occur in approach styles regarding order and linearity of modern jurisprudence within the scope of chaos theory. Generally, in the line with these main goals, what kind of innovations does main concepts of chaos bring to justice, how it can be used in solving theoretical and methodological problems of modern jurisprudence and how does the shifts chaos theory caused in order and linearity approaches reflect to legal discipline can be regarded as the questions, whose answers are searched. In order to search for the answers of aforementioned questions, it was tried in this study to analyze primary problematic of legal discipline within the scope of main principles of chaos theory in a descriptive manner.

### 3. A BRIEF HISTORY OF CHAOS THEORY

Although chaos theory looks like a discovery of this age, has a long history, whose roots reach to Ancient Greece. The etymology of chaos word, which is used to describe the not complexity but "flexible space" before cosmos, goes back to the stories of Hesiodos' Theogonia in Greek Mythology of 8th centuries B.C.<sup>21</sup>. In this mythology "Khaskein" means "space, openness, flexible space" in terms of derivative, was explained as a space and huge abysm before world order, -cosmos-<sup>22</sup>.

19 (What is Deduction, Deduction Types, and Historical Development).

20 (What is Deduction, Deduction Types, and Historical Development).

21 AKALIN, Esin, "Chaos in Mythology", **II. National Symposium on Chaos, Logic, Mathematics and Philosophy**, (21-24 September 2004), İstanbul Culture University Publications, Number: 49, İstanbul, 2004 (pp. 21-30), p.21-22.

22 DÜRÜŞKEN, Çiğdem, "An Etymological Analysis of Chaos and Cosmos" **II. National Symposium on Chaos, Logic, Mathematics and Philosophy**, (21-24 September 2004), İstanbul Culture University Publications, Number: 49, İstanbul, 2004 (pp. 5-11), p. 5-6.

The entry of chaos theory into modern science history happened<sup>23</sup> in the 18th century<sup>24</sup>. The studies contributed to the development of chaos theory at first were related to physics, mathematics and space sciences. As an early proponent French mathematician J. Henri Poincaré contributed to chaos with interaction amongst three planets about gravitational laws in the 1890s<sup>25</sup>, as well as topology and dynamic systems<sup>26</sup>. In 1898 Jacques Hadamard, developed a mathematical model named geodesic flow<sup>27</sup>; in his influential study Hadamard's Billiards. Later studies on the topic of nonlinear differential equations were carried out by G. David Birkhoff, Andrey N. Kolmogorov, M. Lucy Cartwright and John Edensor, Littlewood inspired by physics, except for Stephen Smale. Even though there have been some initial efforts on chaotic behaviour before; thanks to some early chaologists American physicist Mitchell Feigenbaum, the Polish-born mathematician and inventor of fractals Benoit Mandelbrot, American mathematician James Yorke and the American meteorologist Edward Lorenz, "chaos" became formalized in the twentieth century<sup>28</sup>.

Although Poincaré, renowned for his work on dynamic systems, is accepted as the father of chaos, it is suggested that meteorology professor Edward Lorenz of MIT made the most important contribution<sup>29</sup>. Edward Lorenz, known as early pioneer of chaos was working on weather predictions in 1961<sup>30</sup> and also<sup>31</sup> discovered the fundamental principles of chaos theory, such as the butterfly effect<sup>32</sup> likewise, attractors by giving graphic description of his findings using his computer. Contemporaneously, Benoit Mandelbrot started to his studies in 1963 but it published in 1982 *Geometry of Nature* became a classic of chaos theory<sup>33</sup>.

23 KENDİRLİ, Selçuk, "Chaos Theorem in Portfolio Management." **İstanbul Culture University Journal of Physical and Engineering Sciences**, Year: 2006, Volume: 4, Number: 2 (pp.171-180), p. 173.

24 YARDIM, Funda E./AFACAN, Erkan, "The Simulation of a Chaotic Communication System by Using Lorenz-based Differential Chaos Shift Keying (DCSK) Model." **Gazi University Journal of the Faculty of Engineering and Architecture**, Year: 2010, Volume: 25, Number: 1 (pp. 101-110), p. 102.

25 **Chaos Theory**, <http://www.scienceclarified.com/Ca-Ch/Chaos-Theory.html>.

26 **Chaos Theory**, <http://www.referenceforbusiness.com/management/Bun-Comp/Chaos-Theory.html>, (Access date 1.11.2015).

27 OESTREICHER, Christian, "A History of Chaos Theory", **Dialogues in Clinical Neuroscience**, Year: 2007, Volume: 9, Number: 3 (pp. 279-289), <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3202497/>, (Accessed date 1.11.2015).

28 **Chaos Theory**, <http://encyclopedia2.thefreedictionary.com/Chaos+theory> (Access date 1.11.2015).

29 ÖGE, Serdar, "Order or Disorder (Chaos)? An Evaluation for Sustainability of Organizational Integrity" **Selçuk University Journal of Social Sciences**, Year: 2005, Volume: 13 (pp. 285-303), p. 287.

30 URAL, Şafak, "Chaos of the Cosmos." **II. National Symposium on Chaos, Logic, Mathematics and Philosophy** (21-24 September 2004), İstanbul Culture University Publications, Number: 49, İstanbul, 2004 (pp.353-363), p. 356.

31 **Chaos Theory Simplified**, <http://www.physicsplanet.com/articles/chaos-theory-simplified>.

32 **Chaos Theory**, <http://www.referenceforbusiness.com/management/Bun-Comp/Chaos-Theory.html>.

33 OESTREICHER, 2007.

Another major contributor to chaos theory Mitchell Feigenbaum a physicist, offered the scenario as known "period doubling to defining the transition between a regular dynamics" on chaos at Los Alamos National Laboratory in 1974<sup>34</sup>. M. Feigenbaum with his proponent article "Quantitative Universality for a Class of Nonlinear Transformation" also described logistic maps. Following, The New York Academy of Sciences organized the first symposium on chaos attended by the Belgian physicist David Ruelle -coined the term "strange the scenario as known "attractor" by studying this figure-<sup>35</sup>, Robert May, James A. Yorke, Robert Shaw and the meteorologist E. Lorenz, in December 1977. Besides, Ilya Prigogine, winner of the Nobel Prize in 1977 and Isabelle Stengers in their famous book, *Order Out of Chaos*, were discussed unexpected synthesis of order and chaos in classical science<sup>36</sup>.

James Gleick, a French mathematical physicist, published in 1987 *Chaos: Making a New Science* introduced the general principles of chaos theory as well as its history to broad public. This new theory has led to the emergence of an anti-modern paradigm upheld by Gleick<sup>37</sup>. Another theorist, John Briggs in *Fractals: the Patterns of Chaos*, discusses chaos science and fractals mechanically interacting fragments driven by mechanical laws, but a world that is alive, creative, and diversified<sup>38</sup>.

#### 4. MUTUAL FRIENDSHIP ZONE OF CHAOS AND LEGAL: (DIS)ORDER

Chaos is associated with disorder as of its word meaning and because it is expressed as the "order of disorder", it can be said that it has a complex relation between chaos and order. Thus, five fundamental propositions, characterized chaos theory regarding the order, are mentioned in current literature:<sup>39</sup>

1. Order creates disorder.
2. There is an order within disorder course as well.
3. Order derives from disorder.
4. Reconciliation and dependency of the new order show themselves briefly after the shift.
5. Generated new order develops towards and unpredictable direction via a process that is organized by itself.

In the hypotheses above, order and disorder are explained as processes, which cannot be considered separately and in fact complete each other. The expression "chaos is in order, order is in chaos"<sup>40</sup> emphasizing a direct interaction between chaos and

34 **Chaos Theory**, <http://www.referenceforbusiness.com/management/Bun-Comp/Chaos-Theory.html>.

35 OESTREICHER, 2007.

36 PRIGOGINE, İlya/STENGERS, Isabelle, **Order out of Chaos, Man's New Dialogue of Nature** (Trans: S. Demirci), İz Publishing, İstanbul, 1998.

37 GLEICK, James. **Chaos: Making a New Science**. Penguin Books, New York, 1987.

38 MACKEY, Linn, **Is Chaos Theory Postmodern Science?**, <http://reconstruction.eserver.org/Issues/044/mackey.htm>, (Access date 1.11.2015).

39 KENDIRLI, 2006, p. 173.

40 **Chaos Theory, Part 1**, <http://members.tripod.com/MustafaCemal/Articles/KAOS/Kaos1.htm>, (Access

order which can coexist in the same system, are accepted as interpenetrated situations. In other words, chaos expresses the order in disorder. Hence, instead of the denial of order in chaos, it is possible to find the transformation, expressed as the order of disorder. On the other hand, as Laszlo contacted as well, shift of chaos into a kind of order in most of the complex systems<sup>41</sup> is witnessed. Accordingly, no matter how big a disorder and complexity arises in a structure, consequently it is emphasized that either progress towards a new order, in which new elements occurred in the process organize or shift towards a new order as final are possible. Namely, chaos points to an order based on a sensitive balance rather than disorder; it cannot be characterized as the symbol of a drift that is disorganized and moves towards an uncertainty without any goal. Overlooking the secret meaning or initial condition of this shift, disengagement from the past occurred in the system and swift progress towards an unpredictable point can be said to be an effective factor in perceiving as a drift towards disorder. In other words, chaotic shift occur in the system does not happen in a disorganized manner but acts in accordance with a secret goal and inner consistency.

Because there are not so many things that lessen since the creation of cosmos -at least physically-, it would not be wrong to think that new and old factors constantly replace each other, which means all factors fulfill their creation duty in accordance with their already coded creation goals during the renewal process. Operating through reorganization of all factors that act in accordance with the purposes attributed to them in order to create a new order can be qualified as the most obvious proof of this. It is seen in this respect that the terms attractor and fractal, which has an important place in chaos theory, are extremely useful conceptual tools in explaining the interaction between order and shift. Because attractors are the creations that emerge during the process of shift and function as power groups that leads shift to way hard to predict. Considering the fact that the term fractal characterizes the repetition of all disorder piece and pattern in the cosmos in unlimitedly waning scales, when each of those replaced pieces enlarged they give the entirety of the object, it can be seen that chaos organization is not a disorganized and disorderly structuring at all. Therefore, this principle based on harmony and similarity between part and whole, is accepted to be notably functional in explaining the order in chaos.

Justice is essentially associated with rules and societal order aimed to establish by these rules. In an explicit manner, justice is accepted as the representative of the rules in effect in terms of institutions and assurance of peace and trust environment. It can be said that justice must strike at two dimensional balance in societal life, namely restoring the public order and protecting individual rights and freedoms. Because of justice's attention on order, it must be expected to be the first institution that will be engaged in chaos in that it brings a new alternative point of view to societal order. Forwhy

---

date 1.11.2015).

41 LASZLO, Ervin. *Die Neugestaltung der Vernetzten Welt: Global Denken - Global Handeln*, (Trans: İ. S. Canbolat), 3rd Edition, Nobel Publications, Ankara, 2004, p.52.



as Mitrović stated, chaos theory is a notably young discipline that aims to research and explain disorderly behaviors such as discovering order in disorder. Chaos theory is skeptical towards the settled beliefs and scientific assumptions about only order rules to the world and therefore, it does not deny order due to disorder and examine the order in the nature of disorder via special, fundamental mathematical methods and computer programming techniques. Such a goal of chaos theory may be easily accepted in justice, because disorder behavior and disorder processes are available in a remarkable manner in justice along with the ordered behaviors and processes. Thus, chaos theory is a fact and system especially benefited by justice for research and practice<sup>42</sup>. Accordingly, in order to develop an ordered societal structure and individual behaviors, justice is required to benefit from chaos theory in examining the disordered ones. Chaos theory seems to a good theoretical model that by understanding the nature of disordered, anomalous and criminal behaviors contributing to modern legal discipline in discovering possibilities of order in disorder or reasons of disorder in order.

Opportunities for legal discipline to benefit from chaos theory as Mitrović stated, can be expressed as a whole when it is understood that chaos is not the same thing with imbalance and this chaos may imply the existence of organization and order. Therefore, chaos does not only mean the impairment of a fact, a system or an organization, but also means the establishment of a system organization by means of randomness and disorder<sup>43</sup>. According to Aronne, who presents a similar approach, despite the fact that chaos is sensitive to system's beginning conditions that were originally coded, other less intense scientific elements that construct respective action and discourse that uncovers it, chaos contains the notion that it has a determined structure a priori<sup>44</sup>. Thus, as stated before, chaos and order, which is an inseparable couple, are not partners with complexity and imbalance but with order. In this respect, chaos focuses on the research for possibilities of a transition from disorder to order. Moreover, disorders cannot be shown as the main reason of chaos. As Aronne emphasized, chaos may emerge from determination and it can be observed that variations in such cases derive from the abundance of subject<sup>45</sup>. Consequently, even during the times, when all systems have a determined structure, the possibility of their chaotic tendency is emphasized.

According to the fundamental approach of chaos theory, almost everything in the cosmos is chaotic. Even a number of facts and incidents, whose linearity and predictability are considered precise, may show a chaotic display in time. Moreover, as stated before, it is not an easy task to determine the direction of shift in chaotic systems. Even in the situation where all the components of a system can be known, not the direction of

---

42 MITROVIĆ, Dragan, "The New Path of Law, from Theory of Chaos to Theory of Law", **Law and Politics**, Year: 2001, Volume: 1, Number: 5 (pp. 605-612), p. 605.

43 MITROVIĆ, 2001, p. 607.

44 ARONNE, Ricardo, "An Introduction to the Juridical System, Private Law and Chaos, Summary Prisms of a Research on Civil-constitutional Law", **IX. International Chas Conference**, 2006, <http://bdjur.stj.gov.br; https://core.ac.uk/download/pdf/15997192.pdf>. (Access date 1.11.2015), p.13.

45 ARONNE, 2006, p. 13.

a possible chaotic shift but in which possibilities it will move can be predicted. However, this time, uncertainties in the infinity of this shift's happening possibilities are faced. Power groups that lead to transform in a certain direction to these chaotic systems, which moves in accordance with various possibilities instead of precise rules as stated before, are "attractors". These attractors in question provide an opportunity to have information on the path shift will follow as well as determination of centers that leads shift. According to this approach of chaos theory on shift, justice, which provides a relatively linear and determined system structure can show a chaotic shift. As is known, legal rules are accepted as relatively stable and slowly changing elements in society because they are based on norm and values structure of society. Moreover, a shift, disorder or complication occurred in societal structure and relations can reflect directly on legal structure. In other words, even the occurred complexity is not a problem regarding directly legal structure; it can turn into an issue that interests it through the general structure of society and inter-institutional relations. At this point, it can be said that the outcome of justice can be determined as the result of shift groups mentioned above in other words leading possibility of it by attractors and predictions on how a path of shift will follow.

## 5. FROM ORDER FRIENDLY LINEARITY TO NONLINEAR LEGAL ORDER

Chaos is a formation that has meaning in the nature of nonlinear systems. Because a harmonized relation between cause and effect in linear systems supports order, there is no need to worry about a chaotic situation. However, there is not a simple linear relation between input and output processes of nonlinear, complex systems and possibilities of either chaos or order take place in a relatively less complex platform because there is a circular relation. In other words, it is not possible to precisely predict the results because there is not a simple and linear function of obtained results and used inputs<sup>46</sup>. In a nutshell, according to chaos theory, it is not possible to precisely predict the conditions in past or future because of the nonlinear relations<sup>47</sup>.

Then, it doesn't seem possible explaining the unpredictability of shift, which is complicated because of the relations in nonlinear systems, with classical determinism, either. Hence, it is obvious that uncertainty or unpredictability in nonlinear systems created by imbalance of input and output processes in the system and linear structures with their periphery will lessen the prediction and control power of modern paradigm. In that regard, because legal systems constitute one of the best examples of linear systems, chaos theory is thought to have significant theoretical and methodological principles in explaining its location within nonlinear relation systems that is formed with societal environment.

---

46 ÇORBACIOĞLU, Sitki, "Socio-technical Systems which is Self-adapted the Changing in Their Environments and Disaster Management" **TODAI**, *Journal of Contemporary Local Governments*, Year: 2005, Volume: 14, Number: 2 (pp. 43-60), p. 10 cited from URI, Merry, **Coping with Uncertainty**, Praeger Publication, Westport, 1995.

47 ÇORBACIOĞLU 2005, p. 10 cited from KOÇEL, Tamer, **Business Management**, Beta Printing Inc. Company, İstanbul, 2003.

Determinism, explicating a world governed by a lawful order with the predictability in modern science<sup>48</sup>, gained a whole new dimension by means of butterfly effect principle among the priorities of chaos theory. The butterfly effect, known as sensitive dependency to initial condition, is represented by a metaphor for the wing flap of a butterfly in Beijing affecting the weather in New York. This model developed by Lorenz, requests to be gone beyond the determinist understanding in comprehending the incidents of physical world. This tenet of chaos is considered almost everything briefly the cosmos with a whole new point of view<sup>49</sup>. This different determinism understanding seems like an approach style that can be easily applied to the theoretic and practical problems of law. For example, according to Scott, explicit application of the butterfly effect, tiny differences in initial variables may cause major shift in final results principle, makes it clear that even tiny differences in case realities would wildly separate case results from each other. Disorder is inevitable in both conditions<sup>50</sup>. Likewise, it can also be mentioned that initial conditions that seem insignificant during drafting a constitution and legislation processes may cause unpredictable and striking results on subsequent times and conditions. On the other hand, legal qualifications, practice difficulties and suitability for societal structure of constitutional provisions and laws, which are shaped in accordance with initial conditions, may cause unpredictably major shifts in the society at oncoming times. Predictions regarding which direction will that shift occur or what will be the direction can be envisaged to be made through bifurcation possibilities.

The reason of the fact that modern paradigm relatively allows the analysis of linear relations as well as the almost strong determinist nature of legal systems may have caused the dismissal of nonlinear dynamic systems in legal area. This condition in question, as Aronne mentioned, proves the mistake of obvious simplification in all modern sciences by traditional theory. The intellectual effort of modern jurisprudence is only the official parameters of consistency. This condition arose as a result of Kant's and metaphysics' direct effect<sup>51</sup>. In other words, this simplifier approach has limited the modern jurisprudence into engaging with only linear functioning as well as other disciplines. The linearity principle in modern paradigm is used widely in system analysis in this respect but in real life, as as Gleick point out everything is not linear as we are thought<sup>52</sup>. Beyond this, Aronne argues that nothing is linear. Moreover, linearity is tried to be obtained with difficulty in certain condition<sup>53</sup>. Justice is similar to life. Its linearity is naturally recognized with difficulty. Linearity is a model that is common in an

---

48 WILLIAMS, Christopher R./ARRIGO, Bruce A., **Law, Psychology and Justice, Chaos Theory and the New Dis(order)**, State University of New York Press, Albany, 2002. (Access date 1.11.2015), <http://www.sunypress.edu/p-3467-law-psychology-and-justice.aspx>, p. 20.

49 URAL, **2004**, p. 356.

50 SCOTT, **1993**, p. 348.

51 ARONNE, **2006**, p. 18.

52 GLEICK, **1995**, p. 67.

53 ARONNE, **2006**, p. 18.

environment isolated from others. For example, laboratories and legislation activities<sup>54</sup> are the most obvious examples of this. While legislation work performs in a relatively controlled environment with certain conditions, societal relations, which are the subject of justice, occur in a relatively uncontrolled, nonlinear and dynamic environment. Therefore, it is obvious that chaos theory will fill an important gap in legal area with the opportunities that provide for the analysis of interaction between the nonlinear systems and dynamic relations.

Chaos theory was born as a product of postmodern reasoning, which emerged with the criticism of modern<sup>55</sup> science<sup>56</sup>. In other words, it has emerged a whole new post-modern legal understanding that is substantially different from modern legal reasoning with the chaos theory. As a matter of fact, according to T.R.Young, routines, rationality and uniformity gained importance in functioning of modernist judicial systems within the scope of "nonlinearity" principle. According to modern justice, irrationality and disorder is strong during nonlinearity. Postmodern judicial systems, which are based on chaos and complexity include creativity and diversity during both legislation and entry it into force<sup>57</sup>. It is impossible to see nonlinearity as the fundamental reason for disorder and irrationality in modern justice as well as stated by Young to objectifying orders and rationalities modern judicial system requires<sup>58</sup>. As a matter of fact, just as there are not two criminal cases completely identical to another, there are not two police officers, who will respond to a job in an identical manner. There are not two judges, who will give the same verdict on the same problem. Likewise, there are not two jury members, who will reach completely the same judgment on a murder, rape and theft action as well as there are not two prisons that will deal with a convict completely in accordance with the court. Therefore, diversity is a piece of human life process and a type of modern judicial system with rationality requirements is possible<sup>59</sup>. Even though they are sure of what they are doing, these are not special conditions that change the trial. It is not that sameness and similarity is impossible although they are impossible. It is rather that mercy, forgiveness, clemency and acceptance are larger, more powerful recourse to transcending justice<sup>60</sup>. In this respect, the thing that contradicts to linearity is the condition of some criminals doesn't respond to mercy and forgiveness. All criminals will act in an irrationality of helping the society such as weakness and exploitation possibilities

---

54 ARONNE, 2006, p. 17.

55 MACKEY, (Is Chaos Theory Postmodern Science?)

56 ERDEMİR, Erkan, "The Effects of Postmodernism on Business Management: A Conceptual Analysis", **e-Academy Journal**, Year: 2006, Volume 52 (June), <http://www.e-akademi.org/makaleler/eerdemir-1.htm> (Access date 1.11.2015).

57 YOUNG, T. R, **A Constitutive Theory of Justice: Architecture and Content**, The Red Feather Institute, Year: 18 September 1996- 26 June 1997, <http://www.critcrim.org/redfeather/journal-pomocrim/vol-1-intro/004constjustice.html> (Accessed date 1.11.2015).

58 YOUNG, 1996-1997.

59 YOUNG, 1996-1997.

60 YOUNG, 1996-1997.

sooner or later. Such a nonlinear respond in the discourse of forgiveness and rescue would still be appropriate most of the time for many people. Parents, friends, police, judges, wardens, teachers and the other obligors will make social control such nonlinear responses with good effect to the human project<sup>61</sup>. Despite this nonlinear creativity and diversity of postmodern justice practices, modern justice showed an approach, which is independent from societal institutions and values, functions as an unbiased, mechanical tool and rejects diversity with its rationality and is strongly opposed to nonlinear condition. Because, modern justice wishes the sustainability of a uniformed structure, in which laws are applied in a relatively rational manner. Therefore, determinist structure, which is based on relatively linear relations in making and applying legal, will be protected. Thanks to the advantages provided by determinist structure in terms of simple linear relations between incidents and their results, prediction and control claims of the system are sustained.

Diversity, which is rejected by linearity, contains variety between different systems just as the multiplicity of nonlinear systems within themselves. Similarly as Murphy stated<sup>62</sup>, there doesn't need to be a single set of laws binding everyone. In any event, such a system never existed. Hence, cohabitation of different systems is suggested to be possible by means of "nonlinear feedback" of chaos theory. As Young emphasized, chaos theory has another one of the most valuable lessons that propose the construction of postmodern legal and justice systems in a distinct manner, which is most diverse systems may engage in the same area in terms of time and place, only if the feedback among them are not linear. For example, in the USA, one can find to some seven or eight parallel and very different systems of justice; religious, political, economic, medical and psychological. While it may seem redundant and inefficient to have parallel justice systems and, may in fact, be so, still the possibility of co-existing justice systems is the best meets the human need for redemption, reparation, restoration and rehabilitation<sup>63</sup>. In this respect, one of the interesting examples of nonlinear feedbacks in legal is related to the area of design-defect law, which can be evaluated within the scope of consumer rights. It is suggested that cohabitation of a vast diversity of design-defect tests used by state courts makes American products appear like chaos in liability justice. Because the states failed to develop a strong agreement on design-defect legal tests<sup>64</sup>. It has emerged to different practice and decision making types as there is not a unity or agreement among states on proof measures and how they reflect on decisions regarding whether a product has design-defect. Complexity arisen from the diversity and relativity of these standards used in design-defect is characterized as chaos in

---

61 YOUNG, 1996-1997.

62 MURPHY, Robert P, **Chaos Theory, Two Essays on Market Anarchy**, Ludwig Von Mises Institute Publishing, Auburn, Alabama, 2010, [https://mises.org/system/tdf/Chaos%20Theory\\_2.pdf?file=1&type=document](https://mises.org/system/tdf/Chaos%20Theory_2.pdf?file=1&type=document), (Access date 1.11.2015), s.14.

63 YOUNG, 1996-1997.

64 VETRI, Dominick, "Order out of Chaos: Products Liability Design-defect Law", **University of Richmond Law Review**, Year: 2009, Volume: 43, Number: 4 (May), (pp. 1373-1457), p. 1373-1374.

design-defect law. Approach type in question, can be seen as a natural reflection of a point of view that adopts uniformity of modern paradigm.

As Young stated, modern justice presumes converge of all cultures toward one universal culture contained within a global political economy. The rich cultural inheritance of French, German, Japanese, Inuit and Russian blended and melt into one common ubiquitous culture in the modernist scenario. Given a modernist legal theory and justice system, that effort at sameness is constituted. In the pre-modern scenario, one religious tradition triumphs and all others are relegated to the dustbin of history as myth and superstition. It is not so in an affirmative postmodern architecture of justice. Thus, postmodern world tend everything to deregulation and privatization<sup>65</sup>. Competing, contradictory and coterminous neighbour systems of marriage, politics, religion and economics can maintain their structures. It means to apply the different rules to different peoples as long as nonlinear feedback is honored for a five moments of practice. The emphasis on each moment can vary within a given social-life world as the degree of nonlinearity. Still, given nonlinearity, we might see Islamic peoples living side-by-side with peoples who embody Christian, Hindu, Buddhist and Jewish religions<sup>66</sup>. In this respect, the condition that many different justice systems coexist for the linear systems are accepted as possible in nonlinear systems, which are defended by chaos and complexity theories.

Linear system in modern jurisprudence can be relatively functional for societal and legal order of the same kind. However, the presence of heterogenic groups of that have diverse belief, value and socio-cultural qualifications in postmodern societies requires that diverse justice systems' coexistence in certain conditions, thus it may cause lack linear functioning not to be functional. Because, as Young stated, modern and pre-modern justice systems insist upon one and only one way of doing marriage or gender. Given nonlinearity in a justice system, traditional marriage forms can exist side by side with very different forms of intimacy. If we use chaos theory to constitute our theory of justice and to make laws, we can retain the richest diversity, the rich legacy of ethnic and national cultures<sup>67</sup>. Besides these advantages provided by chaos theory in analyzing nonlinear functioning, it also teaches the prediction and control efforts, which gets weaker and unsuccessful as more chaotic regimes appear. The vast effort to control the effects of racism, gender violence, class inequality and corporate hegemony over the production and distribution of essential social goods are, if social processes are indeed nonlinear, these efforts are doomed to failure<sup>68</sup>.

Even though, modern legal systems are assumed to have a relatively determined structure, it is possible to evaluate the determination in functioning of these systems

---

65 BAUMAN, Zygmund, **Postmodernity and its Discontinuents** (Trans: İ. Türkmen), Ayrıntı Publication, İstanbul, 2000, p. 25-26.

66 YOUNG, **1996-1997**.

67 YOUNG, **1996-1997**.

68 YOUNG, **1996-1997**.

within two separate dimensions namely theoretical and practice. Since as Mitrović stated, legal presents a determined system, when, for instance, available series of rules on various legal actions is created. However, justice is an undetermined system during practice, because only a part of written things are actually practiced<sup>69</sup>. Similarly, Aronne also suggests that law inoculates periphery's legal system the practice of ideal conditions laid down in the law text when the law is within a closed system. According to him, this law tries to construct itself as a sub-system in an entropic manner<sup>70</sup>. In brief, it is point out that there have been significant differences between the theoretical conditions at the time of law making and the current conditions at the time of law's practices. Differences in question bring about an obvious diversity in practice. As Aronne emphasized again, there are causative variations even against the most determined jurisprudence. Such variations are possible at a macro level point of view. Nothing can be predicted and nothing is determined in current case law<sup>71</sup>. According to this, it cannot be said that fundamental assumption that modern justice systems have a relatively determined and uniformed structure is not validated at least in terms of law practice. Diversity resulting from the practice of a certain law on similar conditions shows that practical conditions of the law are not mechanical and predictable. Moreover, if a feedback between a society and justice system which is seen determined in theory but undetermined in practice happens in a nonlinear form, it may cause the fact that justice does not meet the expectations of society and therefore, it might cause an inconsistency between the justice system and society, and increase in society's disorders. Return of demands, which are sent as input to the systems by the society and cannot be met, back to the society again in the next step as output may create a turbulence effect in the undetermined legal system.

## **6. A CONTRIBUTION FROM TENETS OF CHAOS TO NONLINEAR LEGAL ORDER**

Turbulence position which describes the dragging of a proper functioning linear system into a disorganized and overly disorganized structure or vortex can be observed under two separate categories namely structural problems in justice and extralegal practices. Structural problems in justice can be restricted when society is dragged into an overly disorganized structure by a number of malfunctions, which occur within both the structure and practice of legal system in force. Constitutional problems, difficulties in legislation and its practice, imbalances between crime and punishment<sup>72</sup>, dissuasive nature of punishments and malfunctions occurring in punishment system can be included within this category. All the activities which reject current judicial system and act against the

---

69 MITROVIĆ, 2001, p. 608.

70 ARONNE, 2006, p. 12.

71 ARONNE 1996-1997, p. 4.

72 PIPER, Barnabas, "A Justice Paradox: Sandusky's Conviction Doesn't Ease the Pain." **Byfaith**, Year: 2012, June 28, <http://byfaithonline.com/a-justice-paradox/>, (Access date 1.11.2015).

fundamental judicial principles such as rights, justice, equality and freedom or are conducted out of current judicial system can be arrayed under extralegal practices. A number of arbitrary judicial and political practices, which are out of the forms approved by current legal system and surpass their limit of authority, constitute good examples of extralegal practices. As the governments change in democratic societies, it is common for the activities within both legislative and executive approaches and activities to give such results. In other words, problems carried by system are referred with the structural problems in judiciary and practices against the system or out of system is referred with the extralegal practices. Problems in both categories may cause a legal system to go into turbulence at an unexpected time. The effect of turbulence may arise when legal institutions cannot meet societal inputs and demands in terms of aforementioned problems as well as with the legal regulations as a result of abolition of a number of dominant dynamics in societal structure. For example as Young stated, it well may be the case that the degree of uncertainty embedded in the number of attractor basins available in legal codes defeat the human need for change and renewal in that they forbid options which, in times of uncertainty, answer better to the human project than behaviors sanctioned by legal codes<sup>73</sup>. At the same time, social policies which drive a society into deep chaos may well increase uncertainty so much that collective responses to common problems are displaced by privatized, short term responses such as theft, robbery, genocide, fraud and other behaviors hostile to human agency. For instance, the case of the IK people in north-east Uganda serves as point. They were forbidden to hunt game by the government which used their ancient hunting grounds as game preserve to attract tourists and foreign currency. The IK society collapsed; children abandoned or prostituted, elderly people were expelled, marriage forms collapsed<sup>74</sup>.

Bifurcation concept, in terms of scientific use stands for sudden direction change for the evolution of systems. In the theorem of dynamic system, it is an environmental shift in the behaviors of mathematically designed systems during the move of an attractor group towards another. For example, a specific model created by the mobile situations around airstrip represents bifurcation<sup>75</sup>. Bifurcations emerge from the drawing complex systems under excessive burden and order breaks down beyond sensitive spot in the system, which is relatively orderly so far and shows a periodic oscillation, and systems develop on chaos<sup>76</sup>. In his work *"Die Neugestaltung der vernetzten Welt: Global Denken - Global Handeln"* Ervin Laszlo likens bifurcation to double-edged sword; one side is the source and reason of creative chaos and the other side alike the sword of Damocles hits to everyone in the way. Laszlo<sup>77</sup>, who lists the forms of up-down in human communities that are not uncontrolled like in the nature as new life form,

---

73 YOUNG, 1996-1997.

74 YOUNG, 1996-1997.

75 LASZLO, 2004, p. 51.

76 LASZLO, 2004, p. 51.

77 LASZLO, 2004, p. 52-53.



alternative behavior model, ecological movements, pro-peace and other movements, states that as the confidence in dominant order decrease, these movements increase largely and become important factors that shape the future of society in short time<sup>78</sup>. Similarly, according to Young, bifurcations in variables which trigger gender violence, racist crimes and crimes against workers and/or customers by corporations are case in point. If uncertainties in employment or income are key words to racist crime and gender violence, then in order to prevent these from exploding to fill the social space available to them, an affirmative postmodern justice system would, in the first instance, see to policy which stabilizes these at minimal value<sup>79</sup>. Therefore, the possibility of prevention such bifurcations observed in linear legal systems by means of social policies come up. Moreover, Hubler's work at University of Illinois has shown, in principle, that even non-linear regimes can be controlled. It requires a light touch at the right time but, given wisdom and judgment, such intervention in the life of a family, in the routines of a school, in the habits of police officers and in the policies of a business may prevent large changes in juvenile delinquency, in ethnic violence, in vandalism or in consumer fraud<sup>80</sup>.

Bifurcations also may occur within the complex nature of systems and decrease of harmony relationship of legal and societal systems with the progress of legal system and incidents towards disorder by exceeding ordinary functioning limit through suddenly changing directions. For example, it is probable for a number of serious bifurcations to occur in societal structure in certain conditions of unable to strike a balance between the weight of committed crimes in judicial cases and given punishments, which is better known as lack of dissuasive manner in punishments and decrease of legal's sanction power. Legal regulations on terror, blood feud, violence against women, honor killings and division of property in marriage in Turkey can be displayed as improvements recorded by bifurcation of a number of societal problems. However, intervention by political authority to judiciary may cause a bifurcation within legal system. Getting ahead of equality principle of law by social class factor can be displayed as another bifurcation precedent. Similarly, according to Laszlo, in our world, where interdependency technological progresses prevail, there are so many things in danger that we cannot let coincidence take its course for the results of bifurcations. If future bifurcations are not predicted and directed in a conscious manner, they can ruin the whole humanity. They can lead to more injustice, asymmetrical interdependency and tiny controversies may spread the giant fires all over<sup>81</sup>. Therefore, in order to protect current legal order, it seems obligatory to consider bifurcations on essential legal concepts including right, equality, freedom and fundamental human rights that will remove the tensions to prevent society from dragging into chaos. Failing to prevent impairments caused by bifurcations

---

78 LASZLO, **2004**, p. 53.

79 YOUNG, **1996-1997**.

80 YOUNG, **1996-1997**.

81 LASZLO, **2004**, p.52.

in legal system or control them intensifies the possibility of impairment of legal systems increasing the possibility of direction towards an entropic order.

Second Law of Thermodynamics (entropy), accepts that in due course, all systems left by their own in natural conditions in the cosmos will move towards disorder and impairment in a directly proportional manner. For example, when a car is left in the middle of a desert and its condition is checked after some months it would be observed that it has flat tires, broken glasses, rusted hood and rotted engine. Second Law of Thermodynamics, also known as Entropy Law, is the measure of disorder in physical equations and calculations. Entropy Law accepts that the whole cosmos always moves towards a structure irreversibly a more disordered with no plan<sup>82</sup>. As the entropy increases, predictions become harder. As the entropy decreases; predictions become easier. When entropy is equal to zero, it becomes certain and therefore predictability of results increases<sup>83</sup>.

As stated above, entropy uncontrolled or left on their own, progressively stop working properly, through proceeds towards a more disorder and disorganized structure in time. As in other systems, legal systems may proceed in accordance with entropy law as time passes. Because, it has talked about many number of legal systems that live and die with great states during the history of civilization. Just like the organic systems, legal systems born; die and eventually disappear have a life span. At this point, Entropy Law may provide a number of clues to be beneficial in determining the life spans of legal systems and the conditions pushing these systems to break down. In this respect, entropy may also consider as a useful theoretical basis for studies on legal systems' past, present and future and their historical and integrated analyses. Besides, following the constantly to satisfy changing needs of society and reform the fundamental legal structures is an obligation for law. Humane legal systems are dynamic systems, which cannot be possibly left on their own uncontrolled for a long time. Corrosion condition in question is not only against the time but they can be subjected during interaction or dealings between positive and ideal law and among the most fundamental matters of law. As a matter of fact, what the most suitable to constantly human nature is an interaction process that completes or renovates two different aspects of a system that is in between of positive law and ideal. It does not seem possible for a legal system to resist Entropy Law in long term with such an interaction between them.

One of the fundamental principles of chaos theory connected with entropy is the legal incident with no possibility of irreversibility. Irreversibility can be useful to examine the conditions, which have no possibility of turning back to the initial conditions in certain incidents and practices within a legal system. Accordingly, based on irreversibility principle, which is characterized by the one direction nature of time, irreversible nature of any occurred criminal case or punishment, i.e. death sentence, can be talked about.

82 **Evolution Theory and Law of Entropy, The second Law of Thermodynamics Invalidates Evolution Theory**, <http://www.bilimarastirmavakfi.org/evrim/evrimentropi.html>, (Access date 1.11.2015).

83 EREN, Ercan, **Common Grounds in New Economics**, Year: 2010, <http://www.ikt.yildiz.edu.tr/RePEC/yil/makaleler/eren0013/pdf>, (Access date 1.11.2015).

The event happens and finishes in a subjective and singular manner. Repetition of the same event and punishment is not possible. Likewise, according to an example given by Handler<sup>84</sup>, three youngsters, who called 911 emergency lines, are lost in the sea due to their location could not be found. This incident, which caused a chaos, rallies congress, community and people related to many industries to force emergency call centers in establishing a wireless call system<sup>85</sup>. However, some technological obstacles, deficiency of wireless E-911 initiative and lack of any administrative organization that holds oversight authority during the whole process as well as unable to remove distribution barricade within the judiciary of states caused a irreversibility loss in the incident<sup>86</sup>.

According to all mentioned above it can be considered that legal's consideration of irreversibility principle regarding the protection of human and societal life would gain a new number of developments for this discipline. In this respect, Prigogina and Stengers is also the calculation of initial condition that will enable a creature, which holds the power to control a dynamic system, to move to a certain situation in a certain time on its own<sup>87</sup>. At this point, it is necessary to draw attention on the need for evaluation of coexistence irreversibility of legal cases with entropy. As a matter of fact, there is no possibility of initial condition's repetition as the same way for the irreversible legal events. Therefore, it seems as a strong possibility that reversibility possible to have a relatively less entropic nature because of the possibility of turning back to initial conditions but irreversible events proceed towards breakdown during the process in a subjective manner without being abstracted from time and location.

According to all evaluations mentioned above, chaos theory seems to be notably functional for legal discipline. However, despite some important developments in this field, practice possibilities of chaos theory are still considered as a utopia. In particular, as emphasized before, it is considered that dominant determinist nature of justice restricts the utilization possibilities of chaos theory. Moreover, it is increasingly possible to encounter some efforts on benefiting chaos theory in legal science. For example, Mitrović tried to put forth that utilization of chaos theory in justice is not a utopian project by applying chaos theory into three typical legal models by means of a computer. According to Kelsen's Legal Concept Model is applied by means of a computer and widely known as "Pure Theory of Law", there is not a thorough order because of the tendency towards disorder within order. This disorder is present when it is not observed, either. This shift from order to disorder does not skip towards unknown but even there is an order because of the possibility to explain gradual progress towards the increasing disorder of order, disappearance of law completely. Secondly, there is not a complete disorder within the Custom Model because disorder has a tendency towards

84 HANDLER, Darren, "An Island of Chaos Surrounded by a Sea of Confusion: The E911 Wireless Device Location Initiative", *Virginia Journal of Law & Technology*, Year: 2005, Volume: 10, Number: 1 (Winter), (pp.1-15), p. 2.

85 HANDLER, 2005, p. 2.

86 HANDLER, 2005, p. 14.

87 PRIGOGINE/STENGERS, 1998, p. 95.

order in itself. This disorder is present when it is not observed, either. This is because chaos organizes itself by itself. Self-organization does not happen suddenly but there is an order even when it is possible to explain of a correct transition towards increasing disorder to order and the emergence of tradition norm, which is one of the patterns of order. Thirdly, according to Legal Model, order and disorder cannot be excluded from each other but they exist by themselves by completing and penetrating each other in a dynamic balance. Type and level of this balance depends on whether state and justice is qualified. On the other hand, if sudden disturbances occur in a system, law is pushed into complexity; for example, arise of official legal revolution become necessary for emergence of a new legal system based on a completely different ground<sup>88</sup>. These three characteristic legal models, which demonstrate the computed analysis of three important idea of chaos theory, prove the fundamental idea that chaos theory is useful for legal researches as a social fact. Therefore, it is also possible to form legal model at diverse levels and forms that can be examined with computers. However, the possible computed examinations for legal researches are not the answer for everything. It is because of the use of computers in legal researches, in particular necessity to bear increasing restrictions and risks emerge within a person's mind as a result of the interpretation of these results in particular<sup>89</sup>. Hence, the connection between chaos theory and legal theory is not a utopian project but this new approach, both in terms of epistemology and practice, is confirmed with modeling and computed examining of characteristic legal models in the light of chaos theory, but still subject of the modeling and its computed examination may contain any aspect or any part of legal<sup>90</sup>.

## 7. CONCLUSION

Chaos theory brought a new and alternative viewpoint that is about the possibilities of order within disorder, which can contribute jurisprudence to realize its goal of order by contributing to the understanding of disordered and anomalous human behaviors. Moreover, characterizing sudden shifts occur in societal structure and relations, uncertainty or disorders caused by these during the process of transition from old to new as complexity may be considered as the reason of identifying chaos with the imbalances of system. It can be suggested that chaos may provide a number of important contributions to legal discipline in regulating societal structure and relations because in reality, chaos represents reorganization of a system not system-organization impairment created by an imbalance in the system.

The theory took place in legal by means of postmodern jurisprudence due to its growing within the scope of postmodernism. "Nonlinearity" principle, which has a great importance within postmodern paradigm, found a relatively comprehensive opportunity to be utilized with chaos theory. Previously, modern jurisprudence is based on a

---

88 MITROVIĆ, 2001, p. 609.

89 MITROVIĆ, 2001, p. 610.

90 MITROVIĆ, 2001, p. 611.

rational legal functioning as a independent mechanic tool which caused standing by linearity principle against the difficulty of controlling nonlinear conditions. On the other hand, modern jurisprudence foresees the unification of all cultures and legal norms within these cultures around a universal form in spite of the fact that they have diverse qualifications. However, this unification does not happen in a way that produces a new culture by melting the cultural heritage of all societies in a common pot but it happens by imposing a dominant culture to others or with the acceptance of a relatively more dominant culture. Therefore, this condition of modern legal theory and justice system in question creates affinity and thereby uniformity.

Conversely, postmodern justice systems, which are based on chaos and complexity theories, are grounded on creativity and diversity in all legal processes from theoretic and practice levels. Postmodern jurisprudence does not consider nonlinear polymorphism and creativity against uniformity as an expression of disorder. It even accepts diversity, which is rejected by linearity as primary factor. While modern paradigm gathers societies around a universal culture, postmodern understanding act on the diversity resulted from groups that have different belief, value and norm systems living in the same society and culture. Because, adopting current diversity a priori for the societies of global world function in a multi-cultural environment within their own national borders and international arena became both a richness and obligation. Parallel to coexistence of diverse legal systems in heterogenic structured modern societies represents a great opportunity to reform and reproduce humanity and societies by supporting creative disorder and diversity against routine and rational modern legal systems. Therefore, sharing a common time and location depending on the nonlinearity of feedback among diverse legal systems, brought about the need for development of postmodern jurisprudence and justice systems.

It is possible to exemplify the operability of chaos theory's aforementioned fundamental principles in legal discipline occur on legal cases in individual forms. Any case process may bear qualifications that can be solved within the scope of chaos theory from the initial stage to the end. As a matter of fact, a vast majority of cases processes come with uncertainties even from the beginning. Evidences presented to the court within the scope of these uncertainties may be evaluated in accordance with the principle of sensitive dependency on initial conditions. Namely, the progress and ruling processes of the court are shaped in line with evidences that can be evaluated as initial conditions. Each one of the factors that affect a judge's ruling process including all evidences, clues and witnesses that can later be included to the case process may create an obvious bifurcation. The fact that laws and court precedents, which can be utilized as a base in ruling, being not qualified and modern enough to analyze a current case may show entropy effect. A significant part of the rulings taken as the result of the case can bear an irreversible qualification for other cases not to constitute to subject or precedent. Moreover, since a case process is not shaped by simple, unidirectional cause and effect relations, all cases has the qualification of nonlinearity. Following factors of

being unable to produce a solution to a certain societal issue, uncertainties emerge within this process entering into legal process again or constant involvement of a certain law article to new case processes support the feedback principle of chaos. Resulting of case rulings in a way that is not enough to relieve public conscience or unable to produce a solution to an issue that interests a wide range of society or mass may both create turbulence effect within society. When availability of all these disorders within a legal system and uncertainties on what kind of a shift or system wait for you after that process come together, you will hear this word in unison: CHAOS.

Finally, because the articulation of chaos bears a striking qualification and attributed meanings to it bears a mystical qualification, which makes chaos theory remarkable and promising, there is not a finalized decision on what extent it is useful, where and how it will be used. Yet, chaos is appears like a formation at the stage of intellectual envision. There is not a consensus on the concepts yet. Despite the talks about the need for a new paradigm or science, there is not yet any precise judgment on whether chaos is that expected paradigm or where will chaos take place in this new paradigm. Moreover, it is necessary to state that the answer to the question whether chaos is a pathological or an ordinary condition is a significant aspect that can shape the attitudes towards chaos. Considering to chaos as a sort of disease occurred within the system may make the approaches towards it negative. On the other hand, perception that chaos is ordinary and normal to be observed in every system may create a positive and meaningful effect on the development of this approach. This can sustain or stop the development of chaos theory. Therefore, it is possible to say that the location of chaos within a new paradigm search may depend whether the value attributed to it is positive or negative. For that reason, while the future of chaos still has many of uncertainties, it is considered necessary to be patient and cautious and leave it to time regarding when it will gain the ability to steer the future of science.

---

## REFERENCES

---

- AKALIN, Esin, "Chaos in Mythology", **II. National Symposium on Chaos, Logic, Mathematics and Philosophy**, (21-24 September 2004), İstanbul Culture University Publications, Number: 49, İstanbul, 2004, (pp. 21-30).
- AKBABA, Sadegül/ALTUN, Arif. 2001. "Chaos and Management", X. National Congress on Educational Sciences (7-9 June 2001), Abant İzzet Baysal Üniversitesi, Bolu, 2001.
- ARONNE, Ricardo, "An Introduction to the Juridical System, Private Law and Chaos, Summary Prisms of a Research on Civil-constitutional Law", **IX. International Chas Conference**, 2006, <http://bdjur.stj.gov.br; https://core.ac.uk/download/pdf/15997192.pdf>, (Accessed date 1.11.2015).
- BAUMAN, Zygmund, **Postmodernity and its Discontinuents** (Trans: İ. Türkmen), Ayrıntı Publication, İstanbul, 2000.
- ÇORBACIOĞLU, Sıtkı, "Socio-technical Systems which is Self-adapted the Changing in Their Environments and Disaster Management" **TODAIE, Journal of Contemporary Local Governments**, Year: 2005, Volume: 14, Number: 2, (pp. 43-60).

- DÜRÜŞKEN, Çiğdem, "An Etymological Analysis of Chaos and Cosmos" **II. National Symposium on Chaos, Logic, Mathematics and Philosophy**, (21-24 September 2004), İstanbul Culture University Publications, Number: 49, İstanbul, 2004, (pp. 5-11).
- ERDEMİR, Erkan, "The Effects of Postmodernism on Business Management: A Conceptual Analysis", **e-Academy Journal**, Year: 2006, Volume 52 (June), <http://www.e-akademi.org/makaleler/eerdemir-1.htm>, (Accessed date 1.11.2015).
- EREN, Ercan, **Common Grounds in New Economics**, Year: 2010, <http://www.ikt.yildiz.edu.tr/RePEc/yil/makaleler/eren0013/pdf>, (Accessed date 1.11.2015).
- GLEICK, James. **Chaos: Making a New Science**. Penguin Books, New York, 1987.
- GLEICK, James, **Chaos**, (Trans: F. Üçcan), TUBITAK, Popular Science Books, Ankara, 1995.
- HANDLER, Darren, "An Island of Chaos Surrounded by a Sea of Confusion: The E911 Wireless Device Location Initiative", **Virginia Journal of Law & Technology**, Year: 2005, Volume: 10, Number: 1 (Winter), (pp.1-15).
- KENDİRLİ, Selçuk, "Chaos Theorem in Portfolio Management." **İstanbul Culture University Journal of Physical and Engineering Sciences**, Year: 2006, Volume: 4, Number: 2, (pp. 171-180).
- KIEL, L. Douglas/ELLIOT, Euel W. (Eds.), **Chaos Theory in the Social Sciences, Foundations and Applications**, University of Michigan Press, Michigan, 1997, [https://books.google.com.tr/books?id=K46kkMXnKfC&printsec=frontcover&source=gbg\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.tr/books?id=K46kkMXnKfC&printsec=frontcover&source=gbg_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false) (Access date: 1.11.2017).
- KOÇEL, Tamer, **Business Management**, Beta Printing Inc. Company, İstanbul, 2003.
- LASZLO, Ervin. **Die Neugestaltung der Vernetzten Welt: Global Denken - Global Handeln**, (Trans: İ. S. Canbolat), 3rd Edition, Nobel Publications, Ankara, 2004.
- LETT, Margaret, "A Case for Chaos Theory in Nursing", **Australian Journal of Advanced Nursing**, Year: 2001, Volume: 18, Number: 3, (pp. 14-19).
- MACKEY, Linn, **Is Chaos Theory Postmodern Science?**, <http://reconstruction.eserver.org/Issues/044/mackey.htm>, (Accessed date 1.11.2015).
- MITROVIC, Dragan, "The New Path of Law, from Theory of Chaos to Theory of Law." **Law and Politics**, Year: 2001, Volume: 1, Number: 5, (pp. 605-612).
- MURPHY, Robert P, **Chaos Theory, Two Essays on Market Anarchy**, Ludwig Von Mises Institute Publishing, Auburn, Alabama, 2010, [https://mises.org/system/tdf/Chaos%20Theory\\_2.pdf?file=1&type=document](https://mises.org/system/tdf/Chaos%20Theory_2.pdf?file=1&type=document), (Accessed date 1.11.2015).
- OESTREICHER, Christian, "A History of Chaos Theory", **Dialogues in Clinical Neuroscience**, Year: 2007, Volume: 9, Number: 3, (s. 279-289), <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3202497/>, (Accessed date 1.11.2015).
- ÖGE, Serdar, "Order or Disorder (Chaos)? An Evaluation for Sustainability of Organizational Integrity." **Selçuk University Journal of Social Sciences**, Year: 2005, Volume: 13, (pp. 285-303).
- PAMUK, Nihat, "Determination of Chaotic Time Series in Dynamic Systems", **Journal of Balikesir University Institute of Science and Technology**, Year: 2013, Volume: 15, Number:1, (pp. 78-92).
- PENNER, James/MELISSARIS, Emmanuel, **McCoubrey & White's Textbook on Jurisprudence**, 5<sup>th</sup> Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- PIPER, Barnabas, "A Justice Paradox: Sandusky's Conviction Doesn't Ease the Pain." **Byfaith**, Year: 2012, June 28, <http://byfaithonline.com/a-justice-paradox/>, (Accessed date 1.11.2015).
- PLAZA y Font/JOAN Pere/DANDOY, Regis, "Chaos Theory and its Application in Political Science", **IPSA- AISP World Congress**, (9-13 July 2006), Fukuoka, Japan, 2006, <http://hdl.handle.net/2078.1/176425> (Access date: 19.11.2017).
- PRIGOGINE, İlya/STENGERS, Isabelle, **Order Out of Chaos, Man's New Dialogue of Nature**, (Trans: S. Demirci), İz Publishing, İstanbul, 1998.

- SCOTT, Robert E, "Chaos Theory and the Justice Paradox", **William and Marry Law Review**, Year: 1993, Volume: 35, Number: 1, (pp. 329-351).
- URAL, Şafak. "Chaos of the Cosmos." **II. National Symposium on Chaos, Logic, Mathematics and Philosophy**, (21-24 September 2004), İstanbul Culture University Publications, Number: 49, İstanbul, 2004, (pp.353-363).
- URI, Merry, **Coping with Uncertainty**, Praeger Publication, Westport, 1995.
- VETRI, Dominick, "Order out of Chaos: Products Liability Design-defect Law", **University of Richmond Law Review**, Year: 2009, Volume: 43, Number: 4 (May), (pp. 1373-1457).
- WILLIAMS, Christopher R./ARRIGO, Bruce A., **Law, Psychology and Justice, Chaos Theory and the New Dis(order)**, State University of New York Press, Albany, 2002, (Access date 1.11.2015), <http://www.sunypress.edu/p-3467-law-psychology-and-justice.aspx>.
- YARDIM, Funda E./AFACAN, Erkan, "The Simulation of a Chaotic Communication System by Using Lorenz-based Differential Chaos Shift Keying (DCSK) Model" **Gazi University Journal of the Faculty of Engineering and Architecture**, Year: 2010. Volume: 25, Number: 1, (pp. 101-110).
- YOUNG, T. R, **A Constitutive Theory of Justice: Architecture and Content**, The Red Feather Institute, Year: 18 September 1996- 26 June 1997, <http://www.critcrim.org/redfeather/journal-pomocrim/vol-1-intro/004constjustice.html>, (Accessed date 1.11.2015).
- Chaos Theory, Part 1**, <http://members.tripod.com/MustafaCemal/Articles/KAOS/Kaos1.htm>, (Accessed date 1.11.2015).
- Chaos Theory**, <http://www.scienceclarified.com/Ca-Ch/Chaos-Theory.html>, (Accessed November 1, 2015).
- Chaos Theory Simplified**, <http://www.physicsplanet.com/articles/chaos-theory-simplified>, (Accessed date 1.11.2015).
- Chaos Theory**, <http://encyclopedia2.thefreedictionary.com/Chaos+theory>, (Accessed date 1.11.2015).
- Chaos Theory**, <http://www.referenceforbusiness.com/management/Bun-Comp/Chaos-Theory.html>, (Accessed date 1.11.2015).
- Evolution Theory and Law of Entropy, The second Law of Thermodynamics Invalidates Evolution Theory**, <http://www.bilimarastirmavakfi.org/evrim/evrimentropi.html>, (Accessed date 1.11.2015).
- What is Deduction, Deduction Types, and Historical Development**, <http://www.baktabul.net/felsefesosyoloji/131665-tumdengelim-deduksiyon-nedir-tumdengelim-cesitleri-tarihsel-gelisimi.html>, (Accessed date 1.11.2015).



# Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Biyomedikal Alana Yansımaları Açısından Değerlendirilmesi

Hakemli Makale

**Nüket ÖRNEK BÜKEN, MD, PhD<sup>1</sup>, Çağrı ZEYBEK ÜNSAL<sup>2</sup>**

<sup>1</sup>Prof. Dr., Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Anabilim Dalı Başkanı HÜ Biyoetik Merkezi Müdürü, UNESCO Türkiye Milli Komisyonu, Biyoetik İhtisas Komitesi Başkan Vekili

<sup>2</sup> Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Anabilim Dalı, Doktora Öğrencisi

---

## İÇİNDEKİLER

---

1. Biyomedikal açıdan kişisel veri nedir ve neden koruma altına alınmalıdır? .....	35
2. 6698 sayılı Kanunun olgunlaşma periyodu ile ilgili tarihsel süreç .....	36
2.1. Hassas veriler ve bu verilerin işlenmesi için istisnalar .....	38
2.2. Biyometrik veriler .....	41
2.3. Genetik verilerin korunması ve tesadüfi genetik verilerin bildirilmesi:.....	42
3. Olumlu bir gelişme; verilerin silinmesi, yok edilmesi, anonim hale getirilmesi .....	43
4. Öncelikli kontrol (risk analizi).....	44
5. Kişisel verilerin silinmesi talep edilebilir mi? .....	46
6. Bilgi talep edilebilir mi? .....	48
7. Veri transferi için eşdeğer koruma:.....	48
8. Kişisel verileri koruma kurulu:.....	49
9. Hassas verilerin korunması açısından 6698 sayılı Kanun yeterli güvenceyi veriyor mu? .....	50
10. Sonuç: .....	51
Kaynaklar .....	52

---

**ÖZET**


---

**K**işisel veriler, insan hakları ve özel hayatın gizliliği ile birlikte anılmakta, çeşitli ülkelerde farklı yasal düzenlemeler ile koruma altına alınmaktadır. Teknolojinin sağladığı imkanlar göz önüne alındığında dijital ortamda gizliliğin çok fazla korunamayacağını savunan görüşlerin yanı sıra güçlü mekanizmaların oluşturularak gizliliğin ihlaline yönelik tehditlerin azaltılabileceğini savunan görüşler de bulunmaktadır. Bu bağlamda her ülke kişisel verilerin korunmasına yönelik politikalar ve yasal metinlerini geliştirmeye çalışmaktadır.

Türkiye’de 24 Mart 2016 tarihinde kabul edilen Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (No: 6698) (6698 sayılı Veri Koruma Kanunu olarak anılacaktır.) 7 Nisan 2016 tarih ve 29677 sayı ile, Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkındaki Yönetmelik (İlgili Yönetmelik olarak anılacaktır.) de 20 Ekim 2016 tarih ve 29863 sayı ile Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu makale söz konusu Kanunun biyomedikal alandaki etkilerini etik açıdan değerlendirmek üzere kaleme alınmıştır.

Çalışmamızda önce biyomedikal açıdan kişisel verinin ne olduğu ve neden koruma altına alındığı belirtilecek, kanunun olgunlaşma periyodu ile ilgili tarihsel süreç kısaca tanımlandıktan sonra, ilgili Avrupa Birliği’nin 95/46/EC numaralı Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafikliği Direktifi, 25 Mayıs 2018 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek olan 2016/679 sayılı AB Veri Koruma Tüzüğü (GDPR- AB Veri Koruma Tüzüğü), 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi ve Avrupa Konseyi tavsiye kararları ile karşılaştırmalı olarak bazı temel konulara değinilerek değerlendirme yapılacaktır.

**Anahtar Kelimeler**

Veri Koruma, Mevzuat, Sağlık Kayıtları, Gizlilik, Etik, Türkiye

---

**ABSTRACT****Evaluation of the Personal Data Protection Law in terms of Biomedical Researches**

**P**ersonal data have been considered as an integrated part of human rights and the right to privacy where different countries formulate various laws, regulations and policies in order to protect individual’s private life. As technology grow fast the opportunities have increased and started to narrow the limits by its nature. Some argue that privacy cannot be protected as it should be since the nature of digital environment. However, others argue that establishing strong mechanisms can reduce the threats to violation of privacy. In this regard, each country tries to develop policies and legal documents for the protection of personal data.

In Turkey, The Law No. 6698 on the Protection of Personal Data entered into force on 24 March 2016, published in the Official Gazette dated 7 April 2016 and numbered 29677, The Regulation on Processing and Protection of Privacy of Personal Health Data was also published in the Official Gazette dated 20 October 2016 and numbered 29863. The aim of this article is to address the possible impacts of the said Law and Regulation in biomedical field from an ethical perspective.

In our study, we will first draw attention to the definitions of personal data in terms of biomedicine and why they should be protected. Furthermore, some essential issues related to personal health data protection will be addressed and evaluated with regard to the historical process of making the Law no 6698 in comparison to the provisions of the Law with European Union Directive (95/46/EC), GDPR (2016/679) which will repeal the EU Directive on 25 May 2018, Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data of 28 January 1981, Council of Europe Recommendations.

**Keywords**

Data Protection, Legislation, Health Records, Confidentiality, Ethics, Turkey

## 1. Biyomedikal açıdan kişisel veri nedir ve neden koruma altına alınmalıdır?

Sağlık kuruluşlarında çok sayıda hasta/başvuran verisi (hasta kayıtları, biyolojik materyal/radyografik tetkikler, patolojik materyal...) bulunmakta olup, bu verilerin alınma amacı ile veya alınma amacı dışında kullanımı konusunda farklı uygulamalar bulunmaktadır. Söz konusu insan biyolojik materyalleri üzerinde mülkiyet hakkı olup olmadığı konusunda da pek çok tartışma yürütülmektedir.<sup>1</sup> Kişinin bu materyaller ve bu materyallerden elde edilen bilgiler üzerinde mülkiyet hakkının kime ait olacağı ve kişiye sağlayacağı haklar, yararlar, etik sorunları da beraberinde getirmektedir. Tanı- tedavi amacıyla hastadan alınan bilgiler, veriler, materyaller ve bunların kullanımı ile araştırma için örneğini veren kişinin bu örneği bir kez verdikten sonra örneklerin tekrar başka bir araştırma için kullanılıp kullanılmayacağı, hangi amaç için yeniden kullanılacağı, ne kadar süre saklanacağı, bunlarla ilgili süreci kendisinin belirleyip belirleyemeyeceği önemlidir. Mülkiyet hakkının kişiye sağladığı satma, kiralama, yok etme, değiştirme gibi tüm haklar, insan biyolojik materyalleri ve tıbbi verileri için de söz konusu olacak mıdır? Ya da araştırmayı yapacak olan kurumun şimdiden öngörülmeleyen gelecekteki araştırmalar için kullanacağı tıbbi veri ve bilgilerin bir sınırı var mıdır?<sup>2</sup>

Mülkiyet hakkının kapsamı dikkate alındığında söz konusu materyallerin kullanımı, onlardan yararlanılması ve üzerlerinde tasarrufta bulunulmasının sınırının ne olacağı sorunu etik disiplininin sorduğu bir sorudur.<sup>3,4</sup> Bu sorunun yanıtı kolay olmadığı için farklı yaklaşımlar ortaya çıkmış, ulusal ve uluslararası düzeydeki yasal düzenlemeler de birbirinden farklı olmuştur.<sup>5</sup>

İnsan biyolojik/genetik kaynaklarının insanlığın ortak mirası olduğu yaklaşımının Avrupa Birliği'nin ortak değeri olarak benimsenmesinin, verilerin ve bilimsel bilgilerin yayılmasını, uluslararası platformda ulaşılmak istenen standart ilkelerin oluşturulmasını kolaylaştıracağı düşünülmektedir.<sup>6</sup>

Tıbbi bilgi ve verilerin anonimleştirilerek kullanılması durumunda veri sahibi ile veri arasındaki ilişki tamamen ortadan kaldırılmaktadır. Bu şekilde bu bilgi ve verilerin değerlendirilmesine konu olan araştırmalarda, araştırmacının herhangi bir aşamasında veri sahibine geri dönüş sağlayarak onamının alınması, pratik olarak mümkün olmamaktadır. Bazı çalışmalarda -özellikle genetik çalışmalar- verilerin işlenmesi ile beklenmedik bilgi ve sonuçlar ortaya çıkabilmekte, bu sonuçların veri sahibini ya da gelecek nesillerin

1 CHARO, R. Alta "Body of Research – Ownership and Use of HUMAN Tissue", N Engl J Med, Year: 2006, Vol: 355, (p.1517).

2 EMİR, Murat, Hukuki ve Etik Yönleri ile Biyotıp Araştırmalarında Biyobankalar, Doktora Tezi, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2013.

3 KAPLAN, Bonnie " How Should Health Data be Used?Privacy, Secondary Use, and Big Data Sales", Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics, Year: 2016, Vol: 25, (p. 322-323).

4 ŞİMŞEK, Suat "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: KARşılaştırmalı Bir Anliz-1", TBB Dergisi, Yıl: 2010, Sayı: 91 (s. 191-192).

5 EMİR, 2013, s. 36.

6 RHODES, Catherine "Potential International Approaches to Ownership/Control of human Genetic Resources", Health Care Anal, Year: 2016, Vol: 24, (p. 275).

sağlığını olumlu ya da olumsuz etkileyebilmesi de söz konusu olabilmektedir. Bunun yanı sıra, bilimsel araştırmalar için elde edilen verilerin, gerektiğinden fazla depolanabilmesi için söz konusu verileri anonimleştirmek, kişilerin mahremiyetinin korunması konusunda genel bir önlem olarak da bildirilmektedir.

Öte yandan, anonimleştirmenin tam bir koruma sağlayıp sağlamadığı da literatürde tartışılmaktadır. Anonimleştirme yapılmadan yürütülen çalışmalarda veri sahibi, verdiği onamını her zaman geri alma ya da örneğinin kullanılmasından vazgeçme hakkına hem etik hem de hukuki açıdan sahip olmaktadır. Ancak anonimleştirme yapılması bu hakkın kullanımına imkân vermemektedir.<sup>7</sup>

## 2. 6698 sayılı Kanunun olgunlaşma periyodu ile ilgili tarihsel süreç

Ülkemizde Kişisel Verilerin Korunmasına yönelik hazırlanan kanun tasarısı ve gerekçesinde kişisel verilerin korunmasına dair bir kanunun yürürlüğe girmesine farklı sebeplerin neden olduğu belirtilmiştir.<sup>8</sup> Öncelikle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 135 ve devamı maddelerinde, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak elde edilmesi, kaydedilmesi veya ifşa edilmesi fiilleri suç olarak düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır.<sup>9</sup>

Bununla birlikte, kişisel verilerin işlenmesine yönelik özel bir kanunun bulunmaması sebebiyle, bu fiillerin hukuka uygunluğu konusunda tereddütler yaşandığı dile getirilmiştir. 1/1009 esas numaralı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı 20 Mayıs 2008 tarihinde Adalet Komisyonu'nda görüşülüp karara bağlandıktan sonra alt komisyona sevk edilmiş ancak sonuçlandırılmamıştır. Bu nedenle hükümsüz kalan Tasarısı 5 Ocak 2015 tarihinde yeniden görüşülmek üzere TBMM Avrupa Birliği Uyum Komisyonu'na gönderilmiştir. Komisyon 14 Ocak 2015 tarihinde toplanmış ve tasarısı bazı Bakanlıklar, Kurumlar ve Sivil Toplum Kuruluşlarının temsilcilerinin katılımıyla görüşmüşler ve Adalet Komisyonu'na göndermişlerdir.<sup>10</sup>

Öte yandan 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halk oylaması sonucu kabul edilen 5982 sayılı Kanunla, Anayasanın 20nci maddesinde yapılan düzenlemeyle, kişisel verilerin korunması temel bir insan hakkı olarak güvence altına alınmış ve detaylarının kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür.<sup>11,12</sup>

7 EMİR, 2013, s. 36.

8 T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, 18 Ocak 2016 tarih ve 31853594-101-580-249 Sayılı Yazı, 20379 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı Gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (erişim tarihi 24 Nisan 2017)

9 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu.

10 Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Avrupa Birliği (AB) Uyum Komisyonu Raporu, 2015, 14.01.2015, Esas No: 1/1009 Karar No: 37, [https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/abuyum/belgeler/2015/1\\_1009\\_rapor.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/abuyum/belgeler/2015/1_1009_rapor.pdf) (erişim tarihi 16 Haziran 2017)

11 T.C. 1982 Anayasası.

12 20379 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı Gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (erişim tarihi 24 Nisan 2017)

AB'ye tam üyelik müzakereleri devam eden Türkiye'nin kişisel verilerin korunması alanı ile ilgili attığı adımlar yeterli görülmemiş, temel bir yasa çıkarılması tam üyelik sürecinin ilerletilmesi için bir ön şart olarak değerlendirilmiştir.<sup>13</sup>

Söz konusu kanun tasarısının gerekçesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hastaların hassas verilerinin herhangi bir kanuna dayanmaksızın sağlık kuruluşlarında tutuluyor olması ve verilerin saklanması, kullanılması, aktarılması gibi işlemlerin veri güvenliğinin yeterince sağlanmadan yapılıyor olmasını özel hayatın gizliliğini ihlal kabul ettiği belirtilmektedir.

Sağlık alanında gizliliğe işaret eden uluslararası yasalar olmasının yanı sıra e-sağlık alanındaki gizliliğe saygıya açıkça işaret eden uluslararası bağlayıcı bir mevzuat da bulunmamaktadır.<sup>14</sup> Gerekçe bölümünde, ülkemizin de üye olduğu, İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD)'nin **Kişisel Alanın ve Sınır Aşan Kişisel Bilgi Trafikinin Korunmasına İlişkin Rehber İlkelerini** 23/9/1980 tarihinde kabul ettiği ve bu belgenin kişisel verilerin korunması konusunda ilk uluslararası belge olduğu belirtilmiştir.

Kişisel verilerin korunması konusunun gündeme gelmesi 1980'li yıllardan itibaren uluslararası belgelere girmesi ile birlikte olmuştur.<sup>15</sup> Daha sonra, Avrupa Konseyi'nin **Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi** hazırlanmış Avrupa Konseyi'ne üye tüm ülkelerin aynı standartlarda eşdeğer koruma sağlaması ve ülkeler arası veri paylaşımı ilkeleri belirlenmiştir. 28 Ocak 1981 tarihli Avrupa Konseyi'nin 108 sayılı **"Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi** ülkemizin de taraf olduğu bir sözleşmedir.

Kanunun hazırlanması sırasında Avrupa Konseyi'nin kişisel verilerin korunmasına yönelik olarak farklı sektörlerde uygulanmak üzere ilkeler belirleyerek tavsiye kararları aldığı bilinmektedir. 6698 sayılı Veri Koruma Kanunu hazırlanırken, kanunun çerçeve niteliğinin korunması için Avrupa Konseyi'nin tıbbi veri bankaları, bilimsel araştırma ve istatistik, doğrudan pazarlama, sosyal güvenlik, sigorta, polis kayıtları, istihdam, elektronik ödeme, telekomünikasyon ve internet gibi sektörlerde uygulanmak üzere oluşturduğu tavsiye kararlarının dikkate alınmadığı belirtilmiştir. İlerleyen süreçlerde, söz konusu tavsiye kararlarında belirlenen ilkelerin belirtilen sektörlerle ilgili yapılacak düzenlemeler için dikkate alınacağı öngörüldüğünü de biliyoruz.<sup>16</sup> Nitekim Kanun sonrası ilk olarak çıkarılan "Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik" bunun göstergesidir.

13 20379 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı Gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>, s.15 (erişim tarihi 24 Nisan 2017)

14 World Health Organization (WHO), Legal Frameworks for eHealth, based on the findings of the second global survey on eHealth, Global Observatory for eHealth Series, 2012, [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44807/1/9789241503143\\_eng.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44807/1/9789241503143_eng.pdf), s.22 (erişim tarihi 16 Haziran 2017)

15 20379 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı Gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (erişim tarihi 24 Nisan 2017)

16 20379 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı Gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>, s.6 (erişim tarihi 24 Nisan 2017)

AB, üye ülkeler arasında verilerin serbest dolaşımını açık ve kalıcı bir şekilde düzenleyerek kişisel verilerin üst düzeyde eşdeğer korunmasını amaçlamıştır. Bu nedenle, 24/10/1995 tarihinde **“Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafiği Direktifi”** (95/46/EC) yürürlüğe girmiştir. Bu direktif ile üye ülkeler arasında kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuatın harmonize edilmesi hedeflenmiştir.<sup>17</sup>

1970’li yılların başından beri veri işleme ile ilgili düzenlemeler yapmaya başlayan AB’nin bugün veri koruma konusunda reform yapma amacı da; AB’nin kişisel verilerin korunması ile ilgili hukuk sistemini modernize etmeye, özellikle globalleşmenin sonucu olarak ve yeni teknolojilerin kullanımından kaynaklanan problemleri çözmeye, kişilerin haklarını güçlendirmeye, Avrupa Birliği ve dışındaki ülkelerde kişisel verilerin serbest dolaşımı ile ilgili idari formaliteleri de azaltmaya yönelik olmuştur.<sup>18,19</sup>

Gerçekten de kişisel verilerin işlendiği sektörlerin ve işleme amaçlarının çeşitliliği göz önüne alınırsa; farklı konularda ve sektörlerde o konu veya sektörler için özgü düzenlemelerin yapılmasına şiddetle ihtiyaç vardır. Bu şekilde kurumlara yol gösterici olacak şekilde kişisel verilerin korunmasının gecikmeksizin hayata geçirilmesi sağlanabilir. Bu doğrultuda çalışmamızda, 20 Ekim 2016 tarihinde Resmî Gazete’ de kabul edilerek yürürlüğe giren 29863 sayılı “Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik” ve bu Yönetmeliğin biyomedikal alana yansımaları da ele alınacaktır.

## 2.1. Hassas veriler ve bu verilerin işlenmesi için istisnalar

Kişisel veri gerek ulusal mevzuatımızda gerekse AB ve AK’nin hukuki metinlerinde *“bireylerin kimliklerini belirli hale getirmeye elverişli her türlü bilgi”* olarak tanımlanmaktadır.<sup>20,21,22,23</sup> Kişinin sağlık bilgileri, biyolojik örnekleri ve bu örneklerden elde edilen bilgiler gibi kişisel verileri *“hassas kişisel veri”* olarak nitelendirilmektedir.

17 20379 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı Gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (erişim tarihi 24 Nisan 2017)

18 FUSTER, Gloria González, The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU, P Casanovas & G Sartor (eds), Springer International Publishing Switzerland, Switzerland, 2014, p. 111.

19 USTARAN, Eduardo, The Scope of Application of EU Data Protection Law and Its Extraterritorial Reach, Beyond Data Protection: Strategic Case Studies and Practical Guidance, N İsmail & EL Yong Cieh (eds), Springer Berlin Heidelberg, Berlin, Heidelberg, 2013, p. 152.

20 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6698.html> (erişim tarihi 3 Nisan 2017)

21 Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik, 20 Ekim 2016 tarih ve 29863 sayılı Resmî Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/10/20161020-1.htm> (erişim tarihi 6 Haziran 2017)

22 Avrupa Konseyi Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Hakkında 108 sayılı Sözleşme, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0966.pdf> (erişim tarihi 20 Nisan 2017)

23 Avrupa Birliği (AB) 2016/ 679 sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve bu verilerin serbest dolaşımı ile ilgili gerçek kişilerin korunması hakkında Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Genel Veri Koruma Tüzüğü 27 Nisan 2016, [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation\\_oj\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation_oj_en.pdf) (erişim tarihi 14 Haziran 2017)

AB 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 4 (1) maddesine göre de veri, eğer tanınabilir ya da tanımlanabilir bir kişi ile bağlantılı ise kişiseldir. Kişinin tanınabilir olmasını sağlayan verinin kişisel veri olarak nitelendirileceğini düzenleyen bu maddenin tanınabilirlik eşiğini düşük tuttuğu dile getirilmektedir. Eşsiz, tek, (unique) kelimelerinin tanımı olmamakla birlikte, eşsiz kimlik tanıma en yüksek tanıma derecesi olarak ifade edilmektedir. Bu nedenle bu eşik biyometrik veriler için yüksektir.<sup>24</sup>

Biyometrik veriler, 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 4 (11) maddesinde, kişinin eşsiz, tek olarak tanınmasına izin veren, fiziksel, psikolojik veya davranışsal karakteristik özellikleri ile ilgili, yüz görüntüleri, daktiloskopik verileri gibi her türlü veri olarak tanımlanmıştır ve hassas veri olarak kabul edilmektedir. Biyometrik veriler arasında, bireye ait parmak izi, avuç içi izi, yüz, iris, retina, kulak, ses, imza, yürüyüş biçimi, el damarı, vücut kokusu veya DNA bilgisi şeklinde bir veya daha fazla fiziksel veya davranış karakterleri bulunmaktadır.<sup>25</sup>

Etik disiplininin tartışma konularının merkezinde yer alan bir diğer konu da biyometrik ve genetik veriler gibi hassas verilerin, işlenmesi durumunda kişilerin ayrımcılığa uğramasından korkulduğu için "hassas veri" olarak adlandırılan verilerin, 6698 sayılı Veri Koruma Kanunu kapsamında belirlenen Veri Koruma Kurulu'nca alınacak önlemlerle -ki bu önlemlerin ne olduğunu henüz bilemiyoruz- işlenebilir olmasıdır.

6698 sayılı Veri Koruma Kanunu kapsamında biyometrik veriler, özel nitelikli kişisel veriler olarak düzenlenmiştir. İlgili yasanın 6. maddesinin 3. fıkrasında, özel nitelikli kişisel verilerin, kanunlarda öngörülen hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenemeyeceği belirtilmek suretiyle yasal güvence altına alınmıştır. İlgili Yönetmelikte verilerin işlenmesi aşamalarında Kurul tarafından yeterli görülen önlemlerin belirlenerek uygulanacağı düzenlenmiştir. Ancak Yönetmeliğin 6. maddesinin 4. fıkrası ile kurula tanınan önlemleri belirleme yetkisi, Anayasa'nın 2. ve 20. maddelerine de aykırı görünmektedir.

6698 sayılı Veri Koruma Kanunu'nda hassas veri olarak tanımlanan veriler aşağıda belirtilmiştir;

- İrk,
- Etnik köken,
- Siyasi düşünce,
- Felsefi inanç,
- Din,
- Mezhep veya diğer inançlar,
- Kılık ve kıyafet,
- Dernek, vakıf ya da sendika üyeliği,

24 JASSERAND, Catherine "Legal Nature of Biometric Data Legal Nature of Biometric Data: From "Generic" Personal Data to Sensitive Data Which Changes Does the New Data Protection Framework Introduce?", European Data Protection Law Review, Year: 2016, Vol:1, Issue: 3, (p. 305).

25 AKGÜL, Aydın, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, 2. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 389.

**Sağlık,****Cinsel hayat,**

Ceza mahkûmiyet ve güvenlik tedbirleriyle ilgili veriler

**Biyometrik ve genetik veriler**

**İlgili Yönetmeliğin** üçüncü bölümünde yer alan kişisel sağlık verilerinin işlenmesi maddesinde, açık rıza aranan ve aranmayan durumlara göre kişisel verilerin iki şekilde işlenebileceği düzenlenmiştir.<sup>26</sup>

Açık rıza **aranmadan** kişinin sağlık verilerinin işlenebileceği durumlar;

Kamu sağlığının korunması,

Koruyucu hekimlik,

Tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi,

Sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla toplanan veriler olarak sayılmıştır.

**Ayrıntılı bilgilendirme ve yazılı rıza alınmasını gerektiren** durumlar;

Yukarıda belirtilen amaçlar dışında kalan amaçlar için kişisel verilerin işlenmesinin söz konusu olduğu durumlar içindir.

Anılan madde kapsamında biyomedikal araştırmalar amacıyla kişisel verilerin işlenmesi konusu gündeme alınmamış, daha çok sağlık hizmeti kapsamında (tanı, tedavi, koruyucu sağlık, sağlık yönetimi ve finansmanı) yürütülen hizmetlere değinilmiştir. Ancak bugünün biyomedikal araştırmalarının geleceğin sağlık hizmeti olduğu öngörüsü ile araştırma amaçlı alınan materyalin kullanımı veya materyalden elde edilecek verilerin kullanımı konusunda "açık rıza aramamak" haklı çıkarılabilir mi? Tartışmalıdır... Tartışılması gereken bir diğer konu ise kanunda açık rıza olarak belirtilen rızanın etik literatüründe bilinen ve araştırmalarda alınan açık rızadan farklı olup olmadığıdır. TBMM AB Uyum Komisyonu'nun 14.01.2015 tarihli yazısında, Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun tasarısında "açık rıza" kavramının tanımlanmadığı, bu eksikliği gidermek için 2002/58/EC numaralı AB Direktifinde yer alan açık rıza tanımının tasarıya aktarılmasının yararlı olacağı, açık rıza kavramının net bir tanımının yapılmamış olmasının ispat açısından hukuki sorunlar doğurabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle, rızanın verildiğinin ses kaydı, yazılı beyan, tanık gibi ispat vasıtalarıyla kanıtlanabileceğinin açıkça ifade edilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur.<sup>27</sup>

Öte yandan, verilerin işlenmesi ile ilgili 6698 sayılı Veri Koruma Kanununda getirilen ve etik ilke sayılabilecek olan şartlar, AB 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifinin veri işlemeyi meşru hale getirme ölçütlerini öngören 7. maddesi ile uyumlu olarak düzenlenmiştir. Benzer şekilde, maddede belirtilen hukuka uygunluk nedenleri 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe girecek, 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifinin yerine geçecek olan 2016/ 679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 6. maddesi ile de paralel

26 20 Ekim 2016 tarih ve 29863 sayılı Yönetmelik Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/10/20161020-1.htm>, md. 7 (erişim tarihi 6 Haziran 2017)

27 TBMM AB Uyum Komisyonu Raporu, 2015, Esas No: 1/1009 Karar No: 37, [https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/abuyum/belgeler/2015/1\\_1009\\_rapor.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/abuyum/belgeler/2015/1_1009_rapor.pdf) (erişim tarihi 16 Haziran 2017)



şekilde düzenlenmiştir.<sup>28</sup>

Görüldüğü gibi, ülkemizde, sağlık, cinsel hayat, biyometrik ve genetik veriler Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında özel nitelikli veriler olarak tanımlanmıştır.<sup>29</sup> AB düzenlemelerine bakıldığında hassas veriler AB Veri Koruma Direktifinin 8. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede, ırk veya etnik köken, politik düşünceler, inançlar, sendika üyelikleri ve sağlık ve cinsel hayat ile ilgili veriler hassas veri olarak sayılmıştır. Avrupa veri koruma reform paketi kabul edilene kadar biyometrik veri kavramı ile ilgili açık bir düzenleme olmadığı gibi bu verilerin işlenmesi ile ilgili belirli kurallar da bulunmamaktaydı.<sup>30</sup> Biyometrik verilerin tanımlanması ve hassas veriler listesine eklenmesi 2016 yılında olmuştur.<sup>31</sup>

2016/679 sayılı AB Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde, genetik veri, biyometrik veri ve sağlığı ilgilendiren veriler ayrı ayrı tanımlanmıştır.<sup>32</sup> Genetik veri, gerçek kişinin kalıtsal ya da edinilen genetik özelliklerle ilişkili kişisel verisidir. Bu veriler o gerçek kişinin fizyolojisi veya sağlığı hakkında söz konusu kişinin özellikle biyolojik örneğinin analizi sonucunda eşsiz bilgi verir. Sağlıkla ilgili veriler de gerçek kişinin fiziksel veya akıl sağlığı (mental) ile ilgili kişisel verilerdir.

## 2.2. Biyometrik veriler

Biyometrik veri, gerçek kişinin fiziksel, psikolojik veya davranışsal özellikleriyle ilgili belirli teknik işleme sonucu elde edilen kişisel verilerdir. Söz konusu biyometrik veriler, yukarıda da ifade edildiği gibi, yüz görüntüleri veya daktiloskopik veri gibi o gerçek kişinin eşsiz tanınabilir olmasına izin veren ya da o kişi olduğunu onaylayan verilerdir.<sup>33</sup>

Hukuki niteliği bakımından biyometrik veri diyebilmek için biyometrik verinin tanımlanmış bir kişi ile ilişkisinin olması gerekir.<sup>34</sup> Biyometrik tanıma, ölçümler, benzerlik ve farklılıkların olasılıklarına dayanmaktadır. Veri Koruma Reform Paketi biyometrik veriyi de hassas veri listesine eklemiş, GDPR 9 (1) maddesi uyarınca gerçek kişiyi eşsiz bir şekilde tanımlamak amacıyla biyometrik veri işlemeyi yasaklamıştır. Ancak GDPR 9 (2) maddesinde belirtilen istisnalardan birinin varlığı halinde biyometrik verilerin işlenmesi mümkün olabilecektir.<sup>35</sup>

28 AB 2016/ 679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü, [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation\\_oj\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation_oj_en.pdf) (erişim tarihi 14 Haziran 2017)

29 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun md. 6/1, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6698.html> (erişim tarihi 3 Nisan 2017)

30 JASSERAND, 2016, p. 307.

31 JASSERAND, 2016, p. 299.

32 AB 2016/ 679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü, [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation\\_oj\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation_oj_en.pdf), md. 4 (13)(14)(15) (erişim tarihi 14 Haziran 2017)

33 AB 2016/ 679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü, md.4(14) [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation\\_oj\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation_oj_en.pdf) (erişim tarihi 14 Haziran 2017)

34 JASSERAND, 2016, p. 305.

35 AB 2016/ 679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü, [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation\\_oj\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation_oj_en.pdf) (erişim tarihi 16 Haziran 2017)

Parmak izleri üzerine yapılan bazı çalışmalar ile biyometrik verilerin sağlıkla veya ırk ya da etnik kökenler gibi hassas verileri açığa çıkarabildiğinin gösterildiği dile getirilmektedir. Bilimsel perspektiften bakıldığında biyometrik özelliklerin benzersizliği, eşsizliği adli uzmanların üzerinde tartıştığı bir varsayımdır. İki kişinin aynı parmak izine sahip olmadığının bilimsel açıdan gösterilmediği söylenmektedir.<sup>36</sup> Parmak izleri üzerinde tıbbi araştırmalar yapılmış ve çalışmalar parmak izi üzerindeki şekillerin paternlerinden kişinin şeker hastalığı gibi bir hastalık riski olup olmadığını anlattığını göstermiştir. Aynı şekilde kişilerin etnik kökenleri hakkında bilgi sahibi de olunabilmektedir.<sup>37</sup>

### 2.3. Genetik verilerin korunması ve tesadüfi genetik verilerin bildirilmesi:

AK No. R (97) 5 sayılı tıbbi verilerin korunması hakkındaki tavsiye kararında bir bireyin genlerinde taşınan her türlü genetik bilgi ya da tanımlanabilir özellikleri olsun ya da olmasın hastalık veya sağlığın herhangi bir yönüyle ilgili genetik hat genetik veri olarak değerlendirilmiştir.<sup>38</sup> Genetik veriler, hangi tipte olursa olsun, kişinin kalıtsal özellikleriyle ya da ilgili gruptaki kişilerin bu tür kalıtım partnerleriyle ilgili tüm verilerini içermektedir. Genetik verilerin kendine özgü niteliği, bu verilerin kişinin sadece kendisiyle ilgili olmaması nedeniyle de doğuracağı sonuçlar açısından farklılıklara yol açmaktadır.

İlgili tavsiyeye göre, genetik hat doğum sonucu ve iki ya da daha çok kişi tarafından paylaşılan genetik benzerliklerden oluşur. Söz konusu tavsiyeler, ulusal yasalarda başka uygun önlemler alınmadığı durumda, tıbbi bilginin toplanması ve otomatik işlenmesi hakkında uygulanır. Ancak üye ülkeler, bu tavsiye metninde belirtilen ilkeleri, otomatik olarak işlenmeyen tıbbi veriler için de genişletebilir.<sup>39</sup>

Anılan tavsiye kararı, sağlık verileri, özellikle genetik veriler, genetik testler sonucunda ortaya çıkan tesadüfi/kazai sonuçlar, onam, veri güvenliğinin sağlanması, bilimsel araştırmalar, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine, mahremiyetine saygı ve gizlilik çerçevesinden demokratik toplumun gerekleri gözetilerek kaleme alınmıştır. Bu bağlamda, genetik veriler, bilimsel araştırmalar, mahremiyete saygı, veri sahibinin hakları ve ona verilecek bilgiler, hukuken yeterliliği olmayan kişiler ile doğmamış çocukların tıbbi bilgilerinin statüsünün ne olacağı konuları ayrı başlıklar altında düzenlenmiştir.

Genetik veriler ile ilgili düzenlemeye bakıldığında, önleyici, tedavi edici, tanısallık ve veri sahibinin tedavisi ya da bilimsel araştırma için toplanan ve işlenen genetik veriler sadece bu amaçlar için ya da veri sahibinin bu konularda özgür ve bilgilendirilmiş karar /izin vermesi koşuluyla kullanılabilir. Yargı süreci ya da suç araştırması nedeniyle adli amaçlarla işlenen genetik verilerin, uygun önlemlerin alındığı özel bir kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

36 JASSERAND, 2016, p. 306.

37 JASSERAND, 2016, p. 308.

38 Avrupa Konseyi (AK) Bakanlar Komitesi Tıbbi Verilerin Korunması Hakkında R (97) 5 No'lu Tavsiye Kararı, <https://rm.coe.int/16804f0ed0> (erişim tarihi 16 Haziran 2017)

39 Avrupa Konseyi (AK) Bakanlar Komitesi Tıbbi Verilerin Korunması Hakkında R (97) 5 No'lu Tavsiye Kararı Açıklama Raporu 2/65, <https://rm.coe.int/16806846cb> (erişim tarihi 16 Haziran 2017)

Genetik veri, sadece kanıt göstermek, gerçek bir tehlikeyi önlemek ya da belirli bir cezayı gerektiren suçu engellemek için genetik bir bağlantı olup olmadığını anlamak için kullanılabilir. Genetik veri, genetik olarak bağlantılı olabilecek başka özellikleri belirlemek için hiçbir şekilde kullanılamaz. Söz konusu tavsiye kararında belirtilen amaçlar dışında, genetik verinin toplanması ve işlenmesine, kural olarak sadece sağlık nedenleri ve özellikle veri sahibinin ya da üçüncü kişilerin sağlığına yönelik ciddi durumları önlemek için izin verilmelidir. Ancak üstün çıkar ya da kanunda belirtilen uygun önlemlerin alınmış olması halinde hastalığı tahmin etmek için genetik verilerin toplanması ya da kullanılmasına izin verilebilir.

Aşağıdaki şartlar karşılandığı durumda, kişinin genetiği analiz edilirken beklenmedik tesadüfi sonuçlar ortaya çıkması halinde, bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Anılan tavsiye kararının 8.4. maddesine göre, eğer ulusal yasalar tesadüfi/kazai olarak ortaya çıkan bilgileri vermeyi yasaklamamışsa, kişinin kendisi bu bilgiyi almayı talep etmişse, tesadüfi sonuçlarla ilgili bilgi vermek, kişinin sağlığıyla ilgili ciddi zarar oluşturmayacak ya da ulusal yasalarca başka uygun önlemler alındıysa ve bu bilgi kişinin sosyal ailesinin bir üyesine, akraba ya da soyuna, kişinin genetik hattıyla direk bağlantısı olan kişiye ciddi zarar vermeyecekse, kişi beklenmedik sonuçları ile ilgili olarak bilgilendirilebilir. Ulusal yasalarda herhangi bir yasak getirilmemişse ve beklenmedik genetik sonuçlara ilişkin bilgiler kişinin doğrudan tedavisi veya hastalığının önlenmesi için önemliyse kişi bilgilendirilmelidir.

### **3. Olumlu bir gelişme; verilerin silinmesi, yok edilmesi, anonim hale getirilmesi**

Tanı, tedavi ya da sağlığı koruma, geliştirme ve sağlık finansmanını yönetebilme amaçlı olarak toplanan ve işlenen sağlık verilerinin, kişinin talebi halinde silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesi etik, insana verilen değer, insan hak ve onuru açısından önemlidir. Kanunda bu durum "yönetmelikle düzenlenecek" şeklinde belirlenmiş, daha sonra çıkan ilgili Yönetmeliğe göre, veri işlemeyi gerektirecek durumlar ortadan kalktı ise veriler anonim hale getirildikten sonra silinecektir denmiştir.

Öte yandan adli mercilerce talep edilmesi halinde ve sadece bu amaçla söz konusu verilere erişim sağlanabilecektir. Rızanın açıklanamadığı (yoğun bakım hastası olmak, anestezi altında bulunmak...) ya da geçerli olmadığı bazı durumlarda (kişi yeterliliğini ortadan kaldıran sebeplerle), kişilerin hayat veya beden bütünlüğünün korunması için ve onların yararı gözetilerek (en üstün tıbbi çıkarları- the best interest) kişisel verilerinin işlenmesi söz konusu olabilir. Örneğin kişinin bilincinin yerinde olmadığı veya gerçeği değerlendirme yetisini bozan bir akıl hastalığı olması durumunda, bilişsel ve istençsel yetersizliği nedeniyle rızasının geçerli olmadığı bir durumda, hayat veya beden bütünlüğünün korunması amacıyla, tıbbi müdahale yapılması sırasında, kişisel verileri işlenebilecektir. Bu bağlamda kan grubu, geçirilen hastalıklar ve ameliyatlar, kullanılan ilaçlar gibi veriler ilgili sağlık sistemi üzerinden işlenebilecektir. Böyle durumlarda, kişilerin en üstün tıbbi çıkarları korunarak veli veya vasileri tarafından verilecek onamın etik ve hukuki açıdan geçerliliği vardır.

Özetle, Sağlık Bakanlığı, sağlık hizmetinin verilmesi, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması ve finansmanı amacıyla, elde edilen kişisel sağlık verilerini toplayabilecek, işleyebilecektir. Bu veriler 6698 sayılı Veri Koruma Kanunu'nda öngörülen şartlar dışında aktarılamayacaktır. Bakanlık, toplanan ve işlenen verilere, ilgili kişilerin kendilerinin veya yetki verdikleri üçüncü kişilerin erişimlerini sağlayacak bir sistem kuracaktır. Bu sistem kişisel verilerin sınırsız bir şekilde toplanmasına neden olmaktadır. Bu açıdan, tüm sağlık verilerinin bu şekilde bir merkezde toplanmasının yol açacağı etik sorunların tartışılması önem kazanmaktadır. Özellikle veri güvenliği konusu önem kazanmaktadır; verilerin ne kadarı, nerede, hangi amaçla kullanılacaktır? Bu verilere kim, hangi amaçla erişebilecektir? Ne için ve ne kadarı hangi kişilerle paylaşılacaktır? Tüm bu soruların yanıtızsız kalması ve sınırsız bir şekilde tüm verilerin Bakanlık nezdinde tutuluyor olması da etik ve hukuki açıdan değerlendirilmesi gereken bir sorundur. Bakanlık, düzenleme uyarınca elde edilen kişisel sağlık verilerinin güvenliğinin sağlanması için gerekli tedbirleri alacağını, bu amaçla, sistemde kayıtlı bilgilerin hangi görevli tarafından ne amaçla kullanıldığının denetlenmesine imkân tanıyan bir güvenlik sistemi kuracağını belirtmiştir.

AK'nin yukarıda bahsettiğimiz tavsiye kararında, bilimsel araştırma amaçları için kullanılan tıbbi verilerin mümkün olan ilk anda anonimleştirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Anonimleşmeyi güvence altına almak ve bu yönde prosedür ve tekniklerin geliştirilmesi için de kamu otoriteleri ile birlikte profesyonel ve bilimsel organizasyonlarına da görev verilmiştir. Anonimleştirmenin yaratabileceği zorluklar da göz önüne alınarak, bilimsel araştırma projesinin yapılabilmesi anonim verilerle mümkün değilse ve proje yasal amaçlar için yürütülüyorsa aşağıdaki şartların varlığı halinde kişisel verilerle proje yürütülebilecektir.

Veri sahibi bir veya birden fazla araştırma için aydınlatılmış onam vermişse,

Yasal olarak kişi karar verme yeterliğine sahip değilse ve yasa, o kişinin kendisi adına karar vermesine izin vermiyorsa,

Yasal temsilci ya da kanunen onun adına karar vermeye yetkili kişi ya da organlar, veri sahibinin tıbbi durumuyla ya da hastalığıyla ilgili araştırma projesi çerçevesinde onam vermişse,

Bilimsel araştırma kamu sağlığı için gerekli ise ya da kamu yararını ilgilendiren önemli bir bilimsel araştırma projesi için verilerin açıklanması gerekiyor ise aşağıdaki şartların da sağlanması halinde kişisel veriler kullanılarak projeye devam edilebilir. Buna göre, veri sahibi veriyi açıklamaya açıkça karşı çıkmamışsa, veri sahibine tüm makul çabaya rağmen yeniden ulaşıp, onamını aramak pratikte mümkün değilse ve araştırma projesinin çıkarları gözetildiğinde yetkilendirmeyi haklı çıkarıyorsa kişisel veriler kullanılabilir.

#### **4. Öncelikli kontrol (risk analizi)**

Kişilerin sağlık verilerinin kötü niyetli olarak değiştirilmesi, yanlış sağlık verilerinin oluşturulması, kişilik hakları açısından geri dönülemez sonuçlara yol açabilir. AB 95/46/EC

sayılı Veri Koruma Direktifinin 20. maddesi, risk analizi açısından öncelikli kontrolü (prior checking), üye devletlerin veri işleme sürecinin başlamasından önce kişinin hak ve özgürlüklerinin risk altında olup olmadığının ve veri işlemenin bu açıdan önceden değerlendirilip, risk taşıyıp taşımadığının, ne kadar risk taşıdığına tespitini düzenlemektedir.<sup>40</sup>

2016/679 Sayılı AB Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 36. maddesi "öncelikli kontrolü" daha ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Söz konusu maddeye göre, Tüzüğün 35. maddesi uyarınca yapılan veri koruma etki değerlendirmesi veri işleme sonucu oluşan riskin azaltılması için kontrolör tarafından önlem alınmamasının yüksek risk oluşturacağını gösteriyorsa, kontrolör veriyi işlemeden önce denetleyici otoriteye danışmak zorundadır.<sup>41</sup>

Denetleyici otorite maddenin birinci paragrafında belirtilen veri işleme isteğinin bu tüzüğü ihlal edeceği düşüncesindeyse, özellikle kontrolörün riski yeterli derecede tanımlamadığı ya da azaltmadığı durumlar için, danışma talebini aldığı tarihten itibaren 8 haftaya kadar kontrolöre, mümkün ise veri işleyene yazılı bir tavsiyede bulunmak zorundadır.

Denetleyici otorite 58. maddede belirtilen yetkilerinin herhangi birini de bu durumda kullanabilecektir. 8 haftalık süre 14 haftaya kadar uzatılabilir ancak bu süreyi uzatırken istenilen veri işlemenin karmaşıklığının da göz önüne alınması gerekmektedir. Denetleyici otorite, kontrolörü ve mümkün ise veri işleyeni, danışmanlık isteğini aldığı tarihten itibaren bir ay içinde süreyi uzatma gerekçeleri ile birlikte bilgilendirmek zorundadır. Bu süreler, denetleyici otoritenin danışma amacı için istediği bilgilerin elde edilmesine kadar askıya alınabilir. Söz konusu maddenin 1. paragrafına göre denetleyici otoriteye danışırken kontrolör mümkün olduğunda, kontrolörün sorumluluklarını, ortak kontrolörleri ve veri işleme sürecinde yer alan veri işleyenleri, veri işleme amaç ve araçlarını, veri sahibinin bu tüzükteki hak ve özgürlüklerinin korunmasını sağlamak için alınan önlem ve güvenlik tedbirlerini, uygun olduğunda, veri koruma memurunun iletişim bilgilerini, 35. madde uyarınca düzenlenen veri koruma etki değerlendirmesini ve denetleyici otorite tarafından istenen herhangi diğer bilgileri vermek zorundadır.

2016/679 Sayılı AB Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 4 (2) maddesinde belirtildiği gibi veri işlemenin birinci aşaması verinin toplanmasını oluşturmaktadır. İkinci aşamada, özellikler çıkarılır, veri organize edilir, yapılandırılır ve saklanır. Son aşamada ise verilerden bilgi ortaya çıkarılır, kullanılır ve açıklanır. Yürürlüğe giren 6698 sayılı Veri Koruma Kanunu'nda ve ilgili yönetmelikte öncelikli kontrole ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Henüz bir önlem alınmadan kişisel verilere erişim sağlanması ve tüm sağlık verilerinin Sağlık Bakanlığı nezdinde bir merkezde toplanıyor olması büyük risk taşımaktadır. Hukuk devletinin bir gereği olan "ölçülülük ilkesi" kapsamında, kişisel verilerin

40 Avrupa Birliği (AB) 95/46/EC Numaralı Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafiki Direktifi, md. 20, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN> (erişim tarihi 16 Haziran 2017)

41 AB 2016/ 679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü, md. 36, [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation\\_oj\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation_oj_en.pdf) (erişim tarihi 16 Haziran 2017)

korunması hakkına en az zarar vereceği düşünülen araç ve tekniklerin neler olduğunun belirlenmesi, sürekli kontrol edilerek verilerin toplanması ve işlenmesi, toplanma ve işleme amacı ulaşılmak istenen sonuç arasında da makul bir oranın bulunması gerekmektedir.<sup>42</sup>

### 5. Kişisel verilerin silinmesi talep edilebilir mi?

Bu talep uygulamada "Unutulma hakkı" şeklinde tartışılmaktadır. Yukarıda da tanımladığımız bu hak, kavram olarak Avrupa Adalet Divanı'nın Google Spain SL v. Agencia Española de Protección de Datos and Mario kararında 2014 yılında ortaya çıkmıştır.<sup>43</sup> Bu hakkın bir insan hakkı olup olmadığı tartışma konusudur.<sup>44</sup>

UNESCO, "...uluslararası insan hakları hukukunun böyle bir hak tanımadığını, konunun yerel olduğunu, çünkü dijital çağda, geçmişteki hataların silinmesinin imkansız olduğunu, teknolojinin kişilere nerede çalışır ya da yaşıyor olurlar ise olsunlar, bir başka kişinin internet üzerinden yaptıkları paylaşımları, yorumları, fotoğrafları veya kayıtlarını bulma imkanını sağlamakta" olduğunu dile getirmiştir.<sup>45</sup> Ancak UNESCO, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 12. maddesinin "Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışamaz, şeref ve onuruna saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır" hükmünü dikkate almamıştır.

Unutulma hakkı, AB'nin bilgi ve iletişim teknolojileriyle gelen yenilikleri, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmeden, damgalanmaya yol açmadan şekillendirmeye çalıştıkları bir anlayışın ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Bu hak, AB tarafından, bir kişinin kendisinin herhangi bir arama motoruna ismi yazıldığında, o kişinin hangi bilgilerine çevrimiçi olarak erişilebileceğine karar verebilme ve hangi bilgilerine erişilip erişilemediğinden emin olma hakkı olarak tanımlanmaktadır. Kişinin bu kararı verebilmesi sadece kendi elinde olmalıdır. Kişinin kendisi dışında, herhangi bir algoritma ya da üçüncü bir kişi tarafından o kişinin bilgilerine çevrimiçi olarak ulaşılabileceğinin kararı unutulma hakkı kapsamında verilemez.

AB 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifi'nde unutulma hakkına yer verilmemiş, ancak 2016/679 sayılı AB Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 17. maddesinde hüküm altına alınmıştır.<sup>46</sup> Unutulma hakkı kapsamında, kişinin verilerinin toplanma amacı için o verilerin artık kullanılmasına gerek olmadığına, kişi tüm verisinin ortadan kaldırılmasını isteme hakkına sahiptir.<sup>47</sup>

42 AKGÜL, 2016, s. 172.

43 NEVILLE, Andrew "Is it a Human Right to be Forgotten? Conceptualizing the World View", Santa Clara Journal of International Law, Year: 2017, Vol. 15, Issue:2, (p.160).

44 NEVILLE, 2017, p. 159.

45 NEVILLE, 2017, p. 159.

46 AB 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü, md. 17, [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation\\_oj\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation_oj_en.pdf) (erişim tarihi 16 Haziran 2017)

47 BENNETT, Steven C. "The right to be forgotten: Reconciling EU and US Perspectives", Berkeley Journal of

Ancak, 17. maddenin 3. fıkrasının d bendine göre,

Kamu yararı için arşivleme, bilimsel veya tarih araştırmaları yapmak ve istatistiksel çalışmalar için verilerin işlenmesi gerekiyor ancak verilerin silinmesi bu amaçları gerçekleştirmeyi ciddi şekilde olumsuz etkileyecek veya imkansız hale getirecek ise unutulma hakkından söz edilemeyecektir. Ancak bunun için söz konusu araştırmalar 89 (1) maddede belirtilen şartlara uygun olmalı, 17. maddenin 1. fıkrasındaki düzenlemeler dikkate alınmalıdır.

Türkiye'de 'Unutulma hakkı' olarak ifade edilen, kişisel verilerin internetten silinmesi, yasal düzenlemeyle ilk kez sabitlenmiş olacaktır. Özellikle, Google, Facebook, Twitter ve diğer veri toplayan hizmetler, başvurunuz üzerine hesaplarınız ve kişisel verilerinizi silmek zorunda olacak ve nc taraflara da iletmeyecektir. Yasayla ayrıca veriler taşınabilir hale gelecek, hizmet sunucusunu değiştirdiğinizde verilerinizi de yeni hizmet sunucusuna aktarabilmeniz olanaklı olacaktır. Verileri işleyenler, talep etmeniz durumunda hangi verilerinizi depoladıklarını, bu verilerle ne yaptıklarını ve kimlere ilettiklerini açıklamak zorunda olacaktır. Bu hizmetin hem anlaşılır hem de ücretsiz olarak sunulması da esastır.

Unutulma hakkını sadece internet ortamındaki verilerin ele alınması olarak tanımlamanın çok sınırlayıcı olacağı, bu durumun söz konusu hakkın gelişimini engelleyeceği yönünde görüşler bulunmaktadır.<sup>48</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17 Haziran 2015 tarihinde (E. 2014/4-56, K. 2015/1679), unutulma hakkı ile ilgili verdiği kararında da, dört yıl önce cinsel saldırıya uğraması nedeniyle mağdur olan ve mağdurun adının rızası olmadan açık bir şekilde rumuzlanmadan bir kitapta yazılmasını, dijital ortamda olmasına karşılık, unutulma hakkını ve özel hayatın gizliliğini ihlal kapsamında değerlendirmiştir. Anılan kararda kişisel veriler; bireyin kimliğini ortaya çıkartan, bir kişiyi belirli kılan ve karakterize eden kişinin kimlik, ekonomik ve dijital bilgileri, tabiiyeti, kanaatleri, ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf ve sendika yeliği, sağlık bilgileri, fotoğrafları, parmak izi, sağlık verileri, telefon mesajları, telefon rehberi, sosyal paylaşım sitelerinde yazdığı veya paylaştığı yazı, fotoğraf, ses veya görüntü kayıtları olarak kabul edilmiştir.

Kişisel verilerin ne kadar süre saklanacağı ile ilgili olarak mevzuatta öngörülen süre, veriyi işlemek için belirlenen amacı gerçekleştirmek için gereken süredir. Buna göre, veri sorumluları, ilgili mevzuatta verilerin saklanması için öngörülen bir süre varsa bu sreye uyacaklardır. Böyle bir düzenleme yok ise, veriler ancak işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar saklanabilecektir. Söz konusu biyomedikal alan olduğunda tanı/tedavi/araştırma amaçlı olarak toplanan verilerin ne kadar süre saklanacağı konusu netlik kazanmalıdır.

Özellikle araştırma amaçlı toplanan veriler açısından, araştırmaya katılacak kişilerden aydınlatılmış onam alma sürecinde, hangi verilerin hangi amaçla ve nerede kullanılacağı, ne kadar süre nerede saklanacağı bilgisinin kişilere verilmesi araştırmaya katılıp

International Law, 2012, Vol: 30, Issue:1, (p.162).

48 AKGÜL, 2016, s. 456.

katılmama kararlarını vermelerinde belirleyici rol oynayacaktır. Bu açıdan kişisel verilerin etkili bir şekilde korunması, var olan araştırmaların ilerleyebilmesi ve veriye dayalı olarak gelecekte yeni araştırmalar yapılmasının önünün açılması açısından önemlidir.

6698 sayılı Veri Koruma Kanunu'nda getirilen düzenleme ile bir verinin daha fazla saklanması için geçerli bir sebep olmaması durumunda, o veri silinecek veya anonim hale getirilecektir. Gelecekte kullanma ihtimalinin varlığına dayanarak veri saklanamayacaktır. Bu açıdan araştırma dünyasında bu kanunun uygulanabilirliği bu madde kapsamında yeniden tartışılmalıdır.

## **6. Bilgi talep edilebilir mi?**

6698 sayılı Veri Koruma Kanununun 11. maddesinin 1. fıkrasının b bendine göre, "Herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme hakkına sahiptir. Ancak AB 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifi'nin aksine veri sorumlusunun bilgi talep eden kişiye cevap veremediğinde oluşabilecek sonuçlardan veri sahibinin haberdar olma hakkından da söz edilmemiştir. Daha sonra çıkarılan Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik, veri sahibinin veri sorumlusundan bilgi talep edebileceğini, açık ve anlaşılabilir bir şekilde, yazılı ya da elektronik ortamda veri sahibine bilgilendirme yapılacağını düzenlemiştir.

AB Veri Koruma Direktifinin 10. maddesinde, veri sahibinin veri sorumlusundan bilgi talep edebilmesi, veri sorumlusunun ilgili kişiye cevap verememesi durumunda oluşabilecek sonuçlardan da veri sahibinin haberdar olma hakkı düzenlenmiştir. Anılan maddenin c fıkrasının üçüncü bendinde verisi işlenen kişiye, veri sorumlusundan bilgi talep ettiğinde cevap verilemediği durumlarda veri sahibinin karşılaşılabileceği olası sonuçların kendisine anlatılması gerektiği düzenlenmiştir.

## **7. Veri transferi için eşdeğer koruma:**

AB 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifi'nin 25. maddesi, kişisel verilerin 3. ülkelere transferi için gereken yeterli korumanın hangi ölçütlere göre belirleneceğini düzenlemiştir. Anılan maddede, verinin niteliğine, amacına ve öngörülen işleme süresine, verinin nereden nereye aktarılacağına, hukuk kurallarına, verinin aktarılacağı ülkenin profesyonel kuralları ile aldıkları güvenlik önlemlerinin neler olduğu da belirlenerek yeterli korumanın olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği düzenlenmektedir.

6698 sayılı Veri Koruma Kanunu'nda yeterli korumanın olup olmadığının değerlendirilmesinin Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından yapılacağı, Kurulun da yeterli korumanın bulunduğu ülkeleri ilan edeceği belirtilmiştir. Kurulun yapacağı değerlendirmenin ölçütleri de bu madde kapsamında sıralanmıştır.

Öte yandan, ilgili yönetmeliğin 8. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacı dışında kalan amaçlar için işlenecek olan kişiler sağlık verileri, ilgili maddenin 2. fıkrasına göre ancak



anonim hale getirilmek suretiyle aktarılabilir. Bu durumda, arşiv materyali olarak ya da araştırma biyo-bankalarında toplanan ve işlenen kişisel sağlık verilerinin araştırma amaçlı olarak, anonim hale getirilmeden aktarılması mümkün olmayacaktır.

Dünya Hekimler Birliği'nin "*Sağlık Veritabanları ve Biyobankalarla ilgili Etik Kaygıları üzerine Dünya Tabipler Birliği, Taipei Bildirgesi*"nde de verilerin ve materyalin kimliksizleştirildiği durumlarda ilgili bireyin kendi verileriyle/materyaliyle ne yapıldığını bilemeyebileceği ve yararlanamayabileceği, bu nedenle verdiği onamı geri çekme seçeneğinin kişiden onam alınırken mutlaka belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir.<sup>49</sup>

İlgili Yönetmeliğin 8. maddesinin 4. fıkrasında ise, "*kişisel sağlık verilerinin uluslararası aktarımına ilişkin her türlü talep ile bu maddede sayılanlar dışında kalan veri aktarımı talepleri, kanunda öngörülen hükümler çerçevesinde, genetik verilerin hassasiyeti hususu da dikkate alınarak Komisyon tarafından değerlendirilir.*" hükmü yer almaktadır.

### 8. Kişisel verileri koruma kurulu:

AB'nin 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifi'ne göre, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak elde edilmesi, silinmesi, verilere erişilmesi gibi eylemlerin denetiminin bağımsız bir kurul tarafından yapılması öngörülmüştür. Bağımsızlık, kurumsal, işlevsel ve ekonomik bağımsızlığın hepsinin birlikte bulunması şeklinde anlaşılmalıdır.<sup>50</sup>

Söz konusu Direktifin 18. maddesinde düzenlenen denetleyici otorite (Supervisory authority) benzeri bir yapı 6698 Sayılı Veri Koruma Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu kanun ile Kişisel Verileri Koruma Kurum ve Kurulları kurulmuş, Kurul idari ve mali özerkliğe sahip karar verici organ olarak belirlenmiştir.

6698 sayılı Veri Koruma Kanunu'nun 21/2. maddesinde, kurulun dokuz üyeden oluşacağı belirtilmiştir. Kurulun beş üyesi Türkiye Büyük Millet Meclisi, iki üyesi Cumhurbaşkanı, iki üyesi Bakanlar Kurulu tarafından seçilmektedir. Söz konusu kanunun tasarısında 9 üyeden beşinin, Yargıtay, Danıştay, Türkiye Barolar Birliği, Yüksek Öğretim Kurulu ile Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu tarafından belirleneceği yönündeki düzenleme değiştirilmiştir. Bu açıdan tasarı halindeki düzenlemenin kurulun bağımsızlığı ve çeşitliliği açısından daha uygun olduğu kanaati oluşmuştur.<sup>51</sup>

AB vatandaşı olan bireyler, eğer veri koruma haklarının ihlal edildiğini düşünüyorlarsa, Avrupa Birliği'nin yapısı içerisinde bulunan European Personal Data Supervisor (EPDS)'ye doğrudan başvuru yapabilmektedirler.<sup>52</sup> EPDS, bu şikâyetleri dinleyip, inceleyebilir ve düzenlemelerin uygulanıp uygulanmadığından emin olmak için süreci izleyebilir. Bununla birlikte, EPDS AB Kurum ve organlarına kişisel verilerin işlenmesiyle ilgili

49 Sağlık Veritabanları ve Biyobankalarla ilgili Etik Kaygıları üzerine Dünya Tabipler Birliği Taipei Bildirgesi, [http://www.ttb.org.tr/images/stories/haberler/file/DTB\\_saglik\\_veritabani\\_biyobankalar\\_bildirge.pdf](http://www.ttb.org.tr/images/stories/haberler/file/DTB_saglik_veritabani_biyobankalar_bildirge.pdf), s. 1-5 (erişim tarihi: 16 Haziran 2017)

50 AKGÜL, 2016, s. 117.

51 AKGÜL, 2016, s. 174.

52 Avrupa Veri Koruma Denetçisi- Avrupa Birliği Komisyonu, [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/bodies/supervisor/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/bodies/supervisor/index_en.htm) (erişim tarihi 16 Haziran 2017)

her türlü tavsiyede bulunabilir. AB Komisyonu da herhangi bir sektörde kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili yasa tekliflerini kabul edeceği zaman EPDS'ye danışmak zorundadır.

## 9. Hassas verilerin korunması açısından 6698 sayılı Kanun yeterli güvenceyi veriyor mu?

Kişilerin savunmasız olmasına neden olabilecek potansiyele sahip olması nedeniyle özellikle kişinin sağlık verileri, cinsel yaşamı, genetik ve biyometrik verileri gibi biyomedikal alanı ilgilendiren hassas verilerin korunması konusu, hukuki ve etik açıdan büyük bir hassasiyet gerektirmektedir. Bu nedenle AK'nin 108 sayılı Sözleşmesinde ve Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifinde, bu tür veriler için geniş koruma istenmekte ve söz konusu veriler özel bir hukuki rejime tabi tutulmaktadır.<sup>53</sup>

AK Statüsü'nün 15.b maddesine istinaden AK No. R (97) 5 sayılı tavsiye metninde Bakanlar Komitesi üye ülkelerin hükümetlerine tavsiyelerde bulunmuştur. Bu tavsiye kararında belirtilen ilkelerin hukuki metin ve uygulamalara da yansıtıldığından emin olunması için gerekli adımların atılması gerekliliğinden söz edilmiştir.<sup>54</sup> Söz konusu tavsiye kararında sağlık verilerinin, tıbbi bakım ve araştırma ya da hastane yönetiminin dışında farklı sağlık bakımı sektörlerinde de kullanımının arttığına dikkat çekilmiştir.

Kişisel verileri elde etme ve işleme aşamasında **mahremiyetin** korunması gerekliliği mutlaka vurgulanmakta, tıbbi verilerin de yalnız yerel kanunlarda uygun önlemler alındığında toplanıp işlenebileceği dile getirilmektedir. Buradan hareketle ülkelerin yerel kanunlarında uygun önlemleri alarak, temel hak ve hürriyetler ile mahremiyetin korunması, gizlilik en önem verilen değerler olarak ortaya çıkmıştır.

Gizlilik, bir kişinin kişisel verilerine üçüncü kişiler tarafından erişilmesini kontrol etme hakkı olarak bir hak olarak nitelendirilmektedir.<sup>55</sup> Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ)'nün 2012 yılında yapmış olduğu bir çalışmada, artık günümüzde gizliliğe saygı ödevini kamu görevi olan tıbbın ilerlemesine yardımcı olma görevi içine katmaya ihtiyaç olduğu yönünde tartışmalar gelişmeye başlamıştır.<sup>56</sup> Aynı çalışmada, Brezilya'nın, kişilerin verilerini kontrol etmelerine izin vermesi ve kişisel verilere yüksek derecede koruma sağlayan yasalara sahip olması açısından öncü olduğu belirtilmiştir.<sup>57</sup> Ancak diğer ülkelerde olduğu gibi Brezilya'da da elektronik sağlık kayıtlarında hakların uygulanabilir olması için kullanılabilir veri takibi (data tagging), uzaktan erişim (remote access) ve veri gizleme (data obfuscation- data masking) gibi teknik çözümlere referans gösteren bir

53 Avrupa Konseyi (AK) ve AB Temel Haklar Ajansı Avrupa Veri Koruma Kanunu El Kitabı, 2014, [http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_data\\_protection\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_ENG.pdf), s. 36 (erişim tarihi: 16 Haziran 2017)

54 AK R (97) 5 sayılı Tavsiye Kararı, <https://rm.coe.int/16804f0ed0> (erişim tarihi 16 Haziran 2017)

55 REGIDOR, Enrique "The use of personal data from medical records and biological materials: ethical perspectives and the basis for legal restrictions in health research", Social Science & Medicine, 2004, Vol. 59, (p. 1976).

56 WHO, Legal Framework for eHealth, based on the findings of the second global survey on eHealth, [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44807/1/9789241503143\\_eng.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44807/1/9789241503143_eng.pdf), p.20 (erişim tarihi: 16 Haziran 2017)

57 WHO, Legal Framework for eHealth, based on the findings of the second global survey on eHealth, [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44807/1/9789241503143\\_eng.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44807/1/9789241503143_eng.pdf), p. 33 (erişim tarihi: 16 Haziran 2017)

mevzuat bulunmadığı da dile getirilmiştir.<sup>58</sup>

AK No. R (97) 5 sayılı tavsiye kararında, bilgiye erişimin reddedilebileceği, sınırlandırılabilir ya da ertelenebileceği durumlar dört başlık halinde sıralanmıştır. Eğer yasada öngörülmüşse ve demokratik toplumun gereği olarak suçu önlemek ya da kamu güvenliği ve devletin güvenliğini korumak için gerekliyse, tıbbi verilere erişim reddedilebilir, kısıtlanabilir ya da ertelenebilir. Bununla birlikte, kişinin bu bilgiye ulaşması onun sağlığı için ciddi bir zarar doğuracaksa, bilgiye ulaşması üçüncü kişiler hakkındaki bilgileri de ortaya çıkarıyorsa, ya da eğer genetik verilere dayalı olarak ortaya çıkan bilgi akraba ya da soyuna ciddi zarar verecekse de erişimin reddedilip, kısıtlanabileceği hüküm altına alınmıştır.

İstatistik ya da bilimsel araştırma amaçlarıyla kullanılan verilerin, açıkça veri sahibinin gizliliğini ihlal etme riski varsa da veriye erişim reddedilebilir, kısıtlanabilir ya da ertelenebilir. AB'nin 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifi ile 108 sayılı sözleşmeye ek olarak tıbbi veri ile ilgili AB No. R (97) 5 no'lu tavsiyesi doğmamış çocuklar, yeterliği olmayan kişiler, genetik verilerin işlenmesi ve bilimsel araştırmalar için özel düzenlemeler içermektedir.

Tavsiyede, doğmamış çocukların tıbbi verilerinin korunması için bir başlık belirlenmiş ve doğmamış çocukları ilgilendiren tıbbi verilerin kişisel veri olarak değerlendirilmesi gerektiği, doğmamış çocukların tıbbi verilerinin küçüklerin tıbbi verileri gibi korunması gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte yerel kanunlarda başka türlü düzenlenmedikçe, ebeveyn sorumluluk sahibidir. Ebeveyn aynı zamanda yasal olarak doğmamış çocuk hakkında karar verme hakkına sahiptir ve verinin sahibi doğmamış çocuktur.

## 10. Sonuç:

Günümüzde sağlık verileri, sosyal medya, akıllı telefon uygulamaları, akıllı bilgisayarlar, hastane kayıt sistemleri vb. gibi pek çok araç aracılığı ile işlenebilmekte, saklanabilmekte ve aktarılabilir. Ancak, henüz gerekli ve yeterli teknolojik önlemler alınmadan kişisel verilere erişim sağlanması olumsuz ve geri dönülemez sorunlara neden olabilecektir.

Kişinin özel alanlarının devlet müdahalesine karşı korunma hakkının Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannameyi düzenlemesiyle güvence altına alındığı unutulmamalıdır. Devlet tarafından izlenen sağlık politikalarının, oluşturulan yasal düzenlemelerin de bu çerçevede değerlendirilmesi demokratik toplum gerekleri açısından önemlidir.

Kanunların kazuistik yapıda olmaması beklenmektedir ancak kanun metni içinde yer alan yeterli önlem, meşru amaç gibi sübjektif değerlendirmelere açık ifadeler kanunun muğlak oluşuna yol açmaktadır. Kanun aynı zamanda kişinin açık rızasının aranmayacağı halleri çok geniş tutmuş herhangi bir sınırlama getirmemiştir.

Kanuna göre kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ve finansmanının planlanması

58 WHO, Legal Framework for eHealth, based on the findings of the second global survey on eHealth, [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44807/1/9789241503143\\_eng.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44807/1/9789241503143_eng.pdf), p. 33 (erişim tarihi: 16 Haziran 2017).

ve yönetimi için ilgili kişinin sağlık verileri açık rızası (aydınlatılmış onama karşılık gelmektedir.) alınmadan toplanabilecektir. Hukuk devletinin bir gereği olan ölçülülük ilkesi kapsamında, kişisel verilerin korunması hakkına en az zarar vereceği düşünülen araç ve tekniklerin neler olduğunun güncel olarak takip edilmesi, verilerin toplanması ve işlenmesi, toplanma ve işleme amacı ile ulaşılmak istenen sonuç arasında da makul bir oranın bulunması gerekliliği, risk analizi yapılarak algoritmalar geliştirilmesi kişisel verilerin etkin korunması açısından önemlidir.

Öte yandan, kişisel sağlık verilerinin uluslararası aktarımına ilişkin olarak oluşturulan komisyonda bilimsel araştırmaların yürütüldüğü üniversitelerin yer almaması, dolaşısıyla araştırmaların en önemli paydaşının dışarıda bırakılması da önemli bir eksikliğe işaret etmektedir. Türkiye açısından biyometrik veriler ile genetik verilerin kendilerine özgü nitelikleri göz önüne alındığında, bu tür verilerin işlenmesine ilişkin genel koruma çerçevesinin kanun ile çizilmemesi ve kanunda genel ifadelere yer verilmesi önemli bir eksikliktir ve uygulamada pek çok soruna yol açacaktır.

---

## KAYNAKLAR

---

1982 T.C. Anayasası.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6698.html> (erişim tarihi 3 Nisan 2017)

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu.

AKGÜL, Aydın, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, 2. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Avrupa Birliği (AB) 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafikliği Direktifi, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN> (erişim tarihi 16 Haziran 2017)

Avrupa Birliği (AB) 2016/ 679 sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve bu Verilerin Serbest Dolaşımı ile İlgili Gerçek Kişilerin Korunması Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Genel Veri Koruma Tüzüğü 27 Nisan 2016, [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation\\_oj\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation_oj_en.pdf) (erişim tarihi 14 Haziran 2017)

Avrupa Konseyi (AK) Bakanlar Komitesi Tıbbi Verilerin Korunması Hakkında R (97) 5 No'lu Tavsiye Kararı Açıklama Raporu 2/65, <https://rm.coe.int/16806846cb> (erişim tarihi 16 Haziran 2017)

Avrupa Konseyi (AK) Bakanlar Komitesi Tıbbi Verilerin Korunması Hakkında R(97) 5 No'lu Tavsiye Kararı, <https://rm.coe.int/16804f0ed0> (erişim tarihi 16 Haziran 2017)

Avrupa Konseyi Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Hakkında 108 sayılı Sözleşme, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0966.pdf> (erişim tarihi 20 Nisan 2017)

Avrupa Konseyi (AK) ve AB Temel Haklar Ajansı Avrupa Veri Koruma Kanunu El Kitabı, 2014, [http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_data\\_protection\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_ENG.pdf), s. 36 (erişim tarihi: 16 Haziran 2017).

Avrupa Veri Koruma Denetçisi- Avrupa Birliği Komisyonu, [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/bodies/supervisor/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/bodies/supervisor/index_en.htm) (erişim tarihi 16 Haziran 2017).

BENNETT, Steven C. "The right to be forgotten: Reconciling EU and US Perspectives", *Berkeley Journal of International Law*, 2012, Vol: 30, Issue:1.

- CHARO, R. Alta "Body of Research – Ownership and Use of Human Tissue", N Engl J Med, Year: 2006, Vol: 355
- EMİR, Murat, Hukuki ve Etik Yönleri ile Biyotıp Araştırmalarında Biyobankalar, Doktora Tezi, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2013.
- FUSTER, Gloria González, The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU, P Casanovas & G Sartor (eds), Springer International Publishing Switzerland, Switzerland, 2014.
- JASSERAND, Catherine "Legal Nature of Biometric Data Legal Nature of Biometric Data: From "Generic" Personal Data to Sensitive Data Which Changes Does the New Data Protection Framework Introduce?", European Data Protection Law Review, Year: 2016, Vol:1, Issue: 3
- KAPLAN, Bonnie " How Should Health Data be Used?Privacy, Secondary Use, and Big Data Sales", Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics, Year: 2016, Vol: 25.
- Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik, 20 Ekim 2016 tarih ve 29863 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/10/20161020-1.htm> (erişim tarihi 6 Haziran 2017)
- NEVILLE, Andrew "Is it a Human Right to be Forgotten? Conceptualizing the World View", Santa Clara Journal of International Law, Year: 2017, Vol. 15, Issue:2.
- REGIDOR, Enrique "The use of personal data from medical records and biological materials: ethical perspectives and the basis for legal restrictions in health research", Social Science & Medicine, 2004, Vol. 59.
- RHODES, Catherine "Potential International Approaches to Ownership/Control of human Genetic Resources", Health Care Anal, Year: 2016, Vol: 24, (s. 275)
- Sağlık Veritabanları ve Biyobankalarla İlgili Etik Kaygıları üzerine Dünya Tabipler Birliği Taipei Bildirgesi, [http://www.ttb.org.tr/images/stories/haberler/file/DTB\\_saglik\\_veritabanl\\_biyobankalar\\_bildirge.pdf](http://www.ttb.org.tr/images/stories/haberler/file/DTB_saglik_veritabanl_biyobankalar_bildirge.pdf), s. 1-5 (erişim tarihi: 16 Haziran 2017)
- ŞİMŞEK, Suat "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-I", TBB Dergisi, Yıl: 2010, Sayı: 91.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Raporu, 2015, 14.01.2015, Esas No: 1/1009 Karar No: 37, [https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/abuyum/belgeler/2015/1\\_1009\\_rapor.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/abuyum/belgeler/2015/1_1009_rapor.pdf) (erişim tarihi 16 Haziran 2017)
- T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, 18 Ocak 2016 tarih ve 31853594-101-580-249 Sayılı Yazı, 20379 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı Gerekçe, Gerekçe, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (erişim tarihi 24 Nisan 2017).
- USTARAN, Eduardo, The Scope of Application of EU Data Protection Law and Its Extraterritorial Reach, Beyond Data Protection: Strategic Case Studies and Practical Guidance, N Ismail & EL Yong Cieh (eds), Springer Berlin Heidelberg, Berlin, Heidelberg, 2013.
- World Health Organization (WHO), Legal Framework for eHealth, based on the findings of the second global survey on eHealth, [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44807/1/9789241503143\\_eng.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44807/1/9789241503143_eng.pdf), s.20 (erişim tarihi: 16 Haziran 2017)



# Göçmenlere Yönelik Deniz Operasyonlarında Frontex'in Müdahale Yetkisinin Uluslararası Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi

Hakemli Makale

## A. Aslı BİLGİN

Doç. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

### İÇİNDEKİLER

Giriş .....	57
I. Frontex'in Kuruluşu.....	58
II. Frontex'in Görev ve Yetkisi .....	60
A. Frontex ve Deniz Operasyonları .....	61
B. Frontex'in Denizde Müdahale Yetkisi .....	63
III. Göçmenlere Yönelik Deniz Operasyonlarına İlişkin Uluslararası Hukuk Düzenlemeleri ve Frontex'in Müdahale Yetkisi .....	64
A. BM Deniz Hukuku Sözleşmesi.....	64
1. Karasularında Müdahale Yetkisi .....	65
2. Bitişik Bölge ve Münhasır Ekonomik Bölgede Müdahale Yetkisi.....	67
3. Açık Denizde Müdahale Yetkisi .....	69
B. Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol.....	71
C. Denizde Arama ve Kurtarma Yükümlülüğüne İlişkin Sözleşmeler .....	72
D. BM Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	76
Sonuç.....	78
Kaynakça .....	80

---

## ÖZET

---

İç pazarın sağlıklı bir şekilde işleyişinin sağlanması Avrupa Birliği'nin (AB) dış sınırlarının etkili şekilde korunması ve güvenilir bir alanın yaratılması ile mümkündür. 2004 yılında bu amaçla Frontex adı verilen AB ajansı kurulmuştur. Düzensiz göçmen olarak deniz yoluyla Birliğe gelenlerin sayısındaki artış Frontex'in de dahil olduğu deniz operasyonları ile önlenmeye çalışılmaktadır. Bu operasyonların amacının göçmenlerin can güvenliğini sağlamak olduğu belirtilse de, Frontex'in özellikle "geri itme" yöntemiyle açık denizde göçmen taşıyan teknelere müdahalesi aksini düşündürmektedir. Devletlerin ülkelerine girişleri düzenleme konusunda mutlak yetkisi olsa da, yapılan düzenlemelerin uluslararası hukuka uygun olması gerekmektedir. Oysa, düzensiz göç ve göçmen kaçakçılığı konusunda 656/2014 sayılı Tüzük kapsamında Frontex'e tanınan bazı yetkilerin başta geri göndermeme ilkesi olmak üzere uluslararası hukuk düzenlemelerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

### Anahtar Kelimeler

Frontex, Düzensiz Göç, Göçmen Kaçakçılığı, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, 656/2014 Sayılı Tüzük, Geri Göndermeme İlkesi.

---

## ABSTRACT

---

### Assessing The Power of Frontex In Maritime Operations Against Irregular Migrants Under International Law

The proper running of the common market depends on effective external border management of the European Union and the establishment of a security area. With this goal in mind, one of the Union's agencies, Frontex was established in 2004. The significant increase in the number of arrivals of irregular migrants by sea is trying to be prevented by Frontex sea operations since then. Even though the main aim of those operations is implied to protect the right to life of migrants, the push-back operations of Frontex supports the contrary. States have the sovereign right to determine the entry conditions into its territory in accordance with international law. Whereas, some of the powers given to Frontex relating to irregular migration and smuggling of migrants under the regulation no. 656/2014 seem to be in breach of international law, especially the principle of non-refoulement.

### Keywords

Frontex, Irregular Migration, Smuggling of Migrants, United Nations Convention on the Law of the Sea, Regulation No. 656/2014, Non-Refoulement



## Giriş

Ekonomik entegrasyon amacıyla yola çıkılan Avrupa Birliği'nde (AB) söz konusu amaca 1992 yılında ulaşılmışla siyasi bütünleşme hedefi de gün yüzüne çıkmıştır. Bu kapsamda Maastricht Antlaşmasıyla oluşturulan üç sütunlu yapının bir ayağı "Ortak Dış ve Güvenlik Politikası" olarak belirlenirken diğer ayağı "Adalet ve İçişlerinde İşbirliği" olmuştur.

Adalet ve içişlerinde işbirliği kapsamında başta dış sınırların kontrolü olmak üzere üçüncü ülke vatandaşlarının AB alanına girişlerinde izlenecek vize prosedürleri, göç, sığınma, sınır ötesi suçların kovuşturulması konularında üye devletlerin ortak hareket etmesi amaçlanmaktadır. Bu konularda ortak tutum izleme ihtiyacı üç nedene dayanmaktadır. İlk neden iç pazarın sağlıklı bir şekilde işleyişinin sağlanmasıdır. Bu durum göç, iltica gibi konularda ortak hareket edilmesi ile oluşturulabilecek iç sınırların olmadığı güvenli bir alanın yaratılması ile mümkün olacaktır. İkinci neden Köktaş'ın da belirttiği gibi, gerek uluslararası alanda suçla mücadele gerek yasa dışı göçün önlenmesi konularında devletler arasında yapılacak işbirliklerinin sorunun çözülmesinde daha etkili olacağı inancıdır<sup>1</sup>. Yine aynı dönemde Sovyetler Birliği'nin çöküşü ile Doğu Avrupa'da meydana gelebilecek güvenlik krizinin Birliğe yansımından duyulan endişe adalet ve içişlerinde işbirliği konusunun AB gündemine girme nedenlerinden sonuncusu olarak gösterilmektedir<sup>2</sup>.

Entegrasyonun iç pazarın yanısıra diğer politika alanlarına da yayılması özellikle adalet ve içişlerinde işbirliği politikası ile birlikte özgürlük, güvenlik ve adalet alanı fikrinin doğumu dış sınırların korunması adına harekete geçilmesini hızlandırmıştır. Her genişleme süreci ile yeni dış sınırlara ve yeni komşulara sahip olan AB, AB'ye üye olan ve olmayan ülkeler arasında ticaret, seyahat gibi konularda meydana gelecek engellerin ve refah düzeylerindeki orantısızlıkların göç ve iltica konularında artışa neden olmasından endişe duymaktadır<sup>3</sup>.

İşte tüm bu gelişmeler, "European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union" 4, kısa adıyla Frontex'in kurulmasına zemin hazırlamıştır. Komisyon tarafından 2003 yılı Kasım ayında Frontex'in oluşumu için hazırlanan taslak Tüzük 2004 yılında kabul edilerek yürürlüğe girmiştir<sup>5</sup>.

Birliğin hava, deniz ve kara sınırının güvenliğinden sorumlu olan Frontex'in göçmen taşıyan teknelere yönelik müdahale yetkisi kapsamında gerçekleştirdiği uygulamalar

1 KÖKTAŞ, Arif, "Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı", **Avrupa Birliği: Tarihçe, Teori, Kurumlar ve Politikalar**, (der. B. Akçay, vd.), 3. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 493.

2 KÖKTAŞ, 2016, s. 493; PERKOWSKI, Nina, "A Normative Assessment of the Aims and Practices of the European Border Management Agency Frontex", University of Oxford Refugee Studies Centre **Working Paper Series No. 81**, 2012, s. 10.

3 SÖNMEZ, Sait, "Avrupa Birliği'nin Komşu Bölgelere Yönelik Siyasal Açılımı: Avrupa Komşuluk Politikası", **Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl: 2010, Cilt: 7, Sayı: 14, s. 113.

4 Avrupa Birliği Üye Ülkelerinin Dış Sınırlarının Yönetimi için Operasyonel İşbirliği Ajansı

5 Council Regulation No. 2007/2004, OJL 349/12, 25.11.2004.

birçok insan hakları örgütü tarafından eleştirilmektedir<sup>6</sup>. En büyük eleştiri göçmen taşıyan teknelerin fiziki durumları dahi gözönüne alınmaksızın "geri itme" yöntemiyle başka yöne yönlentilmeleri veya üçüncü ülkelere teslim edilmeleridir. Bu uygulama zaten denize elverişliliği bulunmayan teknelerle seyahat eden göçmenlerin hayatını riske atmakta ve aynı zamanda mülteci başvurusunda bulunmak isteyenlerin de bu şansı ellerinden alınmaktadır. Örneğin 2006 yılında Frontex tarafından yayınlanan genel raporda Hera III operasyonu kapsamında Senegal ve Moritanya'dan İspanya'ya geçmeye çalışan yasadışı göçmen sayısının 2020 olduğu ve bunların 1559'nun geri itme yöntemiyle başka yöne yönlentildikleri belirtilmiştir<sup>7</sup>. Uluslararası Af Örgütü tarafından ortaya konulduğu üzere, 2012 yılında göçmen ve mültecilerin Birliğe ulaşmak için en çok kullandıkları güzergah Birliğin Türkiye Yunanistan arasındaki dış sınırı olan Ege Denizidir. Bu deniz sınırında yürütülen operasyonlar neticesinde geri itme yöntemiyle denize elverişli olmayan teknelerde göçmenlerin açık denizin ortasında veya elleri bağlı bir şekilde kara sınırının Türkiye tarafına bırakıldıkları Uluslararası Af Örgütü'nün raporunda yer almaktadır<sup>8</sup>.

Açık şekilde insan haklarının ihlali olan bu uygulamaların Frontex'e tanınan müdahale yetkisi kapsamında uluslararası hukuka uygunluğu problemi ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, Frontex'e tanınan müdahale yetkisinin uluslararası hukuka uygun olup olmadığının tespiti için konunun ilgili uluslararası hukuk düzenlemelerinde ne şekilde ele alındığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu amaçla çalışmada Frontex'in her deniz alanında sahip olduğu yetkiler tespit edildikten sonra bu yetkilerin konuya ilişkin diğer uluslararası düzenlemelere uygunluğu ortaya konmaya çalışılmaktadır.

## I. Frontex'in Kuruluşu

1997 yılında imzalanan Amsterdam Antlaşmasıyla AB vatandaşlarının serbest dolaşımından faydalanabileceği bir "özgürlük, güvenlik ve adalet alanı" içinde yüksek seviyeli güvenlik oluşturulması hedefi ön plana çıkmıştır<sup>9</sup>. Ancak, Amsterdam Antlaşması istenilen sonuca ulaşılmasını tam anlamıyla sağlayamamıştır. Nitekim, Haziran 1998 tarihinde toplanan Cardiff Zirvesinde özgürlük, güvenlik ve adalet alanının oluşturulması için bir eylem planı hazırlanması çağırısı da bunun göstergesidir.

6 European Council on Refugees and Exiles, "ECRE; Amnesty International and ICJ warn rules for Frontex operations at sea should not legitimize push-backs", 2013, <https://www.ecre.org/ecre-amnesty-international-and-icj-warn-rules-for-frontex-operations-at-sea-should-not-legitimize-push-backs/> (erişim tarihi 04.04.2017).

7 TREVISANUT, Seline, "Maritime Border Control and the Protection of Asylum Seekers in the European Union", **Touro International Law Review**, Yıl: 2009, Cilt: 12, s. 156.

8 Uluslararası Af Örgütü, **Avrupa'nın Sınırında: Yunanistan'ın Türkiye Sınırında İnsan Hakları İhlalleri Raporu**, 2013, [http://www.madde14.org/index.php?title=UA%C3%96\\_-\\_Avrupa%27n%C4%B1n\\_S%C4%B1n%C4%B1r%C4%B1nda](http://www.madde14.org/index.php?title=UA%C3%96_-_Avrupa%27n%C4%B1n_S%C4%B1n%C4%B1r%C4%B1nda), (erişim tarihi 25.03.2017).

9 KOSTAKOPOULOU, Dora, "The Area of Freedom, Security and Justice and the Political Morality of Migration and Integration", **A Right to Inclusion and Exclusion? Normative Fault Lines of the EU's Area of Freedom, Security and Justice**, (der. H. Lindhal), Hart Publishing, Oxford, 2009, s. 187; BİLGİN, A. Aslı, "Adalet ve İçişlerinde İşbirliği", **Avrupa Bütünleşmesi ve Türkiye**, (der. M. Kar), 1. Basım, Ekin yayınevi, Bursa, 2010, s. 539.

Hazırlanan eylem planında özgürlük, güvenlik ve adalet alanı oluşturulmak istenmesinin temel nedeni “dış sınır denetimleri, göç, sığınma ve suçla mücadele ve önlemeye ilişkin uygun tedbirler aracılığıyla, kişilerin serbest dolaşımının garanti altına alınarak, Birliği korumak ve geliştirmek” olarak belirtilmiştir<sup>10</sup>. Bu amaçla, Ekim 1999 tarihli Tampere Zirvesinde iltica politikasında işbirliği kararı alınarak Nice Antlaşmasıyla “Eurojust” hayata geçirilmiştir<sup>11</sup>.

Ağırlıklı olarak Adalet ve İçişlerinde işbirliği politikasına ilişkin konuların ele alındığı Laeken Zirvesinde gündem maddelerinden bir tanesi de AB dış sınırlarının daha etkili bir şekilde korunmasıdır. Özellikle terörle mücadele, yasadışı göç ve insan kaçakçılığının önlenmesi adına dış sınır kontrollerinin tek elden sağlanması gerekmektedir. Bu konuda ortak bir sistem oluşturulması için Konsey ve Komisyonun çalışma hazırlaması talep edilmiştir<sup>12</sup>.

Konsey ve Komisyon, 2002 yılında yayınladıkları “Birlik Üye Devlet Dış Sınırlarının Ortak İdaresine Doğru” başlıklı bildiri ile “Dış sınır görevlileri ortak birimi” kurulması önerisinde bulunmuşlardır. Bu öneri kapsamında Avrupa Sınır Güvenliği adında bir yapı oluşturulması öngörülmüş<sup>13</sup>, ancak bu da üye devletlerin sınır kontrollerine ilişkin egemenlik yetkilerini kaybetme endişeleri nedeniyle hayata geçirilememiştir<sup>14</sup>. Bunun üzerine Haziran 2002 Seville Zirve sonuç bildirgesinde oluşturulması düşünülen yapının adı Avrupa Sınır Polisi olarak değiştirilerek, ön çalışma yapılması kararlaştırılmıştır. Haziran 2003 tarihli Selanik zirvesinde dış sınırların korunması ve ortak idaresi önemini korumakta olup, dış sınırların korunması adına operasyonel bir yapı oluşturulması Zirve sonuç bildirgesinde yer almıştır<sup>15</sup>.

Bütün bunlardan yola çıkarak, Frontex'in oluşumu için hazırlanan taslak Tüzük 2004 yılında kabul edilerek yürürlüğe girmiştir<sup>16</sup>. 2007/2004 sayılı Tüzük m. 1 uyarınca Frontex'in kuruluş amacı gerek kişilerin serbest dolaşımı gerek özgürlük, güvenlik ve adalet alanı için dış sınır kontrolü ve gözetimi konusunda işbirliği yapılmasına duyulan gereklilik olarak özetlenebilir. Bu amaçla, üye devlet sınır güvenlik otoritelerinin birlikte çalışmasına yardım ve AB dış sınırlarının idaresinin koordinasyonuna hizmet eden Frontex, ilk olarak 2007 yılında değişikliğe uğramıştır. 863/2007 sayılı Tüzük ile

10 İKV, “**AB'nin Tarihiçesi**”, [http://www.ikv.org.tr/icerik\\_print.asp?id=28](http://www.ikv.org.tr/icerik_print.asp?id=28), (erişim tarihi 25.03.2017).

11 BOZKURT, Enver / ÖZCAN, Mehmet / KÖKTAŞ, Arif, **Avrupa Birliği Hukuku**, 3. Basım, Asil Yayınları, Ankara, 2006, s. 342.

12 2001 **Laeken Zirve Sonuç Bildirgesi**, <http://www.consilium.europa.eu/en/european-council/conclusions/pdf-1993-2003/european-council-meeting-in-laeken--presidency-conclusions-14-15-december-2001>, (erişim tarihi 25.03.2017).

13 **Plan for the management of the external borders of the Member States of the European Union**, <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2010019%202002%20INIT>, (erişim tarihi 25.03.2017).

14 BALDACCINI, Anneliese, “Extraterritorial Border Controls in the EU: The Role of Frontex in Operations at sea”, **Extraterritorial Immigration Control**, (der. B. Ryan, vd.), 1. Basım, Brill Publications, Netherlands, 2010, s. 232.

15 **2003 Selanik Zirve Sonuç Bildirgesi**, <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_DOC-03-3\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-03-3_en.htm)>, (erişim tarihi 25.03.2017).

16 Council Regulation No. 2007/2004, OJL 349/12, 25.11.2004.

Acil Sınır Müdahale Ekipleri oluşturulması kabul edilirken, 2011 yılında yapılan ikinci bir değişikliklikle dış sınırların entegre yönetiminin iyileştirilmesi ve üye devlet sınır kontrol otoriteleri arasındaki işbirliğinin artırılması öngörülmüştür. Getirilen bu değişikliklerin özellikle göç politikası kapsamında yeterli olmadığı ve özellikle AB deniz sınırlarının tam anlamıyla kontrolünün gerçekleştirilememesi nedeniyle deniz yoluyla Birliğe girmek isteyenlerin birçoğunun hayatını kaybetmesinin Frontex tüzüğünde değişiklik yapılması gereğini ortaya çıkardığı Parlamento tarafından Stockholm programına ilişkin ilke kararı kapsamında dile getirilmiştir<sup>17</sup>. Bu karar uyarınca, deniz sınırlarının güvenliğinin sağlanmasının önemi Birliğe girişleri engellemek değil, yaşanan bu ölümlerin önüne geçmek dolayısıyla temel insan hak ve özgürlüklerini korumak olarak ifade edilmiştir<sup>18</sup>. Bu nedenle deniz sınırlarının gözetiminin artırılması amacıyla Frontex'in yetki ve görevlerinde artışa gidilmesi ve böylece göç akışının yön değiştirmesinin sağlanması önerilmektedir. Benzer bir çağrı da 16 Ekim 2015 tarihli Zirve sonuç bildirgesinde Konsey tarafından dile getirilerek Frontex'in işlevsel bir organa dönüştürülmesi adına yetkilerin artırılması çağrısında bulunulmuştur<sup>19</sup>.

Bu talepler doğrultusunda harekete geçen Komisyon, "Avrupa Sınır ve Kıyı Güvenliği"ne ilişkin taslak Tüzüğü 15 Aralık 2016'da tamamlamış ve taslak 16 Eylül 2016'da AB resmi gazetesinde yayınlanmıştır<sup>20</sup>. 2016/1624 sayılı "Avrupa Sınır ve Kıyı Güvenliği Tüzüğü" ile Frontex'i kuran ve değişiklik öngören önceki Tüzükler yürürlükten kaldırılmış ve 6 Ekim 2016 yeni tüzüğün yürürlük tarihi olarak kabul edilmiştir. Buna göre, Avrupa Birliği Üye Ülkelerinin Dış Sınırlarının Yönetimi için Operasyonel İşbirliği Ajansı'nın yetkilerinin genişletilmesi ve bu değişikliği yansıtmak adına Ajansın adının "Avrupa Sınır ve Sahil Koruma Ajansı" olarak değiştirilmesi ve Frontex isminin kullanımına devam edilmesi giriş kısmı 10 ve 11. paragraflarda hüküm altına alınmıştır.

## II. Frontex'in Görev ve Yetkisi

Frontex'in gerek yapısının gerek yetkilerinin AB sınır ve sahilin korunmasında yetersiz olması başta adı olmak üzere Ajansın görevlerinde de kapsamlı değişiklikler yapılmasına neden olmuştur. 2007/2004 sayılı Tüzükte toplam altı madde halinde düzenlenen Frontex'in yetkileri 2016 tarihinde yürürlüğe giren yeni Frontex tüzüğü ile ciddi anlamda artırılarak yirmi madde halinde sayılmıştır<sup>21</sup>. Bu yeni düzenlemeyle, 2007/2004 sayılı Tüzükte Frontex'e tanınan görevlerin kapsamı genişletilerek, bir takım yeni görevlerde eklenmiştir. Bunlar, üye devletlerle ortak operasyonlar düzenlemek, koordine etmek ve üye devletlere yardım amacıyla acil müdahalede bulunmak, arama kurtarma çalışmalarını desteklemek, Avrupa Sınır ve Sahil Koruma ekiplerini hazır hale getirmek, teknik

17 **Motion for a EP Resolution**, 2014, < <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0153+0+DOC+XML+VO//EN#title1>>, (erişim tarihi 25.03.2017).

18 Motion for a EP Resolution, **2014**, para. 77.

19 **Ekim 2015 tarihli Zirve Sonuç Bildirgesi**, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-26-2015-INIT/en/pdf>, (erişim tarihi 25.03.2017).

20 European Parliament and the Council Regulation No. 2016/1624, OJL 251/1, 16.09.2016.

21 Regulation 2016/1624, OJ L251/1, 16.09.2016.

ekipman havuzu yaratmak, araştırma, soruşturma ve parmak izi hizmetleri ile üye devletleri sıcak noktada desteklemek, organize sınır ötesi suç ve terör faaliyetleri ile savaşmak, Avrupa Sınır Gözetim Sistemi çalışmalarına ve araştırmalarına yardımcı olmak, sınır denetim ve kontrollerinde inovasyon ve araştırmalara katılmak şeklinde 2016/1624 sayılı Tüzük m. 8'de düzenlenmiştir<sup>22</sup>.

Yeni tüzük ile işlevsel örgüt özelliğinin bulunmadığı eleştirisini ortadan kaldırılmaya çalışıldığı, tanınan bu yeni yetkilerle daha aktif ve etkin olarak sınır korumasında söz sahibi olmasının arzu edildiği anlaşılmaktadır. Özellikle Birliğe üye devletlere deniz yoluyla sığınan insan sayısında yaşanan artış Frontex aracılığıyla sahildar üye devletlere sınır koruma konusunda yardımcı olunması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Her ne kadar AB, deniz sınırlarının etkili bir şekilde korunmaya çalışılmasının nedeninin denizde yaşanan kayıpların önüne geçmek olduğunu ileri sürse de kanımızca tek amaç bu olmadığı gibi aslında öncelikli amaç bile bu değildir. AB, özgürlük, güvenlik ve adalet alanı oluşturmak hedefi kapsamında mümkün olduğunca sınırlarını üçüncü ülke vatandaşlarına kapalı tutmak suretiyle göçmen akışının önüne geçmeyi arzu etmektedir. Bunun en büyük nedeni, 11 Eylül saldırıları ardından göçmenlerin güvenlik tehdidi olarak algılanmaya başlanmalarıdır<sup>23</sup>. Nitekim, Avrupa Birliği tarafından sınır geçişlerine ilişkin olarak kabul edilen Schengen Sınır Kodu<sup>24</sup> m. 12 ve AB üyesi devletlerin dış sınırlarında Frontex tarafından koordine edilen operasyonel işbirliği kapsamında dış deniz sınırlarının gözetimine ilişkin kuralları oluşturan 656/2014 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü ilk paragrafında yasadışı yollarla sınır geçişleri gerçekleştirenler hakkında gerekli tedbirlerin alınması ve izinsiz sınır geçişlerinin önüne geçilmesinin sınır gözetiminin ana amacı olduğu düzenlenmiştir. Zira, Frontex tarafından denizlerde yürütülen operasyonlarda göçmen taşıyan teknelerin geri gönderilmeye çalışılması, insan hayatından çok AB sınırlarının korunmasının ve göçmenlerin sınırları geçmelerinin engellenmesinin öncelikli amaç olduğunu doğrular niteliktedir.

## A. Frontex ve Deniz Operasyonları

Gerek uluslararası hukuk gerek Avrupa Birliği hukuku kapsamında sınır koruması ve kontrolü üye devletlerin münhasır yetkileri arasında yer almakta olup, Frontex sadece gerekli olduğu durumda ilgili üye devlete sınırının korunması ve kontrolünde yardımcı olmaktadır<sup>25</sup>. Bu yardım, teknik olabileceği gibi ortak operasyonlarda yer almak şeklinde de kendini göstermektedir. Belirtmek gerekir ki, Frontex'in kendine ait personeli bulunmamakla birlikte, faaliyetlerini üye devletlere yapılan çağrılar sonucunda

22 Regulation 2016/1624, OJ L251/1, 16.09.2016.

23 COPPENS, Jasmine, "Migrants in the Mediterranean: Do's and Don'ts in Maritime Interdiction", **Ocean Development and International Law**, Yıl: 2012, Cilt: 43, s. 343.

24 Regulation (EC) no 562/2006 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 establishing a Community Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code) OJ L 105/1, 13.04.2006

25 PAPANASTAVRIDIS, Efthymios, "Fortress Europe and Frontex: Within or Without International Law", **Nordic Journal of International Law**, Yıl: 2010, Cilt: 79, s. 77, (a).

görevlendirilen personel ve ekipman ile gerçekleştirmektedir. Diğer bir deyişle Frontex üye devletler arasında işbirliği kurmak ve koordine etmek suretiyle sürece dahil olmaktadır. Bu durum kara, deniz ve hava sınırları için de geçerlidir.

2016/1624 sayılı Tüzük m. 5'de düzenlendiği üzere üye devletler ve Frontex arasında sınırların idaresi konusunda paylaşımlı sorumluluk olduğu, dolayısıyla üye devletlerin bu konuda Frontex ile sıkı işbirliği içinde bulunmaları gerekmektedir. Hangi devlete ne şekilde yardım gerektiği ise, AB sınırlarında geleceğe yönelik düzensiz göç riski ve sınır ötesi suçlara ilişkin analizleri ihtiva eden ve yıllık hazırlanan risk raporlarına göre belirlenmektedir. Üye devletlerle yapılan yıllık toplantılarda operasyon talepleri önceliklere göre değerlendirilerek planlama yapılmaktadır. Sınır korumasında ortak operasyon yapılacak üye devlet belirlendikten sonra operasyon planı hazırlanarak, diğer üye devletlerden ihtiyaca göre personel ve ekipman gönderilmesi talep edilmekte ve ilgili sınıra yerleşmeleri sağlanmaktadır. Operasyonda görevli olan personel hangi üye devletten gelirse gelsin operasyon boyunca sınırında görev aldığı üye devletin emir ve talimatı altında kabul edilmektedirler<sup>26</sup>.

Çalışmanın Frontex'in göçmenlere yönelik deniz operasyonlarıyla sınırlı olması nedeniyle 2006 yılında ilk deniz operasyonunu gerçekleştiren Frontex'in bugün itibarıyla toplam 68 ortak deniz operasyonunda rol aldığı bilinmektedir<sup>27</sup>. Ağırlıklı olarak bu operasyonların İtalya, İspanya, Malta ve Yunan deniz sınırında gerçekleştirilmesi göç akış yollarının bu güzergahlar üzerinde olmasından kaynaklanmaktadır.

Gerçekleştirilen operasyonların bir kısmında sınırların gözetiminden sorumlu olan Frontex bazen üye devlet sınırına gelen göçmenlerin kimlik tespitlerinde görev alabilmektedir. Hatta bazı operasyonlar bu iki durumu da kapsamakta ve Frontex her aşamada yardımcı olmaktadır<sup>28</sup>. Örneğin 2006 yılında gerçekleştirilen "Gate of Africa" isimli operasyonda, Kuzey Afrika'dan İspanya limanlarına gelen teknelerde kaçak yolcu aramak suretiyle kapsamlı sınır kontrolleri gerçekleştiren Frontex, "Hera I-II ve III" olmak üzere yine İspanya deniz sınırında gerçekleştirilen operasyonlarda farklı bir statüde görev yapmıştır<sup>29</sup>. Operasyonlardan ilkinde Kanarya adalarına gelen ve kimlik tespiti yapılamayan düzensiz göçmenlerin sayısını düşürmek amacıyla kimlik tespitinde görev alırken, iki ve üçüncü de, Birliğin Atlantik sınırının gözetim ve denetiminde yer alarak denizlerdeki can kaybının önüne geçmek öncelikli amaç olmak üzere yasadışı göç konusunda organize suçlarla mücadele etmek de diğer bir amaç olarak belirlenmiştir. Benzer şekilde öncelikli amacı Malta ve Lampedusa adasına yönelik düzensiz göç akışıyla mücadele olan "Nautilus" isimli operasyonda da ev sahibi İtalya ve Malta'ya Birliğin güney deniz sınırlarının gözetim ve denetimin sağlanmasında yardımcı olmuştur<sup>30</sup>. Benzer şekilde

26 <http://frontex.europa.eu/operations/roles-and-responsibilities/> (erişim tarihi 25.03.2017).

27 <http://frontex.europa.eu/operations/archive-of-operations/?year=&type=Sea&host=> (erişim tarihi 25.03.2017).

28 Verilen operasyon örnekleri için bkz. <http://frontex.europa.eu/operations/archive-of-operations/?year=&type=Sea&host=> (erişim tarihi 25.03.2017).

29 Hera Operasyonları hakkında detaylı bilgi için bkz. BALDACCINI, 2010, s. 239-240.

30 Geniş bilgi için bkz. BALDACCINI, 2010, s. 240.

2008 yılından itibaren dönem dönem yürütülen "Poseidon" operasyonlarında da Doğu Akdeniz'den Yunanistan ve İtalya'ya gelen düzensiz göçmen akışının önüne geçilmesi hedeflenmekte olup Frontex operasyonların her aşamasında görev yapmaktadır<sup>31</sup>.

## B. Frontex'in Denizde Müdahale Yetkisi

Frontex'in deniz operasyonlarında ne tür yetkilere sahip olduğu AB üyesi devletlerin dış sınırlarında Frontex tarafından koordine edilen operasyonel işbirliği kapsamında dış deniz sınırlarının gözetimine ilişkin kuralları oluşturan 656/2014 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü ile düzenlenmiştir<sup>32</sup>. Buna göre, üye devletler denizde yapılacak operasyonlarda uluslararası hukuktan doğan sorumluluklarına, Frontex'in de bu operasyonlarda görevlerini yerine getirirken gerek AB hukukuna gerek Avrupa Birliği Temel Haklar Şartına gerekse uluslararası hukuka uygun davranmaları gerektiği ve alınacak tedbirlerin geri göndermeme ilkesini de kapsayarak ulaşılmak istenen amaçla orantılı, ayrımcı olmayan, insanlık onuru, temel haklar, mülteci ve sığınma arayanların haklarına saygılı olması öngörülmektedir<sup>33</sup>. 656/2014 sayılı Tüzük sınır kontrollerinden kaçma şüphesi olan kişileri taşıdığı veya göçmen kaçakçılığına karıştığından makul gerekçelerle şüphe duyulan teknelere yönelik ne tür tasarruflarda bulunulabileceğini teknenin karasularında bulunması halinde m.6'da; açık denizde bulunması halinde ise m.7'de; bitişik bölgede ise m. 8'de<sup>34</sup> düzenlemiştir.

Sınır kontrollerinden kaçma şüphesi olan kişileri taşıdığı veya göçmen kaçakçılığına karıştığından şüphe edilen teknenin operasyona ev sahipliği yapan üye devlet veya operasyona katılan komşu üye devlet karasularında (m.6/1) veya açık denizde (m.7/1) bulunması halinde, şüphenin giderilmesi adına, ilgili üye devletin operasyona katılan birimleri:

- teknenin mülkiyetinin ve teknedeki kişilerin acil sağlık yardımına ihtiyacı olup olmadıkları da dahil olmak üzere kimlik ve vatandaşlıklarının tespitine ilişkin bilgi ve dokümantasyon talep etmek ve teknedeki kişilerin sınırı geçememe ihtimalleri olduğu konusunda ve

- tekneyi durdurmak, tekneye çıkmak ve tekneyi, teknedeki kişileri ve kargoyu aramak, teknedeki kişileri sorguya çekmek ve tekneyi yönlendiren kişilerin yolculuğu kolaylaştırdıkları için yaptırımla karşılaşabilecekleri konusunda bilgilendirmeleri için yetkilendirebileceği düzenlenmiştir.

Şüphenin haklı çıkması halinde operasyona katılan birimler, tekne karasularında ise (m. 6/2):

- tekneye el koymak ve teknedeki kişileri tutuklamak;
- teknenin karasuları veya bitişik bölge dışında bir yöne yöneltilmesi veya mevcut

31 Geniş bilgi için bkz. BALDACCINI, 2010, s. 241.

32 656/2014 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü, OJ L , 15 Mayıs 2014. Aslında bu konuda yapılan ilk düzenleme 2010/252 sayılı Konsey kararı olup, Avrupa Birliği Adalet Divanına yapılan başvuru neticesinde Konsey'in yetkisini aştığı ve tanınan yetkilerin uluslararası hukuka aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle iptal edilmiştir. Bkz. C-355/10 European Parliament v. Council of the European Union [2012] ECR I-0.

33 656/2014 sayılı Tüzük, para. 8-10.

34 Bitişik bölgeye ilişkin düzenleme karasuları ile aynıdır.

destinasyonunu değiştirmesini talep etmek ve bu durum yerine getirilirken tekneye eskortluk yapmak; veya geri itmek;

-tekne veya teknedeki kişileri operasyon planına uygun olarak kıyı üye devlete götürmek

açık denizde ise (m. 7/2):

-tekneye el koymak ve teknedeki kişileri tutuklamak;

-tekneyi bitişik bölge veya karasularına girmeme konusunda uyararak ve gerekli durumda teknenin rotasını bitişik bölge ve karasuları dışında bir yöne yönelmesini talep etmek;

-tekneyi veya teknedeki kişileri üçüncü bir ülkeye yönlendirmek veya tekneyi veya tekne de bulunan kişileri üçüncü bir ülkenin yetkililerine teslim etmek;

-Tekneyi veya teknedeki kişileri ev sahibi üye devlete veya operasyona katılan komşu üye devlete yönlendirmek

yetkilerine sahiptir. Bu yetkilerin konuyla ilgili ulusal ve uluslararası hukuk düzenlemeleri ile Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'e uygun olarak ve bayrak devletin izni alınmak suretiyle kullanılması hüküm altına alınmıştır.

### **III. Deniz Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına İlişkin Uluslararası Hukuk Düzenlemeleri ve Frontex'in Müdahale Yetkisi**

Deniz yoluyla göçmen kaçakçılığı uluslararası hukuk kapsamında birçok farklı konunun birlikte ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. Nitekim başta göçmen/mülteci kavramları olmak üzere, kaçakçılık, devletlerin deniz alanlarında sahip oldukları yetkiler, insan hakları hukuku ve bunların birbiriyle olan ilişkilerinin ortaya konmasına ihtiyaç vardır.

Bu nedenle 656/2014 sayılı Tüzük m. 6 ve 7'de düzenlenen Frontex'in göçmen taşıyan teknelere müdahale yetkisinin uluslararası deniz hukuku ve ilgili mevzuat ile Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol, Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi yetkilerin uluslararası hukuka uygunluğunun tespiti için gereklidir.

#### **A. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi**

1982 yılında imzalanan Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS) bugün itibarıyla 168 devlet ve AB tarafından onaylanmıştır<sup>35</sup>. Bu Sözleşme, AB'den bağımsız olarak kendilerinin de anlaşmaya taraf olmaları nedeniyle Birliğe üye tüm devletler için bağlayıcıdır. İlgili deniz alanlarına göre düzenlemelere yer verilen sözleşmede spesifik olarak göçmenlere ve göçmen kaçakçılığına ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte teknenin bulunduğu deniz alanına göre devletlerin müdahale yetkisinin bulunup bulunmadığının tespitinde göz önüne alınması gereken hükümler bulunmaktadır.

35 PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 11. Basım, Turhan Yayınevi, Ankara, 2012, s. 250; SUR, Melda, **Uluslararası Hukukun Esasları**, 11. Basım, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017, s. 335.



## 1. Karasularında Müdahale Yetkisi

Uluslararası deniz hukuku kapsamında deniz alanları “ulusal sınırlar içindeki alanlar, ulusal sınırlar dışında kıyı devletinin ilanıyla belirli işlevsel münhasır yetkileri olan alanlar ve açık denizler” olmak üzere üç ana başlık altında toplanmaktadır<sup>36</sup>. Karasuları kıyı devletinin egemenlik yetkisinin tam ve münhasır olduğu ulusal sınırlar içindeki alanlardan bir tanesidir. Egemenlik yetkisinin bir sonucu olarak da her devlet karasularında müdahale, göç, tutuklama vs. gibi konuları düzenleme yetkisine sahiptir<sup>37</sup>. BMDHS m. 17 uyarınca, bütün devletlerin gemileri ister ticaret ister savaş gemisi olsun karasularından kesintisiz ve hızlı bir şekilde geçme hakkına sahiptirler. Bu hakka “zararsız geçiş” adı verilmektedir<sup>38</sup>. Her ne kadar tüm devletler zararsız geçiş hakkına imkan sağlamak zorundalarsa da BMDHS m. 21/1-f de belirttiği üzere, her devlet BMDHS’ye ve uluslararası hukuka uygun olmak koşuluyla kendi karasularından zararsız geçişe ilişkin göç konusunu kapsayan kanun ve kurallar kabul edebilmektedir. Ana kural zararsız geçiş olmakla birlikte geçiş, kıyı devletinin barışına, güvenliğine ve düzenine zarar vermemek koşuluyla mümkündür. Hangi faaliyetlerin kıyı devletinin barış, güvenlik ve düzenine zarar olarak kabul edileceği ise BMDHS m. 19’da yer almaktadır. Barnes’ın belirttiği üzere, m. 19’da yer verilen faaliyetler tahdidi bir sayıya tabi değildir<sup>39</sup>. Bu durum, BMDHS m. 19/2-1’ de yer alan “Geçişle doğrudan ilgisi bulunmayan diğer her çeşit faaliyette bulunması” ifadesinden anlaşılmaktadır. Hatta bu son bentte yer verilen ifade, bu konuda kıyı devletlerine geniş bir takdir yetkisi tanıdığına da işaretidir<sup>40</sup>.

BMDHS m. 19’da sayılan bu faaliyetlerden dolayı bir şahsın tutuklanması veya bir soruşturmada bulunması BMDHS m. 27/1 uyarınca “eğer suçun sonuçları sahildevletine uzanıyor; eğer suç ülkenin barışını veya karasularında düzeni bozacak nitelikte ise; eğer yerel makamların yardımı gemi kaptanı veya geminin bayrağını taşıdığı devletin bir diplomasi ajanı veya konsolosluk memuru tarafından talep edilmiş ise; veya eğer bu tedbirler uyuşturucu maddelerin veya uyuşturucu ilaçların gayri meşru trafiğinin önlenmesi için gerekli” ise mümkündür. Dolayısıyla, uluslararası hukuk kapsamında kural olarak kıyı devletleri zararsız geçiş hakkını kullanan bir gemiye müdahale etme hakkına belirtilen bu durumlar dışında sahip değildir. Yasadışı göç veya insan kaçaklığı konusunda açık bir düzenleme yer almamakla birlikte BMDHS m. 19/2-g’ de yer verilen “sahildevletinin gümrük, maliye, sağlık veya muhaceret konularındaki kanun ve kurallarına aykırı bir şekilde mal, para veya kişilerin gemiye alınması veya gemiden çıkartılması” bu kapsamda değerlendirilebilir gözükmektedir. Ancak m.19’da sayılan faaliyetler karasularından geçmekte olan geminin kıyı devletinin barışına, güvenliğine ve düzenine zarar

36 SUR, 2017, s. 337.

37 KLEIN, Natalie, “Assessing Australia’s Push Back The Boats Policy Under International Law: Legality And Accountability for Maritime Interceptions of Irregular Migrants”, *Melbourne Journal of International Law*, Yıl: 2014, Cilt: 15 s. 419 (a).

38 Zararsız geçiş hakkına ilişkin detaylı bilgi için bkz. SUR, 2017, s. 350-351.

39 BARNES, Richard, “The International Law of the Sea And Migration Control”, *Extraterritorial Immigration Control*, (der. B. Ryan, vd.), Brill Publications, Netherlands, 2010, s. 122-123.

40 BARNES, 2010, s. 123-124.

verdiği şekilde kabul edilse de kıyı devletinin müdahale edebilmesi ancak m. 27/1 de belirtilen durumlardan birinin varlığı ile söz konusu olabilecektir. BMDHS m. 27'de yer verilen, "suçun sonuçları sahildevlete uzanıyorsa; veya suç ülkenin barışını veya karasularında düzeni bozacak nitelikte" ise; ifadeleri yoruma açık olup, bunların kıyı devletinin takdirine bırakıldığı düşünülmektedir<sup>41</sup>.

Sonuç olarak uluslararası hukuk kapsamında yasadışı göçmen taşımak BMDHS m. 19/2-g kapsamında kıyı devletinin barış, düzen ve güvenliğine zarar verici faaliyet olarak değerlendirilip, m. 27/1 uyarınca bu faaliyetin sonuçlarının sahildevlete uzandığı ile sürülerek zararsız geçiş hakkını kullanan gemiye müdahale edilebileceğini savunanlar olduğu gibi, bunun tam aksi görüşte doktrinde dile getirilmektedir.<sup>42</sup> Yasadışı göçmen taşıyan bir geminin m. 19/2-l kapsamında değerlendirilmesi ve kıyı devletinin BMDHS m. 25 uyarınca, karasularında zararlı her tür geçişi engellemek için gerekli tedbirleri alma yetkisine dayanarak gemiyi geri itmesi veya eskortluk etmek suretiyle karasularından çıkartması ise geminin denizde tehlike altında olmaması koşuluyla mümkün görünmektedir<sup>43</sup>. Nitekim, tehlike hali söz konusuysa her devlet gerek uluslararası sözleşmeler gerek uluslararası örf ve adet hukukundan kaynaklanan yardım yükümlülüğü altındadır<sup>44</sup>.

AB hukuku kapsamında 656/2014 sayılı Tüzük m. 6'da, Frontex'in karasularında sahip olduğu müdahale yetkisine yer verilmiştir. Buna göre Frontex'in, sınır kontrollerinden kaçma ihtimali olan kişileri taşıdığı veya göçmen kaçakçılığı yaptığına dair şüphelenmek için haklı gerekçeler bulunan teknelerin, operasyona ev sahipliği yapan veya operasyona katılan komşu üye devlet karasularında mülkiyetinin ve teknedeki kişilerin kimlik ve vatandaşlıklarının tespitine ilişkin bilgi ve dokümantasyon talep etmek; tekneyi durdurmak, tekneye çıkmak ve teknede arama yapmak, teknedeki kişileri sorguya çekmek yetkisine sahip olduğu; şüphesinde haklı çıkması halindeyse tekneye el koymak ve teknedeki kişileri tutuklamak; teknenin karasuları veya bitişik bölge dışında bir yöne yöneltilmesi veya mevcut destinasyonunu değiştirmesini talep etmek ve bu durum yerine getirilirken tekneye eskortluk yapmak; veya yanında gitmek; tekne veya teknedeki kişileri operasyon planına uygun olarak kıyı üye devlete götürmek yetkilerinden herhangi birini kullanabilecektir. Maddenin ifade şekline de anlaşıldığı üzere Frontex bu yetkileri kullanabilmesi ev sahibi veya komşu üye devletin karasularında kullanabilmektedir. Operasyona dahil olmayan bir üye devletin karasularında bu tarz yetkileri kullanabilmesi ise ancak ve ancak ilgili üye devletin Frontex'e bu konuda yetki vermesi halinde mümkün olabilmektedir.

41 BARNES, 2010, s. 124.

42 Her iki görüş için bkz. MORENO-LAX, Violeta, "Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea", *International Journal of Refugee Law*, Yıl: 2011, Cilt: 23, Sayı: 2, s. 191.

43 KLEIN, 2014(a), s. 419; MORENO-LAX, 2011, s. 192.

44 RODEN, Sophie, "Turning Their Back on the Law: The Legality of the Coalition's Maritime Interdiction and Return Policy", [https://law.anu.edu.au/sites/all/files/acmlj/turning\\_their\\_back\\_on\\_the\\_law\\_v2.pdf](https://law.anu.edu.au/sites/all/files/acmlj/turning_their_back_on_the_law_v2.pdf), s. 19 (erişim tarihi 18.05.2017).

Frontex'in AB hukuku kapsamında karasularında sahip olduğu müdahale yetkisinin üç açıdan uluslararası deniz hukukuna uygun olduğu söylenebilir. İlk olarak, Frontex bir AB ajansı olup, bir devletin karasularında bahsedilen bu yetkileri kullanabilmesi ancak kıyı devletinin rızası ile mümkündür. Uluslararası deniz hukuku uyarınca karasularında tek yetkili kıyı devleti olduğundan Frontex'in müdahale yetkisini bir AB üyesi devlet karasularında kullanması mümkün olup, üçüncü bir ülke karasularında kullanabilmesi rızaya bağlıdır. İkinci olarak, göç konusunda kural koyma yetkisi yine devletlere ait bir yetki olup bu kurallara aykırı şekilde gemiye yolcu alınması veya çıkartılması zararsız geçişin ihlali olarak kabul edilebilir<sup>45</sup>. Bu davranışın kıyı devletinin barış, düzen ve güvenliğine tehdit oluşturması halinde de bu tarz geçişleri engelleme yetkisine sahip olduğu gibi kıyı devletinin cezai yargılama yetkisi söz konusu olabilmektedir. BMDHS ile kıyı devletine tanınan hukuki ve cezai yargılama yetkileri ile zararsız geçişin engellenmesi yetkisinin kıyı devletinin aynı zamanda AB üyesi bir devlet olması halinde AB ajansı olan Frontex'in bu yetkileri kıyı devleti adına kullanabileceği aşıkardır. Sonuç olarak, Frontex'in bir AB üyesi devlet karasularında tanınan müdahale yetkisini kullanabileceği; bir üçüncü devlet karasularında ise rıza ile aynı yetkilere sahip olduğu düşünülmektedir.

## 2. Bitişik Bölge ve Münhasır Ekonomik Bölgede Müdahale Yetkisi

Kullanımı ilana tabi olan bu deniz alanları aslında açık deniz alanı olup, kıyı devletine bir takım kullanım ayrıcalığı tanınan bölgelerdir. BMDHS m. 33'de düzenlenen bitişik bölge, karasularının ölçülmeye başlandığı esas hattan başlamak üzere 24 mile kadar uzanan deniz alanı olarak tanımlanmıştır. Söz konusu bölgede kıyı devleti iki tür yetkiye sahiptir. Bunlardan ilki sağlık, maliye, gümrük ve göç mevzuatlarına ilişkin ülkesinde veya karasularında meydana gelebilecek riayetsizlikleri önlemek iken, diğeri bu mevzuata ülkesi üzerinde veya karasularında meydana gelebilecek riayetsizlik halinde cezalandırma yetkisi şeklinde düzenlenmiştir. Tanınan bu yetkiler kapsamında kıyı devletinin bitişik bölgesinde yasadışı göçmen taşıyan bir gemiye karşı göç mevzuatına aykırılığı önlemek amacıyla kontrol yapabilmesi mümkün görünmektedir. Cezalandırma yetkisinin kullanılabilmesi için ise, göç mevzuatına aykırı davranışın karasularında gerçekleşmiş olması mı yoksa gerçekleşme ihtimalinin bulunması mı gerektiği konusu madde metninden tam olarak anlaşılammaktadır. Karasularında kıyı devletinin cezalandırma yetkisine sahip olduğu BMDHS m. 27'de düzenlendiğinden aslında bitişik bölgede tanınan bu yetki, ihlalin bitişik bölgede meydana gelip, karasularında geçerli bir kuralın ihlali sonucunu doğurduğu takdirde kullanılabilirdir<sup>46</sup>. Diğer bir deyişle, bitişik bölgede cezalandırma yetkisinin kullanılabilmesi için mevzuat ihlalinin karasularında gerçekleşmesi gerektiğine dair bir yorum yerinde olmayacaktır.

Karasularının ölçülmeye başlandığı esas hattan itibaren azami 200 deniz miline kadar uzanan ve ilana tabi olan münhasır ekonomik bölgede ise, kıyı devletine BMDHS m.

45 HINRICH, Ximena, "Measures against Smuggling of Migrants at Sea: A Law of Sea Related Perspective", **Revue Belge de Droit International**, Yıl: 2003, Cilt: 2, s. 437.

46 GUILFOYLE, Douglas, "Maritime Interdiction of Weapons of Mass Destruction", **Journal of Conflict and Security Law**, Yıl: 2007, Cilt: 12, Sayı:1, s.7.

56 uyarınca, münhasır ekonomik hak ve yetkiler tanınmaktadır. BMDHS m. 58'de düzenlendiği üzere, söz konusu alanın kıyı devletine tanınan ekonomik haklar dışında açık deniz alanı olması nedeniyle bu bölgede diğer devletlerin seyrüsefer serbestliği de devam etmektedir. Dolayısıyla, göç konusunda da kıyı devletinin bu alanda herhangi bir düzenleme yapma yetkisi kural olarak bulunmamaktadır. Bunun tek istisnası, BMDHS m. 60/2'de yer verilen düzenlemedir. Münhasır ekonomik bölgede herhangi bir sun'i ada, tesis veya yapı inşa edilmiş ise, bu yapılar üzerinde gümrük, maliye, sağlık, güvenlik ve göç konularında kendi kanun ve kurallarını uygulama konusunda münhasır yetkiye sahiptir.

Uluslararası hukuk kapsamında yasadışı göçmen taşıyan bir geminin bir devlete ait bitişik bölgeden geçmesi halinde sadece göç, sağlık, gümrük ve maliye konularındaki ulusal mevzuatın ihlalini engellemek amacıyla kıyı devleti tarafından gemiye müdahale edilebileceği gibi, göç mevzuatının karasularında ihlali sonucunu doğuracak bir davranış meydana gelmesi halinde de cezalandırma yetkisini kullanabileceği düşünülmektedir. Münhasır ekonomik bölgede ise açık deniz kurallarının geçerliliği asıl olup, ancak münhasır ekonomik bölgede inşa edilmiş suni ada, tesis veya yapıda göç mevzuatına ilişkin ihlal meydana gelirse kıyı devletinin müdahalesi söz konusu olabilmektedir.

Bu konuda AB hukuku uyarınca, 656/2014 sayılı Tüzük m. 2/14'de bitişik bölgenin BMDHS m. 33 de yer verilen tanımına atıf yapılmıştır. Aynı tüzüğün 8. maddesinde bitişik bölgede müdahaleyle ilişkin düzenleme yer almaktadır. Karasularında müdahale konusunda Frontex'e tanınan yetkiye atıf yapılan maddede 656/2014 sayılı Tüzük m. 6/1 ve 2'de öngörülen yetkilerin bitişik bölgede de geçerli olduğu belirtilmiştir. Operasyona katılmayan bir üye devletin bitişik bölgesinde bu yetkilerin kullanılabilmesi içinse aynen karasularında olduğu gibi ilgili üye devletin izni gerekmektedir. Ancak, m. 6/2'de yer alan "...geminin karasuları veya bitişik bölge dışında bir yöne yöneltilmesi veya mevcut destinasyonunu değiştirmesini talep etmek ve bu durum yerine getirilirken eskortluk yapmak; veya geri itmek..." yetkisinin bitişik bölgede hangi gerekçe ile kullanılabilir? Karasularında da tanınan bu yetkinin dayanağı olarak BMDHS m. 25'de kıyı devletine tanınan zararsız geçişi önleme hakkı gösterilebilirken, zararsız geçiş hakkının bitişik bölgede geçerli olmaması bu yetkiyi bitişik bölge için dayanaksız bırakmaktadır<sup>47</sup>. Dolayısıyla, bitişik bölgede kullanılabilir yetki m. 6/1'de tanınan yetkiler ile birlikte göçe ilişkin ulusal mevzuatın ihlali halinde cezai yargılama yetkisi olabileceği düşünülmektedir<sup>48</sup>. Bunun ötesinde bir yetki kullanılması orantılılık ilkesine de aykırılık teşkil edecek ve BMDHS'nin ihlali söz konusu olabilecektir.

Münhasır ekonomik bölgeye ilişkin özel bir düzenlemenin yer almadığı 656/2014 sayılı Tüzük de bu boşluğun bilinçli olarak bırakıldığı bu deniz alanında kıyı devletine tanınan yetkilerin ekonomik temelli olduğu, geçişe ilişkin düzenlemelerin ise açık deniz kurallarına tabi olduğu açıktır.

47 MORENO-LAX, Violeta, "Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea", *International Journal of Refugee Law*, Yıl: 2011, Cilt: 23, Sayı: 2, s. 190; Aksi görüş için bkz. Roden, s. 18; Farklı görüşler için bkz. KLEIN, 2014(a), s. 420;

48 Geniş bilgi için bkz. DEN HEIJER, Maarten, *Europe and Extraterritorial Asylum*, Bloomsbury Publications, Leiden, 2012, s. 234-235.

### 3. Açık Denizde Müdahale Yetkisi

Açık denizler hiçbir devletin egemenliği altında bulunmayan, denize kıyı olsun veya olmasın tüm devletlerin kullanımına açık deniz alanı olarak tanımlanmaktadır. BMDHS m. 87/1'de açık denizlerin serbestliği ilkesi ana kural olup, başta seyirüfe serbestisi olmak üzere, deniz altına kablo ve boru döşeme, balıkçılık, açık deniz üzerinde uçuş yapmak ve yapay adalar inşası ve bilimsel araştırmalar yapabilmek konularında her devlete serbestlikler tanınmıştır. Açık denizlerin serbestliği ilkesi bunların yanısıra hiçbir devletin söz konusu deniz alanında hukuki, idari veya cezai yargılama yetkisine sahip olmadığını da ifade etmektedir. Bunun tek istisnası açık denizlerin serbestliği ilkesinin doğal bir sonucu olarak kabul edilen bayrak devleti ilkesidir. BMDHS m. 92), her devlet açık denizde sadece kendi bayrağını taşıyan gemiler üzerinde münhasır yargılama yetkisine sahiptir. Öngörülen bu kural ile bir yandan açık denizlerin serbestliği ilkesi desteklenirken öte yandan tam bir sorumsuzluk durumunun ortaya çıkmasının önüne geçildiği söylenebilir. Her ne kadar açık denizde devletlerin sahip olduğu yargılama yetkisi konusunda ana kural bayrak devleti ilkesi olsa da uluslararası örf ve adet kuralı olmakla birlikte BMDHS'de de yer verilen bazı durumlar bayrak kuralına istisna teşkil etmektedir. Bunlar, köle taşıma yasağı, deniz haydutluğu, narkotik maddelerin ve psicotropik maddelerin yasadışı ticareti, izinsiz yayın yapma ve ziyaret hakkı olmak üzere BMDHS m. 99-110'da düzenlenmiştir. Sözleşmede açık denizlerde yasadışı göç veya göçmen kaçakçılığına dair doğrudan bir madde bulunmadığından bayrak kuralına dayanarak yasadışı göç veya göçmen kaçakçılığı yaptığından şüphelenilen bir geminin bayrak devletine bildirimde bulunulmak suretiyle ya bayrak devletinin müdahalesi sağlanabilir ya da bayrak devletinin izni alınarak bildirimde bulunan devletin müdahalesi mümkün olabilir. Hatta kimi zaman devletler arasında bu konuda yapılmış bir anlaşma mevcut ise herhangi bir izne dahi gerek olmaksızın yapılan anlaşmaya dayanarak devletler inceleme, araştırma yapma yetkisine sahip olabilecekleri gibi, el koyma ve yargılama yetkisini dahi kullanabilmektedirler<sup>49</sup>.

Göçmen kaçakçılığı yaptığından şüphelenilen geminin uyruksuz olması halinde ise bu gemiye müdahale edilip edilemeyeceği veya kim tarafından edileceği net değildir. Her geminin uyruklu bağıyla sadece bir devlete bağlı olacağı, birden fazla devletin bayrağını kullanan bir geminin ise uyruksuz sayılacağı BMDHS m. 91 ve 92 'de yer almaktadır. Bu durumda BMDHS m. 110/1-d-e'de yer alan ve savaş gemilerine açık denizde uyruksuz veya yabancı bir bayrak taşıdığı veya bayrağını göstermeyi reddettiği halde gerçekte savaş gemisi ile aynı uyruğa sahip olduğundan şüphelenmek için makul sebepler bulunan özel gemileri ziyaret hakkı veren düzenlemenin uygulanması mümkün görünmektedir<sup>50</sup>. Buna göre, uyruksuz gemiden kastedilen ya geminin hiç bayrak taşıması ya da taşımasına rağmen bayrağını taşıdığı devlet tarafından bu bağın reddedilmesi veya

49 PAPANAVRIDIS, Efthymios, "Enforcement Jurisdiction in the Mediterranean Sea: Illicit Activities and the Rule of Law on the High Seas", **The International Journal of Marine and Coastal Law**, Yıl: 2010, Cilt: 25, s. 578, (b); Haiti-Amerika arasında imzalanan 1981 tarihli anlaşma için bkz. GUILFOYLE, Douglas, **Shipping Interdiction and the Law of the Sea**, Cambridge University Press, 2009, s. 189 vd; BARNES, **2010**, s. 133.

50 PAPANAVRIDIS, **2010(a)**, s. 83; PAPANAVRIDIS, **2010(b)**, s. 582.

bayrağını taşıdığı devletle uyrukluk bağına kanıtlayan dokümanlara sahip olmamasıdır<sup>51</sup>. Göçmen kaçakçılığı yapan ve uyruksuz olduğundan şüphe edilen bir geminin açık denizde herhangi bir devlete ait savaş gemisi tarafından BMDHS m. 110/1-d-e'ye dayanılarak ziyaret hakkının kullanılması mümkündür. Belirtmek gerekir ki, ziyaret hakkının kullanılabilmesi için duyulan şüphenin göçmen kaçakçılığı yapılmasından değil, geminin uyruksuz olmasından kaynaklanması gerekmektedir. Ziyaret hakkı, geminin uyruksuz olup olmadığına tespit edilmesi amacıyla gemiye yanaşma, durdurma, çıkma, evrak kontrolü ve arama yapma hakkı tanırken, uyruksuz olduğunun tespiti halinde ne yapılabileceğine dair BMDHS herhangi bir düzenleme içermemektedir<sup>52</sup>. Bu durumda öğretilerde iki görüş mevcut olup, bunlardan ilki uyruksuz bir gemiye karşı ziyaret hakkını kullanan her devletin gemiye el koyma hakkı da dahil olmak üzere kendi hukukuna göre uyruksuz gemi üzerinde yargılama yetkisi bulunduğudur<sup>53</sup>. Bunu engelleyen herhangi bir kuralın uluslararası hukukta yer almadığı da bu görüş savunucuları tarafından ileri sürülmektedir. Uyruksuz bir geminin açık denizde bulunması halinde hiç bir devletin yargılamasına tabi olmayacağı düşüncesi<sup>54</sup> ise, uyruksuz gemilerin tamamen yargıdan muaf olmaları ve açık denizdeki hiçbir faaliyetlerinden dolayı yargılanamayacakları sonucunu doğuracaktır. Ancak bu durum denizlerin güvenliği açısından problem yaratacağından müdahale eden geminin bayrak devletinin yargılama yetkisi olduğu savunulmaktadır<sup>55</sup>. Diğer görüşe göre ise, uyruksuz bir geminin herhangi bir devlet tarafından yargılanabilmesi için yargı yetkisini kullanacak devlet ile uyruksuz gemi tarafından gerçekleştirilen faaliyet arasında bir bağ, irtibatın bulunması gerektiğidir<sup>56</sup>. Yaygın görüş, aranan bu bağ güvenlik endişesinden kaynaklanabileceğidir<sup>57</sup>. Örneğin, deniz yoluyla çok fazla düzensiz göç alan bir devletin bu durumu önlemek amacıyla açık denizde uyruksuz gemilere karşı ziyaret hakkını kullanıp, uyruksuzluğun tespiti halinde güvenlik gerekçesi ile gemiye el koyma ve yargılama yetkisini kullanması uluslararası hukuka uygun görünmektedir<sup>58</sup>.

AB hukuku kapsamında Frontex'in açık denizde sahip olduğu müdahale yetkisine bakılacak olursa, göçmen taşıdığından şüphe edilen geminin uyruğu belli ise 656/2014 sayılı Tüzük m. 7/1'de yer verilen geminin mülkiyetinin ve gemideki kişilerin kimlik ve vandaşlıklarının tespitine ilişkin bilgi ve dokümantasyon talep etmek; gemiyi durdurmak,

51 COPPENS, 2012, s. 347-349.

52 DEN HEIJER, 2012, s. 237; RODEN, s. 16.

53 Özellikle Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere tarafından desteklenen bu görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. PAPANAVRIDIS, 2010(b), s. 583; Yasadışı göç konusunda bu görüşü destekler yargı kararları da mevcuttur. Bkz. COPPENS, 2012, s. 349 vd.

54 McDUGALL, Myres / BURKE, William, *The Public Order of the Oceans*, Yale University Press, New Haven, 1962, s. 1062-1063.

55 PAPANAVRIDIS, 2010(b), s. 584; COPPENS, 2012, s. 349 vd.

56 CHURCHILL, Robin /LOWE, Alan, *The Law of the Sea*, Manchester University Press, Manchester, 1999, s. 214; GUILFOYLE, 2009, s. 16-17; MORENO-LAX, 2011, s. 186.

57 BARNES, 2010, s. 131-132; COPPENS, 2012, s. 350-352; MALCOLM, N Shaw, *International Law*, 6. Basım, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, s. 666-668.

58 GUILFOYLE, 2009, s. 225.

gemiye çıkmak ve arama yapmak, gemideki kişileri sorguya çekmek; şüphesinde haklı çıkması halinde de m. 7/2'de tanınan yetkilerden hepsini veya herhangi birini göçmen taşıyan geminin bayrak devletinin onayını almak suretiyle yapabileceği açıktır. Belirtmek gerekir ki bayrak devleti ile operasyona ev sahipliği yapan AB üye devleti arasında bu konuda bir anlaşma mevcut ise otomatikman bu anlaşma hükümleri devreye girecektir.

Göçmen taşıdığından şüphe edilen geminin uyruksuz olması halinde ise 656/2014 sayılı Tüzük m. 7/11 uyarınca, BMDHS m. 110/1-d'de yer verilen düzenlemeye uygun olarak Frontex'in öncelikle geminin uyruksuz olduğunu tespit etmek amacıyla gemiye çıkma ve araştırma yetkisi olduğu hüküm altına alınmıştır. Geminin uyruksuzluğunun teyidi halinde ise BMDHS'de yer alan düzenlemeden farklı olarak operasyona ev sahipliği yapan devlet veya operasyona katılan diğer bir AB üyesi devlet tarafından 656/2014 sayılı Tüzük m. 7/1 veya 2'de yer verilen yetkilerin gerek ulusal gerek uluslararası hukuka uygun olarak kullanılabilmesi düzenlenmiştir. Oysa, BMDHS m. 110/1-d'de şüphenin teyidi halinde ziyaret hakkını kullanan devletin ne tür yetkilere sahip olduğuna ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda ziyaret hakkını kullanan devletin göçmen kaçakçılığı yaptığıının netleşmesi halinde yargılama yetkisine sahip olup olmadığı konusunda yukarıda ele alınan iki görüşe başvurulması mümkün görünmektedir. Uluslararası hukuktaki düzenlemenin aksine Frontex'e açık denizde göçmen taşıdığı netleşen uyruksuz bir gemiye karşı 656/2014 sayılı Tüzük m. 7/2'de sayılan yetkilerin tanındığı anlaşılmaktadır. Tanınan bu yetkilerden sadece uyruksuz gemiye el koymak ve tutuklamak uluslararası deniz hukuku kapsamında ancak ziyaret hakkını kullanan devlet ile uyruksuz gemi arasında yargısal bir bağın mevcudiyeti halinde söz konusu olabileceği ki bu bağın da güvenlik gerekçesine dayandırılabilmesi öğretide ileri sürülen görüş çerçevesinde kabul edilebilir görünmektedir<sup>59</sup>. Dolayısıyla, göçmen kaçakçılığı yaptığı kesinleşen uyruksuz bir gemiye açık denizde müdahale konusunda BMDHS kapsamında açık bir düzenleme yer almadığı söylenebilir.

## B. Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol

BMDHS kapsamında göçmen kaçakçılığı yaptığıından şüphe edilen bir gemiye açık denizde müdahalenin geminin bayrak devletinin varlığı halinde onun onayına tabi olduğu net olup<sup>60</sup>, uyruksuz bir geminin mevcudiyeti halinde tanınan yetkinin sadece geminin uyruksuz olup olmadığının tespitine yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Uyruksuzluğun tespiti halinde ise, açık bir düzenleme BMDHS'de yer almamakla birlikte yargısal bağ görüşü çerçevesinde yargılama yetkisine sahip olunabileceği desteklenmektedir. BMDHS dışında göçmen kaçakçılığına ilişkin spesifik bir düzenleme olan "Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol"<sup>61</sup>de (Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol)<sup>61</sup> açık denizde

59 CHURCHILL/LOWE, 1999, s. 214; GUILFOYLE, 2009, s. 16-17; MORENO-LAX, 2011, s. 186.

60 Protocol Against The Smuggling of Migrants By Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime, 2000, m. 8/2; MORENO-LAX, 2011, s. 187.

61 Protocol Against The Smuggling of Migrants By Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime, 2000.

göçmen kaçakçılığı yapan uyruksuz bir gemiye müdahale konusunda düzenlemelere yer vermektedir.

Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol m. 8/7 uyarınca "Bir Taraf Devlet, geminin deniz yoluyla göçmen kaçakçılığında kullanıldığından ve tabiiyetsiz olduğundan veya tabiiyetsiz bir gemiye benzetilmiş olabileceğinden şüphelenmek için makul nedenleri varsa, gemiye çıkabilir ve gemiyi arayabilir. Eğer bu şüpheyi doğrulayan bir kanıt bulunursa, o Taraf Devlet, ilgili iç ve uluslararası hukuk uyarınca uygun önlemleri alacaktır."

Madde metninden anlaşıldığı üzere BMDHS m. 110/1-d'ye uygun olarak gemiye çıkma ve arama yetkisi tanınmış olup, BMDHS'den farklı olarak şüphenin haklı çıkması halinde devletlerin kendi ulusal hukuklarına veya uluslararası hukuka uygun önlem alabilecekleri düzenlenmiştir. Nitekim, Protokol m. 6/1 uyarınca taraf devletlerin göçmen kaçakçılığını suç haline getirmek üzere gerekli yasal ve diğer önlemleri alması gerektiği hüküm altına alınarak, taraf devletlere düzenleme yapma yükümlülüğü de getirilmiştir<sup>62</sup>. Belirtmek gerekir ki, Göçmen Kaçakçılığı Protokolü m. 5'de yer verilen düzenleme ile göçmen kaçakçılığı yapan kişiler cezai kovuşturmayaya tabi olurken, göçmenler bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Dolayısıyla açık denizde göçmen kaçakçılığı yapan uyruksuz bir gemiye Protokol m. 8/7 uyarınca çıkılıp arama yapılabileceği gibi, kaçakçılık yapılan gemi ve kaçakçılığı yapan kişi hakkında iç hukukta göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin öngörülen önlemler uygulanabilecektir ki bunlar el koyma, tutuklama şeklinde de olabilir<sup>63</sup>. BMDHS'de olduğu gibi söz konusu Protokolde de 656/2014 sayılı Tüzüğün aksine teknenin karasuları veya bitişik bölge dışında bir yöne yöneltmesi veya mevcut destinasyonunu değiştirmesini talep etmek ve bu durum yerine getirilirken tekneye eskortluk yapmak veya geri itmek; tekne veya teknedeki kişileri operasyon planına uygun olarak kıyı üye devlete götürmek veya üçüncü ülkeye teslim etmek gibi yetkilerden bahsedilmemektedir. Hatta bu tür yetkilerin kullanılamayacağı, Protokol m. 19'un yorumundan da anlaşılmaktadır<sup>64</sup>. Söz konusu maddede, "Protokol'ün hiçbir maddesi, devletlerin ve bireylerin, uluslararası insancıl hukuk, uluslararası insan hakları hukuku ve özellikle uygulandığı durumlarda 1951 tarihli sözleşme ve 1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme'de yer alan geri göndermeme ilkesi dahil uluslararası hukuk kapsamındaki diğer haklarını, yükümlülüklerini ve sorumluluklarını etkilemez" denilmektedir. Bunun yanısıra Protokol m. 9/1'de gemiye müdahale eden devletin gemide bulunan göçmenlerin insanca muamele görmelerini ve güvenliklerini sağlama yükümlülüğünün düzenlenmiş olması da bu durumu doğrular niteliktedir.

### C. Denizde Arama Kurtama Yükümlülüğüne İlişkin Sözleşmeler

Göçmen kaçakçılığı yapan gemilerin denize pek de elverişli olmayan küçük tekneler olduğu göz önüne alındığında BMDHS m. 98'de de düzenlenen yardım etme yükümlülüğü kapsamında göçmenlerin hayatlarının güvence altına alınması uluslararası hukuk

62 PAPASTAVRIDIS, 2010(b), s. 586.

63 DEN HEIJER, 2012, s. 241.

64 MORENO-LAX, 2011, s. 188.



kapsamında her devlete getirilen bir yükümlülüktür. Aynı zamanda uluslararası örf ve adet kuralı olan bu yükümlülük<sup>65</sup>, Denizde Can Güvenliği Uluslararası Sözleşmesi (SOLAS)<sup>66</sup> ve Denizde Arama ve Kurtarma Uluslararası Sözleşmesi (SAR)<sup>67</sup> ile de hüküm altına alınmıştır. SOLAS bölüm V seyir güvenliği başlığı altında arama kurtarma hizmetleri ve bu hizmetlerin ne şekilde sunulacağı konusunda detaylı hükümler içermektedir<sup>68</sup>. SAR'ın giriş kısmında ise, denizde tehlike altında bulunan kişilerin kurtarılması için deniz trafiği gereklerine cevap veren uluslararası bir deniz arama ve kurtarma planı yapmak suretiyle bu faaliyetleri geliştirmek ve desteklemek arzusu dile getirilmektedir. Arama ve kurtarma yükümlülüğüne ilişkin mevcut düzenlemelerin ortak noktası tehlike altında olan bir gemiye her devletin yardım etme ve işbirliği içerisinde bulunma gerekliliğidir. Ancak "tehlike" ifadesi evrensel bir tanıma sahip olmayıp, ülkeden ülkeye değişen bir anlam içerebilmektedir. SAR Bölüm I / 1.3.13'de yapılan tanıma göre tehlike, "bir kişi, gemi veya tekneye yönelik ciddi ve yakın bir tehdit ve acil yardım ihtiyacı olduğuna dair makul bir kesinlik olan durum"dur. Kurtarma ifadesi ise, Bölüm I / 1.3.2'de "tehlikedeki kişileri bu durumdan çıkarmak, ilk tıbbi veya diğer ihtiyaçlarını karşılamak ve bunları güvenli bir bölgeye götürmek için yapılan operasyon" olarak tanımlanmıştır.

Kurtarma yükümlülüğü altında güvenli bir bölgeye götürülmesi gereken göçmenler için güvenli yerin neresi olduğu konusunda ise SAR herhangi bir düzenleme içermemektedir. Ancak bu konuda BM Mülteciler Yüksek Komiserliği Yürütme Komitesi tarafından 1981 yılında alınan karar uyarınca, "yerleşik uluslararası uygulamaya göre denizde kurtarılan kişilerin bir sonraki limanda gemiden indirilmeleri ve en azından yerleşme inceleme süreci içinde geçici olarak bu ülke tarafından kabul edilmeleri gerekmektedir"<sup>69</sup>. Tanımda yer verilen "bir sonraki liman" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ise netlik içermemektedir. 2002 yılında BM Mülteciler Yüksek Komiserliği Yürütme Komitesi bir sonraki limanın; en yakın liman veya güzergah kapsamında uğranması planlanan bir sonraki liman veya biniş limanı veya travmatize ve yaralı mağdurların kabul edilmesi ve bunu takiben sığınma başvurularının işlenmesi amacıyla en donanımlı liman olabileceğini beyan ederek belirsizliği gidermeye çalışmıştır<sup>70</sup>. Bir sonraki limanının BM Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından sayılan alternatiflerden hangisi olacağı konusunda yet-

65 PAPAŞTAVRIDIS, 2010(b), s. 587.

66 International Convention for the Safety of Life at Sea, <http://www.ifrc.org/docs/idrl/I456EN.pdf>, (erişim tarihi 24.04.2017).

67 International Convention on Maritime Search and Rescue, <https://cil.nus.edu.sg/rp/il/pdf/1979%20International%20Convention%20on%20Maritime%20Search%20and%20Rescue-pdf.pdf>, (erişim tarihi 24.04.2017).

68 MORENO-LAX, 2011, s. 194.

69 **Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Yürütme Komitesi Kararları** No.23, para.3, [http://www.madde14.org/index.php?title=No:23\\_Denizde\\_Tehlike\\_Alt%C4%B1nda\\_Bulunan\\_S%C4%B1%C4%9F%C4%B1nmac%C4%B1lar%C4%B1n\\_Kurtar%C4%B1lmas%C4%B1na\\_%C4%B0li%C5%9Fkin\\_Sorunlar](http://www.madde14.org/index.php?title=No:23_Denizde_Tehlike_Alt%C4%B1nda_Bulunan_S%C4%B1%C4%9F%C4%B1nmac%C4%B1lar%C4%B1n_Kurtar%C4%B1lmas%C4%B1na_%C4%B0li%C5%9Fkin_Sorunlar), (erişim tarihi 24.04.2017).

70 **Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Kararı** para. 30 için bkz. < <http://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3e5f35e94/background-note-protection-asylum-seekers-refugees-rescued-sea.html>>, (erişim tarihi 24.04.2017).

kinin, kurtarma esnasındaki durum ve şartların da gözönüne alınarak belirlenmesi gerektiğinden, gemi kaptanında olması akla en yakın çözümdür<sup>71</sup>. Belirtmek gerekir ki, bir sonraki liman hangi ülkede olursa olsun o ülkenin denizden kurtarılanları kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>72</sup>. Nitekim SAR'ın işbirliği başlıklı üçüncü kısmında yer verilen "ilgili devletler arasında ortaklaşa olarak aksi kararlaştırılmadıkça, bir Taraf ulusal yasalara, kurallara ve düzenlemelere bağlı olarak, yalnızca kazaya uğrayan gemilerin yerini araştırmak ve kazaya uğrayanları kurtarmak amacı ile, diğer Tarafların kurtarma birimlerinin, kendi karasularına girmelerine veya bu alanlar üzerinde uçmalarına izin vermelidir. ..." ifadesi de bu yaklaşımı doğrulamaktadır<sup>73</sup>. Bütün bu düzenlemelerden anlaşıldığı üzere denizden kurtarılma konusunda tüm devletler yardım yükümlülüğü altında olup, kurtarma gerçekleşikten sonra bu kişilerin nereye götürüleceği ve sonrası belirsiz görünmektedir.

2004 yılında mevcut bu belirsizliği gidermek amacıyla Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO)<sup>74</sup>, başta güvenli bölge tanımı olmak üzere, denizden kurtarılanların akıbeti hakkında SAR ve SOLAS üzerinde bir takım değişiklikler getirmiştir<sup>75</sup>. IMO tarafından yapılan "güvenli bölge" tanımında "kurtarma operasyonlarının sonlanması beklenen ve kurtarılan kişilerin hayatlarının artık tehdit altında olmadığı, temel insanî ihtiyaçlarının (gıda, barınacak yer ve tıbbi ihtiyaçlar) karşılanabileceği ve kurtarılan kişilerin bir sonraki veya son varacakları yere gitmeleri için gerekli ulaşım planlarının yapılabileceği yeldir"<sup>76</sup> denilerek güvenli yer olarak kabul edilen ve denizden kurtarılanların getirildikleri ülkelerin bu kişileri kabul etme zorunluluğu olmadığı bir kez daha vurgulanmıştır. Gerek SAR gerek SOLAS'a ise, "Taraf devletler, hayatta kalanları yardım gemilerinden almak ve onları emniyetli bir yere taşımak için kaptana da destek olacak şekilde koordineli olarak beraber çalışacaklardır" hükmü eklenmiştir<sup>77</sup>. Yapılan düzenleme her ne kadar hayatta kalanların nereye götürüleceği konusunda bir açıklık ihtiva etmese de karaya çıkarılacakları yerin belirlenmesinde taraf devletlere ortak bir sorumluluk yüklemektedir. Ancak, yapılan bu değişiklik de devletlere hayatta kalanları kabul etme yükümlülüğü getirmemektedir<sup>78</sup>.

71 DEN HEIJER, 2012, s. 248.

72 KLEIN, 2014(a), s. 427; KLEIN, Natalie, "A Case For Harmonizing Laws on Maritime Interceptions of Irregular Migrants", *International and Comparative Law Quarterly*, Yıl: 2014, Cilt: 63, s. 797(b).

73 KLEIN, 2014(b), s. 797.

74 International Maritime Organization, <<http://www.imo.org/en/Pages/Default.aspx>>, (erişim tarihi 24.04.2017).

75 DEN HEIJER, 2012, s. 249.

76 IMO, Resolution MSC 167(78), *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, [http://www.imo.org/en/OurWork/Facilitation/personsrescued/Documents/MSC.167\(78\).pdf](http://www.imo.org/en/OurWork/Facilitation/personsrescued/Documents/MSC.167(78).pdf), para. 6.12, (erişim tarihi 24.04.2017).

77 International Convention on Maritime Search and Rescue, 3.1.9; International Convention for the Safety of Life at Sea 33(1-1).

78 KLEIN, 2014(b), s. 797.

IMO, 2009 yılında Denizden Kurtarılanların Karaya Çıkarılmaları İçin İdari Prosedürlere İlişkin İlkeler yayınlamış ve işbirliği ile karaya çıkarılma için güvenli bir yer sağlamazsa kurtarma operasyonunun gerçekleştirildiği SAR bölgesinden sorumlu devletin aynı zamanda kurtarılanların kendi ülkesinde karaya çıkartılmasını kabul etmesi gerektiği düzenlenmiştir<sup>79</sup> (IMO, 2009). Her ne kadar bu konuda yapılan düzenlemeler içerisinde karaya çıkarılma konusunda net bir bilgi içeren tek düzenleme bu olsa da, herhangi bir zorunluluk yine öngörülmemiştir<sup>80</sup>.

Avrupa Birliği'nin denizlerde arama ve kurtarma operasyonlarına ilişkin düzenlemesi 656/2014 sayılı Tüzük m. 9'da yer almaktadır. Arama ve kurtarma operasyonunun hangi durumlarda gerçekleşeceğini tek tek düzenlendiği maddede geminin denize uygunluğundan, gemideki kişi sayısı ile geminin büyüklüğü arasındaki oran, kalifiye mürettebata kadar birçok kıstas geminin yardıma ihtiyacı olup olmadığının tespitinde gözönüne alınmaktadır<sup>81</sup>. Hayatta kalanların karaya çıkartılmasında ise m. 10/1-c uyarınca, operasyona ev sahipliği yapan üye devlet ile katılan devletlerin sorumlu Kurtarma Koordinasyon Merkezi ile işbirliği yaparak güvenli bölge tespiti yapılması ve ardından hayatta kalanların hızlı bir şekilde tespit edilen yere gitmelerinin sağlanması öncelikli olarak öngörülmüştür. Bunun sağlanamaması halinde ise, karaya çıkarılma işleminin operasyona ev sahipliği yapan üye devlette gerçekleşmesi öngörülmüştür<sup>82</sup>. Gerek karaya çıkarılma aşamasında gerek arama kurtarma operasyonlarında hem uluslararası hukuka hem de temel haklara uygun hareket edilmesi de m. 10/1'de yer almaktadır.

Uluslararası hukuk ve Avrupa Birliğinde yer alan düzenlemelere bakıldığında güvenli bölge dolayısıyla hayatta kalanların karaya çıkartılacağı yere ilişkin net bir çözüm sunmak yerine, son çare olarak operasyonu gerçekleştiren devletin bu sorumluluğu alacağını düzenlendiği dikkat çekmektedir. Sorumluluğun kim tarafından alınacağı konusunda net bir düzenleme yapılmamasının nedeni olarak iki durum ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki net bir düzenleme yapılması halinde deniz yoluyla Birliğe geçiş konusunda göçmenlerin cesaretlendirilmiş olacağı endişesidir<sup>83</sup>. Diğer neden ise, kurtarma operasyonlarının durum ve şartlara göre farklılık arz etmesi ve bu nedenle her durumda uygulanacak tek bir kuralın belirlenmesinin beklenen faydayı sağlayamayacağı düşüncesidir<sup>84</sup>.

79 IMO, **Principles Relating to Administrative Procedures for Disembarking Persons Rescued at Sea**, <<http://www.imo.org/en/OurWork/Facilitation/personsrescued/Documents/FAL.3-Circ.194.pdf#search=disembarkation%20of%20persons>>, (erişim tarihi 01.05.2017).

80 KLEIN, **2014(b)**, s. 797; DEN HEIJER, **2012**, s. 250.

81 KLEIN, **2014(a)**, s. 426.

82 DEN HEIJER, **2012**, s. 250.

83 MORENO-LAX, **2011**, s. 176.

84 DEN HEIJER, **2012**, s. 250-251.

## D. BM Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme (MHSİS)<sup>85</sup> m.1A/2'de mülteci kavramına kimlerin dahil olduğu tanımlanmıştır. Buna göre, "1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahsa uygulanacaktır" denilerek sözleşmenin kişi yönünden kapsamı açıklığa kavuşturulmuştur. Dolayısıyla m.1A/2'de belirtilen şartları haiz olan kişiler mülteci statüsüne sahip olup, m. 33/1 uyarınca "hiçbir Taraf Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade ("refouler") etmeyecektir". Bu durumun tek bir istisnası mevcut olup, "... bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkum olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden ..." kişiler kapsam dışındadır.

Benzer bir düzenleme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nde de yer almaktadır. Sözleşmenin 3. maddesi uyarınca, "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz". MHSİS m. 33'de yer verilen geri göndermeme yasağının aynı amaç doğrultusunda sadece mültecilere değil maddede belirtilen durumdaki herkese uygulanmak üzere AİHS m. 3'de de düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Bu kapsamda gerek MHSİS gerek AİHS m. 3 kapsamında sığınma arayan kişileri taşıyan bir geminin taşıdığı kişilerin mülteci statüsünü haiz olup olmadıklarına bakmaksızın geri gönderilmeleri m. 33/1'in ve AİHS m. 3'ün ihlali olacaktır<sup>86</sup>. Ancak sorun bu kişilerin hangi andan itibaren geri gönderilmelerinin yasak olduğunun tespitinde ortaya çıkmaktadır. Nitekim bir görüşe göre, kişi ancak mülteci statüsü talebinde bulunmak istediği ülkeye ulaştıktan sonra geri göndermeme yasağının geçerli olduğu ileri sürülmektedir<sup>87</sup>. Bu görüş, sığınma arayanları taşıyan gemi açık denizde iken mültecilerin korunması adına geri göndermeme yükümlülüğünün söz konusu olmadığı görüşünü savunmaktadır. Gerekçe olarak ise, açık denizlerin devletlerin egemenlik alanına dahil olmayan deniz alanları olması gösterilmektedir. Diğer bir deyişle MHSİS ve AİHS'nin ülke dışında uygulanamayacağı dile getirilmektedir<sup>88</sup>. BM Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından hazırlanan istişari görüşte ise devletlerin nerede olursa olsun etkili yargılama yetkisini

85 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, <<http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.pdf>>, (erişim tarihi 01.05.2017).

86 DEN HEIJER, 2012, s. 256.

87 Amerika Birleşik Devletleri tarafından dile getirilen bu görüş için bkz. KLEIN, 2014(a), s. 429; MATHEW, Penelope, "Legal Issues Concerning Interception", *IARLJ Conference*, 2002, s. 96.

88 KLEIN, 2014(b), s. 799; Sale v. Haitian Centers Council Inc. 509 US 155, 158-9.

kullandığı bir alanda geri göndermeme yükümlülüğünün geçerli olduğu ileri sürülmektedir<sup>89</sup>. Benzer yorum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadında da birçok kez dile getirilmiştir<sup>90</sup>. AİHS m. 1’de düzenlendiği üzere “Yüksek Sözleşmeciler Tarafından kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar” denilerek suretiyle AİHS’nin kişi bakımından uygulama kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır. Madde metninde yer verilen “... kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin ...” ifadesi ile BM Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından dile getirilen “etkili yargılama yetkisinin kullanıldığı alanlarda” ifadelerinin benzer içerikli olduğu AİHM kararlarından da anlaşılmaktadır. AİHM, bir devletin etkili koruma yetkisine sahip olduğu bir alan veya üzerinde etkili koruma yetkisine sahip olduğu bir birey söz konusu ise aynen MHSİS’de olduğu gibi ülke dışında da devletlerin AİHS’den doğan yükümlülüklerini yerine getirmeleri gerektiğini dile getirmektedir<sup>91</sup>. Bu durumda açık denizde göçmen taşıyan bir gemiye müdahale eden bir devlet için de gerek AİHS gerek MHSİS’den doğan yükümlülükler devam etmekte midir? Bu soru ilk kez uyuşturucu kaçakçılığı yaptığından şüphelenilen Kamboçya bayraklı bir geminin Fransız savaş gemisi tarafından açık denizde durdurulmasına ilişkin *Medvedyev*<sup>92</sup> kararında cevaplanmıştır. Fransa’nın gemide yapılan aramanın ardından, gemiyi Fransız limanına çekmesi ve mürettebatı gözaltına almasının AİHS m. 5/1 ve m. 3’ün ihlali olduğu iddiasıyla dava açılmıştır. AİHM, her ne kadar olay açık denizde gerçekleşmiş olsa da Fransa’nın geminin güvertesine çıkarak yönünü değiştirmek suretiyle Fransız limanına götürdüğü süre boyunca gemi ve mürettebat üzerinde etkili koruma yetkisine sahip olduğundan bahisle olayın AİHS m. 1 kapsamında olduğunu ve Fransa’nın buna uygun davranması gerektiğini belirtmiştir<sup>93</sup>. Geri göndermeme ilkesinin ele alındığı *Hirsi*<sup>94</sup> kararında ise *Medvedyev* kararına benzer bir yorum yapılmıştır. İtalya kıyılarına ulaşmak için yola çıkan ve içerisinde Somali ve Eritreli göçmenlerin bulunduğu gemi, açık denizde İtalyan Sahil Güvenlik yetkililerince durdurulmuş ve göçmenler İtalyan askeri gemilerine aktararak geldikleri ülkeye yani Libya’ya geri gönderilmişlerdir. İtalya’nın bu işleminin AİHS

89 BM Mülteciler Yüksek Komiserliği, **Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations Under 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol**, <http://www.unhcr.org/4d9486929.pdf>, s. 15 vd. (erişim tarihi 01.05.2017).

90 *Xhavara and others v. Italy and Albania* (Application No. 39473/98), 11 January 2001, *Issa and Others v. Turkey* ( Application No. 31821/96), 16 November 2004; Geniş bilgi için bkz. KLUG, Anja / HOWE, Tim, “The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non-Refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures”, **Extraterritorial Immigration Control**, (der. B. Ryan, vd.), Brill Publications, Netherlands, 2010, s. 78-84.

91 BORELLI, Silvia / STANFORD, Ben, “Troubled Waters in the Mare Nostrum: Interception and Push-backs of Migrants in the Mediterranean and the European Convention on Human Rights”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Yıl: 2014, Cilt: 10, Sayı: 37, s.41; ARSAVA, Füsün, “AİHK’nun Konvansiyon Alanı Dışında Uygulanması Kriterleri ve Bu Çerçeve de Doğ an Uluslararası Sorumluluk”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2011, Cilt:1, Sayı: 2, s. 5-6.

92 *Medvedyev and others v. France*, Application No. 3394/03, 29.03.2010.

93 BORELLI /STANFORD, **2014**, s. 44; MORENO-LAX, **2011**, s. 203.

94 *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, Application No. 27765/09, 23.02.2012.

m. 3'e aykırı olduğu iddiasıyla açılan davada AİHM, göçmenlerin Libya'da kötü muameleye maruz kalma olasılıkları ve geri göndermeme yükümlülüğünün İtalya tarafından ihlal edildiği gerekçesiyle davayı haklı bulmuştur. Her ne kadar gemi açık denizde durdurulmuş olsa da açık denizden Libya'ya geri götürüldükleri süre boyunca göçmenlerin fiilen ve hukuken İtalyan yetkililerin etkili kontrolü altında oldukları gerekçesiyle AİHS ve dolayısıyla m. 3 kapsamında devletlerin ülke dışında da geri göndermeme yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmiştir<sup>95</sup>. Söz konusu kararlar kapsamında açık denizde göçmen taşıyan bir gemiyi durdurup, ziyaret hakkını kullanan bir devletin AİHS ve MHSİS'den kaynaklanan geri göndermeme yükümlülüğüne riayet etmesi gerekmektedir<sup>96</sup>.

Geri göndermeme ilkesi, 656/2014 sayılı Tüzük m. 4'de özel bir başlık altında yer almakla birlikte yine aynı Tüzük'ün giriş kısmında yer alan bir kaç paragrafta da ayrıca düzenlenmiştir. Tüzük m.4'de geri göndermeme ilkesinin kişi yönünden kapsamına yer verilmektedir. Buna göre, hiç kimsenin, ölüm cezası, işkence veya başka insanlık dışı veya alçaltıcı muamele veya cezaya tabi tutulması konusunda ciddi bir tehlike bulunan veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak bir ülkeye veya ihraç, sınır dışı edileceği veya geri göndermeme ilkesinin hilafında bir ülkeye iade edilemeyeceği, gönderilemeyeceği ve teslim edilemeyeceği düzenlenmiştir. Yapılan düzenlemenin MHSİS m. 33 ile AİHS m. 3'den esinlendiği anlaşılmaktadır. Ana kural bu olmakla birlikte üçüncü ülkelerle yapılacak bir deniz operasyonunda gemidekilerin karaya çıkarılacağı üçüncü ülkenin m. 4/1'de yer verilen koşullara göre değerlendirilmesi ve bu durumların mevcudiyeti halinde iade, teslim veya geri göndermenin söz konusu olmayacağı yer almaktadır. Giriş kısmı 10. paragrafta ise Frontex operasyonlarında alınacak her türlü tedbirin ulaşıl- mak istenen amaç ile orantılı, ayrımcı olmayan ve başta insanlık onuru, temel haklar, geri göndermeme ilkesi de dahil olmak üzere mülteci ve sığınma arayanların haklarına saygılı olması; üye devletler ve Frontex'in ülkede, sınırda, karasularında veya üye devletlerin transit geçiş noktalarında yapılan uluslararası koruma başvurularında özellikle 2013/32/AB sayılı Schengen Sınır Kodu ve sığınmaya ilişkin mevzuat hükümleri ile bağlı olduğu belirtilmiştir. Geri göndermeme ilkesi AB Temel Haklar Şartı m. 19'da da yer almakta olup, Tüzük'ün giriş kısmının 12 paragrafında Tüzük'ün uygulamasının Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında yer alan geri göndermeme ilkesine uyumlu olması gerektiği düzenlenmiştir.

## Sonuç

AB dış deniz sınırlarının korunması konusunda üye devletlere yardımcı olan AB ajansı Frontex, özellikle Birliğe yönelik düzensiz göç akışının engellenmesi adına görev yapmakta ve bu amaçla kimi zaman üçüncü ülkelerle de ortak operasyonlar yürütmektedir.

Frontex'in, sınır kontrollerinden kaçma şüphesi olan kişileri taşıdığı veya göçmen kaçakçılığına karıştığından makul gerekçelerle şüphe edilen teknelere yönelik sahip

95 COPPENS, 2012, s. 355.

96 PASTAVRIDIS, 2010(a), s. 104.

olduğu yetkiler 656/2014 sayılı Tüzük'de teknenin bulunduğu deniz alanına göre düzenlenmektedir. Tanınan bu yetkilerin kullanımının gerek uluslararası hukuka gerek AB hukukuna uygun olması ise Frontex Tüzüğü'nün yanısıra 656/2014 sayılı Tüzük'de de hüküm altına alınmıştır.

Göçmen taşımada genellikle uyuksuz, küçük ve denize elverişli olmayan tekne ve botların kullanımı gözönüne alındığında Frontex'e tanınan ve en çok başvurulan "geminin başka yöne veya üçüncü bir ülkeye yöneltmesi veya teknede bulunan kişilerin üçüncü bir ülke yetkililerine teslim edilmesi" yetkisi birçok açıdan uluslararası hukuk düzenlemelerine ve AB hukukuna aykırılık teşkil etmektedir. Bu aykırılıklar tek tek ele alınacak olursa:

1. Zaten denize elverişli olmayan teknelerin kullanılması nedeniyle her devletin kurtarma yükümlülüğü söz konusu iken, teknelerin geri itmek suretiyle başka yöne yönlendirilmesi kurtarma yükümlülüğünün düzenlendiği BMDHS, SAR, SOLAS ve 656/2014 sayılı Tüzüğe;
2. Bu durum aynı zamanda teknedeki kişilerin hayati tehlike riskini de arttırdığından AİHS ve AB Temel Haklar Şartına;
3. İltica talebinde bulunmalarına imkan sağlanmadığından MHSİS, AİHS ve 656/2014 sayılı Tüzüğe;
4. Üçüncü ülkeye gönderilmeleri veya üçüncü ülke yetkililerine teslim edilmeleri halinde, üçüncü ülke ile bu konuda anlaşma dahi imzalanmış olsa MHSİS, AİHS ve 656/2014 sayılı Tüzüğe aykırılık söz konusu olacaktır. 656/2014 sayılı Tüzüğün giriş kısmı 13. paragrafında bir üye devlet ve üçüncü ülke arasında yapılan herhangi bir anlaşmanın üye devletlerin AB hukuku ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla ortada bir anlaşma dahi olsa geri göndermeme ilkesine ilişkin şartların varlığı halinde üye devletten geri göndermeme ilkesine uygun hareket etmesi beklenmektedir.

Frontex'in deniz operasyonlarında görev yapanların üye devlet personeli ve araçları olması nedeniyle Operasyona katılan üye devletler sadece kıyı devletine yardım etmek amacıyla ve kıyı devletinin egemenlik yetkisine dahil olan sularda görev yapsa dahi bir insan hakları ihlali söz konusu olduğunda operasyona ev sahipliği yapan kıyı devleti değil ihlali gerçekleştiren üye devlet hukuki sorumluluk altındadır. Papastavridis tarafından belirtildiği üzere, uluslararası hukukta bir devlet organının tasarruflarından bir diğer devlet organının sorumlu tutulabilmesi için sorumlu tutulan devlet organının tasarrufu gerçekleştiren devlet üzerinde münhasır kontrol yetkisine sahip olması gerekmektedir. Ancak böyle bir yetki ortak deniz operasyonlarında mümkün değildir<sup>97</sup>.

BM Mülteci Yüksek Komiserliği tarafından hazırlanan raporda sadece 2015 yılında Akdeniz üzerinden Avrupa'ya geçmeye çalışan göçmenlerden 3,735 kişinin denizde kaybolduğu belirtilmektedir<sup>98</sup>. 1988'den bugüne kadar ki toplam sayı 20.000'dir<sup>99</sup>. Frontex

97 PAPAŞTAVRIDIS, 2010(a), s. 107.

98 UNCHR, "Over 1 million sea arrivals reach Europe in 2015" <http://www.unhcr.org/afr/news/latest/2015/12/5683d0b56/million-sea-arrivals-reach-europe-2015.html> (erişim tarihi 02.06.2017).

99 Statewatch Policy Brief, 2014, "Violations of the Rights of Migrants and Refugees at Sea", <http://www.statewatch.org/news/2014/jul/eu-migrants-at-sea.pdf> (erişim tarihi 02.06.2017).

deniz operasyonlarının asıl amacının denizde yaşanan can kayıplarının önlenmesi olduğu dile getirilirken, "geri itme" yöntemiyle göçmen teknelerinin denize elverişliliği, iltica başvurusunda bulunma ihtimalleri, devletlerin kurtarma yükümlülükleri dahi gözönüne alınmaksızın başka yöne veya üçüncü bir ülkeye itilmeleri veya açık denizde bırakılmalarının bu amacı ne kadar desteklediği ve hem uluslararası hukuka hem de AB hukukuna uygunluğu tartışmalıdır<sup>100</sup>.

Sonuç olarak, insan haklarına saygı ve hukukun üstünlüğü temeline dayalı olduğu kurucu antlaşmalarında hüküm altına alınan Birliğin, Frontex deniz operasyonları ile sınırlarını koruma konusunda AB değerlerini dahi gözardı ederek başta uluslararası hukuk olmak üzere AB hukukuna da aykırı davrandığı düşünülmektedir.

---

#### KAYNAKÇA

---

- ARSAVA, Füsün, "AIHK'nun Konvansiyon Alanı Dışında Uygulanması Kriterleri ve Bu Çerçeve de Doğan Uluslararası Sorumluluk", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2011, Cilt:1, Sayı: 2, (s. 1-25).
- BALDACCINI, Anneliese, "Extraterritorial Border Controls in the EU: The Role of Frontex in Operations at sea", **Extraterritorial Immigration Control**, (der. B. Ryan, vd.), 1. Basım, Brill Publications, Netherlands, 2010, (s. 229-256).
- BARNES, Richard, "The International Law of the Sea and Migration Control", **Extraterritorial Immigration Control**, (der. B. Ryan, vd.), 1. Basım, Brill Publications, Netherlands, 2010, (s. 103-150).
- BİLGİN, A. Aslı, "Adalet ve İçişlerinde İşbirliği", **Avrupa Bütünleşmesi ve Türkiye**, (der. M. Kar), 1. Basım, Ekin yayınevi, Bursa, 2010, s. (537-574).
- BM Mülteciler Yüksek Komiserliği Yürütme Komitesi Kararları** No.23, para.3, [http://www.madde14.org/index.php?title=No:23\\_Denizde\\_Tehlike\\_Alt%C4%B1nda\\_Bulunan\\_S%C4%B1%C4%9F%C4%B1nmac%C4%B1lar%C4%B1n\\_Kurtar%C4%B1lmas%C4%B1na\\_%C4%B0li%C5%9Fkin\\_Sorunlar\\_\(erişim\\_tarihi\\_24.04.2017\)](http://www.madde14.org/index.php?title=No:23_Denizde_Tehlike_Alt%C4%B1nda_Bulunan_S%C4%B1%C4%9F%C4%B1nmac%C4%B1lar%C4%B1n_Kurtar%C4%B1lmas%C4%B1na_%C4%B0li%C5%9Fkin_Sorunlar_(erişim_tarihi_24.04.2017)).
- BM Mülteciler Yüksek Komiserliği kararı** para. 30 için bkz. <http://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3e5f35e94/background-note-protection-asylum-seekers-refugees-rescued-sea.html>, (erişim tarihi 24.04.2017).
- BM Mülteciler Yüksek Komiserliği, **Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations Under 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol**, <http://www.unhcr.org/4d9486929.pdf>, s. 15 vd. (erişim tarihi 01.05.2017).
- BORELLI, Silvia / STANFORD, Ben, "Troubled Waters in the MARE Nostrum: Interception and Push-backs of Migrants in the Mediterranean and the European Convention on Human Rights", **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Yıl: 2014, Cilt: 10, Sayı: 37, (s. 29-69).
- BOZKURT, Enver / ÖZCAN, Mehmet / KÖKTAŞ, Arif, **Avrupa Birliği Hukuku**, 3. Basım, Asil Yayın, Ankara, 2006.
- CHURCHILL, Robin / LOWE, Alan, **The Law of the Sea**, Manchester University Press, Manchester, 1999.
- COPPENS, Jasmine, "Migrants in the Mediterranean: Do's and Don'ts in Maritime Interdiction", **Ocean Development and International Law**, Yıl: 2012, Cilt: 43, (s. 342-370).
- DEN HEIJER, Maarten, **Europe and Extraterritorial Asylum**, 1. Basım, Bloomsbury Publications, Leiden, 2012.

---

100 Uluslararası Af Örgütü, 2013.



- Ekim (2015) **Zirve Sonuç Bildirgesi**, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-26-2015-INIT/en/pdf>, (erişim tarihi 25.03.2017).
- HINRICHS, Ximena, "Measures against Smuggling of Migrants at Sea: A Law of Sea Related Perspective", **Revue Belge de Droit International**, Yıl: 2003, Cilt: 2, (s. 413-451).
- GUILFOYLE, Douglas, "Maritime Interdiction of Weapons of Mass Destruction", **Journal of Conflict and Security Law**, Yıl: 2007, Cilt: 12, Sayı:1, (s. 1-36).
- GUILFOYLE, Douglas, **Shipping Interdiction and the Law of the Sea**, 1. Basım, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- IMO, Resolution MSC 167(78), **Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea**, [http://www.imo.org/en/OurWork/Facilitation/personsrescued/Documents/MS.167\(78\).pdf](http://www.imo.org/en/OurWork/Facilitation/personsrescued/Documents/MS.167(78).pdf), para. 6.12, (erişim tarihi 24.04.2017).
- IMO, **Principles Relating to Administrative Procedures for Dismarking Persons Rescued at Sea**, <http://www.imo.org/en/OurWork/Facilitation/personsrescued/Documents/FAL.3-Circ.194.pdf#search=disembarkation%20of%20persons>, (erişim tarihi 01.05.2017).
- İKV, "AB'nin Tarihiçesi", [http://www.ikv.org.tr/icerik\\_print.asp?id=28](http://www.ikv.org.tr/icerik_print.asp?id=28), (25.03.2017).
- KLEIN, Natalie, "Assessing Australia's Push Back The Boats Policy Under International Law: Legality and Accountability for Maritime Interceptions of Irregular Migrants", **Melbourne Journal of International Law**, Yıl: 2014, Cilt: 15, (s. 414-443) (a).
- KLEIN, Natalie, "A Case For Harmonizing Laws on Maritime Interceptions of Irregular Migrants", **International and Comparative Law Quarterly**, Yıl: 2014, Cilt: 63, (s. 787-814) (b).
- KLUG, Anja / HOWE, Tim, "The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non-Refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures", **Extraterritorial Immigration Control**, (der. B. Ryan, vd.), Brill Publications, Netherlands, 2010, (s. 69-102).
- KOSTAKOPOULOU, Dora, "The Area of Freedom, Security and Justice and the Political Morality of Migration and Integration", **A Right to Inclusion and Exclusion? Normative Fault Lines of the EU's Area of Freedom, Security and Justice**, (der. H. Lindhal), Hart Publishing, Oxford, 2009, (s. 185-207).
- KÖKTAŞ, Arif, "Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı", **Avrupa Birliği: Tarihe, Teori, Kurumlar ve Politikalar**, (der. B. Akçay, vd.), 3. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, (s. 491-524).
- Laeken (2001) Zirve Sonuç Bildirgesi**, <http://www.consilium.europa.eu/en/european-council/conclusions/pdf-1993-2003/european-council-meeting-in-laeken--presidency-conclusions-14-15-december-2001>, (erişim tarihi 25.03.2017).
- MALCOLM, N Shaw, **International Law**, 6. Basım, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- MATHEW, Penelope, "Legal Issues Concerning Interception", **IARLJ Conference**, 2002, (s. 85-115).
- McDOUGALL, Myres / BURKE, William, **The Public Order of the Oceans**, Yale University Press, New Haven, 1962.
- MORENO-LAX, Violeta, "Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea", **International Journal of Refugee Law**, Yıl: 2011, Cilt: 23, Sayı: 2, (s. 174-220).
- Motion for a EP Resolution**, 2014, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0153+0+DOC+XML+VO//EN#title1>, (erişim tarihi 25.03.2017).
- PAPASTAVRIDIS, Efthymios, "Fortress Europe and Frontex: Witin or Without International?", **Nordic Journal of International Law**, Yıl: 2011, Cilt: 79, (s. 75-111), (a).
- PAPASTAVRIDIS, Efthymios, "Enforcement Jurisdiction in the Mediterranean Sea: Illicit Activities and the Rule of Law on the High Seas", **The International Journal of Marine and Coastal Law**, Yıl: 2010, Cilt: 25, (s. 569-599), (b).
- PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 11. Basım, Turhan Yayınevi, Ankara, 2012.
- Plan for the management of the external borders of the Member States of the European Union**,

- <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2010019%202002%20INIT>, (erişim tarihi 25.03.2017).
- PERKOWSKI, Nina, "A Normative Assessment of the Aims and Practices of the European Border Management Agency Frontex", University of Oxford Refugee Studies Centre **Working Paper Series No. 81**, 2012, s. 1-46.
- RODEN, Sophie, "Turning Their Back on the Law: The Legality of the Coalition's Maritime Interdiction and Return Policy", [https://law.anu.edu.au/sites/all/files/acmlj/turning\\_their\\_back\\_on\\_the\\_law\\_v2.pdf](https://law.anu.edu.au/sites/all/files/acmlj/turning_their_back_on_the_law_v2.pdf), s. 1-52 (erişim tarihi 18.05.2017).
- Selanik (2003) Zirve Sonuç Bildirgesi**, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_DOC-03-3\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-03-3_en.htm), (erişim tarihi 25.03.2017).
- SÖNMEZ, Sait, "Avrupa Birliği'nin Komşu Bölgelere Yönelik Siyasal Açılımı: Avrupa Komşuluk Politikası", **Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl: 2010, Cilt: 7, Sayı: 14, (s. 113-122).
- Statewatch Policy Brief, 2014, "**Violations of the Rights of Migrants and Refugees at Sea**", <http://www.statewatch.org/news/2014/jul/eu-migrants-at-sea.pdf> (erişim tarihi 02.06.2017).
- SUR, Melda, **Uluslararası Hukukun Esasları**, 11. Basım, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017.
- TREVISANUT, Seline, "Maritime Border Control and the Protection of Asylum Seekers in the European Union", **Touro International Law Review**, Yıl: 2009, Cilt: 12, (s. 157-161).
- Uluslararası Af Örgütü, **Avrupa'nın Sınırında: Yunanistan'ın Türkiye Sınırında İnsan Hakları İhlalleri Raporu**, 2013, [http://www.madde14.org/index.php?title=UA%C3%96-%20Avrupa%27n%C4%B1nS%C4%B1n%C4%B1r%C4%B1n%C4%B1n%C4%B1n](http://www.madde14.org/index.php?title=UA%C3%96-%20Avrupa%27n%C4%B1nS%C4%B1n%C4%B1r%C4%B1n%C4%B1n%C4%B1n%C4%B1n%C4%B1n), (erişim tarihi 25.03.2017).
- UNCHR, "**Over 1 million sea arrivals reach Europe in 2015**" <http://www.unhcr.org/afr/news/latest/2015/12/5683d0b56/million-sea-arrivals-reach-europe-2015.html> (erişim tarihi 02.06.2017).

# Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararlarından Pákozdi Davası: İdari Vergi Cezası Davalarında Duruşmasız Yargılama

Hakemli Makale

**Ayşe Nil TOSUN**

Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümü Mali Hukuk Anabilim Dalı

## İÇİNDEKİLER

GİRİŞ .....	85
I.Pákozdi v. Hungary Kararı'ndan Önce İHAM İçtihatlarında Adil Yargılama Hakkı.....	86
I.I.Vergi Aslı ve Cezalarına İlişkin Yargılamaların Adil Yargılama Hakkı Kapsamında Olup Olmadığına İlişkin Belirlemeler.....	86
I.I.I.Bendenoun v.France Kararı (1994) .....	87
I.I.II.Janosevic v. Sweden Kararı (2003) .....	87
I.I.III. Ferrazzini v. Italy Kararı (2001).....	87
I.II. Vergi Cezalarına İlişkin Yargılamalarda Duruşmanın Gerekliliğine İlişkin Dava.....	87
I.II.I. Jussila v. Finland (2006) Kararı.....	88
II. Pákozdi Davası.....	88
II.I. Davanın Olguları .....	88
II.II. İlgili İç Hukuk .....	89
II.III. Adil Yargılama Hakkının İhlal Edildiği İddiası .....	90
II.IV. Kabul Edilebilirlik .....	90
II.V. Davanın Esası.....	90
II.VI. İHAS'ın 41. Maddesinin Uygulanması .....	92
SONUÇ .....	93

---

## ÖZET

---

**K**amuya açık yargılama ve duruşma yapılması gerek Türk hukukunda gerekse uluslar arası hukukta güvence altına alınmış olmasına rağmen, tarafların duruşma için özel bir talebi olmadıkça ya da mahkemenin gerekli gördüğü haller dışında, idari vergi ceza davalarında dosya üzerinden yargılama esas usuldür. İHAM Jussila v. Finland (2006) kararında idari vergi cezalarının katı bir uygulama gerektirmediği, duruşma yapılmaksızın, yazılı yargılamanın yeterli olacağı kararına varmıştır. Bu çalışmada İHAM'ın Pákozdi v. Macaristan (2014) kararı incelenmiştir. Bu kararda da büyük ölçüde idari vergi ceza davalarında adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi için duruşma yapılmasının gerekli olup olmadığı sorgulanmıştır. Konuya daha önceki yaklaşımlarından farklı olarak, İHAM Pákozdi davasında eğer idari vergi ceza davalarında kanıtların inandırıcılığı ve güvenilirliği duruşma esnasında belirlenebilecekse duruşma yapılmasının yerinde olacağı kararını vermiştir.

### Anahtar Kelimeler

Adil Yargılanma Hakkı, Pákozdi Davası, İdari Vergi Ceza Davalarında Duruşma, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Vergi Hukuku

---

## ABSTRACT

---

### An Example from ECHR Judgements-Pákozdi Case: Trial without a Hearing in Cases Arising From Tax Penalties

**A**lthough public trial and hearing is guaranteed both in Turkish Law and in international law, trial based on file is the principal procedure in administrative criminal tax lawsuits, except in cases where the parties make special request or the court deems necessary. In the ECHR Jussila v. Finland (2006) decision it was decided the administrative tax fines did not require a strict application and that written trial would be sufficient without a hearing. The Pákozdi v. Hungary (2014) decision of the ECHR is examined in this study. In this decision, it was also questioned whether hearing was required to not breach the fair trial right in mostly administrative criminal tax lawsuits. In contrast with previous approaches to the issue, in the Pákozdi case the ECHR gave the decision that holding a trial shall be suitable if plausibility and reliability of evidence can be determined during the hearing in administrative criminal tax lawsuits.

### Keywords

Right to Fair Trial, Pákozdi Case, Hearing in Administrative Tax Penalty Cases, European Court of Human Right, Tax Law

## GİRİŞ

İdari vergi ceza davalarında duruşma yapılmaksızın yazılı olarak dosya üzerinden inceleme ve yargılama yapılması esastır. İYUK 1/2. maddesine göre "Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinden yapılır". Temel kural yazılılık esası olsa da, tarafların ya da yargı yerinin talebi durumunda duruşma yapılabilir. Ancak bu imkanın varlığı yazılılık esasını değiştirmemektedir<sup>1</sup> (Onar 1966, Chapus 2008, Kaplan 2014, Candan 2009).

Duruşmalı yargılama sürecinin, taraflara sözlü savunma hakkı vermek, gizli yargılamaları önlemek, süreci kamu denetimine açmak gibi adaletin daha etkin işlemesine yönelik katkıları vardır. İdari vergi ceza davalarında duruşma yapılmaksızın karar verilmesi mükellehleri bu olanaklardan mahrum bırakmaktadır. Duruşmalı yargılama yapılmadığında kişiler dertlerini tam anlatamadıkları, hakimin davayı iyi kavrayamadığı gibi güvensizliklere kapılabilmektedirler<sup>2</sup> (Broyelle 2011, Kaplan 2014). Esasında Türk Yargı Sisteminde konunun taşıdığı önem nedeniyle davalarda kamuya açık yargılama ve duruşma yapılması başta Anayasa olmak üzere bir çok kanun ve uluslararası anlaşma ile garanti altına alınmıştır.

T.C.Anayasası'nın 141. Maddesine göre; "Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir..."

İYUK madde 17/1'e göre "Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri'nde açılan iptal ve yirmibeşbin Türk Lirasını aşan tam yargı davaları ile tarh edilen vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları toplamı yirmibeşbin Türk Lirasını aşan vergi davalarında taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılır. (2)Temyiz ve istinaflarda duruşma yapılması tarafların istemine ve Danıştay veya ilgili bölge idare mahkemesi kararına bağlıdır. (3)Duruşma talebi dava dilekçesi ile cevap ve savunmalarda yapılabilir (4) 1 ve 2nci fıkralarda yer alan kayıtlara bağlı olmaksızın Danıştay, mahkeme ve hakim kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verebilir. (5) Duruşma davetiyeleri duruşma gününden en az otuz gün önce taraflara gönderilir."

İYUK madde 18/1'e göre "Duruşmalar açık olarak yapılır. Genel ahlakın veya kamu güvenliğinin gerekli kıldığı hallerde, görevli daire veya mahkemenin kararı ile, duruşmanın bir kısmı veya tamamı gizli olarak yapılır..."

6100 sayılı HMK'nın 28. Maddesinde açıklanan aleniyet ilkesine göre; "Duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir..."

İHAS'ın 6/2. maddesine göre "Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul

1 Onar 1966 s.1984-1986, Chapus 2008 s.835, Kaplan 2014 s.33-46, Candan 2009 s.572

2 Broyelle 2011 s.218, Kaplan 2014 s.3

bir sure içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir...”

İHAS'ın 6/3. Maddesine göre “kendisine bir suç isnat edilen herkes.. (d) aleyhindeki tanıkları sorguya çekmek ya da çektirmek ve aleyhindeki tanıklarla aynı koşullar çerçevesinde lehine olan tanıkların hazır bulunmalarını ve sorguya çekilmesini sağlamak; (e) aleyhindeki tanıkları sorguya çekmek ya da çektirmek ve aleyhindeki tanıklarla aynı koşullar çerçevesinde lehine olan tanıkların hazır bulunmalarını ve sorguya çekilmesini sağlamak haklarına sahiptir.”

Yukarıdaki kanun ve anlaşma hükümlerinde de görüldüğü gibi gerek Türk Hukukunda gerekse uluslar arası alanda kamuya açık yargılama ve duruşma yapılması güvence altına alınmıştır. Bununla birlikte Türkiye’de diğer bir çok ülkede olduğu gibi idari vergi ceza davalarında duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden inceleme ile yazılı yargılama yapılması esastır. Son yıllarda vergi alanında bu konu ile ilgili bir kaç dava İHAM’da görüşülmüş ve karara bağlanmıştır. Bu çalışmada inceleyeceğimiz Pákozdi v. Macaristan davası da bu davalardan birisidir. Pákozdi davasında İHAM daha önceki içtihadına yeni bir katkı getirerek gerekli olduğu halde sözlü bir duruşma yapılmaksızın davanın esası hakkında verilen kararın, adil yargılanma gereksinimlerini karşılamadığı yönünde bir karar vermiştir.

## **I. Pákozdi v. Hungary Kararı’ndan Önce İHAM İçtihatlarında Adil Yargılanma Hakkı**

### **I.1. Vergi Aslı ve Cezalarına İlişkin Yargılamaların Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Olup Olmadığına İlişkin Belirlemeler**

İdari nitelikteki vergi uyuşmazlıkları İHAM içtihatlarıncı İHAS'ın 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamına girmemektedir. Adil yargılanma hakkının “medeni hak ve yükümlülükler” ilişkin uyuşmazlıklar ile “suç isnadının” karara bağlanması durumlarıyla sınırlı bir uygulama alanına sahip olmasından dolayı, bu iki kategori dışında kalan durumlar bakımından adil yargılanma hakkındaki güvenceler uygulanabilir değildir. Vergi aslına ilişkin davaların gerek medeni hak ve yükümlülükler gerekse suç isnadının kapsamına girmemesinden dolayı bu tür uyuşmazlıklarda başvuru, adil bir yargılama yapılması, aleni duruşma, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri önünde yargılama gibi güvencelere sahip olmayacaklardır. İHAM kararlarında istikrarlı bir şekilde 6/1. maddesindeki “medeni hak ve yükümlülükler” ibaresinin vergi yükümlülüğüne ilişkin olağan/sıradan davaları kapsamadığı belirtilmiştir<sup>3</sup>. (Gözübüyük&Gölcüklü 2005, Arslan 2015). Diğer yandan çoğu vergi cezaları bu

3 Gözübüyük&Gölcüklü 2005 s.327, Arslan 2015 s.139

maddenin ceza başlığı kapsamına girmektedir. Vergi cezalarının adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bazı kararlar aşağıdaki gibidir:

#### **I.I.I. Bendenoun v.France Kararı<sup>4</sup> (1994)**

Hapis ve para cezalarından oluşan vergi cezaları söz konusu olduğunda, hapis ile ilgili olanlarının suç isnadı olarak İHAM madde 6 kapsamı içinde olduğu açıkken idari para cezalarının suç isnadı sayılıp sayılmayacağı tartışılmış, ilk kez Bendenoun v. France (1994) kararında vergi ile ilgili idari para cezalarının da suç isnadı içinde kaldığı kabul edilmiştir. Bu kapsamda verginin aslına değil ancak cezalarına ilişkin davalarda İHAM'a mükellefler adil yargılanmadıkları iddiasıyla başvurabilmektedirler<sup>5</sup> (Yaltı 2007).1994'de alınan Bendenoun kararında vergi para cezalarının ödenmediği takdirde hapis cezasına çevrilebilirliği üzerinde durulmuş ve bu durumun açıkça bir suç isnadı kapsamında olduğu tespit edilmiştir.

Bu karardan daha ileriki bir tarihte 2003 yılında alınan Janosevic v.Sweden kararında ise böyle bir belirlemenin gerekli olmadığı ortaya konulmuştur.

#### **I.I.II. Janosevic v. Sweden Kararı<sup>6</sup> (2003)**

Janosevic v. Sweden kararında kayba uğratılan verginin katları olarak verilen para cezalarının bir üst sınırının olmaması büyük miktarlara ulaşma olasılığının bulunması cezanın ağırlığı için yeterli görülmüş, hapse çevrilemeyecek olmasının önemli bir kriter olmadığı, kararda dava konusunun önemi ile savunmanın hakları arasındaki dengenin gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir.

#### **I.I.III. Ferrazzini v. Italy<sup>7</sup> (2001)**

İHAM'ın 2001 yılında aldığı G.Ferrazzini kararı çok tartışılmış ve eleştirilmiştir. İtalya'da G.Ferrazzinin ödemesi gereken vergiler ile ilgili davanın değerlendirilmesi 10 yıldan fazla sürmüştür. G.Ferrazzini İHAM'a açtığı davada dava sürecinin adil yargılanma hakkını ihlal edecek derecede uzun sürdüğünü iddia etmiştir. Ancak İHAM davayı incelemiş, söz konusu soruşturmaların cezai olmadığını kabul etmiş ve "vergi tartışmaları medeni hak ve yükümlülükler kapsamında değildir" diyerek G.Ferrazzini'nin iddialarını reddetmiştir.

### **I.II. Vergi Cezalarına İlişkin Yargılamalarda Duruşmanın Gerekliliğine İlişkin Dava**

İHAM'ın 6. maddesinde adil yargılanma hakkı bloğunda güvence altına alınan haklardan birisi aleni yargılanma hakkı, başka bir deyişle açık bir duruşma yapılmasıdır. Bununla birlikte gerek Türkiye'de gerekse başka bir çok ülkede idari vergi ceza davalarında, özel bir talep olmadıkça ya da gerekli haller dışında, dosya üzerinden yazılı yargılama

4 Bendenoun v. France, 1994, App. no: 12547/86

5 Yaltı 2007 s.7

6 Janosevic v.Sweden, B.No:34619197,21/05/2003&101

7 Ferrazzini v.Italy no:44759/98

esas usuldür. İHAM Jussila v.Finland (2006) davasında<sup>8</sup> idari para cezaları davalarında duruşma yapılmasının şart olmadığını ve duruşmasız yargılamaların da yapılabileceğini karara bağlanmıştır.

### I.II.I.Jussila v. Finland Kararı (2006)

Finlandiya vatandaşı E.Jussilia kendisinden talep edilen vergi cezaları ile ilgili davalar sürecinde duruşma yapılmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. İHAM E.Jussilia'nın duruşma yapılmasını istemesindeki temel gerekçenin vergi teftiş elemanının mevcut yasaları yanlış yorumladığını ve yapılan vergi değerlendirmelerinin büyük ölçüde geçerli olmadığını ispat etmek olduğunu belirtmiş ve bu durumun adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir.Ulusal mahkemenin vergi müfettişinin raporlarını ve davacı tarafından seçilen bilirkişilerin değerlendirmelerini yazılı olarak istediği ve incelediğini belirtmiş ve bu nedenle sözlü bir duruşmanın gerekli olmadığına karar vermiştir. Kısaca ifade etmek gerekirse İHAS'ın 6. maddesine rağmen İHAM Jussila v.Finland (2006) davasında<sup>9</sup> idari para cezaları davalarında duruşma yapılmasının şart olmadığını ve duruşmasız yargılamaların da yapılabileceğini belirtmiştir.

Bu çalışmada inceleyeceğimiz Pákozdi v. Hungary (2014) davasında ise bu içtihata yeni bir yorum getirilmiş, duruşmada kanıtların inandırıcılığı ve güvenilirliği belirleyici olduğunda duruşma yapılmasının genellikle uygun olacağı belirtilmiştir<sup>10</sup> (Baker 2015).

## II. Pákozdi v.Hungary Kararı (2014)<sup>11</sup>

### II.I. Davanın Olguları

1976 doğumlu Igar'da yaşayan Bayan İldido Pákozdi hakkında 1999-2001 yıllarını kapsayan bir vergi denetimi Fejér Bölgesi Bölgesel Vergi Merkezi tarafından gerçekleştirilmiştir. Denetim Raporuna göre Vergi Dairesi Pákozdiye yaklaşık 39.100 euro tutarında ek kişisel gelir vergisi matrahı 19.500 euro tutarında vergi cezası ve 23.300 euro tutarında faiz yüklemiştir. Pákozdi vergi idaresinin bu işlemlerine karşı dava açmıştır.

Bu davanın başlangıcındaki temel sorun Bayan Pákozdi'nin şirketine sermaye olarak yatırılmış ihtilafli fonların Pákozdi'nin babası tarafından kendisine kişisel bir kredi olarak verilmiş olup olmamasıyla ilgilidir. Pákozdi ihtilafli fonların babası tarafından kendisine kişisel bir kredi olarak verildiğini iddia etmiştir. Vergi dairesi baba hakkında özel amaçlı bir vergi incelemesi yapmış ve babanın söz konusu ihtilafli tutara sahip olduğuna dair kanıt istemiş ancak baba böyle bir kanıtı Vergi Dairesine sunmamıştır. İhtilafli tutarın kaynağı hakkında sadece iddiada bulunulduğu, ancak bir kanıt sunulmadığını vurgulayan vergi idaresi ayrıca başvuru sahibinin babasının, hissedarlarının çoğunluğunun

8 Jussila v Finland, 2006, App.no.73053/01

9 Jussila v Finland, 2006, App.no.73053/01

10 Baker Philip [https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Journal-Articles/European-Taxation/collections/et-20152-3\\_int\\_1.html](https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Journal-Articles/European-Taxation/collections/et-20152-3_int_1.html) Erişim Tarihi:17 Ağustos 2017

11 Case of Pákozdi v. Hungary, 2014, App. no:5126907 Strasbourg



kendi ailesi olduğu bir kooperatife finansal hizmet verebilmesi amacıyla, kızına büyük miktarlarda borç vermesinin mantıksız olduğunu belirtmiştir.

28 Şubat 2006 tarihinde Fejér Bölgesi Bölge Mahkemesi'nde, tek bir hakimle görülen davada, bir duruşma düzenlenmiş ve vergi dairesinin kararı bozulmuştur. Mahkeme esasen başvuru sahibinin babasının kızı için kişisel kredi olarak kullandığı gelir ve mülkiyetinin varlığını ve kaynağını kanıtlamakla yükümlü olmadığını belirtmiştir.

Vergi dairesi Fejér Bölge Mahkemesi'nin bu kararına karşı başvuru sahibinin iddialarının defter ve benzeri kanıtlarla desteklenmesi gerektiğini vurgulayarak Yüksek Mahkeme'ye başvurmuştur.

Bölge Mahkemesi Pákozdi'nin savunmasını kabul etmesine karşın, 12 Nisan 2007 tarihinde, üç hakimli bir heyete sahip olan Yüksek Mahkeme, sözlü bir duruşma gerçekleştirilmesiz, Pákozdi'nin babasının kendisine kişisel kredi verdiğini kanıtlayan herhangi bir belge, transfer kaydı vd benzeri destekleyici delil niteliğinde belgeler olmadığından dolayı babanın ifadelerinin kabul edilemez olduğu gerekçesiyle Bölge Mahkemesi'nin kararını bozmuştur. Yüksek Mahkeme Pákozdi ve babasının güvenilir kanıtlar sunmadıklarını, ispat külfetinin onlarda bulunduğunu ve yaptıkları işlemlere karşı mantıklı bir açıklama getiremediklerini belirtmiştir. Bu karar 21 Mayıs 2007 tarihinde başvuru sahibine tebliğ edilmiştir. Bu karara karşı başka bir yargı yolu bulunmamaktadır.

## II.II. İlgili İç Hukuk

Bahsi geçen dönemde Macaristan'da, yürürlükte olduğu şekliyle, Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunu Bölüm 274 :

“(1) Taraflardan biri, Yüksek Mahkeme'den bir duruşma yapılmasını talep etmedikçe ya da Yüksek Mahkeme duruşma yapmayı gerekli görmedikçe inceleme dilekçeleri hakkında kararlar, Yüksek Mahkeme tarafından herhangi bir duruşma yapılmadan karara bağlanır ...”

Bahsi geçen dönemde yürürlükte olduğu şekliyle Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu Bölüm 275:

“(1) İnceleme işlemlerinde, kanıt alınmayacaktır. Yüksek Mahkeme, inceleme dilekçesi hakkındaki kararını, kendisine sunulmuş olan belgelere dayanarak verecektir.

(2) Yüksek Mahkeme, dilekçenin sınırları dahilinde inceleme yaparak nihai ve bağlayıcı bir karar verecektir ...

(4) Kararın hukuka aykırı olması durumunda ... Yüksek Mahkeme, kısmen ya da tamamen kararı bozacaktır ve [yeni bir] karar vermek için gerekli olan gerçekler tespit edilebilirse, yasalara uygun olan yeni bir karar verecektir; aksi takdirde, davayı birinci ya da ikinci derece mahkemeye gönderecektir ...”

Vergilendirme Kuralları hakkındaki 2003 tarihli Kanun no. XCII, şunları öngörmektedir:

Vergi cezası Bölüm 170

“(1) Vadesi geçmiş bir vergi borcu, bir vergi cezası ile cezalandırılır. İşbu kanun tahtında aksi belirtilmedikçe, vergi cezası, vadesi geçmiş vergi borcunun yüzde 50'sine

tekabül edecektir. Vergi cezası, hasılatın saklanması, makbuzların, defterlerin veya kayıtların tahrif veya tahribatı ile ilgili olarak ortaya çıkmışsa, vadesi geçmiş vergi borcu tutarının yüzde 200'ü olacaktır.

Bölüm 171

“(3) Vergi cezasının verilmesi, ek temerrüt vergisine ilişkin ödeme yükümlülüğünü etkilemeyecektir.”

### **II.III. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiği İddiası**

Bayan İldiko Pákozdi 21 Kasım 2007 tarihinde 51269/07 numaralı başvuru ile Macaristan Devleti'ne karşı, kendisine ek vergi yüklenen işlemlerde yerel mahkemelerde adil bir duruşma yapılmadığı iddiasıyla İHAM'a başvurmuştur.

### **II.IV. Kabul Edilebilirlik**

Dava ile ilgili olarak, Macaristan Hükümet'i ek vergi tahsil edilmesinin cezai bir suç isnadı olmadığını ileri sürmüştür. Macar yasal sistemince ek vergilerin idare hukukuna ait olduğunu ve herhangi bir sabıka kaydı oluşturmadığını belirtmiştir. İkinci olarak yüzde 50 oranı kadar uygulanan ek verginin önemli bir seviyede olmadığını ifade etmiştir. Başvuru sahibi ise kendisine tarh edilen ek vergilerin adil yargılanma hakkı çerçevesinde “cezai bir suç” teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Kendisine uygulanan cezanın yüksek olduğunu belirtmiştir.

Buradaki mesele bu davanın “cezai” olup olmadığı ve bu kapsamda adil yargılanma hakkı ile ilgili garantilere sahip olup olmaması ile ilgilidir. İHAM içtihadı adil yargılanma hakkı ile ilgili olarak bir suçun cezai suç olup olmadığının belirlenmesinde üç kriteri göz önünde bulundurmaktadır. İlk kriter ulusal hukukta suçun yasal sınıflandırmasıdır. İkincisi suçun niteliği, üçüncüsü ise cezanın niteliği ve ağırlığıdır. Suç ulusal hukukta cezai alanda değerlendirilmediğinde, diğer iki kriter gereğince belirlenmektedir. Son iki kriterin aynı anda gerçekleşmesi gerekmemekte, birinin mevcudiyeti yeterli olmaktadır.

Mahkemenin görüşüne göre, ilk kriter açısından değerlendirildiğinde, Macar hukukunda ek vergiler cezai suçlar olarak değil, sabıka kaydı oluşturmayan idari yaptırımlar olarak sınıflandırılmaktadır. Bunun sonucu olarak ek vergilerin iç hukuk açısından ceza hukukuna ait olduklarından bahsedilemez ancak bu görüş de kesin değildir. İkinci kriter açısından değerlendirildiğinde ek vergilerin hasarlara yönelik maddi bir telafi amacıyla değil, yeniden suç işlenmesini caydırmak amacıyla, verildiği açıktır. Üçüncü kriter açısından değerlendirildiğinde, vergi dairesince uygulanan ek vergiler azımsanmayacak derecededir. Mahkeme sonuç olarak başvuru sahibinin cezai bir suçla suçlandığı yönünde karar almış ve davayı kabul edilebilir ilan etmiştir.

### **II.V. Davanın Esası**

-Tarafların İddiaları

-Macar Hükümeti'nin iddiaları

Macar Hükümeti, İHAS madde 6 da yer alan adil yargılanma hakkı kuralının bu davaya uygulanacağı kabul edilse bile, madde 6/1 e göre kamuya açık bir duruşma yapılmasının yükümlülüğünün kesin bir yükümlülük olmadığı görüşünü savunmuştur. Hükümet mevcut davada da bir duruşma yapılmasının gerekli olmadığı ve var olduğu düşünülen suçun dar anlamda ceza hukukunun kapsamına girmediği görüşünü savunmuştur. Ayrıca davanın yazılı belgelerin ibrazıyla çözülemeyecek bir dava olmadığını ve bir duruşma yapılmasının başvuru sahibinin savunmasına yeni bir unsur ekleyemeyeceğini belirtmiştir. Macar Hükümeti Yüksek Mahkeme'nin kararının gerçeklerin belirlenmesi ile ilgili olmadığını sadece hukuk sorunları ile ilgili olduğunu belirtmiştir. Son olarak hükümet başvuru sahibinin aslında hakkı olmasına rağmen duruşma talebinde bulunmadığını vurgulamıştır.

#### -Başvuru sahibinin iddiaları

Başvuru sahibi, davasının İHAS 6. Maddede yer alan adil yargılanma hakkındaki usul garantilerinden yararlandırılması gerektiğini belirtmiştir. Davasını idari bir ihtilaf olarak sınıflandıran yetkililerin kendisini cezai işlemlere uygulanan adil yargılanma haklarından mahrum bıraktıklarını belirtmiştir.

Ayrıca Yüksek Mahkeme'nin dava ile ilgili kilit kanıtları değerlendirirken kanunlara aykırı hareket ettiğini, daha fazla kanıt gerek varsa eğer burada atılacak doğru adımı davayı daha düşük dereceli bir mahkemeye göndermek olduğunu iddia etmiştir. Başvuru sahibi Yüksek Mahkeme'nin kararından önce, Yüksek Mahkeme'nin, babasının ifadesini dikkate almaması riskinin olduğunu, kanıtı yeniden değerlendirme riski olduğunu ve bu nedenlerle sözlü bir duruşma talep etmeye ihtiyacının olacağını öğrenme fırsatı olmadığını iddia etmiştir.

#### İHAM'ın Görüşü

İHAM, başvuru sahibinin Yüksek Mahkeme'den bir duruşma yapılmasını talep etmemesi nedeniyle öncelikle, başvuru sahibinin duruşma hakkından feragat edip etmediğini değerlendirmiştir. İHAM, Yüksek Mahkeme'nin bu davanın koşullarında yeni bir duruşma gerekip gerekmediğini incelemeyi ve başvuru sahibinin de davasının incelenmesinin kanıtları yeniden değerlendirme hakkı doğuracağını farkında olmadığını belirtmiştir.

İHAM, mevcut davada Yüksek Mahkeme'nin kararının esas olarak babanın ifadesine atfedilen ispat değerinin yeniden değerlendirilmesine dayandırıldığını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme babası tarafından yapılan başvuru sahibinin gelirinin kaynağına ilişkin açıklamanın mantıksız ve yetersiz olduğunu öngörmüş ve bu nedenle başvuru sahibinin vergi beyannamesinde belirtilen geliri ile vergi yetkililerince tahmin edilen vergilendirilebilir miktar arasındaki farka ilişkin güvenilir bir kanıt sunmadığı kararına varmıştır.

İHAM, Yüksek Mahkeme'nin, başvuru sahibi ilgili iddialarını Yüksek Mahkeme'ye bir beyanname ile iletmış olsa bile, babanın beyanının inandırıcılığı dava için önemli olduğundan, çapraz sorguda başvuru sahibinin sözlü açıklamalarından, baba hakkında edinilecek kişisel izlenimden yararlanması gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme'nin bu kanıtı reddetmesinin ana nedeni benzer işlemlerde yaygın olan başka bir belgesel kanıtın olmamasıdır. Ancak mahkeme elinde mevcut olan bilgiler ışığında bu davada resmi kanıt kuralları uygulanmadığı ve mahkemelerin her türlü kanıtı kabul etme özgürlüğüne sahip olduğunun gözükmesi nedeniyle savunmanın haklarını tam anlamıyla kullanabilmesini sağlamak amacıyla adil yargılanma hususunda başvuru sahibi ve muhtemelen babasının istediği duruşmanın yapılmasını sağlaması gerekirdi.

İHAM ispat yükümlülüğü tersine çevrildiğinden ve suçlanan kişiye yüklendiğinden sürecin adil işleminin sağlanması için özel bir özen gerektiğini ve bir duruşma yapılması gerektiğini düşünmektedir. Yüksek Mahkeme incelemesinde sadece hukuki meseleleri ele almamış esası incelemiştir. Alt mahkemenin kanıtları doğru şekilde değerlendirip değerlendirmedeğini incelemiştir. Bu sırada başvuru sahibine davanın sonucunda önemli etkisi olduğu düşünülen iddialarını şahsen sunması için makul bir fırsat vermemiştir. Sonuç olarak mahkeme süreçte sözlü bir duruşma yapılmaksızın davanın esası hakkında verilen kararın, adil yargılanma gereksinimlerini karşılamadığı görüşündedir. Bunun sonucunda madde 6/1 in ihlal edildiği kararına varmıştır.

## II.VI. İHAS'ın 41. Maddesinin Uygulanması

İHAS'ın 41. maddesine göre: "Mahkemenin sözleşme ya da protokollerin ihlal edildiği kararına varması ve ilgili taraf devletin iç hukukunun sadece kısmi telafinin yapılmasına izin vermesi halinde Mahkeme gerekirse zarar gören tarafa bu telafiyi verebilir." Bu maddeye istinaden başvuru sahibi parasal zararları, masraf ve maliyetleri ve ödediği faizlerin kendisine ödenmesini talep etmiştir.

Başvuru sahibi parasal zararı konusunda 125.460 euro talebinde bulunmuştur. Bu tutar başvuru sahibine yüklenen ek vergilere ve faiz oranlarına tekabül etmektedir. Ayrıca manevi zararlarına ilişkin 300.000 euro tutarında talepte bulunmuştur. Başvuru sahibi ayrıca iç işlemler ve Mahkeme nezdindeki işlemler için harcanan masraflar için toplamda 4700 euro talepte bulunmuştur. Hükümet bu taleplere itiraz etmiştir.

İHAM ihlal edilen hak ve iddia edilen maddi kayıp arasında herhangi bir sebep sonuç ilişkisi görmemiştir. Aynı zamanda Yüksek Mahkeme nezdinde bir duruşma yapılmış olması halinde davanın sonucunun ne olacağı konusunda spekülasyonda bulunamayacağını belirtmiş bu nedenle talep edilen miktarı reddetmiştir.

Mahkeme'nin içtihadına göre bir başvuru sahibi ancak bu masraf ve giderlerin fiilen ve gereken şekilde tahakkuk ettiği ve meblağ açısından makul olduğu gösterildiği durumlarda masraf ve giderlerin tazminine hak kazanacaktır. Mevcut davada elinde mevcut olan belgeler ve yukarıdaki kriterler göz önünde bulundurulduğunda mahkeme tahakkuk eden tüm masraflar için 2000 euro tazminatın makul olduğu görüşündedir.

Mahkeme temerrüt faiz oranının Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borç verme oranına %3 puan ekleyerek belirlenmesinin uygun olduğu görüşündedir.

Bu nedenlerden dolayı mahkeme ;

- Oy birliği ile başvurunun kabul edilebilir olduğunu ilan etmektedir
- Beşe karşı iki oyla sözleşme madde 6/1'in ihlal edildiğini belirtmektedir
- Beşe karşı iki oyla

(a) davalı devletin başvuru sahibine, sözleşme madde 44/2 uyarınca kararın kesinleştiiği tarihten itibaren üç ay içerisinde uzlaşma tarihinde geçerli olan kur üzerinden Macaristan forintine çevrilecek olan aşığıdaki tutarları ödemesine karar vermiştir:

- Manevi hasarlara ilişkin olarak 7.500 euro artı yüklenebilecek olan vergiler
- Masraf ve maliyetlere ilişkin olarak 2.000 euro artı başvuru sahibine tahakkuk ettirilebilecek vergiler

(b) yukarıda bahsi geçen üç aylık sürenin dolmasından sonra temerrüt süresi boyunca Avrupa Merkez Bankasının marjinal borç verme oranına %3 artı faiz eklenerek ödenmesine karar verilmiştir.

Başvuru sahibinin adil tazminat iddiasının geri kalanını oy birliği ile reddetmiştir.

## SONUÇ

Bu çalışmada, idari vergi ceza davalarında, duruşma yapılmasının gerekli olup olmadığı sorusu, bu konuda İHAM'ın Pákozdi davasında verdiği karar ışığında incelenmiştir.

Temelde gerek Türk hukukunda gerekse uluslararası hukukta kamuya açık yargılama ve duruşma yapılması güvence altına alınmıştır. Buna rağmen İHAM Jussila v. Finland (2006) kararında idari vergi ceza davalarında duruşma yapılmasının şart olmadığı, idari para cezalarının katı bir uygulama gerektirmediği ve duruşmasız yargılamaların da yapılabileceği belirtilmiştir.

Bu çalışmada incelediğimiz Pákozdi v Hungary (2014) davasının sonucunda ise, İHAM farklı bir kararla, daha önceki içtihadından değişik bir karar vermiş ve duruşmada kanıtların inandırıcılığı ve güvenilirliği belirleyici olduğunda duruşma yapılmasının genellikle uygun olacağı belirtilmiştir.

İHAM öncelikle kabul edilebilirlik değerlendirilmesinde Bayan Pákozdiye verilen vergi cezalarının tekrar suç işlenmesinin önlenmesine yönelik olduğunu ve azımsanmayacak derecede yüksek olduğunu kabul ederek Pákozdi'nin cezai bir suçla suçlandığını kabul etmiş ve davayı adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmek üzere kabul etmiştir. Bu kabul Mahkeme'nin eski içtihatlarıyla da uyumludur. Mükelleflerin verginin aslına değil ama cezalarına ilişkin davalarda İHAM'a adil yargılanmadıkları iddiası ile başvurabilecekleri artık yerleşiklik kazanmıştır.

Mahkeme daha sonra Pákozdi'nin aslında hakkı olmasına rağmen Yüksek Mahkeme'den bir duruşma talep etmemesi konusunda, Yüksek Mahkeme'nin bu davanın koşullarında yeni bir duruşma gerekip gerekmediğini incelememesi ve başvuru sahibinin de davasının yeniden değerlendirme hakkı doğuracağıının farkında olmadığı gerekçeleriyle Pákozdiyi haklı bulmuştur. Mahkeme davacıya bir ispat yükümlülüğü getirildiğinden, sürecin adil işlenmesi için, iddialarını şahsen sunması için makul bir fırsat verilmediği

gerekçesiyle İHAS madde 6/1 de korunan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Türkiye’de idari vergi ceza davalarında, tarafların duruşma için özel bir talebi olmadıkça ya da mahkemenin gerekli gördüğü haller dışında, dosya üzerinden yazılı yargılama esas usuldür. Duruşma yapılabilmesi ile ilgili kurallar İYUK madde 17/1 de belirlenmiştir. Bu kurallar incelendiğinde bir vergi davasında duruşma yapılabilmesi için konulan 25.000 TL parasal sınırın mükellefin duruşma talep etme hakkını engellediği görülmektedir. Temyiz ve istinaflarda ise duruşma yapılabilmesi tarafların istemine ve Danıştay veya ilgili Bölge İdare Mahkemesi kararına bağlanarak daha da zorlaştırılmıştır.

Türk Hukukunda vergi aslına ve vergi kabahatlerine verilen cezalara ilişkin davalar aynı mahkemede yargılanmakta bu nedenle mükellefin adil yargılanmadığı ilgili bir şikayette konuyu İHAM’a taşımasında bir sorun çıkmamaktadır. Bu nedenle İHAM’ın verdiği Pákozdi v. Hungary (2014) kararından sonra, idari vergi ceza davalarında duruşma yapılabilmesi ile ilgili kuralların yeniden değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

---

#### KAYNAKÇA

---

- BAKER, Philip, **Some Recent Decisions of the European Court of Human Rights on Tax Matters** [https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Journal-Articles/European-Taxation/collections/et\\_2015\\_2\\_3\\_int\\_1.html](https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Journal-Articles/European-Taxation/collections/et_2015_2_3_int_1.html) (erişim Tarihi:17 Ağustos 2017)
- BROYELLE, Camille, **Contentieux Administratif**, LGDJ-Lextenso ed., Paris,2011,s.218
- CANDAN, Turgut **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 3.Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s.572
- CHAPUS, René **Droit du Contentieux Administratif**, 13.Basım, Montchrestien, Paris, 2008, s.835
- European Court of Human Rights **Case of Pákozdi v. Hungary**, 2014, Application no:5126907 Strasbourg
- European Court of Human Rights **Case of Jussila v. Finland**, 2006, Application no:73053/01Strasbourg
- European Court of Human Rights **Case of Bendenoun v. France**, 1994, Application no: 12547/86 Strasbourg
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, 2005, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması** 6. Baskı, Ankara Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s.327
- KAPLAN, Gürsel “İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2014, Cilt:13, Sayı:1, (s.33-46)
- ONAR, Sami S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3.Baskı, Cilt 3, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s.1984-1986
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay “Vergi Hukuku ve Yargılamasına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanabilirliği:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bir Analiz” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 2015, 20, (s.139)
- YALTI, Billur “İdari Vergi Cezası Davalarında Duruşmasız Yargılanma:İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatlarında Bendenoun Kriterlerinden Jussila Kriterlerine” **Vergi Sorunları Dergisi**, Yıl:2007, 225, (s.7)

# Türk Vergi Ceza Hukukunda *Ne Bis In Idem* İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararlardan Lucky Dev Davası

Hakemli Makale

**Ayşe Nil TOSUN**

Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümü Mali Hukuk Anabilim Dalı

---

## İÇİNDEKİLER

---

GİRİŞ .....	97
I. LUCKY DEV DAVASI .....	97
I.I.İsveç İç Hukukunda Alınan Kararların Özeti .....	97
I.II.Bayan Dev'in Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvurusu .....	98
I.III.NE BİS İN İDEM İLKESİNİN TANIMI ve AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN İÇTİHADINDAKİ DEĞİŞİM .....	99
II. TÜRK HUKUKUNDA NE BİS İN İDEM İLKESİ .....	100
II.I.TÜRK VERGİ HUKUKUNDA VERİLEN CEZALAR VE BU CEZALARIN NE BİS İN İDEM İLKESİ İLE UYGUNLUĞU AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME .....	101
III. SONUÇ .....	102
KAYNAKÇA .....	104

---

## ÖZET

---

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vergi kabahat ve suçlarının yargılanması ve cezalandırılması konularında yaklaşımını değiştirmiştir. Aynı fiilden kaynaklanan vergi kabahat ve suçlarında yargılamanın iki farklı yargı kolunda yürütülmesi sonucu davaların farklı zamanlarda sonuçlanması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de korunan temel bir hukuk ilkesi olan *ne bis in idem* ilkesine aykırı bulunmuştur. Bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği yeni kararlardan Bayan Lucky Dev'in davası incelenmiştir. Bu davanın ışığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vergi yargılaması ve cezaları konusunda değişen yaklaşımı ele alınmış ve Türk Vergi Ceza Hukukunun vergi kabahatleri ve suçlarına ilişkin hükümlerinin *ne bis in idem* ilkesine uygun yönleri ve aykırılıkları ortaya konulmuştur.

### Anahtar Kelimeler

İnsan Hakları, Lucky Dev Davası, Vergi Ceza Hukuku, Ne Bis in İdem Prensibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

---

## ABSTRACT

---

### Ne Bis In Idem Principle in Turkish Tax Criminal Law: An Example from ECHR Judgements Lucky Dev Case

European Court of Human Rights changed its approach on the issue of judgement and punishment of the tax misdemeanors and crimes. Conclusions of the cases in different times, as a result of the trials carried out in two different branches of judiciary in the misdemeanors and crimes arising from the same action, has been found contrary to the principle of *ne bis in idem*, a basic law principle protected in European Convention on Human Rights. In this study Ms. Lucky Dev's case, one of the recent decisions given by the European Court of Human Rights, has been examined. In the light of this case, the changing approach of the European Court of Human Rights to the field of tax prosecution and punishment have been taken into consideration and provisions of Turkish tax criminal law regarding tax offences and crimes that comply with or contradict the *ne bis in idem* principle set forth.

### Keywords

Human Rights, The Case of Lucky Dev, Tax Criminal Law, Ne Bis in İdem Principle, European Court of Human Rights



## GİRİŞ

Vergi mükelleflerinin vergi ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmemelerinin ya da hatalı işlemler yapmalarının birçok sonucu ortaya çıkabilmektedir. Vergi mükellefleri ödeyecekleri verginin çok daha fazlasını cezalar ve faizler ile birlikte ödemek zorunda kalabilmekte ve aynı zamanda hapis cezası alabilmektedirler. Mükellefler aynı fiil ve aynı olaylar zinciri nedeniyle iki farklı yargı kolunda yargılanabilmektedirler. Bu durum bazı olaylarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7 no lu protokolünün 4. maddesinde yer alan, literatürde de *ne bis in idem* (ya da non bis in idem) ilkesi olarak bilinen<sup>1</sup>: “Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümlerle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devlet yargısal mercilerince yargılamaz ve cezalandırılmaz” hükmünü ihlal etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde açıkça yer alan *ne bis in idem* ilkesinin varlığına rağmen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu konudaki yaklaşımını değiştirmeden önceki dönemlerde, birçok kişinin konu ile ilgili birçok başvurularını kabul edilemez bulmuştur. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi son yıllarda verdiği kararlarda bu konudaki yaklaşımını değiştirmiş ve eskisinden farklı kararlar vermeye başlamıştır<sup>2</sup>.

Bu çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın ilk kısmında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vergi hukuku alanında verdiği son kararlardan Bayan Lucky Dev’in davası incelenmiştir. Bu davanın ışığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vergi yargılaması ve cezaları konusunda değişen yaklaşımı ele alınmıştır. Çalışmanın ikinci kısmında ise Türk Vergi Ceza Hukukunun vergi kabahatleri ve suçlarına ilişkin hükümlerinin *ne bis in idem* ilkesine uygun yönleri ve aykırılıkları ortaya konulmuştur. Ne bis in idem ilkesi Türk hukuku açısından yeni bir ilke değildir. Türkiye’de de hem ceza kanunlarında da hem de diğer bazı kanunlarda yer alan, çok eski bir hukuk ilkesidir. Bununla birlikte bu ilkeye uygun olmayan birçok hukuk normunun da vergi kanunlarımızda yer aldığı bilinmektedir.

## I. LUCKY DEV DAVASI<sup>3</sup>

### I.1. İsveç İç Hukukunda Alınan Kararların Özeti

Bayan Dev İsveç’te eşiyile birlikte iki lokanta işletmektedir. Vergi idaresinin açtığı bir soruşturma sonucu 1 Haziran 2004 tarihinde İsveç Vergi Kurumu Bayan Dev’in vergi beyannamesinde tüm gelirlerini beyan etmediği, beyanını doğru bir şekilde yapmadığı ve hatalı muhasebe uyguladığı gerekçeleriyle 2002 yılı için Gelir Vergisi ve Katma Değer Vergisi ödeme yükümlülüklerini arttırmıştır. Bayan Dev İdare mahkemesi ve Temyiz Mahkemesi aracılığı ile bu borçlara itiraz etmiştir. Bu sırada 5 Ağustos 2005’te ağırlaştırılmış vergi suçu ve ağırlaştırılmış muhasebe suçları gerekçeleriyle Bayan Dev aleyhine ceza davası açılmıştır. 16 Aralık 2008 de Stockholm Bölge Mahkemesi Bayan

1 İlke literatürde “ne bis in idem” ilkesi ya da “non bis in idem” ilkesi olarak kullanılmaktadır. Bu çalışmada kavram ne bis in idem olarak kullanılmıştır

2 BAKER, Philip “Some Recent Decisions of the European Court of Human Rights on Tax Matters” European Taxation, Yıl:2015, 55 (2/3) s.107

3 ECtHR,27 Nov2014 Başvuru no:7356/10 Lucky Dev v. Sweden

Dev'in işletmenin düzgün bir şekilde işletilmesi konusunda eşine ve muhasebecilerine güvendiği ve işlenen suçtan haberi olmadığı iddia etmesini göz ardı etmemiş ve kendisini ağırlaştırılmış vergi suçundan beraat ettirmiştir. Bununla birlikte mahkeme Bayan Dev'i ağırlaştırılmış muhasebe suçundan mahkum etmiş ve tecil edilmiş bir ceza ile 160 saatlik kamu hizmeti cezası vermiştir. Bayan Dev bu karara itiraz etmemiş ve karar 8 Ocak 2009 da bağlayıcı hale gelmiştir. Mahkeme lokanta işletmesinin muhasebesini ciddi oranda yetersiz olduğunu belirtmiş, Bayan Dev ile eşini, kendilerine önemli miktarda kâr sağlayacak şekilde kazançlarını ve katma değer vergisini muhasebeleştirilmekten sorumlu tutmuştur. Bayan Dev'in vergi kurumuna vergi değerlendirilmesinde baz alınacak güvenilir malzemeler vermek yerine vergi beyannamesini destekler nitelikte yanlış muhasebe materyali ibraz etmesi ve başka güvenilir belgeler vermemesi muhasebe suçuna ilişkin mahkumiyette önemli bir unsur olmuştur.

### I.II. Bayan Dev'in Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvurusu

Bayan Dev söz konusu davalarda çifte yargılandırıldığı ve cezalandırıldığı ve bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7 numaralı protokolünün 4. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme oy birliği ile Bayan Dev'in davasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7 numaralı protokolünün 4. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme Bayan Dev'in aleyhindeki ceza soruşturmasının sonuçlanıp kesinlik kazanmasına rağmen diğer aleyhteki vergi soruşturmaları sonlandırılmadığından ve ek vergi kararları bozulmadığından Bayan Dev'in zaten beraat ettiği bir vergi suçu için tekrar yargılandığına karar vermiştir. Bayan Dev ile ilgili süreç aşağıdaki gibidir.

**Tablo 1:** Bayan Dev ile ilgili davalar ve sonuçları

	<b>Davaların sonuçlandığı tarih</b>	<b>Mahkemenin Kararı</b>	<b>Davaların görüldüğü mahkemeler</b>
<b>Ek vergiler ile ilgili görülen davalar</b>	Davanın başlama tarihi:1Haziran 2004 Davanın sonuçlandığı tarih:20 Ekim 2009	Mahkeme Bayan Dev'in itirazlarını reddetmiş	İdare mahkemesi/ Temyiz mahkemesi
<b>Ağırlaştırılmış vergi suçu ile ilgili davalar</b>	Davanın başlama tarihi: 5 Ağustos 2005 Davanın sonuçlandığı tarih : 8 Ocak 2009	Mahkeme Bayan Dev'i beraat ettirmiş	Stockholm Bölge mahkemesi
<b>Ağırlaştırılmış muhasebe suçu ile ilgili davalar</b>	Davanın başlama tarihi :5 Ağustos 2005 Davanın sonuçlandığı tarih :8 Ocak 2009	Mahkeme Bayan Dev'i mahkum ettirmiştir	Stockholm Bölge mahkemesi

Yukarıdaki tablodan da daha net görülebileceği gibi Bayan Dev'in davası 1 Haziran 2004 tarihinde başlayan ve 20 Ekim 2009 tarihinde sonlanan vergi davası ile 5 Ağustos 2005 tarihinde başlayıp 8 Ocak 2009 tarihinde sonlanan ceza davasından oluşan 2 paralel ve ayrı soruşturmadan oluşmuştur. Davalar farklı merciler ve farklı mahkemeler tarafından görülmekte ise de temelde bir vergi beyannamesinde verilen aynı bilgilerden kaynaklanmaktadır. Başka bir deyişle sonuç itibariyle ağırlaştırılmış vergi ve muhasebe suçlarının yargılanmaları ve cezaları ile ek vergiler ile ilgili yargılama ve cezalar temelde aynı olaylar dizisinden kaynaklanmıştır. Bu nedenle Bayan Dev'in aleyhindeki ceza davasının sonuçlanıp kesinlik kazanmasına rağmen diğer aleyhteki vergi soruşturmalarının sonlandırılmaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini Bayan Dev'in zaten beraat ettiği bir vergi suçu için tekrar yargılandığı kararına götürmüştür.

### I.III. *Ne Bis In Idem* İlkesinin Tanımı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İçtihadındaki Değişim

*Ne Bis In Idem* ilkesi birçok ülkenin hukuk sisteminde var olan oldukça eski bir ilkedir. Bu ilke bireylerin idareye karşı haklarını koruyan temel bir koruma mekanizmasıdır<sup>4</sup>. Bu ilkeye göre kişi tek bir fiili ile mükerrer yargılama ve cezalandırmaya tabi tutulamamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de *ne bis in idem* ilkesi kabul edilmiş ve "Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümlerle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devlet yargısal mercilerince yargılanamaz ve cezalandırılmaz" hükmü<sup>5</sup> konulmuştur. Bu hükme karşın birçok ülkede Türkiye'de de olduğu gibi aynı kişi tek fiili ile hem vergi kabahati hem de vergi suçu işlediğinde hem hapis hem de para cezası alabilmekte iki ayrı yargı kolunda farklı dönemler itibariyle yargılanabilmektedir<sup>6-7</sup>. Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yaklaşımını değiştirmeden önceki dönemlerde, vergi kaçakçılığı cezasından hem adli para hem de hapis cezasına çarptırılan birçok kişinin başvurusunu kabul edilemez bulmuştur. Söz konusu kararlarda bu yaklaşım vergi kaçakçılığı suçunun kurucu unsurlarının diğer mali suçların kurucu unsurlarının farklı olmaları, zaman ve konu itibariyle farklılaşması aynı fiilden kaynaklanmaması gibi gerekçelerdir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vergi ile ilgili olmayan Zolotukhin kararında<sup>8</sup> suçların aynı suç olarak belirlenmesine ilişkin kriterler geliştirilmiştir. Zolotukhin kararında geliştirilen kriterlere göre, aynı sanıkla ilgili zaman ve yer bakımından birbirine ayrılmaz bir biçimde bağlı bir dizi olgusal konuları içeren olaya

4 BERNARD, Diane "Ne Bis in Idem-Protector of Defendants Rights or Jurisdictional Pointsman" **JInt Criminal Justice**, Yıl:2011, 9(4), DOI:<https://doi.org/10.1093/jicy/mqr018> s.863

5 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 22,11,1984 tarihli 7 numaralı protokolünün 4. maddesi

6 RADVAN, Michal and SCHWEİGL, Johan, "Penalties in Tax Law in Light of the Principle Ne Bis in Idem" . Etel, L., Poplawski, M.. **Tax Codes Concepts in the Countries of Central and Eastern Europe**. ed. Bialystok: Temida, Yıl: 2016. p. 399 ISBN 978-83-62813-88-9

7 NİTA, Adam., SWIATLOWSKI, Andrej "Administrative versus penal sanctions in polish tax law-the dual system or two systems?" . : , 342.147, 2016 s.208.

8 Sergey Zolotukhin v.Russia 10.2.2009

odaklanılmalıdır. Zolotukhin kararında geliştirilen kriterler sonrasında vergi ile ilgili olarak açılan Glantz davasında<sup>9</sup> mahkeme, Zolotukhin kriterlerini uygulamış ve başvuruca yüklenilen suçların aynı olup olmadığını olayda kesin hüküm olup olmadığını ve çifte yargılama olup olmadığını değerlendirmiştir<sup>10-11</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Glantz kararında da, bizim inceleyeceğimiz Bayan Dev davasındaki kararına benzer şekilde iki paralel ve ayrı yargılamanın yapılmış olmasını *ne bis in idem* ilkesinin ihlali oluşturduğuna karar vermiştir.

## II. TÜRK HUKUKUNDA NE BIS IN IDEM İLKESİ

Türk hukukunda *ne bis in idem* ilkesi yeni bir ilke değildir. Birçok kanunda yer bulmaktadır. Örneğin, 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu 172. maddesinin 2. Fıkrasında: *"kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça aynı fiilden dolayı ceza açılmaz"* hükmü yine 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu 223. maddesinin 2. Fıkrasında: *"Aynı fiil nedeniyle aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir"* hükmü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 44. maddesinde: *"İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır"* hükmü yer almaktadır. Bu maddelerden de anlaşılacağı gibi Türk Ceza Kanunları *ne bis in idem* ilkesini benimsemiştir<sup>12</sup>.

Benzer şekilde Kabahatler Kanununun 15. maddesinin birinci fıkrasında: *"Bir fiil ile birden fazla kabahat işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idari para cezası öngörülmüşse en ağır idari para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idari para cezasından başka idari yaptırımlar da öngörülmüş ise bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir,"* ikinci fıkrasında: *"Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idari para cezası verilir, Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde bu nedenle idari yaptırım kararı verilinceye kadar fiil tek sayılır"* üçüncü fıkrasında: *"Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır"* hükümleri yer almıştır. Görüldüğü gibi Kabahatler Kanununda da *ne bis in idem* ilkesi büyük ölçüde dikkate alınmaktadır<sup>13</sup>.

Konu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından da değerlendirildiğinde, Türkiye Sözleşmesinin Ek 7 no lu protokolünü 14 Mart 1985 tarihinde imzaladığı protokolün onaylanmasının uygun bulunduğu kanunun ise 25 Mart 2016 tarih ve 29664

9 Glantz v.Finland 20.05.2014

10 YALTI, Billur "İHAM'ın Glantz Kararının Ardından:Kaçakçılıkta Para Cezası ve Hapis Cezası Uygulamasının Non Bis in İdem İlkesine Aykırılığı Üzerine" **Vergi Sorunları Dergisi**, Yıl:2015, 317, s.85

11 **ÖDEN, Beğüm Dilemre "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Hapis Cezası Kalktı mı? Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Yıl:2015, sayı:136 s.108.

12 GEÇER, Ahmet E. "Vergi Ceza Hukukunda Non-Bis in İdem İlkesi" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2016, 65(2), s.315.

13 GEÇER, Ahmet E. a.g.e. s.315

sayılı Resmî Gazete’de yayımlandığı görülmektedir. Protokol diğer süreçlerin de tamamlanması ile birlikte 1 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

### **II.1. Türk Vergi Hukukunda Verilen Cezalar ve Bu Cezaların *Ne Bis In Idem* İlkesi İle Uygunluğu Açısından Bir Değerlendirme**

Türk Vergi Siteminde Vergi Hukukuna aykırı fiillere verilen cezalar genel olarak Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenmiştir. Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenen vergi cezaları; vergi ziyai cezası, usulsüzlük cezaları (I.Derece Usulsüzlük, II. Derece Usulsüzlük, Özel Usulsüzlük), kaçakçılık suçları, vergi mahremiyetini ihlal edenlere ve mükellefin özel işlerini yapan memurlara uygulanacak cezalar olarak ayrıma tabi tutulmaktadır. Söz konusu hukuka aykırı fiillerin vergi ziyai ve usulsüzlüklerden oluşan kısmının cezalandırılması vergi idaresi tarafından yapılmaktadır. Öğretide bu fiillere kabahat de denilmektedir. Kabahat niteliğindeki bu fiillerin cezaları da mali niteliktedir.

Kaçakçılık, vergi mahremiyetini ihlal ve mükellefin özel işlerinin yapma suçlarının vergi kabahatlerinden farklı olarak hürriyeti bağlayıcı ceza ve adli para cezası şeklindedir. Vergi suçlarının soruşturması Cumhuriyet Savcılığınca kovuşturulması ise ceza mahkemeleri, tarafından gerçekleştirilmektedir.

Vergi Hukukunda çoğu kez ortada tek bir fiil bulunmasına karşın mükelleflerin birçok ve farklı kanun maddesini ihlal etmesi durumuyla karşılaşmaktadır. Bu arada mükellefin hangi suçtan ne şekilde cezalandırılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bir fiil zaman zaman birden fazla vergi kabahatine yol açabilmekte ya da hem vergi kabahati hem de vergi suçu olarak nitelendirilebilmektedir. Vergi kabahat ve suçları *ne bis in idem* ilkesi açısından değerlendirildiğinde bir kişi tek fiili ile birden fazla cezaya muhatap kaldığında Türk Vergi Hukuku’ndaki bazı uygulamalar tartışılmaya başlanmıştır<sup>14-15-16-17</sup>. Aşağıdaki tabloda aynı kişi tek fiil ile birden fazla cezaya muhatap kaldığında karşı karşıya kaldığı cezalar ve bu cezaların ne bis in idem ilkesi ile uyumluluğu gösterilmiştir:

14 BİLİCİ, Nurettin., YAVAŞLAR, B.Funda “Non Bis in Idem ve Yasalılık İlkesi” Prof.Dr.Şükür Kızılot’a Armağan, Ed.Nevzat Saygılıoğlu, Ankara,2014,s.49

15 GEÇER, Ahmet E. a.g.e. s.315

16 ÖDEN, Beğüm Dilemre “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Hapis Cezası Kalktı mı? Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Yıl:2015, sayı:136 s.108

17 YALTI, Billur a.g.e. s.85

**Tablo 2:** Aynı kişi tek fiil ile birden fazla cezaya muhatap kaldığında karşı karşıya kaldığı cezalar ve bu cezaların ne bis in idem ilkesi ile uyumluluğu

Kişinin aynı fiili sonucu ortaya çıkan suç ve/veya kabahatler	Uygulanacak Ceza	İlgili Kanun Maddesi	Yargılamanın bir ya da farklı iki yargı kolunda yapılıp yapılmadığı	Uygulamanın ne bis in idem ilkesi ile uyumluluğu/Aykırılığı
Vergi ziyayı+Genel usulsüzlük	En ağır olan ceza uygulanır	Vergi Usul Kanunu md.336	Tek yargı kolu	Ne bis in idem ilkesi ile uyumlu
Vergi ziyayı+Vergi kaçakçılığı	Ayrı ayrı ceza kesilir	Vergi Usul Kanunu md. 340/2f Vergi Usul Kanunu md. 359	İki ayrı yargı kolu	Ne bis in idem ilkesine aykırı
Özel usulsüzlük+Vergi ziyayı	Ayrı ayrı ceza kesilir	Vergi Usul Kanunu md. 353/2	Tek yargı kolu	Ne bis in idem ilkesine aykırı

Yukarıdaki tablodan da anlaşılacağı üzere, Türk Vergi Hukukunda vergi ziyayı kabahati ve vergi kaçakçılığı suçu kişinin aynı fiili sonucu birlikte ortaya çıktığında ya da özel usulsüzlük kabahati ve vergi ziyayı kabahati birlikte ortaya çıktığında uygulanacak cezalar ve yargılama süreci ne bis in idem ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

### III. SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin son verdiği kararlardan sonra, bir kişinin aynı fiili sonucu hem vergi kabahati hem de vergi suçunu birlikte işlemesi durumunda, kişiye hem para cezası hem de hapis cezasının birlikte verilmesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7 numaralı protokolünün 4. maddesine aykırılık teşkil ettiği konusu ve yargılamanın iki farklı yargı kolunda yürütülmesinin ortaya çıkardığı sorunlar, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde tartışılmaya başlanılmıştır.

Vergi Hukuku alanında çifte yargılama ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaklaşımının değişmesi 2009 Zolotukhin kararında getirilen kriterlerin 2014 yılında Glantz kararında uygulanması ile değişmiştir. Bu çalışmada incelediğimiz

Lucky Dev davası da yeni yaklaşımın diğer bir uygulaması ile ilgilidir. Lucky Dev davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Bayan Dev aleyhindeki ceza davasının sonuçlandırılıp kesinlik kazanmasına rağmen, diğer aleyhteki vergi soruşturmalarının sonlandırılmamasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7 no'lu protokolünün 4. maddesine aykırı bulmuştur. Söz konusu madde *ne bis in idem* ilkesi ile ilgilidir.

Oldukça eski ve evrensel bir hukuk ilkesi olan *ne bis in idem* ilkesi, aynı fiilden dolayı aynı kişi hakkında birden çok yargılamaya yapılmaması veya ceza verilmemesini ifade etmektedir.

*Ne bis in idem* ilkesine Türk Hukukunda büyük ölçüde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda ve kısmen de 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda yer verilmektedir. Bununla birlikte Türk Vergi Ceza Hukuku alanında *ne bis in idem* ilkesine tam olarak uyulmamaktadır. Bir kişi aynı fiili ile hem vergi ziyayı hem de özel usulsüzlük kabahati işlemiş ise cezalar ayrı ayrı verilmektedir. Benzer şekilde kişi aynı fiili ile hem vergi ziyayı kabahati hem de vergi kaçakçılığı suçu işlediğinde yine ayrı ayrı ceza verilmektedir. Yargılama açısından da Türkiye'de de bu çalışmada incelediğimiz İsveç'e ait örnekteki gibi vergi kabahatleri ve suçları ile ilgili davalar birbirinden bağımsız iki farklı yargı kolunda yürütülmektedir. Bayan Lucky Dev (İsveç) örneğinde yaşanan durum, Türkiye'de vergi mükelleflerinin vergi dava süreçleri ile oldukça benzerlik göstermektedir. Benzer şekilde aynı kişinin aynı fiilinden kaynaklanan farklı davaların görüldükleri iki farklı yargı kolu olmasından dolayı, davaların başladıkları ve sonuçlandıkları tarihler birbirinden farklı olmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu çalışmada incelediğimiz Bayan Lucky Dev davasında kişinin aleyhindeki ceza davasının sonuçlanıp kesinlik kazanmasına rağmen diğer aleyhteki vergi soruşturmalarının sonlandırılmasını *ne bis in idem* ilkesinin ihlali olduğu sonucuna varmıştır.

Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7 no'lu protokolünü 14 Mart 1985'de imzalamış, protokolün onaylanmasının uygun bulunduğu dair kanun ise 25 Mart 2016 tarih ve 29664 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Protokol diğer süreçlerin tamamlanması ile geçen süre ile birlikte 1 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu bağlamda Türkiye'nin de vergi suç ve cezaları düzenlemelerinde *ne bis in idem* ilkesine uyma zorunluluğu bulunmaktadır.

Sonuç olarak Türkiye'de de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin geliştirdiği yeni yaklaşıma göre vergi kabahat ve suçlarının ne şekilde yargılanacağı ve ne şekilde cezalandırılacağı gözden geçirilmelidir.

---

**KAYNAKÇA**

---

- BAKER, Philip "Some Recent Decisions of the European Court of Human Rights on Tax Matters" **European Taxation**, Yıl:2015, 55 (2/3) s.107-108
- BERNARD, Diane "Ne Bis in İdem-Protector of Defendants Rights or Jurisdictional Pointsman" **JInt Criminal Justice**, Yıl:2011, 9(4), DOI:<https://doi.org/10.1093/jicy/mqr018> s.863-880
- BİLİCİ, Nurettin., YAVAŞLAR, B.Funda "Non Bis in İdem ve Yasallık İlkesi" Prof.Dr.Şükrü Kızılot'a Armağan, Ed.Nevzat Saygılıoğlu, Ankara,2014,s.49-72
- GEÇER, Ahmet E. "Vergi Ceza Hukukunda Non-Bis İn İdem İlkesi" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2016, 65(2), s.315-348
- NİTA, Adam., SWIATLOWSKI, Andrej "Administrative versus penal sanctions in polish tax law-the dual system or two systems?" . : , 342.147, 2016 s.208-217
- ÖDEN, Begüm Dilemre "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Hapis Cezası Kalktı mı? **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Yıl:2015, sayı:136 s.108-114
- ÖZEN, Mustafa "Non bis in idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** ,Yıl:2010, C.XIV, s.1
- RADVAN, Michal and SCHWEİGL, Johan, "Penalties in Tax Law in Light of the Principle Ne Bis in Idem" . Etel, L., Poplawski, M.. **Tax Codes Concepts in the Countries of Central and Eastern Europe**. ed. Bialystok: Temida, Yıl: 2016. p. 399-410. ISBN 978-83-62813-88-9.
- YALTI, Billur "İHAM'ın Glantz Kararının Ardından:Kaçakçılıkta Para Cezası ve Hapis Cezası Uygulamasının Non Bis in İdem İlkesine Aykırılığı Üzerine" **Vergi Sorunları Dergisi**, Yıl:2015, 317, s.85-92



# General Rule of Burden of Proof: Comparative Analysis of Turkish and German Tax Law<sup>1</sup>

Peer-Reviewed Article (Hakemli Makale)

**Eda ÖZDİLER KÜÇÜK<sup>2</sup>**

Asst. Prof. Dr., Chair of Fiscal Law of Ankara University and visitor researcher in Passau University,

---

## CONTENTS

---

Introduction .....	107
1. Comparative Historical Background .....	107
2. Allocation of Burden of Proof in German Tax Law .....	111
2.1. Obligation of Cooperation .....	111
2.2. Sphere Theory .....	112
2.3. Current Legislation .....	112
3. Allocation of Burden of Proof in Turkish Tax Law .....	113
3.1. General Rule of Burden of Proof .....	113
3.2. Case of Sua Sponte Assessment .....	114
3.3. The Actual Draft of Tax Procedure Code .....	115
Conclusion .....	117
References .....	117

---

<sup>1</sup> This article is the extended version of the presentation “Burden of Proof in German and Turkish Tax Law: A Comparative Analysis” in the 4th International Annual Meeting of Sosyoekonomi Society in October 27-28 2017 Vienna-Austria.

<sup>2</sup> Author wants to thank Prof. Rainer Wernsmann and Mitarbeiter David Rügamer for their academic support in Passau University Chair of Constitutional Law, Administrative Law, Public Finance and Tax Law.

---

**ABSTRACT**

---

The Turkish Tax Procedure Code, originating from the Reich Fiscal Code, following a different legal development, shows the background and an alternative version of the German General Tax Code. Regulating the burden of proof in Turkish tax law, Section 3 of Turkish Tax Procedure Code, represents economic perspective and despite the additions made in the legislation such as burden of proof in 1980, needs to be amended according to the developments of law and global necessities. The regulation is actual by a Reform Draft of Turkish Tax Procedure Code. In the Section 5 of the Draft, the rules about general anti abuse and burden of proof are redesigned. Since the regulation is actual, the rule of burden of proof should be discussed historically, theoretically and comparatively with the German General Tax Code. The subject corresponds with the general anti avoidance clause and interpretation rules and the concept of economic perspective in both tax systems. The rule of burden of proof is not only a rule of procedure but it is also related with the basic principles of tax law such as legal safety and ability to pay principles and taxpayer' rights.

**Keywords**

International Law, Tax Law, Human Rights Law, Legal System, Litigation Process

---

**ÖZET**

---

**Genel İspat Yükü Kuralı:  
Türk ve Alman Vergi Hukuku Bakımından Karşılaştırmalı Bir Analiz**

Alman Mali Krallık Kanunu esas alınarak hazırlanan ve Mevaz Kanun'dan farklı bir yasal gelişim izleyen Türk Vergi Usul Kanunu, Alman Genel Vergi Kanunu'nun alternatif bir versiyonunu ifade etmektedir. Türk vergi hukukunda genel ispat yükü kuralını düzenleyen Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesi, ekonomik yaklaşımı içermekle birlikte, 1980 yılında maddeye getirilen eklemelere karşın hukuktaki gelişmeler ve küresel gereklilikler çerçevesinde yeniden gözden geçirilmelidir. İlgili düzenleme, Vergi Usul Kanunu Tasarısı sebebiyle günceldir. Tasarının 5. maddesi ispat yüküne ve vergiden kaçınmaya ilişkin genel kuralı yeniden düzenlemektedir. Mevcut Vergi Usul Kanunu'nun ve Vergi Usul Kanunu Tasarısı'nın Alman Genel Vergi Kanunu ile tarihi ve teorik gelişimi bakımından karşılaştırılarak değerlendirilmesi faydalı olacaktır. Konu her iki hukuk sisteminde yorum kuralları, vergiden kaçınma ve ekonomik yaklaşım ilkesinin içeriği ile kesişmektedir. İspat yükü kuralı yalnızca bir usul kuralı değildir; aynı zamanda hukuki güvenlik ve mali güce göre vergilendirme gibi temel vergi hukuku kuralları ve yükümlü hakları ile yakından ilgilidir.

**Anahtar Kelimeler**

Uluslararası hukuk, vergi hukuku, insan hakları hukuku, yasal sistem, yasa yapım süreci

## Introduction

Turkish Tax Procedure Code (TTPC) is in operation since 1961, first version of which was mostly adapted from the German Reich Fiscal Code. As tax law is a branch of administrative law in Turkey, the general taxation matters are regulated in the TTPC.

Turkish Tax Procedure Code Sec. 3, regulates many important tax law subjects within, which are interpretation, a general anti abuse clause, proof in tax law and the general rule of burden of proof. This regulation has been criticised for being inefficient for the necessities of the global law while a Reform Draft about Turkish Tax Procedure Code is actual and being discussed in literature.

In line with the OECD's BEPS project, member states redesigned their general and special anti avoidance clauses. While Germany enlarged the Sec. 42 of General Tax Code (AO) with a rule of burden of proof; Turkey is still in the Draft process of amending its general anti-avoidance provision to strongly tackle tax avoidance strategies addressed throughout the action plans<sup>1</sup>.

In this article, the general rule of burden of proof in German and Turkish tax legislations is going to be analysed in a comparative study. Firstly, the historical backgrounds of the related legislations are going to be presented, then the theoretical and juristic approaches in both systems are going to be compared and lastly the current legislations and the rule of burden of proof in the Turkish Tax Procedure Draft Code are going to be discussed in means of taxpayer rights such as presumption of innocence and right to object and basic principles of tax law. Burden of proof is not only a rule of procedure, it is also related with taxpayer's rights and basic principles of tax law and mostly economic perspective. That is why the general rule of burden of proof should be read together with the rules of interpretation and anti abuse.

## 1. Comparative Historical Background

The German Reich Fiscal Code which was put into force in 1919, included the economic perspective (*wirtschaftliche Betrachtungsweise*), regulated in Sec. 4 as<sup>2</sup> "*when interpreting tax legislation, its purpose, its economic significance and developments are to be taken into account.*" Economic perspective is a principle specific for tax law, means taking real economic quality and content as the base for establishing taxable events and the interpretation of acts beyond legal forms<sup>3</sup>.

1 Leyla ATEŞ: "Summary", International Fiscal Association Rio de Janeiro Congress, Volume 102, A: Assessing BEPS: Origins, Standards and Responses, Rio de Janeiro 2017, p. 766.

2 Marcus SEILER, GAARs and the Judicial Anti-Avoidance in Germany, the UK and the EU, Linde Verlag, 2016, p. 12.

3 Mustafa AKKAYA, Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, p. 267; Hakan UZELTÜRK, "National Report of Turkey", The Burden of Proof in Tax Law, ed. By Gerard Meussen, EATLP Conference, Uppsala June 2011, p. 269. Also see AKÇAOĞLU, Ertuğrul: "ABD Vergi Hukukunda Özün Şekle Üstünlüğü İlkesi", Ankara Barosu Dergisi, 2012/2 for the implementation of this principle in American tax law.

The general anti-avoidance rule (GAAR) was maintained in Sec. 5, while the meaning of an abuse was given in the first paragraph<sup>4</sup>: *“where tax legislation is circumvented by abusing legal options, taxes are to be levied in such a way as if the economic situation had been brought about in its appropriate legal structure.”*

The conditions of abuse of law were explained in the second part of Sec. 5 as<sup>5</sup>, *“in cases, where the law subjects economic activities, facts and measures in their appropriate legal structuring to a tax, though for tax avoidance an inappropriate, unusual legal form has been chosen or legal arrangements have been carried out ...”*

In 1934 Fiscal Adjustment Act was put into force, changing the interpretation rule in German tax law with the first paragraph of Sec. 1, stating that tax legislation shall be interpreted with the official ideology, which was accepted as the *“the basis for an excessive and unlimited interpretation”* of taxing statutes in literature<sup>6</sup>. The second paragraph continued with the provision that *“the people’s view, the fiscal legislation’s purpose, economic significance and the developments in circumstances are to be taken into account”*<sup>7</sup>.

Fiscal Adjustment Act also transformed the GAAR and the perception of economic perspective with its Sec. 6, presenting that *“the tax liability cannot be avoided or reduced by abusing forms or legal options offered by private law”* and *“in case of abuse, taxes have to be levied in accordance with a legal arrangement appropriate to the economic activities, facts and measures.”*<sup>8</sup>

After the Second World War, The Federal Republic of Germany was found and German General Constitution (Grundgesetz) was accepted in 1949. As taxation is the first sign of sovereignty, this foundation effected the tax norms very soon. While Sec. 1 (1) of the Fiscal Adjustment Act was deleted, the Sec. 1 (2) kept its presence as the interpretation rule in German tax law.

The development of German tax law in this period is explained by the Pfennig cases in 1935 and 1948, the changing attitude of the Fiscal Court in line with the amendment in the law<sup>9</sup>.

At this time of legal transformation of German tax law, Turkey was having its own tax reforms. One of these was the adaption of Turkish Tax Procedure Code from the

4 SEILER, 13.

5 SEILER, 15.

6 Bernd RÜTHERS, *Die Unbegrenzte Auslegung: zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Mohr Siebeck, 7. Unveränderte um ein neues Nachwort erweiterte Auflage 2012, p. 101; SEILER, 17.

7 SEILER, 17.

8 SEILER, 17.

9 SEILER, 17-19: *“The Pfennig Case of 1935 was about an employee who agreed with his employer to reduce his monthly wage by RM 0,01 so he would receive RM 499,99 instead of RM 500,00 to save a duty of the employee ... The Reich Fiscal Court decided that self interest of a single person was incompatible with the statute (RFH 22.5.1935 VI A 467/34 RFHE 38, 44).*

*In the second Pfennig Case, an employer reduced an employee’s wage by RM 0,10 so that the employee would pay less tax ... The court declared that the taxpayer can reduce his tax as long as he respects the limits of Sec. 5 and 6 (RFH 9.3.1948, III 26/47 RFHE 54, 231)”.*

German Reich Fiscal Code. In the first version (no. 5432, TTPC of 1949) and in the second version (no. 213, TTPC of 1961) of TTPC there was not an interpretation rule or an anti abuse rule; only the definition of the tax code was in Sec. 3.

In 1980, some important amendments were made in the TTPC Sec. 3 under the title "Practise of Tax Laws and Proof". Firstly, the interpretation rule was maintained in the Sec. 3/A-2; as "*Tax acts are effectual with their literal and spiritual construction. When letters of act are not clear, tax law decrees will be enforced according to the aim they were prepared for, their place in the structure of law and their connection with other articles*".

Secondly, the instruments of proof, rules of proof system and the general rule for burden of proof was added in the Sec. 3 as paragraph (B). According to the paragraph, "*In taxing, the situation that causes the tax and actual nature of the proceedings related to the situation are fundamental ... Burden of proof is on the party who claims it when object at issue is not suitable to economical, commercial or technical requirements or when it is not usual or common.*"

The first paragraph of TTGC Sec. 3/B is accepted as the legal basis where the economic perspective derives from in Turkish tax law.

The last paragraph of Sec. 3/B regulates the burden of proof in Turkish tax law. The "unusual legal form" which was counted as one of the conditions of abuse in the first version of GRFC, maintains the place of burden of proof in actual Turkish tax system; one who claims the object of issue is unusual, has the burden of proof. So the burden of proof can be either on the administration or the taxpayer. But the concept of "unusuality" is maintained with the case law, according to the interpretation of judges, a limited interpretation by the principle of legality and comparison ban in tax law.

In Germany, there was a major tax reform in 1977, when the German General Tax Code was put into force. This tax reform also changed Sec. 5 of the Reich Fiscal Code -that included the general anti avoidance rule- into Sec. 42 of the German General Tax Code as "*The tax code must not be circumvented by way of abuse of legal planning opportunities. In case of an abuse, the tax liability is created as if the tax planning followed sound business reasons.*"<sup>10</sup> This amendment of law is called "the readaption of economic perspective" in literature<sup>11</sup>. GGTC Sec. 42, provides that the tax claim will be based on the legal form of the transaction that is appropriate to the legal factual situation, when abuse of a legal construction is established<sup>12</sup>.

However the provision was still criticised for not explaining the concept of abuse within the Section clearly<sup>13</sup>. Bundesfinanzhof explained the meaning of the "abuse" by

10 KESSLER W. & EICKE. R., "Germany`s New GAAR- Generally Accepted Anti Abuse Rule?", Tax Notes International Vol. 49, No.2, Jan 14, 2008, 151-153.

11 SEILER, 21.

12 Frans VANISTENDAEL, "Legal Framework for Taxation" in Tax Law and Design vol. 1, ed. by Victor Thuronyi, IMF, USA 1996, p. 51.

13 See Ulrich PALM, "Germany", A Comparative Look At Regulation of Corporate Tax Avoidance, ed. By Karen Brown, Springer, Washington 2012, p. 167.

case law. The Große Senate of the Bundesfinanzhof declared<sup>14</sup> that a motive to reduce tax is not an inappropriate act itself<sup>15</sup>, tax planning can be considered as tax avoidance “when the taxpayer chooses a legal construction which was inappropriate in view of the objective pursued, it involved a lower tax cost and could not be justified on the basis of business or other considerable nontax reasons”<sup>16</sup>.

The German legislator described the concept of abuse as, “a tax benefit deriving from the choice of an unusual legal form used for non-tax related reasons that the taxpayer cannot prove”<sup>17</sup> and in 2008, changed Sec. 42 of GGTC enlarging by a second paragraph in line with the perspective of Bundesfinanzhof<sup>18</sup>:

*“(1) It shall not be possible to circumvent tax legislation by abusing legal options for tax planning schemes. Where the element of an individual tax law’s provision to prevent circumventions of tax has been fulfilled, the legal consequences shall be determined pursuant to that provision. Where this is not the case, the tax claim shall in the event of an abuse within the meaning of subsection (2) below arise in the same manner as it arises through the use of legal options appropriate to the economic transactions concerned.*

*(2) An abuse shall be deemed to exist where an inappropriate legal option is selected which, in comparison with an appropriate option, leads to tax advantages unintended by law for the taxpayer or a third party. This shall not apply where the taxpayer provides evidence of non-tax reasons for the selected option which are relevant when viewed from an overall perspective.”*

This amendment is accepted to bring a two steps of proof system<sup>19</sup>: “At the first step the tax administration has to substantiate that the taxpayer’s legal arrangement is inappropriate. If the tax authority sustains the inappropriateness, in a second step the burden of proof will be shifted on the side of the taxpayer”. This new formulation was criticised in literature for shifting the burden of proof on the taxpayer<sup>20</sup> and not defining what “inappropriate” means<sup>21</sup>.

14 PALM, supra note 152: “BFH Aug. 27, 2007, 219 Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs (BFHE) 32; BFH Dec. 17, 2003, 205 (BFHE) 70; BFH Jan. 16, 1996, 179 (BFHE) 400”.

15 See BFH Mar. 20, 2002, 198 Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs (BFHE) 506 (F.R.G.).

16 PALM, 167.

17 BT Drucks 16/6290 at 24, 25: “Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden. Ein Missbrauch liegt vor, wenn eine zu einem Steuervorteil führende ungewöhnliche rechtliche Gestaltung gewählt wird, für die keine beachtlichen außersteuerlichen Gründe durch den Steuerpflichtigen nachgewiesen werden. Ungewöhnlich ist eine Gestaltung, die nicht der Gestaltung entspricht, die vom Gesetzgeber in Übereinstimmung mit der Verkehrsanschauung zum Erreichen bestimmter wirtschaftlicher Ziele vorausgesetzt wurde. Liegt ein Missbrauch vor, entsteht der Steueranspruch wie bei einer gewöhnlichen rechtlichen Gestaltung.”

18 SEILER, 22.

19 Roman SEER, “National Report of Germany”, The Burden of Proof in Tax Law, ed. by Gerard Meussen, EATLP Conference, Uppsala June 2011, p.11.

20 SEILER, 26, 27.

21 KESSLER & EICKE, 152.

## 2. Allocation of Burden of Proof in German Tax Law

The implementation of burden of proof in German tax law derives from both theory and jurisdiction<sup>22</sup>. The general burden of proof rule in German law is based on the Rosenberg's norm theory (Normenbegünstigungstheorie) in civil process law, in which each party must prove the facts underlying a rule favorable to its position<sup>23</sup>. German administrative tribunals have applied this theory, when uncertainties concerning facts on which a party has based its claims must be proved by such party unless the norm itself provides otherwise<sup>24</sup>. While judges are obliged to investigate and to present evidence on their own (Untersuchungsgrundsatz), parties have the burden of persuasion (objektiv Beweislast) rather than burden of production (subjektiv Beweislast)<sup>25</sup>.

### 2.1. Obligation of Cooperation

The relationship between the tax administration and the taxpayer in German tax law is established on the basis of cooperation. In GGFC Sec. 90, the obligation of participants to cooperate is regulated: "*Participants shall be obliged to cooperate with the authorities in establishing the facts of the case*". This obligation for taxpayers is supplementary for the administration's ex officio examination authority; the tax administration and the taxpayer share the responsibility in establishing the facts<sup>26</sup>.

In German tax law, distribution of burden of proof is maintained by the measure of proof. The obligation of cooperation creates a balance between the risk of evidence for the tax administration and the taxpayer. The general level of proof in Germany is convincing proof (which is in line with objektive Beweislast), however the level of burden of proof is reduced to a mere likelihood standard in discretionary tax decisions by the jurisprudence deriving from the Sec. 96 (1) of GGTC<sup>27</sup>: "*The court decides on its free conviction reached from the result of the process*". When the taxpayer does not accomplish his duty to inform or share the requested evidences, he breaches the obligation of cooperation, which changes the balance on behalf of the tax administration. According to the jurisdiction<sup>28</sup>, the breach of the obligation of cooperation by the taxpayer, reduces the level of proof which the tax administration has to accomplish<sup>29</sup>.

22 BFH, 25.7.2000, IX R 93/97, Bundessteuerblatt (II) 2001, p. 9

23 Leo ROSENBERG, Zivilprozessrecht, 5th edition, Munich 1965, p. 99: "Jede Partei hat die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm zu behaupten und zu beweisen".

24 Julianne KOKOTT, The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law, Kluwer Law International, Netherlands 1998, p. 12.

25 KOKOTT, 9.

26 Funda BAŞARAN YAVAŞLAR, Vergi Ödevi İlişkinin Tarafları Üzerinden Alman Vergilendirme Usulü (Hukuk Devleti Bakış Açısıyla), Seckin Yayıncılık, İstanbul 2013, p. 239.

27 SEER, "National Report of Germany", 130.

28 BFH, 10.5.2001, NV 2002, 957; BFH 17.10.2001, NV 2002, 134.

29 BAŞARAN YAVAŞLAR, 245.

## 2.2. Sphere Theory

If the tax administration cannot be certain about a fact despite of a reduced level of proof and if discretionary taxation is not possible<sup>30</sup>, the rule for objective burden of proof (negative burden of proof) is in application<sup>31</sup>. Then the tax administration has to prove the taxable income and the taxpayer has to prove the deductible expense, in line with the Rosenberg's norm theory in which each party must prove the facts underlying a rule favorable to its position.

This rule of burden of proof in civil law which is also called as the basic rule of the burden of proof in German tax law<sup>32</sup> and has been completed by a sphere theory (sphärenorientierte Beweisrisikoverteilung)<sup>33</sup> placing the burden of proof according to the income-side and cost-side facts:

According to sphere theory, if there is a lack of evidence because of the lack of cooperation of the taxpayer, the burden of proof is on the taxpayer when tax assessment is possible in a reduced level on the income side relevant facts or when tax assessment prerequisites convincing evidence on the cost side of facts. If there is not a lack of evidence because of the lack of cooperation of the taxpayer, the burden of proof is on the taxpayer when tax assessment is possible in a reduced level of mere likelihood of the cost side relevant facts or tax assessment prerequisites convincing evidence on the income side relevant facts.

Sphere theory considering both the obligation to cooperate and the measure of proof, distributes the burden of proof between the taxpayer and the tax authority. The tax authority must provide evidence regarding facts that give rise to the tax liability and that taxpayers must provide evidence regarding facts that reduce the tax liability<sup>34</sup>.

## 2.3. Current Legislation

After the Sec. 42 of GGTC was enlarged in 2008 by a second paragraph, the burden of proof in German tax law has a statutory character<sup>35</sup>: *"An abuse shall be deemed to exist where an inappropriate legal option is selected which, in comparison with an appropriate option, leads to tax advantages unintended by law for the taxpayer or a third party. This shall not apply where the taxpayer provides evidence of non-tax reasons for the selected option which are relevant when viewed from an overall perspective."*

First of all, this legislation does not oppose the sphere theory, it completes the theory with economic perspective. The burden of proof is explained by the concept of

30 BFH, 21.03.2002, BStBl II 2002, 417.

31 BAŞARAN YAVAŞLAR, 247.

32 SEER, "National Report of Germany", 128.

33 Roman SEER, Seer, R., Verständigungen in Steuerverfahren, Cologne 1996, p. 191 et seq.

34 SEER, R. & GABERT, I., "European and International Tax Cooperation: Legal Basis, Practice, Burden of Proof, Legal Protection and Requirements", *Bulletin for International Taxation*, February 2011, p. 95, 96.

35 See Wilhelm FISCHER, in *Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, Lieferung 09.2017, § 42 AO* 244: "The German government's first proposal to include a feature "unusual design" in the law has not passed the parliamentary hurdles."



abuse and the general rule of anti-abuse. When the burden of proof is shifted to the taxpayer, it is his responsibility to provide evidence for an economic substance test; a proof that a legal arrangement was made not only based on tax related reasons<sup>36</sup>. The first sentence brings a rebuttable presumption that an inappropriate legal option leads to tax advantages unintended by law is an abuse of law. However, what is "inappropriate" is left to be defined by the jurisprudence. The Bundesfinanzhof describes "inappropriate" as "any legal structure that two unrelated and reasonable parties would not have chosen to achieve a specific business goal"<sup>37</sup>.

As German legislator defined the concept of abuse by the term "unusual" in the BT Drucks 16/6290 before the amendment in 2008, the concept of "inappropriate" can be understood as "unusual" at least, following the tradition of economic perspective in the German Reich Fiscal Code, placing substance over form; but more comprehensive than that, "a misuse of a legal form not intended by the law". So, what defines the appropriateness is the legislator's meaning in the legislation itself, depending on the concrete tax matter, demanding historical interpretation<sup>38</sup>. So Sec. 42 of GGTC is combining two interpretation methods, historical interpretation detecting the "appropriateness" and economic perspective detecting the "anti avoidance".

### 3. Allocation of Burden of Proof in Turkish Tax Law

The rule for burden of proof in Turkish civil law is regulated in Sec. 6 of Turkish Civil Code as "Each of the parties concerned must prove their claims unless law orders otherwise"<sup>39</sup>. The party who claims an exceptionally contrary situation has to prove their claim<sup>40</sup>. This rule is in line with the rule of burden of proof in Turkish tax law.

#### 3.1. General Rule of Burden of Proof

**In Turkish tax law, the general rule of burden of proof is based on statutory law, regulated in the Art. 3 of the Turkish Tax Procedure Code as "burden of proof is on the party who claims it when object at issue is not suitable to economical, commercial or technical requirements or when it is not normal or usual."<sup>41</sup> The "unusual legal form" which was counted as one of the conditions of abuse in the first version of GRFC, maintains the place of burden of proof in actual Turkish tax system. This rule is in line with the rule of splitting the burden of proof between taxpayers and tax administration in German General Tax Code.**

36 SEER, "National Report of Germany", 132.

37 KESSLER & EICKE, 152.

38 FISCHER, 244.

39 UZELTÜRK, 265.

40 UZELTÜRK, 265.

41 UZELTÜRK, 269.

The rule of burden of proof in Turkish tax law states a presumption of usual course of events. The usual course of events, flow naturally from the existence of the primary fact, so that there is such a strong rational connection between the two that is unnecessary to require evidence of the presumed fact in the absence of unusual circumstances<sup>42</sup>.

German Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof), in cases about prima facie evidence (Anscheinsbeweis)<sup>43</sup>, has used the concept of "usual course of events" to establish the relationship between common life experiences and proof. According to the Supreme Court, the usual course of events can be explained with "general experiences, especially the judge`s experiences"<sup>44</sup>.

Turkish legislator has taken the "unusual legal form" case of the GRFC while adapting the TTPC from Germany and transformed it into a presumption of abuse which sets the general burden of proof in Turkish tax law. If the object of taxation is not suitable to economical, commercial or technical requirements, or it is unusual, it is against the usual course of events so it needs to be proved.

The general rule for burden of proof in Turkish tax law is not contrary with the Rosenberg`s theory in German tax law<sup>45</sup>; taxpayer has to prove the unusual events subject to taxation which also will diminish his/her tax obligation. Unlike German tax law, the measure of proof is not a method used in Turkish tax law to present the burden of proof so the rule generally works in favour of the tax administration.

### 3.2. Case of Sua Sponte Assessment

In Turkish tax law, all proceedings about taxes must be kept and presented by the taxpayer when the tax inspectors need to examine the taxpayer`s records (TTPC. Sec. 148, Sec. 247 Dupl. Entry). Accomplishing this duty, taxpayer is under protection of a presumption for the correctness of his/her books and records. This presumption is also regulated in German tax law as "die Vermutung für die Richtigkeit von Buchführung und Aufzeichnungen" in GGTC Sec. 158<sup>46</sup>.

If the taxpayer has not accomplished his/her duty to keep the records, documents and books obliged by the TTPC, the tax administration has the burden to prove otherwise. If the taxpayer has not accomplished his/her duty to keep the records correctly, documents and books obliged by the TTPC, tax administration has the authority for sua sponte assessment (TTPC Sec. 30) which demands discretionary taxation. In this case, the burden of proof will stay on the taxpayer as not keeping the records, documents and books partly, completely or correctly, is not only a breach of obligation, but also

42 Richard GLOVER, *Murphy on Evidence*, 15th Edition, Oxford University Press, UK 2017.

43 Michael SCHMIDT, *Die Problematik der objektiven Beweislast im Steuerrecht*, Schriften zum Steuerrecht Band 59, Dunckner&Humboldt, Berlin 1998, p. 302, 303.

44 Ecehan YESİLOVA, "CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (1), 2005.

45 Eda Özdiler Küçük, *Vergi Hukukunda Karineler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, p. 30.

46 Dieter BIRK, *Steuerrecht*, 12. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2009, p. 147.

damages the reliability of the taxpayer's tax declaration. If the taxpayer objects the *sua sponte* assessment, he/she has to prove that the factual backgrounds are in accordance with tax regulations. Claiming a taxable income not corresponding with his/her represented records is "claiming an object at issue which is not normal or usual" according to the general rule for burden of proof, so the burden of proof is on the taxpayer<sup>47</sup>.

This application on Turkish tax law is in line with the sphere theory in German tax law, but without considering the measure of proof. Lack of cooperation for an obligation sets the burden of proof on the taxpayer, whether the assessment is income side or cost side.

In Turkish tax law, all proceedings about taxes must be kept and presented by the taxpayer when the tax inspectors need to examine the taxpayer's records. "Not presenting" these records or books are accepted as "hiding" them and this action is regulated as a crime of tax evasion. In literature, it was widely discussed that if this regulation breaches the presumption of innocence<sup>48</sup>. The Constitutional Court has ended these discussions deciding that "keeping the proceedings about taxes and presenting by the taxpayer when the tax inspectors need to examine the taxpayer's records is an obligation and cannot be considered as presenting proof against the taxpayer himself/herself so it is not against the presumption of innocence which is regulated in the Art. 38 of the Constitution"<sup>49</sup>.

### 3.3. The Actual Draft of Tax Procedure Code

As the general rule for burden of proof was maintained within the Code in 1980 in Turkey, the concept of "unusual" was not described in the legislation or in the literature with a theory. The jurisdiction explained it by case law, not presenting a precise definition but on the examples of concrete cases; such as:

"Invoices are issued according to a certain line so if an invoice is used, the previous is deemed to be used"<sup>50</sup>.

"Taxpayers have the duty to keep their books and documents maintained by the TTPC. Claiming that the books and documents were lost or stolen is not appropriate with the usual flow of life"<sup>51</sup>

"According to the economic circumstances, without a relationship of business or being relatives, lending money without interest is against the economic requirements."<sup>52</sup>.

Although the Council of State's efforts to maintain a pattern for the definition of what is "unusual", a precise description was not available. The actual developments of

47 Yusuf KARAKOÇ, Genel Vergi Hukuku, Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, p. 678; Neslihan KARA-TAŞ DURMUŞ, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S. 3-4, 2014, p. 515, 516; Özgür BİYAN, Türk Vergi Hukukunda İspat-Delil, Adalet yayınevi, Ankara 2012.

48 Billur YALTI, Yüklümlü Hakları, Beta Basım Yayım, İstanbul 2006.

49 Constitutional Court, E. 2004/31, K. 2007/11, k.t. 31.1.2007, R.G. 18.5.2007- 26526.

50 Tax Division of the Council of State, E. 2001/10, K. 2001/146, 6.4.2001.

51 Council of State, 7. Circuit, E. 2000/8771, K. 2004/812, 5.4.2004.

52 Council of State, 7. Circuit, E. 1998/441, K. 1999/3596, 3.11.1999.

global law required a more developed general anti avoidance rule and hence the revision of rules of burden of proof. That is why a Reform Draft of Tax Procedure Act was presented, which was widely discussed in the literature.

Sec. 3 of the Draft Code maintains the new GAAR as it announces, "*taxpayer's planning of his tax liability in favour of himself*" as an abuse; therefore, also calls tax planning an abuse. This rule can be criticized for leaving economic approach. Remembering the history of economic approach in German tax law, in the Pfennig Case, an employer had reduced an employee's wage by RM 0,10 so that the employee would pay less tax. The court had declared that the taxpayer can reduce his tax as long as he respects the limits of the law<sup>53</sup>. Tax planning in the framework of the law is a right of taxpayer that keeps the balance between the civil law and tax law. Understanding of such a wide concept of abuse and accepting all legal arrangements that diminish taxes as abuse of law is stepping out of the tax law zone into the civil law zone.

The new general rule for burden of proof in the Draft Code is "*if the taxpayer claims that the object at issue is not suitable to economical, commercial or technical requirements or when it is not normal or usual, the burden of proof is on the taxpayer.*"

The present rule which puts the the burden of proof on the party that has the claim of unusuality, is changed into a presumption of correctness of the tax assessment. In the previous rule, the burden of proof could be on the taxpayer or the tax administration according to the claim of the party; whereas in the Draft, the burden of proof is fixed on the taxpayer. This provision on the Draft Code violates the EU Law; remembering the ECJ emphasizing on "transactions having the primary aim of tax avoidance or tax evasion have to be proven by the tax administration on a case-by-case basis" in Leur-Bloem case (ECJ 17 July 1997, case C-28/95) based on the Art. 11 of the Merger Directive.

The new general rule for burden of proof in the Draft Code can also be criticized for violating the presumption of innocence. If the taxpayer is accused of a tax crime, he/she has to prove that he/she is innocent. This is a violation of Turkish Constitution Art. 38 and the Art. 6 of European Convention of Human Rights which Turkey has accepted as a part of its law.

The true concept of economic perspective is very related with the burden of proof in tax law. Placing the burden of proof on the taxpayer without considering the presumption of innocence is far from taxing the "real" concept of tax base and economic perspective. Violating presumption of innocence is also a breach of the principle of legal safety.

The original draft version of the amendment of GGTC Sec. 42 was also discussed in the Federal Council (Bundesrat). The original draft version defined an abuse to exist where an "unusual legal arrangement" was chosen and was not giving the taxpayer the possibility to justify a legal arrangement on the grounds of sound business relations<sup>54</sup> (Englisch, 2013: 204), so the Federal Council recommended an alternative version which resulted with the current legislation (Seiler, 2016).

53 RFH III 26/47 RFHE 54, 231, 9.3.1948.

54 Joachim ENGLISCH, in Tipke, K. & Lang, J., Steuerrecht, 21. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2013.

The actual draft of TTPC is also discussed in literature and the common view is an alternative version is necessary (Doğrusöz, 2016: 15-17).

## Conclusion

Turkey has been implementing the tax procedure based on the German General Tax Code since the adaption in 1949. Both German and Turkish tax procedure system is established of the principles of law state, equality and legal safety.

Germany has made an amendment in the rule for burden of proof in GGTC in 2008, by giving a definition of abuse, Sec. 42 served as a codification of previously decided cases by the Federal Fiscal Court and the ECJ<sup>55</sup>.

Turkey has an actual reform draft of TTPC which is redesigning the rules of interpretation, general anti abuse and burden of proof. In this process, German tax procedure law is a guide to be watched, because of the historical background and the similarity of the principles and institutions.

The German Constitutional Court has considered the procedural law and the substantive law together and concluded that a deficiency in procedural law damages the substantive law<sup>56</sup>. If a regulation of substantive law is not applicable because of an absence in the procedural law, the substantive rule is against the constitution as it cannot be applied equally<sup>57</sup>. If the economic perspective principle is not maintained in a tax system, the tax assessment will be different than it should be, and this will violate the principle of equality. Burden of proof is a rule which is related with the interpretation and general anti avoidance rules. These three rules are a part of a chain that is linked with the principles of legality, equality and fair trial and taxpayer rights.

---

## REFERENCES

---

- Akçaoğlu, E., "ABD Vergi Hukukunda Özün Şekle Üstünlüğü İlkesi", **Ankara Barosu Dergisi**, 2012/2.
- Akkaya, M., **Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım**, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- Ateş, L., "Summary", **International Fiscal Association Rio de Janeiro Congress, Volume 102, A: Asesing BEPS: Origins, Standards and Responses**, Rio de Janeiro 2017.
- Başaran Yavaşlar, F., **Vergi Ödevi** İlişkisinin Tarafları Üzerinden Alman Vergilendirme Usulü (Hukuk Devleti Bakış Açısıyla), Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Birk, D., **Steuerrecht**, 12. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2009.
- Bıyan, Ö., **Türk Vergi Hukukunda İspat-Delil, Adalet** Yayınevi, Ankara 2012.
- Doğrusöz, B., "Giriş Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Vergi Usul Kanunu Tasarı Taslağı Değerlendirme Komisyonu Raporu**, ISMMMO, İstanbul 2016.
- Englich, J., in Tipke, K. & Lang, J., **Steuerrecht**, 21. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2013.
- Fischer, W., in Hübschmann/Hepp/Spitaler, **AO/FGO**, 244. Lieferung 09.2017, § 42 AO.
- Glover, R., **Murphy on Evidence**, 15th Edition, Oxford University Press, UK 2017.

55 Drucksache 16/7036 of 8.11.2017, 3 et seq.

56 BVerfG v. 9.3.2008, BVerfGE 110, 94.

57 BAŞARAN YAVAŞLAR, 218.

- Karakoç, Y., **Genel Vergi Hukuku, Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- Kessler W. & Eicke. R., "Germany`s New GAAR- Generally Accepted Anti Abuse Rule?", **Tax Notes International**, Vol. 49, No.2, Jan 14, 2008, 151-153.
- Kokott, J., **The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law**, Kluwer Law International, Netherlands 1998.
- Karataş Durmuş, N., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S. 3-4, 2014, 505-508.
- Özdiler Küçük, E., **Vergi Hukukunda Karineler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- Palm, U., "Germany", **A Comparative Look At Regulation of Corporate Tax Avoidance**, ed. By Karen Brown, Springer, Washington 2012.
- Rosenberg, L., **Zivilprozessrecht**, 5th edition, Munich 1965.
- Schmidt, M., **Die Problematik der objektiven Beweislast im Steuerrecht**, Schriften zum Steuerrecht Band 59, Dunckner&Humboldt, Berlin 1998.
- Seer, R., **Verständigungen in Steuerverfahren**, Cologne 1996.
- Seer, R., "National Report of Germany", **The Burden of Proof in Tax Law**, ed. by Gerard Meussen, EATLP Conference, Uppsala June 2011.
- Seer, R. & Gabert, I., "European and International Tax Cooperation: Legal Basis, Practice, Burden of Proof, Legal Protection and Requirements", **Bulletin for International Taxation**, February 2011, 88-98.
- Seiler, M., **GAARs and Judicial Anti-Avoidance in Germany, the UK and the EU**, Series on the International Tax Law, ed. Michael Lang, LindeVerlag, 2016.
- Uzeltürk, H., "National Report of Turkey", **The Burden of Proof in Tax Law**, ed. by Gerard Meussen, EATLP Conference, Uppsala June 2011.
- Vanistendael, F., "Legal Framework for Taxation" in **Tax Law and Design**, vol. 1, ed. By Victor Thuronyi, IMF, USA 1996.
- Yaltı, B., **Yükümlü Hakları**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2006.
- Yeşilova, E., "CMR-Taşımaya Senedinin İspat Kuvveti", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 7 (1), 2005.

# Şüpheli ve Saniğa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu?

## Şüpheli ve Saniğin Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler

Hakemli Makale

**Z. Özen İNCİ**

Dr. Öğr. Üyesi, Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Ana Bilim Dalı.

### İÇİNDEKİLER

GİRİŞ .....	121
I. Katlanma Yükümlülüğünün Tanımı .....	121
II. Katlanma Yükümlülüğünün Sınırları .....	125
A. Hukuk Devleti İlkesi .....	125
B. Oranlılık İlkesi .....	126
C. İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi .....	127
D. Nemo Tenetur İlkesi .....	129
1. Genel Olarak .....	129
2. İlkenin Kapsamı .....	130
a. Susma Hakkı .....	130
b. Kendi Aleyhine Delil Göstermeye Zorlama Yasağı .....	135
III. Katlanma Yükümlülüğü Bakımından Tartışmalı Bazı Ceza Muhakemesi İşlemleri .....	137
A. Şüpheli veya Saniğin Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması .....	137
B. Teşhis .....	143
C. Keşif ve Yer Gösterme .....	147
D. Fizik Kimliğin Tespiti .....	151
E. Koruma Tedbirleri Bakımından Katlanma Yükümlülüğü .....	152
1. Arama ve El koyma .....	152
2. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi .....	156
3. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi ve Teknik Araçlarla İzleme .....	158
SONUÇ .....	159
KAYNAKÇA .....	163

---

## ÖZET

---

Temel amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza muhakemesi hukuku, bu amaç çerçevesinde çoğu zaman şüpheli veya sanığın temel haklarına bir takım müdahalelere ihtiyaç duyar. Şüpheli veya sanığın ise bu müdahalelere katlanmakla yükümlü olduğu ifade edilir. Buna karşın, söz konusu katlanma yükümlülüğünün de belirli bir sınırının bulunması kaçınılmazdır. Nitekim evrensel bir ceza muhakemesi hukuku ilkesi olan ve Anayasamızda da düzenlenen nemo tenetur ilkesi uyarınca, hiç kimse kendisini veya yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Zorlama yasağı çerçevesinde, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine aktif bir katılıma zorlanamayacağı, ancak pasif bir katlanma yükümlülüğünün bulunduğu ifade edilmekle birlikte kanunlarımız, öğreti ve uygulama pek çok noktada şüpheli veya sanığın kendisi aleyhine delil göstermeye zorlanabileceği yönünde a priori bazı eğilimler içerisindedir. Dolayısıyla, katlanma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün sınırları belirlenirken zorlama, aktif katılmaya zorlama yasağı ve pasif katlanma yükümlülüğü gibi bazı kavramlara açıklık getirilmesi ve belirli kriterlerle katlanma yükümlülüğünün sınırının çizilmesi gerekir.

### Anahtar Kelimeler

International Law, Tax Law, Human Rights Law, Legal System, Litigation Process

---

## ABSTRACT

---

### **A Criminal Procedure Law in Contravention of The Suspect And The Accused? Sufferance Duty of The Suspect and The Accused of Criminal Proceedings and The Thoughts on The Limitations of This Duty**

As the main purpose of criminal procedure law is to reveal the material reality, this specific purpose is mostly served by introducing some kind of intervention to the fundamental rights of the suspect and the accused. It is suggested that the suspect or the accused is under the sufferance duty against criminal proceedings. But, on the contrary, it is obvious that there is a limitation to that duty. According to the one of the most prominent universal principles of criminal law, that is maxim nemo tenetur no one is forced to accuse and give evidence against itself and its relatives, as it is regulated under the Turkish Constitution. Although it is connoted that the suspect or the accused is not forced to participate actively, but passively in criminal proceedings, both our laws, the doctrine and the practice have shown a priori tendency that the suspect or the accused can be forced to give evidence against itself. Thus, it is required to define the terms such as enforcement, enforcement ban on active participation, passive sufferance duty and to delineate the limits of sufferance duty by using specific criterias in order to determine its context and limits.

### Keywords

Sufferance Duty, Maxim Nemo Tenetur, Enforcement Ban, Enforcement Ban on Active Participation, Passive Sufferance Duty, Right to Silence/(Right to Remain Silent).



## GİRİŞ

Temel amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza muhakemesi hukuku, bu amaç çerçevesinde çoğu zaman şüpheli veya sanığın temel haklarına birtakım müdahalelere ihtiyaç duyar. Şüpheli veya sanığın ise bu müdahalelere katlanmakla yükümlü olduğu ifade edilir. Buna karşın, söz konusu katlanma yükümlülüğünün de belirli bir sınırının bulunması kaçınılmazdır. Nitekim evrensel bir ceza muhakemesi hukuku ilkesi olan ve Anayasamızda da düzenlenen nemo tenetur ilkesi uyarınca, hiç kimse kendisini veya yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

Söz konusu düzenlemenin hukuk sistemimizde normlar hiyerarşisi içinde en yukarıda bulunması dolayısıyla ilgili kanunların ve bu kanunlara dayalı gerçekleştirilen uygulamanın da nemo tenetur ilkesine aykırı olmaması gerekir. Bu minvalde örneğin, şüpheli veya sanığın susma hakkı bulunduğu, ifade ve sorgu öncesinde kendisine bu hakkın mutlaka hatırlatılması gerektiği, susma hakkını kullanan şüpheli veya sanığın durumunun da kendisine aleyhine değerlendirilemeyeceği ve maddi veya manevi zor kullanılarak alınacak ifadenin de mutlak bir delil yasağı teşkil edeceği kanunda açık bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak nemo tenetur ilkesi sadece susma hakkını garanti altına alan değil, aynı zamanda şüpheli veya sanığın kendisi aleyhine delil göstermeye zorlanamayacağını da kapsayan bir ilkedir. Buna göre, şüpheli veya sanığın susma hakkının yanı sıra kendisi aleyhine delil göstermeye de zorlanamayacağını söylemek gerekir.

Öğretide *zorlama yasağı* çerçevesinde, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine aktif bir katılıma zorlanamayacağı ancak bu işlemlere pasif katlanma yükümlülüğünün mevcut olduğu ifade edilmektedir. Buna karşın, kanunlarımız, öğreti ve uygulama pek çok noktada şüpheli veya sanığın kendisi aleyhine delil göstermeye zorlanabileceği yönünde *a priori* bazı eğilimler içerisindedir. Dolayısıyla, katlanma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün sınırları belirlenirken *zorlama*, *aktif katılmaya zorlama yasağı* ve *pasif katlanma yükümlülüğü* gibi bazı kavramlara açıklık getirilmesi ve belirli kriterlerle katlanma yükümlülüğünün sınırının çizilmesi gerekir. Bu çerçevede, çalışmamızda öncelikle katlanma yükümlülüğünün tanımı üzerinde durulacak ve katlanma yükümlülüğünün Anayasal sınırları çizilecektir. Akabinde ise tartışmalı olan veya olabilecek bazı ceza muhakemesi işlemleri bakımından şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğü açıklanmaya çalışılacaktır.

### I. Katlanma Yükümlülüğünün Tanımı

Ceza muhakemesinin maddi gerçeği ortaya çıkarma amacına ulaşabilmesi için bazı işlemlerin zamanında ve mutlak surette yapılması gerekmektedir. Gerçekten bazı deliller, vakit kaybetmeksizin sağlıklı ve güvenilir bir şekilde toplanmadığı takdirde, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması mümkün olmayabilir. Bu bakımdan, ceza muhakemesi hukukunda delillerin toplanabilmesi için bazı temel hak ve özgürlüklere müdahale yapılması zorunludur<sup>1</sup>. Örneğin suç delillerinin ele geçirilmesi amacıyla şüpheli veya sanığın üstü, eşyası, konutu işyeri veya ona ait diğer yerlerde arama yapılması halinde Anayasa (AY) m.20'de düzenlenen özel hayatın gizliliği veya 21'inci maddede düzenlenen konut

1 Ersin, Ali, Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü, CHD, Y: 6, S: 16, Ağustos 2011, s. 191.

dokunulmazlığı gibi temel haklara müdahale edilmiş olur. Temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden bu ceza muhakemesi işlemlerine ise şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğünün olduğunu kabul etmek gerekir.

Yükümlülük, kişinin belli şekilde davranması gerektiğini ifade eder. Yükümlülükler ceza muhakemesi açısından, deyim yerindeyse olmazsa olmaz öneme sahiptir. Zira şüpheli, sanık veya diğer kişiler hakkında bazı yükümlülükler öngörülmemiş olması halinde, ceza muhakemesinin düzgün ve eksiksizce ilerleyebilmesi mümkün olmaz. Bu sebeple, ceza muhakemesinde bu yükümlülüklerin rıza ile yerine getirilmemesi halinde, bunların zorla yerine getirilmesi sağlanmaktadır<sup>2</sup>.

Buradan hareketle, soruşturma ve kovuşturmanın gereği gibi yapılabilmesi için şüpheli veya sanığın kendisine karşı yapılan bu işlemlere karşı koymamak yönünde bir yükümlülüğü bulunmaktadır ki, ceza muhakemesi hukukunda buna *katlanma yükümlülüğü* adı verilir<sup>3</sup>. Başka bir tanıma göre katlanma yükümlülüğü; şüpheli, sanık veya mağdurun ceza muhakemesi işlemlerine muhatap olup bir şeyi yapma veya yapmama yükümlülüğü altına girebileceğini ifade eder<sup>4</sup>. Öğretide bazı yazarlar tarafından *boyun eğme mecburiyeti*<sup>5</sup>, *uyma zorunluluğu*<sup>6</sup> veya *sanığın yargılanmak ve cezalandırılmak yükümlülüğü*<sup>7</sup> olarak da adlandırılan katlanma yükümlülüğünün Alman öğretisinde *Duldungspflicht* olarak adlandırıldığını söyleyebiliriz<sup>8</sup>.

2 **Ertuğrul**, Hüseyin, Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü, Gazi üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XII, Y: 2008, S: 1-2, s. 690.

3 **Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10 Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s. 156; **Şahin**, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 154; **Ersin**, s. 193. Belirtmek gerekir ki; katlanma yükümlülüğü ceza muhakemesi hukukunda sadece şüpheli ve sanık tarafından değil, mağdur veya tanık gibi diğer kişiler bakımından da söz konusu olabilir. Nitekim tanıklık yapma ödevi yahut mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına ilişkin düzenlemeler bunun en temel örneklerini teşkil eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Weiss**, Doris Inga, Duldungs- und Mitwirkungspflichtten Nichtverdächtiger im Strafverfahren, s. 24 vd.

4 **Ertuğrul**, s. 687.

5 Bu yönde tanımlama için bkz. **Kunter**, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1981, s. 347; **Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2010, s. 433; **Özbek**, Veli **Özer/Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 251. Benzer yönde tanımlama için bkz. Ünver, Yener/**Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 1, 8. Baskı, Ankara 2013, s. 300; **Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sirma**, Özge/**Kırıt**, Yasemin F. Saygılar/**Özaydın**, Özdem/**Akcan**, Esra Alan/**Erden**, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2015, s. 245; **Turhan**, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s.113; **Yurtcan**, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2007, s. 177.

6 Bu yönde tanımlama için bkz. **Toroslu**, Nevzat/**Feyzioğlu**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 126. Yazarlar katlanma yükümlülüğünü, '*Şüphelinin ve Sanığın Zorunlulukları*' başlığı altında ve *uyma zorunluluğu* kavramıyla ifade etmişlerdir. Gerçekten de yazarlara göre, şüpheli ve sanık, muhakeme sırasında kendi hakkında verilen kararlara uymak zorundadır. Aksi halde bu kararlar zorla yerine getirilirler. Uyma zorunluluğu, yerine getirilebilen kararlar yönünden söz konusudur. Örneğin hakkında tutuklama kararı verilen şüpheli ve sanık tutuklanır ve tutukevine gitmekte direnirse zorla götürülür. Suçla ilgili eşyaya el konulmasına karar verildiğinde, sanık bunu teslim etmek zorundadır; teslim etmezse elinden zorla alınır.

7 Bu yönde tanımlama için bkz. **Soyaslan**, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 195.

8 **Beulke**, Werner, Strafprozessrecht, 13. Auflage, Heidelberg 2016, s. 88; **Bosch**, Nikolaus, Aspekte des

Ceza ve ceza muhakemesi hukukunda şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğüne, bir diğer ifadeyle boyun eğme mecburiyetine uymaması, çeşitli şekillerde yaptırım altına alınmıştır. Bu yaptırımlar; bazen bir suç, bazen idari bir yaptırım bazen de yargılamaya ilişkin bir kural olarak karşımıza çıkar. Örneğin; Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 147/1 maddesi uyarınca, şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür. Şüpheli veya sanığın bu yükümlülüğe aykırı davranması halinde yerine göre Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 206'ncı maddesinde düzenlenen *resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan* veya diğer unsurları da mevcutsa TCK'nın 268'inci maddesinde düzenlenen *başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması* suçu oluşabilir. Öte yandan kimliği bildirmeme Kabahatler Kanunu'nun 40'inci maddesinde de idari yaptırım gerektiren bir fiil olarak ayrıca düzenlenmiştir<sup>9</sup>. Yine CMK m.193 uyarınca sanığın duruşmada hazır bulunması gerekir. Duruşmaya gelmemesinin geçerli nedeni olmaması halinde, sanığın zorla getirilmesine karar verilebilir. Sanık, hakkında verilen zorla getirme kararına katlanmak yükümlülüğü altındadır.

Katlanma yükümlülüğüne sadece ceza yargılaması hukukunda değil, özel hukuk yargılamasında da yer verilmiştir. Gerçekten de, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 288 ila 292'nci maddelerinde düzenlenen keşif hükümleri bakımından benzer bir katlanma yükümlülüğünün varlığından söz edilebilir<sup>10</sup>. Nitekim HMK'nın 291'inci maddesinin başlığı '*Keşfe Katlanma Yükümlülüğü*' şeklindedir. Buna göre, taraflar ve üçüncü kişiler, keşif kararının gereğine uymak ve engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadırlar. Yine, HMK m.292/1'de, uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkesin soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorunda olduğu, haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa

---

nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht- Ein Beitrag zur funktionorientierten Auslegung des Grundsatzes "nemo tenetur seipsum accusare", Berlin 1998, s. 285; **Kölbels**, Ralf, Selbstbelastungsfreiheiten- Der nemo-tenetur-Satz im materiellen Strafrecht, Berlin 2006, s. 44; **Nothelfer**, Martin, Die Freiheit von Selbstbeziehungszwang- Verfassungsrechtliche Grundlagen und einfachgesetzliche Ausformungen, Heidelberg 1989, s. 90; **Park**, Tido, Handbuch Durchsuchung und Beschlagnahme, 2. Auflage, 2009, s. 730; **Verrel**, Torsten, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren- Ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfassungsgrundsatzes, München 2001, s.76; **Weiss**, s.16; **Wolff**, Heinrich Amadeus, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung- Das Verbot des Zwangs zur aktiven Mitwirkung am eigenen Strafverfahren und seine Ausstrahlungswirkung auf die gesetzlichen Mitwirkungspflichten des Verwaltungsrechts, Berlin 1997, s. 94. *Duldungspflicht* kavramını *Sabretme/Katlanma Yükümlülüğü* olarak Türkçe'ye çevirmek mümkündür.

9 Kaldı ki; Kabahatler Kanunu'nun 40/2 maddesinde kişinin kimliğini açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması halinde, kimliğin belirlenmesi amacıyla ve kimliği belirleninceye kadar kişinin gözaltına alınması ve tutuklanması da mümkündür. Almanya'da bu durum Düzene Aykırılıklar Kanunu (OWIG) çerçevesinde para cezasını gerektiren bir eylem olarak düzenlenmiştir. Bkz. **Demirbaş**, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 118, dpn. 282.

10 **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2013, s. 437; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usûl Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012, s. 671 vd.; **Bolayır**, Nur, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hakimın Rolü, İstanbul 2014, s. 466 vd.

uyulmaması halinde ise hâkimin incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar vereceği düzenlenmiştir<sup>11</sup>.

Haklı bir sebep olmaksızın bu yükümlülükten kaçınılması halinde, hâkim zor kullanılarak gerekli incelemenin yapılmasına karar verecektir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, soybağı ile ilgili davaların kamu düzeni kökenli olmaları sebebiyle mahkemenin ihtiyacı olan delilleri gerektiğinde zor kullanılarak elde etmesi gerektiğinden, tıbbi delillerin toplanması bakımından keşfe katlanma zorunluluğu öngörülmüştür<sup>12</sup>.

Hemen ifade edelim ki; HMK'nın 292'nci maddesi Anayasa'ya uygunluğu bakımından öğretide tartışma yaratmıştır. Bir görüşe göre, soybağının tespitine ilişkin olarak kişinin rızası olmaksızın vücuduna fiziki zorlama ile müdahale etmek Anayasa'nın 17'nci maddesinde yer alan kişi dokunulmazlığının ihlali anlamına gelmez. Zira TMK m.24/2'ye göre, üstün nitelikteki bir özel yararı veya kamusal yararı koruyan kanun hükümleri, kişinin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığına ilişkin kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Bu sebeple, soybağı ile ilgili davalardaki yargılamada çocuğun üst soyunun gerçeğe uygun olarak tespiti hususundaki yararın, beden dokunulmazlığına ilişkin yarardan üstün tutulması gerekir<sup>13</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise, soybağının tespitine ilişkin davalarda gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından üstün bir yarar olsa bile, üstün yararın varlığı kişinin vücudundan fiziki zorlamayla kan veya doku alınmasını haklı kılmaz. Bu şekilde, kişinin bedeni üzerinde zorlama yoluyla inceleme yapılması, ölçülülük ilkesini zedeler ve kişilik haklarını ağır bir şekilde ihlal eder<sup>14</sup>. Görüleceği üzere, HMK'da yer alan bir düzenleme dahi katlanma

11 Benzer yönde bir düzenlemeye 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 284'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci bendinde yer verilmiştir. Buna göre, taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim; durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir. Söz konusu düzenlemenin HMK m.292 ile olan ilişki ve çelişkisi için bkz. Özbiçen, Arif Barış, "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 12, Sayı: 24 Güz 2013/2, s. 112 vd.

12 **Bolayır**, s. 467.

13 Bu yönde görüş için bkz. **Akcan**, Recep, Medeni Usul Hukukundaki Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması (Yeni Bir Hüküm Olan Medeni Kanun madde 284 Üzerine İnceleme), Prof.Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 910 vd.; **Budak**, Ali Cem, Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller, YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C: III, S: 2, Y: 2006; s. 338 vd.; **Erten**, Rifat/**Acir**, Birsen/**Taşveren**, Sema, Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, AÜHFD 1996, C: XXXV, S: 1-4, s. 582; **Konuralp**'e göre; ilgililerin vücutu üzerinde fiilen zor kullanılmasına imkan tanıyan bir düzenlemenin zorunlu hallerle sınırlı olması ve bu konudaki anayasal ilkeler göz önünde bulundurulmalıdır. Bkz. **Konuralp**, Halûk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999, s. 105; **Bolayır**, s. 470.

14 **Acabey**, Mehmet Beşir, Soybağı- Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, İzmir 2002, s. 132; **Memiş**, Tekin/**Yıldırım**, Mustafa Fadıl, Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Sorunlar, AÜEHFD 2004, C: VIII, S: 1-2, s. 300; **Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2011, s. 251; **Aksoy Dursun**, Sennem, "Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m.284 ve HMK m.292'nin Değerlendirilmesi", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi), Y: 2012, C: 8, S: 95-96, s. 116-117. Öğretide bir başka görüş ise, ilamların icrasına ilişkin hükümlerden yola çıkarak HMK'nın 292'nci maddesinin kişilik haklarını ihlal

yükümlülüğü ile ilgili öğretilerde farklı görüşlerin doğmasına ve bu minvalde tartışmalara yol açmıştır.

CMK'da, HMK'daki gibi katlanma yükümlülüğü adı altında tanımlanan bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın, ceza yargılamasında şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğü çok daha fazla ve çok daha sert bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Esasen, ceza muhakemesi işlemlerinin pek çoğu şüpheli veya sanığın üzerinde çoğu kez belirli düzeyde bir zor kullanılmasıyla gerçekleşir. Bu zor da şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülüğü ile açıklanır. Ancak hemen ifade etmek isteriz ki, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülüğünün belirli sınırları vardır ve olmalıdır.

## II. Katlanma Yükümlülüğünün Sınırları

### A. Hukuk Devleti İlkesi

1982 Anayasası'nın 2'nci maddesine göre; *"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir."*

Hukuk devleti, amacı hukukun üstünlüğünü sağlamak olan, bu sebeple tüm faaliyetlerinde (yasama-yürütme-yargı) hukuk kurallarına bağlı ve vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlet demektir<sup>15</sup>. Bir diğer tanıma göre hukuk devleti, yasama, yürütme ve yargı gücünü yani egemenlik adı verilen muazzam gücü millet adına kullanan Anayasal organların bu gücü yalnızca hukukun genel ilkeleri, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde insan haysiyetini korumak, insan hakları ile temel hak ve hürriyetleri gerçekleştirmek, adaleti ve hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla kullanan devlet olarak tanımlanabilir<sup>16</sup>.

Ceza muhakemesi hukuku açısından hukuk devleti ilkesinin anlamı, kanunen saptanmış bağımsız hâkimler önünde olacak yargılamanın açık temel kurallara göre yapılması ve temel hakların güvenceye alınmasıdır. Burada özellikle, şüphelinin yalın araştırma konusu olarak, yani muhakeme objesi olarak kabul edilmemesi, usule ilişkin haklara sahip bir muhakeme süjesi olarak ele alınması gerekmektedir<sup>17</sup>. Gerçeği her ne pahasına

edici bir özellik taşıdığı sonucuna ulaşmaktadır. Gerçekten de, hukukumuzda ilamla tespit edilip yerine getirilmesi emredilmiş bir verme borcuna uyulmaması halinde o nesneye el koyup hak sahibine vermek için yalın yalın alacaklısına teslim etmek için zor kullanılabilir ise de yapma yahut yapmama borcunu ifa etmemenin yaptırımı, zor kullanılması değildir. Bu açıdan kendisine karşı öne sürülen, çocuğun babası olmak vb. iddianın doğruluğu henüz bilinmeyen bir kişinin, belki de gerçek dışı bir iddiası söz konusu iken, o iddianın gerçek olup olmadığının ortaya çıkması için polis zoruyla yaka paça, direnirse bağlanıp sürüklenerek, kan ve doku incelemesinin yapılacağı yere götürülüp bedenine zorla müdahalede bulunulması insanlığa sığmadığından hukuka da ters düşer. Bu yönde bkz. **Umar**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 839.

15 Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2009, s. 122; **Gözler**, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2010, s. 82; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 51.

16 Öztürk/Tezcan/Erden/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 109.

17 **Dingeldey**, Thomas, Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafproze recht, JA 1984, s. 408; **Eisenhardt**, Urte, Das nemo tenetur-Prinzip: Grenze körperlicher Untersuchungen beim Beschuldigten- Am Beispiel des § 81a StPO, Frankfurt am Main 2007, s. 139; **Eser**, Albin, Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermitt-

olursa olsun değil, hukuk kuralları içerisinde şüpheli ve sanığın ve muhakemeye katılan diğer kişilerin hak ve çıkarları korunarak araştırılması gerekir<sup>18</sup>. Kısacası, ceza muhakemesi hukukunun temel amacı maddi gerçeği araştırmak olmakla birlikte, bu amacın mutlak olmadığını da ifade etmek gerekir. Zira bu gayeye varmak için bile olsa, kabul edilemeyecek fedakârlıklar, bir diğer söylemle gerçeği araştırmama pahasına korunması gereken yüksek menfaatler vardır. Bu nedenledir ki, bugün ceza muhakemesi hukukunda maddi gerçeğin araştırılmasının yanı sıra, insan haysiyetine saygı gösterilmesine de dikkat edilmesi gerekir<sup>19</sup>. Aksi takdirde hukuk devletinden bahsedilmesi de mümkün olmayacaktır. Nitekim Bacceria'nın da vurguladığı gibi; '*Yasalar ne zaman insanı savsarlar ve onu bir nesneye dönüştürürlerse ortada özgürlükten eser kalmaz.*'<sup>20</sup>

İşte şüpheli ve sanığın ceza muhakemesi işlemlerine katılma yükümlülüğünün ilk sınırını da hukuk devleti ilkesi teşkil eder<sup>21</sup>. Buna göre, insan hakları ile temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalelerin hangi koşullar altında ve ne zaman söz konusu olabileceği kanunlarla belirlenmeli ve söz konusu düzenlemeler hukuk devletinin bir gereği olarak insan haysiyetine aykırı olmamalıdır. Buna göre örneğin, işkence yapılarak ifade alınabileceği kanunla düzenlenmiş olsa bile, bu şekildeki bir kanuni düzenleme hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

## B. Oranlilik İlkesi

Ceza muhakemesi hukukunda oranlilik, failin eyleminin ağırlığı ile başvurulacak önlemin/ işlemin ağırlığı arasında bulunması istenen dengedir<sup>22</sup>. Aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin de bir uzantısı olan oranlilik ilkesi bu dengeyi sağlamak bakımından bir ceza hukuku enstrümanıdır<sup>23</sup>. Buna göre, ceza muhakemesi hukukunda oranlilik ilkesinden anlaşılması gereken; bir ceza muhakemesi işleminin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi imkân dâhilinde bulunan zarar arasında bir oranın bulunması, aksi halde işlemde vazgeçilmesi<sup>24</sup>, daha başka bir önleme başvurarak amaca ulaşılacak

---

lungsverfahren, ZStW 1967, s. 568; **Hellmann**, Uwe, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Berlin- Heidelberg 2006, s. 157 vd.; **Kasiske**, Peter, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess, JuS 2014, s. 15; **Rie**, Peter, Der Beschuldigte als Subjekt des Strafverfahrens Entwicklung und Reform der Strafprozedur, Vom Reichsjustizamts zum Bundesministerium der Justiz- Festschrift zum 100 jährigen Gründungstag des Reichsjustizamtes am 1. Januar 1877, Köln, 1977, s. 375; **Roxin**, Claus/**Schünemann**, Bernd, Strafverfahrensrecht- Ein Studienbuch 29. Auflage, München 2017, s. 109; **Schäfer**, Gerhard, Die Praxis des Strafverfahrens, 6. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln 2000, s. 51; Ünver/Hakeri, s.19. Şüphelinin yargılama süjesi ancak aynı zamanda da araştırmannın objesi olduğu yönünde bkz. **Kühne**, Hans Heiner, Strafprozessrecht- Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht 9. Auflage, Heidelberg 2015, s. 84.

18 **Centel/Zafer**, s. 6.

19 **Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 63.

20 **Beccaria**, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev.Sami Selçuk), İmge Kitabevi, Ankara 2004, s. 105.

21 **Eisenhardt**, s. 135; **Nothelfer**, s. 12 vd.

22 **Yurtcan**, s. 490.

23 **Ersin**, s. 192; **Ertuğrul**, s. 689.

24 **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 52.

ise daha ağır bir önlemden kaçınılmasıdır<sup>25</sup>. Oranlilik ilkesi, devlete ve bireye ait çatırşan menfaatlerden üstün olanının göz önünde bulundurulması anlamına gelir. Daha az değer taşıyan bir amaç uğruna bireye ait yüksek değerdeki menfaat feda ediliyor ise, oranlilik ilkesine yönelik bir ihlal ortaya çıkar<sup>26</sup>.

Ceza muhakemesi hukukunda bazı işlem ve önlemler bakımından oranlilik ilkesine ilişkin kanuni düzenlemeye hâlihazırda CMK'da yer verilmiştir. Örneğin, CMK m.75/2 uyarınca şüpheli veya sanığın beden muayenesi veya vücudundan örnek alınabilmesi için bu müdahalelerin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. Kanun koyucu bu işleme başvurmak suretiyle elde edilecek menfaati kişinin sağlığının bozulması karşısında oranlı bulmamış, devlete ait menfaatler ile bireye ait menfaatler terazisinde kişinin sağlık hakkının daha ağır geldiğini ifade etmiştir. Benzer şekilde, CMK m.100/4'te, sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda şüpheli veya sanığın tutuklanamayacağı öngörülerek yine menfaatler terazisinde bireye ait menfaat olan kişi özgürlüğünün ceza muhakemesinin amaçlarından daha önemli olduğuna vurgu yapılmıştır. CMK'da oranlilik ilkesine ilişkin pek çok benzer başkaca düzenlemelerin olduğunu söylemek mümkündür.

Öte yandan, oranlilik ilkesine ilişkin açık olarak bir düzenlemeye yahut yasağa kanunda yer verilmemiş olsa dahi, soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından yerine getirilen her türlü ceza muhakemesi işleminde bu ilkeye dikkat edilmek zorundadır. Zira yukarıda da açıkladığımız üzere, oranlilik ilkesi hukuk devleti ilkesinin ve adil yargılanma hakkının bir uzantısıdır. Tüm bu açıklamalar ışığında, şüpheli veya sanığın yürütülen ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülüğünün bir sınırını da oranlilik ilkesinin oluşturduğunu söylemek gerekir<sup>27</sup>.

### C. İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi

İnsanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, özsaygı, haysiyet, izzetinefis olarak tanımlanan *onur* kavramı, değer, saygınlık ve itibar anlamına gelir<sup>28</sup>. İnsan onuru denildiğinde ise salt insan olmak sebebiyle kişinin sahip olduğu değer, saygınlık ve itibar anlaşılır. Bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruh, manevi güç olarak da tanımlanan<sup>29</sup> insan onuru (haysiyeti), insana başka hiçbir özelliğine bakılmaksızın değer atfeden, insanı sırf insan olması sebebiyle değerli ve saygıya layık kabul eden bir terimdir<sup>30</sup>. Özetle, insan

25 Ertuğrul, s. 689.

26 Tezcan, Durmuş/Erden, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2006, s. 328.

27 Eisenhardt, s. 137; Dietz, Heinz-Müller, Die Stellung des Beschuldigten im Strafproze, ZStW 1981, s. 1244; Köhler, Michael, Proze verhältnis und Ermittlungseingriffe, ZStW 1995, s. 21; Nothelfer, s. 33.

28 Bkz. www.tdk.gov.tr (Erişim: 05.12.2015).

29 Öztürk/Tezcan/Erden/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 113.

30 Bulut, Nihat, "Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış", EÜHFD, C: XII, S: 3-4 (2008), s. 2; Seymen Çakar, Ayşen, "Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru", Umud Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, 11-12 Ekim 2013, Antalya.

haklarının temeli ve insanı insan yapan ve onu diğer canlılardan ayıran öz değerinin insan onuru olduğu söylenmelidir<sup>31</sup>. Buradan hareketle, insan onuru, insanın hem kendisine duyduğu öz saygıyı hem de başkaları tarafından kendisine duyulan saygıyı kapsar<sup>32</sup>.

İnsan onurunun korunması devlete bizzat Anayasa ile yüklenmiş bir görevdir<sup>33</sup>. Bu görev, devlete hem aktif hem de pasif yükümlülükler getirir. Gerçekten de, devlet insan onuruna dokunmamak biçiminde sadece pasif bir davranışla yetinemez; bunun yanı sıra insan onurunu aktif olarak da korumalıdır<sup>34</sup>. Nitekim devlet insan onurunu sağlamaya yönelik olarak birtakım kanuni düzenlemelere de yer verebilir. Örneğin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 94 ve 95'inci maddelerinde işkence bir suç olarak ihdas edilmiştir. Yine temelinde insanın şeref ve onurunu korumaya yönelik olarak TCK m.125'te hakaret ve 132 ve devamı düzenlemelerde özel hayatı ve hayatın gizli alanını korumaya yönelik olarak birtakım suçlar düzenlenmiştir.

Devlet, insan onuruna yapılacak saldırıları önlemekle yükümlü olduğu gibi, kendisi de bu yönde davranışlardan kaçınmalıdır. Bu itibarla, ceza muhakemesi işlemlerini yürüten devletin ve ilgili organlarının belirli bir dengede davranması gerekir. Gerçekten de insan onuru, ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma gayesine feda edilemez, edilmemelidir. Bunu sağlamaya yönelik olarak bazı yasaklayıcı normlara yer verilmesi ve soruşturma ve kovuşturma makamlarının bu yasaklara riayet etmesi gerekir. Nitekim buna yönelik olarak CMK'da da birtakım düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin, CMK m.148/1'de, şüphelinin veya sanığın beyanının özgür iradesine dayanması gerektiği, bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamayacağı düzenlenmiş yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında bu suretle elde edilen ifadenin şüpheli veya sanığın rızası olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.

Sonuç olarak, ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülüğünün bir diğer sınırını da kökenini esasen hukuk devleti ilkesinde bulan insan onurunun dokunulmazlığı

31 **Kafadar**, Muhammed Fatih, "Hukuk, Sivil Toplum ve Demokrasi: İnsan Onuru", Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, 11-12 Ekim 2013, Antalya, s. 2.

32 **Seymen Çakar**, s. 2; **Arslan**, Kahan Onur, "İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması", TBBD 2015 (120), s. 157-158.

33 **Kafadar**, s. 2. Nitekim Anayasa'nın 5'inci maddesinde; kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri içerisinde sayılmaktadır. Bu temel amaç ve görevlerin insan onurunu korumayı hedeflediği söylenebilir. Bkz. **Arslan**, s. 167. İnsan haklarının temelini oluşturan insan onuru, hem mevzuatında yer bulduğu devlet düzeni içerisinde temel hak veya temel hak benzeri bir hukuksal konumda sayılmakta hem de diğer temel hak ve özgürlüklerin hayata geçirilmesinde ve yorumlanmasında hukuk uygulayıcılarına yol gösterici bir rol oynamaktadır. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklere saygılı bir devlet ve toplum düzeni oluşturulması bakımından insan onuruna pozitif hukukta ve tercihen anayasalarda yer verilmesi büyük önem taşımaktadır. Bkz. **Hekimoğlu**, Mehmet Merdan, "İnsan haklarının temelini oluşturan 'insan onuru' kavramının Anayasal boyutları: Federal Almanya örneği", Kazancı Hukemli Hukuk Dergisi, Sayı: 71-72, Temmuz-Ağustos 2010, s. 101.

34 Bkz. **Hekimoğlu**, s. 111.



ilkesi oluşturmaktadır. Kanuni düzenlemelerle yasaklanmış olsun veya olmasın insan onuruna aykırı nitelikteki tüm ceza muhakemesi işlemleri katlanma yükümlülüğünün sınırını teşkil eder<sup>35</sup>. Zira şüpheli veya sanığın insan onuruna aykırı bir işleme katlanma yükümlülüğü altında olduğundan bahsetmek modern bir ceza ve ceza muhakemesi hukukunda mümkün değildir.

## D. Nemo Tenetur İlkesi

### 1. Genel Olarak

Kişinin kendini ve yakınlarını suçlayıcı nitelikte beyanlarda bulunmaya veya bu yönde delil göstermeye zorlanamaması olarak tanımlanan nemo tenetur ilkesi, bir kişinin kendi suçsuzluğunu ispat yükü altında olmaması, suçun ispatı hususunda yargılama makamlarına yardım etmeye zorlanamaması ve yargılamadaki pasif tutumunun kendi aleyhine yorumlanamaması anlamına gelmektedir<sup>36</sup>. Söz konusu ilke, şüpheli ve sanığı suçun ispatlanması konusunda soruşturma ve kovuşturma organları ile işbirliği yapıp yapmaktan serbest bırakır<sup>37</sup>.

Ceza yargılamasının en temel ilkelerinden birisi olan nemo tenetur ilkesine Anayasa'nın 38/5 maddesinde yer verilmiştir. İlgili düzenleme uyarınca; "*Hiç kimse kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya ve bu yönde delil göstermeye zorlanamaz.*"

Zorlamak, *birine bir şeyi yaptırmak amacıyla güç kullanmak, boyun eğdirmeye çalışmak, zor kullanmak, mecbur etmek* anlamına gelir<sup>38</sup>.

Zorlamak kavramından anlaşılması gereken, şüpheli veya sanığın kendi aleyhine delil göstermesi için doğrudan zorlama (*unmittelbarer Zwang*) veya dolaylı zorlama

35 **Bosch**, s. 37; **Dietz**, s. 1249; **Eisenhardt**, s. 129 vd.; **Nothelfer**, s. 63. Suçluluğu kesin hükümlerle sabit olan kişi, başka bir deyişle hükümlü bakımından dahi insan onurunun korunması infazın en temel ilkelerindedir. Nitekim 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 2'nci maddesi infazda insan onurunun korunması ile doğrudan bağlantılıdır. Gerçekten de CGTİHK'nin infazda Temel ilke başlıklı 2'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca; "*Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz*" hükmü yer almaktadır.

36 Ünver/Hakeri, s. 99. Bu yasak Latince'de "*Suçlayan olmadıkça ceza verilmez (Nemo punitur sine accusatore)*" ve "*Kimse kendi ayıbını açıklamak zorunda değildir (Nemo tenetur detegere turitudinem suam)*" anlamlarına da gelen "*Kimse kendine ihanet etmek zorunda değildir (Nemo tenetur se ipsum prodere)*" ve "*Kimse kendini suçlamak zorunda değildir (Nemo tenetur se ipsum accusare)*" şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. İtişgen, Rezzan, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, İstanbul 2013, s. 3. Nemo tenetur ilkesinin tarihi gelişimi için bkz. **Eidam**, Lutz, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 2007, s. 2; **Kölbels**, s. 214 vd.; **Luef-Kölbels**, Heidelberg, Der Beschuldigte: Vom Objekt zum Subjekt des Strafverfahrens, Hamburg 2005, s. 215 vd.; **Roğall**, Klaus, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst- Ein Beitrag "Nemo tenetur seipsum prodere" im Strafproze, Berlin 1977, s. 67 vd.; **Wolff**, s. 21 vd.

37 İlke, bir taraftan şüpheli veya sanığın susma, diğer taraftan da aktif savunma yoluyla kendisini suçlamadan kurtarabilme hakkını barındırır. Bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s.152. Bu yönüyle nemo tenetur ilkesi iki hususu kapsamına alır. Bunlar; **susma hakkı** ve **kendini suçlamaya karşı imtiyaz hakkı**dır. Bkz. İtişgen, s. 4.

38 Bkz. www.tdk.gov.tr (Erişim: 01.07.2016).

(*mittelbarer Zwang*) olarak başvuru her türlü baskıdır<sup>39</sup>. Buna göre, şüpheli veya sanığın üzerinde onu kendi aleyhine delil göstermeye zorlayan her türlü aktif hareket doğrudan zorlama, bu aktif hareketler dışında kalan ve şüpheli veya sanığın kendi aleyhine delil göstermesi için yapılan tehdit, aldatma gibi manevi her türlü baskı ise dolaylı zorlama olarak kabul edilebilir<sup>40</sup>. Şüpheli veya sanığın kendi aleyhine delil göstermemesi veya susması halinde, onu suçlu saymaya yönelik davranışlar yahut bu duruma bağlanan her türlü ceza da esasen *dolaylı zorlama (mittelbarer Zwang)* çerçevesinde değerlendirilebilir<sup>41</sup>.

Amacı maddi gerçeğin araştırılıp bulunması olan ceza muhakemesi hukukunda pek çok işlemin esasen zorlamaya dayalı olduğunda şüphe yoktur. Gerçekten de örneğin, ifadesi alınacak veya sorgusu yapılacak kişi davetiye ile çağrılır; çağrılma nedeni açıkça belirtilir; gelmezse zorla getirileceği yazılır (CMK m.145/1). Hakkında tutuklama kararı verilmesi veya yakalama emri düzenlenmesi için yeterli nedenler bulunan veya 145'inci maddeye göre çağrıldığı halde gelmeyen şüpheli veya sanığın *zorla* getirilmesine karar verilebilir (CMK m.146/1). Benzer şekilde, ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararların kâğıt üzerinde kalmamasını ve muhakeme masraflarının karşılanmasını sağlamak amacıyla, kural olarak, ceza muhakemesinde karar verme yetkisini haiz olan yetkililer tarafından, geçici olarak başvuru ve hükümden önce bazı temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren koruma tedbirlerinin<sup>42</sup> özünde de şüpheli veya sanık üzerinde bir zorlamanın var olduğundan bahsetmek gerekir<sup>43</sup>.

Nemo tenetur ilkesi kapsamında susma hakkının ve kendi aleyhine delil göstermeye zorlama yasağının tartışılması gerekir.

## 2. İlkenin Kapsamı

### a. Susma Hakkı

Susma hakkı, kişinin sadece susmasının onu dezavantajlı bir duruma düşürmemesi anlamına gelir<sup>44</sup>. Başka bir tanımla susma hakkı, şüpheli veya sanığın kendisine yönelik bir suçlama karşısında bu olaya ilişkin olarak sorulacak sorulara hiç yanıt vermemesini yahut istediği soruya yanıt verip istediği soruyu yanıtlamamasını ifade eder<sup>45</sup>. Susma hakkı ile şüpheli veya sanığın kendi aleyhine ifade vermesinin önüne geçmek suretiyle masumiyet karinesine ilişkin bir güvence sağlanmaktadır.

39 Doğrudan ve dolaylı zorlama kavramları için bkz. **Verrel**, s. 13.

40 **Benfer**, Jost/**Bialon**, Jörg, *Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft*, 4. Auflage, München 2010, s. 437; **Verrel**, s. 14 vd.

41 **Bosch**, s. 199; **Verrel**, s. 16.

42 Tanım için bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kirit/Özaydın/Akcan/Erden, s. 437.

43 Nitekim örneğin Alman Hukukunda koruma tedbirlerinin *zorlama tedbiri* olarak (*Zwangsmassnahmen*) da adlandırıldığı bilinmektedir. Bkz. **Roxin/Schünemann**, s. 232.

44 **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 622; İtişgen, s. 4.

45 **Yıldırım**, Ali, Sanığın Susma Hakkı, ABD, 1988/5-6, s. 683.

Uzun bir tarihsel geçmişe sahip olan susma hakkı<sup>46</sup>, temel haklara ilişkin uluslararası metinlerde de yerini bulmuştur. Nitekim 1789 Fransız Devrimi'nin ardından insan haklarını korumak amacıyla yayımlanan İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 9'uncu maddesinde masumiyet karinesine yer verilmiştir. Kişi, suçluluğu sabit oluncaya kadar masum sayılıyorsa, susma hakkına da sahiptir.

Yine 10 Aralık 1948'de kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 11'inci maddesinde *'Bir suç işlemekten sanık herkes, savunması için kendisine gerekli bütün tertibatın sağlanmış bulunduğu açık bir yargılama ile kanunen suçlu olduğu tespit edilmedikçe masum sayılır.'* denilerek masumiyet karinesine vurgu yapılmış ve 5'inci maddesinde de hiç kimsenin işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tâbi tutulamayacağı ifade edilmiştir.

Benzer şekilde, 16 Aralık 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşme'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 14'üncü maddesinde, hakkında bir suç isnadı bulunan kimsenin, bu isnadın karara bağlanmasında kendi aleyhine tanıklık yapmaya veya bir suçu itirafa zorlanamama hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmiştir. Yine 1975 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Muamele ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde de kişiden doğrudan veya dolaylı kanıt elde etmek amacıyla işkence yapmanın yasak olduğu ifade edilerek susma hakkı üzerinde durulmuştur. Gerçekten de, Sözleşme'nin en önemli hükümlerinden biri, işkence yoluyla alınmış herhangi bir ifadenin delil olarak kullanılmasını önlemeye yönelik 15'inci maddedir. İlgili düzenleme uyarınca; *"İşkence yapılarak alındığı tespit olunan herhangi bir ifadenin, işkence yapmakla itham olunan kişi aleyhinde delil olarak kullanılması hariç, herhangi bir kovuşturmada delil olarak kabul edilmemesi sağlanacaktır."*<sup>47</sup>

Susma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) açıkça ifade edilen bir hak değildir. Buna karşılık, Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6/1 maddesine göre; herkes, kişisel hak ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul bir sürede, hakkaniyete uygun ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Yine Sözleşme'nin 6/2 maddesinde de, hakkında suç isnadı bulunan bir kimsenin hukuka göre suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılacağı kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de susma hakkının adil yargılanma hakkına ilişkin olarak 6'ncı maddenin içeriğinde yer aldığını ortaya koymuş ve susma hakkını adil yargılanma hakkının uzantısı olarak kabul ederek bu hakkın sanığı kamu makamları tarafından gerçekleştirilecek kötü muamelelere ve zorlamalara karşı koruyacağını, yargılama hatalarının önüne geçerek adil yargılanma hakkını gerçekleştirmede rol oynayacağını belirtmiştir<sup>48</sup>.

46 Susma hakkının tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Böse**, Martin, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes "Nemo tenetur se ipsum accusare", GA 2002, s. 108 vd.; **Guradze**, Heinz, Schweigerecht und Unschuldsvermutung im Englisch-Amerikanischen und Bundesdeutschen Strafprozess, Festschrift für Karl Loewenstein, Tübingen, s. 152 vd.; **Rogall**, s. 67 vd.; **Wolff**, s. 21 vd.

47 **Er**, Cüneyd, "İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi", TBB Dergisi, S: 60, 2005, s. 177.

48 İtişgen, s. 8; **Vitkauskas**, Dovydas/**Dikov**, Grigoriy, (Çev: Serkan **Cengiz**), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı, Strazburg 2012, s. 70

Sessiz kalmanın mahkemede sanığın aleyhine kullanılıp kullanılmayacağı veya sanığın sessiz kalmasının bazı şartlarda kendi aleyhine olabileceği konusunda önceden uyarılmasının bir baskı oluşturup oluşturmadığı AİHM tarafından tartışılmıştır. Nitekim AİHM, 08.02.1996 tarih ve 18731/9 sayılı John Murray/Birleşik Krallık kararında; sanığın sorgu sırasında susması halinde bu durumdan sanık aleyhine sonuçlar çıkarmanın 6'ncı maddenin ihlalini oluşturup oluşturmayacağını tartışmıştır. Bu kararında mahkeme, mahkûmiyetin sadece ya da esas olarak sanığın susmasına veya sorulara cevap vermemeye ya da delil sunmayı reddetmesine dayandırmanın susma hakkı ile bağdaşmayacağını tespit etmiştir. Mahkemeye göre, sanığın sahip olduğu imtiyazlar, savcılığın sunduğu delilin ikna ediciliği değerlendirilirken açık bir biçimde izah edilmeye muhtaç bir durum ortaya çıktığında, sanığın sessiz kalmasının dikkate alınmasını engelleyemez ve engellememelidir. Mahkemeye göre susma hakkı mutlak değildir; mahkeme sanık aleyhine olan delilleri değerlendirmeye çalışırken, sanığın ceza yargılaması sırasında susmaya karar vermesi hiçbir sonuç doğurmayacak demek değildir. Mahkemeye göre, sanığın susmasından tersine sonuç çıkarmanın 6'ncı maddeyi ihlal edip etmediğinin anlaşılması için davanın koşullarının dikkate alınması, milli mahkeme tarafından deliller değerlendirilirken susmaya verilen ağırlığa ve mevcut durumdaki zorlama derecesine bakılması gerekir<sup>49</sup>. AİHM 17.12.1996 tarih ve 19187/91 sayılı Saunders/Birleşik Krallık kararında da; sanığın kendisini suçlamama hakkının sanığın susma iradesine saygı ile ilgili olduğunu, sanığın iradesi hilafına zorlama ile ifade alma metodunun sanıktan zorlama ile alınabilen ve sanığın iradesinden bağımsız olarak var olan kan, idrar veya diğer doku örnekleri veya bir müzekkereye bağlı olarak elde edilen bir belge gibi materyallerin kullanılmasından farklı olduğunu, kendini suçlamama hakkının bu halleri kapsayacak şekilde genişletilemeyeceğini belirtmiştir<sup>50</sup>.

Hemen ifade etmek gerekir ki; öğretide susma hakkının lehinde ve aleyhinde görüşler bulunmaktadır. Susma hakkına karşı çıkan görüşe göre, özellikle Nasyonal Sosyalist Almanya'da olduğu gibi, otoriter rejimlerde şüpheli veya sanığın ceza yargılamasına yardımcı olması gerektiği ve sanığın meşru otoriteye boyun eğmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>51</sup>. İtham sisteminin bir sonucu olarak, soru sorma hakkı olan sanığın ken-

vd.

49 AİHM, 08.02.1996 tarih ve 18731/9 sayılı John Murray/Birleşik Krallık kararı için bkz. www.hudoc.echr.coe.int/eng (Erişim: 11.02.2018). *Bu davadan; 1. Sanığın susma hakkının mutlak olmadığı, 2. Bir ceza tehdidi ile konuşturulmaya zorlanamayacağı fakat susmanın kendisi aleyhine sonuç çıkarılmasına neden olabileceği konusunda uyarılabileceği, 3. Savcılığın sunduğu güçlü ve izah edilmeye muhtaç deliller var ise bu deliller karşısında sanık tarafından açıklama yapılmamasının deliller değerlendirilirken suçlu olduğu yönünde bir sonuç ortaya çıkarılabileceği, 4. Sanığın susmasının, sorulara cevap vermemesinin veya delil göstermemesinin mahkûmiyetin tek ve esas dayanağı olamayacağı, başka delillerin de olması gerektiği, 5. Mahkemenin böyle bir sonuç çıkarması durumunda gerekçenin detaylı olması, bu konuda sanığın yeterince açık bir biçimde aydınlatılmış olması, bir üst mahkeme tarafından tekrar incelenmesi gibi güvencelerin olması gerektiği yönünde sonuçlar çıkarılabileceği* hususunda bkz. İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı- Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, İkinci Bası, İstanbul 2005, s.281 vd.

50 AİHM 17.12.1996 tarih ve 19187/91 sayılı Saunders/Birleşik Krallık kararı için bkz. www.hudoc.echr.coe.int/eng (Erişim: 11.02.2018).

51 Bilgi için bkz. **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 445.

disine yöneltilen sorulara da cevap verme yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>52</sup>. Ceza yargılama-  
masının temel amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi gerçeğe ulaşılmasında sanığın  
da menfaati bulunmaktadır. Gerçekten de, sanık susmayarak maddi gerçeğin ortaya  
çıkartılmasına hizmet eder. Kaldı ki, sanık susmayarak kendisini temize çıkarma ve hak  
ettiğinden daha fazla ya da daha az bir ceza almasına da engel olacaktır. Buna karşın,  
susma hakkını kabul eden görüşler, her şeyden önce sanığın sorgusunu bir delil elde  
etme aracı ve/veya yöntemi olarak değil, savunmanın bir parçası olarak tayin eder. Bu  
görüşe göre, sanık savunmasını aktif ya da pasif biçimde gerçekleştirebilir. Sorulan so-  
rulara cevap vermek sanık için aktif bir savunma ise bu sorulara yanıt vermemek de  
sanık bakımından pasif bir savunma biçimidir<sup>53</sup>. Kaldı ki, hiçbir insanın kendini koruma  
içgüdüğü ile kendi aleyhinde beyanda bulunması söz konusu olamayacağı için, sanıktan  
kendini suçlamasını beklemek mantıklı değildir. Hiç kimse sadist ya da deli olmadıkça  
kendisini sınırlayacak ve acı verecek bir durum altına sokmak istemez. Bu nedenlerle  
yasa, sanığa susma hakkı tanımıştır<sup>54</sup>.

Dayanaklarını evrensel hukukta ve Anayasamızda bulan susma hakkı uyarınca, hiç  
kimse kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaz. Buna göre,  
şüpheli veya sanığın zorla ifadesinin alınması veya sorgusunun yapılması mümkün  
değildir. Şüpheli veya sanığın bu yönde bir yükümlülüğü olduğundan ve ifade ve sorguya  
katılmak ve hatta beyanda bulunmak yükümlülüğünün bulunduğu bahsedilemez.  
CMK'da şüpheli veya sanığın susma hakkına işaret eden düzenlemelere yer verilmiştir.  
Nitekim CMK'nın İfade ve Sorgunun Tarzı başlıklı 147'nci maddesinin birinci fıkrasının e  
bendi uyarınca, şüpheli veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde  
yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu kendisine bildi-  
rilecektir. Yine CMK'nın İfade ve Sorguda Yasak Usuller başlıklı 148'inci maddesi uyarınca,  
şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanması gerekir. Bunu engelleyici nitelikte  
kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı  
araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. Zira bu yöntemlere  
başvurmak, şüpheli veya sanığı zorlayarak kendisi hakkında açıklamada bulunmaya, diğer  
bir söylemle kendisi aleyhine delil göstermeye zorlamak anlamına gelecek olup nemo te-  
netur ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden katlanma yükümlülüğünün de sınırını oluşturur.

Buna karşın, CMK m.147/1-a uyarınca şüpheli veya sanık, ifade ve sorgu sırasında  
kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür. Kanun koyucu bu-  
rada susma hakkına bir istisna getirmiş durumdadır. Başka bir deyişle, şüpheli veya sa-  
nığın kimliği ile bilgiler konusunda doğru bilgi verme konusunda aktif katılma yükümlü-  
lüğü vardır. Yani kişi, kimlik bilgisi hakkında susma hakkına sahip değildir<sup>55</sup>. Buna karşın

52 Bilgi için bkz. **Erem**, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1970, s. 158; **Aksoy İpekçioğlu**, Pervin, "Gözetimden Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri", AÜHFD, C: 57, S: 3, 2008, s. 64; **Kocaoğlu**, Serhat Sinan, "Susma Hakkı", ABD, S: 69, 2011/1, s. 52.

53 **Dingeldy**, s. 407; Özgenç, İzzet, "Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki Sonuçları", Hukuk Araştırmaları Dergisi (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi), C: 19, S: 1-3, 1995, s. 139.

54 **Erem**, Faruk, "Susma Hakkı", Bursa Barosu Dergisi, 1980, s. 11.

55 Özgenç, s. 136; **Ertuğrul**, s. 697.

öğretide, kimlik bilgilerine dair ifade vermenin sadece şüpheliyi zor durumda bırakacak hallerde kabul edilemez olduğunu savunan<sup>56</sup> ve şüphelinin hiçbir şekilde kimlik bilgilerine ilişkin de ifade vermeye zorlanamayacağını, bunun susma hakkının doğal yapısına aykırı olduğunu savunan görüşler<sup>57</sup> de mevcuttur. Şüpheliden medeni durumu ya da hangi işte çalıştığı yönünde bilgiler istemek suretiyle soruşturma ve kovuşturma makamları, bu verilerle şüpheliye ait diğer bilgilere erişebilir, şüphelinin ailesine ve sosyal çevresine ulaşabilir. Esasen kimliğe ilişkin sorular sayesinde esasa ilişkin de pek çok bilgiye ulaşılması mümkün olabilir. Burada şüpheli veya sanığın kimliğine ilişkin ifade vermesi ile kişisel ilişkilerine ilişkin ifade vermesi hususunda ikili bir ayrıma gidilmesi gerekir<sup>58</sup>. Kimliğe ilişkin ifade verilmesi, başka bir deyişle kimlik tespiti; huzura davet edilen, getirilen veya yakalanan kişinin gerçekten şüpheli olarak kendisine karşı soruşturma yürütülen kişi olup olmadığının belirlenmesi amacıyla yapılır<sup>59</sup>. Kişisel ilişkilere ilişkin ifade alma ise şüpheliye akrabalık ilişkileri, çocukluk ve gençlik dönemi, yetişkinlik dönemi gibi hususlarda soru sorularak bilgi almaya yöneliktir. Hatta toplu olarak işlenen bazı suçlara ilişkin soruşturmalarda ifadesi alınan şüphelinin diğer şüphelilerle tanışıklıkları ve bağlarına ilişkin bilgi almak yönünde sorular sorulduğu da bilinmektedir. Bu yönüyle kişisel ilişkilere ilişkin ifade almanın şüphelinin kimliğinin yanı sıra kişiliğini de açığa çıkartmak suretiyle, onun görülebilir bir resmini belirleme niteliğine sahip olduğu söylenmelidir<sup>60</sup>. Kuşkusuz ki, CMK m.147/1-a'da getirilen kural ile amaçlanan şüpheliyi özgeçmişini açıklamak zorunda bırakmak ve bu şekilde kendisinden esasa teşmil edebilecek delil elde etmek değildir. Dolayısıyla kişiliğe ilişkin sorularda şüphelinin susma hakkını kullanabileceğini ve bu surette ifade vermeye zorlanmayacağını belirtmek gerekir<sup>61</sup>.

Kimliğe ilişkin ifade almada da şüphelinin sorulara cevap verme yönündeki yükümlülüğü bakımından da ikili bir ayrıma gidilmelidir. Şayet şüphelinin kimliğine ilişkin vereceği bilgiler esasa ilişkin açıklama yapmak ve kendini suçlamak anlamına sahipse bu durumda ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılmak suretiyle delil göstermeye zorlama yasağı uyarınca şüphelinin kimliğine ilişkin bilgilerde dahi susma hakkı devreye sokulmalıdır. Bu gibi durumlarda şüphelinin gerçek kimlik bilgilerinin saptanması soruşturma makamlarının görevi olmalıdır<sup>62</sup>.

56 **Bosch**, s. 148 vd.; **Roxin/Schünemann**, s. 195.

57 Bu yönde bkz. **Eser**, s. 565 vd; Rüping, Hinrich, Zur Mitwirkungspflicht des Beschuldigten und Angeklagten, JR 1974, s. 137; **Wessels**, Johannes, Schweigen und Leugnen im Strafverfahren, JuS 1966, s. 176; **Dietz**, s. 1225-1226; **Toprak**, Ufuk, Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 1, Yıl: 2, Sayı: 7 (20 Ekim 2011), s. 263.

58 Ayrım hususunda bkz. **Demirbaş**, s. 117 vd.

59 *Demirbaş'a göre bunun için üç sorunun temel alınması gerekir: 1. Huzurdaki kişinin doğru ve tam kimliği nedir? 2. Huzura davet edilen veya getirilen kişi, gerçekten getirilmesi istenen kişi midir? Muhakeme gerçekten huzura getirilen bu kişiye karşı mı yürütülmektedir? Bkz. Demirbaş, s. 117.*

60 **Demirbaş**, s. 124.

61 **Demirbaş**, s. 124.

62 Bu yönde bkz. **Demirbaş**, s. 118; **Bringewat**, P., Der "Verdaechtige" als schweigeberechtigte Auskunftsperson?, JZ 1981, s. 294; **Toprak**, s. 263. İtişgen ise, kişinin kimliği hakkında susma hakkına sahip olup olmadığını

## b. Kendi Aleyhine Delil Göstermeye Zorlama Yasağı

AY'nın 38/5 düzenlemesinde yer alan ve hiç kimsenin kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya zorlanamayacağına ilişkin ifade susma hakkını, hiç kimsenin kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir delil göstermeye zorlanamayacağı ilkesi ise genel anlamda kendi veya yakınları aleyhine delil göstermeye zorlama yasağını ifade etmektedir.

Kendini suçlamaya karşı imtiyaz hakkı olarak da ifade edilen<sup>63</sup> ilke, ceza yargılamasında belirli bir bilgi veya delile ulaşmak için şüpheli veya sanığa karşı zor kullanılmayacağı ile ilgilidir. Gerçekten de nemo tenetur ilkesi sadece ifade ve sorgu sırasındaki susma hakkını değil, aynı zamanda ceza muhakemesinin diğer işlemlerinde kendi aleyhine delil verme yasağını da kapsar.

Şüpheli veya sanığın kendini suçlamaya karşı imtiyaz hakkından anlaşılması gereken en önemli husus, kendisi aleyhine yapılan ceza muhakemesi işlemlerine aktif olarak katılımının yasak olduğu, bu işlemlere ancak pasif bir katlanma yükümlülüğünün bulunduğudır. Aktif kelimesine yüklenen anlam uyarınca ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılım, şüpheli veya sanığın bu işlemlere *etkin, canlı* ve *hareketli*<sup>64</sup> olarak katılması olarak anlaşılmalıdır. Buna göre, şüpheli veya sanıktan bu işlemlere ancak pasif olarak katlanması; yani hareketsiz ve sessiz kalarak katlanması beklenebilir<sup>65</sup>.

---

belirleme konusunu üçe ayırarak ele almak gerektiğini ifade etmektedir. İlk olarak, kimlik bilgisi istenen kişi henüz şüpheli sıfatını kazanmamış ve önleyici kolluk faaliyetleri çerçevesinde kimlik bilgileri istenilmişse bu durumda kimlik bilgileri konusunda susma hakkının var olduğundan bahsedilemeyecektir. Şayet kimlik bilgisi istenilen kişi şüpheli sıfatını haiz ise ve ferden tayin edilmiş ise yine kimlik bilgileri konusunda susma hakkı bulunmamalıdır. Zira yargılama yapılabilmesi için kişinin kimliği ile ilgili hususların bilinmesi gerekmektedir. Nitekim cezanın tespitinde failin geçmişi, sosyal ilişkileri gibi hususlar dikkate alınmaktadır. Adil yargılamaya ilişkin kimlik bilgisi konusunda ifade verme mecburiyeti susma hakkının bir istisnası olarak kabul edilmektedir. Yine bu konuda da sorun çıkarması, yani susma hakkının sınırlandırılabilmesi için ya bu hakka Anayasa'da yer verilmemesi ya da Anayasa m.38/5'teki düzenlemenin "*Kişi kendisi ya da yakınlarını suçlayan beyanda bulunmaya zorlanamaz*" şeklinde değişmesi gerektiğini ifade etmektedir. Son olarak, bir suç işlenmiş olmakla birlikte, bunun kim tarafından işlendiğinin tespit edilemediği durumlarda kimlik sorulması halinde, suçu işleyen kişi henüz ferden tayin edilmediğinden burada kimlik konusunda yapılan açıklama aslında suçu ihbar niteliğindedir ve bu yüzden susma hakkı kapsamında korunmalıdır. Bkz. İtişgen, s. 158-159.

63 İtişgen, s. 4.

64 Bkz. www.tdk.gov.tr (Erişim: 02.07.2017).

65 **Bärlein, Michael/Panaris, Panos/Rehmsmeier, Jörg**, Spannungsverhältnis zwischen der Aussagefreiheit im Strafverfahren und den Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren, s. 1825; **Beulke**, s. 86; **Centel/Zafer**, s. 157; **Dallmeyer**, Jens, Verletzt der zwangsweise Brehmitteleinsatz gegen Beschuldigte deren Persönlichkeitsrechte?, StV 1997, s. 608; **Dingeldey**, s. 412; **Engländer**, Armin, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht, 7. Auflage, Heidelberg 2015, s. 24; **Greco**, Lu s/**Caracas**, Christian, Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit, NStZ 2015, s. 11; **Haller**, Klaus/**Conzen**, Klaus, Das Strafverfahren- Eine systematische Darstellung mit Originalakte und Fallbeispielen, 7. Auflage, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg 2014, s. 65; **Hartmann**, Arthur/**Schmidt**, Rolf, Strafprozessrecht- Grundzüge des Strafverfahrens, 6. Auflage, Bremen 2016, s. 74; **Heger**, Martin, Strafprozessrecht, Stuttgart 2013, s. 49; **Kasiske**, s. 18; **Kindhäuser**, Urs, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2016, s. 66; **Kleszczewski**, Diethelm, Strafprozessrecht, 2. Auflage, München 2013, s. 35; **Roxin/Schünemann**, s. 111; **Schäfer**, s. 52; **Stürner**, Rolf, Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981, s. 1757; **Wolff**, s. 92.

Pasif katlanma yükümlülüğü ile aktif katılıma zorlama yasağı arasındaki çizginin çok keskin olduğu söylenemez<sup>66</sup>. Öğretide bu ayrımın yapılmasında, şüpheli veya sanık tarafından yapılan basit fiziksel bir hareketin aktif katılım olarak kabul edilmemesi gerektiği, önemli derecede bazı bedensel aktivitelerin aktif katılım çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>67</sup>. Öğretide bir başka görüşe göre, aktif katılım ve pasif katılım arasındaki fark; şüpheli veya sanığın, deyim yerindeyse sadece *gözle müşahede edilebilen bir delil (Augenscheinsbeweis)* gibi kabul edilmesi ile yapılabilir. Buna göre, şüpheli veya sanığın ilgili işlem sırasında konuşması, beyanda bulunması veya delil vermek için soruşturma ya da kovuşturma makamlarına yardımcı olması konusunda bir zorlama yapılamaz<sup>68</sup>. Şüpheli veya sanığın aktif katılımını gerektiren bir ceza muhakemesi işlemi ile ilgili bu işleme katılmak ya da katılmamak konusunda karar verme özgürlüğü (*Freiheit vor aktiver Mitwirkung*) bulunmaktadır. Aksi yönde bir kural veya uygulama nemo tenetur ilkesin aykırı olacaktır.

Hemen ifade edelim ki, bu yönde bir kurala CMK'da ayrıntılı ve açıkça yer verilmiş değildir. Ancak bu kuralın temel haklara müdahaleye dair genel prensiplerden çıkarılabilmesi mümkündür<sup>69</sup>.

Öğretide şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılıma zorlanması yasağının istisnasını bu yönde kanuni bir düzenlemenin varlığı oluşturabileceği ifade edilmekte, örneğin sanığın kural olarak duruşmada bulunmak zorunda olduğu ve hazır bulunmayan sanık hakkında -istisnalar hariç olmak üzere- duruşma yapılmayacağı, gelmemesinin geçerli nedeni olmayan sanık hakkında zorla getirme kararı verilebileceği, nitekim CMK'nın 193/1 maddesinde bu hususun düzenlendiği ifade edilmektedir<sup>70</sup>. Ancak kanaatimizce burada nemo tenetur ilkesi bakımından sıkıntılı bir durum söz konusu değildir. Zira zorla getirme yoluyla kişiden zorlama ile bir delil alınması aynı şey değildir. Başka bir deyişle, şüpheli veya sanığın kural olarak ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülüğü vardır. Ancak bu işlemlerden kendisi aleyhine delil

66 **Eidam**, s. 135; **Eisenhardt**, s. 48; **Köbel**, s. 48. Aktiflik ve pasiflik ile katlanma yükümlülüğünün açıklanmaya çalışılmasının her zaman doğru bir sonuç vermeyeceği, zira pasif bir şekilde katıldığı işlem ile de şüphelinin insan onurunu zedeleyen bir muameleye maruz kalabileceği yönünde bkz. **Wolfslast**, Gabriele, Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung- Besprechung des BGH-Urteils vom 9.4.1986- 3 StR 551/85 (NSTZ 1987, 133)-, NSTZ 1987, s. 104 vd. Öğretide, nemo tenetur ilkesinin şüpheli veya sanık tarafından aktif biçimde hareket etmesi ile pasif olarak katlanması arasında suni bir ayrım yapılarak açıklanmasının mümkün olmadığına, şüphelinin aktif-pasif davranışına göre yapılan ayrımın suiistimale elverişli olup gerek kolluk ve savcılıkça gerek şüpheli veya sanık tarafından suiistimal edilebileceğine ve muhakemenin amacına aykırı uygulamalara neden olabileceğine yönelik eleştiriler için bkz. Ünver/Hakeri, s. 99.

67 Bu yönde bkz. **Binder**, Detlev/**Seemann**, Ralf, Die zwangweise Verabreichung von Brechmitteln zur Beweissicherung, NSTZ 2002, s. 234; **Wolff**, s. 94; **Verrel**, s. 224; **Zaczyk**, Rainer, Anmerkung - OLG Frankfurt/M., Urt. v. 11.10. 1996- 1 Ss 28/96, StV 2002, s.125; Ancak bunun da aktif ve pasif hareket arasındaki farkı anlatma için yeterli olmadığı yönüne bkz. **Köbel**, s. 49.

68 **Dingeldey**, s. 412; **Grünwald**, Gerald, Anmerkung-BGH Beschlu v. 30.4.1968- 1 StR 625/67 (OLG Karlsruhe), JZ 1968, s. 752; **Haas**, Günter, Der Beschuldigte als Augenscheinobjekt, GA 1997, s. 368 vd.; **Kasiske**, s. 18; **Rogall**, s. 54; **Wolff**, s. 95.

69 **Kühne**, s. 76; **Rogall**, s. 55; **Wolff**, s. 92.

70 **Dingeldey**, s. 412.



verme mahiyetindeki işlemler bakımından sadece pasif bir katlanma yükümlülüğünden bahsedilebilir. Yani, sanığın duruşmada hazır bulunması bir yükümlülüktür. Ancak bu yükümlülüğü yerine getiren sanığın duruşmada ayrıca beyanda bulunmak konusunda bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dolayısıyla sanık hakkında duruşmaya zorla getirme kararı verilmiş olsa bile bu onun aktif bir katılımla kendisi aleyhine delil vermeye zorlanacağı anlamını taşımaz. Bizce, şüpheli veya sanığın aktif bir katılımda bulunmak suretiyle kendisi aleyhine delil göstermeye zorlayıcı bir kanun maddesinin varlığı da AY m.35/8'in açık ve hiçbir istisna teşkil etmeyen hükmü karşısında Anayasa'ya aykırı olacaktır.

Kuşkusuz ki, şüpheli veya sanığın kendi özgür iradesi ile ceza muhakemesi işlemlerine aktif olarak katılması ve kendisi veya yakınları lehine yahut aleyhine delil göstermesi mümkündür. İlke uyarınca kabul edilmeyen, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine aktif olarak katılmak suretiyle kendisi veya yakınları aleyhine delil göstermeye zorlanmasıdır<sup>71</sup>. Nitekim şüpheli veya sanığın zorlanması halinde bu durum aşağıda açıklayacağımız üzere çoğu zaman kötü muamele ve işkence yasağının da ihlali anlamına gelecek uygulamalara sebebiyet verebilir<sup>72</sup>. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin de yakın tarihli bir kararında belirttiği üzere, zorlama, en hafif şeklinde dahi niteliği gereği *asgari düzeyde cebir* içeren bir eylemdir<sup>73</sup>.

Katlanma yükümlülüğü belirlenirken bu sınırların hepsinin bir arada gözetilmesi ve dikkate alınması gerekir. Aşağıda, bu sınırlar çerçevesinde katlanma yükümlülüğü bakımından tartışılabilir bazı ceza muhakemesi işlemleri değerlendirilecektir.

### III. Katlanma Yükümlülüğü Bakımından Tartışılabilir Bazı Ceza Muhakemesi İşlemleri

#### A. Şüpheli veya Sanığın Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

CMK m.75'te şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ile vücudundan örnek alınması düzenlenmiştir. Maddeye göre, bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç; tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme,

71 Yenisey/Nuhoğlu, s. 65.

72 Örneğin, sahtecilik soruşturma ve kovuşturmaları bakımından şüpheli sanığın imza örneği alınmaktadır. Kuşkusuz ki imza örneği verilmesi, şüpheli veya sanığın aktif katılımını gerektirir. Şüpheli veya sanığın söz konusu imza örneğini herhangi bir baskı ve zorlamaya maruz kalmaksızın kendi özgür iradesiyle adli makamlara vermesi halinde nemo tenetur ilkesine aykırı bir durumdan bahsetmek mümkün değildir. Buna karşın, imza örneğinin zorla alınması, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılıma zorlanmasıdır. Bu durum ise nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla, şüpheli veya sanık kendi iradesiyle bu yazı/imza örneğini vermedikçe, bunlar alınmaz. Bunun verilmemesi de, aleyhe yorumlanamaz. Bkz. **Haller/Conzen**, s. 66; **Roğall**, s. 229; Ünver/Hakeri, s. 99. Aktif katılım yasağı hakkında bilgi verilmeksizin alınan el yazısı veya imza örneklerinin delil değeri bulunduğuyla ilişkin bkz. OLG Hamm, NJW 1967, s. 1524 vd. Aksi yönde bkz. **Dahs**, Hans/**Wimmer**, Raimund, Unzulässige Untersuchungsmethoden bei Alkoholverdacht, NJW 1960, s. 2222.

73 Bkz. 15.12.2015 tarih ve 2013/5545 Başvuru Numaralı Turan Günana Kararı.

yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz<sup>74</sup>.

Yine CMK'nın 75/4 maddesine göre, cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.

İç beden muayenesi veya vücuttan örnek alınmasında amaç; soruşturma veya kovuşturma konusu olaya ilişkin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır<sup>75</sup>. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile gerçekleştirilen esasen, şüpheli veya sanığın vücudu üzerinden kendisi lehine veya aleyhine sonuç doğurabilecek nitelikte delil elde edilmesidir. Dolayısıyla şüpheli veya sanığın özellikle ilgili ceza muhakemesi işlemine rıza göstermediği durumlarda katlanma yükümlülüğünün olup olmadığı ve varsa bunun sınırlarının ne olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Nitekim Anayasa m.38/5'in de açıkça belirttiği gibi, hiç kimse kendisi ve yakınları aleyhine beyanda bulunmaya veya delil göstermeye zorlanamaz.

Şüpheli veya sanığın beden muayenesine veya vücuttan örnek alınmasına katlanma yükümlülüğünün sınırını da şüphesiz ki insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi, oranlılık ilkesi ve ilgili işleme aktif olarak katılmaya zorlama yasağı oluşturmaktadır.

CMK'da beden muayenesinin veya vücuttan örnek alınmasının oranlılık ilkesi kapsamında yapılmasına ilişkin hâlihazırda bazı sınırlamalara yer verilmiştir. Nitekim CMK 75/2 uyarınca, ilgili muayene veya vücuttan örnek alınması kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi içeriyorsa bu işleme katlanma zorunluluğunun varlığından bahsedilemeyeceği gibi bu durumun varlığına rağmen ilgili işlemi yapan hekimin de ayrıca hukuki ve cezai sorumluluğu söz konusu olabilecektir<sup>76</sup>. Benzer şekilde, oranlılık ilkesinin bir sonucu olarak üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması yasaklanmıştır. Bu kurala aykırı biçimde gerçekleştirilen beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemleri hukuka aykırı olacağı gibi, şüpheli veya sanığın bu yönde yapılan bir muayeneye katlanma yükümlülüğünün varlığından da bahsedilemez.

Hemen ifade edelim ki; soruşturulan veya kovuşturulan suçla bağlantılı olmayacak şekilde, şüpheli veya sanığın beden muayenesini yapmak veya vücudundan örnek almak da oranlılık ilkesi ile bağdaşmaz. Örneğin, hakaret suçu ya da tehdit suçu gibi bir suç sebebiyle yapılan soruşturma veya kovuşturmada şüpheli veya sanıktan saç, tükürük gibi vücutsal örnekler alınmasında bir oranlılıktan ve gereklilikten bahsedilemez. Dolayısıyla şüpheli veya sanığın böyle bir işleme katlanma yükümlülüğü de kanaatimizce mevcut değildir.

74 Hemen belirtmek gerekir ki, yapılan düzenleme ile beden muayenesi iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrılmıştır. İç beden muayenesi; kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi, **dış beden muayenesi** ise, vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesini ifade etmektedir (Bkz. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m.5).

75 **Centel/Zafer**, s. 271; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 541; **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 518; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 639; İnci, Zekiye Özen, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", *İzBD*, Y: 72, S: 1, s. 135; **Ersin**, s. 198. Bu yönde Yarg.6.CD, 28.05.2008 tarih, 2008/810 E. ve 2008/11766 K. sayılı ilamı için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

76 Benzer yönde bkz. **Ertuğrul**, s. 692.

Öğretideki hâkim görüş, şüpheli veya sanığın beden muayenesine veya vücuttan örnek alınmasına katlanma yükümlülüğünün bulunduğu ve fakat bu işlemlere aktif bir katılıma zorlanamayacağı yönündedir<sup>77</sup>. Daha açık bir ifadeyle, şüpheli veya sanık bu işlemlere etkin, canlı ve hareketli olarak katılmaya zorlanamaz. Şüpheli veya sanıktan bu işlemlere ancak pasif olarak katılması; yani hareketsiz ve sessiz kalarak katlanması beklenebilir. Oysa beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması işlemleri mahiyeti gereği pek çok durumda şüpheli veya sanığın esasen aktif katılımını gerektirecektir<sup>78</sup>. Örneğin, şüpheli veya sanıktan muayene edenin sorularının yanıtlaması, idrar istenmesi yahut yürümesi, dizlerini bükmesi, kollarını uzatması veya dönmesi veyahut dilini dışarı çıkarması istenildiğinde ne olacaktır? Öğretide bazı yazarlar, aktif katılım ve pasif katlanma yükümlülüğünü yapılan işlemler bazında ele almakta ve doktorun sorularına cevap vermek veya doktorun talimatları bazı hareketleri yapmak yahut kan örneği alınmasına müsaade etmek gibi bazı basit katılımlar bakımından aktif bir katılımın söz konusu olmayacağını ifade etmektedir<sup>79</sup>. Aksi yönde bir görüş ise bu sorulara olumsuz yanıt vermektedir. Yani tüm bu işlemlerin de aktif bir katılım anlamına geldiğini ve şüpheli veya sanığın kendisi aleyhine aktif bir katılıma zorlanarak delil vermesinin nemo tenetur ilkesine aykırılık oluşturacağı ifade etmektedir ki biz de bu görüşe katılmaktayız<sup>80</sup>.

Kaldı ki; sorun kendisini uygulamada daha ziyade şüpheli veya sanığın rızası hilafına bu işlemlerin nasıl tatbik edileceği hususunda göstermektedir. Zira şüpheli veya sanığın beden muayenesine veya vücuttan örnek alınmasına yönelik işlemlere rızası varsa, kandanaki şartlara uygun olmak üzere, şüpheli veya sanığın aktif katılımıyla bu işlemlerin yapılmasına bir engel olmadığı gibi burada bir zorlamadan da bahsedilebilmesi mümkün değildir. Buna karşın, şüpheli veya sanığın beden muayenesi veya vücuttan örnek alınmasına rızası bulunmamakta ise söz konusu işlemlerin nasıl yapılacağını, bunun katlanma yükümlülüğünün sınırlarını ihlal edip etmeyeceğinin ayrıca cevaplanması gerekir.

Hemen ifade edelim ki; CMK'da bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiş olmakla birlikte, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in<sup>81</sup> 18/1 maddesinde; mevzuatta aranan tüm koşullar

77 Bu yönde bkz. **Beulke**, s. 86; **Bosch**, s. 285; **Ciarniak**, Jürgen/**Herb**, Gregor, Pflicht zur Belehrung über die Freiwilligkeit der Teilnahme an einer Atemalkoholmessung, NZV 2012, s. 410; **Cramer**, Steffen, Strafprozessuale Verwertbarkeit ärztlicher Gutachten aus anderen Verfahren, NSTZ 1996, s. 214; **Engländer**, s. 24; **Haller/Conzen**, s. 65; **Hartmann/Schmidt**, s. 74; **Heger**, s. 49; **Kindhäuser**, s. 66; **Kleszczewski**, s. 35; **Kühne**, s. 76; **Park**, s. 730; **Rogall**, s. 56; **Weiss**, s. 16; **Kızıllarslan**, Hakan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücuttan Muayenesi ve Örnek Alma, Ankara 2007, s. 209; **Ersin**, s. 200; **Ertuğrul**, s. 693; **Aksoy İpekçioğlu**, Pervin, "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasa'ya Uygunluğu", Prof.Dr.Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi HF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y: 2013, C: 19, S: 2, s. 1168 vd.

78 Bkz. **Bosch**, s. 285; **Plöger**, Rainer, Die Mitwirkungspflichten des Beschuldigten im deutschen Strafverfahren von den Anfängen im germanischen Rechtsgang bis zum Ende des gemeinen Inquisitionsprozesses, Bochum 1982, s. 386.

79 Bu yönde bkz. **Benfer/Bialon**, s. 246 vd.; **Eisenhardt**, s. 162.

80 **Rogall**, s. 56; **Rogall**, Klaus, Die Vergabe von Vomitivmitteln als strafprozessuale Zwangsmaßnahme, NSTZ 1998, s. 68.

81 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı RG.

gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli, sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemlerin alınacağı belirtilmiştir.

Görülebileceği üzere, ilgili düzenleme ile şüpheli veya sanığın beden muayenesine veya vücuttan örnek alınmasına rıza göstermemeleri halinde de bu işlemlerin gerektiğinde zorla yapılabileceğine ilişkin üstü kapalı bir hüküm getirilmiştir<sup>82</sup>. Buna karşın, söz konusu düzenlemeden Cumhuriyet savcısı tarafından alınacak 'önlemlerin' ne olacağı belirsizdir ve kanaatimizce bu önlemler çoğu durumda şüpheli veya sanığı ilgili işleme aktif katılıma zorlamaya yönelik hareketlerdir. Örneğin, rıza göstermeyen ve belki de buna direnen şüpheli veya sanığın kan örneğinin alınması için yere zorla yatırılması, kolunun zorla tutulması, üstüne çıkılması yahut bir yere bağlanması söz konusu olabilir<sup>83</sup>. Yine idrar yahut sperm örneği vermek konusunda rızası bulunmayan şüpheli veya sanıktan söz konusu vücutsal örnekleri elde edebilmek için alınacak önlemlerin ne olabileceği de belirsiz ve düşündürücüdür. Bu gibi durumlarda alınacak önlemlerin şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılmaya zorlanma yasağını ihlal edeceğine şüphe olmamakla birlikte, işlemlerin çoğu durumda insan onurunun dokunulmazlığı ilkesiyle de bağdaşmayacağı ve zorla muayene teşkil edeceği ortadadır. Özetle, Yönetmelik'te yer alan düzenleme, uygulamada şüpheli veya sanığın rızası hilafına gerçekleştirilen beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması işlemlerinin çoğu zaman katlanma yükümlülüğünün sınırlarını teşkil eden nemo tenetur ve insan onurunun dokunulmazlığı ilkelerine aykırı biçimde gerçekleştirilmesine yol açacaktır<sup>84</sup>. Kaldı ki, kişinin bedeni üzerinde gerçekleştirilecek bu gibi zorlayıcı davranışların aynı zamanda kişinin ruhsal sağlığına zarar verebileceğini de her zaman göz önünde bulundurmak gerekir. Oysa daha önce de ifade ettiğimiz üzere, beden muayenesinin veya vücuttan örnek

82 **Kızırlarslan**, s. 214. Buna göre, öncelikle, müdahaleye maruz kalacak kişiye yapılacak işlemin içeriğinin anlatılmış ve aydınlatılmış olması gerekir. Buna rağmen, şüpheli veya sanığın rızasının bulunmaması halinde, Yönetmelik uyarınca müdahalede bulunmak ve bu müdahalede bulunmak için gereken önlemlerin alınabilmesi mümkündür. Bkz. **Aksoy İpekçioğlu**, Pervin, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", İÜHF, Y: 2012, C: 70, S: 1, s. 29.

83 Nitekim öğretilerde bu önlemlerin içerisinde, kişinin muayene yapılacak yere zorla götürülmesi, masaya yatırılması, ellerinin tutulması ve müdahalenin gerektirdiği zorlamanın yapılabilmesi gösterilmektedir. Bkz. **Aksoy İpekçioğlu**, s. 29. Genital muayenelerde rıza dışı muayenenin teknik olarak mümkün olmadığı, ancak anestezi yardımı ile uyutarak veya başka bir şekilde uyutarak yapılabileceği, bu muayenenin zor kullanılarak, kişinin elini kolunu bağlayarak yapılması halinde %95 hatalı sonuçların ortaya çıkacağı hakkında bkz. **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 644. Beden muayenesine rızası olmayan şüpheli veya sanığın doktorun sorularına cevap vermeye yahut eğilmek veya yürümek gibi talimatları yerine getirmeye zorlanamayacağına ilişkin bkz. **Park**, s. 730.

84 Benzer yönde bkz. **Aytekin**, Asuman, Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2000, s. 156; **Soyaslan**, s. 253. Aksi yönde bkz. **Centel/Zafer**, s. 282 vd.; İpekçioğlu Aksoy, Vücuttan Örnek Alma, s. 1169; **Kazaker**, Gözde, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, CHD, S: 31, Ağustos 2016, s. 173 vd. Hâkim kararına rağmen kişinin muayeneyi kabul etmediği ve buna direndiği durumlarda ikinci bir hâkim kararı alınması, ikinci kararda hâkimin o işlemin mutlaka yapılması gerekip gerekmediğini somut olaydaki koşullara bakarak karara bağlaması gerektiği yönünde görüş için bkz. **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 644.

alınmasının kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir<sup>85</sup>. Kaldı ki, temel hak ve hürriyetlere yapılacak müdahalelerin Yönetmelik gibi idari işlemlerle değil, kanunla düzenlenmesi gerekir. Nitekim Anayasa m. 13 uyarınca; temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Öte yandan yine AY m.17 uyarınca tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz. O halde, kişinin vücut bütünlüğüne rızası dışında yapılacak müdahalelerin nitelik ve kapsamı da her halükarda kanunla düzenlenmelidir<sup>86</sup>.

85 Öte yandan, bu yönde gerçekleştirilecek zorla muayenenin muayeneyi yapacak veya vücuttan örnek alacak olan hekimler bakımından da pek çok sıkıntıyı beraberinde getireceğini söylemek mümkündür. Nitekim tıp bilimi mensuplarınca, vücut muayenesi ve örnek alma işlemlerinin tıbbi işlem niteliğinde olduğu, önemli olanın tıbbi deontoloji ve tıp etiğinin ilkeleri olup, asıl görevin hekimlik yapmak olduğu, bilirkişi olarak görev almanın bunu değiştirmeyeceği, ulusal hukuk kuralları ile uluslararası tıbbi etik ve deontoloji kurallarının çelişmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Zorla muayenenin hekimlik mesleğine uygun olmadığı, ilgilinin rızası dışında herhangi bir muayenenin yapılmasının mümkün olmadığı, zorla muayenenin ayrıca kişinin sağlığını da tehlikeye sokan bir hal olduğu ve bu nedenle her zorla muayene işlemi sırasında komplikasyon da gerçekleşebileceği savunulmaktadır. Bu yönde bkz. Çetin, Gürsel, Kişinin Rızası Dışında Savcı veya Mahkeme Kararı ile Yapılan Beden Muayenesinin Değerlendirilmesi, Hukuk ve Adalet, Y: 1-2, S: 6-7, Ekim 2005, s. 27 vd.; **Fincancı**, Şebnem Korur/**Yorulmaz**, Coşkun, Beden Muayenesi, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yansalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s. 142 vd. Yazarlara göre; ulusal veya uluslararası etik ilkeler açıklamalarında, hukuk da dahil olmak üzere diğer zorunluluklar nedeniyle sağlık çalışanlarının tıbbi etiğe ve vicdanlarına aykırı davranmaya zorlanamayacakları konusunda yaygın bir uzlaşma mevcuttur. Sağlık çalışanları bu tür durumlarda, temel etik kuralları tehlikeye atmadan ya da hastaları ciddi tehlikeye maruz bırakmaktansa, hukuka ya da yasal düzenlemelere uymayı reddetmelidirler. Ayrıca bkz. **Birgen**, Nur, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Adli Tıp Uygulamalarına Yansımaları, Hukuki Perspektifler Dergisi, Eylül 2006, s. 27. Yarg.4.CD, 11.03.2013 tarih ve 2011/5356 E. ve 2013/6985 K. sayılı ilamında; "...*İncelenen dosyada mahkeme yazısında kan örneği alınması için davalının rızasının alınmasına gerek bulunmadığı belirtilmiş ise de, yazı gereğini yerine getirmekle yükümlü bulunan C. Başsavcılığınca doku örneğinin zorla alınabilmesi için gereken önlemlerin de alınmamış bulunması karşısında ilgilinin rızasının bulunmaması nedeniyle sağlığı bakımından tehlike oluşturmadan doku alamayan adli tıp uzmanı saniğın eyleminin ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağı anlaşılmalı, eyleme yönelik temyiz iddiaları yerinde görülmemiştir...*" diyerek ihmali suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan yargılanan adli tıp uzmanı sanık hakkında verilen beraat kararını onamıştır. Ayrıca İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezanın Etkili Bir Şekilde Soruşturulması ve Belgelenmesi İçin El Kılavuzu'nda da (İstanbul Protokolü) tıbbi müdahalelerde ilgilinin rızasının alınmasının gerektiği aksi takdirde bedene yapılan müdahalenin hukuka aykırı olacağı belirtilmiştir. Nitekim Protokol'ün *Bilgilendirilmiş Onam* başlığını taşıyan düzenlemesinde; "...*sağlık çalışanları, hasta için neyin iyi olduğuna karar verirken, elinde yetki bulunduran herhangi birinin görüşlerine değil, aklı başında, reşit hastanın isteklerine göre karar vermelidir.*" denilmiştir. İlgili Protokol'de, Dünya Tâbibler Birliği'nin Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'ne de atıfta bulunulmuştur. Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'ne göre "*Hasta yeterli bilgilendirilmeden sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddedebilme hakkına sahip olabilmelidir.*" Bkz. İstanbul Protokolü- İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelenmesi İçin El Kılavuzu, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları 24, Ankara 2005, s.14. Muayeneyi yapan doktorun şüpheli veya saniğın doktora tedavi maksadıyla değil, ilgili suça ilişkin delil elde etmek amacıyla gönderildiğine, doktorun buradaki görevinin bilirkişilik olduğuna yönelik aksi görüş için bkz. **Ertuğrul**, s. 692.

86 Aynı yönde bkz. **Centel/Zafer**, s. 281.

AİHM, şüpheli veya sanığın bu tür bir işleme katlanma yükümlülüğünü değerlendiren üç aşamalı bir inceleme yapmakta ve bu noktada katlanma yükümlülüğünü daha dar yorumlamaktadır. Buna göre Mahkeme, şüpheli veya sanığı rızası hilafına yapılan bir beden muayenesi veya örnek alma işlemi bakımından her şeyden önce vücuttan bir örnek alınıyor olması gerektiğini, vücudun içine yapılacak bir müdahalenin katlanma yükümlülüğü içerisinde kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Sonrasında ise uygulanan zorlamanın ölçüsünün değerlendirilmesi gerektiğini ve bunun hiçbir zaman AİHS m.3'te yer alan işkence ve kötü muamele seviyesine ulaşmamış olması gerektiğini ifade etmektedir<sup>87</sup>. Bu çerçevede AİHM, her muamelenin Sözleşme'nin 3'ncü maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini, Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlalinden bahsedilebilmesi için söz konusu müdahalenin *belli bir asgari şiddet düzeyini aşması* gerektiğini belirtmektedir<sup>88</sup>. Bu belirlenirken de, muamelenin süresi, uygulanış şekli ve yöntemi, fiziksel ve ruhsal etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu dikkate alınmalıdır.

Nitekim AİHM 11.07.2006 tarih ve 548210/00 sayılı *Jalloh v. Almanya* Kararı'nda<sup>89</sup>; delil elde etmek için zorla yapılacak tıbbi müdahalenin ne ölçüde gerekli olduğu, yapılış biçimi, vereceği fiziksel ve manevi acı, tıbbi denetimin derecesi ve şüphelinin sağlığına etkileri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade ederek, uyuşturucu madde sattığından şüphe edilen Abu Jalloh'un ağızında sakladığı ufak poşetteki uyuşturucuyu yakalandığında yutması karşısında, başvurucuyu kusturmak için doktor nezaretinde dört polis memuru tarafından zor kullanılarak, burnundan midesine tüp indirilmek suretiyle kusturucu ilaç zerk edilmesini ve bu surette kusmasının sağlanmasını insanlık dışı ve onur kırıcı muamele olarak kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre şüpheli, önemli bir uyuşturucu satıcısı değil, sokak satıcısıdır. Alacağı en fazla ceza altı ay hapis cezası olup ertelenmesi mümkündür. Ayrıca bu şekilde kusturucu ilaç kullanılması riskli olup, daha önce iki kişinin ölümüne neden olmuştur<sup>90</sup>. Yutulan uyuşturucunun doğal yollarla vücutu terk etmesinin beklenmesi, dolayısıyla fiziksel ve ruhsal bütünlüğe daha az

87 Kühne, s. 77.

88 Bu yönde AİHM, 18.01.1978 tarihli İrlanda v. Birleşik Krallık Kararı için bkz. www.hudoc.echr.coe.int/eng (Erişim: 07.02.2018).

89 Karar için bkz. www.hudoc.echr.coe.int/eng (Erişim: 07.02.2018).

90 Gerçekten de, Almanya Hamburg'ta yaşanan bir olay, mide sondajının ölümle sonuçlanabileceğini göstermiştir. 9.12.2001 günü narkotik polisleri, uyuşturucu madde ticareti yapan şüpheliyi Hamburg tren istasyonunda yakaladıkları sırada şüpheli, uyuşturucu maddeyi yutmuştur. Cumhuriyet savcısı tarafından şüphelinin Üniversite hastanesine götürülerek kusturucu ilaç verilmesi suretiyle uyuşturucu maddenin çıkarılması emri verilmiştir. Şüpheli hastanede kusturucu ilaç almayı reddetmiştir. Bunun üzerine şüpheliye mide sondajı yapılarak uyuşturucu maddenin çıkarılması kararı alınmıştır. Şüphelinin bu işleme de karşı çıkmasına rağmen, söz konusu işlem zor yoluyla gerçekleştirilmiştir. Bu işlemin ardından şüphelinin kalbi durmuş ve yarım saat boyunca kalbin yeniden çalıştırılması için müdahalede bulunulmuştur. Yapılan müdahalenin sonunda kalp yeniden çalıştırılmış ve fakat şüpheli komaya girmiştir. Yoğun bakıma kaldırılan şüpheli, 12.12.2001 günü yaşamını yitirmiştir. Buradan hareketle, özellikle vücuda zorla kusturucu ilaç verilmesi yahut mide sondajı yapılması yolundaki müdahalelerin oranlılık ve insan onuru ilkesi ile bağdaşmadığı, yutulan bir uyuşturucu maddenin bu yolla değil doğal yollarla vücut dışına çıkmasının beklenmesi gerektiği, bunun için de gerektiğinde şüpheli veya sanığın özgürlüğünün kısıtlanabileceği ifade edilmektedir. **Binder/Seemann**, s. 234; **Eisenhardt**, s. 40. Ayrıca bkz. **Murmann**, Uwe, Die strafprozessuale Zusatzfrage in der ersten Prüfung, Jus-Beil 2007, s. 6.

bir müdahale ile aynı sonucun elde edilmesi mümkündür. Söz konusu önlem Jalloh'ta, korku, elem doğurmuş, aşağılanmasına neden olmuştur.

Kaldı ki AİHM, kişilerin fiziksel bütünlüğüne yapılan müdahalelerin, bazı durumlarda Sözleşme'nin 8'inci maddesi kapsamında da ihlal teşkil edebileceğinin altını çizmektedir. Gerçekten de AİHM, 22.07.2003 tarih ve 24209/94 sayılı Y.F./Türkiye kararında; bir kimsenin fiziksel bütünlüğüne yapılan müdahalenin kanunla öngörülmesi ve söz konusu kişinin de onayının olması gerektiğini, aksi takdirde Sözleşme'nin 8'inci maddesinde düzenlenen özel hayata saygı ilkesi ihlal edilmiş sayılacağını ifade etmektedir<sup>91</sup>.

Özetle, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması konusunda dogmatik bir biçimde şüpheli veya saniğin bu işlemlere katlanma yükümlülüğü bulunduğu söylenemez, söylenmemelidir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemine katlanma yükümlülüğü belirlenirken, yapılacak müdahale ile elde edilecek kamusal menfaat arasında bir oran bulunup bulunmadığı, kişinin bu işleme aktif katılmaya zorlanıp zorlanmadığı ve bu zorlamanın insan onurunun dokunulmazlığını ihlal edip etmediği hususlarının bir arada değerlendirilmesi gerekir<sup>92</sup>. Zira ceza muhakemesi hukukunda hiçbir zorunluluk ve yükümlülük insan onurunun üzerinde olamaz.

## B. Teşhis

Şüphelinin kendisinin veya fotoğraflarının suç mağduruna veya tanığa gösterilmesi ve bu şekilde şüphelinin tanınması olarak tanımlanabilecek teşhis<sup>93</sup>, soruşturma evresinde

91 AİHM, 22.07.2003 tarih ve 24209/94 sayılı Y.F./Türkiye kararı için bkz. <http://www.kararara.com/aihml/turkce3/aihml1801.htm> (Erişim: 07.02.2018). Bu konuda ayrıca AİHM, 26.03.1985 tarih ve 8978/80 sayılı X ve Y/Hollanda kararı için bkz. **Doğru**, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C:1, İstanbul 2004, s.853 vd.

92 OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 11.10.1996- 1 Ss 28/96, NSTZ 1997, s.1647 vd.; **Dallmeyer**, s. 608; **Fahl**, Christian, Der praktische Fall- Strafrecht: "Schlau hilft", JuS 2001, s. 52; **Naucke**, Wolfgang, Anmerkung- OLG Frankfurt/M., Urt. v. 11.10. 1996- 1 Ss 28/96, StV 2000, s.2; **Schaefer**, Christoph, Effektivität und Rechtsstaatlichkeit der Strafverfolgung- Versuch einer Grenzziehung, NJW 1997, s.2438; **We lau**, Edda, Anmerkung - OLG Frankfurt/M., Urt. v. 11.10. 1996- 1 Ss 28/96, StV 1997, s. 341 vd; **Zaczyk**, s. 126. *Kızıllarslan*'a göre, bu konuda dengeyi sağlayacak iki yol ve imkân bulunmaktadır. Bunlardan ilki; oranlılık ilkesi uyarınca yapılacak değerlendirmedir. Yapılacak işlemin, işlemin yapılma amacı ve elde edilmesi umulan menfaate orantılı olması demek olan bu ilke, her olayda ayrı ayrı değerlendirmeye alınarak koşullara göre her muayene öncesinde belirlenmesi pek çok sorunu engelleyecektir. Özellikle cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılacak muayene ve müdahale işlemleriyle, sağlığa zarar verme olasılığı bulunan müdahale nitelikli işlemlerde mutlaka oranlılık değerlendirmesi yapılmalıdır. İkinci yol ve imkân ise; tıbbi ve hukuki açıdan veya insan hak ve özgürlükleri yönünden zorlama halinde zarar verme ihtimalinin bulunduğu hallerde hâkim kararı almaktır. Bu hal, savcı veya kolluğun keyfi işlemlerini engelleyeceği gibi, hukuki süreç içinde denetime tâbi bulunan hâkim kararlarının yanlışlığının başka bir hâkim veya mahkeme heyetince incelenebilmesi imkânı nedeniyle tereddütleri ortadan kaldıracak bir imkân sunmaktır. Bkz. **Kızıllarslan**, s. 217-218. Avusturya Anayasa Mahkemesi (OVfGH) de 06.12.1988 tarihli bir kararında, zorlama yoluyla kişiden kan örneği alınmasını Anayasaya ve AİHS m.8'e aykırı bulmuştur. Bu yönde bkz. OVfGH, Urt. v. 06.12.1988- B (1092/87-6), EuGRZ 1990, s.162. Aİ.CMK'nın zorla muayene etme yöntemini benimsediği ve fakat bunun kişiye aşırı eza verecek şekilde ve insan olma haysiyetini zedeler biçimde yapılmasının hukuka aykırı sayıldığı ve yine Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nda muayene olmayana ayrıca hakim kararına uymamanın gerektirdiği bir para cezası uygulandığı ve fakat zorla muayene yapılmadığı yönünde bkz. **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 644.

93 **Yenisey**, Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987, s. 211 vd; **Demirbaş**, s. 198; **Centel/Zafer**, s. 299; İnci, Z.Özen, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis", TBBD, S: 85, Kasım-Aralık 2009, s. 107.

Cumhuriyet savcısının talimatı ile kolluk tarafından yapılan bir ceza muhakemesi işlemidir<sup>94</sup>. Teşhis işleminin uygulanma koşulu ve uygulanma biçimine ilişkin düzenlemelere, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun (PVSK) Ek m.6/9 vd. hükümlerinde yer verilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), soruşturma evresinde başvuru teşhis işlemine ilişkin bazı değerlendirmelerde bulunduğu 15.04.2008 tarih, 2008/6-70 E. ve 2008/84 K. sayılı ilamında, teşhis işlemine müdafin katılımının zorunlu olup olmadığını tartışmıştır. Mahkeme'ye göre teşhis işlemi, gerektiğinde fotoğraf üzerinden de yapılabilecek olan ve bu yönüyle de şüphelinin imzasının alınmasının bile zorunlu olmadığı bir tanıma işlemidir. Şüpheli buna pasif olarak katılmakta ve teşhis sırasında herhangi bir beyanı da alınmamaktadır. Teşhis işleminde şüpheli pasif, teşhiste bulunan mağdur veya tanık ise aktif durumdadır<sup>95</sup>. Öğretide de hâkim görüşü; şüphelinin teşhis işlemine aktif bir katılımından söz edilemeyeceği, burada şüphelinin pasif durumda bulunduğu (*Augenscheinsbeweis*), dolayısıyla şüphelinin bu işleme katlanma yükümlülüğünün var olduğu ancak kendisinin aktif bir davranışta bulunmaya zorlanamayacağı yönündedir<sup>96</sup>.

Buna karşın, kanaatimizce teşhis işlemi her durumda şüphelinin pasif olarak yer aldığı bir soruşturma işlemi haline indirgemek doğru değildir. Zira teşhis sırasında şüphelinin ifadesinin alınmıyor olması, onun bu işlem sırasında her durumda pasif olduğu anlamına gelmez. Bu işlem sırasında şüphelinin numara içeren bir tabelayı elinde tutması, sağa sola dönmesi istenilebilecektir. Öte yandan şüpheliye yönelik daha ağır birtakım müdahalelerde bulunulabilmesine de kanun cevaz vermiştir. Nitekim PVSK Ek m.6/12 uyarınca, teşhis işlemi sırasında gerekli olması halinde, şüphelinin dış görünüşünde değişiklik dahi yapılabilmesi mümkündür<sup>97</sup>. Yani, şüpheliye belirli bir kıyafetin giydirilmesi ya da çıkartılması hatta duruma göre şüphelinin saçının veya sakalının tıraş edilmesi imkân dâhilindedir. O halde, teşhis işlemi duruma göre şüphelinin aktif katılımı ile yapılan bir müdahale haline de gelebilir<sup>98</sup>. Şüphelinin teşhis işlemine katılmak konusunda rızasının bulunması halinde, yapılan işlem *nemo tenetur* ilkesi bakımından bir sıkıntı yaratmaz. Buna karşın, bir an için şüphelinin bu işleme katılmak istemediği, dış görünüşünde değişiklik yapılmasına onay vermediği veya bir kıyafeti giymeyi reddettiği düşünüldüğünde, soruşturma makamlarının söz konusu işlemi yapabilmek adına şüphelinin bedeni üzerinde yine çoğu zaman doğrudan bir zorlamaya başvurmak zorunda kalacağı ortadadır.

94 İnci, Teşhis, s. 108.

95 Benzer yönde KG, Beschl. v. 4.5.1979- (1) 1 StE 2/77 (130/77), NJW 1668 vd.

96 Bu yönde bkz. **Beulke**, s. 86; **Dingeldey**, s. 412; **Eisenhardt**, s. 36; **Engländer**, s. 24; **Geppert**, Klaus Zum Strafrechtlichen "Rechtmä igkeits" Begriff (§ 113 StGB) und zur strafprozessualen Gegenüberstellung, JURA 1989, s. 277; **Haller/Conzen**, s.65; **Hartmann/Schmidt**, s. 74; **Heger**, s. 49; **Kindhäuser**, s. 66; **Kleszczewski**, s. 35; **Kühne**, s. 76; **Roßgall**, s. 57.

97 Nitekim PVSK Ek m.6/12'ye göre; "Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin birden fazla ve aynı cinsten olması, aralarında yaş, boy, ağırlık, giyinme gibi görünüşe ilişkin hususlarda benzerlik bulunması gerekir. **Teşhis için gerekli olması halinde, şüphelinin görünüşü ile ilgili gerekli değişiklikler yapılabilir.** Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin her birinde, teşhis sırasında bir numara bulundurulur."

98 İnci, Teşhis, s. 130.



Nitekim benzer bir olay, Alman Yüksek Mahkemesi kararına konu olmuştur. Alman Yüksek Mahkemesi'nin 04.05.1979 tarihli kararına<sup>99</sup> konu olan olayda; şüphelinin kolluk birimlerinde tanığa teşhis ettirilmesi işlemi sırasında, şüpheliler F, R ve V'nin saç ve sakal tıraşı iradeleri olmaksızın ve zor kullanılmak suretiyle değiştirilmiştir. Üç şüpheli, teşhis işlemi sırasında teşhise tâbi tutulan diğer kişilerle birlikte durmak konusunda polis memurlarına karşı çıkmışlardır. İlk gün gerçekleştirilen teşhis işlemi sırasında şüphelilerin sağ, ikinci gün ise sol el bileklerine kelepçe takılmıştır. Şüpheliler teşhis işlemine mani olabilmek için teşhis sırasında, başlarını öne eğmişler, gözlerini kapatmışlar ve yüzlerini buruşturmuşlardır. Teşhis işleminin yapılabilmesi amacıyla polis memurları şüphelilere kelepçe takmışlar, saçlarından çekmek suretiyle başlarını kaldırmışlardır. Bu muameleler sonucunda, şüphelilerden F'nin bileğinde takılan kelepçe yüzünden yaralanma meydana gelmiş ve doktor tarafından muayene edilmiştir. Diğer şüpheli R'nin ise başvurulan zor kullanma sebebiyle vücudunda sıyrıklar oluşmuştur. R ve F, ikinci gün teşhis işlemine sargı ile çıkarılmak zorunda kalmıştır. Bu işlemler sebebiyle savunma makamı savcılığa başvuruda bulunarak yapılan ifade alma ve teşhis işlemlerinin oranlılık ilkesine aykırı olduğunu, bu işlem sonucu elde edilen delillerin delil yasakları çerçevesinde ele alınması gerektiğini ve soruşturma ve kovuşturmada kullanılamayacağını ileri sürmüş, ancak başvuruları reddedilmiştir. Bu olayla ilgili Alman Yüksek Mahkemesi, şüphelilerin teşhis işlemine katılmak ve katlanmak yükümlülüğünün bulunduğunu ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, teşhis işlemi ikiye ayrılarak incelenmelidir. Birincisi, tanıklar arasında veya tanıkla şüpheli arasında çelişkili ifadelerin olması halinde, çelişkinin giderilebilmesi için yapılan teşhis işlemi, ikincisi ise failin tanınması ve kimliğinin tespit edilebilmesi için yapılan teşhis işlemidir<sup>100</sup>. Birinci durumdaki teşhis bir yönüyle tanığın bir yönüyle de şüphelinin ifadesinin alınmasının bir parçasıdır. Bu durumda susma hakkından veya aleyhe delil göstermeye zorlanma yasağından bahsedilebilir. Fakat ikinci durum, sadece tanığın ifadesinin alınmasından ibarettir. Olayda gerçekleşen teşhis işlemi de ikinci duruma örnektir, yani tanığın ifadesinin alınması ve şüphelinin kimliğinin belirlenmesidir. Nitekim burada şüphelinin herhangi bir beyanına başvurulmamaktadır. Tanığın şüpheli ile konuşma şansı yoktur. Arada tek taraflı görüş sağlayan ve sesin geçmesine imkân vermeyen bir aynanın var olduğu düşünüldüğünde, şüpheli tanığı ne görebilir ne de duyabilir. Bu işlemin bir tanık ifadesi olarak kabul ediliyor olması karşısında, savunma makamının ifadenin yasadık yöntemlerle alındığı iddiası da geçerli değildir. Ayrıca teşhis işlemi sırf şüphelinin iradesi hilafına yapılıyor olması sebebiyle geçersiz kabul edilemez. Zira soruşturma aşamasında yargılamanın devamı bakımından gerekli olması halinde tanıklar arasında veya şüpheli ile tanık arasında teşhis işlemi yaptırılabilceğı düzenlenmiştir. Kaldı ki, bu işlem sırasında şüpheli sadece *gözle müşahede edilen bir delil* durumundadır (*Augenscheinsbeweis*). Öte yandan, sadece delil elde etmek amacıyla değil, şüphelinin kimliğinin tespit edilebilmesi bakımından da şüphelinin rızası hilafına beden muayenesine tâbi tutulması veya vücudundan örnek alınması da kanunen mümkündür.

99 KG, Beschl. v. 4.5.1979 - (1) 1 StE 2/77 (130/77), NJW 1979, s. 1668.

100 Benzer yönde bir ayırım için bkz. **Geppert**, Gegenüberstellung, s. 277.

Ancak kuşkusuz ki, polis memurlarının teşhis işlemi sırasında şüpheliyi yaralama ve onu işleme aktif katılmak konusunda zorlama hakları da yoktur. Somut olayda da şüpheli, polis tarafından aktif bir katılımda bulunmaya zorlanmış değildir. Hatta daha ziyade polis memurları şüphelinin pasif bir şekilde işleme katılmasını sağlamak için zor kullanmışlardır. Başka bir deyişle, polis memurları şüphelinin pasif katlanma yükümlülüğünü yerine getirmeye çalışmışlardır. Aksinin kabulü halinde, ceza muhakemesi işlemlerinin yerine getirilmesi mümkün olmaz. Son olarak Yüksek Mahkeme, polis memurları tarafından oranlılık ilkesinin de aşılmadığı sonucuna ulaşmıştır Zira suç şüphesi göz önüne alındığında, söz konusu işlemin yapılması gerekir ve şüphelilerdeki yaralanma da kendilerinin bu işleme itiraz etmeleri sebebiyle meydana gelmiştir.

Kanaatimizce bu karar pek çok açıdan tartışmaya açıktır ve Alman öğretisinde bazı yazarlar tarafından da sert bir şekilde eleştirilmiştir<sup>101</sup>. Karara yönelik eleştirilerden bir tanesi de somut olayda yapılan uygulamanın nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil ettiği yönündedir. Şüpheliyi belirli bir davranışı yapmaya, belirli bir şekilde durmaya zorlamak demek, aslında onu aktif bir davranışla kendi aleyhine delil göstermeye zorlamak demektir. Yüksek Mahkeme, polis memurlarının şüpheliyi teşhis işlemine aktif katılım sağlamak için zorlamadıklarını, aksine şüphelinin pasif katlanma yükümlülüğünü yerine getirmeye çalıştıklarını ifade etmiştir. Şüpheliden tanığın karşısında gözlerini açık tutmasının yahut normal bir yüz ifadesiyle durmasının istenmesi sadece pasif bir katlanma yükümlüğü ile açıklanamaz. Bu yönde bir baskı şüpheliyi, ceza yargılamasının süjesi olmaktan çıkarır ve onu ceza yargılamasının objesi haline getirir ki bu durum da insan onuru ve nemo tenetur ilkesine aykırılık anlamını taşır. Söz konusu kararda aktif katılıma zorlama yasağı ile pasif katlanma yükümlülüğü arasındaki sınır aşılmıştır. Kaldı ki, şüphelinin yapılacak olan ceza muhakemesi işlemine katılması cebir ve zorlama (*vis compulsiva*) ile sağlanamaz. Cebir ve zorlama mevzu bahis olduğunda, özgür bir iradede de bahsedilemez. Burada, şüphelinin ilgili ceza muhakemesi işlemine aktif olarak katılması veya pasif katlanma yükümlülüğünün sağlanması bakımından, idari para cezası veya disiplin hapsi gibi başka yola başvurulması insan onuru açısından da daha yerinde bir çözüm olacaktır<sup>102</sup>.

Öte yandan Yüksek Mahkeme, teşhis işlemi ikiye ayırarak, birincisini tanıklar arasında veya tanık ile şüpheli arasında çelişkili beyanların bulunması durumunda yapılan bir işlem, ikincisini ise şüphelinin tanınması işlemi olarak kabul etmiş ve birinci durumda teşhisin bir yönüyle ifade alma olduğunu ve dolayısıyla şüphelinin susma hakkının bulunduğunu, ikinci durumun ise sadece tanığın ifadesinin alınmasından ibaret olduğunu

101 Bkz. **Grünwald**, Gerald, Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung, JZ 1981, s. 423 vd.; **Benfer/Bialon**, s. 292 vd.; **Bosch**, s. 289 vd.; **Burgdorf**, Ralf/**Ehrentraut**, Christoph/**Lesch**, Heiko H., Die Identifizierungsgegenüberstellung gegen den Willen des Beschuldigten- Eine unzulässige Ermittlungsmahnahme?, GA1987, s.127.

102 **Grünwald**, s. 428. Yazara göre, böyle bir durumda nemo tenetur ilkesinin dolanılması suretiyle ilkeye aykırılıktan da bahsedilemeyecektir. Buna karşın, **Geppert**, bu işlem yapılmadığında, tanıma işlemi için beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması için daha sert bazı işlemlerin yapılması gerekebileceği için Mahkeme'nin kararının haklı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Geppert**, Gegenüberstellung, s. 277. Benzer yönde bkz. **Odenthal**, Hans Jörg, Die Gegenüberstellung zum Zwecke des Wiedererkennens, NSTZ 1985, s. 434.

ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre somut olay, ikinci duruma örnektir. Buna göre esasen susma hakkından da bahsedilemez. Kanaatimizce bu sonuca katılmak mümkün görünmemektedir. Zira nemo tenetur ilkesi sadece beyan delillerine ilişkin değildir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, nemo tenetur ilkesinin iki yönü bulunur: Susma hakkı ve kendi aleyhine delil göstermeye zorlanma yasağı. Dolayısıyla herhangi bir ifade alma dışında da soruşturma ve kovuşturma makamları delil toplarken şüpheli veya sanıktan zorlama yoluyla kendisi aleyhine bir delil elde edemez. Bu delilin, beyan delili veya belge delili yahut vücutsal bir delil olması arasında da herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Tüm bu anlatımlar çerçevesinde, teşhis işlemine katlanma yükümlülüğü bakımından bizce somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılmalıdır. Her şeyden önce, soruşturma makamları tarafından yapılacak olan işlem şüpheliye anlatılmalı (öğretilmeli) ve iradesi çerçevesinde aktif katılımının sağlanmasına çabalanmalıdır. Özellikle teşhis işlemi için dış görünüşün değiştirilmesi gereken durumlarda bu onayın çok daha önem arz ettiği açıktır. Bunun dışında, şüphelinin tüm diğer işlemlerde olduğu gibi, teşhis işlemine de ancak pasif yönde bir katlanma yükümlülüğü olduğu unutulmamalıdır<sup>103</sup>. Başka bir deyişle, şüphelinin konumu sadece *gözle müşahade edilen bir delil (Augenscheinbeweis)* den ibaret olmalıdır<sup>104</sup>. Şüpheli, aktif katılma yasağına aykırı olarak bir harekette bulunmaya zorlanamaz. Aksi yönde bir uygulama, şüpheliyi bir ceza muhakemesi işlemine kendi aleyhine delil vermek konusunda zorlama anlamına gelecektir ki, bu durum çoğu zaman insan onurunu zedeler biçimde vücuda bir müdahaleyi gerektirecektir. Bizce, pasif katlanma yükümlülüğünün sağlanmasına yönelik bir çaba de kişiye fiziksel veya manevi olarak yapılacak müdahalelere gerekçe olamaz, olmamalıdır.

Buna karşın, PVSK Ek m.6/16 uyarınca yapılacak bir fotoğraf veya video teşhisi bakımından şüphelinin aktif katılımından ve esasen şüpheliden yapması istenen bir davranıştan da bahsedilemeyeceği için şüphelinin bu işleme katlanma yükümlülüğünün var olduğunu söylemek mümkün olacaktır<sup>105</sup>.

### C. Keşif ve Yer Gösterme

*Keşif*, kural olarak mahkeme, istisna olarak hâkim, naip hâkim veya istinabe olunan hâkim ya da gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısı tarafından, esas olarak delillerin, olay yerinin, olayda kullanılan araçların, suçun konusunun durumlarına, olayın meydana geliş sürecine ilişkin bilgi ve kanaat elde edilmesi; ikincil olarak da bu faaliyet sırasında rastlanılan delillerin elde edilip toplanması için, suç oluşturan eylemin gerçekleştirildiği yer, suçla ilgili eşyalar, iz ve eserlerle kişiler üzerinde, bunların varlığı, konumu ve durumuna ilişkin olarak beş duyu ile gerçekleştirilen araştırmadır<sup>106</sup>. Buradan hareketle keşif, hâkimin muhakeme konusu olayla ilgili hususları, beş duyusu

103 Benzer yönde bkz. **Beulke**, s. 86; **Engländer**, s. 24; **Haller/Conzen**, s. 65; **Hartmann/Schmidt**, s. 74; **Heiger**, s. 49; **Kindhäuser**, s. 66; **Kühne**, s. 76; **Rogall**, s. 57.

104 **Grünwald**, s. 752; **Burgdorf/Ehrentauf/Lesch**, s. 127; **Benfer/Bailon**, s. 293.

105 BVerfG, Beschl. v. 27.9.1982 - 2 BvR 1199/82, NStZ 1983, s. 84.

106 **Yıldız**, Ali Kemal, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme", İÜHF, C: LXV, S: 1, 2007, s. 128.

aracılığı ile yani görerek, duyarak, tadarak, koklayarak ve nihayet dokunarak inceleme-sidir<sup>107</sup>. CMK m.83/1 uyarınca keşif, hâkim veya mahkeme veya naip hâkim ya da istinabe olunan hâkim veya mahkeme ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır.

Keşfin amacı esas olarak, mahkeme veya hâkimin ispatta ve hükmün oluşturulma-sında kullanılabilecek her türlü veriyle bizzat yüz yüze gelmesi, bunların durumlarını beş duyusuyla gözlemlemesi ve bunlardan hareketle olayın meydana gelişi konusunda bir kanaat elde etmesidir. Bu nedenle de keşif, niteliği itibarıyla delil değerlendirme ara-cıdır. Bu yönüyle keşif, delil elde etme yöntemlerinden ayrılır. Bununla birlikte keşfin yö-nelik olduğu bu amaç, ikincil nitelikte de olsa keşfin bir delil elde etme amacına da sahip olmasına engel değildir. Keşif sırasında elde edilen bu deliller de duruşmada ortaya ko-nulmak ve tartışılmak suretiyle vicdani kanaatin oluşturulmasında kullanılacaklardır<sup>108</sup>.

*Yer gösterme* ise, Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülen, şüpheli tarafından suç-un gerçekleştirildiği, suçla ilgili delil, iz ve eserlerin bulunduğu yerlerin gösterilmesi, kendisine isnat edilen eylemin nasıl gerçekleştirildiğinin uygulamalı olarak açıklanması biçiminde gerçekleşen bir soruşturma işlemidir<sup>109</sup>. Yer gösterme, şüphelinin olay yeri-ne veya delilin bulunduğu sanılan yere götürülmesi<sup>110</sup> ve suçun gerçekleştiği yerlerin Cumhuriyet savcısı ve kolluk güçleri eşliğinde şüpheli tarafından gösterilmesidir<sup>111</sup>. Yer gösterme işlemini hukuki nitelik olarak keşif, keşfin bir türü<sup>112</sup> olarak nitelendirenler bu-lunduğu gibi, olay yerindeki bir doğrulatma ifadesi<sup>113</sup> olarak ve soruşturma evresinde de-lillerin toplanması amacıyla başvuru bir tedbir<sup>114</sup> ve karma nitelikli bir kurum<sup>115</sup> olarak da nitelendirenler de bulunmaktadır<sup>116</sup>.

107 **Erem**, Ceza Usul, s. 407; **Centel/Zafer**, s. 288; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 378; **Soyaslan**, s. 258; **Toroslu/Feyzioğlu**, s. 201; **Turhan**, s. 178; Ünver/Hakeri, s. 418; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 630; **Yurtcan**, s. 304.

108 **Yıldız**, s. 130-131.

109 **Yıldız**, s. 152.

110 **Demirbaş**, s. 204; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 787; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 633.

111 **Soyaslan**, s. 260.

112 **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 786; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 285; **Soyaslan**, s. 260; Ünver/Hakeri, s. 423; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 633; **Yurtcan**, s. 305.

113 **Centel/Zafer**, s. 297.

114 **Turhan**, s. 180.

115 Buna göre yer gösterme, hem ifade alma hem de keşfin özelliklerini içeren karma nitelikli bir kurumdur. Bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 531. Benzer şekilde Öntan, Yaprak, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yer Gösterme İşlemi", AÜHFD, 62 (4) 2013, s. 1094. Yer göstermeyi kendine özgü bir işlem olarak kabul eden görüş için bkz. **Karağülmez**, Ali, "Yer Gösterme İşlemi ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 85. Maddesinin İncelenmesi", TBDD, S: 57, 2005, s. 64.

116 Buna karşın Şahin, yer gösterme işleminin yeni bir ifade alma işlemi olarak kabul edilmesi halinde, kolluğun yer gösterme işlemi yaptırmaya yetkili olduğu durumlarda, bu düzenlemenin, CMK'nın 148/4, 5 ve 213'üncü maddeleriyle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, yer göstermenin hukuki ni-teliği bu şekilde kabul edilecek olursa, Kanun'un çeşitli hükümlerinin uygulanması ve birbiriyle uyum itibarıyla bazı sorunların ortaya çıkması muhtemeldir. Gerçekten de, yer gösterme yeni bir ifade alma işlemi olarak kabul edilecek olursa, CMK'nın 148/5 hükmü nedeniyle 85/1 maddesinin ikinci cümlesi uygulama kabiliyetine sahip

CMK Tasarisında bulunmayan yer gösterme işlemleri, Adalet Komisyonu tarafından yer gösterme işleminin bir disiplin altında yapılması ve hukuku zemine kavuşturulması amacıyla yeni 85'inci maddeye eklenmiştir. Böylece, uygulamada ortaya çıkan, hatalı ve hukuka aykırı biçimde tatbik edilen yer gösterme, keşif hükümlerine tâbi tutularak hukuka uygun bir yapıya kavuşturulmak istenmiştir. Nitekim 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nın 85'inci maddesinin ilk biçiminde "Yer gösterme işlemi hakkında 83 ve 84 üncü madde hükümleri uygulanır" denilerek açıkça keşif hükümlerine gönderme yapılmıştır. 25.05.2005 tarih ve 5353 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında, Cumhuriyet savcısının ancak yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmuş olan şüpheliye yer gösterme işlemi yaptırabileceği düzenlenmiştir. Değişiklik gerekçesinde, yer gösterme işleminin açıklığa kavuşturulduğu, buna göre ancak soruşturma evresinde başvurulabilecek bir işlem olan yer göstermenin, yüklenen suç konusunda açıklamada bulunan şüphelinin bu açıklamalarının doğruluğunu kontrol etmek için yaptırabileceği; böylece Cumhuriyet savcısının sağlam deliller elde edebileceği ve iade edilmeyecek biçimde bir iddianame düzenleyebileceği belirtilmiştir.

Buradan hareketle, yer gösterme işlemi, şüphelinin beyanını doğrulamaya, güvenilirliğini denetlemeye, olayın ayrıntılarını öğrenmeye, varsa diğer delilleri elde etmeye yönelik olarak, şüphelinin ifadesinin alınması kapsamında değerlendirilmesi gereken bir soruşturma işlemidir<sup>117</sup>.

Şüpheli veya sanığın keşif ve yer gösterme işlemlerine katılma yükümlülüğünün ise her iki işlem bakımından ayrı ayrı ele alınması ve değerlendirilmesi gerekir.

CMK m.84/1 uyarınca, keşif yapılması sırasında şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafisi ve vekili hazır bulunabilirler. Yine aynı maddenin 5'inci fıkrasına göre de, şüpheli veya sanık tutuklu ise, hâkim veya mahkeme tarafından ancak zorunlu sayılan hallerde keşifte bulundurulmasına karar verilebilir. Buradan da anlaşılacağı üzere, şüpheli veya sanığın keşif sırasında hazır bulunma zorunluluğu bulunmadığı, katılmanın şüpheli veya sanık tarafından bir hak olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır<sup>118</sup>. Dolayısıyla, keşfe katılmak konusunda dahi bir zorunluluğu bulunmayan şüpheli veya sanığın kendi iradesiyle,

---

olamayacaktır. Çünkü CMK m.148/5 uyarınca; "Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir." Oysa 85'inci madde bu yetkiyi kolluğa da vermektedir. Bu durumda, sözü geçen iki hüküm arasında bir çelişki bulunduğunu kabul etmek gerekir. 85'inci maddenin 148/5 düzenlemesine göre özel hüküm olduğu ve öncelikle uygulanacağı söylenirse, bu defa da 85'inci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile ikinci fıkrasının, 148/4 ve 213'üncü maddeyle birlikte ve uyumlu bir şekilde yorumlamak gerekecektir. Kolluk tarafından yapılan yer göstermede soruşturmayı geciktireceği gerekçesiyle müdafisi hazır bulundurulmaz ise, bu yer gösterme sırasında alınan ifade, ancak hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanırsa hükme esas alınabilecektir (CMK m.148/4). Müdafinin hazır bulunmadığı bir yer gösterme işlemi sırasında düzenlenen tutanak, ifadeler arasında çelişki bulunduğu durumda okunamayacaktır. Buna karşılık yer gösterme, ifade almaya bağlı bir işlem olmasına rağmen, yeni bir ifade alma değil de, ondan ayrı bir ceza muhakemesi işlemi olarak nitelendirildiğinde, kolluk tarafından yapılan yer gösterme işlemi bakımından bahsedilen sorunlarla karşılaşmayacaktır. Bu durumda yer gösterme, Cumhuriyet savcısı ve hatta kolluk tarafından yapılabilen bir tür keşif olarak nitelendirilebilecektir. Bkz. Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, s. 265.

117 Yıldız, s. 154.

118 Yıldız, s. 141.

keşfe katılmış olması halinde kendisine sorulan sorulara cevap vermek yükümlülüğü veya aleyhine olabilecek herhangi bir delili de göstermek zorunluluğunun bulunmadığını söylemek gerekir. Burada ifade ve sorguya ilişkin hükümlerin ve susma hakkının, kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama ilkesinin hatırlanması yeterlidir.

Şüpheli veya sanığın zorunlu sayılan bazı hallerde keşif sırasında bulunmasına hâkim veya mahkeme tarafından karar verilebileceği anlaşılmaktadır. Tutuklu olan şüpheli veya sanığın nakline ilişkin güçlükler dikkate alınarak yer verilen bu düzenlemedeki zorunlu hallerin nelerden ibaret olduğunu önceden belirlemek mümkün değildir. Bunu her somut olay bakımından keşfe karar verecek makam takdir ve tayin edecektir. Söz konusu zorunlu hallere örnek olarak; keşifte yapılacak saptamalar açısından şüpheli veya sanığın açıklamalarının önem taşıması, şüpheli veya sanığın keşif konusu objeye ilişkin iddia makamı veya müştekiden daha farklı iddialarda bulunmuş olması, daha önceki saptamalara ya da keşif sonuçlarına itiraz etmek suretiyle ancak keşif konusu objenin bulunduğu ortamda yapacağı açıklamalarla bu itirazlarının somut hale gelecek olması gibi durumlar gösterilebilir<sup>119</sup>. Ancak burada, şüpheli/sanığın keşfe katılmasına karar verilmiş olsa da yine keşif sırasında kendisine sorulacak sorulara cevap verme veya keşif sırasında kendisi aleyhine sonuç doğurabilecek delilleri göstermek yükümlülüğü yoktur. Benzer şekilde burada da ifade ve sorguya ilişkin hükümlere kıyasla şüpheli veya sanığın susma ve kendi aleyhine delil gösterme yasağının kıyasen göz önünde bulundurulması gerekir.

Yer gösterme işlemi bakımından ise şüphelinin işleme açıklamalarıyla aktif katılımında bulunması, olayın gerçekleştiği veya delillerin bulunduğu yerle ilgili bilgiler vermesi, olayın ayrıntılarına ilişkin sorulan soruları yanıtlaması ve mümkünse olayın yeniden canlandırılmasına kendisinin de katılması beklenmektedir<sup>120</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus, şüphelinin yer gösterme işlemine katılma ve bu işleme katılma yükümlülüğü ancak kendisine isnat edilen suçla ilgili açıklamada bulunmuş olmasına bağlıdır. Başka bir deyişle, kendisine yüklenen suç hakkında susma hakkını kullanmış şüpheliye yer gösterme işlemi yaptırılması ve bu işleme katılması beklenemez<sup>121</sup>. Buna karşın, yüklenen suç ile ilgili açıklamada bulunmuş şüpheli, rızası bulunmasa dahi, koşulları gerçekleştirdiği takdirde yer gösterme işlemine tâbi tutulabilir<sup>122</sup>. Bu durumun AY m.38/5'in ihlali olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Ancak yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmuş olan şüphelinin de yer gösterme işlemine katılmış olsa bile, bu işlem

119 Yıldız, s. 144.

120 Yıldız, s. 155.

121 Centel/ Zafer, s. 297; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 786; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 285; Öztürk/Kazancı/Güleç, s. 187; Toroslu/Feyzioğlu, s. 205; Turhan, s. 180; Ünver/Hakeri, s. 424; Yenisey/Nuhoğlu, s. 633. Yüklenen suçla ilgili olarak açıklamada bulunmuş olmanın 'ikrar' olarak anlaşılmaması gerekir. Şüphelinin herhangi bir beyanda bulunmuş olması yeterlidir. Bu yönde bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 532; Yıldız, s. 164. Aksi yönde bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 786; Şahin, Gazi Şerhi, s. 264; Yenisey/Nuhoğlu, s. 633. Yer gösterme işlemi için şüphelinin ayrıca bir yerden bahsetmiş olması gerektiği yönünde görüş için bkz. Toroslu/Feyzioğlu, s. 210; Öntan, s. 1095.

122 Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 532.

sırasında yeniden herhangi bir beyanda bulunma, eski beyanını tekrarlama yahut sorulara cevap verme zorunluluğu yoktur<sup>123</sup>.

#### D. Fizik Kimliğin Tespiti

CMK m.81 uyarınca; üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın, kimliğinin tespiti için gerekli olması halinde, Cumhuriyet savcısının emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur. Yine PVSK m. 5 uyarınca da polis gözaltına alınanların parmak izini ve fotoğraflarını alır.

İlgili hükmün bütün soruşturmalar ve gözaltında bulunan her şüpheli hakkında uygulandığını söylememiz mümkündür. Zira CMK m.81'den farklı olarak PVSK m.5 gözaltına alınanların parmak izinin ve fotoğrafının alınması konusunda polise tam bir yetki vermiş olup isnat edilen fiilin ağırlığı ile ilgili bir sınır da öngörmemiştir. Kuşkusuz ki, şüpheli veya sanık kendi iradesiyle bu delilleri veya bilgileri adli makamlara veriyor ise nemo tenetur ilkesi bakımından bir sorun bulunmayacaktır. Buna karşın esas sorun, şüpheli veya sanığın parmak izi, avuç içi izi gibi kişisel bilgilerini adli makamlara vermek istememesi halinde, buna zorlanıp zorlanmayacağı konusudur. Öğretide bir kısım yazarlar; parmak izi, avuç izi gibi izlerin bir nevi hüviyet tespiti niteliği taşıdığını ve bu anlamda tıpkı kişinin kimlik bilgileri hakkında doğru cevap vermek zorunda oluşu gibi bu bilgileri de adli makamlara gerektiğinde vermek zorunda olduğu ve bu durumun nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil etmediğini savunmaktadır<sup>124</sup>.

Alman Federal Mahkemesi de bir kararında<sup>125</sup>, şüphelinin soruşturma aşamasında fotoğrafının çekilmesinin, bu işlem yapılırken ise şüphelinin yan durmak veya yüzü kameraya dönük durmak gibi belirli hareketleri yapmasının istenmesinin mümkün olduğunu ve bunun ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılmak demek olmadığını, şüphelinin bu işlemlere pasif katılma yükümlülüğü içerisinde olduğunu belirtmiştir. Kaldı ki, şüpheli bu işlemlere kendi iradesiyle katılmıştır. Şüpheliye bu işlemlere katılması konusunda cebri bir zorlama ya da herhangi bir aldatma yapılmamıştır. Dolayısıyla herhangi bir delil yasağından bahsedilmesi de mümkün değildir<sup>126</sup>.

Gerçekten de şüpheli veya sanık üzerinde herhangi bir zorlama olmaksızın parmak izi, avuç izi yahut ses veya görüntüsünü almaya yönelik işlemlerin pasif bir katılma yükümlülüğü ile açıklanabilmesi ve nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği söylenebilir. Ancak her somut olay bakımından durum farklılık arz edebilir. Örneğin, şüpheli veya sanıktan CMK m.81 uyarınca parmak izi örneği alınması gerektiğinde ve şüpheli veya sanığın da buna yönelik bir iradesi bulunmadığında nasıl bir yol izlenmesi

123 Ünver/Hakeri, s. 424; Yıldız, s. 165.

124 Ersin, s. 203.

125 BGH, Beschl. v. 16.9.1992- 3 StR 413/92 (LG Kiel), NSTZ 1993, s. 47-48.

126 Benzer yönde bkz. BVerfG, Beschl. v. 27.9.1982 - 2 BvR 1199/82, NSTZ 1983, s. 84; BGH, Beschl. v. 8.7.1985 - 3 StR 69/85 (OLG Stuttgart), StV 1985, s. 397; LG Berlin, Beschl. v. 26.6.1989 - 522 Qs 49/89, NSTZ 1989, s. 488.

gerektiği belirsizdir. Burada ilgili örneği adli makamlara vermek istemeyen şüpheli veya sanık üzerinde zor yoluyla ilgili örneğin alınması gerekecektir. Söz konusu zor kullanma maddi bir cebir veya kötü muamele yoluyla mı alınacaktır? Yoksa başka birtakım hukuki baskılar kurmak suretiyle (disiplin yaptırımı gibi) ilgili veriler temin edilecektir? Bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak kuşkusuz ki, şüpheli veya sanık üzerinde cebir boyutunda bir zorlamanın (*vis absoluta*) en başta insan onuruna aykırılık teşkil edeceği ortadadır. Ayrıca, şüpheli veya sanığın iradesi hilafına bu yönde bir zorlamayla ve şüpheli veya sanığın aktif bir hareketiyle onun aleyhine delil elde edilmesi ise nemo tenetur ilkesinin ruhuna aykırı olacaktır<sup>127</sup>.

Bir an için yukarıdaki görüş doğrultusunda, fizik kimliğin tespiti işleminin bir nevi kimlik tespiti olduğu ve şüpheli veya sanığın kimliğine ilişkin bilgiler konusunda sorulan sorulara doğru cevap vermekle yükümlü olduğu söylene bile<sup>128</sup> şüpheli veya sanığın kimlik bilgilerini söylememesi halinde üzerinde zor kullanma yoluyla bu bilgilerin söyletileceğine dair bir düzenleme de kanunumuzda bulunmamaktadır. Böyle bir durumda yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Kabahatler Kanunu m.40/1 uyarınca kişi hakkında idari para cezası uygulanabilir ve aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca da durum derhal Cumhuriyet savcılığına haber verilerek bu kişi kimliği açıkça anlaşılincaya kadar gözaltına alınır veya tutuklanır. Bu görüşün kabul edilmesi halinde dahi, fizik kimliğin tespitinden kaçınan şüpheli veya sanık hakkında *vis compulsiva* bir zorlamaya başvurulması değil, aynı idari yaptırımların uygulanması suretiyle bu delillerin elde edilmesi düşünülmelidir.

## E. Koruma Tedbirleri Bakımından Katlanma Yükümlülüğü

### 1. Arama ve El koyma

Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir (CMK m.116/1). Yapılan bu arama sonucunda, ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri muhafaza altına alınır. Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya el konulabilir (CMK m.123).

Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, ceza muhakemesi hukukunda özellikle el koyma işleminin yapılması bakımından öncelikle şüpheli veya sanığın bu eşyayı kendi iradesiyle vermesi ön plandadır. Şayet şüpheli veya sanık kendi iradesi ile ilgili eşyayı adli makamlara teslim ediyorsa burada nemo tenetur ilkesine bir aykırılık bulunmaz. Burada şüpheli veya sanık söz konusu işleme her ne kadar aktif bir katılım göstermekte ise de herhangi bir zorlamadan bahsedilemeyeceği için Anayasanın 38/5 maddesine bir aykırılık da mevcut olmayacaktır.

127 Aynı yönde bkz. **Aydın**, Murat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kendini İtham Etmeme Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 245. Yazarın bizim de katıldığımız görüşüne göre, bir kişiye “*olay mahallinde bulunuyor muydun?*” sorusuna cevap vermesi konusunda yapılacak bir zorlama ile olay mahallinden alınan parmak izleri ile karşılaştırılması amacıyla zorla parmak izinin alınması arasında bir fark bulunmamaktadır.

128 Kaldı ki; bu hususun dahi doktrinde tartışmalı olduğunu yukarıda ifade etmiştik.



Sorun daha çok şüpheli veya sanığın ilgili eşyayı adli makamlara vermek hususunda iradesinin bulunmaması halinde ne olacağındadır. Kanaatimizce burada ikili bir ayırım yapmak gerekir. Şayet adli kolluk tarafından yapılan adli arama sonucunda el konulacak bir eşya tespit edilmişse bu eşyaya el konulabilmesi bakımından bir sıkıntı bulunmamaktadır. Zira söz konusu el koyma işlemi bakımından şüpheli veya sanığın bu işleme aktif bir katılımı (*aktive Mitwirkung*) değil, pasif bir katlanma (*passive Duldungspflicht*) yükümlülüğü mevcuttur.

Buna karşın, şayet eşya şüpheli veya sanığın yanında ise ve adli makamlar tarafından gösterilmesi yahut teslim edilmesi istenilmiş ise şüpheli veya sanığın bu eşyayı göstermesi veya adli makamlara teslim etmesi gerekir mi? Hemen ifade edelim ki, böyle bir durumda CMK m.123/1'e göre, şüpheli veya sanığın bu eşyayı adli makamlara göstermesi veya teslim etmesi gerekir.

Burada ifade edilen genel görüş, şüpheli veya sanığın söz konusu eşyayı vermeye zorunlu olduğu, bu işleme katlanma yükümlülüğünün bulunduğu yönündedir<sup>129</sup>. Ancak kanaatimizce bu durum nemo tenetur ilkesinin ruhuna uygun değildir. Zira burada şüpheli veya sanığın aktif bir katılımı ve zorlama yoluyla kendi aleyhine delil vermesi söz konusudur. Örneğin, şüpheli veya sanık, suçu ikrar eden ve/veya suçun tüm ayrıntılarını anlattığı bir ses kaydını CD'ye aktarmış ise, ifade ve sorgu sırasında konuşması konusunda baskı yapılamayan ve susma hakkını kullanan şüpheli veya sanığın benzer bir baskı ve zorlama ile ve işleme aktif katılımı sağlanmak suretiyle bu delile (CD'ye) ulaşılabilecektir. Kanımızca bu susma hakkının da bir nevi dolanılması anlamına gelmektedir. Kaldı ki, bu durum CMK'nın 126'ncı maddesi ile de çelişkili olacaktır. İlgili düzenlemeye göre, şüpheli veya sanık ile 45 ve 46'ncı maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde bulundukça el konulamaz. Yani eğer şüpheli veya sanığın nezdinde bulunan suçu itiraf ettiği bir belge ise buna el konulamayacak ancak bu aynı itirafı içeren bir ses ya da görüntü kaydı ise şüpheli veya sanığın bunu adli makamlara vermek zorunda olduğu ve buna da katlanma yükümlülüğünün olduğundan bahsedilecektir. Özetle, şüpheli veya sanık ve hatta tanıklıktan çekinebilecek olan kimseler bakımından hangi tür eşya olursa olsun bu eşya bu kimseler nezdinde bulundukça aktif katılımları ile bu eşyanın teslimine zorlanmaları nemo tenetur ilkesine aykırı olacaktır.

Konu, özellikle VUK m.359/a-2 kapsamında defter ve belgeleri ibraz etmemek suretiyle işlenen "*gizleme suçu*" bakımından karşılaştırılmaya değerdir. Amacımız bu suç tipini incelemek değil, benzer bir tartışmanın burada da mevcut olduğunu söylemek ve kısaca değinmektir. Defter ve belgeleri ibraz etmemek, vergi kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden birisidir. Buna göre, varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi vergi kaçakçılığı suçu kapsamında değerlendirilmektedir<sup>130</sup>.

129 Yenisey/Nuhoğlu, s. 410; Centel/Zafer, s. 390; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 450.

130 Yapılan hareketin gizleme kapsamında değerlendirilebilmesi için; 1. Defter ve belgelerin tutulma, saklanma ve ibraz mecburiyetine tâbi olması, 2. Defter ve belgelerin varlığının sabit olması, 3. İbrazın vergi incelemesi amaç ve kapsamında istenmesi, 4. Defter ve belgelerin vergi incelemesine yetkili kişilerce istenmesi, 5. İbraz

Burada kanun koyucu, kişinin kendisi aleyhine olabilecek bir delili (defter ve belgeler) ilgili vergi makamlarından gizlemesini bizzat bir suç olarak kabul etmiştir. Kişi, kendisi aleyhine olan defter ve belgeleri vergi inceleme makamlarına vermekle hem vergi hukuku anlamında hem de duruma göre ceza hukuku anlamında bir sorumluluk altına girecektir. Kanunda böyle bir suç tipi düzenlenmiş olması susma ve kendi aleyhine delil vermeye zorlanamama ilkeleri bakımından öğretide tartışılmış ve farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Birinci görüşe göre, susma hakkı ile devletin vergi toplama hakkı, yani kamu düzeni arasında bir denge kurulması gerekir. Belge gizlemenin bir hak kullanmak değil, bir suçtan kaçınmak olarak yorumlanması halinde, Anayasa'ya aykırı bir durumdan söz edilemez<sup>131</sup>. Kaldı ki, kendini suçlamama hakkının, vergisel yaptırımlar bakımından da uygulama alanı bulmasını kabul etmek, defter ve belgeleri ibraz ödevini mükellefin keyfine bırakmak gibi büyük sorunlara yol açacaktır<sup>132</sup>.

Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise, kişinin kendisini suçlayıcı bir beyanda bulunmak zorunda oluşu, üstelik böyle bir beyanda bulunmamasının da bizzat bir suç tipi olarak düzenlenmesi AY m.38/5'in açık ve *istinasız* hükmü karşısında nemo tenetur ilkesine aykırıdır<sup>133</sup>. Nasıl ki; ifade ve sorgudan kaçınmak, adli makamlarca kendisi aleyhine olabilecek suç delillerini yetkili makamlara vermemek, nemo tenetur ilkesi gereği bağımsız bir suç olarak düzenlenemiyor ise, benzer şekilde kendisi aleyhine olabilecek defter ve belgeleri vergi inceleme makamlarından (ve dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma makamlarından) gizlemek ve vermemek de bir suç olarak düzenlenmemelidir. Konunun kamu düzeni ile açıklanabilmesi de mümkün değildir. Her şeyden önce, AY m.38/5'te düzenlenen hiç kimsenin kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya bu yönde delil göstermeye zorlanamayacağı ilkesinin bu yönde herhangi bir istisnası bulunmamaktadır<sup>134</sup>. Kaldı ki; ceza soruşturması ve kovuşturması da kamu düzeni ile ilgilidir. Başka bir deyişle, nemo tenetur ilkesine kamu düzenine ilişkin olan devletin vergi toplama görevi başlığı altında bir istisna getirilmesi demek, yine kamu düzenine ilişkin olan suçun ve suçlunun tespiti, delillerin toplanması görevi ile de bu

---

talebinin saklama (muhafaza) süresi içinde yapılması, 6. İbraz için süre verilmesi, 7. İbraz etmemenin meşru sebebe dayanmaması gerekmektedir. Bkz. Şenyüz, Doğan, Susma Hakkı Karşısında Vergi Kanunundaki Defter ve Belgeleri Gizleme Suçu, DEÜHFD, C: 15, S: 1, 2013, s. 30.

131 Bu yönde bkz. **Donay**, Süheyl, Ceza Mahkemelerinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Basım, İstanbul 2008, s. 134-135. Benzer yönde **Candan**, Turgut, Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. İlhan Uluşan/Funda Başaran Yavaşlar) Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 276-277.

132 **Yavaşlar**, Funda Başaran, İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları, Vergi Dünyası, Temmuz 2006, s. 128.

133 **Yaltı**, Billur, Vergi Hukukunda Susma Hakkı (VUK 359) (a) (2)'nin Anayasa Aykırılığı Sorunu, Vergi Dünyası, S: 285, Mayıs 2005, s. 33; Şenyüz, s. 35 vd. Vergi ceza yargılamasında kişinin bilgi ve belge vermeye zorlanamayacağına ilişkin olarak bkz. **Rüping**, Hinrich, /**Kopp**, Thomas, Steuerrechtliche Mitwirkungspflichten und strafrechtlicher Schutz vor Selbstbelastung, NSTZ 1997, s. 533 vd.

134 Bkz. Şenyüz, s. 38. Yazara göre, gizleme fiili suç olmaktan çıkartılmalı ve kabahat olarak düzenlenmelidir. Böyle bir değişiklik, ibraz etmemeye hapis cezası verilmesiyle ortaya çıkan zorlamayı ortadan kaldıracaktır. Benzer yönde bkz. Üstün, Susma Hakkı Çerçevesinde Defter Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu, GÜHFD, C: XV, Y: 2011, S: 3, s. 387.

istisnanın getirilmesinin önünü açar<sup>135</sup>. Bu da uygulamada nemo tenetur ilkesinden vazgeçilmesi anlamına gelir.

AİHM'in de konuya bakışının benzer yönde ve hatta daha bile sert olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim AİHM konuyu ilk olarak 25.02.1993 tarih ve 10828/84 sayılı Funke/Fransa kararında ele almıştır. Jean-Gustave Funke Fransa'da yaşayan bir Alman vatandaşıdır. Gümrük yetkilileri, Funke'nin yurtdışındaki varlıklarının ayrıntılarını belirlemek üzere evine gitmiştir. Funke banka ekstrelerini vermeyi reddetmiş, bu nedenle aleyhine açılan davada mahkeme kendisini, işbirliği yapmaya davet eden mahkeme kararına uyduğu tarihe kadar geçecek her gün için para cezasına çarptırmıştır. Funke, AİHS'nin 6/1 ve 6/2 maddelerinin ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. Mahkeme, belge vermeyi reddettiği için para cezasına mahkûm olan Funke'nin adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM yine 03.05.2001 tarih ve 31827/96 sayılı J.B./İsviçre kararında benzer yönde bir karar vermiştir. Bir başka mükellefin araştırılması sırasında J.B.'nin o mükellef ve onun şirketlerine yatırım yaptığını fakat bunları beyan etmediğini tespit etmiştir. J.B. hakkında vergi kaçakçılığı incelemesi başlatılmış ve kendisinden ilgili döneme ilişkin geliri ile ilgili bütün belgeleri vermesi istenmiştir. Mütөөaddit defalar yapılan talebe karşı J.B. bilgi ve belgeleri vermemiş ve kendisine para cezası kesilmiştir. AİHM başvuruya ilişkin değerlendirmesinde, bir kişinin kendini suçlamama hakkının bir ceza davasında iddia makamının sanığa karşı iddiasını, sanığın arzusu hilafına baskı veya eza yöntemleri ile elde edilen kanıtlara başvurmadan ispat etmesi gereğine dayandığını, yetkililerin vergi tarh edebilmek için başvurucuyu, geliri hakkında bilgi verebilecek belgeleri vermeye zorladıklarını ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir<sup>136</sup>.

Tüm bu açıklamalar da ışığında, şüpheli veya sanık nezdinde bulunan eşyanın niteliği ne olursa olsun bu eşyanın adli makamlara verilmesi konusunda şüpheli veya sanık

135 Ancak AYM aksi görüştedir. Söz konusu düzenleme Anayasa'ya aykırılık iddiası iki defa Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmıştır. AYM konuya ilişkin 1.03.2003 tarih, 2002/55 E. ve 2003/8 K. sayılı kararında susma hakkını tartışmaksızın başvuruyu reddetmiştir. Konuya ilişkin olarak AYM 31.01.2007 tarih, 2004/31 E. ve 2007/11 K. sayılı kararında; "Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında, "Hiç kimse kendisini ve kanununda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" hükmüne yer verilmiştir. İnsan hakları arasında yer alan, manevi işkenceyi meneden, insan haysiyetinin ve kişi dokunulmazlığının teminatı olan bu düzenlemeye, ceza yasalarında sanığın "susma hakkı" olarak yer verilmiştir. Bu hak, suçlanmayla başlayan bir haktır. Kovuşturma ve soruşturmanın her aşaması için geçerlidir. Kamu hizmetlerinin finansmanına, vergiler aracılığıyla katılmak bireylere yüklenen Anayasal bir ödevdir. Yasalar ile yükümlülerin ve onlarla hukuki ilişkide bulunan üçüncü kişilerin vergi ile ilgili kayıtlarının denetlenmesi amacıyla kimi defter, kayıt ve belgeleri tutmak, saklamak ve istenildiğinde yetkililere ibraz etmek zorunluluğuna uyulmamasının suç olarak kabul edilmesi ile suçla itham edilme birbirinden farklı durumlardır. Vergi ile ilgili defter tutma, saklama ve ibraz etme zorunluluğu yasalarla yükümlülere verilen bir görevdir. Bu görevler yerine getirilmediği takdirde suç oluşmaktadır. İtiraz konusu kural ile herkesin geliri oranında vergiye katılımının sağlanması ve ödenmesi gereken vergi miktarının tespiti için, Vergi Yasasında öngörülen defterlerin tutulmasının ve bu defterlerin istendiğinde ibraz edilmesinin zorunlu kılınması mükellefin Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak nitelendirilemez." şeklindeki gerekçe ile başvuruyu reddetmiştir. Kararın eleştirisi için bkz. **Yaltı**, s. 33.

136 25.02.1993 tarih ve 10828/84 sayılı Funke/Fransa ve 03.05.2001 tarih ve 31827/96 sayılı J.B./İsviçre kararları için bkz. [www.hudoc.echr.coe.int/eng](http://www.hudoc.echr.coe.int/eng) (Erişim: 07.02.2018). Ayrıca bkz. **Eidam**, s. 21 vd.; **Queck**, Nadine, Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen, Berlin 2005, s. 106; **Üstün**, s. 382 vd.; **Yaltı**, s. 31.

üzerinde bu işleme aktif katılımını sağlayarak delili vermesi hususunda bir zorlama yapılamaz, aksi durum nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil eder<sup>137</sup>.

## 2. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi

CMK m.139'da gizli soruşturmacı görevlendirilmesi düzenlenmiştir. Buna göre, soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hâlinde, kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Şüpheli veya sanığın gizli soruşturmacıya suçunu ikrar eden veya kendisini suçlayıcı mahiyetteki birtakım delilleri vermesi halinde nemo tenetur ilkesine aykırılık oluşup oluşmadığı ve şüpheli veya sanığın bu işleme katlanma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı tartışma konusu yapılabilir. Bilindiği üzere, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi bir koruma tedbiri olmakla birlikte, öğretide gizli soruşturma tedbirleri olarak da ifade edilmektedir<sup>138</sup>. Diğer bir deyişle, şüpheli veya sanığın gizli soruşturmacı görevlendirildiği konusunda bir bilgisi bulunmamaktadır. Şüpheli veya sanık kendi özgür iradesi ile yani herhangi bir zorlama olmaksızın gizli soruşturmacıya birtakım açıklamalarda bulunabilir yahut kendisini suçlayıcı nitelikte birtakım delilleri bildirebilir. Böyle bir durumda kanımızca nemo tenetur ilkesine bir aykırılık bulunmamaktadır. Zira şüpheli veya sanık üzerinde vis compulsiva bir zorlama söz konusu değildir. Her ne kadar şüpheli veya sanık, söz konusu gizli soruşturmacıya bir beyanda bulunmak yahut bir delil göstermek gibi aktif bir hareket içerisinde ise de, burada herhangi bir zorlamadan bahsedilmesi mümkün değildir. O halde, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi bakımından şüpheli veya sanığın bu işleme katlanma yükümlülüğünün bulunduğunu ve söz konusu tedbirin nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil etmediğini söylemek gerekir<sup>139</sup>.

Alman Federal Mahkemesi, öğretide oldukça tartışma yaratan bir kararında<sup>140</sup> güvenilir kişi<sup>141</sup> kullanılması suretiyle şüpheliden kendisini suçlayıcı nitelikte beyanlar

137 **Bärlein/Panaris/Rehmsmeier**, s. 1826; **Dingeldey**, s. 412; **Geppert**, *Rechtliche und rechtspolitische Überlegungen zum Unfalldatenschreiber*, in: *Jus humanum Grundlagen des Rechts und Strafrecht- Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlin 2003, s. 846; **Kölbel**, s. 46; **Plöger**, s. 342 vd.; **Rogall**, s. 157-158, 227. Kaldı ki, şüpheli veya sanık dışındaki kimseler bakımından ilgili eşyanın adli makamlara gösterilmemesi yahut teslim edilmemesi halinde disiplin hapsi öngörülmüş olmasına karşın, şüpheli veya sanık yahut tanıklıktan çekinebilecek kişiler bakımından bu yönde bir disiplin hapsi de söz konusu değildir. İlgili hüküm AY m.38/5 düzenlemesi çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bkz. **Aydın**, s. 293.

138 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 292.

139 Benzer yönde bkz. **Rogall**, s. 55; İtişgen, s. 167; **Aydın**, s. 305.

140 BGH, Bschl. v. 13.5.1996- GSSt 1/96 (LG Hamburg), NStZ 1996, s. 502 vd.

141 Esasen ceza muhakemesi hukuku terminolojisinde, gizli soruşturmacı ile güvenilir kişi aynı anlama gelmemektedir. Gizli soruşturmacı ancak kamu görevlilerinden (uygulamada çoğunlukla polis memurlarından) oluşurken, güvenilir kişi genelde sıradan kişiler arasından seçilir. Güvenilir kişi, genellikle şüphelinin güvenini kazanmış ve şüpheliyle ilişkisi olan kişidir. Örneğin, şüphelinin yakın arkadaşı, akrabası veya cezaevinde onunla birlikte atan bir kişi güvenilir kişi olabilir. Bkz. **Toprak**, s. 266. CMK'da gizli soruşturmacıya ilişkin düzenleme bulunmasına rağmen (m.139), güvenilir kişiye ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

elde edilmesini ele almıştır. Karara konu olay şu şekilde gelişmiştir. Yerel mahkemenin tespitlerine göre, sanık B, kimliği tespit edilemeyen iki suç ortağıyla birlikte S'nin evine girmişler ve silah zoruyla S'den 80.000 Alman Markı gasp etmişlerdir. B, kendisine yüklenen suçu reddetmiştir. Tanık E ise polise verdiği ifadesinde, sanık B ile bir telefon görüşmesi yaptığını ve bu görüşme sırasında B'nin kendisine suçunu itiraf ettiğini söylemiştir. Bunun üzerine polis tarafından B ile E arasında ikinci bir telefon görüşmesi organize edilmiş ve bu ikinci görüşmede de B, E'ye yeniden ayrıntılı bilgi vermiştir. Sonuç olarak yerel mahkeme tarafından B hakkında gasp suçundan ötürü hüküm tesis edilmiştir. B'nin avukatı, bu telefon görüşmesi ile B'nin susma hakkının ihlal edildiğinden bahisle kararı temyiz etmiştir. Temyiz başvurusu ile ilgili ilk olarak Alman Federal Mahkemesi 5. Dairesi bir değerlendirme yapmıştır. Daire, E ile B arasında polis tarafından ayarlanmış bu özel görüşmeyi polis tarafından yapılan sorgulamalarla eş değer tutmuştur. Buna göre, aslında şüpheliye hakları hatırlatılmadan ilgili telefon görüşmesi yapılmıştır ve şüphelinin susma hakkı ihlal edilmiştir. Bu nedenle yerel mahkemenin kararı hukuka aykırıdır<sup>142</sup>. 5. Daire, vermiş olduğu kararı görüş almak amacıyla Genel Kurula sunmuştur. Genel Kurul ise yaptığı değerlendirmede; güvenilir kişiye yapılan beyanın sorgu ile aynı anlama gelmeyeceğini, zira şüphelinin burada güvenilir kişinin otoritesi ile beyanda bulunmadığını, güvenilir kişinin sorularına cevap vermeye zorlanmadığını belirtmiştir. Bu işlemi hileli, başka bir söylemle aldatmaya dayalı bir delil toplama olarak da kabul etmek mümkün değildir. Aksi yorum, hile kavramının çok geniş yorumlanması anlamına gelir. Güvenilir kişi kullanımı özellikle tehlikeli ve ağır suçların işlenmesini engellemek veya bu şekilde işlenen suçları soruşturmak bakımından gereklidir<sup>143</sup>.

Söz konusu karar, güvenilir kişinin hukuki statüsü ve bu şekilde toplanan delillerin hukuka uygunluğu bakımından tartışmaya açık olmakla birlikte<sup>144</sup>, güvenilir kişi kullanılmasının şüpheli veya sanığın üzerinde bir zorlama demek olmadığı ve dolayısıyla nemo tenetur ilkesinin ihlal edilmediğini belirlemiş olması bakımından önemlidir. Kanaatimizce, benzer bir sonuca gizli soruşturmacı yoluyla elde edilen deliller bakımından da ulaşmak mümkündür. Kısacası, hukuka uygun bir şekilde uygulanan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri bakımından şüpheli veya sanık üzerinde onun bu işleme özgür

142 Dairenin ayrıntılı kararı için bkz. BGH, Bscl. v. 13.5.1996- GSSt 1/96 (LG Hamburg), NStZ 1996, s. 502 vd.; **Toprak**, s. 269 vd.

143 BGH, Bscl. v. 13.5.1996- GSSt 1/96 (LG Hamburg), NStZ 1996, s. 502 vd. *Toprak*'a göre, Alman Federal Mahkemesi Genel Kurulu, 5. Dairenden daha muhafazakar bir yol izlemiş ve güvenilir kişi kullanılmasının hukuka uygunluğunu hafif ya da ağır suçlar ayrımı gibi muğlak bir kritere bağlamıştır. Bkz. **Toprak**, s. 274. Ayrıca bkz. **Bosch**, s. 233 vd.; **Kasiske**, s. 18; **Murmann**, s. 7.

144 Bu yönde yapılan tartışmalar için bkz. **Bosch**, s. 233 vd.; **Kudlich**, Hans, Reden ist Silber, Schweigen ist Gold- Zur "Mit-Hör-Fallen"- Entscheidung des Gro en Strafsenats- BGH (GS), NStZ 1996, 502, JuS 1997, s. 696 vd.; **Popp**, Martin, Anmerkung zum BGH, Bscl. v. 13.5.1996- GSSt 1/96 (LG Hamburg), NStZ 1998, s. 95 vd.; **Rie**, Peter, Anmerkung zum BGH, Bscl. v. 13.5.1996- GSSt 1/96 (LG Hamburg), NStZ 1996, s. 505 vd.; **Roxin**, Claus, Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, NStZ 1995, s. 465 vd.; **Roxin**, Claus, Zum Hörfallen- Beschl. des Gro en Senats für Strafsachen, NStZ 1997, s. 18 vd.; **Toprak**, s. 279.

iradesiyle aktif katılımını gerektiren bir zorlama söz konusu olmadığı için<sup>145</sup> şüpheli veya sanığın bu işleme katlanma yükümlülüğünün bulunduğunu söylemek mümkündür.

### 3. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi ve Teknik Araçlarla İzleme

CMK m.135 vd.'da telekomünikasyon yoluyla haberleşmenin denetlenmesi ve m.140'ta ise teknik araçlarla izleme tedbirleri düzenlenmiştir. Hemen ifade edelim ki; bu tedbirler de tıpkı gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde olduğu gibi gizli olarak yürütülen tedbirlerdir. Buna göre, susma hakkı hatırlatılmaksızın şüpheli veya sanığın telekomünikasyon araçları ile yaptığı konuşmalar ondan gizli olarak dinlenebilecek veya kayda alınabilecektir. Benzer şekilde, şartları oluşmuşsa şüpheli veya sanığın konutu hariç olmak üzere kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik bazı araçlarla izlenebilecektir.

Burada tartışma konusu yapılabilecek husus ise, şüpheli veya sanığın aktif olarak bir katılımından faydalanılarak (yani konuşmasından veya birtakım kişilerle yaptığı görüşmelerden) kendisi aleyhine ortaya çıkardığı bazı delillerin değerinin olup olmayacağıdır. Başka bir soruyla, kişinin kendisi kendisine karşı bir delil olabilir mi?

Öğretide bazı görüşler, bu tedbirlerin kişiye susma hakkı hatırlatılmadan uygulandığını dolayısıyla nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil edeceğini ve zorlamadan sadece maddi anlamda bir baskının değil, yanıltma veya yanılgıdan faydalanmanın da anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna karşın baskın görüş, susma hakkının hatırlatılmasının sadece gerçek bir ifade alma sırasında söz konusu olacağını, modern soruşturma tekniklerinin de bu şekilde uygulanan gizli yöntemlere ihtiyacı olduğunu ifade etmektedir<sup>146</sup>.

Nemo tenetur ilkesi, şüpheli veya sanığı kendisi aleyhine yapılan her ceza muhakemesi işlemine karşı değil, insan haklarına ve insan onuruna zarar verici surette zorlamalarla yapılan ve bu suretle elde edilmesi imkânı yaratan işlemlere kaşı korur. Söz konusu tedbirler bakımından da her ne kadar şüpheli veya sanık kendisine karşı soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından böyle bir tedbir uygulandığını ve aslında konuşmalarının ya da hareketlerinin kendisi aleyhine delil olabileceğini bilmiyor olsa da, bu hareketleri kendi özgür iradesi içerisinde gerçekleştirmektedir. Bu tedbirler bakımından soruşturma ve kovuşturma makamlarının zorlamasından bahsetmek de mümkün değildir. Şüpheli veya sanığın kendi eliyle suçlu itiraf ettiği bir mektubu postaya vermesi ve

145 Buna karşın *Roxin*'e göre, şüphelinin yanılgıya düşürülerek ondan kendisi aleyhine beyan veya delil elde edilmesi de nemo tenetur ilkesinin koruması kapsamındadır. Aksi takdirde polis, susma hakkı konusunda bilgilendirmeksizin gayri resmi bir ifade ve sorgu veya benzeri diğer yöntemler ile de aynı bilgilere ulaşabilir. Başka bir söylemle, resmi bir ifade alma haricindeki pek çok ceza muhakemesi işleminin ve delil toplama faaliyetinin şüpheli veya sanığın aldatılarak gerçekleştirilmesi mümkün hale gelebilir. Bkz. **Roxin**, NSTZ 1997, s. 18; **Roxin**, NSTZ 1995, s. 467. Benzer yönde bkz. **Wolflast**, s. 104; **Eidam**, s. 112. Vis absoluta ve vis compulsiva bir zorlama arasındaki ayrımın belirlenmesinin her zaman çok da mümkün olmadığı zira vis compulsiva bir zorlamanın içinde aynı zamanda vis absoluta bir zorlamanın var olabileceği yönünde tartışmalar için bkz. **Groth**, Kristina, Unbewusste Äu erungen und das Verbot des Selbstbelastungszwang, Frankfurt am Main 2003, s. 77. Ayrıca bkz. **Verrel**, s. 170 vd.

146 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Köbel**, s. 50 vd.

buna postada el konulması ile aynı itirafı telefon konuşması sırası yapması arasında bir fark yoktur. Her ikisinde de şüpheli veya sanık kendi özgür iradesi ile hareket etmiştir<sup>147</sup>.

Nitekim AİHM 10.03.2009 tarih ve 4378/02 sayılı Bykov/Rusya kararında; başvuru-  
cunun suç işlemeye azmettirdiği kişi ile kendi isteği ile kurduğu iletişim sırasındaki ikrar-  
larının polis tarafından kullanılmasını, başvuru-  
cunun bu konuşma hususundaki kararda  
özgür olması, bu kişi ile konuşmasının kişisel menfaati ile ilgili olduğu için konuşmasını  
sürdürmesi nedeniyle susma hakkının ihlali niteliğindeki herhangi bir baskı ve zorlama-  
nın olmadığı sonucuna ulaşmıştır<sup>148</sup>.

Bu kararlar da esasen, şüpheli veya sanığın içinde bulunduğu bir yanılgıdan fayda-  
lanılarak kendisinden delil elde edilmesinin nemo tenetur ilkesine aykırılık taşımadığına,  
ilkenin ihlalinin devlet organları tarafından adil olmayan (*unfair*) araçlar kullanılması  
durumunda söz konusu olacağına işaret etmektedir. Buna göre, fiziki veya manevi baskı  
yaratılmak suretiyle delil elde edilmesi gibi hallerde nemo tenetur ilkesine aykırılıktan  
bahsedilebilecektir<sup>149</sup>.

Kaldı ki kanun koyucu, her iki tedbiri de ayrıntılı bir şekilde düzenlemiş ve esasen  
nemo tenetur ilkesi bakımından bazı sınırlamalar getirmiştir. Buna göre örneğin, CMK  
m.135/3'te şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişiminin  
kayda alınmayacağı, alınmış ise bile derhal yok edileceği düzenlenmiştir. Kanunda yer  
alan düzenlemelere uygun hareket edildiği sürece, bu tedbirler vasıtasıyla elde edilen  
deliller hukuka uygundur. Söz konusu tedbirler nitelikleri gereği gizli olarak yürütüldü-  
ğünden, burada şüpheli veya sanık üzerinde nemo tenetur ilkesi bakımından bir zorla-  
madan bahsedilmesi de mümkün değildir.

Özetle, bir bütün olarak hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirildiği sürece bu  
tedbirler vasıtasıyla elde edilen delillerin nemo tenetur ilkesine aykırı olmayacağını  
ve şüpheli veya sanığa aktif bir şekilde işleme katılma konusunda zorlama yapılmadığı  
söylenebilir.

## SONUÇ

Soruşturma ve kovuşturmanın gereği gibi yapılabilmesi için şüpheli veya sanığın ken-  
disine karşı yapılan ceza muhakemesi işlemlerine karşı koymaması şeklinde tarif edi-  
len katlanma yükümlülüğünün belirli sınırlar çerçevesinde kabul edilmesi mümkündür.  
Buna göre, şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğünden bahsedilebilmesi için her  
şeyden evvel, yapılan ceza muhakemesi işleminin hukuk devleti ilkesine uygun bir şe-  
kilde gerçekleştirilmiş olması gerekir. Hukuk devleti ilkesinin ilk sonucu olarak, şüpheli  
veya sanık hakkında uygulanacak ceza muhakemesi işleminin öncelikle kanunla düzen-  
lenmiş olması gerekir. Zira temel hak ve özgürlüklere yapılacak kanunsuz bir müdahale  
en başta Anayasa'nın 13'üncü maddesine aykırı olacaktır. Dolayısıyla temel hak ve öz-  
gürlüklere şüpheli veya sanık aleyhine yapılacak bir müdahaleyi kanunla düzenlemeyen

147 **Kasiske**, s. 18; **Rogall**, s. 181-182.

148 Karar için bkz. [www.hudoc.echr.coe.int/eng](http://www.hudoc.echr.coe.int/eng) (Erişim: 07.02.2018).

149 Bu yönde bkz. **Kasiske**, s. 19.

yahut bu müdahaleyi kanun harici bir yolla genişleten bir işleme şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğünün bulunduğundan da bahsedilemeyecektir.

Kanunla düzenlenmiş olmanın ötesinde, yapılacak müdahalenin hukuka da uygun olması gerekir. Zira kanunla düzenlenmiş olsa bile, hukukun en temel ilkelerine aykırı bir norma şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğü olduğundan bahsedilemez. Örneğin, kanuni bir düzenleme ile işkence yapılarak veya kötü muameleyle ifade alınmasına müsaade edilse bile, böyle bir işleme şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğü bulunmaz. Nitekim *Radbruch*'un "*Yasalı Haksızlık ve Yasaüstü Hukuk*" isimli ünlü çalışmasında bahsettiği gibi, hâkimin dahi böyle bir kanunu uygulamaması beklenirken, şüpheli veya sanığın bu işleme katlanmasını, böyle bir işlemi yerine getiren makamların da hukuk devleti çerçevesinde hareket ettiği söylenemez.

Katlanma yükümlülüğünün bir diğer sınırını ise insan onuru ilkesi teşkil eder. Aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin de bir uzantısı olan bu ilke, katlanma yükümlülüğünün uygulamada sınırlarının çizilmesi ve koruma altına alınabilmesi bakımından büyük önem taşır. Buna göre, hukuka ve hukuk devleti ilkesine uygun bir şekilde kaleme alınmış ve temel haklara müdahale niteliği taşıyan ceza muhakemesi işlemleri, uygulamada insan onurunu zedeleyecek bir şekilde gerçekleştirilmemelidir. Örneğin, şüphelinin ifadesinin nasıl alınacağı konusunda açık bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, yasadışı sorgu yöntemleri ile ifade alınamaz. Buna karşın, adli makamlar bu şekilde ifade alıyorsa şüphelinin bu işleme katlanma yükümlülüğünden bahsedilemez. Benzer şekilde, kanunda açıkça düzenlenmiş bir ceza muhakemesi işlemi bile olsa, bu işlemin insan onurunu yok sayacak tarzda icra edilmesi halinde ne bu yolla elde edilen delillerin hukuka uygunluğundan ne de şüpheli veya sanığın bu işleme katlanma yükümlülüğünün varlığından bahsedilebilir.

Katlanma yükümlülüğünün belki de en çok tartışmalara yol açan sınırı *nemo tenetur*, yani hiç kimsenin kendisi veya yakınları aleyhine beyanda bulunmaya veya bu yönde delil göstermeye zorlanamayacağı ilkesidir. *Nemo tenetur* ilkesinin esasen iki yönü bulunur. Bunlardan birinci susma hakkı, diğeri ise aleyhe delil göstermeye zorlama yasağıdır. Susma hakkının kapsamı ve bu hakkın kullanılmasının sonuçları konusunda gerek mevzuatta, gerek içtihatla gerekse de öğretide büyük fikir ayrılıklarının olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Buna karşın, *nemo tenetur* ilkesinin bir diğer güvencesini oluşturan aleyhe delil göstermeye zorlama yasağı konusunda özellikle öğretide geçmiş zamanda pek çok tartışmanın yapıldığını, bu tartışmaların bugün için hala güncelliğini sürdürdüğünü söylemek gerekir. Aleyhe delil göstermeye zorlama yasağı bakımından, şüpheli veya sanığın kendisi veya yakınları aleyhinde bir delil göstermeye aktif bir katılımı zorlanamayacağı, bu işlemlere ilişkin olarak ancak pasif bir katılma yani hareketsiz ve sessiz kalarak katılımının söz konusu olabileceğini ifade etmek gerekir.

Öğretide, aktiflik ve pasiflik arasındaki ayrımın çok belirsiz olduğu ve pek çok olayda bu ikisi arasındaki ayrımın yapılmasının çok zor olduğu ifade edilmekte ve bu ayrımın yapılmasında, şüpheli veya sanık tarafından yapılan basit fiziksel bir hareketin aktif katılım olarak kabul edilmemesi, önemli derecede bazı bedensel aktivitelerin aktif katılım çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bazı yazarlar ise basit



fiziksel hareket ile önemli derecede aktivitelerin ayrımının da mümkün olamayacağını; dolayısıyla, aktif-pasif şeklinde bir ayrımın hiç yapılmaması gerektiğini ileri sürmektedirler. Başka bazı görüşler ise aynı sonuca aktif-pasif şeklinde bir ayrımın suiistimale elverişli olduğunu ve gerek kolluk gerekse şüpheli veya sanık tarafından kötüye kullanılarak ceza muhakemesinin işlevini yerine getirmemesine yol açabileceği gerekçesiyle ulaşılmaktadırlar.

Nemo tenetur ilkesine yönelik bir kurala CMK'da ayrıntılı ve açıkça yer verilmiş değildir. Anayasa m.38/5'te açıkça düzenlenmiş olan nemo tenetur ilkesinde de açıkça *aktiflik* veya *pasiflik* şeklinde bir ayrım yer almamaktadır. Buna karşın, maddenin düzenleniş biçiminden ve temel haklara müdahaleye dair genel prensiplerden bu ayrımın ortaya konulabilmesi mümkündür. Kanaatimizce "*zorlamak*" kavramından aktif katılımın anlaşılması mümkündür. Esasen zorlamak içerisinde pek çok durumda şüpheli veya sanığın aktif bir davranışı söz konusudur. Nitekim zorlamak, birine bir şeyi yaptırmak amacıyla, güç kullanmak, boyun eğdirmeye çalışmak, mecbur etmek anlamını taşır. İşte soruşturma ve kovuşturma makamlarının şüpheli veya sanığın aleyhine bir delil elde etmek için onu belirli bir davranışta bulunmaya mecbur bırakması demek esasen onu aktif bir davranışta bulunmaya mecbur etmek demektir. Bu mecbur bırakma vis compulsiva bir cebirle olabileceği gibi tehdit ile de elde edilmiş olabilir. Ancak her durumda bu şekilde delil elde edilmesi, nemo tenetur ilkesinin özüne aykırı olur.

Öte yandan aktiflik-pasiflik arasındaki ayrımın suiistimale elverişli olduğunu ve gerek kolluk gerekse şüpheli veya sanık tarafından kötüye kullanılarak ceza muhakemesinin işlevini yerine getirmemesine yol açabileceği gerekçesiyle reddedilmesi de doğru değildir. Ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılma ve pasif katlanma yükümlülüğü ayrımını en baştan reddetmek, uygulamada somut olay bakımından hiçbir değerlendirme yapılmamasına kapı açmak demektir. Öte yandan, bu ayrımın yapılmaması şüpheli veya sanığı kendisi aleyhine yapılacak ceza muhakemesi işlemlerine katılmaya zorlamaya ve bunun hukuka uygun sayılmasına yönelik bir uygulamaya da yol açar. Yine söz konusu ayrımın en baştan reddedilmesi, bu ayrımın yargı kararlarında ve öğretide tartışılmamasına ve bu yönde içtihatların gelişmemesine de sebep olacaktır. Ayrıca şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğünün sınırı, soruşturma ve kovuşturma makamlarının muhakeme işlemlerindeki hareket alanının da çerçevesini çizmesi bakımından önemlidir. Başka bir deyişle, şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğünün bittiği yer, soruşturma ve kovuşturma makamları bakımından hukuka aykırılığın başladığı yerdir. Bu sebeple, katlanma yükümlülüğünün sınırlarının olması ve bu sınırların belirlenmesi, soruşturma ve kovuşturma makamlarının hukuka uygun davranmaları bakımından da bir güvence işlevine sahiptir. Açıklanan gerekçelerle, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine aktif bir katılımında bulunmaya zorlanamayacağı, ancak pasif durarak bu işlemlere katlanmakla yükümlü olduğu söylenmelidir.

Bu noktada cevaplanması gereken soru ise aktiflik ve pasifliğin ne anlama geldiği ve aktif bir davranış ile pasif kalmak arasındaki kriterin nasıl belirleneceğidir. Aktif kelimesine yüklenen anlam uyarınca, ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılım, şüpheli veya sanığın bu işlemlere *etkin*, *canlı* ve *hareketli* olarak katılması olarak anlaşılmalıdır. Buna

göre, şüpheli veya sanıktan bu işlemlere ancak pasif olarak katlanması; yani hareketsiz ve sessiz kalarak katlanması beklenebilir. Susma hakkı bakımından aktif katılma yasağı ve pasif katılma yükümlülüğü çok nettir. Şüpheliye kendisine yüklenen suçla ilgili herhangi bir açıklamada bulunması konusunda, yani aktif bir beyan yükümlülüğü konusunda bir baskı yapılması söz konusu değildir. Kaldı ki, bu zorlamanın cebirle yahut tehditle sağlanması arasında da bir fark bulunmamaktadır. Benzer bir zorlama yasağının diğer ceza muhakemesi işlemleri bakımından da söz konusu olacağını ifade etmek gerekir. Örneğin, beden muayenesine katılmak istemeyen veya vücudundan örnek vermek istemeyen şüpheli veya sanığa zor kullanılarak bu örneklerin alınmasına Anayasa'nın 38/5'inci maddesi engeldir. Yahut teşhis işlemine katılmak istemeyen bir şüphelinin zor kullanmak suretiyle bu işleme katılması da Anayasa'nın 38/5 maddesine aykırı olacaktır. Nasıl ki sanığın dili zorlamayla bir delil olamazsa aynı zorlama ile bedeni ve eşyası da bir delil olamaz. Bu, Anayasa m.38/5'in doğal ve zorunlu bir sonucudur.

Nemo tenetur ilkesinin bu şekilde yorumlanması halinde, ceza muhakemesinin yapılamayacağı eleştirisi ile karşı karşıya kalmak pek muhtemeldir. Burada üç türlü çözüm önerilebilir: Birincisi; nemo tenetur ilkesini Anayasa'dan doğrudan doğruya çıkarmak veya sadece susma hakkı ile sınırlı olacak biçimde düzenlemektir. Buna göre, Anayasa'nın 38/5 maddesinde "*Hiç kimse kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaz*" ifadesine yer verilmesi düşünülebilir. Nitekim susma hakkı konusunda daha önce de belirttiğimiz gibi kanunlar ve içtihatlar ile gerekli güvenceler sağlanmıştır. Ancak bu çözüm yolunun, *işkence ve kötü muamele ile ifade alınmaz ama başka her türlü delil elde edilebilir* demekten başka bir anlama gelmeyeceği açıktır.

İkinci çözüm yolu ise bazı hareketleri aktif bazı hareketleri pasif yahut bazı hareketleri önemli bazıları ise önemsiz kabul ederek şüpheli veya sanığın katılma yükümlülüğünü *a priori* olarak belirlemektir. Örneğin, şüpheli veya sanığın beden muayenesi veya vücudundan örnek alınmasına aktif bir davranışla katılmaya zorlanamayacağını ancak muayene için basit ve önemsiz ayağa kalkmak, dilini çıkarmak, kan alınmasına müsaade etmek veya doktorun sorularına yanıt vermek gibi bazı hareketleri yapmak zorunda olduğunu kabul etmek gibi. Kanaatimizce burada söz konusu hareketlerin aktif olmadığını söylemek mümkün değildir. Nitekim tüm bu hareketler, şüpheli veya sanığın *aktif, etkin ve canlı* bir katılımını gerektirir. Bir an için bu işlemlerin yapılmasına rıza göstermeyen şüpheli veya sanık hakkında ilgili ceza muhakemesi işleminin yapılması için mutlaka cebire başvurulması gerekeceği düşünüldüğünde, şüpheli veya sanığın *aktif pozisyonu* çok daha net bir şekilde anlaşılacaktır. Bu çözümde ilgili ceza muhakemesi işleminin aktif-pasif olması değil, önemli-önemsiz olması yönünde bir ayırım yapılmaktadır ki bu çözüm de kanaatimizce doğru değildir.

Üçüncü ve bizce benimsenmesi gereken çözüm yolu ise, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ile nemo tenetur ilkesi arasında her somut olay bakımından bir dengenin kurulmasıdır. Buna göre her şeyden önce, ilgili ceza muhakemesi işlemi hususunda şüpheli veya sanığa bilgi verilmesi, yapılacak işlemle ilgili rızasının alınmaya çalışılması ve mümkün olduğunca şüpheli veya sanığın iradesi çerçevesinde işlemin yapılması sağlanmalıdır. Yine katılma yükümlülüğünün sınırlarının mutlaka hukuk devleti, insan onuru,

oranlılık ilkeleri ile birlikte çizilmesi gerekir. Buna göre, bir ceza muhakemesi işlemine şüpheli veya sanığın otomatik olarak katlanma yükümlülüğünün bulunduğundan bahsedilmemeli, her somut olayın özelliğine göre bu işlemin insan onuruna, oranlılık ilkesine ve zorlama yasağına aykırı olup olmadığı beraber değerlendirilmelidir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, öğretide şüpheli veya sanığın beden muayenesine veya vücudundan örnek alınmasına yahut teşhis işlemine katlanması gerektiği *a priori* bir şekilde kabul edilmektedir. Nitekim şüpheli veya sanığın beden muayenesine rıza göstermemesi halinde, Cumhuriyet savcılığının gerekli önlemleri alacağı mevzuatımızda düzenlenmiştir. Alınacak bu önlemler nelerdir? Şüpheli veya sanığın rızasını elde etmeye yönelik onu aydınlatmak mı, bu işlem konusunda bir irade oluşturmaya yönelik bir çalışma mı yoksa kolundan tutup iğneyi batırmak yahut ellerini yatağa kelepçeleyip ağzını bağlayıp üstüne çıkarak hareketsiz (pasif) kalması sağlanarak ilgili işlemi yapmak mı? İşte her bir örnek bakımından şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğüne ve dolayısıyla yapılacak ceza muhakemesi işleminin hukukiliğine verilecek cevap değişecektir. Özetle, şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğü her bir olaya göre ayrı ayrı ve *aposteriorik* bir biçimde değerlendirilmelidir. Aksi takdirde; hukuk devletine, insan onuruna ve oranlılık ilkesine aykırı olabilecek pek çok işlemin katlanma yükümlülüğü kisvesi ve ceza muhakemesinin sıhhati gerekçesi altında tatbik edilmesi mümkün olabilecektir. Nitekim AİHM de, suçlanan kişinin iradesine tazyik veya baskı yapılmasının 6'ncı madde altında müsaade edilebilir olup olmadığını belirlenmesi amacıyla üç temel ölçüt kullanmaktadır. Bunlar; delil elde etmek için kullanılan zorun mahiyeti ve seviyesi, mesele konusu suçun soruşturulması ve cezalandırılmasında kamu yararının ağırlığı ve usule ve bu şekilde elde edilen herhangi bir materyalin kullanımına uygulanan güvencelerin mevcut olup olmadığıdır.

Unutmamak gerekir ki; ceza muhakemesi hukuku sanık aracılığı ile değil, sanık için yapılmalıdır. Aksi, *Bacteria*'nın da dediği gibi; **"Bir adamın kendi kendisinin ithamcısı olmasını istemek iddiası, çok korkunç ve gülünçtür. Hakikat onun adaleleri ve sinirleri içine gizlenmiş gibi onu işkence ile çıkartmaya çabalamak vahşet ve budalalıktır."**

---

#### KAYNAKÇA

---

- Acabey**, Mehmet Beşir, Soybağcı- Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, İzmir 2002.
- Akcan**, Recep, Medeni Usul Hukukundaki Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması (Yeni Bir Hüküm Olan Medeni Kanun madde 284 Üzerine İnceleme), Prof.Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 887-934.
- Aksoy Dursun**, Sanem, "Soybağcının Belirlenmesi Bakımından MK m.284 ve HMK m.292'nin Değerlendirilmesi", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi), Y: 2012, C: 8, S: 95-96, s. 109-124.
- Aksoy İpekçioğlu**, Pervin, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", İÜHFM, Y: 2012, C: 70, S: 1, s. 19-38. (Beden Muayenesi)

- Aksoy İpekçioğlu**, Pervin, "Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri", AÜHFD, C: 57, S: 3, 2008, s. 51-82.
- Aksoy İpekçioğlu**, Pervin, "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu", Prof.Dr.Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi HF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y: 2013, C: 19, S: 2, s. 1157-1175. (Vücuttan Örnek Alma)
- Arslan**, Kahan Onur, "İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması", TBBD 2015 (120), s. 155-172.
- Aydın**, Murat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kendini İtham Etmeme Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Aytekin**, Asuman, Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2000.
- Bärlein**, Michael/**Panaris**, Panos/**Rehmsmeier**, Jörg, Spannungsverhältnis zwischen der Aussagefreiheit im Strafverfahren und den Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren, s. 1825-1830.
- Beccaria**, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev.Sami Selçuk), İmge Kitabevi, Ankara 2004.
- Benfer**, Jost/**Bialon**, Jörg, Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft, 4. Auflage, München 2010.
- Baulke**, Werner, Strafprozessrecht, 13. Auflage, Heidelberg 2016.
- Binder**, Detlev/**Seemann**, Ralf, Die zwangweise Verabreichung von Brechmitteln zur Beweissicherung, NSTZ 2002, s. 234-238.
- Birgen**, Nur, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Adli Tıp Uygulamalarına Yansımaları, Hukuki Perspektifler Dergisi, Eylül 2006.
- Bolayır**, Nur, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014.
- Bosch**, Nikolaus, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht- Ein Beitrag zur funktionsorientierten Auslegung des Grundsatzes "nemo tenetur seipsum accusare", Berlin 1998.
- Böse**, Martin, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes "Nemo tenetur se ipsum accusare", GA 2002, s. 98-128.
- Bringewat**, P., Der "Verdaechtige" als schweigeberechtigte Auskunftsperson?, JZ 1981, s. 289-295.
- Budak**, Ali Cem, Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller, YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C: III, S: 2, Y: 2006; s. 337-356.
- Bulut**, Nihat, "Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış", EÜHFD, C: XII, S: 3-4 (2008), s. 1-12.
- Burğdorf**, Ralf/**Ehrentraut**, Christoph/**Lesch**, Heiko H., Die Identifizierungsgegenüberstellung gegen den Willen des Beschuldigten- Eine unzulässige Ermittlungsmasnahme?, GA1987, s. 106-127.
- Candan**, Turgut, Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed.İlhan Ulusan/Funda Başaran Yavaşlar) Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 245-284.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10 Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.
- Cierniak**, Jürgen/**Herb**, Gregor, Pflicht zur Belehrung über die Freiwilligkeit der Teilnahme an einer Atemalkoholmessung, NZV 2012, s. 409-413.
- Cramer**, Steffen, Strafprozessuale Verwertbarkeit ärztlicher Gutachten aus anderen Verfahren, NSTZ 1996, s. 209-214.
- Çetin, Gürsel, Kişinin Rızası Dışında Savcı veya Mahkeme Kararı ile Yapılan Beden Muayenesinin Değerlendirilmesi, Hukuk ve Adalet, Y: 1-2, S: 6-7, Ekim 2005.
- Dahs**, Hans/**Wimmer**, Raimund, Unzulässige Untersuchungsmethoden bei Alkoholverdacht, NJW 1960, s. 2217-2235.
- Dallmeyer**, Jens, Verletzt der zwangsweise Brehmitteleinsatz gegen Beschuldigte deren Persönlichkeitsrechte?, StV 1997, s. 606-610.

- Demirbaş**, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 3. Baskı, Ankara 2013.
- Dietz**, Heinz-Müller, Die Stellung des Beschuldigten im Strafproze , ZStW 1981, s. 1177-1270.
- Dingeldey**, Thomas, Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafproze recht, JA 1984, s. 407-414.
- Doğru**, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C:1, İstanbul 2004.
- Donay**, Süheyl, Ceza Mahkemelerinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Basım, İstanbul 2008.
- Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2011.
- Eidam**, Lutz, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 2007.
- Eisenhardt**, Urte, Das nemo tenetur-Prinzip: Grenze körperlicher Untersuchungen beim Beschuldigten- Am Beispiel des § 81a StPO, Frankfurt am Main 2007.
- Engländer**, Armin, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht, 7. Auflage, Heidelberg 2015.
- Er**, Cüneyd, "İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi", TBB Dergisi, S: 60, 2005, s. 169-188.
- Erem**, Faruk, "Susma Hakkı", Bursa Barosu Dergisi, 1980, s. 10-11. (**Ceza Usul**)
- Erem**, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1970.
- Ersin**, Ali, "Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü", CHD, Y: 6, S: 16, Ağustos 2011, s. 190-207.
- Erten**, Rifat/**Acır**, Birsen/**Taşveren**, Sema, Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, AÜHFD 1996, C: XXXXV, S: 1-4, s. 573-588.
- Ertuğrul**, Hüseyin, "Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü", , Gazi üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XII, Y: 2008, S: 1-2, s. 687-699.
- Eser**, Albin, Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, ZStW 1967, s. 565-622.
- Fahl**, Christian, Der praktische Fall- Strafrecht: "Schlau hilft", JuS 2001, s. 47-52.
- Fincancı**, Şebnem Korur/**Yorulmaz**, Coşkun, Beden Muayenesi, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No:48, Şubat 2006.
- Geppert**, Klaus Zum Strafrechtlichen "Rechtmä igkeits" Begriff (§ 113 StGB) und zur strafprozessualen Gegenüberstellung, JURA 1989, s. 274-280. (Gegenüberstellung)
- Geppert**, Rechtliche und rechtspolitische Überlegungen zum Unfalldatenschreiber, in: Jus humanum Grundlagen des Rechts und Strafrecht- Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, s. 839-855.
- Gözler**, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2010.
- Greco**, Lu s/**Caracas**, Christian, Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit, NStZ 2015, s. 7-16.
- Groth**, Kristina, Unbewusste Äu erungen und das Verbot des Selbstbelastungszwang, Frankfurt am Main 2003.
- Grünwald**, Gerald, Anmerkung-BGH Beschlu v. 30.4.1968- 1 STR 625/67 (OLG Karlsruhe), JZ 1968, s. 752-754.
- Grünwald**, Gerald, Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung, JZ 1981, s. 423-429.
- Guradze**, Heinz, Schweigerecht und Unschuldvermutung im Englisch-Amerikanischen und Bundesdeutschen Strafprozess, Festschrift für Karl Loewenstein, Tübingen, s. 151-165.
- Haas**, Günter, Der Beschuldigte als Augenscheinobjekt, GA 1997, s. 368-371.
- Haller**, Klaus/**Conzen**, Klaus, Das Strafverfahren- Eine systematische Darstellung mit Originalakte und Fallbeispielen, 7. Auflage, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg 2014.
- Hartmann**, Arthur/**Schmidt**, Rolf, Strafprozessrecht- Grundzüge des Strafverfahrens, 6. Auflage, Bremen 2016.
- Heger**, Martin, Strafprozessrecht, Stuttgart 2013.
- Hekimoğlu**, Mehmet Merdan, "İnsan haklarının temelini oluşturan 'insan onuru' kavramının Anayasal

boyutları: Federal Almanya örneği", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S: 71-72, Temmuz-Ağustos 2010, s. 100-116.

**Hellmann**, Uwe, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Berlin- Heidelberg 2006.

İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı- Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, İkinci Bası, İstanbul 2005.

İnci, Z.Özen, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis", TBBD, S: 85, Kasım-Aralık 2009, s. 105-136. **(Teşhis)**

İnci, Zekiye Özen, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", İzBD, Y: 72, S: 1, s. 131-172. **(Beden Muayenesi)**

İstanbul Protokolü- İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları 24, Ankara 2005.

İtişgen, Rezzan, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, İstanbul 2013.

**Kafadar**, Muhammed Fatih, "Hukuk, Sivil Toplum ve Demokrasi: İnsan Onuru", Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, 11-12 Ekim 2013, Antalya.

**Karaçülmaz**, Ali, "Yer Gösterme İşlemi ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 85. Maddesinin İncelenmesi", TBBD, S: 57, 2005, s. 62-81.

**Kasiske**, Peter, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess, JuS 2014, s. 15-19.

**Kazaker**, Gözde, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, CHD, S: 31, Ağustos 2016, s. 173-201.

**Kızıllarslan**, Hakan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma, Ankara 2007.

**Kindhäuser**, Urs, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2016.

**Kluszczewski**, Diethelm, Strafprozessrecht, 2. Auflage, München 2013.

**Kocaoğlu**, Serhat Sinan, "Susma Hakkı", ABD, S: 69, 2011/1, s. 29-58.

**Konuralp**, Halûk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999.

**Köhler**, Michael, Proze verhältnis und Ermittlungseingriffe, ZStW 1995, s. 10-47.

**Kölbel**, Ralf, Selbstbelastungsfreiheiten-Der nemo-tenetur-Satz im materiellen Strafrecht, Berlin 2006.

**Kudlich**, Hans, Reden ist Silber, Schweigen ist Gold- Zur "Mit-Hör-Fallen"- Entscheidung des Gro en Strafsenats- BGH (GS), NSTZ 1996, 502, JuS 1997, s. 696-700.

**Kunter**, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1981.

**Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2010.

**Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2013.

**Kühne**, Hans Heiner, Strafprozessrecht- Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht 9. Auflage, Heidelberg 2015.

**Luef-Kölbl**, Heidelinde, Der Beschuldigte: Vom Objekt zum Subjekt des Strafverfahrens, Hamburg 2005.

**Memiş**, Tekin/**Yıldırım**, Mustafa Fadil, Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Sorunlar, AÜEHFD 2004, C: VIII, S: 1-2, s. 283-306.

**Murmann**, Uwe, Die strafprozessuale Zusatzfrage in der ersten Prüfung, Jus-Beil 2007, s. 1-24.

**Naucke**, Wolfgang, Anmerkung- OLG Frankfurt/M., Urt. v. 11.10. 1996- 1 Ss 28/96, StV 2000, s. 1-3.

**Nothelfer**, Martin, Die Freiheit von Selbstbeziehungszwang- Verfassungsrechtliche Grundlagen und einfachgesetzliche Ausformungen, Heidelberg 1989.

**Odenthal**, Hans Jörg, Die Gegenüberstellung zum Zwecke des Wiedererkennens, NSTZ 1985, s. 433-438.

Öntan, Yaprak, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yer Gösterme İşlemi", AÜHFD, 62 (4) 2013, s. 1087-1103.

Özbek, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.

- Özbilen, Arif Barış, "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y:12, S: 24 Güz 2013/2, s. 99-124.
- Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2009.
- Özgenç, İzzet, "Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki Sonuçları", Hukuk Araştırmaları (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi), C: 19, S: 1-3, 1995, s. 129-142.
- Öztürk, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sırma**, Özge/**Kırt**, Yasemin F. Saygılar/ Özaydın, Özdem/**Akcan**, Esra Alan/**Erden**, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2015.
- Park**, Tido, Handbuch Durchsuchung und Beschlagnahme, 2. Auflage, 2009.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/Özkes, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usûl Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012.
- Plöger**, Rainer, Die Mitwirkungspflichten des Beschuldigten im deutschen Strafverfahren von den Anfängen im germanischen Rechtsgang bis zum Ende des gemeinen Inquisitionsprozesses, Bochum 1982.
- Popp**, Martin, Anmerkung zum BGH, Bschl. v. 13.5.1996- GSSt 1/96 (LG Hamburg), NStZ 1998, s. 95-97.
- Queck**, Nadine, Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen, Berlin 2005.
- Rie**, Peter, Anmerkung zum BGH, Bschl. v. 13.5.1996- GSSt 1/96 (LG Hamburg), NStZ 1996, s. 505-506.
- Rie**, Peter, Der Beschuldigte als Subjekt des Strafverfahrens in Entwicklung und Reform der Strafprozedur, Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz- Festschrift zum 100 jährigen Gründungstag des Reichsjustizamtes am 1. Januar 1877, Köln, 1977, s. 373-436.
- Rogall**, Klaus, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst- Ein Beitrag zur Geltung des Satzes 'Nemo tenetur se ipsum prodere' im Strafprozedur, Berlin 1977.
- Rogall**, Klaus, Die Vergabe von Vomitivmitteln als strafprozessuale Zwangsmaßnahme, NStZ 1998, s. 66-68.
- Roxin**, Claus, Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, NStZ 1995, s. 465-469 (**NStZ 1995**)
- Roxin**, Claus, Zum Hörfallen- Beschlusses des Großen Senats für Strafsachen, NStZ 1997, s. 18-21. (**NStZ 1997**)
- Roxin**, Claus/**Schünemann**, Bernd, Strafverfahrensrecht, 29. Auflage, München 2017.
- Rüping**, Hinrich, /**Kopp**, Thomas, Steuerrechtliche Mitwirkungspflichten und strafrechtlicher Schutz vor Selbstbelastung, NStZ 1997, s. 530-534.
- Rüping**, Hinrich, Zur Mitwirkungspflicht des Beschuldigten und Angeklagten, JR 1974, s. 135-140.
- Schaefer**, Christoph, Effektivität und Rechtsstaatlichkeit der Strafverfolgung- Versuch einer Grenzziehung, NJW 1997, s. 2437-2438.
- Schäfer**, Gerhard, Die Praxis des Strafverfahrens, 6. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln 2000.
- Seymen Çakar**, Ayşen, "Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru", [www.umut.org.tr](http://www.umut.org.tr) (Erişim:05.12.2015).
- Soyaslan**, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2006.
- Stürner**, Rolf, Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981, s. 1757-1763.
- Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.
- Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005. (**Gazi Şerhi**)
- Şenyüz, Doğan, Susma Hakkı Karşısında Vergi Kanunundaki Defter ve Belgeleri Gizleme Suçu, DEÜHFD, C: 15, S: 1, 2013, s. 29-40.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz/Önok, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2006.
- Toprak**, Ufuk, "Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C: 1, Y: 2, S: 7 (20 Ekim 2011), s. 257-286.

- Toroslu**, Nevzat/**Feyzioğlu**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
- Turhan**, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
- Umar**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Ünver, Yener/**Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 1, 8. Baskı, Ankara 2013.
- Üstün, Susma Hakkı Çerçevesinde Defter Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu, GÜHFD, C: XV, Y: 2011, S: 3, s. 363-390.
- Verrel**, Torsten, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren- Ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfahrensgrundsatzes, München 2001.
- Vitkauskas**, Dovydas/**Dikov**, Grigoriy, (Çev:Serkan **Cengiz**), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı, Strazburg 2012.
- Weiss**, Doris Inga, Duldungs-und Mitwirkungspflichten Nichtverdächtiger im Strafverfahren, Hamburg 1994.
- Wessels**, Johannes, Schweigen und Leugnen im Strafverfahren, JuS 1966, s. 169-176.
- We lau**, Edda, Anmerkung - OLG Frankfurt/M., Urt. v. 11.10. 1996- 1 Ss 28/96, StV 1997, s. 341-344.
- Wolff**, Heinrich Amadeus, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung- Das Verbot des Zwangs zur aktiven Mitwirkung am eigenen Strafverfahren und seine Ausstrahlungswirkung auf die gesetzlichen Mitwirkungspflichten des Verwaltungsrechts, Berlin 1997.
- Wolfslast**, Gabriele, Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung- Besprechung des BGH-Urteils vom 9.4.1986- 3 StR 551/85 (NStZ 1987, 133)-, NStZ 1987, s. 103-106.
- Yaltı**, Billur, Vergi Hukukunda Susma Hakkı (VUK 359) (a) (2)'nin Anayasa Aykırılığı Sorunu, Vergi Dünyası, S: 285, Mayıs 2005, s. 24-33.
- Yavaşlar**, Funda Başaran, İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları, Vergi Dünyası, Temmuz 2006, s. 116-147.
- Yenisey**, Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987.
- Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2015.
- Yıldırım**, Ali, "Saniğın Susma Hakkı", ABD, 1988/5-6, s. 682-701.
- Yıldız**, Ali Kemal, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme", İÜHFM, C: LXV, S: 1, 2007, s. 127-174.
- Yurtcan**, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2007.
- Zaczyk**, Rainer, Anmerkung - OLG Frankfurt/M., Urt. v. 11.10. 1996- 1 Ss 28/96, StV 2002, s. 125-127.



# DTÖ Anlaşmalarındaki Yükümlülüklerden Kaçınmaya Olanak Sağlayan İstisna Hükümleri

Hakemli Makale

**Talat KAYA<sup>1</sup>**

Dr.,

---

## İÇİNDEKİLER

---

GİRİŞ .....	171
I. TEMEL DTÖ HÜKÜM VE İLKELERİ .....	172
A. Pazara Girişin Sağlanması İlkesi .....	172
1. Mal Ticaretinde Pazara Giriş .....	172
2. Hizmet Ticaretinde Pazara Giriş .....	173
B. Ayrımcılık Yapmama İlkesi.....	174
1. En Çok Kayrılan Ülke Kuralı.....	174
2. Ulusal Muamele Kuralı .....	175
C. Şeffaflık İlkesi.....	176
II. DTÖ İSTİSNA KURALLARI.....	177
A. Genel İstisna Kuralları.....	177
B. Güvenlik İstisnaları .....	182
C. Acil Korunma Önlemleri .....	184
D. Ödemeler Dengesi İstisnaları .....	186
E. Bölgesel Ticaret Anlaşmaları.....	187
SONUÇ.....	190
KAYNAKÇA .....	191

---

<sup>1</sup> Bu makaleyi titizlikle gözden geçiren Ekonomi Bakanlığı Daire Başkanı Aylin BEBEKOĞU ile makalenin değerlendirme aşamasında katkılarını sunan isimlerini bilmediğim Hakemlere teşekkür ederim.

---

## ÖZET

---

**D**ünya Ticaret Örgütü (DTÖ)'nün 1995 yılında kurulması ile birlikte, çok taraflı uluslararası ticaret sistemi; DTÖ Kuruluş Anlaşması ekinde yer verilen Anlaşmalar çerçevesinde gelişmiştir. DTÖ, ayrımcılık yapmama, pazara giriş ve şeffaflık gibi ilkeler temelinde serbest bir ticaret sistemi kurmayı öngörmektedir. DTÖ'nün kurmayı amaçladığı serbest ticaret sistemi bazı hallerde ticaret dışındaki toplumsal değer ve menfaatler ile çelişebilmektedir. Toplumsal değer ve menfaatler yanında, ekonomik bazı gerçeklikler ve gerekçeler de, üye ülkelerin DTÖ kurallarından sapan uygulama ve politikalar benimsemek istemelerine neden olmaktadır.

DTÖ Anlaşmalarında sosyal ve ekonomik değer ve menfaatler ile ticaretin serbestleştirilmesine ilişkin kuralları bağdaştıran hükümlere yer verilmiştir. Genel olarak istisna hükümleri olarak adlandırılan bu hükümler belli şart ve usuller çerçevesinde serbest ticareti öngören hükümlerden sapmaya olanak sağlamaktadır. Bu çerçevede, istisna kurallarında yer verilen şart ve usullere uygun olmak kaydıyla, DTÖ Anlaşmalarında yer verilen yükümlülüklerden kaçınmak mümkündür.

### **Anahtar Kelimeler**

DTÖ, İstisna Kuralları, GATT, GATS, Uluslararası Ticaret

---

## ABSTRACT

---

### **Exception Provisions To Avoid The Obligations In The WTO Agreements**

**S**ince the establishment of the World Trade Organization (WTO) in 1995, the multilateral trading system has been developed under the Agreements annexed to the Agreement Establishing the WTO. WTO basically envisages establishment of a free trade system based on principles like non-discrimination, market access and transparency. However, in some cases, free trade system, that the WTO aims to establish, may conflict with some social values and interests. Grounded on some economic realities and rationales, besides social values and interests, Member states may need to adopt practices and policies deviating from the WTO rules.

WTO Agreements provide rules that reconcile economic and social values with rules aiming liberalization of trade. In general terms, under certain conditions and procedures, the so-called exception provisions allow deviation from the provisions envisaging the establishment of free trade. In this context, it is possible to avoid the obligations contained in the WTO Agreements provided that conditions and procedures under the exception provisions are met.

### **Keywords**

WTO, Exception Rules, GATT, GATS, International Trade

## GİRİŞ

Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ)'nün 1995 yılında kurulması ile birlikte, çok taraflı uluslararası ticaret sistemi; DTÖ Kuruluş Anlaşması ekinde yer verilen Anlaşmalar çerçevesinde öngörülebilir ve kurallara dayalı bir hukuki zeminde yürütülmeye başlanmıştır. Hâlihazırda, Türkiye' dâhil olmak üzere, 164 ülkenin üye olduğu DTÖ, temel olarak ayrımcılık yapmama, pazara giriş ve şeffaflık gibi ilkeler temelinde serbest bir ticaret sistemi kurmayı öngörmektedir. Bununla birlikte, serbest ticaret sistemi bazı hallerde ticaret dışındaki toplumsal değer ve menfaatler ile çelişebilmektedir<sup>2</sup>. Toplumsal değer ve menfaatler yanında, ekonomik bazı gerçeklikler ve gerekçeler de, üye ülkelerin DTÖ kurallarından sapan uygulama ve politikalar benimsemek istemelerine neden olmaktadır.

Bu kapsamda, hükümetlerin kamu ahlakı; insan, hayvan, bitki hayat ve sağlığı; bölgesel işbirliği; ödemeler dengesi; ekonomik kalkınma ve ulusal güvenliğin sağlanması gibi pek çok alanda benimsediği politika ve uygulamalar zaman zaman serbest ticaret önünde engel oluşturabilmektedir. Bu nedenle, DTÖ Anlaşmalarında sosyal ve ekonomik değer ve menfaatler ile ticaretin serbestleştirilmesine ilişkin kuralları bağdaştıran hükümlere yer verilmiştir.

Söz konusu hükümler genel olarak istisna hükümleri olarak adlandırılmaktadır. Her bir istisna hükmü kapsam ve niteliği itibarıyla, diğer bir istisna hükmünden farklılık arz etmektedir. Bununla birlikte, istisna hükümleri temelde korunması istenen sosyal ve ekonomik değer ve menfaatler ile ticaretin serbestleşmesini öngören DTÖ kurallarının çatışması halinde, söz konusu değer ve menfaatlara öncelik tanımaktadır<sup>3</sup>. İstisna hükümleri bununla birlikte, istisnadan yararlanmayı hükmün içinde yer verilen şart ve usullere bağlamaktadır.

DTÖ Kuruluş Anlaşması ekinde, anlaşma ve mutabakat şeklinde toplam 19 anlaşmanın olduğu ve her bir istisna hükmünün ilgili anlaşma çerçevesinde değerlendirilmesinin gerektiği göz önüne alınarak, anlatım kolaylığı açısından bu inceleme mal ve hizmet ticaretine ilişkin ana anlaşmalar olan Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması<sup>4</sup> (GATT) ile Hizmet Ticareti Genel Anlaşması (GATS) çerçevesinde yapılacaktır<sup>5</sup>. Bu genel

1 Türkiye, 31 Aralık 1953 tarih ve 6202 sayılı "Gümrük Tarifeleri Ticaret Anlaşması'na Ekli Torquay Protokolünün Onanmasında Dair Kanun ile GATT'a taraf ülkeler arasına katılmış, 25 Şubat 1995 tarih ve 22213 Sayılı 1. Mükerrer Resmi Gazete'de yayımlanan 95/6525 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile de DTÖ üyesi olmuştur.

2 Van den Bossche P.; *The Law and the Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, 2005, s. 597; Stoll P.T/ Schorkopf F., *WTO-World Economic Order, World Trade Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2006, s. 56.

3 Van den Bossche, s. 598.

4 DTÖ uygulamasında, GATT 1947 ve GATT 1994 şeklinde iki tane GATT'dan söz edilir. 1947 ve 1994 tarihleri her iki anlaşmanın imzalandıkları tarihe işaret etmektedir. 1947 yılında imzalanan GATT, 1994 yılına gelindiğinde, o döneme kadar kabul edilen karar ve açıklayıcı notlar ile birlikte GATT 1994 içerisine alınmıştır. Bu anlamda, GATT 1994 daha gelişmiş ve genişletilmiş bir metin olmakla birlikte, öz olarak GATT 1947'yi içerisinde barındırmaktadır. Ancak her iki metin hukuken ayrı metinlerdir. DTÖ uygulaması ve akademik çevrelerde her iki anlaşma arasındaki hukuksal farklılığın özellikle vurgulanmasının gerekli olduğu hallerde GATT 1947 ve GATT 1994 ifadeleri kullanılırken, böylesi bir vurgulamanın gerekmediği hallerde genel bir ifade olan GATT ifadesi tercih edilmektedir. Bu yaklaşım bu çalışmada da takip edilecektir.

5 DTÖ'nün diğer bir ana anlaşması olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS)'in GATT

çerçeve içerisinde, GATT ve GATS'ın konu olduğu anlaşmazlıkların nerede ise tamamında davalı ülke tarafından gündeme getirilen ve Anlaşmalarda öngörülen yükümlülüklerden kaçmaya olanak sağlayan istisna hükümlerini incelemeyi amaçlayan bu çalışma iki kısımdan oluşmaktadır.

İlk kısımda, ticaretin serbestleştirilmesini öngören ve çok defa ticaret dışındaki ekonomik veya toplumsal değer ve menfaatlerle çelişmesi kuvvetle muhtemel olan pazara giriş, ayrımcılık yapmama ve şeffaflığa ilişkin temel DTÖ hüküm ve ilkelerine genel olarak değinilecektir. GATT ve GATS'ın temel hüküm ve ilkeleri, önemlerine binaen burada ele alınmakla birlikte; istisna hükümlerinin temel hüküm ve ilkeler yanında, GATT veya GATS'ın diğer hükümlerine aykırılık halinde de kullanılabilir nitelikte olduğu vurgulanmalıdır. İncelemenin ikinci kısmında ise istisna kuralları incelenecektir. Her bir kısım, inceleme konusuna göre alt başlıklara ayrılacaktır

## I. TEMEL DTÖ HÜKÜM VE İLKELERİ

### A. Pazara Girişin Sağlanması İlkesi

Yurt dışında iş yapmak isteyen tacir ve hizmet sunucuları bakımından engellerle karşılaşmadan uluslararası pazarlara erişmek hayati önemi haizdir<sup>6</sup>. Bu nedenle, pazara giriş kuralları DTÖ Anlaşmalarının esaslı bir unsurunu oluşturmaktadır. Nitekim DTÖ Kuruluş Anlaşması'nın hemen dibacesinde, Anlaşma'da öngörülen amaçlara ulaşılabilmesi için pazara giriş önündeki tarife ve tarife dışı engellerin karşılıklı ve ortak yarar temelinde yapılacak düzenlemeler ile kaldırılmasının önemine vurgu yapılmıştır<sup>7</sup>.

Mal ve hizmetlerin pazara girişi önündeki engellerin farklı mahiyet arz etmesi nedeniyle pazara giriş ile ilgili açıklamalar, mal ticaretinde ve hizmet ticaretinde pazara giriş şeklinde iki alt başlık altında yapılacaktır.

### 1. Mal Ticaretinde Pazara Giriş

İthal malların iç pazara girişini engellemek, yerli üretimi korumak ve gelir elde etmek amaçlarıyla, ülkeler, yaygın şekilde tarife olarak da adlandırılan gümrük vergilerini kullanmaktadır. Tarife, ürünlerin ithali aşamasında uygulanan mali mükellefiyet olarak tanımlanabilir. Diğer bir anlatımla, malların pazara girişi ancak belirlenen tarifenden ödenmesine bağlıdır<sup>8</sup>. Tarifeler yanında, çevre fonu, kalkınma fonu, denizcilik vergisi gibi tarife benzeri vergi ve ücretler ile de ithal ürünlerin pazara girişi engellenmektedir.

ve GATS'dan farklı bir yaklaşımla hazırlanmış olması ve GATT ve GATS'da yer alan birçok istisna kuralının TRIPS içerisinde yer verilmemiş olması nedeniyle, TRIPS Anlaşması bu incelemenin kapsamı dışında tutulacaktır.

6 Van den Bossche, s. 376.

7 DTÖ Kuruluş Anlaşması, Dibace.

8 Gümrük vergileri spesifik, *ad volorem* ve karma olmak üzere çeşitli şekillerde uygulanabilir. Spesifik vergi ağırlık, hacim ve adet gibi belli bir birim malın ithalinde ödenmek zorunda olan standart bir mali yükümlülüğü ifade eder. Örneğin 1 ton buğdayın ithali için 50 TL ödenmesi gibi. *Ad volorem* vergi ise, malın değerinin belli bir oranı şeklinde ifade edilir. Örneğin bilgisayar ithali için % 15 oranında vergi ödenmesi gibi. Karma vergi ise, spesifik ve *ad volorem* verginin beraber uygulanması anlamına gelir. Örneğin demir çelik ithalatında ton başına 200 TL ve % 25 oranında vergi ödenmesi gibi. Daha geniş bilgi için bkz. Seyyidoğlu H., Uluslararası İktisat, Geliştirilmiş 13. Bası, Kurtiş Matbaası, İstanbul, 1999, s. 132-133.

GATT, prensip olarak DTÖ üyelerine ithal mallar için gümrük vergisi uygulama hakkı tanımaktadır<sup>9</sup>. Bununla beraber, her bir DTÖ üyesi ülkenin ne oranda veya ne miktarda gümrük vergisi ile diğer vergi ve ücret uygulayabileceği, ilgili ülkenin GATT Madde II kapsamında taahhütte bulunup bulunmadığına bağlıdır. Taahhütte bulunulmayan ürünler bakımından, DTÖ üyesi ülkeler arasında ayrımcılığı yasaklayan "En Çok Kayrılan Ülke (*Most-Favoured-Nation- MFN*)" kuralına uygun olmak şartıyla, ülkelerin gerek tarife gerek tarife benzeri vergi ve ücret uygulama konusunda bir serbestisi bulunmaktadır<sup>10</sup>. Taahhütte bulunulan ürünler için ise, uygulanacak gümrük vergisi, ülkelerin DTÖ'ye bildirdikleri taahhüt listelerindeki bağlı hadleri aşmayacaktır<sup>11</sup>. Gümrük vergisi bağlanan ürünler için ayrıca, tarife benzeri vergi ve ücretler, ancak bunların taahhüt listesinde belirtilmesi ve belirtilen oranı veya miktarı aşmaması koşuluyla uygulanabilecektir<sup>12</sup>.

Tarifeler, tarife benzeri vergi ve ücretler yanında tarife dışı engeller de mal ticareti üzerinde kısıtlayıcı bir etkiye sahiptir. Tarife dışı engeller, ithalatın kısıtlanması amacıyla geniş bir yelpazede uygulanan her türlü engeli kapsamaktadır<sup>13</sup>. Tarife dışı engellerin başında miktar kısıtlamaları, gümrük uygulamaları, teknik düzenleme ve standartlar ile sağlık ve bitki sağlığı önlemleri gelmektedir<sup>14</sup>. Uluslararası mal ticaretinin normal seyrinde gelişmesini teminen GATT 1994'ün XI. maddesi kota, lisans veya diğer yollar ile ihracat veya ithalatın kısıtlamasını açık olarak yasaklamaktadır<sup>15</sup>. Miktar kısıtlamalarının diğer bir şekli olan gönüllü ihracat kısıtlamaları da DTÖ Korunma Önlemleri Anlaşması ile yasaklanmaktadır<sup>16</sup>. Teknik düzenlemeler ve standartlar ile sağlık ve bitki sağlığı önlemleri ise, Ticarete Teknik Engeller Anlaşması ile Sağlık ve Bitki Sağlığı Önlemleri Anlaşması çerçevesinde insan, hayvan, bitki hayat ve sağlığının korunması amacıyla bilimsel bir dayanağa sahip olmak ve uluslararası ticareti gereğinden fazla kısıtlamamak kaydıyla uygulanabilecektir.

## 2. Hizmet Ticaretinde Pazara Giriş

Mal ticaretinde olduğu gibi, hizmet ticareti de çeşitli kısıtlamalara tabi tutulabilmektedir. Bununla beraber, mal ticaretinden farklı olarak hizmet ticareti, sınır önlemlerinden ziyade iç düzenlemeler yolu ile kısıtlanmaktadır. Hizmet ticareti önündeki engeller "Pazara

9 Kennedy K., GATT 1994, *The World Trade Organization Legal, Economic and Political Analysis*, Ed. Macrory P.F.J./ Appleton A.E./ Plummer M.G., Springer, 2005, s. 107

10 Mavroidis P.C.; *The General Agreement on Tariffs and Trade, A Commentary*, Oxford University Press, 2005, s. 55.

11 GATT 1994, Madde II.

12 GATT 1994, Madde II; Mavroidis, s. 65; Kennedy, s. 111.

13 Ekonomi Bakanlığı, Pazara Giriş Engelleri 2015 Yılı Raporu, s.1 <http://www.ekonomi.gov.tr/portal/content/conn/UCM/path/Contribution%20Folders/web/%C4%B0hracat/Pazara%20Giri%C5%9F/ekler/Pazara%20Giri%C5%9F%20Engelleri%202015%20Raporu.pdf?live>, son erişim tarihi 1 Ocak 2016; Stoll/Schorkopf, s. 111; Grimwade N., *International Trade Policy, A Contemporary Analysis*, Routledge, 2006, s. 44.

14 Ekonomi Bakanlığı, Pazara Giriş Engelleri 2015 Yılı Raporu, s.1; Seyidoğlu, s. 161; Stoll/Schorkopf, s. 111-112; Van den Bossche, s. 441.

15 Kennedy, s. 127.

16 Korunma Önlemleri Anlaşması, Madde 11 (b).

Giriş” başlıklı GATS Madde XVI/2’de sayılmıştır. Anılan hüküm uyarınca, hizmet ticaretine getirilen sınırlamalar, hizmet sunucuları, hizmetle ilgili işlem veya varlıklar, hizmetle ilgili işlemlerin toplam sayısı veya hizmet çıktısı ve belirli bir hizmet sektöründe istihdam edilebilen kişilerin toplam sayısı gibi miktar kısıtlaması şeklinde konulacağı gibi, belli bir hizmet sunucusunun yasal statüsü veya yabancı sermaye katılımıyla ilgili olarak da konulabilmektedir<sup>17</sup>.

Ancak söz konusu sınırlamaların geçerli olabilmesi için ilgili ülke, sayılan önlemleri taahhüt listesinde belirtmek zorundadır. Her ülke için farklı olan ve GATS ekinde yer vermek suretiyle GATS’ın ayrılmaz bir parçası haline getirilen taahhüt listeleri ile her bir ülke ilgili hizmet bakımından pazara giriş taahhütlerini bağlamakta, diğer bir deyişle, ilgili hizmet ile ilgili olarak taahhüt listesinde belirttiğinin ötesinde kısıtlama uygulamayacağını beyan etmektedir<sup>18</sup>.

## B. Ayrımcılık Yapmama İlkesi

DTÖ Anlaşmaları ile kurulan çok taraflı uluslararası ticaret sisteminin ana ilkelerden bir diğeri Ayrımcılık Yapmama İlkesi’dir<sup>19</sup>. Nitekim, daha DTÖ Kuruluş Anlaşması’nın dibacesinde, uluslararası ticari ilişkilerde ayrımcılığın kaldırılması isteğine yapılan vurgu yanında İlkenin iki temel bileşenini oluşturan En Çok Kayrılan Ülke ve Ulusal Muamele (*National Treatment*) kurallarına temel DTÖ Anlaşmalarının hepsinde yer verilmiş olması, Ayrımcılık Yapmama İlkesi’nin DTÖ sistemi açısından taşıdığı önemi göstermektedir<sup>20</sup>.

### 1. En Çok Kayrılan Ülke Kuralı

Ayrımcılık Yapmama İlkesi’nin ilk bileşeni olan En Çok Kayrılan Ülke kuralı, DTÖ üyesi ülkeler kaynaklı benzer ürün ve hizmetlerin ithalatı ve ihracatı ile ilgili her türlü ayrımcılığı yasaklamaktadır. Başka bir anlatımla, En Çok Kayrılan Ülke kuralı, DTÖ üyelerinden kaynaklanan söz konusu ürün ve hizmetlerin ihracat ve ithalatlarının eşit rekabet koşulları altında gerçekleşmesini amaçlamaktadır<sup>21</sup>.

En Çok Kayrılan Ülke kuralı, gümrük vergileri başta olmak üzere, ürün ya da hizmetin ithalatı ya da ihracatına yönelik tüm vergi veya ücretler ile ürün veya hizmetin satışı, dağıtımı, kullanımı gibi hususları etkileyen tüm kural ve formaliteleri kapsamaktadır.

17 Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı (DPT), Hizmet Ticaretinin Serbestleştirilmesi Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2000, s. 16

18 Van den Bossche, s. 509.

19 Arat T./Erten R., DTÖ Hukuku ve Türkiye’ye Etkileri, *Dünya Ticaret Örgütü Doha Turu Çok Taraflı Ticaret Müzakereleri ve Türkiye*, Ed. Akman M.S./Yaman Ş., Tepav, Ankara, 2008, s. 375; Kaya T., DTÖ Hukuku Uygulamasında Ayrımcılık Yapmama İlkesi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 59, Sayı 2, 2010, s. 187 (Ayrımcılık Yapmama).

20 GATT m.1 ve III, GATS m. II ve XVII; TRIPS m. 3 ve 4. Hoekman B.H./Kostecki M., *The Political Economy of the World Trading System, The WTO and Beyond*, Second Edition, Oxford University Press, 2001, s. 29.; Kaya T.; *Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Anlaşmalarının İç Hukukta Uygulanması*, Legal Yayıncılık, 2015, s. 23 (DTÖ Anlaşmaları).

21 Telli S., *Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşması*, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Sevinç Matbaası, Ankara, 1991, s. 91-92; Van den Bossche, s. 310.

Söz konusu hususlar ile alakalı olarak DTÖ üyesi bir ülke, DTÖ üyesi olsun ya da olmasın başka bir ülkeye sağladığı her türlü avantaj, iltimas, ayrıcalık ya da muafiyeti diğer DTÖ üyelerine de derhal ve şartsız olarak teşmil etmek durumundadır<sup>22</sup>.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki; GATT'tan farklı olarak GATS, "Madde II Muafiyetleri Hakkında Ek" ile En Çok Kayrılan Ülke kuralından sapmaya olanak sağlayan bazı uygulamalara izin vermektedir. Bunun için uygulamanın Ek'te öngörülen şartları taşıması ve Ek kapsamında oluşturulan Muafiyetler Listesi'ne yazılması gereklidir<sup>23</sup>. Söz konusu Ek, genel istisna kurallarından ziyade ülkeye özgü muafiyetler tanıması nedeniyle, bu inceleme dışında tutulacaktır.

## 2. Ulusal Muamele Kuralı

Ayrımcılık Yapmama İlkesi'nin ikinci bileşenini Ulusal Muamele kuralı oluşturmaktadır. En Çok Kayrılan Ülke kuralı diğer DTÖ üyesi ülkeler arasında eşit muamele yükümlülüğünü öngörürken, Ulusal Muamele kuralı ithal ürün ve hizmetlerin, iç pazarda iç vergi ve düzenlemeler açısından yerli ürün ve hizmetler ile aynı muameleye tabi tutulmalarını zorunlu kılmaktadır<sup>24</sup>. Diğer bir anlatımla, Ulusal Muamele kuralı iç vergi ve düzenlemeler açısından yerli ve ithal ürün ve hizmetler arasında eşit rekabet koşullarının yaratılmasını amaçlamaktadır<sup>25</sup>.

Ulusal Muamele kuralının kapsamına yalnızca ürün veya hizmet ile ilgili iç vergi ve düzenlemeler girmektedir. Bu anlamda, ürün ya da hizmete yönelik olmayan üretici firma ya da kişilerden tahsil edilen gelir ya da kurumlar vergisi gibi vergiler Ulusal Muamele kuralı kapsamı dışındadır.<sup>26</sup> Ayrıca, mal ticareti bakımından uygulanan gümrük vergi ve ücretleri ile ithalat ve ihracata ilişkin miktar kısıtlamaları gibi sınır önlemleri de Ulusal Muamele yükümlülüğü kapsamı dışında kalmaktadır.<sup>27</sup>

Öte yandan belirtmek gerekir ki; En Çok Kayrılan Ülke kuralında olduğu gibi mal ticaretinden farklı olarak hizmet ticaretinde ülke bazlı olarak Ulusal Muamele kuralından sapma olanağı mevcuttur. Bunun için ilgili ülkenin hizmet ticareti ile ilgili olarak yapmış olduğu taahhüt listesinde söz konusu aykırı durumu açık olarak belirtmesi gereklidir<sup>28</sup>. Ancak bu konu da istisna kurallarından ziyade, ülkeye özgür pazara giriş şartlarını belirlemesi nedeniyle, inceleme kapsamı dışında tutulacaktır.

22 Kaya, Ayrımcılık Yapmama, s. 200; Kennedy, s. 99.

23 GATS Madde II:2.

24 Tellı S., s. 116.

25 Appellate Body Report, *Japan-Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, DSR 1996:I, 97, s. 16; Appellate Body Report, *Korea - Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, adopted 17 February 1999, DSR 1999:I, 3, para. 120 (Appellate Body Report, *Korea-Alcoholic Beverages*); Tellı s.119.

26 Van den Bossche, s. 332.

27 Van den Bossche, s. 329.

28 WTO, Guide to the Uruguay Round Agreements, Geneva, 1998, s. 181-182 (Uruguay Round Agreements).

### C. Şeffaflık İlkesi

Tacirler ve hükümetlerin, uluslararası ticaret alanında gelecek için plan yapması ve bu doğrultuda yatırımda bulunması, ticaret yapılmak istenen ülkenin kuralları hakkında bilgi sahibi olmayı ve söz konusu kuralların istikrarlı olarak uygulanmasından emin olmayı gerekli kılar<sup>29</sup>. Bu amaçlara ulaşmak ve uluslararası ticaretin öngörülebilir bir düzen içerisinde gerçekleşmesini sağlamak üzere DTÖ sistemi Şeffaflık İlkesi'ni benimsemiştir.

Şeffaflığın sağlanması bakımından DTÖ Anlaşmaları her şeyden evvel ticaret kurallarına ilişkin mevzuatın yayımlanmasını öngörmektedir<sup>30</sup>. Yayımlama yanında ticaret ile ilgili mevzuatın yeknesak, tarafsız ve makul bir şekilde uygulanmasını sağlamak için mevzuat ve uygulamalar hakkında iç hukukta yargı yollarına başvurulabilmesine imkân sağlanması da DTÖ Anlaşmalarının bir gereğidir<sup>31</sup>.

Şeffaflığın sağlanması açısından DTÖ sistemi bir adım daha öteye giderek, ticaret politikalarına ilişkin ilgili mevzuat ve uygulama ile bunlardaki olası değişikliklerin talebe gerek kalmaksızın DTÖ'ye bildirim esasını getirmiştir<sup>32</sup>. Söz konusu bildirimler, DTÖ'de düzenli olarak toplanan konye, komite ve çalışma gruplarında ele alınmaktadır<sup>33</sup>. Üye ülkeler arasındaki bu etkileşim, mevzuat ve uygulamalar hakkında bilgi ve görüş alışverişini sağlama yanında, ileride doğabilecek anlaşmazlıkların önlenmesine de yardımcı olmaktadır<sup>34</sup>. Bildirimler yanında, DTÖ üyeleri talep üzerine mevzuat ve uygulamaları hakkında bilgi vermek üzere bildirim veya danışma noktası bulundurmakla yükümlüdür<sup>35</sup>.

Şeffaflık konusu ile ilgili son olarak, DTÖ sistemi içerisinde yer verilen Ticaret Politikalarını Gözden Geçirme Mekanizması<sup>36</sup> kapsamında, DTÖ üyelerinin ticaret politika ve uygulamaları ile bunların çok taraflı ticaret sisteminin işleyişi üzerindeki etkilerinin düzenli ve kolektif olarak değerlendirildiğinin vurgulanması gereklidir<sup>37</sup>. Ticaret Politikalarını Gözden Geçirme Mekanizması çerçevesinde yapılan incelemelerin sıklığı ilgili ülkenin dünya ticaretinden aldığı paya göre değişebilmektedir. Bu kapsamda, ABD,

29 WTO, Uruguay Round Agreements, s. 36; WTO, The Fundamental WTO Principles of National Treatment, Most Favoured-Nation Treatment and Transparency, WT/WGTCP/W/114, 14 April 1999 s. 15 (The Fundamental WTO Principles).

30 Bkz. GATT Madde X, GATS Madde III ve TRIPS Madde 63; WTO The Fundamental WTO Principles s. 14.

31 Bkz. GATT Madde X, GATS Madde VI, TRIPS Madde 41-42 ve 63, Sübvansiyonlar ve Telafi Edici Önlemler Anlaşması Madde 23; Anti-Damping Anlaşması Madde 13; Gümrük Değerleme Anlaşması Madde 11; İthal Lisansları Anlaşması Madde 3; Sevk Öncesi İnceleme Anlaşması Madde 4.

32 Hoekman/Kostecki, s. 62; WTO, The Fundamental WTO Principles, s. 15; Kennedy, s. 137-138. Bildirimler konusundaki yükümlülükler için bkz. Decision on Notification Procedures, [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/33-dnotf.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/33-dnotf.pdf), son erişim tarihi 22 Mayıs 2017.

33 WTO, Uruguay Round Agreements, s. 42; Hoekman/Kostecki, s. 34.

34 Hoekman/Kostecki, s. 34.

35 WTO, The Fundamental WTO Principles, s. 15.

36 Ticaret Politikalarını Gözden Geçirme Mekanizması DTÖ Kuruluş Anlaşması'nın Ek 3'ünde yer verilen bir mutabakattır. Söz konusu mutabakat temelinde, hep bir DTÖ üyesinin ticaret politikasına ilişkin mevzuatı ve uygulamaları, incelenen ülkenin ve DTÖ Sekreteryası'nın hazırladığı raporlar temelinde düzenli aralıklarla gözden geçirilmektedir.

37 Trade Policy Review Mechanism (TPGM), para A(i), [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/29-tpm.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/29-tpm.pdf), son erişim tarihi 26 Mayıs 2016.



AB ve Kanada gibi gelişmiş ülkeler iki yıl gibi daha kısa süreler ile incelemeye tabi olurlarken, ülkemizin de aralarında bulunduğu 16 gelişme yolundaki ülke dört yılda bir, diğer ülkeler ise daha uzun aralıklarla incelenmektedir<sup>38</sup>. İnceleme sonucunda yayımlanan raporlar ise bir anlamda o ülkenin ticaret mevzuat ve uygulamalarının resmini ortaya koymaktadır.

## II. DTÖ İSTİSNA KURALLARI

### A. Genel İstisna Kuralları

Gerek GATT gerek GATS, kamu sağlığı ve çevrenin korunması gibi ekonomik değeri olmamakla birlikte, toplumsal değer ve önemi haiz hususlar ile ilgili olarak, anılan anlaşmalarda öngörülen yükümlülüklerden sapmaya olanak sağlayacak genel istisna

---

38 Kennedy, s. 137; Togan S., Ticaret Politikası Gözden Geçirme Mekanizması: Türkiye Açısından Bir Değerlendirme, *Dünya Ticaret Örgütü Doha Turu Çok Tarafli Ticaret Müzakereleri ve Türkiye*, Ed. Akman M.S./ Yaman Ş., Tepav, Ankara, 2008, s. 321.

kurallarına sahiptir. GATT Madde XX<sup>39</sup> ve GATS Madde XIV<sup>40</sup>'de ifadesini bulan söz ko-

39 GATT Madde XX orijinal hali 31 Aralık 1953 tarih ve 8597 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Söz konusu maddenin, 7 Ekim 1957 yılında yapılan değişiklikleri içeren Türkçe metni aşağıdaki gibidir. Maddenin orijinal İngilizce metnine ise [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gatt47\\_02\\_e.htm#articleXX](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_02_e.htm#articleXX) internet adresinden ulaşılabilir.

Madde – XX

Genel İstisnalar

İşbu Anlaşmanın hiçbir hükmü, herhangi bir Âkîd Tarafı, gerek aynı şartlar içinde bulunan memleketler arasında keyfi veya sebepsiz bir fark gözetme vasıtası, gerekse milletlerarası ticareti gizli şekilde tahdit vasıtası kılacak surette uygulamamak kaydıyla, aşağıdaki tedbirleri ittihaz veya tatbikten mendecek şekilde tefsir edilmeyecektir:

- a) Âdabı umumiyenin korunması bakımından gerekli tedbirler;
- b) İnsan veya hayvanların hayat ve sağlıklarının korunması veya nebatların vikayesi bakımından gerekli tedbirler;
- c) Altın veya gümüş ithalât veya ihracatıyla ilgili tedbirler;
- d) Gümrük tedbirlerinin uygulanmasına, II nci maddenin 4 üncü fıkrasına ve XVII inci maddeye uygun olarak işletilen inhisarların yürütülmesine, ihtira beratları, alâmeti farika, telif ve teksir haklarının korunmasına, yanlışlıkları mucip olabilecek işlemlerin önlenmesine mütaallik kanun ve nizamlar gibi, işbu Anlaşma hükümleriyle gayrikabili telif olmyan kanun ve nizamların uygulanmasını sağlamak bakımından gerekli tedbirler;
- e) Ceza evlerinde imal edilen eşya ile ilgili tedbirler;
- f) Sanat, tarih veya arkeoloji balonundan kıymeti haiz servetlerin korunması maksadiyle vaz'edilen tedbirler;
- g) Milli istihsal veya istihlâke mütaallik tahditler ile birlikte uygulanmak kaydıyla, tükenebilir tabii kaynakların korunmasıyla ilgili tedbirler;
- h) Esas maddelere mütedair milletlerarası sözleşmelerin ahenkli surette yürütülmesi maksadiyle muvakkat bir komisyon ihdasına mütedair 28 Mart 1947 tarihli Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi kararı ile kabul olunan prensiplere uygun olarak, esas maddelere mütaallik hükümetlerarası anlaşmalar gereğince deruhde edilmiş olan taahhütlerin uygulanması maksadiyle ittihaz edilen tedbirler;
- i) Hükümetçe ittihaz edilen bir istikrar plânı gereğince, muayyen bir süre zarfında dahili fiyatları dünya fiyatlarının dununda tutulan yerli ham maddelerin ihracatına, bu devre zarfında milli bir tadil sanayiine bu maddelerden zaruri olan miktarlarda temin maksadiyle tahditler vazeden tedbirler. Ancak, bu tahditlerin ihracatın artırılmasına veya söz konusu sanayiin gördüğü himayenin kuvvetlendirilmesine müncer olmaması ve işbu Anlaşmanın fark gözetmemek kaidesine mütedair hükümlerine aykırı olmaması şarttır;
- j) Umumi veya mevzii şekilde darlığı çekilen malların iktisabı ve tevzii için zaruri olan tedbirler. Bununla beraber bu tedbirler, bütün Âkîd Tarafların milletlerarası alanda bu malların nasafete uygun bir hisse, dâhilinde tedarik hakkına malik oldukları yolundaki kaideye uygun olacaktır; ve işbu Anlaşmanın başka hükümleriyle kabili telif olmyan tedbirler, bunları icabettir en ahval zail olur almaz kaldırılacaktır. Âkîd Taraflar işbu bente ihtiyaç olup olmadığını en geç 30 Haziran 1960 tarihinde kadar tetkik edecektir.

40 GATS Madde XIV'ün 25 Şubat 1995 tarih ve 22213 Sayılı 1. Mükerrer Resmi Gazete'de yayımlanan Türkçe metni aşağıdaki gibidir. Maddenin orijinal İngilizce metnine ise [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/26-gats\\_01\\_e.htm#articleXIV](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats_01_e.htm#articleXIV) internet adresinden ulaşılabilir.

Madde 14

Genel İstisnalar

Bu Anlaşmada hiçbir hüküm; aşağıda belirtilen tedbirlerin, benzer koşulların hakim olduğu ülkeler arasında keyfi veya yersiz bir ayırım veya hizmet ticaretine gizli bir kısıtlama oluşturacak şekilde uygulanmayacağı koşulu ile bu gibi tedbirlerin herhangi bir Üye tarafından benimsenmesi veya uygulanmasını önlediği şeklinde yorumlanmayacaktır:

- (a) kamu ahlakının korunması veya kamu düzeninin\* sürdürülmesi için gerekli olan;
- (b) insan, hayvan veya bitki hayatının veya sağlığının korunması için gerekli olan;

nusu istisna hükümlerinin temel amacı, DTÖ üyelerinin, haklı ve önemli politika alanlarında ticaret kurallarının baskısını hissetmeksizin daha rahat hareket etmelerini sağlamaktır<sup>41</sup>.

Bununla birlikte, istisna niteliğini haiz bahse konu hükümler, ilk aşamada hak ve yükümlülük yaratan hükümler olmayıp, kullanımları savunma amaçlı olarak ve ancak GATT veya GATS'da öngörülen yükümlülüklerle aykırı önlemlerin varlığı halinde gündeme gelmektedir. Diğer bir anlatımla, GATT veya GATS'daki yükümlülüklerle uygun bir önlemin söz konusu olduğu hallerde, GATT Madde XX ve GATS Madde XIV başvuruya ihtiyaç yoktur. Ayrıca, savunma amaçlı kullanılmaları dolayısıyla istisna hükümleri, önlemler GATT veya GATS'da yer alan yükümlülüğe aykırı düşen ülke tarafından öne sürülecektir. Bu anlamda, ispat yükü GATT ve GATS'a aykırı önlem alan ülkededir<sup>42</sup>.

GATT Madde XX ve GATS Madde XIV'ün yapılarına bakıldığında ise, her iki hükmün benzer bir yapıda olduğu ve "chapeau" olarak adlandırılan bir giriş kısmı ile alt paragraflardan oluştuğu görülmektedir. Alt paragraflar, Anlaşmalarda öngörülen yükümlülüklerden kaçınmaya olanak sağlayan toplumsal değer ve menfaatleri sınırlı olarak saymakta iken, giriş kısmı hükümlerinin uygulama şeklini ele almaktadır. DTÖ kapsamında ortaya çıkan anlaşmazlıklarda yoğun olarak gündeme gelmeleri nedeniyle, gerek alt başlıklarda sayılan toplumsal değer ve menfaatler gerek giriş kısmının nasıl ele alınacağına ilişkin yeterli ölçüde içtihat oluşmuş bulunmaktadır.

Bu açıdan bakıldığında, DTÖ Temyiz Organı'na göre; GATT veya GATS'a aykırı önlem alan ülke; aldığı önlemler GATT XX veya GATS XIV altında savunabilmek için iki aşamalı bir testin gereklerini yerine getirmelidir<sup>43</sup>. Buna göre; davalı ülke ilk aşamada, önlemin GATT XX veya GATS XIV maddelerinde sınırlı olarak sayılan toplumsal değerlerden birisi içerisine girdiğini ispat etmekle mükelleftir. GATT ve GATS'da sayılan değerler, anlaşmaların nitelikleri gereği farklılıklar arz etmekle birlikte, büyük kısmı aynıdır. Bu

(c) aşağıda belirtilenlerle ilgili hükümleri de içermek suretiyle bu Anlaşmanın hükümlerine aykırı olmayan kanun ve düzenlemelere uyum sağlanması için gerekli olan;

(i) aldatıcı ve hilekar uygulamaların önlenmesi veya bir hatanın hizmet mukaveleleri üzerindeki etkilerini ilgilendirilmesi;

(ii) kişisel verilerin işlenmesi ve yayılmasında bireylerin mahremiyetinin ve bireysel kayıt ve hesapların güvenilirliliğinin korunması;

(iii) güvenlik;

(d) muameledeki farkın diğer Üyelerin hizmet sunucularının hizmetleri göz önüne alındığında dolaysız vergilerin adil ve etkin toplanmasının sağlanmasını amaçlaması koşuluyla 17. Maddeye aykırı olan;

(e) muameledeki farkın Üye ülkenin bağlı olduğu, çifte vergilendirmenin önlenmesiyle ilgili uluslararası bir anlaşmanın veya herhangi bir diğer uluslararası anlaşma veya düzenlemedeki çifte vergilendirmenin önlenmesiyle ilgili hükümlerin sonucu olması koşuluyla, 2. Maddeye aykırı olan.

41 Ayres G./ Mitchell A., 'General and Security Exceptions under the GATT and GATS, *International Trade Law and WTO*, Eds Carr I./ Bhuiyan J./ Alam S., Federation Press, 2012, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1951549](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1951549) son erişim tarihi 1 Mayıs 2015.

42 Ayres/Mitchell, s.5.

43 Appellate Body Report, *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996, DSR1996:1, 3, s. 22; Appellate Body Report, *United States - Measures Affecting the CrossBorder Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, adopted 20 April 2005, DSR2005:XII, 5663 (Corr.1, DSR2006:XII, 5475), para. 292.

çerçeve, GATT Madde XX ve GATS Madde XIV’de sayılan değerler aşağıdaki tabloda sıralanmaktadır<sup>44</sup>:

GATT Madde XX	GATS Madde XIV
<p>(a) kamu ahlakı;</p> <p>(b) insan, hayvan veya bitki hayatı veya sağlığı;</p> <p>(c) altın veya gümüş ihracatı;</p> <p>(d) gümrük uygulamaları, fikri mülkiyet hakları veya aldatıcı uygulamalar başta olmak üzere kanun ve düzenlemelere uyumun sağlanması;</p> <p>(e) mahkum işgücü ürünleri;</p> <p>(f) sanatsal, tarihi veya arkeolojik değeri olan ulusal hazineler;</p> <p>(g) tükenebilir doğal kaynaklar</p> <p>(h) tekel niteliğini haiz uluslararası mal anlaşmaları</p> <p>(i) hükümetler tarafından kabul edilen istikrar planının bir parçası olarak, dünya fiyatlarının düşük olduğu zamanlarda, ulusal endüstri için gerekli olan yerli ürün ihracatına kısıtlama konulması</p> <p>(j) genel ve yerel olarak yaşanan kıtlıklarda ihtiyaç duyulan malların elde edilmesi ve dağıtımı</p>	<p>(a) kamu ahlakı veya kamu düzeni;</p> <p>(b) insan, hayvan veya bitki hayatı veya sağlığı;</p> <p>(c) aldatıcı ve hileli uygulamaların önlenmesi, kişisel verilerin korunması; güvenlik başta olmak üzere kanun ve düzenlemelere uyumun sağlanması;</p> <p>(d) hizmet ve hizmet sağlayıcıları ile ilgili dolaysız vergilerin adil ve etkin toplanması</p> <p>(e) çifte vergilendirmenin önlenmesi</p>

Bahse konu değer ve menfaatler, istisna kurallarının dar yorumlanması ilkesinin aksine, DTÖ Panelleri ve Temyiz Organı tarafından geniş yorumlanma eğilimindedir<sup>45</sup>. DTÖ Panelleri ve Temyiz Organı’nın benimsedikleri bu yaklaşımın gerisinde, ticaretin serbestleştirilmesi fikrinin toplumsal değer ve menfaatler ile çelişmediği düşüncesini ortaya koyma amacı olduğu değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, DTÖ Panelleri ve Temyiz Organı ticareti kısıtlayan önlemin bahse konu değer ve menfaatler ile basit bir şekilde ilişkilendirilmesini yeterli görmemiş; paragraflarda kullanılan ifadeye bağlı olarak önlemin ilgili paragrafta yer verilen değer ve menfaatin korunması için gerekli

44 Öte yandan, DTÖ uygulamasına bakıldığında ise, DTÖ yükümlülüklerinden kaçınmaya olanak sağlayan paragraflarının tümünün aynı sıklıkla kullanılmadığı görülmektedir. 1995 yılından bu yana geçen zaman zarfında DTÖ kapsamında ortaya çıkan anlaşmazlıklarda, GATT açısından XX. maddenin (a), (b), (d), (g) paragraflarının, GATS açısından XIV. Maddenin (a) ve (c) paragraflarının gündeme geldiği görülmektedir. DTÖ kapsamında ortaya çıkan anlaşmazlıklarda hangi maddenin ne şekilde ele alındığı konusundaki dizin için Bkz. <http://www.worldtradelaw.net/static.php?type=dsc&page=wtoindex>, son erişim tarihi 1 Mayıs 2017.

45 Van den Bossche, s. 599; Ayres/Mitchell, s.8.

(*necessary*) veya ilgili (*relating to*) olmasını aramıştır<sup>46</sup>. Diğer bir anlatımla, alınan önlem, ilgili menfaat ve değerlerin korunmasına katkı sağlamalıdır<sup>47</sup>.

DTÖ Temyiz Organı tarafından geliştirilen testin ikinci aşamasında ise, GATT ve GATS yükümlülüklerine aykırı önlemi savunmak durumunda kalan ülke, GATT Madde XX ve GATS Madde XIV'ün giriş kısmında ifadesini bulduğu üzere, önlemin aynı koşulları sağlayan ülkeler arasında keyfi ve haksız bir şekilde ayrımcı olarak uygulanmadığını ve ticarete gizli koruma amacıyla kullanılmadığını ortaya koymalıdır<sup>48</sup>. GATT Madde XX ve GATS Madde XIV'ün giriş kısımları, istisna hükümlerinin içeriğinden ziyade bunların uygulanma şeklini ele almaktadır. Bu anlamda, giriş kısımları ile istisna kurallarıyla korunmak istenen değer ve menfaatlerin arkasına sığınarak uluslararası ticarete keyfi ve ayrımcı uygulamaların önüne geçilmesi, diğer bir deyişle istisna kurallarının kötüye kullanılmasının engellenmesi amaçlanmıştır<sup>49</sup>.

GATT Madde XX ve GATS Madde XIV'ün giriş kısımlarında yer alan ifadelerle biraz daha yakından bakıldığında ise, hükümlerin zaman zaman birbiri ile kesişen iki ayrı kümede yer alan iki uygulama şeklini ele aldığı görülmektedir. İlk kümede istisna hükümlerinin keyfi ve haksız şekilde; ayrımcı olarak uygulanması; ikinci kümede ise, hükümlerin gizli koruma yaratacak şekilde uygulanması yasaklanmaktadır. Nitekim bazı hallerde keyfi ve ayrımcı uygulamalar yerli ürünlerin korunmasını amaçlayan korumacı önlemler olabilmektedir<sup>50</sup>.

DTÖ Panelleri tarafından önlemin keyfi veya haksız şekilde ayrımcı olarak uygulanıp uygulanmadığının tespiti bakımından, ayrımcılığın sebebi, bunun mantıksal temeli ve gerekçesi gibi hususlar dikkate alınmaktadır<sup>51</sup>. Önlemin gizli koruma amacı güdüp gütmeyeceğinin tespiti bakımından ise, önlemin gizli koruma amacını gösteren işaretler ve diğer faktörler temelinde olayın şartları çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir<sup>52</sup>.

Bu çerçevede, yapılan değerlendirme sonucunda önlemin sınırlı sayıdaki bir değer veya menfaatin korunmasına katkı sağlaması yanında, ayrımcı ve koruma amacıyla uygulanmadığı durumlarda, ilgili ülke, GATT ve GATS'da yer alan diğer yükümlülüklerine aykırı olmasına rağmen önlemini muhafaza edebilmektedir.

46 Appellate Body Report, *Brazil - Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, adopted 17 December 2007, DSR 2007:IV, 1527, para 141-142, (Appellate Body Report, *Brazil -Tyres*); Appellate Body Report, *China - Measures Related To The Exportation of Rare Earths, Tungsten, And Molybdenum*, WT/DS431/AB/R WT/DS432/AB/R WT/DS433/AB/R, adopted 29 August 2014, para 5.87 ((Appellate Body Report, *China-Rare Earths*); Appellate Body Report, *European Communities - Measures Prohibiting The Importation And Marketing Of Seal Products*, WT/DS400/AB/R WT/DS401/AB/R, adopted 18 June 2014, para 5.169. (Appellate Body Report, *EC- Seal*);

47 Appellate Body Report, *Brazil -Tyres*, para 142-143.

48 GATT Madde XX, GATS Madde XIV,

49 Van den Bossche, s. 616-617 ve 627-628; Appellate Body Report, *US - Gasoline*, s. 22; Appellate Body Report, *Brazil -Tyres*, para. 227.

50 Appellate Body Report, *US - Gasoline*, s. 25.

51 Appellate Body Report, *Brazil -Tyres*, para. 225-226.

52 Ayres/Mitchell, s.28-29.

## B. Güvenlik İstisnaları

Uluslararası ilişkilerde geleneksel olarak ulusal ve uluslararası güvenlik ile ilgili konular ticari ilişkilere nazaran önceliklidir<sup>53</sup>. Bu çerçevede, GATT Madde XXI<sup>54</sup> ve GATS XIV bis<sup>55</sup> uyarınca, söz konusu anlaşmalarda yer alan hiçbir hüküm; ulusal güvenliğe aykırı bir bilginin açıklanmasını gerektirdiği şeklinde yorumlanamayacağı gibi, bu hükümler ülkelerin parçalanabilen maddeler veya silahlar ile ilgili düzenlemede bulunması veya savaş ve diğer acil durumlarda önlem almalarını da engellemeyecektir. Söz konusu hükümler ayrıca, hiç bir Üye'yi Birleşmiş Milletler Şartı altında uluslararası barış ve güvenliğın sürdürülmesi için gerekli olan yükümlülüklerini yerine getirilmesi konusunda harekete geçmekten alıkoymayacaktır<sup>56</sup>.

53 Van den Bossche, s. 629; Jackson J.H., The World Trading System, Law and Policy of International Economic Relations, Second Edition, The MIT Press, 1999, s. 229.

54 GATT Madde XXI'in 31 Aralık 1953 tarih ve 8597 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türkçe metni aşağıdaki gibidir. Maddenin orijinal İngilizce metnine ise [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gatt47\\_02\\_e.htm#articleXXI](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_02_e.htm#articleXXI) internet adresinden ulaşılabilir.

Madde – XXI

Güvenliğe mütaallik istisnalar

İşbu Anlaşmanın hiçbir hükmü :

- a) Bir Âkîd Tarafı açıklanmasını güvenliği bakımından ana menfaatlerine aykırı gördüğü malûmatı vermeye icbar edecek şekilde,
- b) Veya bir Âkîd Tarafın güvenliği bakımından ana menfaatlerinin himayesi için elzem addettiği aşağıdaki tedbirleri ittihaz etmesine mâni olacak şekilde:
  - i) Parçalanabilir maddelere veya bunların imalinde kullanılan maddelere mütaallik tedbirler;
  - ii) Veya silâh, mühimmat, harb malzemesi ve doğrudan doğruya veya bilvasita silâhli kuvvetlerin ikmaline tahsis edilen diğer emtia ve malzemenin ticaretine mütaallik tedbirler;
  - iii) Harb zamanında veya vahimi milletler arası gerginlik anlarında uygulanan tedbirler;
- c) Veya bir Âkîd Tarafın sulhun ve milletlerarası güvenliğın muhafazası maksadıyla Birleşmiş Milletler şartı gereğince deruhde ettiği taahhütlerin ifası zımında alınan tedbirler ittihazına mâni olacak şekilde, tefsir edilmeyecektir.

55 GATS Madde XIV bis'in 25 Şubat 1995 tarih ve 22213 Sayılı 1. Mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanan Türkçe metni aşağıdaki gibidir. Maddenin orijinal İngilizce metnine ise [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/26-gats\\_01\\_e.htm#articleXIVb](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats_01_e.htm#articleXIVb) internet adresinden ulaşılabilir.

Madde 14 (Tekrar)

Güvenlikle İlgili İstisnalar

1. Bu Anlaşmada hiçbir hüküm:

- (a) bir Üyenin, kendi güvenliğiyle ilgili menfaatlerine aykırı olduğunu düşündüğü bir bilgiyi açıklaması gerektiği; veya
  - (b) herhangi bir Üye'yi aşağıdaki durumlarla bağlantılı olan kendi güvenliğiyle ilgili menfaatlerinin korunması için gerekli olduğunu düşündüğü tedbirleri almaktan alıkoymayacağı;
    - (i) sürekli ordu kurulması amacıyla doğrudan doğruya veya dolaylı olarak gerçekleştirilen hizmet arayla;
    - (ii) parçalanabilen ve parlayabilen maddelerle veya bunlardan türetilen maddelerle;
    - (iii) uluslararası ilişkilerde savaş zamanı veya diğer olağanüstü durumlarla; veya
  - (c) herhangi bir Üye'yi Birleşmiş Milletler Şartı altında uluslararası barış ve güvenliğın sürdürülmesi için gerekli olan yükümlülüklerin yerine getirilmesi konusunda harekete geçmekten alıkoymayacağı şeklinde yorumlanamaz.
2. Paragraf 1 (b) ve (c) ye göre alınan tedbirler ve bunların sonuçlandırılmasıyla ilgili bilgiler mümkün olduğu ölçüde eksiksiz olarak Hizmet Ticareti Konseyine sunulacaktır.

56 Bu hüküm, BM 103 Maddesi'nde öngörülen "Birleşmiş Milletler üyelerinin işbu Antlaşma'dan doğan yüküm-

Güvenlik istisnalarına dair bahse konu hükümler, şeklen GATT ve GATS'ın genel istisna hükümlerine benzese de iki açıdan genel istisna hükümlerinden farklıdır. İlk olarak güvenlik istisnalarına ilişkin hükümler genel hükümler gibi bir giriş kısmına (*chapeau*) sahip değildir. Bu çerçevede, güvenlik önlemlerinin ayrımcı ve haksız olarak uygulanıp uygulanmadığı bir kriter olmaktan çıkarılmıştır. İkinci olarak, güvenlik istisnasından yararlanmak için, ilgili ülkenin önlemin güvenlik ihtiyacı için gerekli olduğunu düşünmesi yeterlidir. Bu durum ise ilgili ülkenin sübjektif bir değerlendirmesini içermektedir<sup>57</sup>.

Bahse konu farklılıklar güvenlik istisnalarının genel istisnalara kıyasla çok daha kolay uygulama alanı bulabileceğini göstermektedir<sup>58</sup>. Bu kapsamda örneğin bir ülkenin, askerinin savaş zamanında ayakkabı ihtiyacı olacağı gerekçesi ile ayakkabı üretiminin devamı için ayakkabı ithalatını kısıtlaması uzak da olsa ihtimal dahilindedir<sup>59</sup>. Ancak bu noktada, güvenlik istisnalarının makul bir tarzda ve iyi niyet ilkeleri çerçevesinde uygulanmasının aranmasının genel uluslararası hukuk mantığına daha uygun olacağı değerlendirilmektedir. Nitekim, maddede yer alan "esaslı güvenlik menfaatleri" (*essential security interests*) ifadesinin, güvenlik istisnasına dayalı olarak önlem alma yetkisinin kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi amacıyla kullanıldığı düşünülmektedir.

Yukarıda yer verilen açıklamalar çerçevesinde, GATT döneminde gündeme gelen anlaşmazlıklarda, güvenlik istisnasında dair GATT Madde XXI'in kapsamı geniş olarak yorumlanmıştır<sup>60</sup>. DTÖ döneminde ise, konunun hassasiyeti nedeniyle 2017 yılı ortalarına kadar ortaya çıkan 500'ün üstündeki anlaşmazlığın hiçbirinde güvenlik istisnası konusu gündeme gelmemiştir. 2017 yılı ortalarından sonra ise, uluslararası ilişkilerde son dönemde yaşanan gerilimin bir sonucu olarak, ilk olarak Rusya ile Ukrayna arasında ortaya çıkan transit geçiş anlaşmazlığında, sonrasında ise Katar ile Birleşik Arap Emirlikleri arasında ortaya çıkan mal ve hizmet ticareti ile ticaretle bağlantılı fikri mülkiyet haklarının kısıtlamasına ilişkin önlemler anlaşmazlığında güvenlik istisnası konusu gündeme gelmiştir<sup>61</sup>. Öte yandan, ABD 20 Nisan 2017 tarihinde güvenlik gerekçesi ile demir ve çelik ürünlerine ilave vergi koymak için bir soruşturma başlatmıştır<sup>62</sup>. Anılan soruşturma sonucunda ABD'nin bir önlem alması halinde, söz konusu önlemin de DTÖ'ye

---

lülükleri ile başka herhangi bir uluslararası anlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması durumunda, işbu Antlaşma'dan doğan yükümlülükler üstüne gelecektir." hükmü ile DTÖ Anlaşmalarının uyumunun sağlanmasına da hizmet etmektedir.

57 Jackson, s. 230.

58 Ayres/Mitchell, s.37.

59 Jackson, s. 230.

60 Ayres/Mitchell, s.37; Contracting Parties Decision, Article XXI - United States Exports Restrictions, (Czechoslovakia), 8 June 1949, BISD II/28; DTÖ kapsamında ortaya çıkan anlaşmazlıklarda hangi maddenin ne şekilde ele alındığı konusundaki dizin için Bkz. <http://www.worldtradelaw.net/static.php?type=dsc&page=wtoindex>, son erişim tarihi 1 Mayıs 2017.

61 Söz konusu anlaşmazlıklar hakkında güncel bilgi için Bkz. [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm) son erişim tarihi 1 Aralık 2017.

62 Kısaca Section 232 Soruşturması olarak adlandırılan soruşturma ile ilgili detaylı bilgiler için Bkz. <https://www.commerce.gov/news/fact-sheets/2017/04/fact-sheet-section-232-investigations-effect-imports-national-security>, son erişim tarihi 21 Aralık 2017.

gelmesi muhtemeldir. Bu çalışmanın yayımı tarihi itibarıyla bahse konu anlaşmazlıklar hakkında herhangi bir Panel raporu yayımlanmamıştır. Bununla birlikte, Panel raporlarında; güvenlik istisnasının ticari kaygılar ile kötüye kullanılmasını önleyecek, ancak ilgili ülkenin geniş taktir yetkisini kısıtlamayacak bir tarzda yorumlanması beklenmektedir.

### C. Acil Korunma Önlemleri

Genel istisnalar ve güvenlik istisnaları dışında, ekonomik bir takım saikler ile de DTÖ Anlaşmaları ile öngörülen yükümlülüklere istisna getirilebilmektedir. Acil korunma önlemleri olarak adlandırılan bu istisnalar yoluyla; GATT kapsamında üstlenilen yükümlülüklerin etkisi de dahil olmak üzere, öngörülemeden nedenlerle oluşan ani ve hızlı ithalat artışının yerli sanayiye zarar vermesi veya zarar verme tehdidi içermesi halinde, başta pazara girişe ilişkin II. ve XI. maddeler olmak üzere, GATT yükümlülüklerine aykırı önlemler almak mümkündür. Bir tür güvenlik valfi işlevi gören acil korunma önlemleri ile ticaretin serbestleştirilmesinin neden olduğu ithalat baskınının bazı sektörler üzerinde yaratabileceği beklenmedi ve ani ekonomik zorlukların zamana yayılarak çözümlenmesi hedeflenmiştir<sup>63</sup>. Korunma önlemleri ile ithalat geçici bir süre ile kontrol altına alınarak, yerli sanayiye, yeni duruma uyum sağlayabilmesi için adeta bir nefes boşluğu yaratılır<sup>64</sup>.

Bununla birlikte, damping ve sübvansiyonun söz konusu olduğu durumlarda alınan önlemlerden farklı olarak, korunma önlemi alınması için haksız bir ticari bir uygulamanın olması gerekmemektedir<sup>65</sup>. Korunma önlemleri tipik olarak normal rekabet koşulları içerisinde ve DTÖ kurallarına uygun olarak gerçekleşen adil ticarete karşı uygulanmaktadır. Ancak, söz konusu ticaretin ithalatçı ülke açısından yaratmış olduğu olağanüstü durum, önlem alınmasına neden olmaktadır<sup>66</sup>.

Her ne kadar olağanüstü durumlar karşısında istisnai olarak kullanılması amacıyla tasarlanmışsa da, GATT 1947 döneminde korunma önlemlerinin Anlaşma'ya uygun olarak kullanılması kontrol edilememiştir<sup>67</sup>. Nitekim GATT 1947'den DTÖ Anlaşması'nın yürürlüğe girmesine kadar geçen süre içerisinde, GATT tarafları gri alan önlemleri olarak ifade edilen, gönüllü ihracat kısıtlamaları, düzenli pazar kısıtlamaları ve benzer diğer önlemler ile ithalatı kısıtlama yoluna gitmişlerdir<sup>68</sup>. Bu nedenle, korunma önlemleri konusu, ilk defa Uruguay Turu sonrasında mal ticaretini düzenleyen 1A Eki'nde ayrı bir anlaşma ile düzenlenmiştir. Korunma Önlemleri Anlaşması (KÖA) olarak anılan bu Anlaşma ile bir yandan GATT 1947'de tek bir madde (Madde XIX) halinde düzenlenen korunma önlemlerinin nasıl kullanılacağı açıklığa kavuşturulmuş, diğer yandan da gri

63 Van den Bossche, s. 633

64 Jackson, s. 176.

65 Lee Y.S, *The Agreement on Safeguards, The World Trade Organization Legal, Economic and Political Analysis*, Ed. Macrory P.F.J./ Appleton A.E./ Plummer M.G., Springer, 2005, s. 751.

66 Bossche, s. 634; Lee, s.751.

67 Stoll/Schorkopf, s. 59.

68 Stoll/Schorkopf, s. 59.



alan olarak çok taraflı ticaret kurallarının denetiminden kaçan uygulamalar kesin bir dille yasaklanmıştır<sup>69</sup>.

KÖA bu çerçevede ilk olarak, korunma önlemlerinin keyfi olarak uygulanmayacağını; ancak bir soruşturma sonucunda tatbik edileceğini hükme bağlamıştır<sup>70</sup>. Anlaşma ve yerleşmiş içtihat uyarınca soruşturmada; mutlak veya nispi ani ve ciddi ithalat artışının yanı sıra, ithalat artışının yerli üretim üzerinde neden olduğu ciddi zarar veya zarar tehdidi ile ithalat artışıyla zarar arasında nedensellik bağının tespiti gereklidir<sup>71</sup>. Öte yandan tipik olarak vergi artışı ve kota şeklinde uygulanan korunma önlemleri, ancak ortaya çıkan zararın bertaraf edilmesine yetecek düzeyde olmalı ve yeni duruma uyumu sağlamaya hizmet etmelidir<sup>72</sup>. Ayrıca korunma önlemleri belli bir ülkeyi hedef almamalı ve En Çok Kayrılan Ülke kuralı temelinde uygulanmalıdır<sup>73</sup>.

KÖA, korunma önlemlerinin ancak geçici bir süre uygulanmasını öngörmektedir. Anlaşmaya göre gelişmiş ülkeler en fazla sekiz yıllık bir zaman için korunma önlemi uygulama imkânına sahipken, gelişmekte olan ülkeler en fazla 10 yıl korunma önlemi uygulayabilmektedir<sup>74</sup>. Öte yandan, önlem uygulayan ülke önlemini belli dönemler itibarıyla gözden geçirmeli ve serbestleşmeye imkân sağlamalıdır. Ayrıca bir ürün için korunma önlemi uygulayan ülke, önlemin bitmesini müteakip aynı ürün için belli bir zaman diliminde yeniden korunma önlemi uygulayamamaktadır. Korunma önlemlerinin kota şeklinde uygulanması halinde ise, kotanın son üç yılda yapılan ithalatın altına inmemesi gereklidir. Anlaşmada ayrıca şeffaflığın sağlanmasına yönelik olarak mevzuatın yayımlanması ve DTÖ'ye bildirim yanında, korunma önlemi soruşturmalarının açılış ve sonuçlarının DTÖ'ye bildirişi öngörülmektedir.

Tüm bunların ötesinde; korunma önlemlerinin, normal rekabet koşulları içerisinde artan ithalata karşı alınan önlemler olması nedeniyle, belli bir ürün için korunma önlemi alan ülkenin, aleyhine önlem aldığı ülkeye başka bir üründe taviz şeklinde tazminat vermesi gerekmektedir. Korunma önlemi uygulayan ve buna muhatap olan ülkenin normal şartlarda tazminat üzerinde anlaşmaları beklenir. Böyle bir anlaşma olmasa dahi önleme muhatap olan ülke tek taraflı olarak karşı önlem alma imkânına sahiptir<sup>75</sup>.

KÖA'nın getirmiş olduğu tüm bu düzenlemelere rağmen, DTÖ kapsamında tarifelerin koruyuculuğunun azalmasının da etkisiyle de, DTÖ üyelerince sıklıkla korunma önlemlerine başvurulmakta ve uygulamalar DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Mekanizması altında

69 KÖA, Madde 11.

70 KÖA, Madde 3.

71 KÖA, Madde 2.1; Appellate Body Report, *Argentina - Safeguard Measures on Imports of Footwear*, WT/DS121/AB/R, adopted 12 January 2000, DSR 2000:I, 515, para.131; Appellate Body Report, *United States - Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products*, WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, adopted 10 December 2003, DSR 2003:VII, 3117, para.346.

72 Van den Bossche, s. 636-637; Lee, s. 774-775.

73 Lee, s. 758.

74 KÖA, Madde 7, 9.2.

75 KÖA, Madde 8.

sorgulanmaktadır. Belirtmek gerekir ki; KÖA çerçevesinde korunma önlemlerinin ciddi bir disipline bağlanmış olması nedeniyle DTÖ Panel veya Temyiz Organı'na taşınmış anlaşmazlıkların çoğu korunma önlemi uygulayan ülke aleyhine sonuçlanmaktadır<sup>76</sup>.

Diğer yandan, Uruguay Turu müzakerelerinde hizmet ticareti bakımından ayrımcılık yapmama ilkesine dayalı olarak korunma önlemleri meselesi üzerinde çok taraflı müzakereler olacağı belirtilmiş olmakla birlikte, halihazırda GATS kapsamında korunma önlemi alma imkanı bulunmamaktadır.

#### **D. Ödemeler Dengesi İstisnaları**

Bir ülkenin ödemeler dengesi genel olarak o ekonomide yerleşik kişilerin (merkezi hükümet, bankalar, gerçek ve tüzel kişi ve kuruluşlar), diğer ekonomilerde yerleşik kişiler (yurtdışında yerleşikler) ile belli bir dönem içinde yapmış oldukları ekonomik işlemlerin sistematik kayıtlarını elde etmek üzere, ana hatları itibarıyla cari işlemler hesabı, sermaye hesabı ve resmi rezervlerden oluşun istatistiki bir rapordur<sup>77</sup>. Ödemeler dengesinin en önemli ayaklarından birini oluşturan cari işlemler hesabı ülkenin yapmış olduğu ekonomik işlemlere ilişkin ödemelerinin genel durumunu gösterir. Bu hesap içerisinde mal ve hizmet ihracatı gelir kısmında yer alırken, mal ve hizmet ithalatı gider kısmında yer almaktadır<sup>78</sup>. Genel olarak ithalat için yapılan ödemeler döviz üzerinden yapılır. Ülkelerin ithalat için harcadıkları döviz ihracat ve diğer kalemlerden elde edilen gelirlerden karşılayamamaları halinde ödemeler dengesinde sıkıntılar baş gösterir. Cari işlemler hesabında meydana gelen açık bir nebze kadar merkez bankası rezervleri ve Uluslararası Para Fonu (IMF) gibi uluslararası finans kurumlarından sağlanacak kredilerden karşılanırsa bile bu durumun uzun süre sürdürebilmesi mümkün değildir<sup>79</sup>.

Bu bakımından, DTÖ kuralları, dış finansal durumu veya ödemeler dengesini koruyabilmek açısından DTÖ üyelerine istisnai hallerde ithalatı kısıtlamak yetkisi tanımaktadır. Mal ticareti bakımından GATT 1994 Madde XII (tüm ülkeler için) ve XVIII:B (sadece gelişme yolundaki ülkeler için) ödemeler dengesinin korunması için üye ülkelere önlem alma yetkisi tanımaktadır. Söz konusu hükümler aynı esas üzerine inşa edilmiş olmakla birlikte, Madde XVIII:B, gelişme yolundaki ülkelere yönelik düzenlemeler içermesi nedeniyle, Madde XII'ye kıyasla, ödemeler dengesi önlemi alınmasının koşullarını, bu ülkeler lehine yumuşatmıştır<sup>80</sup>.

76 KÖA ile ilgili DTÖ'de ortaya çıkmış anlaşmazlıklar ve sonuçları hakkında Bkz. [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_agreements\\_index\\_e.htm?id=A18](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm?id=A18) son erişim tarihi 1 Temmuz 2017.

77 TCMB, "Ödemeler Dengesi İstatistikleri"ne İlişkin Yöntemsel Açıklama, s. 4 <http://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/94562f9f-fa7d-471e-89f9-c0e0e00cf99f/odemet.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWOR KSPACE94562f9f-fa7d-471e-89f9-c0e0e00cf99f>, son erişim tarihi 10 Ocak 2017.

78 TCMB, s. 7-8.

79 Stoll/Schorkopf, s. 114.

80 Panel Report, *India - Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, WT/DS90/R, adopted 22 September 1999, upheld by Appellate Body Report WT/DS90/AB/R, DSR1999:V, 1799, para 5.155.

Nitekim, Madde XII ödemeler dengesi istisnası kapsamında ithalatı kısıtlamak üzere alınacak önlemlerin gereğinden fazla olmamak kaydıyla; i) parasal rezervlerdeki ciddi azalmanın önlenmesi veya yakın tehdidinin ortadan kaldırılması veya ii) oldukça az parasal rezerve sahip ülkenin rezervlerini makul bir düzeye yükseltmek gerekçeleri ile alınabileceğini hükme bağlamışken, Madde XVIII:B, ilk koşulda yer alan “yakın tehdit” ibaresi yerine “tehdit” kavramını kullanmış; ikinci koşulda yer alan “oldukça az” ibaresini ise “yetersiz” ibaresi ile değiştirmiştir. Madde XVIII ayrıca, ödemeler dengesinin sağlanması yanında, ithalatı kısıtlayacak önlemlerin ekonomik kalkınma programının uygulanması için yeterli rezerve ulaşmak amacıyla da alınabileceğini hükme bağlayarak, gelişme yolundaki ülkelere daha fazla esneklik sağlamıştır<sup>81</sup>.

Bununla beraber, her iki madde de önlemlerin sınırlı bir zaman dilimi içerisinde uygulanması ve şartlardaki iyileşmeye paralel olarak zaman içerisinde tümüyle kaldırılmasını öngörmektedir. Diğer yandan, gerek Madde XII gerek Madde XVIII:B kapsamında alınacak önlemlerin uygulanmasına ilişkin koşullar, GATT 1994 ekinde yer verilen Ödemeler Dengesi Hakkında Mutabakat'ta açıklanmıştır<sup>82</sup>. Söz konusu Mutabakat ve GATT 1994'te yer alan hükümlerin birlikte değerlendirmesi sonucunda, Üye ülkelerin; ödemeler dengesi önlemlerini;

Miktar kısıtlamasından ziyade öncelikli olarak ek ithalat vergisi, teminat ve diğer eş etkili önlemler gibi ücret tabanlı önlemler şeklinde uygulamaları, miktar kısıtlamasına yönelmesi halinde ise, bunun gerekçesini açıklamaları,

IMF Anlaşmasının ilgili hükümleri ile uyumlu olarak uygulamaları, diğer üyelerin ticari ve ekonomik menfaatlerine gereksiz zarar vermemeleri,

Şeffaf olarak uygulamaları ve diğer üyeler ile danışma içerisinde almaları, gerektiği anlaşılmaktadır. Mutabakat uyarınca ayrıca, Üye ülkeler tarafından ödemeler dengesi istisnasına dayalı olarak alınan önlemler ile önlemlerde yapılacak değişikliklerin Ödemeler Dengesi Komitesi'ne bildirilmesi gerekmektedir.

Mal ticaretinde olduğu gibi GATS'ın XII. Maddesine dayanılarak, spesifik yükümlülükler üstlenilen sektörler bakımından da ciddi ödemeler dengesi ve dış finansal zorluklar ile karşılaşan ülkelerin, hizmet ticaretinin kısıtlanmasına yönelik önlemler alması mümkündür. GATS Madde XII ayrıca gelişme yolundaki ülkelere GATT Madde XVII:B'deki gibi ekonomik kalkınma programının uygulanması için yeterli rezerve ulaşmak amacıyla da hizmet ticaretini kısıtlamasına imkan tanımaktadır. Hizmet ticareti alanında alınacak ödemeler dengesi önlemlerine ilişkin danışma ve bildirim prosedürel yükümlülükler Ödemeler Dengesi Hakkında Mutabakat'ta açıklanan gerekliliklerle aynıdır.

## **E. Bölgesel Ticaret Anlaşmaları**

Coğrafi, siyasi ve ekonomik gerekçeler ile birbirleri ile yakın ilişkide bulunan ülkeler

81 WTO, Technical Information on Balance of Payments, [http://www.wto.org/english/tratope/bopinfo\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratope/bopinfo_e.htm), son erişim tarihi 1 Ocak 2017.

82 Understanding on the Balance-of-Payments Provisions of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994; [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/09-bops.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/09-bops.pdf), son erişim tarihi 1 Mayıs 2017.

arasında ticaretin geliştirilmesi arzusu uluslararası ilişkiler bakımından bir gerçektir<sup>83</sup>. Bu çerçevede, ticari ilişkilerini daha üst düzeye çıkarmak isteyen ülkeler genel olarak bölgesel ticaret anlaşmaları olarak adlandırılan anlaşmalar yolu ile birbirlerine daha elverişli koşullarda pazara giriş imkanı sağlamayı öngörmektedir. Nitekim bölgesel ticaret anlaşmalarının sayısı her geçen gün artmakta olup, 1 Aralık 2015 tarihi itibarıyla üye ülkeler tarafından GATT/DTÖ'ye yapılan bildirim yapılan anlaşma sayısı 619'a ulaşmıştır. DTÖ verilerine göre, bu anlaşmalardan 413 tanesi yürürlüktedir<sup>84</sup>.

Oysa yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, DTÖ Anlaşmaları'nın en temel ilkelerinden bir tanesi DTÖ üyeleri arasında ayrımcı uygulamada bulunmayı yasaklayan En Çok Kayrılan Ülke kuralıdır. DTÖ Anlaşmaları, uluslararası ilişkiler bakımından belli ülkeler arasında ticaretin geliştirilmesi gerçekliği ile DTÖ kuralları arasındaki dengeyi, belli koşullar altında bölgesel ticaret anlaşmalarının yapılmasına izin vermekle sağlamıştır. Bu kapsamda, GATT Madde XXIV, GATT Madde XXIV'e ilişkin Mutabakat Metni ve kısaca Yetki Hükümü olarak anılan 1979 tarihli Farklı ve Lehte Muamele, Karşılıklılık ve Gelişmekte Olan Ülkelerin Daha Fazla Katılımı başlıklı Yetki Hükümü<sup>85</sup> mal ticaretine ilişkin olarak bölgesel ticaret anlaşması yapılmasına imkân tanırken, GATS Madde V hükümü hizmet ticaretine ilişkin bölgesel ticaret anlaşması yapılmasına izin vermektedir<sup>86</sup>.

Söz konusu hükümler incelendiğinde, bölgesel ticaret anlaşmaları konusunda DTÖ'de yer alan hükümlerin ortak olarak şu hususlara vurgu yaptıkları görülmektedir.

DTÖ Anlaşmalarında yer alan hükümler mal ve hizmet ticareti alanında bölgesel ticaret anlaşmalarının yapılmasına engel değildir. Mal ticareti alanında yapılacak bölgesel ticaret anlaşmaları gümrük birliği veya serbest ticaret anlaşması şeklinde yapılabilecekken, hizmet ticareti alanındaki anlaşmalar ekonomik entegrasyon anlaşmaları şeklinde yapılacaktır.

Bölgesel Ticaret Anlaşmalarının amacı uluslararası ticaretin artmasına yardımcı olmaktır. Bu kapsamda yapılacak anlaşmalar iki ülke arasında ticaretin esaslı kısmını<sup>87</sup>

83 Whalley J., Why Do Countries Seek Regional Trade Agreements?, *The Regionalization of the World Economy* Ed. Frankel J.A., The University of Chicago Press, 1998, s. 70-74; WTO, World Trade Report 2011, The WTO and Preferential Trade Agreements: From Co-existence to Coherence, s. 94-98. [http://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/anrep\\_e/world\\_trade\\_report11\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/world_trade_report11_e.pdf); son erişim tarihi 1 Ocak 2017.

84 WTO, Regional Trade Agreements: Facts and Figures; [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/region\\_e/regfac\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/regfac_e.htm), son erişim tarihi 21 Ocak 2016.

85 Differential and More Favourable Treatment Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries, [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/enabling1979\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/enabling1979_e.htm), son erişim tarihi 04 Mayıs 2017.

86 TRIPS Anlaşmasında ise, bölgesel ticaret anlaşması yapılmasına izin veren herhangi bir istisna hükmü bulunmamaktadır. Bu bakımından, fikri mülkiyet haklarının korunması konusunda yapılan ikili bir anlaşma ile diğer anlaşma tarafına sağlanan korumanın TRIPS'in MFN hükmü gereği tüm DTÖ üyelerine yansıtılması gereklidir.

87 Ticaretin esaslı kısmı konusunda DTÖ'de bir tanımın olmadığı vurgulanmalıdır. Esaslı kısım kriterin DTÖ içtihadı ile de yeterince geliştirilmiş olmadığı vurgulanmalıdır. Bu konuda Türkiye-Tekstil Paneli'nde Temyiz Organı ticaretin esaslı kısmının iki ülke arasındaki tüm ticareti kapsamadığı gibi ticaretin sadece bir kısmını da kapsamadığını vurgulamış ancak bir kriterde koymamıştır. Bkz. Appellate Body Report, *Turkey - Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, WT/DS34/AB/R, adopted 19 November 1999, DSR 1999:VI, p.2345, para. 48 (Appellate Body Report, *Turkey-Textile*).

kapsamalıdır. Ancak gelişme yolundaki ülkeler için anlaşmanın ticaretin esaslı kısmını kapsama koşulu yumuşatılmıştır.

Bölgesel ticaret anlaşmaları, anlaşmaya taraf olmayan ülkeler bakımından ticareti kısıtlayıcı veya engelleyici bir özellik taşımamalıdır. Bölgesel ticaret anlaşması sonucunda taraflardan birisi veya her ikisi anlaşma yapılmadan önceki döneme göre tarifelerini ve taahhütlerini geriye götüren bir düzenlemede bulunması halinde durumdan etkilenen ülkeler ile tazminat müzakereleri yürütecektir.

Söz konusu hükümler ayrıca, yukarıda yer verilen hususların takibi ve şeffaflığın sağlanması amacıyla, bölgesel ticaret anlaşmasına taraf ülkelerin, söz konusu anlaşmalar ile anlaşmalarda olabilecek değişikliklerin zamanlıca DTÖ'ye bildirimini yapmasını öngörmektedir. Bununla birlikte, bu hükümler bölgesel ticaret anlaşmalarının bildirimini ve DTÖ kurallarına uygunluğunun sorgulanması bakımından ciddi bir mekanizma öngörmemiştir.

Oysa yukarıda ifade edildiği üzere, bölgesel ticaret anlaşmalarının sayıları her geçen gün artmış, hatta Avrupa bölgesinde AB, Kuzey Amerika'da Kuzey Amerika Ülkeleri Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA), Güney Amerika'da Güney Amerika Ortak Pazarı (MERCOSUR), Uzak doğuda Güneydoğu Asya Uluslar Birliği (ASEAN) gibi bölgesel ticaret blokları oluşmuştur. Hatta bu ticaret blokları arasında yeni anlaşmaların imzalanması gündeme gelmiştir. Bu durum, bölgesel ticaret anlaşmalarının incelenmesi amacıyla DTÖ'yü yeni bir arayışa sokmuştur. Bu kapsamda 2001 yılında başlayan Doha Müzakere Turu'nun görev tanımı içerisinde DTÖ'nün bölgesel ticaret anlaşmaları konusundaki hükümlerinin açıklanması ve geliştirilmesi hususuna yer verilmiştir<sup>88</sup>.

DTÖ Genel Konseyi ise, Doha Turu'nun resmi olarak sonuçlanmasını beklemeden 2006 yılında Bölgesel Ticaret Anlaşmalarına İlişkin Şeffaflık Mekanizması Kararını kabul etmiştir<sup>89</sup>. Şeffaflık Mekanizması GATT Madde XXIV, GATS Madde V ve Yetki Hükümü çerçevesinde yapılan bölgesel ticaret anlaşmalarının müzakerelerine başlandığında ve anlaşmanın ilgili ülkelerde onaylanması öncesinde DTÖ'ye bildirimini düzenlemektedir<sup>90</sup>. Anlaşmanın bildirimini sonrasında ise DTÖ Sekreteryasınca hazırlanan veri sunumunu müteakiben, GATT Madde XXIV ve GATS Madde V altında yapılan anlaşmaların Bölgesel Ticaret Anlaşmaları Komitesi'nde, Yetki Hükümü çerçevesinde bildirilen anlaşmaların ise Ticaret ve Kalkınma Komitesi'nde incelenmesi öngörülmüştür.

Bununla birlikte, bahse konu incelemenin, bölgesel ticaret anlaşmalarının DTÖ kurallarına uygunluğunun sağlanmasından ziyade Anlaşma konusunda DTÖ üyelerinin bilgilendirilmesine yönelik olduğunu ifade etmek yerinde olacaktır. Bölgesel ticaret anlaşmalarının DTÖ kuralları ile uyumlu olup olmadığı konusunda ise, üye ülkelerin DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Mekanizmasını kullanması imkan dahilindedir. Nitekim Türkiye ile

88 Doha WTO Ministerial 2001: Ministerial Declaration, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 November 2001, para. 29

89 WTO; Transparency Mechanism for Regional Trade Agreements, WT/L/671 <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/WT/L/671.doc> son erişim tarihi 1 Ocak 2017.

90 WTO; Transparency Mechanism for Regional Trade Agreements, para 1-3.

AB (o dönemde Avrupa Topluluğu) arasında gerçekleştirilen Gümrük Birliği, Türkiye ile Hindistan arasındaki *Turkey-Textile* Panelinde sorgulanmıştır. Anılan Panel kararının temyizi aşamasında, DTÖ Temyiz Organı Türkiye ile AB arasındaki Gümrük Birliği kararının DTÖ kurallarından sapmaya olanak sağladığını teyit etmiştir<sup>91</sup>. Temyiz Organı, bununla birlikte gümrük birliğinin, Hindistan'dan gelen tekstil ürünleri için kısıtlama getirilmeden, alternatif bir takım mekanizmalar kullanılarak kurulabileceğini belirterek, Türkiye uygulamasını haksız bulmuştur<sup>92</sup>.

## SONUÇ

Çok taraflı ticaret sistemi DTÖ Anlaşmaları ile konulan belli ilke ve hükümler temelinde serbestleştirilmeye çalışılmaktadır. Ancak DTÖ'nün amaçladığı serbest ticaret sistemi mutlak bir serbesti değildir. Diğer bir anlatımla, DTÖ, üye ülkeler tarafından önem atfedilen bir takım toplumsal değer ve menfaatler hilafına serbest bir ticaret sisteminin kurulmasını öngörmemektedir. Öte yandan, çok taraflı sisteminin bugün sayısı 164'e ulaşan üye ülkeler arasında sürdürülmesi, ekonomik bir takım gerçeklikler ve gerekçelerin de göz önüne alınmasını gerekli kılmaktadır.

DTÖ bu çerçevede bahse konu toplumsal değer ve menfaatler ile ekonomik gerçeklikleri tanımakta ve bu hususlar ile öngördüğü kurallar arasında bir çatışma çıkması halinde, öngörmüş olduğu istisna hükümleri çerçevesinde korunması istenen değer, menfaat ve gerçekliğe üstünlük tanımaktadır. Ancak adından da anlaşılacağı üzere, DTÖ tarafından öngörülen istisna hükümleri tahdididir. Diğer bir anlatımla, DTÖ Anlaşmaları içerisinde yer almayan bir istisna hükmüne dayanılarak serbest ticareti öngören kural ve ilkelerden sapılmasına imkân yoktur.

Öte yandan, istisna hükmü içerisinde bir değer, menfaat ve gerçekliğe yer verilmiş olması; bu değer, menfaat ve gerçeklik nedeniyle sınırsız bir biçimde DTÖ kurallarından sapmaya da olanak sağlamaz. Bunun için istisna hükmü içerisinde öngörülen şart ve usullere uygun hareket edilmelidir. İşte ancak bu şart ve usuller çerçevesinde, Türkiye dahil olmak üzere DTÖ üyeleri, DTÖ Anlaşmalarındaki yükümlülüklerden kaçabilirler.

91 Appellate Body Report, *Turkey-Textile* para. 52.

92 Appellate Body Report, *Turkey-Textile*, para 58-63.

---

## KAYNAKÇA

---

- Appellate Body Report, *Argentina - Safeguard Measures on Imports of Footwear*, WT/DS121/AB/R, adopted 12 January 2000, DSR 2000:I, 515.
- Appellate Body Report, *Brazil - Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, adopted 17 December 2007, DSR 2007:IV, 1527.
- Appellate Body Report, *China - Measures Related To The Exportation of Rare Earths, Tungsten, And Molybdenum*, WT/DS431/AB/R WT/DS432/AB/R WT/DS433/AB/R, adopted 29 August 2014.
- Appellate Body Report, *European Communities - Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R WT/DS401/AB/R, adopted 18 June 2014.
- Appellate Body Report, *Korea - Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, adopted 17 February 1999, DSR 1999:I, 3.
- Appellate Body Report, *Japan-Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, DSR 1996:I, 97.
- Appellate Body Report, *Turkey - Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, WT/DS34/AB/R, adopted 19 November 1999, DSR 1999:VI, p. 2345
- Appellate Body Report, *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996, DSR 1996:I, 3.
- Appellate Body Report, *United States - Measures Affecting the CrossBorder Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, adopted 20 April 2005, DSR 2005:XII, 5663 (Corr.1, DSR 2006:XII, 5475).
- Appellate Body Report, *United States - Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products*, WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, adopted 10 December 2003, DSR 2003:VII, 3117.
- Arat T./Erten R., DTÖ Hukuku ve Türkiye'ye Etkileri, *Dünya Ticaret Örgütü Doha Turu Çok Tarafli Ticaret Müzakereleri ve Türkiye*, Ed. Akman M.S./Yaman Ş., Tepav, Ankara, 2008, s. 355-418.
- Ayres G./ Mitchell A., 'General and Security Exceptions under the GATT and GATS, *International Trade Law and WTO*, Eds Carr I./ Bhuiyan J./ Alam S., Federation Press, 2012, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1951549](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1951549) son erişim tarihi 1 Mayıs 2015.
- Devlet Planlama Teşkilatı Müteşarlığı (DPT), Hizmet Ticaretinin Serbestleştirilmesi Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2000.
- Differential and More Favourable Treatment Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries, [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/enabling1979\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/enabling1979_e.htm), son erişim tarihi 04 Mayıs 2017.
- Doha WTO Ministerial 2001: Ministerial Declaration, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 November 2001.
- Contracting Parties Decision, Article XXI - United States Exports Restrictions, (Czechoslovakia), 8 June 1949, BISD II/28.
- Ekonomi Bakanlığı, Pazara Giriş Engelleri 2015 Yılı Raporu <http://www.ekonomi.gov.tr/portal/content/conn/UCM/path/Contribution%20Folders/web/%C4%B0hracat/Pazara%20Giri%C5%9F/ekler/Pazara%20Giri%C5%9F%20Engelleri%202015%20Raporu.pdf?lve>, son erişim tarihi 1 Ocak 2016.
- Grimwade N., *International Trade Policy, A Contemporary Analysis*, Routledge, 2006.
- Hoekman B.H./Kostecki M., *The Political Economy of the World Trading System, The WTO and Beyond*, Second Edition, Oxford University Press, 2001.
- Jackson J.H., *The World Trading System, Law and Policy of International Economic Relations*, Second Edition, The MIT Press, 1999
- Kaya T., DTÖ Hukuku Uygulamasında Ayrımcılık Yapmama İlkesi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 59, Sayı 2, 2010, s. 183-242 (Ayrımcılık Yapmama).

- Kaya T.; Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Anlaşmalarının İç Hukukta Uygulanması, Legal Yayıncılık, 2015, (DTÖ Anlaşmaları).
- Kennedy K., GATT 1994, *The World Trade Organization Legal, Economic and Political Analysis*, Ed. Macrory P.F.J./ Appleton A.E./ Plummer M.G., Springer, 2005, s. 89-186.
- Mavroidis P.C.; *The General Agreement on Tariffs and Trade, A Commentary*, Oxford University Press, 2005.
- Lee Y.S, *The Agreement on Safeguards, The World Trade Organization Legal, Economic and Political Analysis*, Ed. Macrory P.F.J./ Appleton A.E./ Plummer M.G., Springer, 2005, s. 769-798.
- Panel Report, *India - Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, WT/DS90/R, adopted 22 September 1999, upheld by Appellate Body Report WT/DS90/AB/R, DSR1999:V, 1799.
- Panel Report, *India - Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, WT/DS90/R, adopted 22 September 1999, upheld by Appellate Body Report WT/DS90/AB/R, DSR1999:V, 1799.
- Seyyidoğlu H., *Uluslararası İktisat, Geliştirilmiş 13. Bası*, Kurtiş Matbaası, İstanbul, 1999.
- Stoll P.T/ Schorkopf F., *WTO-World Economic Order, World Trade Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2006.
- TCMB, "Ödemeler Dengesi İstatistikleri"ne ilişkin Yöntemsel Açıklama, s. 4 <http://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/94562f9f-fa7d-471e-89f9-c0e0e00cf99f/odemet.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE94562f9f-fa7d-471e-89f9-c0e0e00cf99f>, son erişim tarihi 10 Ocak 2017.
- Telli S., *Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşması*, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Sevinç Matbaası, Ankara, 1991.
- Togan S., *Ticaret Politikası Gözden Geçirme Mekanizması: Türkiye Açısından Bir Değerlendirme*, *Dünya Ticaret Örgütü Doha Turu Çok Tarafli Ticaret Müzakereleri ve Türkiye*, Ed. Akman M.S/ Yaman Ş., Tepav, Ankara, 2008.
- Van den Bossche P.; *The Law and the Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, 2005.
- Whalley J., *Why Do Countries Seek Regional Trade Agreements?*, *The Regionalization of the World Economy* Ed. Frankel J.A., The University of Chicago Press, 1998, s. 63-90.
- WTO, *Guide to the Uruguay Round Agreements*, Geneva, 1998, s. 181-182 (Uruguay Round Agreements).
- WTO, *Regional Trade Agreements: Facts and Figures*; [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/region\\_e/regfac\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/regfac_e.htm), son erişim tarihi 21 Ocak 2016.
- WTO, *Technical Information on Balance of Payments*, [http://www.wto.org/english/tratope/bope/bopinfo\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratope/bope/bopinfo_e.htm), son erişim tarihi 1 Ocak 2017.
- WTO, *The Fundamental WTO Principles of National Treatment, Most Favoured-Nation Treatment and Transparency*, WT/WGTCP/W/114, 14 April 1999 (Fundamental WTO Principles).
- WTO; *Transparency Mechanism for Regional Trade Agreements*, WT/L/671 <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/WT/L/671.doc> son erişim tarihi 1 Ocak 2017.
- WTO, *World Trade Report 2011, The WTO and Preferential Trade Agreements: From Co-existence to Coherence*, [http://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/anrep\\_e/world\\_trade\\_report11\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/world_trade_report11_e.pdf); son erişim tarihi 1 Ocak 2017 (World Trade Report 2011).



# Türk Borçlar Kanunu ile Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Hükümleri Çerçevesinde Satış Sözleşmesinde Ayıptan Sorumlulukta Alıcının Seçtiği Hakkın Sonradan Değiştirilebilirliği Sorunu

Hakemli Makale

## Aygül KIZILAY

Arş. Gör., Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı

### İÇİNDEKİLER

GİRİŞ .....	196
BÖLÜM 1: AYIP KAVRAMI VE SATICININ AYIPTAN SORUMLULUĞU.....	196
A. SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE AYIP VE SATICININ AYIPTAN SORUMLULUĞU.....	196
B. MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG) ÇERÇEVESİNDE AYIP VE SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK .....	198
BÖLÜM 2: AYIP HALİNDE ALICININ SAHİP OLDUĞU HAKLAR.....	199
A. TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA ALICI LEHİNE AYIPTAN DOĞAN HAKLAR.....	199
1. Sözleşmeden Dönme Hakkı.....	199
2. Bedelin İndirilmesini İsteme Hakkı .....	200
3. Ayıplı Malın Ayıpsız Benzeri İle Değiştirilmesini İsteme Hakkı .....	201
4. Ücretsiz Onarım İsteme Hakkı .....	201
B. MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG) ÇERÇEVESİNDE SATICININ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞI HALİNDE ALICININ SAHİP OLDUĞU HAKLAR .....	202
BÖLÜM 3: ALICININ SAHİP OLDUĞU HAKLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE IUS VARIANDI .....	203
A. TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA ALICININ SATICIYA KARŞI SAHİP OLDUĞU SEÇİM HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ .....	203

B. MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG) SİSTEMİNDE ALICININ SATICIYA KARŞI SAHİP OLDUĞU SEÇİM HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE IUS VARIANDI .....	206
1. Aynen İfa Talebi (Yükümlülüğün İfa Edilmesini Talep Hakkı) .....	206
2. Sözleşmeden Dönme .....	206
3. Bedel İndirimi .....	207
SONUÇ .....	207
KAYNAKÇA .....	208

## KISALTMALAR

Age	adı geçen eser
BGE	Bundesgerichtsentcheidungen (İsviçre Federal Mahkeme Kararları)
BGB	BürgerlichesGesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
Bkz	bakınız
CISG international	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması)
Çev.	Çeviren
E.	Esas
HD	Hukuk Dairesi
m	madde
K	Karar
Karş.	Karşılaştırınız
OR	Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
RG	Resmi Gazete
S.	sayı
s.	sayfa
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Vd.	Ve devamı
Yarg.	Yargıtay

---

## ÖZET

---

**B**u çalışma, Türk Borçlar Hukuku ile Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) hükümlerini karşılaştırmaktadır. Çalışma, satın alınan malın ayıplı çıkması durumunda, alıcının sahip olduğu haklara odaklanmaktadır ki, bu noktada iki sistem arasındaki farklar çarpıcı bir şekilde ortaya konmuştur.

Bu çalışma ayrıca, örneğin, sözleşmenin ortadan kalktığı beyanı sonrası alıcının başka bir hakkı seçip seçemeyeceği noktasında CISG hükümleri ve Türk Borçlar Hukuku hükümlerini karşılaştırmıştır. Eğer böyle bir olanak varsa da beyanın geri alınmazlığında somut olayın özellikleri araştırılacak, satıcının korunmaya değer bir menfaatinin olup olmadığına bakılacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Aynen ifa talebi, Onarım talebi, Sözleşmeden Dönme Hakkı, Semen indirimi talebi, ius variandi

---

## ABSTRACT

---

### **Under the Provisions of Turkish Law of Obligations and United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in Contract for the Sale of Goods the Changeability of the Right Chosen by the Buyer**

**T**his article is a comparative analysis between the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and Turkish Obligation Law. The focus is on the buyer's rights, which is the area where the differences between the two systems are identified as particularly striking.

This article also analyses for example, whether a declaration of avoidance can be revoked or withdrawn, and another right be pursued is not addressed in the CISG and Turkish Law. It is argued that such a possibility does exist and depends on the particular facts of the situation and the protection of seller if it has reasonably relied on the declaration of avoidance.

### Keywords

requiring performance of the seller, claiming to remedy the lack of conformity by repair, termination of the contract (declaration of avoidance), price reduction, ius variandi

## GİRİŞ

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), milletlerarası malların satımına ilişkin sözleşmelere uygulanacak maddi hukuk kurallarını içeren önemli bir hukuk kaynağıdır. Bu kurallar antlaşmaya taraf ülkelerin iç hukuklarının da bir parçası haline gelmiştir. Bu bakımdan biz de çalışmamızda önemli ölçüde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) kurallarına, Türk Hukuku ile karşılaştırmalı olarak yer verdik.

Çalışmamızın ilk bölümünde ayıp kavramı, satıcının ayıptan sorumluluğu; ikinci bölümünde alıcının sahip olduğu seçimlik haklar; son bölümünde ise alıcının sahip olduğu bu seçimlik hakların hukuki niteliği ile satış sözleşmesinde ayıptan sorumlulukta alıcının seçtiği hakkın sonradan değiştirilebilirliği sorunu Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ve Türk Hukuku ile karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.

## BÖLÜM 1: AYIP KAVRAMI VE SATICININ AYIPTAN SORUMLULUĞU

### A. SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE AYIP VE SATICININ AYIPTAN SORUMLULUĞU

Hukukta ayıp denilince satılan şeyin hukuki durumunda, özünde ya da niteliklerinde bulunan ve alıcının o şeyden hukuken, maddeten veya iktisaden tümüyle ya da gereği gibi yararlanmasına engel teşkil eden noksanlıklar kastedilir<sup>1</sup>.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un<sup>2</sup> 8. maddesi ayıplı malı şöyle tanımlamıştır: Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır.

Satıcının ayıptan sorumluluğu, Borçlar Kanunu<sup>3</sup> m. 219-231 hükümleri arasında düzenlenmiş olup, TBK m. 219'a göre, "Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur." Bu halde satıcının ayıptan sorumluluğu, ya bildirilen vasıfların bulunmaması ya da satılan şeyde bulunması gereken

1 Feyzioğlu Necmeddin Feyzi, **Borçlar Hukuku Hususi Kısım, Akdın Muhtelif Nevileri**, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 247; Eren Fikret, **Borçlar hukuku Özel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 100

2 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, RG. 28.11.2013; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Amaç başlıklı 1. maddesinde yasanın amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2. maddesinde bu kanun 1.maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar hükmüne yer verilmiş; yasanın 3.maddesinde "mal"; alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları ifade eder. "Satıcı" kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri kapsar. "Tüketici" ise mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder, şeklinde tanımlanmıştır. Bir hukuki işlemin 6502 sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için, yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımları verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir.

3 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG. 04.02.2011

vasıfların olmaması sebebi ile gerçekleşir<sup>4</sup>. Bu ayıpların maddi, hukuki veya ekonomik olması olanaklıdır. Buna göre maddi ayıp, maldaki kırık, bozuk gibi fiziksel niteliklerine ilişkin eksikliklerdir. Hukuki ayıp, bir malın kullanılmasını yasal olarak engelleyen, örneğin imar ya da çevre mevzuatından doğan sınırlamalar gibi hukuksal sınırların varlığı halinde kabul edilir<sup>5,6</sup>. Ekonomik ayıplar ise, satım konusundan istenilen verimin alınmadığı hallerde veya masraflarının beklenenden fazla olması halinde söz konusu olur.

Bir satış sözleşmesinde satıcının asıl borcu, satılanı alıcıya teslim ve mülkiyetini geçirmektir. Ancak satıcının sorumluluğu sadece bundan ibaret değildir. Satıcı satılanı ayıpsız olarak da teslim ve mülkiyeti geçirme borcu altındadır. Bu bakımdan satıcının ayıptan sorumluluğu, satıcının mülkiyeti geçirme borcunun tamamlayıcısıdır<sup>7</sup>.

Satıcı, satılarda ayıbın bulunmadığını açıkça zikredebilir. Bu halde, sorumluluğu açıkça kabul etmiş sayılır. Bununla birlikte satılan şeyin değerini azaltan ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran ayıplardan ayrıca taahhüt etmese dahi sorumlu olur<sup>8</sup>. Bu borç kanunen mevcuttur<sup>9</sup>. Satılanın bu nitelikleri taşıması ticari doğruluğun gereğinden sayılır<sup>10</sup>. Satıcının zikrettiği vasıfların satılarda bulunmamasından doğan sorumluluğun hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Bu bazılarına göre akdi bir borç, bazılarına göre ise tek taraflı hukuki muameleden doğan bir borç olarak nitelendirilebilir<sup>11</sup>.

Ayıptan sorumluluğun maddi şartları, satılan şeyin ayıplı olması, bu ayıbın alıcı tarafından bilinmemesi ve ayıbın hasarın alıcıya geçmesinden önce mevcut olmasıdır. Satıcının ayıptan sorumlu olması için maddi şartların yanında şekli şartların da gerçekleşmiş olması gerekir. Bu şekli şartlar; alıcının satılanı gözden geçirmesi ve bunun sonunda satılarda ayıp tespit ederse, bunu satıcıya bildirmesidir. Alıcı aynı zamanda zamanaşımı süresine uymakla yükümlüdür. TBK m. 231'e göre, satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, satılardaki ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

4 Yavuz Cevdet, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, Beta, 2011, s. 67; Yavuz Nihat, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İerhi 1. cilt**, Ankara, Adalet, 2013, s. 1123

5 Dava konusu olayda, davacıya satılan taşıta gümrükçe el konulmuştur. Bu sebeple hukuki ayıptan ötürü alıcı seçimlik haklarını kullanabilir. Yarg. 13. HD. 07.05.1981, E. 1942, K. 3498, <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, erişim tarihi: 17.03.2016

6 Hukuki ayıp, satılanın amaca uygun biçimde kullanılmasını engelleyen hukuki sınırlamalardan oluşur. Bu noktada hukuki ayıp ve zapt kavramları karışabilir. Hukuki ayıp, kamu hukukundan kaynaklanır; zapt ise özel hukuktan doğan üstün hak sebebi ile ortaya çıkar. Zapta "elden alma", hukuki ayıpta "sınırlama" vardır.

7 Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 67

8 ...Satıcı satılardan yararlanmayı ortadan kaldıran ayıptan, ayıbın meydana gelmesinde kusuru olmasa bile alıcıya karşı sorumludur. Yarg. 13. HD. 22.11.2004, E. 5405, K. 16730, <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, erişim tarihi: 17.03.2016

9 Bu borç ne bir cezai şarttır ne de kefaletten doğan bir borçtur. Ayrıca taahhüt edilmiş olmasa da doğrudan doğruya satış sözleşmesinden doğmaktadır. Onun için, bunu kanuni bir borç olarak nitelendirmek mümkündür.

**Ayrıntılı bilgi için bkz.** Feyzioğlu, **Borçlar**, s. 271

10 Karahasan Mustafa Reşit, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri 3. Cilt**, İstanbul, Beta, 2004, s. 304

11 **Ayrıntılı bilgi için bkz.** Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 68

Çoğu zaman ayıptan sorumluluğun şartlarıyla, aldatmanın (TBK m. 36) ve hatta aşırı yararlanmanın (TBK m. 28) şartları bir arada gerçekleşmiş olabilir. Bundan başka, ayıplı ifa, gereği gibi ifa etmeme de (TBK m. 112 vd.) sayılabilir. Bu son halde, TBK m. 112 vd. hükümlerinin tatbiki imkanını ortaya çıkarabilir<sup>12</sup>.

## **B. MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG) ÇERÇEVESİNDE AYIP VE SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK**

Türk hukuk sistemi ve Kıta Avrupası ülkelerinde sözleşmeye aykırılık hükümleri ile ayıba karşı tekeffül hükümleri ayrı ayrı ele alınmışken, CISG'de<sup>13</sup> CommonLaw sisteminde olduğu gibi ayıba karşı tekeffül genel sözleşmeye aykırılık içinde ele alınmıştır<sup>14</sup>. Sözleşmeye bakıldığında ayıba ilişkin düzenlemelerin "*malların sözleşmeye uygunluğu, conformity of the goods*" altında düzenlendiği görülmektedir. Teslim edilen malın sözleşmeye uygunluğu hususu CISG m. 35/1 ve m. 35/2'de düzenlenmiştir.

CISG m. 35/1, malın sözleşmeye uygunluğu konusunda öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeye bakılması gerektiğini söyler. Satıcının temel yükümlülüğü, sözleşmeye uygun malları teslim etmektir. Böylelikle satıcı miktarı, kalitesi ve türü sözleşmede öngörülen malları, sözleşmede belirtilen paket ve muhafaza içinde teslim etmek zorundadır<sup>15</sup>. Sözleşmesel şartlar, ayrı ayrı müzakere edilebileceği gibi, alıcı ya da satıcının genel işlem şartları arasında da yer alıyor olabilir. CISG m. 35/2 ise taraflar arasındaki sözleşmede herhangi bir düzenleme olmaması halinde malların ne zaman sözleşmeye uygun olacağına ilişkin bazı kriterler getirir<sup>16</sup>. Bir başka deyişle, CISG, tarafların sözleşmede yeterli düzenleme yapmadıkları hallerde malın sözleşmeye uygunluğunun saptanması

12 Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 68

13 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 01.01.1988, Vienna, Austria;

Türkiye, CISG'in 07.04.2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanması ve akabinde 01.08.2011 tarihinde TBMM tarafından onaylanması ile birlikte Viyana Anlaşması'na taraf olmuştur.

14 Atamer Yeşim, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması(CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul,Beta, 2005, s.

181; Baysal Pelin, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu", **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına (CISG) göre Satış Sözleşmeleri**, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2012, s. 222

15 WelslerRudolf/ WelslerIrene, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Halinde Alıcının Başvurabileceği Hukuki İmkanlar",Çev: Yıldırım Ayça Akkayan, <http://www.iku.edu.tr/userfiles/20120425005438414.pdf>, erişim tarihi: 15.03.2016, s. 149

16 Subjektif Uygunluk ve Objektif Uygunluk terimleri için **bkz.** Atamer, **CISG**, s. 182; Baysal, age, s. 222; (PrimarysourceforassessingconformityandSecondarysourceforassessingconformity) Ren´e Franz Henschel, "Conformity of the goods: Interpreting or supplementing Article 35of the CISG by using the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and thePrinciples of EuropeanContractLaw",**An International Approach totheInterpretation of the United Nations Convention on Contractsforthe International Sale of Goods**, Cambridge UniversityPress, 2007, s. 168

açısından sahip olması gereken özelliklerin neler olduğu saptamıştır. İşte saptanan kriterler şunlardır: a. Malın mutlak kullanım amacına uygun olması, b. Malın alıcının özel kullanım amacına uygun olması, c. Malın numune ve modele uygun olması, d. Uygun paketleme ve muhafaza.

## BÖLÜM 2: AYIP HALİNDE ALICININ SAHİP OLDUĞU HAKLAR

### A. TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA ALICI LEHİNE AYIPTAN DOĞAN HAKLAR

TBK m. 227 hükmü incelendiğinde görülecektir ki, alıcı ayıp halinde bir seçimlik hakka sahip olacaktır. Kendisine ayıplı mal teslim edilen alıcı, satış sözleşmesinden dönebileceği gibi, satış bedelinin indirilmesini de talep edebilir. Bunlardan başka, satılan malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi isteme hakkına ve gideri satıcıya ait olmak üzere onarım isteme hakkına sahiptir<sup>17,18</sup>. Aynı şekilde bu dört hak TKHK m. 11'de tüketiciye tanınmıştır. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir (TKHK m. 11/6). Garanti belgesinden doğan haklar ile ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanımı ise aynıdır.

TBK m. 227/1'de belirtilen seçimlik haklardan ayrı olarak veya bu seçimlik haklarla birlikte kullanılmak üzere, alıcının tazminat isteme hakkı vardır. TBK m. 227/2'de bu husus şöyle belirtilmiştir: "*Alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.*" Kanun koyucu aynı zamanda TBK m. 229/1-b.3 ve m. 229/2'de dönme halinde özel tazminat hakkı tanımıştır<sup>19</sup>. Bu nedenle alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı, dönme dışındaki seçimlik haklarını kullanması durumunda geçerli olacaktır<sup>20</sup>.

### 1. Sözleşmeden Dönme Hakkı

Malı elinde bulundurma alıcı yararına değilse, alıcı, sözleşmeden dönebilir<sup>21</sup>. Bu imkan, alıcının mala ilişkin menfaatinin bulunmadığı durumlarda kullanılacaktır. Dönme hakkının dava yolu ile ileri sürülmesine gerek yoktur. Alıcının dönme beyanı, bozucu yenilik doğuran beyan olarak satıcıya vardığı anda hükümlerini doğuracaktır<sup>22</sup>. Satıcının

17 818 sayılı Borçlar Kanununda satılanın ayıplarının giderilmesini (onarılmasını) isteme hakkı düzenlenmemiştir. Bu nedenle 818 sayılı Kanun zamanında alıcının onarım isteme hakkının bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Satım konusu ayıplı malın tamir edilmesinin mevcut kanuni düzenlemelerdeki bazı hükümlerden hareket ederek talep edilebileceğini ileri süren görüşler mevcuttu. **Ayrıntılı bilgi için bkz.** Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 77; Arbek Ömer, **Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 64 vd.

18 ...Ayıplara karşı tekeffül koşullarının gerçekleşmesi durumunda BK m. 227 alıcıya tanıdığı seçimlik hakları sınırlamış olup, bunlar arasında satılanın iyileştirilmesi veya binanın güçlendirilmesi gibi bir seçimlik hak yoktur. Yarg. 13. HD. 16.06.2005, E. 1236, K. 10292, <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, erişim tarihi:17.03.2016

19 Kanun koyucu, BK m. 227/2'de alıcıya genel hükümlere göre tazminat isteme hakkını, BK m. 229/1-b. 3 ve 2'de dönme halinde tanınmış olan özel tazminat hakkıyla yarışan seçimlik hak olarak tanımıştır. Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Yetkin, 2014, s. 158

20 Saldırım Mustafa, **Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Borçlar Kanunu**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013, s. 715

21 818 Sayılı Borçlar Kanununun 202. Maddesinde "fesh" teriminin kullanılması hatalı olduğu için, yeni kanunda bunun yerine "dönme" terimi kullanılmıştır. **Ayrıntılı bilgi için bkz.** Uygur Turgut, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Seçkin, 2012, s. 1300; Günay Cevdet İlhan, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 846

22 Alıcının, ödediği semenin iadesini talep etmesi dahi akdin feshini istediğini gösterir (akdin feshi, ödemenin

sözleşmeden dönmeye itiraz ederek dava açıldığı takdirde, mahkemenin vereceği karar açıklayıcı nitelikte olup, yenilik doğurucu nitelikte değildir. Dönme hakkının kullanılmasyla, sözleşme tasfiye safhasına geçer. Taraflar birbirlerinden aldıklarını geri vermekle yükümlü olurlar<sup>23,24</sup>. Sözleşmeden dönülecekse alıcı, irade açıklamasında satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirmelidir.

Satıcının dönme kapsamında son yükümlülüğü TBK m. 227/2 uyarınca ayıplı ifa nedeniyle alıcının uğradığı zararlara ilişkin tazminat ödenmesidir.

## 2. Bedelin İndirilmesini İsteme Hakkı

Alıcı, satılanı elinde tutmak niyetindeyse, ayıp nedeniyle malın değerinde meydana gelen değer azalmasını talep edebilir. Bedelden indirilecek miktarın belirlenmesi hakime aittir. Yasada herhangi bir yöntem öngörülmemiştir. Öğretide mutlak yöntem, tazminat yöntemi ve nisbi yöntem olmak üzere üç ayrı yöntem kabul edilmiştir<sup>25</sup>. Yargıtay yerleşik kararlarında nisbi yöntemi uygulamaktadır<sup>26</sup>. Nisbi metodu şöyle formüle edebiliriz:

$$\text{Ayıpsız Değer} / \text{Ayıplı Değer} = \text{Kararlaştırılan Bedel} / \text{Ödenecek Bedel}$$

$$\text{Ödenecek Bedel} = \text{Kararlaştırılan Bedel} \times \text{Ayıplı değer} / \text{Ayıpsız Değer}$$

iadesi olarak nitelendirilmiş). **Bkz.**Yarg HGK 24.09. 2003, E. 15-498 K. 493, Yarg 13. HD. 16.03.1995, E.2380 K. 2554 <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, erişim tarihi: 17.03.2016

23 Zevkliiler Aydın/ Gökyayla Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s.

24 Burada tartışmalı olan husus, dönme hakkının kullanılmasının, sözleşmeden doğan borçlara etkisidir. Klasik dönme görüşüne göre dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Sözleşmenin ortadan kalması üzerine devralınan Şeyin geri verilmesi sebepsiz zenginleşme kurallarına göre olacaktır. Yeni dönme teorisine göre ise, daha yerine getirilmemiş sözleşme yükümlülükleri yönünden bu yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınma yolunda bir def'i hakkı doğar. Yerine getirilmiş sözleşme yükümlülükleri yönünden, sözleşmeden doğan geri verme talepleri söz konusu olacaktır. Bu suretle alıcının akdi bir geri verme borcu doğar. Dönmenin sözleşmeyi geçmişe etkili bir biçimde ortadan kaldırıcı gücüne inanan kişiler, alacaklıyı bir yönden talihsiz bir duruma sokmaktadır. Şöyle ki, sözleşmeye aykırı davranmış borçlusuna karşı sözleşmeden dönmüş bulunan alacaklının, sonradan haklı görülebilecek bazı nedenlerle fikrini değiştirerek, borçludan, gerçekleştirilmemiş edimin değerini de kapsayacak şekilde sözleşmeye aykırılıktan ötürü zarar giderim talebi olanak dışıdır. Dönme ile sözleşme kalkmıştır. Artık bir sözleşmeye aykırılıktan ötürü zarar giderim istemi düşünülemez. **Ayrıntılı bilgi için bkz.** Serozan Rona, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 85

25 Zevkliiler/Gökyayla, **Borçlar**, s. 132

26 ...Şu var ki yasada satım parasının indirilmesine uygulanacak bir ölçüye yer verilmiş değildir. Öyleyse, gereksizliğinin hesaplanması için bir yöntem bulmak gerekir. Öğretide bu konudaki baskın görüş değer eksikliğinin orantılı bir hesap tarzına göre belirleneceğine ilişkindir ki bu yöntem, <nisbiyete> olarak adlandırılmaktadır. **Bkz.**Yarg. 13. HD. 10.11.1980, E. 5071 K. 5769; -Yani satım sözleşmesinin kurulduğu tarihte dairesinin ayıpsız ya da vaat edilen durumdaki değeri ile ayıplı durumda taşıdığı değer arasındaki oranın satım parasına uygulanması ile bulunacak değere göre, dairedeki değer kaybı tutarı belirlenmelidir. **Bkz.** Yarg. 13HD. 31.10.2005, E. 9348 K. 16119; ...Bu indirim miktarı taraflardan birinin diğerinden daha fazla zarar görmesini engelleyen bir metod olan ve dairesinin istikrar kazanan uygulama ve içtihatlarına göre kabul gören nisbi metod uygulanarak bulunması gerekir. NisbiMetod ise; Ödenecek Bedel=(Kararlaştırılan Bedel x Ayıplı Değer)/Ayıpsız Bedel şeklinde orantı kurularak yapılması gereken yöntemdir. Mahkemece bu yöntem kullanılarak indirilecek bedelin tespiti gerekir. **Bkz**Yarg 13. HD.16.01.2013 E. 5277, K. 681 .Yarg. 3. HD. 29.11.1966, 7843 E. 7506 K; 9.10.1962, 7285 E. 7573 K; 9.2.1961, 131 E. 1926 K. <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, erişim tarihi: 16.03.2016



Alıcının bu hakkını kullanması bakımından satış bedelini ödeyip ödemediği herhangi bir önem taşımamaktadır. Her iki durumda da alıcı bu seçimlik hakkını kullanabilecektir.

### 3. Ayıplı Malın Ayıpsız Benzeri İle Değiştirilmesini İsteme Hakkı

TBK m. 227/1-b.4'e göre alıcı, ayıplı eşyanın ayıpsızıyla değiştirilmesi yolunu da seçebilir. 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu satış konusu şeyin cins borcuna konu olmasını aramamıştır. Nitekim TBK m. 227/1-b.4 hükmüne bakıldığında "imkan varsa" denilerek bu hakkın kullanılabilmesi ifade edilmiştir. İmkan olduğu takdirde parça borcuna konu mal da ayıpsız benzeri ile değişime konu olabilir<sup>27</sup>.

Alıcı ayıplı malın yenisi ile değiştirilmesi hakkını kullanmışsa, değiştirme nedeniyle doğacak masraflar satıcıya aittir.

TBK m. 227/1-b.4'ün uygulandığı durumlarda aynı zamanda TBK m. 228 hükmü uygulama alanı bulur. TBK m. 228 hükmü seçimlik hakların kullanılmasındaki sınırlamaları düzenlemektedir. Şayet satılan mal alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olursa veya alıcı onu başkasına devretmişse ya da biçimini değiştirmişse alıcı, ancak değerindeki eksiklik karşılığının satış bedelinden indirilmesini isteyebilir (TBK m. 228/2).

Diğer yandan TBK m. 227/3, satıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve alıcının uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik hakların kullanılmasını önleme yetkisi vermektedir. Burada bütün seçimlik haklar açısından geçerli olan satıcının "ikinci servis şansı" üzerinde kısaca durulacaktır. İkinci servis şansı ile kast edilen satıcının sözleşmeye aykırılığı gidermesi ve alıcının geç de olsa ifa menfaatine kavuşmasını sağlamasıdır<sup>28</sup>.

### 4. Ücretsiz Onarım İsteme Hakkı

Önceki Borçlar Kanunundan farklı olarak TBK dördüncü bir hak olarak alıcıya satılanın ücretsiz onarımını isteme hakkı tanımıştır (TBK m. 227/1-b.3). Ancak objektif olarak onarım mümkün değilse onarım hakkı da kullanılamayacaktır<sup>29</sup>. Bu seçeneğin kullanılması halinde satıcı, malı ücretsiz onarmak zorundadır. Hakkın kullanılması, aşırı bir masraf

27 Parça borcunun konusu genellikle gayri misli eşya olursa da, misli eşya niteliği taşıyan şeyler de parça borcuna konu olabilir. Örneğin, A şirketinin B model arabalarından bir adet satılması şeklinde değil de; bunlardan ayırt edilmiş, plakasıyla belirlenmiş X otomobili şeklinde satılmışsa durum böyledir. Bir başka deyişle, satım sözleşmesine konu mal parça borcu olarak kararlaştırılmış olsa bile, eğer misli eşya ise ayıplı olması halinde ayıpsız misli ile değiştirilmesi istenebilecektir.

28 Atamer Yeşim, "Taşınır Satımı Sözleşmesi", **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler- Tebliğler**, Derleyen: Murat İnceoğlu, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2012, s. 205

29 Kural olarak bu yol tercih edildikten sonra, başka bir seçimlik hak seçilemez. Ancak bu seçimlik hakkın yerine getirilmesinin olanaksız olduğu ya da alıcı için makul olmayan bir süre malından mahrum kalmasına yol açacağı anlaşılırsa veyahut da onarım sonucu kullanılabilecek duruma gelmekle birlikte değeri önemli ölçüde azalmışsa, alıcının diğer seçimlik haklardan birini kullanabilmesi kabul edilmelidir. **Ayrıntılı Bilgi için Bkz.** Yavuz N., **TBK Şerhi**, s. 1193; Yavuz Nihat, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler**, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 331

gerektirmemesine bağlıdır<sup>30</sup>. Yine hakkın kullanıldığı durumda, alıcının satıcıya makul bir mehil tayin etmesi gerekecektir.

## **B. MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG) ÇERÇEVESİNDE SATICININ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞI HALİNDE ALICININ SAHİP OLDUĞU HAKLAR**

Satım konusu malın sözleşmeye uygun olmaması hâlinde alıcının seçimlik hakları doğmaktadır. Alıcının ayıba karşı tekeffül nedeniyle ortaya çıkan seçimlik hakları sözleşmenin 46-52 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu maddelerde yer verilen seçimlik haklar dışında alıcının m. 74-77 uyarınca tazminat isteme hakkı da mevcuttur.

CISG'a göre satım konusu malın sözleşmeye uygun olmaması hâlinde alıcının sahip olduğu imkanlar şu şekilde sıralanabilir<sup>31</sup>:

- Aynen ifa talebi (m. 46/1 ve 47)- requiring performance of the seller
- İkame mal talebi (m. 46/2)- claiming delivery of substitute goods
- Onarım talebi (m. 46/3)- claiming to remedy the lack of conformity by repair
- Sözleşmeden dönme (m. 49)- termination of the contract
- Semen indirilmesi talebi (m. 50)- price reduction
- Tazminat talebi (m. 74-77)- claiming damages

CISG'de alıcının sahip olduğu haklar ile Türk Hukukunda yer alan düzenlemelerde farklılıklar olmakla birlikte, genel hatlarıyla TBK ve CISG benzerlik göstermektedir<sup>32</sup>.

Ayıplı mal teslimi dışındaki bütün ihlaller CISG m. 46/1'in uygulama alanı içinde olup genel ifa talebi olarak isimlendirilmekte, buna mukabil CISG m. 46/2 (ikame mal teslimi) ve CISG m. 46/3 (onarım hakkı) alıcının sonraki ifa talebi olarak isimlendirilebilecek, malın ayıplı teslimi halinde doğacak haklarını düzenlemektedir<sup>33</sup>. Hemen ifade etmek

30 Zira birçok ufak ayıbın giderilmesi, makul olmayan masraf ve çaba gerektirebilir. Satıcının ayıbı gidermek için yapacağı masrafların, ayıbın yol açtığı zarara oranla çok yüksek olması durumunda onarım talebi reddedilecektir. **Bkz** aynı yönde CISG m. 46/3

31 Zhang Hengyi, "Buyer's Remedies And Cure By Seller-A Study Of The Harmonization Of European Sales Law From The Perspective Of Comparative Private Law", **Us-China Law Review**, Vol. 11: 1428, s. 1432; Schlechtriem Peter & SchwenzlerIngeborg: **Commentary on the United Nations Convention on the International Sale of Goods (CISG), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Şerhi**, Ed: SchwenzlerIngeborg/Aksan Pinar, 12. Levha, 2015, s. 841

32 Ayhan Hilal Lale, " Milletlerarası Viyana Satım Sözleşmesi'ne Göre Uluslararası Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, S. 2, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/15\\_2\\_1.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/15_2_1.pdf)**, erişim tarihi: 12.03.2016, s.40

33 Doktrinde yapılan **genel ifa talebi/sonraki ifa talebi** ayırımından farklı olarak **asli/tali** ifa talebi şeklinde bir ayırım yapılmaktadır. (**Karş. Bkz.** Atamer, **CISG**, s.326) Satıcının yükümlülükleri arasında asli/tali şeklindeki ayırımı terk etmiş olan CISG'ta malın ayıptan arı bir biçimde teslimi yükümlülüğü ile salt malın teslimi yükümlülüğü, bu yükümlülüklerin ehemmiyetine istinat eden bir hiyerarşi mevcut değildir. **Bkz.** Okur Sinan, "Türk Borçlar Kanunu'nda Alıcının Genel ve Sonraki İfa Talebi Üzerine CISG Işığında Eleştirel Bir Değerlendirme", **e-akademi**, S. 131, 2013, **[www.e-akademi.org](http://www.e-akademi.org)**, erişim tarihi: 19.03.2016, s. 6; Alman hukukunda da kullanılan terminolojinin (Nacherfüllungsanspruch) Türkçe karşılığı "sonraki ifa talebi" şeklindedir. **Bkz.** BGB Art. 439, Bassange/ Brudermüller vd., **BürgerlichesGesetzbuch**, 64. Auflage, Verlag C. H. Beck, s. 646

gerekir ki, 1. fıkraya yüklenen fonksiyon ayıplı mal teslimi dışındaki ihlallerde alıcının genel ifa talebinin ihdası ile sınırlı olmayıp, esasen şartları 2. ve 3. fıkrada düzenlenen alıcının ayıplı mal teslimindeki sonraki ifa talebi (ikame mal teslimi ve tamir talebi) için de aranması lüzumlu genel şartları muhtevi genel bir fıkra hükmündedir. Başka bir deyişle 1. fıkrada alıcının genel ifa talebi için öngörülen ifa talebinde bulunması halinde bu talep ile bağdaşmayan başka bir hukuki imkânı - örneğin sözleşmeden dönme - kullanamama şeklinde tezahür eden sınırlama 2. ve 3. fıkralarda açıkça ifade edilmese de, alıcının ikame mal teslimi veya tamir talebinde bulunduğu hallerde de geçerlidir.

Alıcının bu seçimlik haklarını kullanabilmesi için satıcının kusurlu olma şartı aranmayacaktır<sup>34</sup>. Kusur şartı aranmasa da sözleşmeden dönmek ve ikame mal talep etmek hakkı kullanılırken, sözleşme ihlalinin esaslı olması aranmıştır. Sözleşmenin esaslı surette ihlal edilmiş olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir. Özellikle kesin vade kararlaştırılan hallerde malın vadesinde teslim edilmemesi halinde, satıcının ifayı yerine getirmeyeceğini açıklamasında, vadenin uzun süreli olarak aşıldığı, ifanın objektif olarak imkansız olduğu hallerde sözleşme ihlalinin esaslı olduğu kabul edilir<sup>35</sup>. Ayıplı ifa ise bazı hallerde esaslı ihlal kapsamına girer. Ayıplı ifanın esaslı ihlal olup olmadığının tespitinde, malın ayıba rağmen kullanılması veya yeniden satılması ve bunun alıcıdan beklenebilir olup olmadığı, ayıbın giderilmesinin mümkün olup olmadığı gibi kriterlere başvurulmaktadır<sup>36</sup>.

CISG m. 46/3'te alıcıya tanınan tamir hakkını ikame mal tesliminden ayıran en önemli husus; alıcının bu hakkının, ihlalin esaslı olması şartına bağlanmamış oluşudur. Daha da önemlisi ihlalin tamir sureti ile giderilebilirliği, ihlalin esaslı olmasını önlemekte, bunun pratik sonucu ise malın tamirinin mümkün olduğu her halde alıcının öncelikle tamir hakkına başvurma mecburiyetinde kalmasıdır. Alıcının tamir hakkı bakımından iki önkoşul ise malın tamire elverişli olması ve bunun makul bir talep olmasıdır<sup>37</sup>.

### **BÖLÜM 3: ALICININ SAHİP OLDUĞU HAKLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE IUS VARIANDI**

#### **A. TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA ALICININ SATICIYA KARŞI SAHİP OLDUĞU SEÇİM HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ**

Alıcının sahip olduğu seçimlik hakların hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Öğretide "sözleşme teorisi" olarak adlandırılan bir görüşe göre, yasada tanınan hakların kullanılması, satıcıya yönelik bir icaptır. Dolayısıyla bir seçimlik hakkın kullanılması için tarafların bu hususta anlaşmaları gerekir. Taraflar anlaşamazlarsa hakim tarafından yenilik doğuran bir kararın verilmesi gerekir. Ancak hakim tarafından verilen karar sadece

34 Atamer, **CISG**, s. 327; Zeytin Zafer, **Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku**, Seçkin, 2. Baskı, 2015, s. 202

35 Zeytin, **CISG**, s. 219; **Ayrıntılı Bilgi için bkz.** Dayıoğlu Yavuz, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı**, Y.lisans Tezi, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), 2010, s. 35

36 Atamer, **CISG**, s. 310

37 Okur, **age**, s. 10

seçimlik hakkın kullanılmasına ilişkin olup, sözleşmenin tasfiyesi veya semenin indirilmesi bakımından hüküm ifade etmez, bunlar için ayrıca bir dava açmak gerekecektir<sup>38</sup>.

"Değiştirilmiş sözleşme teorisine" göre ise alıcının seçimlik haklarını kullanabilmesi için yine alıcı ve satıcı bu yönde bir sözleşme yapmalıdır. Satıcı anlaşmadan kaçınırsa hakim tarafından yenilik doğurucu bir karar verilecektir. Sözleşme teorisinden farklı olarak alıcının açtığı davada hakimin vereceği karar, salt seçimlik hakkın kullanılmasına yönelik değil, aynı zamanda tasfiye sonucuna bağlı iade talebinin ifasına yönelik de olacaktır (Ayrı bir eda davası açılmasına gerek yoktur)<sup>39</sup>.

Öğretide savunulan hakim görüşüne göre ise, söz konusu seçimlik haklar, *yenilik doğuran hak* niteliğindedir<sup>40</sup>. Alıcı, seçimlik hakkını, varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıyla kullanır. Alıcının sahip olduğu seçimlik haklardan sözleşmeden dönme hakkı, bozucu yenilik doğuran; satış bedelinin indirilmesi talep etme ve malın onarılmasını isteme hakları değiştirici yenilik doğuran; ayıplı malın değiştirilerek ayıpsız bir benzerinin verilmesini isteme hakkı da aynen ifade ısrar edildiğini gösteren yenilik doğuran hak niteliğindedir<sup>41</sup>.

Başka bir görüşe göre seçimlik hakların hukuki niteliklerinin incelenmesinde kullanılan hakka göre bir ayırım yapılmalıdır. Buna göre, malın ayıpsız ile değiştirilmesi ve malın onarılması talepleri aynen ifaya yönelik taleplerdir. Bu anlamda söz konusu haklar alacak hakkı olarak karşımıza çıkar. Sözleşmeden dönme ve semenin indirilmesine yönelik seçimlik haklar ise yenilik doğuran hak niteliğindedir. Buna göre alacak hakkı niteliğindeki seçimlik haklarını kullanan alıcı, yeterli ölçüde sonuç alamazsa, fikrini değiştirerek diğer seçimlik haklarından birini kullanabilecektir. Buna karşılık, yenilik doğuran seçimlik haklarından birini kullanan alıcı, daha sonra değişiklik yapamayacaktır<sup>42</sup>.

Alıcının seçimlik hakkını kullanmak için 818 sayılı Borçlar Kanunu m.202 ve İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 205'te<sup>43</sup> olduğu üzere dava açması gerekmemektedir. Bununla birlikte alıcının, satıcıya bunu önerip onunla bu konuda bir anlaşma yapmasına da gerek yoktur. Alıcı, seçimlik haklardan istediğini tek taraflı irade beyanı kullanmak sureti ile seçmiş olacaktır<sup>44</sup>.

38 Kapancı Kadir Berk, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri**, 12 Levha, 2012, s. 45

39 Aral Fahrettin/ Ayrancı Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Yetkin, 2. Baskı, 2010, s. 130

40 Buz Vedat, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 180; Gümüş M. Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt 1**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 167; Eren, **Borçlar**, s. 159; Tandoğan Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, Evrim, 1988, s. 188; Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 81; Zevkililer/Gökyaayla, **Borçlar**, s. 128

41 Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 81; Tamirat isteme ve yenisi ile değiştirme hakları yenilik doğuran haklar değildir, aksine asıl ifa talebinin devamı niteliğindedir. **Aksi görüş için bkz.** Yavuz N., **TBK Şerhi**, s. 1125

42 Kapancı, **age**, s. 45; Başoğlu Başak, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, İstanbul, Levha Yayınları, 2012, 117

43 Honsell Heinrich/ Vogt Peter/ Wiegand Wolfgang, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art. 1-529, Helbing LichtenhahnVerlag, s. 1172; Becker Herman, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi 2. Bölüm**, Çev: Suat Dura, 1993, s. 115

44 Eren, **Borçlar**, s. 159

Çalışmamız kapsamında cevaplandırılması gereken ana sorun da, alıcının, seçim haklarından birini kullandıktan sonra, bundan vazgeçerek diğer haklardan birini isteyip isteyemeyeceğidir (ius variandi, elektive konkurrenz). Ius variandi, seçimlik haklardan birinin kullanılmasının diğer seçimlik haklara etkisi ve değiştirme hakkı olarak tanımlanabilir. Doktrindeki hakim görüşe göre, buradaki haklar yenilik doğuran haklardır ve maddi hukuk yönünden yenilik doğuran hakların nitelik ve yapıları böyle bir değişikliğe izin vermez<sup>45</sup>. Çünkü yenilik doğuran haklar bir defa kullanılmakla sona erecektir<sup>46</sup>.

Diğer bir görüşe göre alıcının bütün bu seçimlik hakları sonradan değiştirilebilir (ius variandi'li) ilişkisi içinde değerlendirilmelidir<sup>47</sup>. Böylece örneğin dönme beyanında bulunan alıcı için kendi menfaatine ve iradesine uygun düşen dönmeden başka seçeneklere yönelme (ius variandi) şansı açık tutulmuş olacaktır.

Alıcının sahip olduğu seçimlik hakların yenilik doğuran hak olduğunu savunanlara göre yine de taraflar isterlerse sözleşme serbestisi sınırları içerisinde, seçim hakkının kullanılmasının sonuçlarını ortadan kaldıran veya değiştiren bir başka sözleşme yapabilirler<sup>48</sup>. Örneğin, önce sözleşmeden dönme yolunu seçerek seçim hakkını kullanmış olan alıcı, satıcı ile anlaşarak satış bedelinin indirilmesi ya da malın onarılması yolunu seçebilir. Bu görüşün dışında, somut olayda satıcının korunmaya değer menfaati yoksa alıcının seçtiği hakkı değiştirerek yeni bir seçimlik hakkı kullanmasını uygun gören yazarlar da mevcuttur<sup>49</sup>. Mesela, alıcının seçmiş olduğu dönme hakkıyla ilgili irade beyanını, satıcı, bu beyan hakimiyet alanına ulaşmadığı için öğrenememiş olsa ya da ayıba dayanan dönme beyanına zaten itiraz etmiş ise, alıcı bundan vazgeçerek başka bir seçimlik hakka yönelebilir. Buna karşılık satıcı, alıcının ilk seçtiği haktan dönmeyeceğine güvenerek tasarruflarda bulunmuşsa, alıcı artık ilk seçtiği haktan dönerek başka bir hakkı seçemeyecektir. Bir başka görüşe göre, usul hukuku izin verdiği ölçüde, özellikle islah hakkının mevcut olması halinde bu, mümkün olmalı ve alıcı bu haklarını kullandıktan sonra seçim hakkını geri alabilmeli, onu değiştirebilmelidir<sup>50</sup>.

45 Eren, **Borçlar**, s. 160; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 169; Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 82; Zevkililer/Gökyaayla, **Borçlar**, s. 128

46 Federal Mahkeme, yenilik doğuran hakların bu özelliğini vermiş olduğu bir kararda belirtmiştir. **Bkz.** BGE 116 II 305; 109 II 40. **Aktaran:** Eren, **Borçlar**, s. 161; Mahkeme, istisna sözleşmesi bakımından iş sahibinin değiştirme hakkının mevcut olmadığına karar vermiştir. **Aynı yönde bkz.** BGE 109 II 41; 116 II 314. **Aktaran:** Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 169; Yenilik doğuran haklar, varlıklarını bir hukuki ilişkinin kurulması, değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması sonucunu meydana getirecek şartların gerçekleşmesinden sonra tek taraflı bir hukuki işlemle kullanılmasına kadar sürdürecektir. Hukuki sonucun meydana gelmesiyle amaç gerçekleştiğinden, bundan sonra yenilik doğuran hakların varlığını sürdürmesinin anlamı ve gereği yoktur. **Ayrıntılı Bilgi için bkz.** Oğuzman Kemal/ Barlas Nami, **Medeni Hukuk**, 14. Bası, Arıkan, 2007, s. 129; Demirbaş Harun, **Yenilik Doğuran Haklar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 28

47 Serozan Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, 2. Bası, 2006, s. 148; Serozan Rona, "Cisg'a Ve TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları", **İUHFM C. LXX, S. 2**, 2012, s. 211

48 Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 170; Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 82; Oğuzman/ Barlas, **Medeni**, s. 129

49 Eren, **Borçlar**, s. 161; Muhatap kullanılan yenilik doğuran hakkın kesin olduğuna güvenene kadar ve bu yeni hukuki duruma hazırlanıncaya kadar, hak sahibi daha önce kullanılmış dönme veya bedel indirimi hakkını geri alıp diğer seçimlik hakkını kullanabilir. **Ayrıntılı bilgi için bkz.** Buz, **age**, s. 469

50 Giger BK OR, BernerKommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Der Fahrniskauf, Art. 185-215,

İsviçre Hukukunda, alıcının tek taraflı beyanı ile seçme hakkı tüketilmiş olur. Bu beyanın kesinlik ifade edip etmediği için niteliğinden anlaşılacaktır. Örneğin, sözleşmeden dönme satıcı için genellikle istenmeyen bir sonuçtur. Alıcının ilkin sözleşmeden dönmesi sonra satış bedelinden indirilmesi ile yetinmesi satıcı menfaatine olacağı için, alıcı bu değişikimi yapmakta serbesttir<sup>51</sup>.

Fikrimce, söz konusu seçimlik haklar, yenilik doğuran hak niteliğindedir ancak kesin bir şekilde alıcının seçtiği seçimlik haktan dönüp yenisini seçemeyeceğini söyleme olanağı yoktur. Burada belirleyici kriter, satıcının korunmaya değer bir menfaatinin olup olmadığıdır. Satıcı, alıcının seçtiği haktan dönmeyeceğine güvenerek bu yönde tasarruflar ve işlemler yapmışsa, alıcı artık ilk seçtiği haktan dönmemelidir.

## **B. MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANLAŞMASI (CISG) SİSTEMİNDE ALICININ SATICIYA KARŞI SAHİP OLDUĞU SEÇİM HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE IUS VARIANDI**

Yükümlülüklerin ifasını talep hakkı (m. 46), sözleşmenin ortadan kaldırılması (m. 49) veya bedel indirimine (m. 50) ilişkin şartlar sağlandığı takdirde alıcı, söz konusu seçimlik hak arasından dilediğini seçebilir. Söz konusu üç hukuki imkanı birleştirmek mümkün değildir. Çünkü bu üç hukuki imkanın sonuçları farklıdır. Bu üç hukuki imkan birbirinden bağımsız olduğuna göre, akla şu soru gelebilir: alıcı bir kez seçimini yaptıktan sonra o seçimiyle bağlı mıdır, yoksa hala seçiminde değişiklik yapabilir mi? (ius variandi). Bu soru her hukuki imkan açısından ayrı ayrı cevaplandırılmalıdır.

Hemen belirtmek gerekir ki, taraflar isterlerse sözleşme serbestisi sınırları içerisinde, seçim hakkının kullanılmasının sonuçlarını ortadan kaldıran veya değiştiren başka bir sözleşme yapabilirler<sup>52</sup>.

### **1. Aynen İfa Talebi (Yükümlülüğün İfa Edilmesini Talep Hakkı)**

Alıcı, 46. Madde uyarınca ifanın gerçekleştirilmesini talep hakkını kullanmayı tercih ederse, bu hukuki imkanı sürdürmek zorunda değildir. Alıcının davranış özgürlüğü geçici olarak yalnızca onun, satıcının ifayı gerçekleştirmesi için ek süre tayin etmiş olması durumunda kısıtlanmaktadır. Bu durumda alıcı, tayin etmiş olduğu süre boyunca hiçbir hukuki imkana başvuramayacaktır<sup>53</sup>.

### **2. Sözleşmeden Dönme**

Alıcı, sözleşmeden dönmeyi beyan ederse, alıcının bu beyanıyla bağlı olup olmadığı, bağlı olduğu takdirde ne kadar süre ile bağlı olduğu sorunsalı çıkacaktır. Bu noktada

Bern 1980, N. 65vd., 69; Aktaran: Eren, **Borçlar**, s. 161

51 Becker, **age**, s. 119

52 KalameesPiia, "Hierarchy of Buyer's Remedies in Case of Lack of Conformity of the Goods", **Juridical-International**, XVIII, 2011, s. 64

53 Schwenzler/Aksan, **CISG Şerhi**, s. 842; Atamer, **CISG**, s. 331

bazı kriterler vardır. Burada belirleyici kriter, sözleşmenin ortadan kalktığı beyanınin geri alınmazlığında satıcının korunmaya değer bir menfaatinin olup olmadığıdır<sup>54</sup>. Satıcı, bildirim kendisine ulaşmadığı için sözleşmenin ortadan kalktığını bilmiyorsa veya kendisine ulaşan bildirim reddedip sözleşmeyle bağlı olduğu niyetini gösterirse, artık onun korunmaya değer bir menfaati bulunmamaktadır<sup>55</sup>.

### 3. Bedel İndirimi

Alicının bedelde indirim talep etme hakkı da sözleşmeden dönme hakkı da tek taraflı olarak kullanılabilen bir haktır<sup>56</sup>. Alicının bir kere bedel indirimi hakkını veya sözleşmeden dönme hakkını kullandıktan sonra onunla bağlı olup olmadığı sorunu ile hukuki niteliği bağımsız tutulmalıdır<sup>57</sup>. Burada getirilecek kriterler sözleşmeden dönme durumunda olduğundan farklı değildir. Eğer satıcı bedel indirimine ilişkin beyana güvenerek korunmaya değer bir davranış sergilerse, örneğin, onay verdiğini açıklarsa beyan geri alınamaz.

## SONUÇ

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) m. 45/1'in atıf yaptığı 46-52 arası maddeler, satıcının herhangi bir yükümlülüğünü ifa etmemesi durumunda (sadece ayıp durumunda değil) alıcıya üç hukuki imkan tanımıştır: Yükümlülüklerin ifasını talep hakkı (m. 46), sözleşmenin ortadan kaldırılması (m. 49) ve bedel indirimini talep hakkı (m. 50). Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda alıcının sahip olduğu haklar ile Türk Hukukunda yer alan düzenlemelerde farklılıklar olmakla birlikte, genel hatlarıyla sözleşmeyle benzerlik göstermektedir.

Türk hukukunda yer alan seçimlik hakların hukuki niteliği öğretide ağırlıkta olan görüşe göre yenilik doğuran hak olarak belirtilmiştir. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda ise alıcının bu haklarının yenilik doğuran hak olarak düzenlendiğini söylemek uygun gözükmemektedir. Zira, CISG'in hazırlanmasında, birçok hukuk düzenini bağdaştırma kaygısı ile hareket edildiği için, mümkün olduğu ölçüde teknik terim ve tanımlardan uzak kalınmıştır (Her ne kadar m. 49 ve m. 50 yenilik doğuran hak görüşüne yaklaşıyorsa da).

54 Somut olayın özellikleri beyanın geri alınması aleyhine bir menfaat çatışması içermiyorsa ve sözleşmenin genel ilkeleri çerçevesinde beyanın alınması iyi niyetliyse (Art. 7), alıcının başka bir hakkını kullanması mümkün olmalıdır. **Ayrıntılı bilgi için bkz.** Honnold John, *Uniform Law For International Sales, Third Edition, 1999*, s. 285; Agapiou Nevi, **Buyer's Remedies Under The Cisg And English Sales Law: A Comparative Analysis**, Dissertation, (University of Leicester), 2016, s. 138

55 Schwenger/Aksan, **CISG Şerhi**, s. 844

56 Alicının bu haklarının CISG'da yenilik doğuran hak olarak düzenlendiğini söylemek uygun gözükmemektedir. Zira, CISG'in hazırlanmasında, birçok hukuk düzenini bağdaştırma kaygısı ile hareket edildiği için, mümkün olduğu ölçüde teknik terim ve tanımlardan uzak kalınmıştır. Atamer, **CISG**, s. 331

57 Schwenger/Aksan, **CISG Şerhi**, s. 844

Alicının, seçim haklarından birini kullandıktan sonra, bundan vazgeçerek diğer haklardan birini isteyip isteyemeyeceği ise doktrinde tartışmalıdır. Esasen hem Türk hukukunda hem de Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda kesin bir şekilde alıcının seçtiği seçimlik haktan dönüp yenisini seçemeyeceğini söyleme olanağı yoktur. Burada belirleyici kriter, satıcının korunmaya değer bir menfaatinin olup olmadığıdır. Satıcı, alıcının seçtiği haktan dönmeyeceğine güvenerek bu yönde tasarruflar ve işlemler yapmışsa, alıcı artık ilk seçtiği haktan dönmemelidir.

---

## KAYNAKÇA

---

- Agapiou Nevi, **Buyer's Remedies Under The Cısg And English Sales Law: A Comparative Analysis**, Dissertation, (University of Leicester), 2016
- Aral Fahrettin/ Ayrancı Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Yetkin, 2. Baskı, 2010
- Arbek Ömer, **Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005
- Atamer Yeşim, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul, Beta, 2005, (CISG)
- Atamer Yeşim, "Taşınır Satımı Sözleşmesi", **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler - Tebliğler**, Derleyen: Murat İnceoğlu, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2012, ss.187-221
- Ayhan Hilal Lale, " Milletler Viyana Satım Sözleşmesi'ne Göre Uluslararası Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, S. 2**, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/15\\_2\\_1.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/15_2_1.pdf), (çevrimiçi), erişim tarihi: 12.03.2016
- Bassange/ Bruder Müller vd., **Bürgerliches Gesetzbuch**, 64. Auflage, Verlag C. H. Beck
- Başıoğlu Başak, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2012
- Baysal Pelin, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu", **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına (CISG) göre Satış Sözleşmeleri**, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2012
- Becker Herman, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi 2. Bölüm**, Çev: Suat Dura, 1993
- Buz Vedat, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005
- Dayıoğlu Yavuz, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı**, Y.lisans Tezi, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), 2010
- Demirbaş Harun, **Yenilik Doğuran Haklar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007
- Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Yetkin, 2014, (Borçlar)
- Feyzioğlu Necmeddin Feyzi, **Borçlar Hukuku Hususi Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri**, Fakülteler Matbaası, 1980, (Borçlar)
- Gümüş M. Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt 1**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, (Borçlar Özel)
- Günay Cevdet İlhan, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012



- Honsell Heinrich/ Vogt Peter/ Wiegand Wolfgang, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art. 1-529, HelbingLichtenhahnVerlag,
- Kalamees Piia, "Hierarchy of Buyer's Remedies in Case of Lack of Conformity of the Goods", **Juridica International**, XVIII, 2011, ss. 63-72
- Kapancı Kadir Berk, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri**, 12 Levha, 2012
- Karahasan Mustafa Reşit, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri** 3. Cilt, İstanbul, Beta, 2004
- Oğuzman Kemal/ Barlas Nami, **Medeni Hukuk**, 14. Bası, Arıkan, 2007, (Medeni)
- Okur Sinan, "Türk Borçlar Kanunu'nda Alıcının Genel ve Sonraki İfa Talebi Üzerine Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Işığında Eleştirel Bir Değerlendirme", **e-akademi**, S. 131, 2013, [www.e-akademi.org](http://www.e-akademi.org), erişim tarihi: 19.03.2016
- René Franz Henschel, "Conformity of the goods: Interpreting or supplementing Article 35 of the CISG by using the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law", **An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Cambridge University Press, 2007
- Saldırım Mustafa, **Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Borçlar Kanunu**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013
- Schlechtriem Peter & Schwenzler Ingeborg: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Şerhi**, Ed: Schwenzler Ingeborg/Aksan Pınar, 12. Levha, 2015, (CISG şerhi)
- Serozan Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, 2. Bası, 2006
- Serozan Rona, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına (Cisg) Ve TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları", **İUHFM C. LXX, S. 2**, 2012, ss. 207-220
- Serozan Rona, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007
- Uygur Turgut, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Seçkin, 1. Baskı, 2012
- Welser Rudolf/ Welsler Irene, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında BM Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Halinde Alıcının Başvurabileceği Hukuki İmkanlar", Çev: Yıldırım Ayça Akkayan, <http://www.iku.edu.tr/userfiles/20120425005438414.pdf>, (çevrimiçi), erişim tarihi: 15.03.2016
- Tandoğan Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, Evrim, 1988
- Yavuz Cevdet, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, Beta, 2011, (Borçlar Özel)
- Yavuz Nihat, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi 1. cilt**, Ankara, Adalet, 2013, (TBK Şerhi)
- Yavuz Nihat, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler**, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi
- Zevkliler Aydın/ Gökyayla Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, (Borçlar)
- Zeytin Zafer, **Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku**, Seçkin, 2. Baskı, 2015
- Zhang Hengyi, "Buyer's Remedies And Cure By Seller-A Study Of The Harmonization Of European Sales Law From The Perspective Of Comparative Private Law", **Us-China LawReview**, Vol. 11: 1428, ss. 1429-1460
- <http://www.cisg.law.pace.edu/>, (çevrimiçi), erişim tarihi: 12.03.2016
- <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, (çevrimiçi), erişim tarihi: 16.03.2016



# Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri

Hakemli Makale

**Duygu DEMİREL**

Arş. Gör., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

---

## İÇİNDEKİLER

---

Giriş.....	214
I. Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Yönetimin Organizasyonu .....	216
A. Genel Olarak Yönetim Sistemleri.....	216
B. Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Yönetim Kurulu ve Yönetimin Organizasyonu .....	218
II. Yönetim Kurulunun Yönetim Yetkisini Devri .....	221
A. Yönetim Yetkisinin Devri .....	221
1. Yetki Devrinin Kapsamı.....	221
a. Yetki Devrinin Temel Sınırı: Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri .....	221
b. Yönetim Yetkisinin Tamamen veya Kısmen Devri .....	223
c. Şirketin Üst Düzeyde Yönetimi ile Yetki Devrinin Kapsamı Arasındaki İlişki.....	225
2. Yetki Devrinin Geçerlilik Şartları .....	226
a. Esas Sözleşmede Yetki Devrinde İzin Verilmiş Olması .....	226
b. İç Yönerge Düzenlenmesi .....	228
aa. İç Yönergenin İçeriğinin Tespiti .....	228
bb. İç Yönergenin Benzer Kavramlardan Ayırıştırılması .....	230
cc. İç Yönergenin Yönetim Kurulu Tarafından Hazırlanması ve Onaylanması.....	232
dd. İç Yönerge Hakkında Yazılı Bilgilendirme Yapılması .....	234
c. Yetki Devrine İlişkin Yönetim Kurulu Kararı .....	235
B. Yönetim Yetkisinin Devri ile Temsil Yetkisinin Devri Arasındaki İlişki.....	235
C. Yönetim Yetkisini Devralan Kişilerin Bu Yetkilerini Tekrar Devredebilmesi Sorunu .....	237
III. Yönetim Yetkisinin Devredilebileceği Kişiler ve Yönetimin Organizasyonu .....	239
A. Yönetim Yetkisinin Devredilebileceği Kişiler .....	239
B. Yetki Devri İle Yönetim Organizasyonu Arasındaki İlişki .....	239

1. İcracı Üye ve İcracı Olmayan Üye Kavramları.....	240
2. Yönetici/Müdür Kavramları .....	242
3. İcra Kurulu Kavramı.....	244
Sonuç.....	245
Kaynakça .....	247

### KISALTMALAR

AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BankK	: 5411 sayılı Bankacılık Kanunu
Bkz.	: Bakınız
CEO	: Chief Executive Officer
CFO	: Chief Financial Officer
CHRO	: Chief Human Resources Officer
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
eTK.	: 6762 sayılı Ticaret Kanunu
E.	: Esas
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İctihadi Birleştirme Kararı
İTO	: İstanbul Ticaret Odası
İNÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHÜHFD	: Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KYİ	: Kurumsal Yönetim İlkeleri
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
m.	: Madde
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Numara
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development / İktisadi İşbirliği ve Geliştirme Teşkilatı
OJ L	: Official Journal
RG.	: Resmi Gazete
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
SerPK.	: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: Ve devamı
vb.	: Ve benzeri

---

## ÖZET

---

**A**nonim şirketlerde yönetim yetkisinin devri için esas sözleşmede devre izin veren bir hükmün bulunması ve yönetim organizasyonuna ilişkin bir iç yönerge hazırlanması gerekmektedir. Bu hususlara uygun şekilde, yönetim kurulu alacağı bir karar ile yönetim yetkisinin tamamını veya bir kısmını kurul üyelerine ve/veya üçüncü kişilere devredebilecektir. Yönetim yetkisinin devri hem kurulun sorumluluğunu sınırlandırmayı sağlayan bir aracı ifade etmektedir hem de anonim şirketlerde kurumsal yönetim ilkeleri ışığında etkin yönetim organizasyonunun sağlanmasına imkân tanımaktadır. Bu bağlamda çalışmamızda yetki devrinin kapsamı, devir için uyulması gereken şartlar, yönetim yetkisi ile temsil yetkinin devri arasındaki ilişki ve yönetim yetkisinin devredilebileceği kişiler inceleme konusu yapılmakta ve bu konulara ilişkin güncel tartışmalar ele alınmaktadır.

### **Anahtar Kelimeler**

Yönetim Yetkisinin Yönetim Kurulu Üyelerine veya Üçüncü Kişilere Devri, İç Yönerge, Kurumsal Yönetim, İcracı Üyeler, İcracı Olmayan Üyeler

---

## ABSTRACT

---

### **Delegation of Management Power In Joint-Stock Companies**

**I**n order to delegate the management power in joint stock companies, the prerequisite is that the articles of company include such a clause that gives permission to delegate. Also, an organizational regulation on management organization must have been regulated by the board of directors. In accordance with these clauses, board of directors will be able to delegate all or a part of the management powers to members and/or third parties. Delegation of management power both restricts the responsibility of the board of directors and enables effective management organization in joint-stock companies within the light of corporate governance. Scope of the delegation, the conditions of the delegation, connection between the delegation of management and representation powers and persons to whom management power may delegate will be examined and, on these issues, current discussions will be discussed in this study.

### **Keywords**

Delegation of Management Power to Board Members or Third Parties, Organisational Regulation, Corporate Governance, Executive Directors, Non-executive Directors

## Giriş

İnsanlık tarihi kadar eski bir kavramı oluşturan *yönetim*, en temel anlamıyla “*yönetme işi, çekip çevirme, idare*” şeklinde ifade edilmektedir. Şirketler hukuku perspektifinde ise yönetim kavramı, şirketi yönetenlere verilen görevler açısından işlevsel manasıyla ortaya çıkmakta ve bu işlevi yerine getirecek organ/kurul kavramlarıyla kendisini göstermektedir<sup>1</sup>. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 365/1; 366/2; 367/1; 374/1 veya Kurumsal Yönetim İlkeleri<sup>2</sup> (KYİ) m. 4.1.1 veya m. 4.1.2 gibi hükümlerde yönetim kavramının işlevsel anlamıyla kullanıldığı görülmektedir. İşlevsel anlamıyla yönetim, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar alınması ve alınan bu kararların şirket içinde ve/veya temsil yetkisi kullanılarak üçüncü kişilerle hukuki işlem yapmak suretiyle dış ilişkide hayata geçirilmesini, başka bir deyişle icra edilmesini ifade etmektedir. Yalnız bu anlamıyla yönetim sadece karar almayı değil, alınan bu kararların şirket içinde ve/veya temsil yetkisi kullanılarak icra

1 TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul 2015, N. 12-28-29; KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku C. 1**, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013, s. 527-528; PULAŞLI, Hasan, “Anonim Şirketler Hukukunda CEO’nun Hukuki Durumu”, **BATİDER**, C. XXIV, S. 1, 2007, s. 21; ÜNAL, Ahmet Cemil, **Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde CEO’nun Hukuki Konumu**, Ankara 2014, s. 119.

2 OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development/İktisadi İşbirliği ve Geliştirme Teşkilatı) kurumsal yönetimi, yatırımcının güvenini artırmanın yanı sıra ekonomik etkinliği ve büyümeyi artırmanın temel unsuru olarak görmüştür. Ayrıca ortaklığın yönetimi yönetim kurulu, pay sahipleri ve diğer menfaat sahipleri arasındaki ilişkiler bütünüü ifade eden, ortaklığın amaçlarına ulaşmasını, verimliliğinin izlenmesini sağlayan bir yapı olarak tanımlamaktadır. Kurumsal yönetim konusunda rehberlik etmesi maksadıyla 1999 yılında ilk OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri yayımlanmış ve bu ilkeler daha sonra değişikliğe uğrayarak en son 05.09.2015 tarihinde G20 zirvesinde yeni haliyle kabul edilmiş ve G20/OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri olarak yayımlanmıştır. ([www.oecd.org](http://www.oecd.org)) (Erişim Tarihi 23.02.2018). Kurumsal yönetime dair ilkeler, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’na (RG. 30.12.2012, S. 28513) (SerPK) uyum kapsamında hazırlanan ve II-17.1 sayılı “*Kurumsal Yönetim Tebliği*” (RG. 03.01.2014, S. 28871) ve onun ekinde düzenlenen “*Kurumsal Yönetim İlkeleri*” ile mevzuatımızda düzenleme altına alınmıştır. II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği’nin yürürlüğe girmesiyle birlikte Seri: IV, No: 56 sayılı “*Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ*” ile Seri: IV, No: 41 sayılı “*Sermaye Piyasası Kanununa Tabi Olan Anonim Ortaklıkların Uyakları Esaslar Tebliği*” yürürlükten kaldırılmış ve söz konusu tebliğlerdeki hususlar yeniden düzenlenmiştir. SerPK hükümleri ve buna bağlı olarak Kurumsal Yönetim Tebliği, halka açık anonim şirketler açısından uygulama alanı bulacaktır. SerPK m. 17/2 uyarınca bu ilkelere uyum zorunluluğu getirme ve bu zorunluluğa aykırılık halinde önlem alma yetkisi Sermaye Piyasası Kurulu’na (SPK) tanınmış, payları borsada işlem gören ortaklıklar bakımından bu ilkelere uyum zorunluluğu öngörülmüş, ancak payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar bakımından ise bu ilkelere uyum isteğe bırakılmıştır. Bu bakımdan halka açık statüsünde bulunmayan anonim şirketler açısından söz konusu mevzuata uyma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak özellikle KYİ, şirketin profesyonel bir yönetime sahip olabilmesi amacıyla bu tür şirketler bakımından da yol gösterici niteliği haiz hükümler olarak ele alınabilir. Çalışmamızda gerek halka kapalı statüdeki anonim şirketler gerekse de halka açık anonim şirketlere açısından uygulanması gereken TTK ve SerPK ile ilgili mevzuat hükümleri birlikte ele alınacaktır. Halka açık anonim şirketler ve kurumsal yönetim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PULAŞLI, Hasan, **Corporate Governance, Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model**, Ankara 2003, s. 15-16; PASLI, Ali, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (Corporate Governance)**, 2. Baskı, İstanbul 2005, s. 13-14 vd.; MANAVGAT, Çağlar, **Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz**, Ankara 2016, s. 41 vd.; DEMİR, H. Erdal, **Sermaye Piyasası Kurulu’nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri**, İstanbul 2013, s. 55 vd.; EMİNOĞLU, Cafer, **Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)**, İstanbul 2014, s. 29 vd.; ARARAT, Melsa/EROĞLU, Muzaffer, “Yönetişim (Kurumsal Yönetim) Kalitesi Açısından İcra ve Kontrol İşlevlerinin Ayrılığı”, **KHÜHFD**, C. 5, S. 1, 2017, s. 115 vd.

edilmesini de kapsamına alan geniş bir çerçeveye sahiptir<sup>3</sup>. Başka bir ifadeyle şirketin doğrudan veya dolaylı olarak amacını gerçekleştirmeye yönelik tüm iş ve işlemlerini konu edinen yönetim, şirketin iradesinin oluşumu yanında bu iradenin üçüncü kişilere açıklanmasına kadarki aşamayı da içine alan, üst bir kavramı ifade etmektedir<sup>4</sup>.

Yönetim işlevini yerine getiren, başka bir deyişle şirketin sevk ve idaresini sağlayan organ, TTK m. 365 ve m. 374/1 ile KYİ m. 4.1.2 uyarınca yönetim kuruludur. Ancak TTK m. 367 çerçevesinde yönetim kuruluna, yönetim yetkilerinin tamamını veya yalnızca bir kısmını kendi üyelerine ve/veya üçüncü kişilere devredebilme imkânı tanınmıştır. Kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde yönetim kurulu, şirket stratejisine yol göstermenin yanı sıra, esas itibarıyla, çıkar çatışmalarını engelleyerek ve şirkete yönelik birbiriyale yarışan talepleri dengeleyerek şirket performansını izlemek ve pay sahipleri için tedbirli risk yönetimi kapsamında yeterli getiriye elde etme yükümlülüğü altındadır<sup>5</sup>. Bu tür yükümlülükleri bulunan yönetim kurulu açısından yönetim yetkisinin devri, söz konusu sorumlulukların etkin bir şekilde yerine getirilebilmesi için kurula tarafsız ve bağımsız muhakeme yapabilme imkânı sunmaktadır. Yönetim yetkisinin devriyle birlikte kurulun görev ve yetkileri, yönetimin devredildiği kişileri seçme, yönetim organizasyonunu belirleme ve görevleri tanımlama ile üst gözetimi sağlama sınırına çekilmektedir<sup>6</sup>. KYİ m. 4.3.2 uyarınca yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun icrada görevli olmayan üyelerden oluşması ve bu nitelikteki üyeler içerisinde, görevlerini hiçbir etki altında kalmaksızın yapabilme niteliğine sahip bağımsız üyelerin bulunması gerekliliği, yönetim yetkisinin devrinin önemini ortaya koymaktadır<sup>7</sup>.

Çalışmamızda temel olarak yönetim kurulunun sahip olduğu yönetim yetkisi ve yönetimin devri sonucu yönetim kurulunun şirketin icrai faaliyetlerinden sıyrılarak üst bir danışma, gözetim ve denetim makamına dönüşmesi incelenecektir. Bu kapsamda öncelikle anonim şirketler bakımından benimsenen yönetim sistemleri ve kurumsal yönetim ilkeleri ışığında yönetim yetkisinin devriyle birlikte hedeflenen etkin yönetim

3 Söz konusu tanımlamada yönetim kavramı geniş anlamıyla kullanılmaktadır. Bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 527-528; ÇAMOĞLU, Ersin/POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal, **Ortaklıklar Hukuku I**, 13. Baskı, İstanbul 2014, N. 522; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 120; Bununla birlikte öğretide yönetimin şirketin iç işleriyle ilgili olan, içe dönük işlemleri ifade ettiği; dışa dönük, başka bir ifadeyle üçüncü kişilerle yapılacak iş ve işlemlerin ise temsil kavramıyla açıklanacağı belirtilmektedir. Bu açıdan dar anlamıyla yönetim, bir karar alma sürecidir ve bu sebeple iç ilişkiyi ilgilendirir. Alınan kararların uygulanarak şirket yönetiminin vücuda gelmesi, temsili ifade etmektedir. Temsil ise üçüncü kişilerle işlem yapılmasını gerektirir ki, bu sebeple dış ilişkiyi ilgilendirmektedir. Bkz. PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 4. Baskı, Ankara 2016, §20 N. 107; DEMİR, **2013**, s. 59-60.

4 TEKİNALP, **2015**, N. 12-03, s. 12-28 vd.; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), **2014**, N. 522-522b; BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, **Şirketler Hukuku**, 9. Baskı, Bursa 2013, s. 385; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 120.

5 **G20/OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri 2015**, s. 51.

6 Üst gözetim yükümlülüğüne dair ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKTÜRK, Kürşat, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuku Belirlilik Sorunu", **TBB**, S. 114, 2014, s. 191 vd.; YANLI, Veliye, "İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda 'İşbölümü İlikesi' ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri", **İÜHF**, C. LV, S. 3, 1997, s. 267.

7 Kurumsal yönetim ilkeleri uyarınca yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun icrada görevli olmayan üyelerden oluşması gerekir. İcracı olan ve olmayan üyeler hakkında ayrıntılı bilgi için aşağıda bkz. III. B. 1.

organizasyonu hakkında bilgi verilecek, yönetim yetkisinin devir şartları, kapsamı ve temsil yetkisinin devri ile ilişkisi tartışılacaktır. Ayrıca yetkinin devredileceği kişiler ve yetki devri ile yönetim organizasyonu arasındaki ilişki ortaya konulacaktır.

## I. Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Yönetimin Organizasyonu

### A. Genel Olarak Yönetim Sistemleri

Yönetim kurulu, anonim şirketin yürütme ve temsil organıdır (TTK m. 365). Bu bakımdan yönetim kurulu, en temel anlamda şirket esas sözleşmesinde yazılı bulunan “işletme maksat ve konusuna” giren tüm işlemleri yapabilmeye yetkili organdır<sup>8</sup>. Bu nedenle kurul, şirketin yönetimini gerçekleştiren görevli konumunda olmasının yanı sıra yönetim örgütünün de başını oluşturmaktadır<sup>9</sup>. Anonim şirketlerde yönetim kurulunun sahip olduğu yetkiler ve şirketin etkin yönetimi bakımından bazı yönetim sistemleri benimsenmiştir. Benimsenen sistem, şirketin yönetim ve temsilinin nasıl gerçekleştirileceği konusunda belirleyici rol oynamaktadır<sup>10</sup>.

Yönetim kurulunun yapısı ve organizasyonu ile ilgili olarak yönetim sistemleri, tekli yönetim sistemi ve ikili yönetim sistemi şeklinde ikiye ayrılmıştır<sup>11</sup>. Tekli yönetim sistemine (*monist, one-tier board ve unitary system*) göre, şirket yönetim organı, tüm üyeleri genel kurul tarafından seçilen tek bir yönetim kurulundan oluşmaktadır. Kuvvetler birliği ilkesine dayanan tekli yönetim sistemi, yönetim kurulu modeli ve Amerikan *board modeli* şeklinde iki farklı türe ayrılmakta ve Amerika, İngiltere, İsviçre, Rusya, Türkiye, Çin ve İtalya gibi ülkelerde uygulanmaktadır<sup>12</sup>. Bu sistemde genel kurul tarafından üyeleri seçilen yönetim kurulu, icracı olan (*executive/inside directors*) ve icracı olmayan (*non-executive/board of directors*)<sup>13</sup> üyelerden oluşmaktadır. İcracı üyeler, yönetim

8 6102 sayılı TTK ile *ultra vires* teorisi terk edilmiş ve bu sebeple şirketin işletme konusu dışında yapılan işlemlerle şirket bağlı tutulmuştur (TTK m. 371/2). 6762 sayılı eTK döneminde bu teori benimsenmiş olmasına rağmen, yine de ticari hayatın gerekleri olan bazı konular esas sözleşmede öngörülmemiş bile olsa, yönetim kurulunun bu hususlarda işlem yapabileceği kabul edilmekteydi. Bu yöndeki bir Yargıtay kararı için bkz. **11. HD. 23.03.1982, E.851, K.1225** ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)) (Erişim Tarihi 23.02.2018); Ayrıntılı bilgi için bkz. PULAŞLI, **2016**, §20 N. 63; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), **2014**, N. 541; AKDAĞ GÜNEY, Necla, “6552 Sayılı Torba Kanun ile TTK md. 371’e Eklenen Yedinci Fıkraya İlişkin Değerlendirmeler”, **Arslanlı Bilim Arşivi, Elektronik Nehir Dergi**, <http://www.arslanlibilimarsivi.com/node/25>, 13.11.2014, s. 7 vd.

9 TEKİNALP, **2015**, N. 12-29; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 528 vd.

10 TEKİNALP, **2015**, N. 12-04; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 22 vd.

11 TEKİNALP, **2015**, N. 12-04, 12-05; PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, 2. Baskı, Ankara 2014, §30 N. 19; PULAŞLI, **2007**, s. 18-21; ÖZKORKUT, Korkut, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim**, Ankara 2013, s. 11 vd.; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 22 vd.; YANLI, **1997**, s. 269 vd.; ARARAT/EROĞLU, **2017**, s. 110.

12 ÜNAL, Mustafa, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahaslara Bırakılması”, **BA-TİDER**, C. XI, S. 3, 1982, s. 66; KAYIHAN, Şaban, **6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Üst Gözetim**, Ankara 2011, s. 35-36; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 23-24; KOÇER, Burak, **İçsel Bir Yönetişim Mekanizması Olarak Yönetim Kurulu Yapısı ve İşlevleri Üzerine Bir Araştırma**, Ankara 2006, s. 41; ARARAT/EROĞLU, **2017**, s. 110.

13 Bu kapsamda kullanılabilen bir diğer kavram da “*outside directors*” kavramıdır. Ancak bu kişiler yalnızca yönetim kurulu üyesi olmayan kişileri değil, şirkette önemli ölçüde pay sahipliği bulunmayan dışardan yönetim



kurulu tarafından kendisine birtakım yetki ve görevler tanınan, bu kapsamda şirketin işleri hakkında icrai kararlar alıp uygulayan kişileri ifade etmektedir<sup>14</sup>. İcracı olmayan üyeler ise sahip oldukları uzmanlık alanları, politik ilişkileri veya ticari deneyimleri nedeniyle karar alma mekanizmasında değil, icra yetkilerine sahip yöneticilerin kararlarının denetlenmesinde, başka bir ifadeyle bu kişilerin gözetiminde görev alırlar<sup>15</sup>. Böylelikle yönetim kurullarının girişimciliği, proje üretme ve yönetme yetkinliğini temsil eden icracı üyeleri ile onları kontrol ederek, tavsiyelerde bulunan ve kaynaklara erişimlerine yardımcı olan icracı olmayan üyeleri arasındaki sağlıklı gerilim ilişkisinden beslenmesi hedeflenmektedir<sup>16</sup>.

İkili yönetim sistemi (*düalist, two-tier board ve dual system*) ise şirket yönetiminin iki ayrı organ (gözetim kurulu ve yönetici kurul) tarafından oluşturduğu bir sistemdir. Bu sistemde kuvvetler ayrılığı ilkesi benimsenmekte ve tipik örneğini Almanya oluşturmakla birlikte Avusturya, Danimarka, Hollanda ve Finlandiya gibi ülkelerde de uygulanmaktadır<sup>17</sup>. Bu sisteme göre gözetim kurulu (*supervisory board*) üyeleri, genel kurul tarafından; yönetici kurul üyeleri ise gözetim kurulu tarafından seçilir<sup>18</sup>. Bu iki kurulun yetkileri birbirinden tamamen ayrıtırıldığı için aynı kişi hem yönetici kurulda hem de gözetim kurulunda görev yapamaz. Yönetici kurul, şirket için stratejik karar alma yetkisi olan, şirket işlerine dair kararları alıp uygulayan, yönetim ve temsil yetkisine sahip organdır. Genel kurul üyelerinin şirket işlerine ilgi göstermemeleri nedeniyle pasif kalmaları ve bu sorunu aşmak için öngörülen, genel kurul tarafından seçilen gözetim kurulu ise şirket yönetiminin etkin bir biçimde gözetim ve kontrol altında tutulmasını hedeflemektedir<sup>19</sup>. Alman şirketler hukuku sisteminde, yönetim işlerinin yürütülmesi ile yönetimin denetimi birbirinden kesin olarak ayrılmıştır<sup>20</sup>. Bu sistemlerin yanı sıra bazı ülkelerde ise tercihli

kurulu üyesi kavramına da karşılık gelmektedir. Bkz. ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 91.

14 PULAŞLI, **2007**, s. 18-21; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 23; PASLI, **2005**, s. 320; AKDAĞ GÜNEY, Necla, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, İstanbul 2012, s. 19; Ayrıntılı bilgi için aşağıda bkz. III. B.

15 TEKİNALP, Ünal, "Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının ve Yönetim Denetim Felsefelerinin Dinamikleri ile Bunlar Arasındaki İlişki", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 234; KENDİĞELEN, Abuzer, **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 258-259; PASLI, **2005**, s. 321; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 23; ÜNAL, Mustafa, **1982**, s. 66; Ayrıntılı bilgi için aşağıda bkz. III. B.

16 ARARAT/EROĞLU, **2017**, s. 110 vd.

17 ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 22; DEMİR, **2013**, s. 62.

18 TEKİNALP, **2015**, N. 12-04; PULAŞLI, **2007**, s. 48 vd.; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 38, 42.

19 Gözetim kurulu, yönetici kurulun kararların hem kanunlara ve esas sözleşmeye uygunluğunu hem de gerçekleştirdikleri faaliyetlerin şirketin amacına ve ekonomik çıkarlarına uygun olup olmadığını denetlemektedir. Bu bakımdan gerektiğinde kendisine bilgi ve rapor verilmesini de isteyebilir. Bkz. PULAŞLI, **2007**, s. 40-51; DOĞAN, Beşir Fatih, **Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri**, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 27 vd.; ÜNAL, Mustafa, **1982**, s. 49-51; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 41 vd.

20 Gözetim kurulu, Alman hukukunda sermaye ile emek çıkar gruplarının şirketin karar alma sürecine katılmalarını sağlamak amacıyla şirket çalışanlarının temsilcilerinin gözetim kurulunda yer almasına imkân tanımıştır. Böylelikle bu çıkar gruplarının haklarının da şirket çıkarı olarak nitelendirilmesi sağlanmıştır. Bu şekilde çalışanların işletme ile uyum sağlamaları ve işlerine daha kolay motive olmaları, gözetim kurulunda alınan

bir yönetim sisteminin (*opsiyonlu model*) benimsendiği görülmektedir. Buna göre Fransa, Belçika, Portekiz, İspanya ülkelerinde ve Avrupa Birliği mevzuatında öngörülen Avrupa Anonim Şirketi (*European Company/SE*) açısından, şirket yönetiminin tekli veya ikili sistemde biçimlenmesi, şirketin kuruluşu aşamasında kurucuların takdirine bırakılmıştır<sup>21</sup>.

6102 sayılı TTK ile Türk hukukunda benimsenen yönetim sistemi, tekli yönetim sistemidir<sup>22</sup>. Bu sistemde kurumsal yönetim ilkelerinin de etkisiyle yönetim kurulu, şirket yönetimini üstelenecek yöneticileri seçmekte ve bu yöneticilerin kontrol ve denetimini sağlayacak mekanizmaları kurmaktadır. Ancak bu mekanizmalar kurulurken yararlanılan yönetim yetkisinin devri, yönetim ve denetimin ayrılmasını sağlaması bakımından düalist sistemle benzerlikler taşısa da bu benzerlik işlevsel değil, yalnızca şeklidir<sup>23</sup>.

## B. Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Yönetim Kurulu ve Yönetimin Organizasyonu

Yönetim kurulu, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında (TTK m. 408/2)<sup>24</sup>, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için

---

kararların daha hızlı ve iyi bir şekilde ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. HACİMAHMUTOĞLU, Sibel, **AT ve Türk Hukukunda Anonim Ortaklığın Karar Alma Sürecinde Yönetim Kurulunun Yapısı ve Çalışanların Katılımı**, Ankara 2008, s. 39-40, 45-48; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 41-46; PULAŞLI, **2014**, §30 N. 68-69, 70-71; PULAŞLI, **2003**, s. 15-16; Öğretide iki ayrı kuruldan oluşan yönetim sistemine benzer yapıların önemli bir zafiyet taşıdığı ileri sürülmektedir. Özellikle icranın hiç temsil edilmediği yönetim kurullarında icraya dair yeterli ve doğru bilgiye ulaşılmadığı ve bu nedenle de gerçekleştirilecek denetim ile gözetim işlevinin yalnız performans izlemeye indirildiği endişeleri ileri sürülmektedir. Son dönemlerde Alman şirketlerinin yönetim kararlarının yol açtığı skandallara (Volkswagen vb.) da bu türlü endişelerin yol açtığı belirtilmektedir. Bkz. ARARAT/EROĞLU, **2017**, s. 110.

21 TTK m. 367 hükmünün gerekçesinde yönetim kurulu açısından, benimsenecek yönetim şekli için esnek bir yapı oluşturulduğu ifade edilmiştir. Ne var ki bu ifadeden yola çıkarak, başlı başına bir şirket organı olarak dizayn edilmiş ve üyelerinin tamamının genel kurul tarafından seçildiği gözetim kurulunu içinde barındıran ikili yönetim sisteminin kanuni bir değişiklik yapılmadan Türk hukukunda benimsenebileceğini ileri sürmek kanaatimizce uygun değildir. Zira aksi düşüncenin kabulü, esasen yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez nitelikteki görev ve yetkilerini düzenleyen TTK m. 375/1 hükmüne de aykırılık taşıyacaktır. Mesela bu konuda Fransa'da kabul edilen geleneksel tekli yönetim sistemi (başkan yetkisine sahip genel müdür), 1966 yılında yapılan bir değişiklikle seçimlik hale getirilmiştir. Bu bakımdan artık tekli yönetim sistemi yerine şirketler ikili yönetim sistemini de seçebilmekte özgürdürler. Ayrıntılı bilgi için bkz. PULAŞLI, **2014**, §30 N. 22; PULAŞLI, **2016**, §19 N. 6; AKDAĞ GÜNEY, **2012**, s. 23; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 25-29; DOĞAN, **2011**, s. 30-31, 34-35; DEMİR, **2013**, s. 44-46; HACİMAHMUTOĞLU, **2008**, s. 122-126; Ayrıca Avrupa Anonim Şirketi mevzuatı için bkz. Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company (SE), OJ L 294, 10.11.2001, art. 39-42, 43-45; PULAŞLI, Hasan, "Yeni Tüzük Hükümlerine Göre Avrupa Anonim Şirketi", **BATİDER**, C. 21, S. 4, 2002, s. 5-26.

22 PULAŞLI, **2014**, §30 N. 23; KENDİGELEN, **2016**, s. 258-259; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 28-29; DEMİR, **2013**, s. 45, 62-63 ve dn. 228; EMİNOĞLU, **2014**, s. 213.

23 KENDİGELEN, **2016**, s. 258-259; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 28-29; DEMİR, **2013**, s. 62-63.

24 Genel kurulun devredilemez yetkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EROĞLU, Muzaffer/DEMİR, Aybüke, "Anonim Şirkette Organlar Arası İşbölümü ve Genel Kurulun Devredilmez Yetkileri", **KHÜHFD**, C. 2, S. 2, Aralık 2014, s. 79-99; BAHTIYAR, Mehmet/HAMAMCIOĞLU, Esra, **Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları**, İstanbul 2014, s. 6-10; BİÇER, Levent/HAMAMCIOĞLU, Esra, "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı (TTK m. 408/2-f)", **KHÜHFD**, C. 1, S. 1, Haziran 2013, s. 37 vd.

gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir. Bu bakımdan kurul, anonim şirketi yöneten ve temsil eden (TTK m. 365), şirketin yapısı bakımından zorunlu ve faaliyeti süreklilik arz eden bir organdır<sup>25</sup>. Görüleceği üzere yönetim işlevi bir bütün halinde, yönetim kurulunun sahip olduğu görev ve yetkilerin önemli bir bölümünü teşkil etmektedir<sup>26</sup>. Bu noktada kurumsal yönetim ilkeleri, tekli yönetim sistemi açısından şirketin iç organizasyonu ve güç dengesinin sağlanabilmesi için şirketin yönetim ve temsili ile bu faaliyetlerin denetimi arasında bir ayrıma gidilmesini hedeflemektedir. Başka bir ifadeyle yönetim kurulu ile yöneticiler arasında ayrışmaya dayanan etkin bir yönetim organizasyonu oluşturulmasını amaçlamaktadır<sup>27</sup>. Bu organizasyonun gerçekleştirilmesindeki en önemli araç ise yönetim yetkilerinin kısmen veya tamamen yönetim kurulu üyelerine ve/veya üçüncü kişilere devredilmesidir<sup>28</sup>.

KYİ hükümlerinde yönetim kurulu ile şirket yönetiminin ayrışması bakımından, şirkette hiç kimsenin tek başına sınırsız karar verme yetkisi ile donatılmaması için bazı önlemlere yer verildiği görülmektedir<sup>29</sup>. Bu hususların temelinde yönetim kurulunun etkinliğinin artırılması ve bağımsız bir kurul olarak çalışmasının sağlanabilmesi yatmaktadır<sup>30</sup>. Şirketin kötü yönetimi sebebiyle ortaya çıkan yolsuzlukların önlenbilmesi için

25 ARSLANLI, Halil, **Anonim Şirketler II**, Anonim Şirketin Organizasyonu, İstanbul 1959, s. 87; AKDAĞ GÜNEY, **2012**, s. 3-4; HACİMAHMUTOĞLU, **2008**, s. 161; TEKİNALP, **2015**, N. 12-01 vd.

26 TEKİNALP, **2015**, N. 12-29.

27 İşletme biliminde ortaya çıkan organizasyon kavramı, şirketin önceden belirlenen işletme konusunu gerçekleştirebilmek için eldeki mevcut üretim faktörlerinin en uygun biçimde bir araya getirilmesi veya düzenlenmesiyle ilgili bir faaliyet olarak ifade edilebilir. Bu anlamda şirket içerisinde faaliyet gösteren kişilerin şirketteki pozisyonlarının, aralarındaki ilişkilerin ve iş bölümünün, görev ve yetkilerinin belirlenmesi, uzmanlaşmaya imkân tanınması ve kontrol ile sorumluluk mekanizmalarının etkin bir şekilde çalıştırılması için çeşitli düzenlemeler yapılması da organizasyon kavramının kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGEN, Hüseyin, "İşletmelerde Organizasyon Geliştirme Üzerine Bir Uygulama", **AÜSBFD**, C. 42, S. 1, 1987, s. 187-188; EROĞLU, Muzaffer, "Payları Borsada İşlem Gören Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yeni Sistem", **LHD**, C. 12, S. 136, 2014, s. 52-53.

28 TEKİNALP, **2015**, N. 12-27, 12-68 ve 69; DOĞAN, **2011**, s. 67; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 126-132; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 592 vd.

29 KYİ m. 4.2.5 uyarınca yönetim kurulu başkanı ile icra başkanı/genel müdürün yetkilerinin net bir biçimde ayrıştırılması gerektiği ve bu ayrımın yazılı olarak esas sözleşmede ifade edilmesinin esas olduğu belirtilmiştir. Bu şekilde bir ayrışmaya gidilmesinin gerekçesi olarak şirkette hiç kimsenin *tek başına sınırsız karar verme yetkisi* ile donatılmaması gereği gösterilmiştir. Ayrıca m. 4.2.6 uyarınca da yönetim kurulu başkanı ve icra başkanı/genel müdürün aynı kişi olmasına karar verilmesi durumunda, bu durum gerekçesi ile birlikte Kamuyu Aydınlatma Platformunda açıklanması gerektiği düzenlenmiştir. İlkelerde ifade edilen bu gerekçenin yerindeliğine bakıldığında, yönetim kurulunun faaliyetleri açısından oldukça önem taşıyan bu iki kurumun başkanı aynı kişiden oluşursa hem karar alma mekanizması hem de bu kararları denetleme mekanizması tek bir kişinin eline geçmiş olacaktır. Bu halde şirketin menfaati açısından alınan kararların etkili bir denetimden geçtiği söylenemeyecek ve bu kararlara karşı güçlü bir muhalefetin yaratılması hiçbir zaman mümkün olmayacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. PULAŞLI, **2007**, s. 31; DOĞAN, **2011**, s. 66; DEMİR, **2013**, s. 55.

30 EROĞLU, **2014**, s. 52; Kurumsal yönetim tebliği ile yönetim kurulunun etkinliğinin artırılması için üç araç öngörülmüştür. Bu hususların ilki yönetim kurulunun icradan ve kontrol eden pay sahipliğinden arındırılması, diğeri bağımsız üyelere farklılaştırılmış sorumluluklar ve yetkiler verilmesi, son olarak ise bağımsız üyelerin başkanlığında yeni komitelerin oluşturulmasıdır. Bkz. ARARAT, Melsa/YURTOĞLU, Burçin, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun 'Kurumsal Yönetim' Konulu Tebliği İle İlgili Genel Değerlendirme ve Yorum", **Sabancı Üniversitesi Corporate Governance Forum of Turkey**, Working Paper Series, 22.02.2012, s. 6 (<http://research.saban->

şirket yönetimi üzerinde etkili bir denetim ve gözetim sağlanması son derece önemlidir<sup>31</sup>. Şirket içerisinde güç dengesinin yönetim kurulu ile yöneticiler arasında paylaştırılması ve şirket menfaati öncelikli şekilde göz önünde bulundurularak hareket edilmesi gerekir (TTK m. 369)<sup>32</sup>.

Kurumsal yönetim ilkeleri ışığında etkin bir yönetim organizasyonunun sağlanabilmesi için yönetim yetkisinin devri ile birlikte, yönetim kurulunun üç temel görevi ortaya çıkmaktadır. Bu görevler, karar mekanizması yönetimde olduğu için yönetimi denetleme ve gözetim görevi, karar yönetimi faaliyetine destek olmak adına danışmanlık görevi ile şirketin üçüncü kişilerle ilişkilerini düzenleyen kaynak sağlama görevi şeklinde ifade edilebilir<sup>33</sup>.

Yönetim kurulu, denetim ve gözetim görevi kapsamında öncelikle CEO (*chief executive officer*) ve diğer üst düzey yöneticileri seçmekte, aldıkları kararları gözetimden geçirmekte, şirketin stratejik planlarını şekillendirmekte ve yöneticiler ile şirket

[ciuniv.edu/18885/1/TebliğSon.pdf](http://ciuniv.edu/18885/1/TebliğSon.pdf)) (Erişim Tarihi 23.02.2018); PASLI, **2005**, s. 54-55 vd.; EMİNOĞLU, **2014**, s. 176 vd.; DEMİR, **2013**, s. 55-56 vd.; Ayrıca bkz. ÖZKORKUT, Korkut, **Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri**, Ankara 2007, s. 5 vd.; ODMAN BOZTOSUN, Ayşe, **Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği**, Ankara 2013, s. 44-47; MANAVGAT, Çağlar, "Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlevleri ve Sahip Olmaları Gereken Nitelikler", **BATİDER**, C. XXX, S. 1, 2014, s. 35 vd.

31 Uluslararası alanda 2000'li yılların başından itibaren anonim şirketler hukukunda yaşanan pek çok muhasebe hileleri gibi hususların neden olduğu skandallar, finansal krizler ve büyük çaplı şirket iflasları bu alanda yeni düzenlemelerin oluşturulmasına kaynaklık etmiştir. Amerika'da Enron ve Lehman Brothers şirketlerinin iflası, Avrupa'da (İtalya) Parmalat şirketinin iflası, Wordcom, HealthSouth gibi şirketlerin muhasebe hileleri ve benzeri birçok olay karşısında yatırımcıların korunması adına tepkiler oluşmuş ve dünya çapında değişimler gündeme gelmiştir. 2002 yılında Amerika'da Sarbanes Oxley Kanunu kabul edilerek, anonim şirketlerde şeffaflığın sağlanması ve güvenilirliğin artırılması ile yatırımların korunması amacıyla bazı düzenlemeler getirilmiştir. Bu değişiklikler kapsamında muhasebe standartlarında değişim yapılmış ve gözetim getirilmiş, kamuyu aydınlatma ve sorumluluk konularında düzenleme yapılmış, denetçilerin bağımsızlığı ve sorumluluğu detaylı şekilde düzenlenmiş, yönetim kurulu yapısında değişiklikler öngörülmüş (icracı olan/olmayan üye ayrımı, yönetim kurulu başkanı ve CEO ayrımı gibi), bağımsız yönetim kurulu üyeliği kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ARARAT/EROĞLU, **2017**, s. 107; DEMİR, **2013**, s. 13-19; ÖZEL, Yener D., "Enerji Devi Enron'un Çöküşü ve Etkileri", **Özgün Ekonomi ve Makale Arşivi**, [https://www.ekodialog.com/Makaleler/enron\\_enerji\\_devi\\_cokusu.html](https://www.ekodialog.com/Makaleler/enron_enerji_devi_cokusu.html) (Erişim Tarihi 23.02.2018); iflas ya da muhasebe hileleri dışındaki yaşanan Tyco şirketinin büyük rüşvet skandalı ya da Well Point sigorta şirketinin göğüs kanserine yakalanan kadınların sağlık sigortalarını iptal ettiği için ortaya çıkması gibi olaylar da bu değişimleri tetiklemiştir. 2011 yılında "Occupay Wall Street" hareketi ile şirketlerin bu hirs dolu yapısı toplum tarafından kınanmıştır. Bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), **2013**, s. 35-38; ÇAMOĞU (POROY/TEKİNALP), **2014**, s. 330-331; MANAVGAT, **2014**, s. 38 vd.

32 Yöneticilerin özen ve sadakat yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, İsmail, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi - Özen Borcu", **BATİDER**, C. XXII, S. 3, 2004: 85-96; PULAŞLI, Hasan, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu", **BATİDER**, C. XXV, S. 1, 2009, s. 27-63; GÖKTÜRK, Kürşat, "Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi", **İNÜHFD**, C. 2, S. 2, 2011, s. 207-247; AYAN, Özge, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları**, Ankara 2013, s. 30 vd.; YAŞAR BOZKURT, Sevgi, **Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulaması**, İstanbul 2015, s. 129 vd.; ÖZDEMİR, Semih Sırrı, **İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği**, İstanbul 2017, s. 117 vd.

33 LANGEVOORT, Donald C., "The Human Nature of Corporate Boards: Law, Norms and the Unintended Consequences of Independence and Accountability", **Georgetown Law and Economics Research Paper No. 241402**, September 2000, s. 6-7 ([https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=241402](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=241402)) (Erişim Tarihi 23.02.2018); KOÇER, **2006**, s. 51 vd.; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 89 vd.

menfaatlerinin çatıştığı işlemleri teftiş etmektedir<sup>34</sup>. Bu hususların yanı sıra kurul, yöneticilerin performanslarını değerlendirmekte, gerekirse ilgili yöneticileri değiştirmekte ve ücretlerini belirlemektedir<sup>35</sup>.

Genel kurul tarafından dikkatli bir şekilde seçilmiş olan yönetim kurulu üyeleri, kaynak sağlama görevi açısından ise kaynak sağlayıcılar (hükümet, müşteriler, tedarikçiler vb.) nezdinde şirketin meşruiyetini sağlamaktadır. Ayrıca sahip oldukları özel bağlantı ve ilişkilerle de şirkete çeşitli katkılarda bulunmaktadır<sup>36</sup>.

Danışmanlık görevi bakımından ise yönetim kurulu, üst düzey yöneticilere, şirketin stratejisinin oluşturulması ve buna yönelik kararlar alınması bakımından yol gösterici tavsiyelerde bulunabilmekte ve danışmanlık yapabilmektedir. Böylelikle yönetim kurulu, şirketin üst düzey yönetimi için destek vazifesi sağlamaktadır<sup>37</sup>.

## II. Yönetim Kurulunun Yönetim Yetkisini Devri

### A. Yönetim Yetkisinin Devri

Yönetim kurulunun, yönetim yetkisini devredilebilmesi için TTK m. 367/1 uyarınca öngörülen şartların yerine getirilmesi gerekir. Bu bakımdan öncelikle yetki devrine izin veren bir esas sözleşme hükmünün bulunması, bu izne dayalı şekilde hazırlanan ve m. 367/1'de belirtilen asgari içeriğe sahip bir iç yönergenin hazırlanması ve kurulun yönergeye atıfta bulunan yetki devrine dair bir karar alması şarttır.

#### 1. Yetki Devrinin Kapsamı

TTK m. 367/1 hükmü uyarınca yönetim kurulu, yönetim yetkisini *kısmen* veya *tamamen* bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine ya da bir üçüncü kişiye devredebilir. Bu aşamada yetki devrinin kapsamı, hangi yetkilerin devredilebileceğinin tespiti son derece önem taşımaktadır.

#### a. Yetki Devrinin Temel Sınırı: Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri

Yetki devrinin sınırlarını temel olarak TTK m. 375 hükmünde sıralanan, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri oluşturur<sup>38</sup>. Burada çizilen sınıra uyulmak şartıyla yönetim yetkisini devralanlar, m. 374/1 uyarınca kendilerine bırakılan alanda şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her türlü iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidirler. Bu bakımdan TTK m. 375 hükmünde sayılan devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerin m. 367 kapsamında devri söz konusu

34 Bu kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için aşağıda bkz. III. B.

35 ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 89; LANGEVOORT, **2000**, s. 6-7.

36 Bağımsız yönetim kurulu üyeleri, yeni kurulan şirketi piyasalardan gelecek tepkilere karşı koruyabilir ve şirketin benimsenmesini sağlayabilir. Bkz. LANGEVOORT, **2000**, s. 7; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 90-91; MANAVGAT, **2014**, s. 58-59.

37 Ne var ki, önemli bir şirket birleşmesi veya şirket satın alınması durumlarında ise yönetim kurulu, kontrolü eline almakta ve yeri geldiğinde yöneticilerin konularını değiştirebilmektedir. Bkz. LANGEVOORT, **2000**, s. 7.

38 BAHTİYAR, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 12. Baskı, İstanbul 2017, s. 228; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 593, 598.

olamaz. Ancak yönetim kurulu, söz konusu görevlerini yerine getirirken ve yetkilerini kullanırken bazı hususlarda yöneticilere yetki devrinde bulunabilir. Örneğin TTK m. 375/1-c uyarınca yönetim kurulu muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal planlama için gerekli düzenin kurulmasını sağlamakla görevlidir. Sözü edilen hususların uzmanlık gerektirmesi sebebiyle kurul, bu konulara ilişkin hazırlık ve karar aşamaları bakımından yetki devrinde bulunabilir. Bu durum devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerin devrini ifade etmemekte, yalnızca uzmanlık gerektiren finansal planlama gibi alanlarda gerekli düzenin kurulmasını sağlamak adına yetkinin devri gündeme gelmektedir<sup>39</sup>.

Yönetim kurulunun kurul halinde kullanması gereken ve bu nedenle devri mümkün olmayan yetkileri, temel olarak TTK m. 375 hükmünde sayılmıştır. Öğretide kabul edildiği üzere ilgili hükmün kapsamı sınırlayıcı nitelikte (*numerus clausus*) değildir<sup>40</sup>. Başka bir ifadeyle yönetim kurulunun m. 375 dışında kalan bazı görev ve yetkilerinin, bazen açık bir düzenleme gereği bazen de işin niteliği gereği devredilemez ve vazgeçilemez niteliği haizdir. Bu husus m. 367 anlamında devredilecek yetki ve görevlerin tespiti açısından oldukça önem taşımaktadır. TTK m. 375 hükmünde sayılan yetki ve görevler, şirketin yönetimiyle ilgili tüm görevlerin kaynağını oluşturmaktadır<sup>41</sup>. Bu kaynağın yansımalarını ifade eden diğer düzenlemelerin tespiti, başka bir ifadeyle diğer devredilemez ve vazgeçilemez hükümlerin tespiti, devredilebilecek yetki alanını bize gösterecektir.

TTK m. 401 vd. hükümlerinde yönetim kurulunun, finansal tabloları ve yıllık faaliyet raporunu düzenlettirip onaylayarak, gecikmeksizin denetçiye vermesi ve denetçinin şirkete dair incelemek istediği belge ve dokümanları inceleyebilmesine imkân tanınması devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerinden biridir<sup>42</sup>. TTK m. 405 uyarınca denetçinin raporuyla ortaya çıkan görüş ayrılıklarını gidermek adına şirketin mahkemeye başvurusu hususunda da yine yönetim kuruluna bir yetki tanınması söz konusudur. Başka bir örnek olarak TTK m. 454/2 uyarınca genel kurul toplantısında alınan kararın imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını zedelemesi halinde yönetim kurulunun, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantıya çağırması da yine kurulun devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerindedir. Bu ve benzeri şekilde TTK'da düzenlenen m. 147, 150, 169, 185, 186, 199, 353/1, 376/1-2, 378, 379/2, 446/1, 457 hükümleri veya özel kanunlarda öngörülen SerPK m. 17/3 veya 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (BankK)<sup>43</sup> m. 50/V gibi hükümlerde yönetim kurulunun kurul halinde kullanılması gereken ve devri mümkün olmayan görev

39 TEKİNALP, 2015, N. 12-32; PULAŞLI, 2014, §30 N. 518; ÜNAL, Ahmet, 2014, s. 122.

40 TEKİNALP, 2015, N. 12-37; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), 2013, s. 539-540; DOĞAN, 2011, s. 173-174, 210 vd.; ARARAT/EROĞLU, 2017, s. 114; İsviçre hukukunda da yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerinin kanunda sınırlı nitelikte belirlenmediği, kurulun çekirdek görevlerini oluşturduğu hakkında bilgi için bkz. YANLI, 1997, s. 265-266; YANLI, Veliye, "Anonim Şirketlerde İmza Yetkilileri Sadece Yönetim Kurulu Tarafından mı Atanabilir?", İÜHF, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 439.

41 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), 2013, s. 540.

42 Kurulun ibraz yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKORKUT, 2013, s. 285-287.

43 RG. 01.11.2005, S. 25983.

ve yetkileri ayrıca belirtilmektedir<sup>44</sup>. Sonuç itibariyle başta m. 375 hükmü olmak üzere, TTK'nın diğer hükümlerinde veya özel kanunlarda yönetim kuruluna ait olduğu açıkça belirtilen veya işin niteliği gereği böyle olduğu anlaşılan konulara -özellikle kurul halinde yerine getirmekle yükümlü tutulduğu hallerde<sup>45</sup>- ilişkin görev ve yetkilerin m. 367 uyarınca devri mümkün değildir. Bu hususların dışında kalan yönetim yetkisine dair her türlü görev ve yetki ise kısmen ya da tamamen devredilebilir.

## b. Yönetim Yetkisinin Tamamen veya Kısmen Devri

Yönetim yetkisinin tamamen devrinde, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her türlü iş ve işlemler hakkında karar alma yetkisi bir ayırım yapılmaksızın yöneticilere devredilmektedir. Bu yetkiler bir veya birden çok kişiye, ayrı ayrı ya da birlikte hareket etmek üzere devredilebilir. Bununla birlikte yönetimin kısmi devrinde ise şirketin işleyişine dair bazı faaliyetler kısımlara ayrılabilir. Başka bir deyişle şirketin faaliyetleri bölünerek, bunlardan bir veya birkaçı aynı ya da farklı kişilere yahut bazı kurullara devredilebilir. Mesela personel ve insan kaynakları, muhasebe ve mali işler, pazarlama ve satış, yatırım ve teknoloji, araştırma ve geliştirme gibi şirkete ilişkin faaliyetler bazı kısımlara ayrılabilen ve bu hususlara dair yönetim yetkisi tamamen ya da kısmen devredilebilmektedir<sup>46</sup>. Sonuç itibariyle yönetim yetkisinin tamamen devrinde, yönetim kurulu uhdesinde yalnızca devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerini taşıyan<sup>47</sup>;

44 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), 2013, s. 540.

45 TTK m. 367/2 uyarınca yönetim yetkisinin, devredilmediği takdirde yönetim kurulunun tüm üyelerine ait olduğu düzenlenmiştir. Hükmün gerekçesinde de bu durumda yönetimin, yönetim kurulu tarafından kurul olarak yerine getirileceği vurgulanmıştır. Ancak bu durum, yönetim kurulunun başkalarından hiçbir şekilde yararlanamayacağı anlamına gelmemektedir. TTK m. 366/2'de öngörülen yönetim kurulu tarafından oluşturulan komite ve komisyonlardan yardım alınması bu noktada mümkündür. Yönetimin devri, TTK m. 366/2 ve KYİ m. 4.5.1 uyarınca yönetim kurulunca kendisine yardımcı olmak üzere komite ve komisyon oluşturulmasından tamamen farklı bir kavramdır. Söz konusu komite ve komisyonlara, m. 367'ye uygun şekilde yetki devri yapılması söz konusu değildir. Bu komite ve komisyonlar her zaman kendi yetki ve sorumlulukları dahilinde hareket eder ve yönetim kuruluna tavsiyelerde bulunurlar. Komite ve komisyonların görevleri tamamen iç ilişkiyle ilgili olduğundan, şirketi temsil ve yönetim yetkisine sahip yönetim kurulu son karar merci olarak ilgili tavsiyeler üzerine gerekli kararları almaktadır. Burada bir yetki devri söz konusu olmadığı için m. 553/2 anlamında da komite ve komisyonun, alınan kararlar karşısında bir sorumluluğu bulunmamaktadır. TTK m. 375 ve devredilemez nitelikteki diğer hükümler bakımından nihai karar merciinin yönetim kurulu olması gerektiğinden, kararın alınması aşamasında komite ve komisyonlardan yararlanılması bir sakınca yaratmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. PULAŞLI, 2014, §30 N. 40-67; ÜNAL, Ahmet, 2014, s. 99, 101, 103-112; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), 2013, s. 540-541, 593.

46 BAHTİYAR, 2017, s. 228 vd.; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), 2013, s. 598.

47 Yönetim yetkisinin tamamen devrinde, yönetim kurulunun TTK m. 375/1-e uyarınca, yöneticilerin kanuna, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve kurulun yazılı talimatlarına uygun davranıp davranmadıklarını gözetme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu nedenle, yönetim kurulunun, münhasır yetkisine giren işlerden veya gözetim yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan sorumluluğu devam etmektedir. Bu noktada yetki tamamen devredildiği için yönetim kurulunun TTK m. 553/2 hükmünden yararlanacağı ve bu bakımdan yalnızca yetkiyi devrettikleri kişiyi seçmede makul özen göstermediklerinin ispatı halinde sorumlu tutulabilecekleri ve bu durumda gözetim yükümlülüğünün ortadan kalkıp kalkmayacağı tartışılmıştır. Öğretide çoğunluk görüşü uyarınca gözetim yükümlülüğünün devredilemez ve vazgeçilemez nitelik taşıması sebebiyle, yönetim yetkisi tamamen devredilmiş dahi olsa bu yetkinin halden kurul üzerinde kalacağı ve sorumluluğun devam edeceği belirtilmiştir. Bkz. ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), 2014, N. 536; EMİNOĞLU, 2014, s. 211; BAHTİYAR, 2017, s.

yönetimin kısmen devrinde ise kurul devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerin yanı sıra yetki devri yapılmayan alanlara ilişkin olarak şirketin işletme konusunun yerine getirilmesi için gereken kararları alma yetkisine de haizdir<sup>48</sup>.

Şirketin iradesinin oluşumunda belirleyici etkiye sahip olan yönetim kuruluna ait olan yönetim yetkisinin, başka bir ifadeyle bir iç ilişki hakkı olan yönetimin kısmen veya tamamen yöneticilere devri mümkün kılınmıştır. Bu bakımdan yönetim yetkisinin kısmen veya tamamen devri, kurula ait organsal işlevin yöneticilere aktarılmasını ifade etmektedir<sup>49</sup>. Esasen bu niteliği haiz olan yetkilerin, şirketlerde yönetim bakımından hiyerarşinin en üstünde bulunan üst yöneticiler tarafından kullanıldığı görülmektedir. Bu nedenle de öğretilerde yönetim yetkisini devralanların, organ sıfatını iktisap edecekleri belirtilmektedir<sup>50</sup>. Böylelikle ilgili yöneticilerin, kurul üyeleriyle aynı derecede özen ve bağlılık yükümlülüğüne ve benzer bir sorumluluk rejimine tabi tutulacakları ifade edilmektedir<sup>51</sup>.

TTK m. 367 hükmünün gerekçesinde ise bu hükmün, yönetim kurulu yanında ondan tamamen bağımsız, "yönetim" diye adlandırılan ayrı bir *organın* yaratılmadığı belirtilmektedir<sup>52</sup>. Yönetim kurula özgü olan yetkilerin kısmen veya tamamen devriyle yöneticilere, organsal bir işlev yükleniyor olsa da bu devir yöneticileri ayrı bir organ olarak adlandırmamızı sağlamaz. İlgili hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere kanun koyucu bu düzenlemeyle, yönetim kurulu ile yöneticiler arasında kesin bir ayırım yapmayı reddetmektedir. Şirketin zorunlu organlarından birini oluşturan yönetim kurulu, yönetim yetkisinin tamamını devretmiş olsa dahi devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilere halen sahip olmaya devam etmektedir. Bu bakımdan da yönetim kurulu, organ sıfatını haiz konumdadır. Bu görev ve yetkiler hariç olmak üzere, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan iş ve işlemler hakkında karar alma yetkisini devralan yöneticiler ise yalnızca kendilerine devredilen alan bakımından kurula ait organsal işlevi kullanmaktadırlar. Bu nedenle yöneticilerden oluşan yönetimin, ayrı bir

228 vd.; GÖKTÜRK, 2014, s. 193-199.

48 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), 2013, s. 598.

49 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), 2013, s. 592 ve dn. 542.

50 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), 2013, s. 592-593 ve dn. 545.

51 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), 2013, s. 592-593, 655; GÖKTÜRK, 2011, s. 215; AYAN, 2013, s. 117-118; YAŞAR BOZKURT, 2015, s. 42-48; ÖZDEMİR, 2017, s. 119, dn.7 ve s. 175 vd.

52 Gerekçe TTK m. 367: "...yönetim kurulu, yönetim haklarıyla temsil yetkilerini muhakkak kendisinin kullanmasının zorunlu olmadığı; gereğinde bir gözetim organı olarak çalışabilen bir organdır. Tasarıda yönetim kurulunun hemen hemen üyelerinin tümünün, yürütme yetkisini haiz olmayan (non-executive) üye konumuna geçebildiği esnek bir rejim benimsenmiştir. 365 inci maddedeki karineye uygun olarak, 367 nci madde (6762 sayılı Kanununun 319 uncu maddesinin ikinci fıkrası hükmü gibi), yönetimin, bazı yönetim kurulu üyelerine ve/veya üçüncü kişilere devir (delege) edilmesini düzenlemektedir. Yönetimin bu anlamda devri, organsal işlevin devridir...Hüküm ile yönetim kurulu yanında ondan tamamen bağımsız, "yönetim" diye adlandırılan bir organ yaratılmamış, yönetim kurulu ile "yönetim" arasında kesin bir ayırım bulunduğu anlayışı reddedilmiş, sadece şirketin işletme konusunun elde edilebilmesi için gerekli tüm kararların alınması hakkının, yani bir iç ilişki hakkı olan yönetimin (gestion, Geschäftsführung, management) kısmen veya tamamen devrine imkan verilmiştir..." (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, s. 168-169).



organ statüsünde olduğunu görüşüne katılmamaktayız. Fakat kurula ait organsal işlevin kullanılıyor olması sebebiyle yöneticilerin, kurul üyeleriyle aynı derecede özen ve bağlılık yükümlülüğüne ve sorumluluk rejimine tabi olacaklarını düşünmekteyiz<sup>53</sup>.

### c. Şirketin Üst Düzeyde Yönetimi ile Yetki Devrinin Kapsamı Arasındaki İlişki

TTK m. 375 uyarınca yönetim kurulunun şirketin üst düzeyde yönetimini (*strategic management/ultimate management*) sağlama görevi öngörülmüştür. Ancak bu kavramın sınırları, yetki devrinin kapsamının tespiti açısından son derece önemlidir. TTK m. 375'in gerekçesinde üst düzeyde yönetim, "genel işletme politikası başta olmak üzere, yatırım, finansman, temettü gibi politikaların hedeflerinin karara bağlanması, bunlara ulaşılması için seçilen araçların gösterilmesi, hedeflere ulaşıp ulaşılmadığının veya ulaşıp ulaşılmayacağına belirlenmesi, bütçe uygulamasının kontrolü ve stratejilerin tespiti" şeklinde tanımlanmıştır. Kurumsal yönetim ilkeleri açısından konuya yaklaşıldığında KYİ m. 4.1.1 uyarınca yönetim kurulunun, alacağı stratejik kararlarla, şirketin risk, büyüme ve getiri dengesini en uygun düzeyde tutarak akılcı ve tedbirli risk yönetimi anlayışıyla şirketin öncelikle uzun vadeli çıkarlarını gözeterek şirketi idare ve temsil edeceği ifade edilmiştir. Ayrıca KYİ m. 4.1.2'ye göre kurulun, şirketin stratejik hedeflerini tanımlayacağı, şirketin ihtiyaç duyacağı işgücü ile finansal kaynaklarını belirleyeceği ve yönetimin performansını denetleyeceği belirtilmiştir. Bu noktada üst düzey yönetim, şirketin stratejik hedeflerinin tespiti ve bu hedeflere ulaşmayı sağlayacak araçların belirlenmesi ile bu hedeflerin takibi sürecinde yönetimin kontrolünün sağlanması şeklinde ifade edilebilir<sup>54</sup>.

Yönetim kurulu, şirketin üst düzey yönetimini m. 367'ye göre yetkinin devredildiği yöneticilere, şirketin hedeflerine ulaşması için gerekli talimatları vererek ve yönetimin kontrolünü sağlayarak gerçekleştirecektir<sup>55</sup>. Şirket stratejisine dair en temel politikaları belirleme ve kararları alma yetkisi yalnızca yönetim kuruluna ait iken, bu nitelikte

53 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), 2013, s. 592-593, 655; GÖKTÜRK, 2011, s. 215; AYAN, 2013, s. 117-118; YAŞAR BOZKURT, 2015, s. 42-48; ÖZDEMİR, 2017, s. 119, dn.7 ve s. 175 vd.

54 Şirketin yönetim kurulu tarafından üst düzeyde yönetiminin sağlanması ile yönetim yetkilerinin devri sonucu şirketin idaresiyle görevlendirilmiş ve doğrudan yönetim kurulun altında çalışan, bu bakımdan da hiyerarşik açıdan en üst kademedeki yöneticilerden oluşan üst yönetim birbirlerinden farklı iki kavramı ifade etmektedir. Bazı mevzuat hükümlerinde ilgili kavramlara birlikte yer verildiği görülmektedir. Mesela Bankaların Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik (RG. 01.11.2006, S. 26333) m. 3/1-ğ hükmüne göre üst yönetim kavramı, banka yönetim kurulu ve üst düzey yönetim şeklinde ifade edilmiştir. Üst düzey yönetimin ise banka genel müdür ve genel müdür yardımcıları, iç sistemler kapsamındaki birimlerin yöneticileri ile başka unvanlarla istihdam edilseler dahi danışmanlık birimleri dışındaki birimlerin, yetki ve görevleri itibarıyla genel müdür yardımcısına denk ya da daha üst konumlarda görev yapan yöneticilerini ifade ettiği belirtilmiştir (m. 3/1-g). Bankaların İç Sistemleri ve İçsel Sermaye Yeterliliği Değerlendirme Süreci Hakkında Yönetmelik (RG. 11.07.2014, S. 29057) m. 3/1-jj ve kk hükümlerinde de öngörülmüş ve üst yönetim ile üst düzey yönetim kavramları benzer şekilde tanımlanmıştır. Başka bir örnek olarak Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik (RG. 28.08.2012, S. 28395) m. 3/1-f ve ğ uyarınca ise üst düzey yönetici, şirket yönetim organı üyeleri dışında, yönetim organınca şirketin faaliyetlerini doğrudan veya dolaylı olarak planlama, yönetme ve kontrol etme yetkisi ve sorumluluğu verilen kişiler olarak ifade edilmiş, yönetim organı ise anonim şirketler açısından yönetim kurulu olarak belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), 2013, s. 543-544.

55 Gerekçe TTK m. 375 (TBMM S. Sayısı: 96, s. 172-173).

olmayan şirketin günlük işlerinin yönetiminin sağlanması ve/veya yönetim kurulu tarafından belirlenen politikalar çerçevesinde taktiksel yönetim kararlarının alınması ise m. 367/1 kapsamında yöneticilere devredilebilecektir<sup>56</sup>. Böylelikle gerçekleştirilecek yetki devri, şirketin üst düzeyde yönetiminin etkin bir biçimde sağlanabilmesi için oldukça işlevsel bir aracı ifade etmektedir.

Şirketin günlük işlerinin yönetiminin sağlanması ve/veya yönetim kurulu tarafından belirlenen politikalar çerçevesinde taktiksel yönetim kararlarının alınması için kurulun sahip olduğu yetkileri TTK m. 367 kapsamında yöneticilere devredebilmesi mümkündür. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, m. 367 kapsamında öngörülen yetki devri, rutin veya önem derecesi çok düşük, çerçevesi önceden belirlenmiş, takdir yetkisinin kullanılmasını hiç gerektirmeyen ya da çok sınırlı şekilde gerektiren kararların alınmasını sağlamak adına öngörülmüş bir kurum değildir. Bu bakımdan devrin kapsamı, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkileri en üst sınırı oluşturmak üzere, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında takdir yetkisi içinde karar alabilmeye imkân tanıyan yetkilerden oluşmaktadır. Bunun dışında kalan şirketin günlük ve rutin işlerine dair yetkilerin devrinde ise zaten m. 367 ve buna bağlı olarak sorumluluğa dair m. 553/2 hükmü uygulanmayacaktır<sup>57</sup>. Zira ilgili hususlarda verilen yetkilerin sınırları önceden belirlendiği için yetkili kılınan kişiler, yalnızca alınan kararın uygulayıcısı konumundadırlar. Söz konusu hallerde takdir yetkisinin devrini içermeyen, yalnız rutin işlere dair yetkilerin devri, iç yönergede düzenlenmiş bulursa dahi bu hususlar m. 367 anlamında gerçek bir yetki devri sayılmayacaktır.

## 2. Yetki Devrinin Geçerlilik Şartları

### a. Esas Sözleşmede Yetki Devrinde İzin Verilmiş Olması

TTK m. 367/1 uyarınca yönetim kurulunun yetki devrinde bulunabilmesi için esas sözleşmede, yönetimin devredilebileceğine dair bir hükmün varlığı şart koşulmuştur (*conditio sine qua non*)<sup>58</sup>. Yönetim yetkisinin devri imkânı, kuruluşta esas sözleşmede öngörülebilir. Kuruluş sonrasında ise genel kurul kararıyla esas sözleşmede bir değişiklik yapılarak

56 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), 2013, s. 541.

57 Benzer bir sonuç yönetim kurulunun, yönetim yetkisini devrederken önemli gördüğü bazı kararlarda kurulun onayının alınmasını zorunlu kılması halinde de karşımıza çıkacaktır. Bu durumda, ilgili yetki alanında yöneticilerin kararı tavsiye niteliğinde olurken, nihai kararı yönetim kurulu vermektedir. Böylece yönetim kurulu üyelerinin tamamı ve yönetimi devralanlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, diğeriyle birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır (TTK m. 557/1). Söz konusu hallerde m. 553/2 hükmünde öngörülen imkândan yararlanılması ise mümkün değildir. Bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), 2013, s. 593, 599.

58 Öğretide esas sözleşmede yönetim kuruluna, yönetimi devredebilmesi için imkân verilmesinin temelinde, yönetim kurulu ile şirket arasındaki hukuki ilişkinin vekalet veya vekalet benzeri bir ilişkinin bulunmasının yattığı belirtilmektedir. Bu nedenle vekilin borcunu bizzat ifa etme yükümlülüğünü, kendisine izin verilmesi halinde başkasına yaptırabilmesine imkân tanıyan TBK m. 506/1 hükmündeki esasın, yönetim yetkisinin devri açısından da kabul edildiği ifade edilmiştir. Bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), 2013, s. 599, dn. 566; Ayrıca bilgi için bkz. NOMER, Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, İstanbul 2013, s. 103; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 447 vd.

sağlanabilir<sup>59</sup>. Bu hususta genel kurul kararıyla yapılacak esas sözleşme değişikliklerinde, esas sözleşmede daha ağır nisaplar öngörülmedikçe halka kapalı şirketler için TTK m. 421/1 hükmündeki nisaplar, halka açık şirketlerde ise SerPK m. 29/3 hükmü uyarınca m. 418'deki nisaplar dikkate alınır. Bu bakımdan usulüne uygun şekilde esas sözleşmede açıkça kurulun yetki devri için yetkilendirilmiş olması ve bu yetki üzerine mutlaka bir iç yönerge metninin hazırlanması gerekmektedir<sup>60</sup>.

Esas sözleşme değişikliği niteliğinde olmayan bir genel kurul kararıyla, yönetim kuruluna yetki devri için izin verilmesi ise hukuka aykırıdır<sup>61</sup>. Başka bir ifadeyle genel kurulun esas sözleşme değişikliği niteliğinde olmayan bir kararına dayanarak, yönetim kurulunun hazırlayacağı bir iç yönergeyle yönetim yetkisini usulüne uygun şekilde devredebilmesi mümkün değildir<sup>62</sup>. Bu halde geçerli bir yetki devri olmadığı için yönetim yetkisi, yönetim kurulu üyelerinin tamamına ait olmaya devam edecektir (TTK m. 367/2)<sup>63</sup>. Fakat yönetim kurulu isterse yetki devrini içermeyen, yalnızca kendi kurul toplantılarının yapılış şekli, karar alma tarzı ve münferit üyelerinin hak ve yükümlülüklerini tespit ettiği bir iç yönerge de hazırlayabilir<sup>64</sup>.

Esas sözleşmede yönetim kuruluna yetki devri yapabilme yetkisi tanınabildiği gibi “çoğunluğunda az da vardır” (*argumentum a maiore ad minus*) ilkesi gereğince yönetim kurulunun devir yetkisinin belirli konularla sınırlandırılması veya yetkinin tamamen kaldırılması

59 TEKİNALP, **2015**, N. 12-52; PULAŞLI, Hasan, “Anonim Şirketlerde İç Yönerge”, **LHD**, C. 11, S. 125, 2013, s. 38; PULAŞLI, **2014**, §30 N. 85; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 599-660; ŞENER, Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 370-371; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 115.

60 TEKİNALP, **2015**, N. 12-52, 12-53; PULAŞLI, **2016**, §20 N. 113, 113a; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 600; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 114.

61 Gereğe TTK m. 367 (TBMM S. Sayısı: 96, s. 168-169).

62 PULAŞLI, **2014**, §30 N. 86-95; TEKİNALP, **2015**, N. 12-62; PULAŞLI, **2013**, s. 39; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 600; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 115.

63 Esas sözleşmede yönetim kuruluna devir konusunda yetki verilmiş olması ve kurul tarafından hazırlanacak iç yönerge, kurulun yönetim yetkisini devretmeye ilişkin kararının geçerlilik şartlarını ifade etmektedir. Bu bakımdan söz konusu şartların yokluğu, yönetim kurulunun alacağı yetki devri kararını batıl kılacaktır. Geçerlilik şartlarına aykırı olacak şekilde esas sözleşme niteliğinde olmayan bir genel kurul kararıyla yetki devrine izin verilmesi, yönetim kurulunu devir konusunda yetkilendirmeyecektir. Böylelikle usulüne uygun şekilde yetkilendirilmemiş kurulun alacağı devir kararının kesin olarak hükümsüz olacağı kanaatindeyiz. İlgili butlan hali TTK m. 391'de sayılan hallerden birine girmemektedir, ama buradaki sayım sınırlayıcı nitelikte olmadığı için genel hüküm niteliğindeki TBK m. 27 başlamından ilgili yönetim kurulu kararlarının batıl olduğunu söylememiz mümkündür. Benzer yöndeki görüş için bkz. BAHAR SAYIN, Hediye, **Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı**, İstanbul 2015, s. 213-214; Yönetim kurulu kararının butlanı hakkında bilgi için bkz. BAHTİYAR, **2017**, s. 225-226; TURANLI, Hüseyin, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü”, **GÜHFD**, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 949 vd.; Ayrıca bkz. OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk**, 22. Baskı, İstanbul 2016, s. 223-231.

64 PULAŞLI, **2013**, s. 40; PULAŞLI, **2014**, §30 N. 96; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 117; Öğretide Doğan, yönetim kurulunun yetki devretmeyeceği durumlarda iç yönerge hazırlamasının bir gereği kalmadığını belirtmektedir. Bkz. DOĞAN, Beşir Fatih, “Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri”, **MÜHF-HAD**, C. 18, S. 2, 2012, s. 627; İç yönerge hazırlanması, yetki devri için zorunludur. Ancak devir olmasa bile yönetim kurulunun işleyiş düzenine ilişkin bir iç yönerge düzenlenmesinin önünde de kanunen bir engel bulunmamakta, bu nedenle düzenlenebileceğini düşünmekteyiz. Bu durumda hazırlanacak iç yönerge, kurulun iç organizasyonuna ve çalışma usulüne ilişkin bir düzenlemeyi ifade edecektir. Ayrıntılı bilgi için aşağıda bkz. II. A. 2. b. bb.

mümkündür<sup>65</sup>. Mesela yönetim yetkisinin sadece yönetim kurulu üyelerine veya üçüncü kişilere devredilebileceği veya bazı organsal yetkilerin yönetim kurulunda kalacağı ya da yönetimin devri kararının alınması için m. 390'dan daha ağır bir nisap aranması gibi sınırlamalar esas sözleşmeyle öngörülebilir<sup>66</sup>. Bu şekilde yönetim kuruluna yetki devri yapabilme imkânı tanıyan esas sözleşmeyle bu yetkinin sınırları da belirlenebilir<sup>67</sup>. Fakat belirtilen sınırlamalar dışında, esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla yönetimin devrine müdahale edilmesi ise mümkün değildir. Örneğin bizzat yönetim yetkisinin devredileceği kişinin esas sözleşmede belirlenmesi ya da yönetim yetkisini devretme zorunluluğuna yer verilmesi yahut yönetim yetkisinin devrinin genel kurula bırakılması gibi hususların esas sözleşmede öngörülmesi hukuka aykırıdır<sup>68</sup>. Aksi halde genel kurul işlevler ayrılığı ilkesine aykırı şekilde, TTK m. 375/1-b uyarınca yönetim kuruluna ait olan devredilemez ve vazgeçilemez niteliği haiz yönetim teşkilatının belirlenmesi yetkisine açıkça müdahale etmiş olur. Bu bakımdan bu tür sınırlamaları içeren esas sözleşme hükümleri veya genel kurul kararları, TTK m. 340 emredici hükümlere aykırılık taşıyacağı için batıl olacaktır<sup>69</sup>.

## b. İç Yönerge Düzenlenmesi

### aa. İç Yönergenin İçeriğinin Tespiti

TTK m. 367 uyarınca hazırlanacak iç yönerge, borç doğurmayan ve görev sahiplerine konumları konusunda garanti vermeyen, pay sahiplerine ve/veya alacaklılara bir hak sağlamayan yönetim kurulu ile yönetim arasındaki görev ilişkisini gösteren bir organizasyon metnidir<sup>70</sup>. Bu metinde şirket yönetiminde görevli ve yetkili kişiler belirtilir, bu

65 Esas sözleşmede yetki devrine izin veren hükmün daha sonradan kaldırılması halinde, bu değişiklik önceki hükmeye dayanarak yapılan devirlerin akıbetini etkilememelidir. Zira devrin yapıldığı sırada esas sözleşme dayanağı bulunduğundan, ayrıca bir azil kararı alınmadıkça yapılmış olan devirler geçerliliğini koruyacaktır. Aynı yönde bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 600.

66 TEKİNALP, **2015**, N.12-54; PULAŞLI, **2014**, §30 N. 86-95; PULAŞLI, **2013**, s. 39 vd.; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 601; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 116; AKDAĞ GÜNEY, **2012**, s. 64-65.

67 Bu noktada şu durum tartışmaya açılabılır; esas sözleşmede yetki devrine ilişkin sınırlamalar öngörülmesine rağmen, bu hususlara aykırı bir iç yönerge hazırlanır ve yönetim kurulu buna göre bir yetki devri kararı alırsa, yönetim kurulu kararının geçerliliği ne olacaktır? Bu noktada öğretilerde *Tekinalp*, esas sözleşmede pay sahiplerinin bir iradesi varsa, bu iradeye saygı gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu tür iradeler anonim şirketin yapısı, niteliği ile ilgilidir. Bu sebeple uygulamamanın haklı bir sebebinin olmayacağını ifade etmiştir. Bkz. TEKİNALP, **2015**, N.12-54; Esas sözleşmeye aykırılık taşıyan, yönetim kurulu kararının, hükümsüzlük açısından incelenmesi gerekir. Ancak söz konusu durum açıkça TTK m. 391'de ifade edilen batıl olma hallerinden birine girmemektedir. Zira bu durum pay sahipliği yapısı veya niteliğine ilişkin değil, tamamen yönetime ait bir durumu ifade etmektedir. Bu nedenlerden ötürü kararın geçersizliğinin ileri sürülemeyeceğini düşünmekteyiz. Ancak alınan karar neticesinde oluşan bir zarar varsa kanaatimizce yönetim kurulu, kurul halinde TTK m. 553 ve m. 557 uyarınca sorumlu tutulabilecektir.

68 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 602-603; YANLI, **1997**, s. 272, 273 vd.; YANLI, **2013**, s. 439-440; Ancak öğretilerde *Arslan*, esas sözleşmede hüküm bulunması kaydıyla yönetimin devrinin genel kurul tarafından yapılabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. KARAHAN, Sami/ARSLAN, İbrahim, **Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Konya 2015, s. 412.

69 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 602-603; YANLI, **2013**, s. 439-440; KARASU, Rauf, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 67 vd.

70 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 604; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 114; DOĞAN, **2011**, s. 125-126; YANLI, Veliye/OKUTAN NILSSON, Gül, "Anonim ve Limited Şirketlerde Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini", **BATİDER**,

görev ve yetkilerin tanımı, kapsamı, konumu ifade edilir; özellikle de kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğu açıklığa kavuşturulur. Yönetim kurulu tarafından düzenlenecek iç yönerge, yönetim yetkisinin devri bakımından temel sınırları çizen esas sözleşme hükmüne karşılık, ikincil bir düzenleme niteliğini haizdir<sup>71</sup>.

TTK m. 367 hükmünün gerekçesinde iç yönergenin üretim öncesini, üretimi, pazarlamayı, muhasebenin yapısını, işleyişini, görev tanımlarıyla şemasını içererek, yönetimi bir bütün halinde düzenleyeceği ifade edilmiştir. Ayrıca yalnızca yönetim örgütünün şemasının verilmesi yeterli sayılmamış, karar ve atama yetkileri ile işletmenin teknik, ticarî ve hukukî açıdan yönetimine ilişkin esasları içermesi ve yöneticilerin yetki alanlarının da açıkça belirlenmesi gerekliliği vurgulanmıştır<sup>72</sup>. Bu şekliyle iç yönerge, başta yönetim kurulunun çalışma esas ve usulleri ile yönetimle görevli tüm kişilerin (murahhas üye/müdür, genel müdür, CEO ya da satış müdürü, yardımcısı gibi yöneticilerin) görev alanlarını tespit eden ve bağlı oldukları birimleri belirleyen bir örgüt içi düzenlemesidir<sup>73</sup>. Söz konusu hususların yanında iç yönergede icra yetkisine sahip olmayan kurul üyelerinden hangilerinin denetimden sorumlu olduğunun gösterilmesi ise TTK m. 375/1-e anlamında üst gözetim görevinin usulüne uygun şekilde yerine getirilmesine yardımcı olmaktadır<sup>74</sup>.

İç yönerge metninde göreve atanan kişiler isim olarak belirtilmez, yalnızca görev tanımları açıkça belirtilir<sup>75</sup>. Görev tanımlarının yanı sıra TTK m. 369 uyarınca öngörülen

C. XXX, S. 4, 2014, s. 20-21.

71 ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 116; ARARAT/EROĞLU, **2017**, s. 112.

72 Gerekçe TTK m. 367 ((TBMM S. Sayısı: 96, s. 168-169).

73 Uygulamada ve öğretilerde ileri sürülen görüşler çerçevesinde iç yönergede bulunması gereken hususlar;

- a) Yönergenin dayanağı ve amacı,
- b) Yönetimde iş bölümü ve komiteler,
- c) Yönetim kuruluna ilişkin özel düzenlemeler (yönetim kurulu üyelik şartları, süresi, toplantıları, görev ve yetkileri vs.),
- d) Yönetim kurulu üyelerinin mali hakları (ücret ve huzur hakları, esas sözleşmede öngörülmüş olmak şartıyla kazanç payı verilmesi gibi),
- e) Bilgi alma ve inceleme hakları ile ilgili yükümlülükleri,
- f) İcrada görevli olan ve olmayan yönetim kurulu üyelerinin görevleri, yönetimde kimin kime bağlı olduğu ve bilgi vermekle yükümlü olduğu,
- g) Temsil yetkisinin nasıl devredildiği ve kimlerin yetkili olduğu,
- h) Yönergenin yürürlük tarihi ve yönetim kurulunun basit çoğunlukla alacağı bir karar ile yönergeyi her zaman değiştirmeye yetkili olduğuna ilişkin hususlar şeklinde sayılabilir. Bkz. PULAŞLI, **2014**, §30 N. 86-96, 99-118; PULAŞLI, **2013**, s. 38-44; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 115-118, 123; DOĞAN, **2012**, s. 627; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 604-607; ARARAT/EROĞLU, **2017**, s. 113.

74 Yönergede müdürün, yönetim kurulu başkanına ve yönetim kurulu başkanının da yönetim kuruluna bilgi sunacağı iç yönergeye yazılabilir. Bu noktada KYİ m. 4.4.2 uyarınca yönetim kurulu toplantısı gündeminde yer alan konularla ilgili bilgi ve belgelerin, eşit bilgi akışı sağlanmak suretiyle, toplantıdan yeterli zaman önce yönetim kurulu üyelerinin incelemesine sunulması gerektiği düzenlenmiştir. İç yönergede bilgi akışını sağlamaya yönelik bilgilerin açık ve net bir biçimde ifade edilmesi halinde yönetim kurulu toplantısından önce yöneticilerin kendi aralarındaki bilgilendirmeler tamamlanacak ve toplantı sırasında yönetim kurulu net bilgilere ulaşabilecek, yönetim üzerindeki üst gözetim görevini gereği gibi yerine getirebilecektir. Bkz. PASLI, **2005**, s. 132 vd.; KARASU, **2015**, s. 209; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 605; ARARAT/EROĞLU, **2017**, s. 113.

75 Uygulamadan örnekler vermek gerekirse;

Creditwest Faktoring A.Ş. 04.05.2015 tarihinde ticaret siciline tescil edilen iç yönergesinde iş bölümü,

yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmeleri ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmeleri yükümlülüğüne ilişkin bazı düzenlemelerin de iç yönergede öngörülmesi mümkündür<sup>76</sup>. Yönetim kurulu üyeleri için zaten kanunda özel olarak öngörülmüş bulunan müzakerelere katılma yasağı (m. 393), şirketle işlem yapma, şirkete borçlanma yasağı (m. 395) ya da şirketle rekabet yasağı (m. 396) gibi hususlar, yönetimle görevli üçüncü şahıslar için de iç yönergede ayrıca öngörülebilecektir.

## bb. İç Yönergenin Benzer Kavramlardan Ayrıştırılması

Anonim şirketlerde iç yönerge, genel kurullara ilişkin usul ve esaslar ile şirketin iç örgütlenmesini, şirket yönetiminde görevli olanlar (icracı üyeler ve yöneticiler) arasındaki yetki ve görevlerin dağılımını konu edinen iki farklı düzenlemeyi ifade etmektedir<sup>77</sup>. Bu bakımdan çalışmamıza konu olan iç yönerge<sup>78</sup>, yönetim yetkisinin devrine ilişkin olarak TTK m. 367/1 hükmünde düzenlenen, şirketin yönetiminin devredildiği kişiler ile bu kişilerin görev ve yetkilerinin kapsamını ifade eden, bağlı oldukları birimleri ve bilgi sunmakla yükümlü oldukları kişileri açıklığa kavuşturan, yönetim kurulu tarafından hazırlanan ve onaylanan<sup>79</sup> organizasyon metnidir.

TTK m. 367 kapsamında hazırlanacak iç yönerge ile şirketin yönetim organizasyonunu belirleyen ve TTK m. 375/1-b'de ifade edilen yönetim teşkilatı<sup>80</sup> esasen birebir aynı

---

komiteler, görev tanımları ve kime bağlı oldukları ile temsil yetkisine ilişkin genel kurallar belirtilmiştir. Bkz. <https://www.kap.gov.tr/bildirim-sorgulari/bildirim-detayi.aspx?id=437616> (Erişim Tarihi 23.02.2018); Benzer şekilde düzenlenen Vodafone Telekomünikasyon A.Ş. ve Garanti Emeklilik ve Hayat A.Ş. yönetim kurulu iç yönergeleri için bkz. <http://www.vodafone.com.tr/bilgitoplumuhizmetleri/27022015YONERGE.pdf>; <https://www.garantiemeklilik.com.tr/pdf/2015yonetimkuruluicyonergesi.pdf> (Erişim Tarihi 23.02.2018); Bu örnek yönergeler incelendiğinde uygulamada iç yönergelerin iş bölümüne ilişkin genel kuralları ve sınırlamaları öngördüğü, çeşitli yönetici sıfatına sahip kişilerin görev tanımlarını ve kime bağlı olduklarını belirttikleri görülmektedir. Genel itibarıyla göreve atanan kişilerin kimliğine ilişkin açık bir belirleme ise yapılmadığı görülmektedir. İç yönerge, genel ve soyut hükümler içereceği için, yetkinin devredildiği kişiler görevden azledilseler bile yerlerine yeni bir yetkilinin atanması halinde iç yönergenin değiştirilmesine gerek kalmayacaktır. Ayrıca TTK m. 553/2 hükmüne işlerlik kazandırmak amacıyla iç yönergede öngörülen görev tanımlarının açık ve net bir biçimde ifade edilmesi son derece önemlidir. Bu konuda bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 606.

76 ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 117; YAŞAR BOZKURT, **2015**, s. 143-145; ÖZDEMİR, **2017**, s. 117, 119 vd.

77 Genel kurul toplantılarına ilişkin iç yönerge hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PULAŞLI, **2013**, s. 35-38; Yönetim kurulunun hazırladığı iç yönerge hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PULAŞLI, **2014**, §30 N. 79; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 113 vd.; DOĞAN, **2011**, s. 125 vd.; KARASU, **2015**, s. 187 vd.

78 6102 sayılı TTK'nın hazırlık aşamasında, Adalet Komisyonunca kabul edilen m. 367 hükmünün metninde iç yönerge yerine "*iç yönetmelik*" terimi kullanılmıştı. Ancak bu kavram, Anayasa m. 124 hükmünde öngörülen yönetmelik kavramıyla karıştırılma ihtimaline karşılık "*iç yönerge*" kavramıyla değiştirilmiştir. Bununla birlikte hükmün gerekçesinde iç yönerge yerine, örgüt yönetmeliği ifadesinin de kullanıldığı görülmektedir. Bkz. TBMM Genel Kurul Tutanağı, 23. Dönem, 5. Yasama Yılı, 51. Birleşim, s. 55 ([https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak\\_q\\_sd.birlesim\\_baslanqic?P4=20839&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=143](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_q_sd.birlesim_baslanqic?P4=20839&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=143)) (Erişim Tarihi 23.02.2018); Gerekçe TTK m. 367 (TBMM S. Sayısı: 96, s. 168-169).

79 İç yönergenin hazırlanması ve onaylanması hakkında bilgi için aşağıda bkz. II. A. 2. b. cc.

80 Gerekçe TTK m. 375/1-b: "*Örgüt şeması, yönetimde yer alan herkesin, altlık-üstlük ilişkilerini, görev tanımlarını; bölümleri ve aralarındaki ilişkileri gösteren şemadır. Bu hükümlerle, yönetim kurulunun, yönetimin bir bütün*

kavramlar değildir. İçerik itibariyle ikisi arasında yakın bir benzerlik görülse de bu iki kurumun farklılıklarına bu noktada değinmek önem taşır. TTK m. 367’de öngörülen i yönerge, yalnızca esas sözleşmenin yönetimin devrine izin verdiği ve yönetim kurulunun bu izne dayanarak yönetimi devrettiği durumlarda çıkarılmaktadır. Yönetim teşkilatı ise özü itibariyle i yönergedeki gibi şirketin yönetimini düzenler, bunun için gerekli olan görevleri tanımlar, yerlerini gösterir, bağlı oldukları birimleri ve bilgi sunmakla yükümlü oldukları kişileri belirler<sup>81</sup>. Ne var ki, yönetim teşkilatının belirlenmesi, yönetimin devrine bağlı değildir. Diğer bir ifadeyle yönetim yetkisi devredilmese dahi yönetim teşkilatı belirlenebilir<sup>82</sup>.

İ yönergenin şekli hakkında TTK m. 367’de bir açıklık öngörülmemiştir. Uygulamada genellikle yazılı bir belge şeklinde hazırlandığı görülmekle birlikte, yönetim kurulunun bu konuda yazılı bir kararı veya protokolü de yeterli görülmektedir<sup>83</sup>. İçerik açısından ise m. 367 hükmünde belirtilen asgari içeriğe sahip olması gerekir. şirket yapılanması ve i ilişkiler hızla değişim gösterdiği için i yönergenin de güncel tutulması zorunludur. Ayrıca bu konu, yetki devri sonucu sorumluluğun kimde olduğunun belirlenmesi açısından da son derece önemlidir (TTK m. 553)<sup>84</sup>.

Yönetim teşkilatının hazırlanması bakımından ise herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Sahip olması gereken asgari içerik açısından da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle her şirketin kendi yapısına özgü olarak yönetim teşkilatını belirlemesi uygun olacaktır. Yazılı olması, ispat açısından tavsiye edilse de böyle bir zorunluluğun bulunmaması nedeniyle şifahen ya da şirket içi uygulamalarla veya günlük verilen kararlarla belirlenebilmesi mümkündür<sup>85</sup>. Bu şekilde yönetim teşkilatı, yönetim kurulu tarafından yetki devri yapılmasa dahi şirket yönetimine dair temel yapılanmayı ortaya koyan ve açıklayan bir kurumu ifade etmektedir<sup>86</sup>.

---

*halinde işleyişini görmesi, politikaların ve stratejilerin gerçekleştirilmesinde görevlilerin rolünü değerlendirmesi; insan kaynaklarının kullanılmasını izlemesi amaçlanmıştır. şema, sistemin işleyişindeki aksaklıkların ve aksayan yerin belirlenmesine yardımcı olur. Kurul yönetimi devrederken de zaten örgüt şemasını tayin eder. şemada yer almayan ayrıntıyı, diğer yetkililer belirleyebilir.”* (TBMM S. Sayısı: 96, s. 173).

81 PULAşLI, **2014**, ř30 N. 232 vd.; DOğAN, **2011**, s. 179 vd.; Yönetim kurulunun *i organizasyonu* (genel kurula bırakılmadıka başkan, başkan vekili seçimi, sekretarya oluşturulması, komite ve komisyonların kurulması, başkan ve vekillerin yetkilerinin belirlenmesi gibi) ve *alışma usul* (toplantı zamanları, üyelere ağrı usul, şirket işleri hakkında üyelerin bilgilendirilmesi gibi) de yönetim teşkilatına dahil kabul edilmektedir. Söz konusu hususlar zorunluluk olmamasına rağmen i yönergede de düzenlenebilir. Bu hususların yönetim teşkilatına dahil olup olmadığı konusundaki tartışmalar için bkz. KIRCA (şEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 546, dn. 449.

82 Uygulamada küçük ve orta ölçekli şirketlerin, genelde yetki devrine çok ihtiyaç duymadıkları ve bu nedenle de yalnızca yönetim teşkilatını belirlemekle yetindikleri görülmektedir. Büyük lekli şirketler açısından ise şirket büyüdükçe daha karmaşık bir yapıya bürünmesi sebebiyle hem yönetim teşkilatına hem de yetki devrine (dolayısıyla i yönergeye) duyulan ihtiyaç artmaktadır. Bkz. KIRCA (şEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 546; ARARAT/EROğLU, **2017**, s. 115.

83 ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 117.

84 PULAşLI, **2014**, ř30 N. 97; BİLİLİ/DEMİRKAPI, **2013**, s. 387; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 117.

85 KIRCA (şEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 596.

86 Mesela yetki devri yapılmaksızın yönetim kurulu bazı üyelerini, belli yetkilerin kullanımı için görevlendirmiş

Sonuç itibarıyla yönetim teşkilatı, usulüne uygun yetki devri sonucu oluşturulan iç yönergeyi de kapsamına alan, ama ondan daha geniş bir perspektifte şirketin yönetim düzenini ele alan bir kurumu ifade etmektedir. Ayrıca yazılı, sözlü ya da şirket içi uygulamalarla kendisini gösterebilmesi mümkün olan bu kurum, yönetim kurulu tarafından belirlenmesi gereken, devredilemez ve vazgeçilemez yetki ve görevlerden birini oluşturmaktadır (TTK m. 375/1-b).

### cc. İç Yönergenin Yönetim Kurulu Tarafından Hazırlanması ve Onaylanması

TTK m. 367 hükmü uyarınca yönetimin devrine ilişkin iç yönergenin yönetim kurulu tarafından düzenlenmesi gerektiği öngörülmüştür. Bu bakımdan yönetim kurulu, usulüne uygun şekilde hazırlamış olduğu iç yönergeyi TTK m. 390 hükmünde öngörülen toplantı ve karar yeter sayılarına uygun olarak alacağı bir karar ile onaylayacaktır<sup>87</sup>.

TTK m. 367 hükmünün gerekçesinde yönetim kurulu tarafından hazırlanan iç yönergenin genel kurul ya da yönetim kurulu tarafından onaylanabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca bu onay yetkisinin, genel kurul veya yönetim kuruluna özgülenmiş ve devredilemez nitelikte bir yetkiyi ifade etmediği açıkça belirtilmiştir<sup>88</sup>. Bu bağlamda devir yetkisini sınırlandırabilen genel kurulun, esas sözleşmede iç yönergeyi onaya tabi tutmasının mümkün olup olmadığı sorusu öğretide tartışılmıştır<sup>89</sup>. Uygulamada TTK m. 371/7 uyarınca sınırlı yetkiye sahip ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının atanmasına ilişkin çıkarılacak iç yönerge hakkında İstanbul Ticaret Odası (İTO), internet sitesinde yayımladığı bir duyurusunda *"anonim şirketlerde yönetim kurulu kararı veya genel kurul kararı*

---

olabilir. Bu noktada m. 367 anlamında bir yetki devri yoktur, ancak bu kişiler icracı üye sıfatını kazanırlar. İcracı üye olunması ve şirket yönetiminde görev alınması, başka bir ifadeyle yönetim teşkilatına dahil olunması için illa ki m. 367 anlamında yetki devrine ihtiyaç yoktur. Ancak yetki devri m. 553/2 anlamında önem kazanmaktadır. Bu durumda yetki devri olmadığı için alınan kararlar neticesinde yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilecek ve şartları varsa m. 557 hükmü uygulanacaktır. Sonuç itibarıyla iç yönerge ve yetki devri kararının, yönetim kurulunun m. 553/2 anlamında sorumluluktan kurtulmasına imkân tanımaya bakımından önem taşıdığını ifade edebiliriz. Ayrıca icracı üyelere ilişkin ayrıntılı bilgi için aşağıda bkz. III. B. 1.

87 TTK m. 390/1 uyarınca esas sözleşmede iç yönergenin kabulü için ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanacak ve kararını toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alacaktır. Toplantıda iç yönerge oylanırken oylar eşit olduğu takdirde, bu konu gelecek toplantıya bırakılacaktır. Sonraki toplantıda da eşitlik olursa söz konusu iç yönerge önerisi reddedilmiş sayılacaktır (m. 390/3). Hazırlanan iç yönergenin, kurul üyelerinin tamamı tarafından imzalanması gerekmektedir. Bkz. PULAŞLI, **2013**, s. 40; PULAŞLI, **2014**, §30 N. 98; DOĞAN, **2012**, s. 629-630; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 118; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 604.

88 Gerekçe TTK m. 367: *"...örgüt yönetmeliğinin kimin tarafından karara bağlanacağına ilişkin bir açıklığı içermemektedir. Bu yönetmeliği genel kurul veya yönetim kurulu onaylayabilir. Bu onay hiçbir organ açısından o organa özgülenmiş ve devredilemeyecek bir yetki taşımaz. Devir, esas sözleşmede açıkça öngörüldüğüne göre devir yönetmeliği bakımından gerekli esas sözleşmesel dayanak sağlanmış demektir. Önemli olan devirdir. Bu da esas sözleşmede öngörülen bir hükümle, "meşruiyet" temelini kazanmış olmaktadır. Teşkilât yönetmeliği bu devri uygulamaya ilişkin hükümlerini göstermesi bakımından önemlidir. Kaynak İsviçre hukukunda bu yetkiyi çoğu kez yönetim kurulu kullanmaktadır."* (TBMM S. Sayısı: 96, s. 168-169).

89 Genel kurulun onayına sunulması gerektiğini ileri süren görüşler için bkz. EMİNOĞLU, **2014**, s. 212; KARAHAN/ARSLAN, **2015**, s. 403; Aksi görüş için bkz. DOĞAN, **2012**, s. 627-628; DOĞAN, **2011**, s. 130; AKDAĞ GÜNEY, **2012**, s. 58; Genel kurulun esas sözleşme veya bir kararla bu yetkiyi kendisine alamayacağına dair görüş için bkz. TEKİNALP, **2015**, N. 12-54; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 602 vd.



*ile limited şirketlerde genel kurul kararı ile tarih ve sayısı olan noter onaylı, sınırlı yetki çerçevesini belirleyen iç yönerge kabul edilerek tescil ve ilan*" edileceğini belirtmiştir<sup>90</sup>. Bu bakımdan uygulamada da iç yönergeyi kabul edecek organın kim olacağı noktasında bir belirsizliğin yaşandığı görülmektedir.

Öğretide iç yönergenin doğrudan esas sözleşme veya genel kurul kararıyla düzenlenemeyeceği, iç yönergenin kabulü ve yetki devrinin de benzer şekilde genel kurulun onayına bırakılamayacağı haklı olarak belirtilmektedir<sup>91</sup>. Zira yönetim teşkilatını belirleme yetkisi TTK m. 375/1-b uyarınca yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerindedir. Ayrıca yine m. 375/1-d uyarınca da yönetim kurulunun yöneticileri (şirket müdürlerini ve aynı işleve sahip kişileri) atama ve görevden alma yetkisi bulunmaktadır. Her ne kadar m. 367'nin gerekçesinde iç yönergenin genel kurulca onaylanmasına imkân tanınmış olsa da hükmün lafzına bakıldığında, böyle bir imkândan söz edilmediği görülmektedir. Kanun hükümleri yorumlanırken, madde gerekçeleri ne kadar yol gösterici olsalar da bağlayıcı bir anlam taşımazlar<sup>92</sup>. Bu nedenlerden ötürü, ilgili kanun metninin lafzına ve m. 375 hükmü ile ilişkisine bakıldığında, yönetim teşkilatının belirlenmesi tamamen yönetim kurulunun yetkisine bırakılmıştır. Esas sözleşmede kurula, yönetim yetkisi devretmesi için izin verilmesiyle birlikte, artık belirleme yapma yetkisi yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkileri kapsamındadır. Yönetim kurulu tarafından hazırlandıktan sonra iç yönergenin tekrar genel kurulun onayına sunulmasının, organlar arası işlevler ayrılığını benimseyen TTK m. 375 ve m. 408 hükümlerine aykırılık taşıyacağını ve TTK m. 340 uyarınca emredici hükümlere aykırılık oluşturacağını düşünmekteyiz<sup>93</sup>.

90 İTO'nun 22.09.2014 tarihinde internet sitesinde yayınladığı "*Şirketlerde Sınırlı Yetki Verilmesine İlişkin İç Yönerge Uygulaması*" başlığını taşıyan duyurusu için bkz. <http://www.ticaretkanunu.net/ito-sirketlerde-sinirli-yetki-verilmesine-iliskin-ic-yonerge-uygulamasi/> (Erişim Tarihi 23.02.2018); İTO bu konudaki duyurusunu daha sonra değiştirmiş ve "*Şirketlerde Sınırlı Yetkiye İlişkin İç Yönerge Uygulaması*" başlığını taşıyan yeni duyurusunda iç yönergenin, anonim şirketlerde yönetim kurulu kararı ile kabul edileceğini belirtmiş, hatta iç yönerge metninin her sayfasında karara katılan yönetim kurulu üyelerinin imzasının bulunması gerektiğine dair şekli bir şart da öngörmüştür. Ancak ilgili şekil şartı, kanunen düzenlenmediği için geçerlilik şartı niteliğini haiz değildir. Bkz. [http://www.ito.org.tr/wps/portal/tescil-ilan-kurulus?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=Sirket\\_Sinirli\\_Yetkili](http://www.ito.org.tr/wps/portal/tescil-ilan-kurulus?WCM_GLOBAL_CONTEXT=Sirket_Sinirli_Yetkili) (Erişim Tarihi 23.02.2018).

91 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), 2013, s. 602 vd.

92 OĞUZMAN/BARLAS, 2016, s. 74-75; ARAL, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul 2012, s. 186.

93 TTK m. 367 hükmünde belirtildiği üzere iç yönerge hakkında yalnızca istem üzerine pay sahipleri ve korunmaya değer menfaati olduğunu ikna edici şekilde ortaya koyan alacaklılara yönetim kurulu tarafından bilgi verilecek olması da bizi bu sonuca götürmektedir. Zira aksi durumun kabulü halinde, istem üzerine bilgi verilmesi söz konusu olmaz, iç yönerge genel kurulda onaylanacağı için yönerge doğrudan genel kurulda görüşülürdü. Bu durumun isteme bağlı tutulması, yönetim kurulunun devir serbestisine işaret etmektedir. Fakat bu noktada akla başka bir soru gelebilir, yetki devrine imkân tanıyıp tanımama, devri sınırlandırabilme esas sözleşme ile olacağı için, esas sözleşmeye konulabilecek bir hükümle iç yönergenin genel kurulun onayına tabi tutulması mümkün olur mu? Bu soruya da cevabımız olumsuz olacaktır. Çünkü genel kurul esas sözleşmeyle yönetim kuruluna, yönetimi sadece yönetim kurulu üyelerine devretme ve/veya üçüncü kişilere devretme gibi kişi bazında bir sınırlama getirebilir ya da bazı organsal yetkilerin yönetim kurulunda kalabileceği gibi yetki kapsamına ilişkin sınırlar öngörülebilir yahut devir kararının alınması için m. 390'dan daha ağır bir nisap öngörülmesi şeklinde bir şart koyabilir. Bu hususlar dışındaki sınırlamaların getirilmesi ise hukuka aykırıdır. Bu yönde bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), 2013, s. 601 vd.; Bu konuda esas sözleşmede öngörülebilecek sınırlamalar hak-

#### dd. İç Yönerge Hakkında Yazılı Bilgilendirme Yapılması

İç yönerge sadece işletmenin yönetimine ilişkin detaylı bir teşkilat şeması sunmaktadır. Pay sahipleri ve/veya alacaklıların hakları bakımından hukuki bir tasarruf öngörme-  
mesi sebebiyle iç yönergenin, ticaret siciline tescil edilmesi ve sicil müdürlüğüne tevdi  
edilmesi gerekli görülmemiştir<sup>94</sup>. Bu bakımdan TTK m. 367 uyarınca yönerge hakkında  
istem üzerine, pay sahiplerine ve/veya *korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir  
biçimde ortaya koyan alacaklılara*<sup>95</sup> yazılı bilgilendirmede bulunulacaktır. İlgili hüküm-  
de yalnızca istem üzerine yazılı bilgilendirme yapılmasıyla yetinilmiştir<sup>96</sup>. Bu hususların  
yanı sıra kurulun istemi reddetmesi veya gerektiği gibi bilgilendirmede bulunmaması  
ihtimallerinde, istem sahiplerinin hangi yola başvurabilecekleri ise TTK'da ifade edil-  
memiştir. Böyle bir durumda pay sahibi ve alacaklıların, mahkemeye başvurarak (eda  
davasıyla) haklarını kullanmaları düşünülebilir<sup>97</sup>. Ayrıca kurulun yeterli bilgi vermemesi  
nedeniyle bir zararın meydana gelmiş olması ihtimalinde, yönetim kurulunun sorumlu-  
luğu gündeme gelecektir (TTK m. 553, m. 557).

Yazılı bilgilendirme yapılması hususunda alacaklılar açısından öngörülen korunma-  
ya değer menfaatlerin ortaya konulması şartının, katı şekilde uygulanmaması gerekir.  
Hükümde de belirtildiği üzere ilgililerin bu menfaatlerini ikna edici ve yeterli bir şekilde  
ortaya koymaları yeterli sayılmalıdır. Şirketin iflas tehdidi altında bulunması ya da şir-  
ketin almış olduğu bir karar neticesinde menfaati zarar gören alacaklının sorumluluk

---

kında bilgi için yukarıda bkz. II. A. 2. a.

94 TEKİNALP, **2015**, N. 12-58, 12-59; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 607; ÜNAL, Ahmet, **2014**,  
s. 114; TTK m. 419/2 hükmünde öngörülen genel kurulun çalışma usul ve esaslarına ilişkin iç yönergenin ise  
ticaret siciline tescil ve ilanı gerekmektedir.

95 Gereğe TTK m. 367: “Yönetmelik hakkında bilgi verilmesi konusunda kanun pay sahipleriyle alacaklılar  
arasında bir fark yapmıştır. Paysahiplerinin bu hususta “korunmaya değer menfaat”leri bulunduğuna ilişkin  
güçlü bir karine vardır. Alacaklılarda böyle bir karine mevcut değildir. Bu sebeple, yönetim örgütü hakkında  
paysahipleri bilgilendirilmelidir. Alacaklılar ise korunmaya değer menfaatleri bulunduğunu ikna edici bir şekilde  
ortaya koyarlarsa bilgilendirilirler. Menfaatin, istenen konu ve olgu ile ilgisi de gözönüne alınmalıdır. Sorumluluk  
davalarında ve iflâsta paysahipleri ile alacaklıların menfaati somutlaşır. Bilgi verme yükümü yönetmeliğin bir  
kopyasının verilmesini zorunlu kılmaz. Ayrıca haklı sebeplerin varlığında (meselâ, bir alacaklının açtığı bir dava-  
da bu yönetmelikten bir rakibin yararlanması olasılığının bulunması gibi) talebin reddedilmesi de mümkündür.  
Yönetim kurulunun devir ve yönetmeliğini hazırlamaya ilişkin yetkisinin, bir esas sözleşme hükmü ile genel kuru-  
lun onayına bağlanıp bağlanamayacağı sorunu bir içtihat sorunudur.” (TBMM S. Sayısı: 96, s. 168-169); Bu nokta-  
da mehz hüküm İsviçre'deki düzenlemeye (İsvBK m. 716b/2, c. 2) bakıldığında, *korunmaya değer menfaatlerini  
ikna edici bir biçimde ortaya koyma* şartının hem pay sahipleri hem de alacaklılar için getirildiği görülmektedir.  
Ne var ki, İsviçre'deki hâkim öğreti ilgili şartın yalnızca alacaklılar bakımından aradığını belirtmektedir. Ayrıntılı  
bilgi için bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 607-608 ile dn. 593 ve 594.

96 TTK m. 367 uyarınca yönetim kurulunun iç yönerge hakkında yazılı şekilde bilgilendirme yapmasından  
bahsedilirken, mehz hükümde ise (İsvBK m. 716b/2 son cümle) yönetimin organizasyonu hakkında bilgilendir-  
meden bahsedilmektedir. Esasen yönetimin organizasyonu, zaten iç yönerge içerisinde yer almaktadır. Fakat  
iç yönergenin güncellenmemesi hallerinde, iç yönergedeki organizasyon ile fiili organizasyon birbiriyle örtüş-  
meyebilir. Bu durumda pay sahipleri ve alacaklıların istemde bulunması halinde, güncellenmemiş iç yönerge  
hakkında bilgilendirmede bulunulması bu hakkın öngörülme amacına aykırılık taşıyacaktır. Bu sebeple yönetim  
kurulu her zaman fiili/güncel organizasyon hakkında bilgilendirmede bulunmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KIR-  
CA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 609.

97 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 609.

davası açmayı düşünmesi ihtimali bu duruma örnek olarak verilebilir. Pay sahiplerinin<sup>98</sup> istemi açısından ise herhangi özel bir sınır öngörülmemiştir. Bu noktada tek sınır, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması yasağı olacaktır. Herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olmasına rağmen, ispat kolaylığı açısından istemin yazılı yapılmasında genel itibariyle fayda vardır.

### c. Yetki Devrine İlişkin Yönetim Kurulu Kararı

TTK m. 375/1-a, b ve d bentleri uyarınca üst düzeyde yönetim ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi, yönetim teşkilatını belirleme, bunun yanında müdürler ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanları<sup>99</sup> atama ve görevden alma, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerindedir. Bu nitelikteki yetkilerinden hareketle yönetim organizasyonunu belirlemek isteyen yönetim kurulu, esas sözleşmede devre izin verilmiş olması ve hazırlanacak iç yönerge kapsamında alacağı bir kararla yönetimi devredecektir. Esas sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa kurul, TTK m. 390'a uygun şekilde toplantıya katılan üyelerinin çoğunluğuyla karar alacaktır. Yetki devrine ilişkin kararda iç yönergeye atıfta bulunulması ve bu yönerge ışığında yönetim yetkisinin *kimlere devredildiğinin açıkça yazılması* gerekmektedir<sup>100</sup>.

### B. Yönetim Yetkisinin Devri ile Temsil Yetkisinin Devri Arasındaki İlişki

Yönetim kurulu, şirketi sahip olduğu temsil yetkisiyle iç ilişkide ortaklara karşı, dış ilişkide ise üçüncü kişilere karşı temsil etmektedir<sup>101</sup>. Kurulun temsil yetkisini de devredebilmesi mümkündür, ama bu husus dış ilişkiye ait bir yön taşıması sebebiyle yönetim yetkisinin devri yanında ayrıca devredilmesini gerektirir. TTK m. 367/1 uyarınca öngörülen devrin konusu dar anlamda yönetim olması sebebiyle, iç ilişki ve sorumluluk açısından önem taşıyan yönetimin devri, esasen temsil yetkisinin devrini kapsamaz<sup>102</sup>. Zira TTK m. 367'de düzenlenen yönetim devri sadece organsal işlevin devrini, başka bir ifadeyle şirketin yönetimine ilişkin karar alma yetkisinin devrini konu edinmektedir<sup>103</sup>. Bu yüzden yönetim kurulu temsil yetkisini devrederken TTK m. 367 hükmüne değil, temsil yetkisine ilişkin olan m. 370/2 hükmüne dayanmaktadır. Bu durumda

98 Hükümde yalnızca pay sahipleri ve alacaklılar ifadelerine yer verilmesi sebebiyle, muhtemel ve müstakbel pay sahipleri ve alacaklıların bu haktan yararlanabilmelerine imkân yoktur. Bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 608; Ancak yönetim kurulu isterse bu kişilere de bildirimde bulunabilmelidir.

99 TTK m. 375/1-d hükmünde geçen “*müdürler ve aynı işleve sahip kişiler*” ibaresi, kendilerine yönetme görev ve yetkileri tanınmış kişileri ifade etmektedir. Şirketin tüm iş ve işlemlerinin daha hızlı ve ekonomik koşullara uygun olarak yürütülebilmesi için, ticari temsilci konumundaki müdürlere ihtiyaç duyulmaktadır. Bkz. ARSLANLI, **1959**, s. 192; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 129 ve dn. 373.

100 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 604 vd.; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 122.

101 ARSLANLI, **1959**, s. 128 vd.; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), **2014**, N. 521a; BAHTİYAR, **2017**, s. 217 vd.; PULAŞLI, **2016**, §20 N. 62-63, 107, 137 vd.; YANLI/OKUTAN NİLSSON, **2014**, s. 10 vd.; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 124-125; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 624 vd.

102 TEKİNALP, **2015**, N. 12-51; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 598; ŞENER, **2017**, s. 370; EMİNOĞLU, **2014**, s. 213; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, **2013**, s. 586.

103 PULAŞLI, **2014**, §30 N. 520; PULAŞLI, **2016**, §20 N. 111; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 123.

temsil yetkisi m. 370/2 hükmüne uygun şekilde ayrıca devredilmemişse, kararların uygulanması açısından temsil yetkisi yönetim kuruluna ait olmaya devam edecektir (TTK m. 370/1).

Uygulamada genellikle yönetim yetkisinin devriyle birlikte temsil yetkisinin de devredildiği görülmektedir. Bu nedenle de yönetim yetkisinin devredildiği hallerde temsil yetkisinin de devredileceği düşüncesi, aslında alınan kararın icrası için temsil yetkisinin kullanılması gerekeceğinden doğal ve amaca uygundur<sup>104</sup>.

TTK m. 370/2 uyarınca yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla mu-  
rahas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. Ancak en az bir yönetim  
kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır. Yönetim yetkisinin devrinde ise yetki  
üyelere ve/veya üçüncü kişilere devredilebilmektedir. Başka bir ifadeyle temsil yetkisi-  
nin üçüncü kişilere devri halinde en az bir yönetim kurulu üyesinin de bu yetkiye sahip  
olması gerekliliği, yönetim yetkisinin devri bakımından söz konusu değildir. Bu açıdan  
bir sınır öngörülmesizin yönetim yetkisi, kurul üyelerinden birine veya birkaçına yahut  
üçüncü kişilere devredilebilecektir.

Temsil yetkisinin devrinde, TTK m. 367'de yönetim yetkisinin devri açısından  
öngörüldüğü üzere esas sözleşmede yetki devrine izin veren bir esas sözleşme hük-  
münün bulunmasına ihtiyaç yoktur<sup>105</sup>. Bu durumun aksini kabul, TTK m. 375/1-d yet-  
kisini devredilemez ve vazgeçilemez olma niteliğinden çıkarır. Zira esas sözleşmede  
böylesi bir izin koşulunun aranması, yetki kullanımının genel kurulun takdirine bira-  
kılması anlamına gelmektedir. Bu anlamda TTK m. 370/2 uyarınca temsil yetkisini  
devretme yetkisi yalnızca yönetim kuruluna verilmiştir ve bu anlamda işlevler ayrılı-  
ğı ilkesi uyarınca genel kurulun, yönetim kurulunun bu alanına müdahale edememe-  
si gerektiğini düşünmekteyiz<sup>106</sup>. Bu bağlamda yönetim kurulunun, m. 390'a uygun

104 Bu durum eTK m. 319 hükmünden ileri gelen bir uygulamanın devamı niteliğindedir. İlgili hükümde temsil ve yönetim yetkisinin devri birlikte ele alınmıştır. Bu bakımdan öğretilde *Kırca*, bu şekilde bir ayrılık öngörülmesi olmasına rağmen *de lege feranda* anlamında, TTK'da aksi öngörülmedikçe yönetimin devrinin temsil yetkisinin devrini de içereceği yönünde bir hükme yer verilmesinin düşünülebileceğini belirtmiştir. Böylesi bir düzenleme-  
nin, TBK m. 504/II uyarınca vekaletin, vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemleri yapma yetkisini de kapsayacağını düzenleyen hüküm ile uyum sağlayacağını ifade etmektedir. Bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 594 vd.

105 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 559, 618-619, 627 vd.; YANLI, **2013**, s. 447-448; ARARAT/EROĞLU, **2017**, s. 113; Esas sözleşmede temsil yetkisinin devrine izin verilmesi gerektiğine dair aksi yöndeki görüş için bkz. TEKİNALP, **2015**, N. 12-75; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), **2014**, N. 536 ve 540; KENDİGELEN, **2016**, s. 261-262; ŞENER, **2017**, s. 370-371; AKDAĞ GÜNEY, **2012**, s. 79-80 vd.; AKDAĞ GÜNEY, **2014**, s. 20; EMİNOĞLU, **2014**, s. 213; ÖZDAMAR, Mehmet, "6552 Sayılı Kanun ile TTK'da Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Anonim Şirketin Temsili", **GÜHFD**, C. XVIII, S. 3-4, 2014, s. 143.

106 Bu noktada TTK m. 339/2-g hükmünün de değerlendirilmesi gerekmektedir. Hükümde şirket adına imzaya yetkili yönetim kurulu üyelerinin esas sözleşmede belirtileceği düzenlenmektedir. Bu husus esas sözleşmeyle muahhas üye tayinine izin vermesi sebebiyle öğretilde eleştirilmektedir. Bu hükmün yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerinden olan TTK m. 375/1-d hükmüyle çelişki içinde olduğu belirtilmektedir. Öğretilde *Kırca*, sorunun eTK m. 279/2 (6)'da düzenlenen esas sözleşme içeriğinde yer alan "*imza koymaya salahiyetli olanlar*" hükmünün, TTK'ya aktarımından ileri geldiğini belirtmiştir. TTK'da, eski kanundan farklı olarak işlevler ayrılığı benimsenmiştir. Bu sisteme uymayan söz konusu hükmün yarattığı çelişkinin giderilebilmesi için esas sözleşmede imzaya yetkili yönetim kurulu üyesi belirlenmesini yalnızca kuruluşla sınırlamak ve bu kişilerin

şekilde toplanarak temsil yetkisinin devrine ilişkin bir karar alması temsil yetkisinin devri için yeterli olacaktır. Yönetimin devrinde olduğu gibi önceden bir iç yönergenin hazırlanması da temsil yetkisinin devri bakımından gerekmemektedir<sup>107</sup>. Ancak temsil yetkisinin devrine ilişkin bir düzenlemenin, iç yönergeye konulmasında ise herhangi bir sakınca yoktur<sup>108</sup>.

İç yönergenin düzenlenmesi, temsil yetkisinin devrinde zorunlu olmamasına rağmen TTK m. 371/7 hükmü uyarınca bu durum zorunlu bir hale getirilmiştir<sup>109</sup>. İlgili hükme göre temsil yetkisinin devredilmesi halinde atanacak olanların görev ve yetkilerinin, m. 367'deki iç yönergede açıkça belirtilmesi gerekmekte ve bu halde iç yönergenin tescil ve ilanı zorunlu tutulmaktadır<sup>110</sup>. Sınırlı yetkili temsilci atanması bakımından hazırlanacak iç yönergede yönetim yetkisinin devrine ilişkin hükümlerin de bulunması halinde, esasen bu halde tescil ve ilan öngörülmediği için şirket isterse, yönetim yetkisinin devrine dair bilgilerin tescil ve ilan edilmesini istemeyebilir. Böylesi bir durumda iç yönerge iki ayrı belge şeklinde düzenlenebilecek ve yalnızca temsil yetkisine ilişkin kısmı tescil edilebilecektir<sup>111</sup>.

### C. Yönetim Yetkisini Devralan Kişilerin Bu Yetkilerini Tekrar Devredebilmesi Sorunu

Yönetim kurulu sahip olduğu yönetim yetkisini devrederken, bu yetkiyi kimlere devredeceğini kendisi belirlemektedir. Bu kapsamda yönetim kurulu, TTK m. 367 uyarınca

TTK m. 375/1-d bendi uyarınca azline imkân tanımak uygun olacaktır. Aynı durum TSY m. 70/1-b hükmünde de bulunmaktadır. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 627-628, dn. 643; Ayrıca TTK m. 375/1-d hükmü uyarınca yönetim kurulunun imza yetkilerini belirleme yetkisini üçüncü kişilere bırakıp bırakamayacağı tartışması hakkında bkz. YANLI, **2013**, s. 439; YANLI, **1997**, s. 267; YANLI/OKUTAN NİLSSON, **2014**, s. 22.

107 PULAŞLI, **2014**, §30 N. 528; PULAŞLI, **2013**, s. 39; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 124; Temsil yetkisinin devrinde, *de lege lata* olarak iç yönergede bir düzenleme bulunması gerektiği yönünde görüş için bkz. BAHTİYAR, **2017**, s. 232; KARAHAN/ARSLAN, **2015**, s. 415.

108 PULAŞLI, **2013**, s. 39; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 114, dn. 330.

109 TTK m. 371/7 uyarınca yönetim kurulu, temsile yetkili olmayan yönetim kurulu, üyelerini veya şirkete hizmet akdi ile bağlı olanları, sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğer tacir yardımcılarını olarak atayabilir. İç yönerge ile birlikte bu fıkra uyarınca yetkilendirilen ticari vekil veya diğer tacir yardımcılarını da ticaret siciline tescil ve ilan edilecektir. Söz konusu düzenlemenin amacı, uzun bir süredir uygulamada gerçekleştirilen ama TTK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte çeşitli sicil müdürlüklerince reddedilen sınırlı temsil yetkilerine sahip kişilere ilişkin tescil işlemlerinin, kanuna eklenen bu düzenleme ile yasal bir dayanağa kavuşturulmasıdır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YANLI/OKUTAN NİLSSON, **2014**, s. 9 vd.; ÖZDAMAR, **2014**, s. 149 vd.; DOĞAN, **2011**, s. 125 vd.; AKDAĞ GÜNEY, **2012**, s. 57 vd.; AKDAĞ GÜNEY, **2014**, s. 12 vd.

110 TSY m. 22/2-d (3) uyarınca iç yönergenin ticaret siciline tescilinde, yönetim kurulu veya temsil ve ilzama yetkili üye veya üyeleri tescile yetkili kişilerdir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu tescil ve ilan açıklayıcı niteliktedir. Başka bir ifadeyle iç yönerge, yönetim kurulu tarafından düzenlenmesiyle birlikte hüküm ifade etmeye başlayacaktır. İç yönergenin tescil ve ilan edilmesi halinde ise tescilin olumlu etkisi gündeme gelecek ve böylece yönergede belirtilen yetki sınırları bakımından üçüncü kişilerin iyiniyet iddiaları bertaraf edilecektir. Bkz. YANLI/OKUTAN NİLSSON, **2014**, s. 23 vd.; DEMİREL, Duygu, **Ticaret Sicili**, Ankara 2016, s. 136, dn. 467 ve 231 vd.

111 DOĞAN, **2011**, s. 125 vd.; AKDAĞ GÜNEY, **2012**, s. 57 vd.; YANLI/OKUTAN NİLSSON, **2014**, s. 21.

yetki devrinde bulunduğu kişilerin yetkilerini alacağı bir kararla kaldırabilir<sup>112</sup>. Bununla birlikte yönetim kurulunun haricinde, yönetim yetkisi kendilerine devredilen kişilerin de devraldıkları bu yetkiyi bir başkasına devredip devredemeyecekleri üzerinde durulması gereken bir başka konuyu oluşturmaktadır.

Öğretide bazı yazarlar, yetkiyi devralan kişilerin zaten bu yetki çerçevesinde ikinci devri (tekrar devir) yaparak uygun bir organizasyon tesis etmekle yükümlü olduklarını ileri sürmek suretiyle tekrar devrin mümkün olduğunu kabul etmektedirler<sup>113</sup>. Aksi görüşü savunan yazarlar ise yönetimi devir yetkisinin, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkileri arasında bulunduğunu (m. 367/1; m. 375/1-b ve d) belirtmekte ve bu sebeple yetki devralan yöneticilere, tekrar devir yetkisinin tanınamayacağını ifade etmektedirler<sup>114</sup>. Bu durumu yönetim kurulu ve genel kurul arasındaki işlevler ayrılığına benzeten *Kırca*, yönetim kurulu ve m. 367/1 uyarınca yetkinin devredildiği yönetim arasındaki ilişki için de işlevler ayrılığının benimsenmesinin uygun olacağını belirtmektedir<sup>115</sup>. Bu nedenle söz konusu iki kurumun birbirinin alanına müdahale etmemesi gerekir. Aksi durumun kabulü halinde ise, özellikle de yönetim yetkisinin tamamen devredildiği durumlarda, şirketin yönetiminin ve kanuni sorumluluk düzeninin sulandırılması neticesi gündeme gelebilecektir<sup>116</sup>. Ayrıca TTK m. 375 hükmünün emredici nitelik taşıması sebebiyle, aksi durum m. 340 uyarınca emredici hükümlere aykırılık teşkil edecektir<sup>117</sup>. Bu sebeplerden ötürü yetkiyi devralan yöneticilerin, tekrar yetki devrinde bulunabilmeleri mümkün değildir. Öte yandan bu durum, yönetim yetkisini devralan kişilerin kendilerine bağlı alt kademede ki kişilere atandıkları alanla ilgili sınırlı yönetim yetkisi tanımalarına ya da yetki devri içermeyen TTK m. 366/2 anlamında komite veya komisyon kurmalarına engel teşkil etmemektedir<sup>118</sup>.

112 ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 129.

113 Bazı yazarlar tekrar devre ilişkin esasların iç yönergede tespit edilmiş olmasını şart koşarken, bazıları ise esas sözleşmede veya iç yönergede tekrar devri engelleyen bir hükmün bulunmamasını yeterli görmektedir. Konu hakkında tartışmalar için bkz. DOĞAN, **2011**, s. 235; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 597, dn. 562; İsviçre hukuku açısından alt kademelerde görev yapan yöneticilerin atanmasına dair kararların devredilebileceği belirtilmektedir. Uygulamada genellikle büyük şirketlerde alt kademede ki görevli yöneticilerin üst kademede ki yöneticiler tarafından atandığı görülmektedir. Ancak bu hallerde dahi yapılacak atama için yönetim kurulundan izin alındığı veya kurulun veto hakkı bulunduğu vurgulanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. YANLI, **2013**, s. 441-442 ve dn. 15-16.

114 ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 122; DOĞAN, **2011**, s. 235 vd.; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 597-598.

115 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 597.

116 TEKİNALP, **2015**, N. 12-62; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 597; DOĞAN, **2011**, s. 236-237.

117 Emredici hükümlere aykırılığın sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARASU, **2015**, s. 67 vd.

118 Çoğu zaman yönetimi devralan kişilerin söz konusu araçları kullanmaları özen borcunun gereği gibi yerine getirilmesi için gerekli olmaktadır. Bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 598; Söz konusu hususlar TTK m. 367 kapsamında bir yetki devri oluşturmayacağı için yapılacak işlemler bakımından sorumluluk, usulüne uygun şekilde yönetim yetkisini devralan kişilere ait olmaya devam edecektir.

### III. Yönetim Yetkisinin Devredilebileceği Kişiler ve Yönetimin Organizasyonu

#### A. Yönetim Yetkisinin Devredilebileceği Kişiler

Yetki devri (delegasyon), yetkili organın, münhasıran kendisi tarafından yerine getirilmesi gereken görev ve yetkiler dışında kalan, görev ve yetkilerini kısmen veya tamamen başkasına devredebilmesidir. TTK m. 367 kapsamında yönetim yetkisini devralan kişi, yetkiyi devredenine yerine kaim olmakta ve devredilen yetki bakımından sorumluluğu üstlenmektedir. Bu bakımdan yetkiyi devreden ise devir kapsamında görev ve yetkilerini kaybetmekte ve sorumsuzlaşmaktadır<sup>119</sup>.

TTK m. 367 uyarınca yönetim kurulu, yönetim yetkisini kısmen veya tamamen bir veya birkaç *yönetim kurulu üyesine* veya *üçüncü kişiye* devredebilmektedir. Kurulun yetki devrinde bulunacağı kişilerin bağımsız, karar almada tarafsız ve farklı bakış açıları kazandırabilecek, alınacak kararlara katma değer sağlayabilecek nitelikte olmaları son derece önemlidir<sup>120</sup>. Bu bakımdan yönetim yetkisinin devredileceği kişilerin gerekli bilgi ve deneyime sahip, alanlarında uzman, görüşlerini açık ve net bir biçimde ifade edebilen, yapıcı kişiler olması iyi ve etkin bir yönetim yapısı için elzemdir. Bu şekilde profesyonel yönetici rollerinin ortaya çıkmasıyla birlikte şirketler, etkin bir karar alma mekanizmasına sahip olmayı temelde hedeflemektedirler<sup>121</sup>. Ayrıca kurulun devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerinin kullanılması noktasında önem taşıyan icracı olmayan kurul üyelerinin tespiti de etkin bir yönetim yapısının sağlanabilmesi için gereklidir.

#### B. Yetki Devri İle Yönetim Organizasyonu Arasındaki İlişki

Yönetim yetkisinin devriyle birlikte, yönetim kurulu ile yönetim arasında bir ayrışmaya gidilmektedir. Bu şekilde hem etkin şirket yönetimi için gerekli görevler uzman kişilerin yetkilerine verilmekte hem de sorumluluğun yetkiyi devralanlara ait olmasıyla birlikte, kurulun sorumluluğu sınırlandırılarak (TTK m. 553/2) şirketin üst düzeyde yönetimi ve yöneticilerin üst gözetiminin bağımsız ve etkin şekilde gerçekleştirilebilmesi sağlanmaktadır. Ne var ki, daha önce de belirttiğimiz üzere yönetim kurulu, böylesi bir organizasyonu yetki devri yapmaksızın da gerçekleştirebilir. Esas sözleşmede yetki devrine izin verilmemiş olması ya da iznin varlığına rağmen iç yönergenin hazırlanmamış olması, kurulun fiilen yetkilerini devretmesine engel değildir. Bu şekildeki bir yetkilendirme m. 375/1-d kapsamına da dahildir. Ancak söz konusu hallerde fiilen bir yetki devri yapılmış olsa da alınan ve uygulanan kararlardan kaynaklanan sorumluluk halen yetkilerin asıl sahibi olan yönetim kuruluna aittir. Bu nedenle yetki devrinin m. 367'ye uygun şekilde yapılmasının en önemli sonucu, m. 553/2 anlamında sorumluluğun sınırlandırılması noktasında kendisini göstermektedir. Ayrıca kurumsal yönetim ilkeleri bağlamında, yönetim kurulunun yönetimden gerçek anlamda bağımsızlaşabilmesi (icra ve kontrol işlevinin ayrışması)<sup>122</sup> için yetki devri önemli bir araç niteliği taşımaktadır.

119 TEKİNALP, 2015, N. 12-64; BAHTIYAR, 2017, s. 229; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), 2013, s. 596-597; ÜNAL, Ahmet, 2014, s. 120.

120 ÜNAL, Ahmet, 2014, s. 95.

121 Türkiye Kurumsal Yönetim Derneği (TKYD), **Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Aile Şirketleri Yönetim Rehberi**, 2009, s. 14-15.

122 Yönetim kurulunun bağımsızlığının en önemli unsuru icradan bağımsızlığıdır. Yönetim kurulunun esas gö-

## 1. İcracı Üye ve İcracı Olmayan Üye Kavramları

Yönetim işlevinin devredilmesiyle, yönetim kurulu belli konularda karar alma yetkisini bir ya da fazla üyeye devredebilmektedir. Bu noktada yönetim yetkisinin devredildiği üyeler “*icracı/icrada görevli üyeler*” (*executive director*) olarak adlandırılırken, yönetim yetkisi devredilmeyen üyeler ise “*icracı olmayan/icrada görevli olmayan üyeler*” (*non-executive director*) şeklinde ifade edilmektedir<sup>123</sup>.

İcrada görevli üye, yönetim kurulu tarafından alınan kararları icra eden anlamında değil, bizzat karar alma yetkisine sahip üye anlamına gelmektedir<sup>124</sup>. Kurul üyelerine yapılan yetki devri neticesinde, bu yetkiyi devralan üye hem kurul halinde alınması gereken kararlarda üye sıfatıyla hareket edecektir, hem de yönetim yetkisini devralması sebebiyle sahip olduğu görev ve yetkileri yönetici sıfatıyla yerine getirecektir. Bu bakımdan icracı üyelerin *çift işleve* veya *çift şapkaya* sahip olduğu belirtilmektedir<sup>125</sup>. Böylelikle yönetim ve gözetim şeklindeki iki ayrı görev ve yetkinin, icracı üyelerde birleştiği görülmektedir. Bu durumda icracı üyeler aslında hem kendilerine devredilen yetki ve görevlerin sahibi olacaklar, hem de yönetim kurulunda devredilemez yetkilerin kullanılması sırasında görev alacaklardır. Devredilen yönetim yetkilerini kullanan icracı üyelerin, TTK

---

revi icra yetkisine ve sorumluluğuna sahip kişi ve kişileri seçmek, denetlemek ve kontrol etmektir. Pay sahipliği ve kontrolün ayrışmasıyla birlikte şirketin karar alma süreci, karar yönetimi ve karar kontrolü şeklinde iki ayrı işleve ayrılmaktadır. Bu manada karar yönetimi icracı üyelerin, karar kontrolü ise icrada görev almayan üyelerin uzmanlık ve yetkinlik alanına girmektedir. Böylelikle kurumsal yönetim ilkeleri gereğince icra ve kontrol ayrılığı sağlanmış olmaktadır. Kurumsal yönetim ilkelerine göre icra ve kontrol işlevlerinin ayrışması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EUGENE, F. Fama/JENSEN, Michael C., “Separation of Ownership and Control”, **Journal of Law and Economics**, C. 26, 1983, s. 1-31, (<https://ssrn.com/abstract=94034>) (Erişim Tarihi 23.02.2018); ARARAT/EROĞLU, **2017**, s. 110 vd.; Ayrıca Türkiye’de icra ve kontrolün ayrışmasını engelleyen uygulamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ARARAT/EROĞLU, **2017**, s. 116-118.

123 Öğretide bir görüş icracı olan/olmayan üye ayrımı hakkında, icrada görevli olmayan üyelerden, temsil yetkisi elinden alınmış yönetim kurulu üyelerinin anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu bakımdan icrada görevli olmayan üyelere, temsil yetkisi dışında, yönetsel konularda yetki devri yapılabileceğini, söz konusu kişilerin sıfatının böylesi bir yetki devrine engel olmadığını belirtmektedir. Böylelikle karar alınmasına katılmanın “*icrada görevli olmak*” anlamına gelmediği belirtilmektedir. Bkz. PASLI, **2005**, s. 320-321; DOĞAN, **2011**, s. 114, 117; Fakat icracı üyeleri sadece temsil yetkisine sahip kişiler olarak adlandırıp, icracı olmayan üyeleri ise temsil dışındaki yönetim yetkilerine sahip kişiler olarak belirtmek, kurumsal yönetim ilkeleriyle ulaşılmak istenen hedeften uzaklaşmaya neden olacaktır. İcrai yetkilere sahip olmanın sadece temsil yetkisine sahip olmakla eş değer tutulmasını uygun bulmamaktayız. Şirket yönetiminde takdir yetkileri çerçevesinde etkili kararlar alabilen kurul üyeleri, icracı üyeleri oluşturmaktadır. Ancak bu kişilere uygulamada çoğunlukla temsil yetkisinin de tanındığı, başka bir deyişle genel itibarıyla uygulamada yönetim kavramının geniş anlamıyla kullanıldığı görülmektedir. Bu durumda icracı olmayan üyeler, yönetim yetkisine sahip olmayan, icracı üyelerin denetimi ve gözetiminin sağlanması bakımından faaliyet gösteren, yönetim kurulunun kurul olarak faaliyet gösterdiği alanlarda etkinliği olan kişiler olarak ifade edilebilir. Sonuç itibarıyla denilebilir ki, icrada görevli olmayan üyelerin şirket işleri hakkında alınan kararları uygulama yetkisine sahip olmamaları, aslında geniş anlamıyla yönetim yetkisine de sahip olmamalarından kaynaklanmaktadır.

124 EMİNOĞLU, **2014**, s. 213-214; DOĞAN, **2011**, s. 68; Yönetim yetkisinin devredildiği kişilere (yönetim kurulu üyelerine) öğretide icracı üyeler denilse de uygulamada bu kişilerin koordinatör, direktör, grup müdürü veya başkanı gibi çok farklı terimle adlandırıldığı görülmektedir. Bkz. <http://www.aitinbashingolding.com.tr/kurumsal/ust-yonetim-2/>; <http://www.doganholding.com.tr/hakkinda/yoneticiler.aspx>; <http://www.koc.com.tr/tr-tr/hakkinda/organizasyon-semasi> (Erişim Tarihi 23.02.2018).

125 ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 91, 84-88, 121.



m. 369 uyarınca bu görevlerini, tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmeleri ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyararak gözetmeleri gerekmektedir<sup>126</sup>. Bu durum bir anlamda icracı üyenin gücünü artırmaktadır. Ancak sorumluluk açısından ise icracı üye üzerinde kümülatif bir durum (iki ayrı görevin gerektirdiği sorumlulukların üstlenilmesi halini) yaratmaktadır<sup>127</sup>.

İcraya dair yetkilerin devredilmediği diğer üyeler ise icracı olmayan yönetim kurulu üyelerini oluşturmaktadır. Bu açıdan icracı olmayan üyeler, temel olarak yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerini kullanan ve yönetim yetkisine sahip olmayan kişilerdir<sup>128</sup>. KYİ m. 4.3.2 uyarınca icrada görevli olmayan üyeler, üyelik haricinde şirkette başkaca herhangi bir idari görevi veya kendisine bağlı icrai mahiyette faaliyet gösteren bir birim bulunmayan ve *şirketin günlük iş akışına ve olağan faaliyetlerine müdahil olmayan* kişiler şeklinde tanımlanmıştır<sup>129</sup>.

126 Tedbirli bir yöneticinin özeni kavramının belirlenmesinde esas alınacak ölçüt, ilgili kişinin şahsi nitelikleri veya alana dair uzmanlığı değil; benzer bir şirketteki yönetim kurulu üyesinden beklenmesi mümkün olan özen olarak ifade edilmektedir. İlgili kavrama dair bir değerlendirme yapabilmek için ilk olarak benzer şirket kavramının tespiti gereklidir. Bunun için özellikle şirketin yapısının, faaliyet konusunun ve büyüklüğünün gözetilmesi gerekir. Böylelikle farklı şirketler arasında, çeşitli konularda yönetim kurulu üyelerinden beklenen özenin derecesi değişiklik gösterebilmektedir. Bir diğer kavramı ifade eden tedbirli yöneticinin özeni bakımından ise daha çok hem karar alma süreci üzerinde durulmaktadır. Karar alma sürecinde, kararın alınmasına ilişkin olarak benzer şirketteki kurul üyesinden beklenebilecek hazırlıkların yapılmış olması ve tüm tedbirlerin alınmış olması halinde, sonuçlar beklenildiği gibi olmasa da icracı üye ve/veya yöneticiler üstlerine düşen tedbirli davranma yükümlülüğünün yerine getirmiş sayılacaklardır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, **2004**, s. 93 vd.; AYAN, **2013**, s. 62-74; YAŞAR BOZKURT, **2015**, s. 143-145; ÖZDEMİR, **2017**, s. 122-129; EMİNOĞLU, **2014**, s. 224-226.

127 TEKİNALP, **2015**, N. 12-66; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 532.

128 DOĞAN, **2011**, s. 68; Kurumsal yönetim ilkelerinin bir gereği olarak icrada görevli olmayan üyelerden bazılarının, görevlerini hiçbir etki altında kalmaksızın yapabileme niteliğine sahip bağımsız yönetim kurulu üyesi (*independent board*) olması gerekir (KYİ m. 4.3.3). Şirketin kötü yönetimi sebebiyle ortaya çıkan yolsuzlukların önlenmesi için son derece önem taşıyan bağımsız yönetim kurulu üyelerinin, icrada görevli olmayan üyelerin bir alt kümesini oluşturduğu ifade edilmektedir. Bkz. ARARAT/YURTOĞLU, **2012**, s. 6; EROĞLU, **2014**, s. 53-59; DEMİR, **2013**, s. 64; Ayrıca bağımsız yönetim kurulu üyeliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKORKUT, **2007**, s. 50 vd.; MANAVGAT, **2014**, s. 41-45; ODMAN BOZTOSUN, **2013**, s. 47; EROĞLU, Muzaffer, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurullarında Üye Çeşitliliğinin Sağlanması İçin Belirli Nitelikte Üye Atanmasına İlişkin Zorunlu Kurallar", **YÜHFD**, Prof. Dr. Yaşar Gürbüz'e Armağan, C. XI, S. 2, 2014 - C.XII, S. 1, 2015, s. 586 vd.

129 Şirketin günlük iş akışı ve olağan faaliyetleri icracı üyelere ait olduğu için icracı olmayan üyelerin bu alanda faaliyet göstermemeleri gerekir. Görüleceği üzere icracı olmayan üyeler, kendilerine yönetim veya temsil yetkisi devredilmediği için bu süreçlere katılamayacak, ancak yönetim kurulunun kurul halinde yapacağı faaliyetlere veya alacağı kararlara doğrudan katılım sağlayabilecektir. Dünyadaki pek çok kurumsal yönetim koduna bakıldığında icrada görevli üyeler, görevlerini yerine getirirken icracı üyeler kadar meşgul olmayan ve dış bir göz ile büyük resme daha dikkatli bakabilme şansı bulunan icracı olmayan üyelerin, bu resimdeki noksanlıkları fark edebilmesi ve tedbirli bir yönetici özeni göstererek gereken uyarılarda bulunabilmesi adına gözetim yetkisine sahip olmaları öngörülmüştür. Bkz. DEMİR, **2013**, s. 60-64; İcrada görevli olmayan üyeler, yönetim yetkisinin yanında genelde temsil yetkisine de sahip değildirler. Bu kişiler TTK m. 370/2 uyarınca kendisine temsil yetkisi özgülenen murahhas üyeler dışında kalan üyelerden oldukları için bunların TTK m. 371/7 anlamında sınırlı yetkiye sahip ticari ve vekil veya diğer tacir yardımcıları olarak atanmaları mümkündür. Ne var ki, böyle bir durumda icrada görevli olmayan üyelerin şirketin günlük iş akışına ve olağan faaliyetlerine müdahil olması gerekecek ve bu durum her ne kadar yönetim yetkisine sahip olmasalar da icracı olmayan üye sıfatıyla kanatimizce bağdaşmayacaktır. Temsil yetkisine sahip olmayan üyelerin TTK m. 371/7 hükmüne göre ticari vekil veya diğer tacir yardımcıları olarak atanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YANLI/OKUTAN NİLSSON, **2014**,

Kurumsal yönetim ilkeleriyle birlikte yönetim kurulunun organizasyonu açısından icracı olmayan üyelerin kurulda çoğunlukta olması gerekliliği öngörülümüştür<sup>130</sup>. En az beş üyeden oluşması gereken yönetim kurulunun, çoğunluğunun da icracı olmayan üyelerden oluşması gerekliliği (KYİ m. 4.3.1 ve m. 4.3.2), yönetim kurulunun icradan ayrışmasını sağlamaktadır. Böylelikle icradan bağımsız hareket edebilmesine imkân tanıyarak üst gözetim görevinin gereği gibi yerine getirilmesini ve şirket içi bir denetimin sağlanmasını hedeflemektedir<sup>131</sup>. Bu noktada icrada görevli olmayan üyelerin dışardan bir göz olarak, yöneticilere ışık tutması, yönetim kurulunun da üst gözetim ve danışmanlık işlevleriyle yol gösterip tavsiyede bulunması, şirket içi etkin iç kontrol mekanizmasının kurulmasını sağlayacak<sup>132</sup> ve şirket etkinliğini artıracaktır. Ayrıca bu üyelerin, yönetim kurulu tarafından iç yönergede belirlenecek olan çeşitli komitelerde görev yapmaları da mümkündür (TTK m. 366/2)<sup>133</sup>.

## 2. Yönetici/Müdür Kavramları

Yetki devri sadece yönetim kurulu üyelerine değil, üye olmayan üçüncü kişilere de yapılabilir<sup>134</sup>. Bu şekilde kendisine yönetim yetkisi devredilen üçüncü kişiler “*yönetici ya da icrada görevli yönetici*” (*executive director*) şeklinde ifade edilmektedirler. Yönetimin devredildiği üçüncü kişiler ile şirket arasındaki ilişkiye dair hak ve yükümlülükler, TTK’da öngörülmüş olsa da bu ilişkiye çoğu zaman iş akdi/hizmet sözleşmesi hükümlerinin de uygulandığı görülmektedir<sup>135</sup>.

s. 10-13; ÖZDAMAR, **2014**, s. 157-158.

130 Önetim kurulu üyelerinin tamamı aynı görev sorumluluğunu taşıysalar da üyelerin özgür iradeleriyle şirketin menfaatlerini koruyacak şekilde karar alma yükümlülükleri, üyelerin şirket ve pay sahipleriyle salt kurul üyesi olma dışında herhangi bir ilişkisinin olmaması ve kurulun çoğunlukla icracı olmayan üyelerden oluşmasıyla garanti altına alınmaya çalışılmıştır. Bu bakımda dünyadaki genel kural koyma eğilimi, yönetim kurullarının çoğunun bağımsız/icrada görevli olmayan üyelerden oluşması yönündedir. Özellikle de gelişmekte olan ülkelerde yönetim kurullarının bir iç kontrol mekanizması olarak ele alındığı görülmektedir. Bkz. ARARAT/EROĞLU, **2017**, s. 109 vd.; ARARAT/YURTOĞLU, **2012**, s. 6 vd.; EROĞLU, **2014-2015**, s. 575 vd.

131 İcrada görevli olmayan üyelerin, düalist sistemdeki muadili gibi esas ve öncelikli görevlerinin gözetim ve denetim olmadığı yönündeki görüş için bkz. DEMİR, **2013**, s. 62-63; Aksine icrada görevli olmayan üyelerin esas görevinin, icracı üyelerin faaliyetlerini sürekli ve düzenli bir şekilde gözetmek olduğu yönündeki görüş için bkz. TEKİNALP, **2003**, s. 234; PASLI, **2005**, s. 321; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 23; EROĞLU, **2014**, s. 52-53.

132 LANGEVOORT, **2000**, s. 6-7; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 87, 89; İç denetim, bir şirketin sistem ve süreçlerini geliştirmek ve değer katmak amacıyla gerçekleştirilen bağımsız, tarafsız bir güvence ve danışmanlık faaliyettir. Bu şekildeki denetim, şirketin risk yönetimi, iç kontrol ve kurumsal yönetim süreçlerinin etkinliğini değerlendirmek ve geliştirmek amacıyla yönelik sistemli ve disiplinli bir yaklaşım getirerek, şirketin hedeflerine ulaşmasına yardımcı olur. Bkz. TKYD, **2009**, s. 46-49.

133 Denetim komitesi, mali haklar komitesi, aday gösterme komitesi veya risklerin erken teşhisi komitesi gibi komitelerde icrada görevli olmayan üyeler yer alarak, yönetim kurulunun profesyonel bir şekilde çalışmasına katkı sağlanmakta ve kurumsal yönetim ilkeleri açısından uygun bir işleyiş gösterilmektedir. Bkz. PULAŞLI, **2014**, §30 N. 40-67; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 24, 99, 103-112; AKDAĞ GÜNEY, **2012**, s. 19.

134 Üçüncü kişilere yetki devri yapılması halinde bu yetki yönetim kurulu üyesi olmamasına rağmen şirkette görev sahibi bir kişiye devrediliyorsa, bu kişiler genel müdür ya da müdür şeklinde ifade edilmektedir. Bunun yanı sıra şirket dışındaki bir üçüncü kişiye de yetki devrinin yapılması mümkündür. Bkz. ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 121.

135 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 597.

TTK m. 370/2 hükmünde temsil yetkisinin devredildiği yönetim kurulu üyesi “*murahhas üye*”, üçüncü kişi ise “*müdür*” olarak ifade edilmiştir. Esasen yönetim yetkisinin devrinde ise bu kavramlardan söz edilmemekte, yalnızca “*yönetimle görevli kişiler*” veya “*yöneticiler*” şeklindeki (TTK m. 369 veya m. 553) kavramlara yer verilmiştir. Bu bakımdan kanuni terminolojiden hareket edildiğinde temsil yetkisi devredilmeyen yöneticiler bakımından, murahhas üyelik ve müdürlük kavramlarından söz edilemeyecektir<sup>136</sup>. Ne var ki, eski kanun döneminde ifade edilen bu kavramları günümüzde genel müdür, icra kurulu başkanı<sup>137</sup>, CEO, CFO (chief financial officer) ya da CHRO (chief human resources officer) şeklindeki diğer C seviyesi pozisyonlarının takip ettiği görülmektedir<sup>138</sup>.

136 Murahhaslık kavramını, bir kurul adına bir işi sonuca ulaştırmak için yetkilendirilmiş kişi olarak ifade eden Doğan, TTK m. 370/2 hükmünün lafzına rağmen bu kavramı hem yönetimi hem de temsil yetkisini kapsamına alan geniş bir kurum olarak ele almaktadır. Bkz. DOĞAN, **2011**, s. 67; Yönetimin devri açısından yetki devrinin yönetim kurulu üyelerine devredilmesi halinde murahhas üye, üçüncü kişilere devredilmesi halinde ise murahhas müdür kavramlarının kullanılacağı yönünde bkz. ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), **2014**, N. 536; Oysaki Tekinalp, TTK m. 370 hükmünün lafzından yola çıkarak murahhas kavramının temsil yetkisinin devri ile ilişkili olduğunu, bu bakımdan yalnızca yönetim yetkisinin devredildiği kişilere murahhas denilemeyeceğini, bu kişilere “*yönetim*” denilmesinin daha uygun olacağını belirtmektedir. Yani bir kişinin murahhas olabilmesi için bu kişiye hem yönetim hem de temsil yetkisinin devredilmesi gerekmektedir. Söz konusu bu kavram tartışması, eTK m. 319/2 hükmünde yer alan murahhas kavramının, aynı doğrultuda TTK m. 370/2 hükmünde yer almamasından kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan eTK. 319/2’de yer alan “*temsil salahiyetinin ve idare işlerinin hepsini veya bazılarını idare meclisi azası murahhaslara veya pay sahibi olmaları zaruri bulunmayan müdürlere devri*” ibaresinde yer alan murahhas ve murahhas müdür kavramlarının açıkça hem yönetim hem de temsil yetkisi kendisine devredilen kişiler için kullanıldığı görülmektedir. Bu nedenle Tekinalp, murahhasın yürütme ve imza yetkisinin bulunmasının şart olduğunu belirtmektedir. Bkz. TEKİNALP, **2015**, N. 12-27, 12-68 ve 69; Benzer yönde ARSLANLI, **1959**, s. 135; İsviçre uygulamasında da murahhaslık unvanı, yönetim görev ve yetkisinin devrine, temsil yetkisinin devrinin de eşlik ettiği yönetim kurulu üyesi için kullanılmaktadır. Bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **2013**, s. 595, 627 vd.; AKDAĞ GÜNEY, **2012**, s. 55 vd.; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 126-132; Bu noktada kavram kargaşasına yer vermemek ve kavramları doğru anlamlarıyla kullanmak adına, eski kanun döneminde kabul edildiği üzere murahhas üye (yönetim kurulu üyesi) ve murahhas müdürlerin (üçüncü kişiler), hem yürütme hem de imza yetkilerine sahip olduklarını kabul etmekteyiz. Yönetim yetkisinin devri olmaksızın, yalnızca temsil yetkisinin devrinin mümkün olup olmadığı açısından konuya yaklaşıldığında ise TTK m. 370 ve m. 371 açısından herhangi bir engelin olmadığı görülmektedir.

137 İcra kurulu hakkında ayrıntılı bilgi için aşağıda bkz. III. B. 3.

138 Dünyada küresel bir terim olarak kullanılan ve Türkiye’de genellikle icra kurulu başkanı, genel müdür ya da genel koordinatör olarak tanımlanan CEO, kurumsal yönetim ilkeleri kapsamında icra-kontrol ayrımının kaçınılmaz bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır. İcra kurulu ile CEO kavramlarının görevleri temelde benzer gibi görünse de unutulmamalıdır ki, söz konusu kavramlar kanunlarda yer almamaktadır. Bu bakımdan her zaman icra kurulu başkanı ile CEO aynı kişi olmak zorunda değildir. Şirketin genel anlamdaki yönetiminden ayrılarak, daha özellikli bir alana özgü yönetici konumunu ifade eden CFO kavramı ise şirketteki finans fonksiyonunu en üst düzeyde temsil eden ve tüm finans organizasyonu ile süreçlerinden sorumlu olan, mali işler başkanı ya da finans baş sorumlusu şeklinde adlandırılan yönetici olarak tanımlanabilir. CHRO ise şirketteki insan kaynaklarından sorumlu başkan veya direktör şeklinde ifade edilebilen bir üst düzey yönetici pozisyonudur. Belirtilebilir ki, söz konusu kurumlar yasal mevzuatta yer almadıkları için her şirkette farklı görünüme sahip olabilmektedirler. Bu açıdan ilgili kurumlara ait olan yetki ve görev sınırları, bu konuda geniş takdir yetkisine sahip yönetim kurulları tarafından, şirketlerin özellikleri göz önünde bulundurularak hazırlanacak yönetim teşkilatı (yetki devri var ise iç yönerge) ile tespit edilecektir. İlgili kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PULAŞLI, **2007**, s. 21 vd.; DEMİR, **2013**, s. 53; ÜNAL, Ahmet, **2014**, s. 96-97, 133-138 vd.; DOĞAN, **2011**, s. 58-59; HARVARD BUSINESS REVIEW TÜRKİYE, **CHRO'lardan Neden Harika CEO'lar Çıkıyor?** (Şubat-Mart 2016), s. 18-20; DELOITTE, **CFO Nedir? Ezberi Bozuyoruz?**, Deloitte CFO Serisi 1, Mayıs 2010, s.1; ALTAY, Sıtkı Anlam, **Şirketin Merkezine Doğru Yolculuk: CEO**, Deloitte, İstanbul 2016, s. 2 vd.

Bu noktada hukuki açıdan asıl önem taşıyan husus, kendisine yönetim yetkisi tanınan yöneticinin hangi isimle anıldığı değil, TTK'nın şirketin yönetim ve temsiliyle ilgili hükümlerine (m. 365 vd.) göre hangi yetkilerin kendisine özgü olduğu<sup>139</sup>.

Şirketin icrai faaliyetlerini yürüten kişilerin başında olması ve sahip olduğu yönetim yetkisi kapsamında CEO, şirketin tepe noktasında (üst yönetiminde) bulunan lider kişiyi (icranın başını) ifade eder<sup>140</sup>. Bu anlamda, diğer icracı üyelerden ve şirketin günlük yönetimiyle aktif olarak ilgilenen yöneticilerden farklı bir konumdadır<sup>141</sup>. CEO, şirketin işlerine ilişkin kararları almakta ve şirketin bilgi ağının merkezinde bulunmaktadır. Bu bakımdan da şirkete ilişkin bilgilere herkesten daha rahat bir şekilde ulaşarak, yönetim kuruluna sunulacak bilgileri kontrol edebilmektedir. Bu anlamda yönetim kurulu tarafından iyi bir üst gözetimin sağlanamaması ve üst düzey yöneticiler tarafından verilen kararlara çok fazla güvenilmesi halinde, şirketin kötü yönetilmesine sebebiyet verilebilir<sup>142</sup>. Bu sebeplerden ötürü, yöneticilerin sıkı bir denetim ve gözetime tabi tutulması son derece önemlidir<sup>143</sup>.

### 3. İcra Kurulu Kavramı

Yönetimin devri, m. 367/1 uyarınca yönetim kurulu üyelerinden ve/veya üçüncü kişilerden birine veya bu kişiler arasından birden fazla kişiye karşı yapılabilir. Bu tamamen şirketin işlettiği işletmenin kapsam ve büyüklüğü ile yönetim kurulunun tercihine bağlıdır. Birden fazla kişiye devir halinde her kişiye ayrı ayrı görev ve yetki verilebileceği gibi, aynı görev ve yetkiler birlikte de devredilebilir. Yetkilerin birlikte devri halinde karşımıza "icra kurulu" (*executive committee*) kavramı çıkmaktadır. Bu kurulun çalışma usulüne dair kuralların iç yönergede belirtilmesi gerekmektedir. Ayrıca yönetim kurulunun çalışma usulü için öngörülen düzenlemeler, bu kurulun yapısıyla bağdaştığı ölçüde icra kurulunun yönetimi için de uygulanabilecektir<sup>144</sup>.

İcra kurulu, şirketin üst düzey yöneticilerinden oluşan bir kuruldur. Şirket yönetimine ilişkin yeterli tecrübeye, bilgi birikimine ve zamana sahip kişilerden oluşan icra kurulunda, yönetim yetkileri kullanılmaktadır. İcra kurulu, yönetim yetkisinin devredildiği icracı üyelerden oluştuğu için hukuki niteliği de bu kişilerin hukuki niteliği ile aynıdır. Başka bir deyişle icra kurulu, yönetim kurulunun devredilen yetkilerini kullanarak şirketin yönetimini sağlayan bir kurumdur<sup>145</sup>.

139 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), 2013, s. 596.

140 PULAŞLI, 2007, s. 20 vd.; ÜNAL, Ahmet, 2014, s. 133 vd.; ALTAY, 2016, s. 2 vd.

141 PULAŞLI, 2007, s. 21 vd.; DEMİR, 2013, s. 53; ÜNAL, Ahmet, 2014, s. 96-97, 133-138.; DOĞAN, 2011, s. 58-59.

142 ÜNAL, Ahmet, 2014, s. 96-97.

143 Bkz. KYİ m. 4.2.5 ve m. 4.2.6; Ayrıca bkz. PULAŞLI, 2007, s. 31; DOĞAN, 2011, s. 66; DEMİR, 2013, s. 55.

144 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), 2013, s. 596-597.

145 Şirket yönetiminde hızlı ve etkili kararlar alınabilmesi için kurulan bir kurum olup, yönetim kurulu üye sayısının fazla olduğu şirketlerde karar alınmasını kolaylaştırmak veya şirket yönetiminin profesyonel kişiler eliyle yürütülmesinin tercih edildiği şirketlerde kurulmaktadır. Bu kurum Amerika ve İsviçre hukukunda kendisine yer bulan ve Türk hukukunda da uygulamayla birlikte ortaya çıkmış, kendisine özgü bir kurumu ifade etmektedir.

Yönetim yetkisini devralan icracı üyelerin veya yöneticilerin, icra kurulu altında birlikte çalışmalarını, ancak esas sözleşmede veya iç yönergede bir hüküm bulunması halinde mümkündür<sup>146</sup>. Bu şekilde bir düzenleme olmadıkça yetki sahibi kişiler, kurul halinde çalışmak zorunda değildir. Öğretide icra kurulunun oluşturulması ve kurul halinde çalışmanın zorunlu tutulması halinde, kurul üyelerinin icra kuruluna devredilen yetkileri tek başlarına kullanamayacakları ifade edilmiştir<sup>147</sup>. Söz konusu düzenleme tamamen esas sözleşme ve yönetim kurulu tarafından çıkarılacak iç yönergeye bağlı olduğu için yetkilerin bu şekilde kullanımı istenirse, buna uygun davranılması gerekir. Aksi durum ise sorumluluğa neden olacaktır. Öte yandan icra kurulu, kendisine devredilen yetkileri, kimseye devredemez; zira devretse bile bu hukuka uygun bir yetki devri olmadığı için yapılan işlemlerden kurul olarak sorumlu olmaya devam edecektir<sup>148</sup>.

İcra kurulunun temel fonksiyonu, kendisine devredilen yetkiler çerçevesinde şirketi yönetmek ve yöneticileri gözetmektir. TTK m. 375/1-e uyarınca üst gözetim görevi yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında sayıldığından, öğretide icra kurulunun gözetim görevinin işlevsiz kaldığı ifade edilmektedir<sup>149</sup>. Belirtildiği üzere gözetim yetkisinin esas sahibi yönetim kuruldur ve bu yetki devredilemez yetkilere aittir. Bu nedenle icra kurulunun temel fonksiyonları arasında sayılan yöneticilerin gözetiminden kasıt, yönetim kurulunun bu devredilemez yetkisinin kullanılması değildir. Burada esasen kastedilen, icra kurulunun yöneticilerle daha yakın ilişki içerisinde bulunması sebebiyle sahip olabileceği etkin gözlemi, yönetim kurulu ile paylaşması ve kurulun bu noktada karar alabilmesine yardımcı olmasıdır.

## Sonuç

Yönetim kurulu, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkili, şirketin yönetim ve temsil organıdır (TTK m. 365). Bu açıdan şirketin yönetim işlevi bir bütün halinde yönetim kurulunun görevinin bir parçasıdır. Ancak TTK ve KYİ ışığında anonim şirketlerin yönetimi açısından, daha profesyonel bir yönetim anlayışına kavuşabilmek için yönetim kurulu ile yöneticilerin görevleri arasında bir ayrışmaya (icra-kontrol ayırımına) gidilmesi hedeflenmektedir. Bu organizasyonun gerçekleştirilmesindeki en önemli araç ise yönetim yetkilerinin kısmen veya tamamen yönetim kurulu üyelerine ve/veya üçüncü kişilere devredilmesidir.

Bkz. ÜNAL, Mustafa, **1982**, s. 71-72; DOĞAN, **2011**, s. 57-59.

146 ÜNAL, Mustafa, **1982**, s. 71; DOĞAN, **2011**, s. 58.

147 DOĞAN, **2011**, s. 60.

148 Kurul halinde çalışma zorunluluğu getirilmeden de icra kurulu oluşturulabilir ve sadece belli yöneticilerin bu kurula üye olacakları belirtilebilir. Bu kurula kimlerin üye olacağına, yetki ve görevlerinin neler olacağına ve nasıl çalışacağına, yönetim kurulu tarafından hazırlanacak iç yönergede açıkça düzenlenmesi gerekir. Uygulamada çoğu zaman icra kuruluna, yönetim kurulunun devredilemez yetkileri dışındaki tüm yetkilerin devredildiği görülmekte, hatta icra kurulunda icracı yönetim kurulu üyelerinin de bulunması halinde yönetim kurulunun devredilemez yetkilerinin de fiilen kullanıldığı ileri sürülmektedir. Bkz. DOĞAN, **2011**, s. 59-60 vd.

149 DOĞAN, **2011**, s. 57.

Böylesi bir organizasyonla şirket yönetiminin sağlanması, kurulun daha derin ve uzmanlık gerektiren bir faaliyette bulunmasına imkân tanımaktadır.

Yönetimin devri için esas sözleşmede yönetim kuruluna yetki verilmesi ve iç yönerge hazırlanmasıyla, yönetim kurulu bir karar olarak yönetim yetkisinin, [TTK m. 375 hükmü başta olmak üzere yönetim kurulunun kurul halinde kullanmasını gerektiren tüm devredilemez ve vazgeçilemez yetki ve görevleri hariç olmak üzere], tamamını veya bir kısmını üyelere ve/veya üçüncü kişilere devredebilecektir. Yetki devrinin kapsamı, ilgili mevzuat çerçevesinde belirlenen yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkileri en üst sınırı oluşturmak üzere, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında takdir yetkisi içinde karar alabilmeye imkân tanıyan yetkilerden oluşmaktadır. Bunun dışında kalan şirketin günlük ve rutin işlerine dair yetkilerin devrindeyse, bu hususlar iç yönergede düzenlenmiş olsa bile m. 367 anlamında gerçek bir yetki devri sayılmayacaktır.

Yönetim yetkisinin tamamen devrinde de kurul, uhdesinde devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerini taşımakta ve bu sebeple de gözetim sorumluluğu devam etmektedir. Yönetimin kısmen devrinde ise kurul, münhasır yetki ve görevlerinin yanında ek olarak devir yapılmayan alanlara ilişkin olarak şirketin işletme konusunun yerine getirilmesi için gereken işler hakkında karar alma yetkisini sürdürmektedir.

Yönetimin devri için esas sözleşmede devrin yapılmasına imkân tanıyan bir hükmün bulunması zorunludur. Bu bakımdan esas sözleşme değişikliği niteliğinde olmayan bir genel kurul kararıyla yetki devrine izin verilmesi mümkün değildir. Yetki devrine izin veren esas sözleşme hükmüyle yetki devrinin sınırları ise belirlenebilir. Yönetim yetkisinin devri hakkında esas sözleşmeyle kişi, konu veya yönetim kurulu toplantı/karar nisabı bakımından bazı sınırlandırmalar öngörülebilir. Ancak bu hususlar dışındaki sınırlandırmalar, TTK m. 340 anlamında batıl olacaktır. Devir için ikinci şekil şartını ifade eden ve şirketin örgüt şemasını ifade eden iç yönergenin, yönetim kurulu tarafından hazırlanması ve kabul edilmesi gerekmektedir. Bu noktada öğretideki farklı görüşlere rağmen, yönetim yapısını belirlemek TTK m. 375/1-b ve d anlamında yönetim kuruluna aittir. Yani yönetim organizasyonunun belirlenmesi münhasıran yönetim kurulunun yetkisindedir. Bu nedenle de iç yönergeyi yönetim kurulu düzenlemeli ve onaylamalıdır. Yönetim kurulu alacağı bir kararla yönetim yetkisini devredebileceği kişileri yalnızca kendisi seçecektir. Kurul tarafından kendisine yönetim yetkisi devredilen kişilerin, bu bağlamda yetkilerini tekrar devredebilmeleri ise TTK m. 375 hükmünün emredici niteliği karşısında mümkün değildir. Ayrıca söz konusu iç yönergenin, yönetim teşkilatından farklı olarak, yönetim yetkisinin TTK m. 367 kapsamında devri halinde düzenlenmesi şart kılınmıştır.

Yönetim yetkisinin devri bakımından düzenlenen iç yönergenin ticaret siciline tescil ve ilanı öngörülmemiştir. Bu nedenle yönetim kuruluna, istemde bulunan pay sahiplerine ve korunmaya değer menfaatlerini ispatlayan alacaklılara yazılı şekilde bildirimde bulunma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu kişilerin istemlerinin gereği gibi yerine getirilmemesi halinde ise ilgililere eda davası ile mahkemeden bu bilgilere erişim imkanının tanınması veya bir zararın meydana gelmesi halinde sorumluluk davası açılmalarının mümkün olması gerekir.

Yönetimin devri, kural olarak temsil yetkisinin devrini içermez. Her ne kadar uygulamada bu iki yetki birlikte devrediliyor olsa da yönetim yetkisini devretmesiyle birlikte yöneticiler doğrudan temsil yetkisini haiz olmazlar. Temsil yetkisinin de ayrıca ve açıkça devredilmesi gerekir. Bu noktada öğretide temsil yetkisinin devri için de m. 367 hükmündeki usulün uygulanacağı ileri sürülmesine rağmen m. 370 hükmünde böylesi bir düzenlemenin yer almaması ve m. 375/1-d hükmünün emredici niteliği karşısında bu usulün uygulanmasının şart olmadığını düşünmekteyiz. Ne var ki, m. 371/7 hükmüyle sınırlı yetkili temsilci tayininde ise m. 367 hükmündeki usule uygun şekilde hazırlanacak iç yönergenin ticaret siciline tescil ve ilanı şart kılınmıştır.

Yönetim yetkisinin devri ile yönetim organizasyonuna ait bazı kavramlar arasında yakın ilişki bulunmaktadır. Bu anlamda yönetim yetkisinin devrine dair sonuçlar, yetki devredilen icracı üye ve yöneticiler ile icracı olmayan üyelerin yetki kapsamı bakımından önem arz etmektedir. İcracı olup/olmama arasındaki sınırın belirlenmesi, hangi yetkilerin icracı üye ve yöneticilere devredilebileceği, hangi yetkilerin ise icracı olmayan üyelerin uhdesinde bırakılacağına tespitini açısından yetki devri belirleyici noktayı oluşturmaktadır. Ancak vurgulanması gerekir ki, m. 367'ye uygun yetki devrinde bulunulmasının en önemli sonucu m. 553/2 anlamında sorumluluğun sınırlandırılması noktasında kendisini göstermektedir. Yönetim kurulunun sorumluluğunun sınırlandırılması söz konusu olmaksızın, başka bir deyişle m. 367'ye uygun bir yetki devri yapılmaksızın da şirketin yönetim organizasyonu belirlenebilir. Fakat böyle bir fiili yetkilendirme halinde kurul, hem alınan ve uygulanan kararlardan dolayı sorumlu olmaya devam edecektir hem de kurumsal yönetim ilkeleri bağlamında icra-kontrol ayrışması sağlanamayacaktır.

---

## KAYNAKÇA

---

- AKDAĞ GÜNEY, Necla, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- AKDAĞ GÜNEY, Necla, "6552 Sayılı Torba Kanun ile TTK md. 371'e Eklenen Yedinci Fıkra ile İlişkin Değerlendirmeler", **Arslanlı Bilim Arşivi, Elektronik Nehir Dergi**, <http://www.arslanlibilimarsivi.com/node/25>, (Yayın Tarihi: 13.11.2014), 2014: 1-25.
- ALTAY, Sıtkı Anlam, **Şirketin Merkezine Doğru Yolculuk: CEO**, Deloitte, İstanbul 2016.
- ARAL, Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- ARARAT, Melsa/YURTOĞLU, Burçin, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun 'Kurumsal Yönetim' Konulu Tebliğleri ile İlgili Genel Değerlendirme ve Yorum", **Sabancı Üniversitesi Corporate Governance Forum of Turkey**, Working Paper Series, 22.02.2012, (<http://research.sabanciuniv.edu/18885/1/TebliğSon.pdf>) (Erişim Tarihi 23.02.2018).
- ARARAT, Melsa/EROĞLU, Muzaffer, "Yönetişim (Kurumsal Yönetim) Kalitesi Açısından İcra Ve Kontrol İşlevlerinin Ayrılışı", **KHÜHFD**, C. 5, S. 1, 2017: 109-122.
- ARSLANLI, Halil, **Anonim Şirketler II**, Anonim Şirketin Organizasyonu, İstanbul 1959.

- AYAN, Özge, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhhalinin Sonuçları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- BAHAR SAYIN, Hediye, **Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- BAHTİYAR, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.
- BAHTİYAR, Mehmet/HAMAMCIOĞLU, Esra, **Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- BİÇER, Levent/HAMAMCIOĞLU, Esra, "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı (TTK m. 408/2-f)", **KHÜHFD**, C. 1, S. 1, Haziran 2013: 33-52.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, **Şirketler Hukuku**, 9. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa 2013.
- ÇAMOĞLU, Ersin/POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal, **Ortaklıklar Hukuku I**, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- DELOITTE, **CFO Nedir? Ezberi Bozuyoruz?**, Deloitte CFO Serisi 1, Mayıs 2010.
- DEMİR, H. Erdal, **Sermaye Piyasası Kurulu'nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- DEMİREL, Duygu, **Ticaret Sicili**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- DOĞAN, Beşir Fatih, **6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- DOĞAN, Beşir Fatih, "Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri", **MÜHF-HAD**, C. 18, S. 2, 2012: 609-640.
- EMİNOĞLU, Cafer, **Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- EROĞLU, Muzaffer, "Payları Borsada İşlem Gören Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yeni Sistem", **LHD**, C. 12, S. 136, 2014: 31-71.
- EROĞLU, Muzaffer, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurullarında Üye Çeşitliliğinin Sağlanması İçin Belirli Nitelikte Üye Atanmasına İlişkin Zorunlu Kurallar", **YÜHFD**, Prof. Dr. Yaşar Gürbüz'e Armağan, C. XI, S. 2, 2014 - C.XII, S. 1, 2015: 575-630.
- EROĞLU, Muzaffer/DEMİR, Aybüke, "Anonim Şirkette Organlar Arası İşbölümü ve Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri", **KHÜHFD**, C. 2, S. 2, Aralık 2014: 79-99.
- EUGENE, F. Fama/JENSEN, Michael C., "Separation of Ownership and Control", **Journal of Law and Economics**, C. 26, 1983: 1-31, (<https://ssrn.com/abstract=94034>) (Erişim Tarihi 23.02.2018)
- GÖKTÜRK, Kürşat, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuki Belirlilik Sorunu", **TBBD**, S. 114, 2014: 179-200.
- GÖKTÜRK, Kürşat, "Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi", **İNÜHFD**, C. 2, S. 2, 2011: 207-247.
- HACİMAHMUTOĞLU, Sibel, **AT ve Türk Hukukunda Anonim Ortaklığın Karar Alma Sürecinde Yönetim Kurulunun Yapısı ve Çalışanların Katılımı**, Ankara 2008.
- HARVARD BUSINESS REVIEW TÜRKİYE, **CHRO'lardan Neden Harika CEO'lar Çıkıyor?** (Şubat-Mart 2016), 2016: 18-20.
- KARAHAN, Sami (Edit), **Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Mimoza Yayıncılık, Konya 2015.
- KARASU, Rauf, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- KAYIHAN, Şaban, **6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Üst Gözetim**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.
- KENDİGELEN, Abuzer, **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku C.1**, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013.



- KIRCA, İsmail, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi - Özen Borcu", **BATİDER**, C. XXII, S. 3, 2004: 85-96.
- KOÇER, Burak, **İçsel Bir Yönetişim Mekanizması Olarak Yönetim Kurulu Yapısı ve İşlevleri Üzerine Bir Araştırma**, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara 2006.
- LANGEVOORT, Donald C., "The Human Nature of Corporate Boards: Law, Norms and the Unintended Consequences of Independence and Accountability", **Georgetown Law and Economics Research Paper No. 241402**, September 2000, s. 6-7; ([http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=241402&high=%20langevoort](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=241402&high=%20langevoort)) (Erişim Tarihi 23.02.2018).
- MANAVGAT, Çağlar, **Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2016.
- MANAVGAT, Çağlar, "Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlevleri ve Sahip Olmaları Gereken Nitelikler", **BATİDER**, C. XXX, S. 1, 2014: 36-75.
- NOMER, Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.
- ODMAN BOZTOSUN, Ayşe, **Hukuksal Açıda Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- OECD, **G20/OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri 2015**.
- OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk**, 22. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- ÖZDAMAR, Mehmet, "6552 Sayılı Kanun ile TTK'da Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Anonim Şirketin Temsili", **GÜHFD**, C. XVIII, S. 3-4, 2014: 137-164.
- ÖZDEMİR, Semih Sırrı, **İş Adanı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- ÖZEL, Yener D., "Enerji Devi Enron'un Çöküşü ve Etkileri", **Özgün Ekonomi ve Makale Arşivi**, [https://www.ekodialog.com/Makaleler/enron\\_enerji\\_devi\\_cokusu.html](https://www.ekodialog.com/Makaleler/enron_enerji_devi_cokusu.html) (Erişim Tarihi 23.02.2018).
- ÖZGEN, Hüseyin, "İşletmelerde Organizasyon Geliştirme Üzerine Bir Uygulama", **AÜSBFD**, C. 42, S. 1, 1987: 187-199.
- ÖZKORKUT, Korkut, **Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007.
- ÖZKORKUT, Korkut, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013.
- PASLI, Ali, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (Corporate Governance)**, 2. Baskı, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul 2005.
- PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- PULAŞLI, Hasan, "Anonim Şirketler Hukukunda CEO'nun Hukuki Durumu", **BATİDER**, C. XXIV, S. 1, 2007: 17-62.
- PULAŞLI, Hasan, "Anonim Şirketlerde İç Yönerge", **LHD**, C. 11, S. 125, Mayıs 2013: 35-45.
- PULAŞLI, Hasan, **Corporate Governance, Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2010.
- PULAŞLI, Hasan, "Yeni Tüzük Hükümlerine Göre Avrupa Anonim Şirketi", **BATİDER**, C. 21, S. 4, 2002: 5-26.
- PULAŞLI, Hasan, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu", **BATİDER**, C. XXV, S. 1, 2009: 27-63.
- ŞENER, Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- TBMM Genel Kurul Tutanağı**, 23. Dönem, 5. Yasama Yılı, 51.Birleşim, ([https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak\\_g\\_sd.birlesim\\_baslangic?P4=20839&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=143](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=20839&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=143)) (Erişim Tarihi 23.02.2018).
- TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

- TEKİNALP, Ünal, "Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının ve Yönetim Denetim Felsefelerinin Dinamikleri ile Bunlar Arasındaki İlişki", **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan**, Ankara 2003: 227-252.
- TURANLI, Hüseyin, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü", **GÜHFD**, C. XVII, S. 1-2, 2013: 939-960.
- TÜRKİYE KURUMSAL YÖNETİM DERNEĞİ (TKYD), **Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Aile Şirketleri Yönetim Rehberi**, 2009.
- ÜNAL, Ahmet Cemil, **Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde CEO'nun Hukuki Konumu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- ÜNAL, Mustafa, "Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması", **BATİDER**, C. XI, S. 3, 1982: 49-89.
- YANLI, Veliye, "İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda 'İşbölümü İlkesi' ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri", **İÜHF**, C. LV, S. 3, 1997: 261-277.
- YANLI, Veliye, "Anonim Şirketlerde İmza Yetkilileri Sadece Yönetim Kurulu Tarafından Mı Atanabilir?", **İÜHF**, C. LXXI, S. 2, 2013: 439-448.
- YANLI, Veliye/OKUTAN NİLSSON, Gül, "Anonim ve Limited Şirketlerde Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini", **BATİDER**, C. XXX, S. 4, 2014: 5-42.
- YAŞAR BOZKURT, Sevgi, **Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.

# 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun Ardından Kanun Yapma Yöntemi<sup>1</sup>

Hakemli Makale

**İsmail YÜKSEL**

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

---

## İÇİNDEKİLER

---

I. Giriş.....	253
II. Başkanlık Sisteminin Kanun Yapma Sürecine Etkisi.....	254
III. Genel Yasama Yöntemi .....	256
A. Teklif.....	256
B. Görüşme.....	259
1. Komisyon Aşaması .....	259
2. Genel Kurul Aşaması.....	261
C. Kabul .....	263
D. Cumhurbaşkanı'nın Geri Gönderme Yetkisi.....	263
IV. Bütçe ve Kesin Hesap Kanunları.....	265
V. Uluslararası Antlaşmaların Onaylanmasının Uygun Bulunmasına Dair Kanunlar.....	267
VI. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri.....	269
A. Olağan Dönemde Çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri .....	269
B. Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri .....	270
VII. Sonuç.....	271
KAYNAKÇA .....	272

---

1 Bu çalışma İ.D. Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsünde yürütülen doktora tez çalışmasından türetilmiştir.

---

**ÖZET**

---

On 16<sup>th</sup> of April 2017, Act no.6771 was adopted by a referendum, amending 70 articles of the Constitution of Republic of Turkey. Act no.6771 stands out from the previous amendments to the thirty-five-year-old constitution not just by its sheer extent but also by the radical changes it made to the system of government. Following the next parliamentary elections Turkey will leave the camp of parliamentary systems and transform into a presidential system. This momentous change will force several legal reforms, one of which is an extensive overhaul of the rules of the parliament. House rules of the Grand National Assembly of Turkey that has been tailored for a parliamentary system more than a hundred years ago and has survived all the upheavals of 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> century with minor alterations is also about to change. Current rules of the parliament ratified in 1973 allows and even urges cabinet to lead the legislative process as expected in a parliamentary system where such a role is barred by the separation of powers doctrine in a presidential system. This article focuses on the powers granted to the executive branch by the rules of the parliament in legislative process and submits suggestions as to how the current rules shall be amended to accommodate a presidential system and separation of powers.

**Anahtar Kelimeler**

6771, kanun, içtüzük, yöntem, TBMM

---

**ABSTRACT**

---

**Law Making Procedure after Constitutional Amendment Act No. 6771**

16 Nisan 2017 tarihinde referandum ile kabul edilen 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun 135 yıllık Anayasa'nın 70 maddesini değiştirerek bugüne kadar yapılan değişikliklerden hem geniş kapsamı hem de hükümet sisteminde yaratacağı radikal değişimle ayrılmaktadır. Bir sonraki genel seçimlerden itibaren Türkiye parlamenter sistemi terk edecek ve başkanlık sistemine dönüşecektir. Bu büyük anayasal değişim bir dizi hukuk reformunu da zorunlu kılmaktadır. Yeni hükümet sistemine uyumlu hale getirilmesi gereken kuralların başında ise TBMM içtüzüğü gelmektedir. Neredeyse yüz yıl önce parlamenter sistemin ihtiyaçları düşünülerek hazırlanmış ve küçük değişikliklerle 19. ve 20. yüzyılın buhranlı dönemlerini atlatan parlamento hukukumuz büyük bir değişimin arifesindedir. 1973 yılında kabul edilen içtüzük, yürütme organının yasama sürecine katılmasına izin veren ve hatta teşvik eden kurallar barındırmaktadır. Parlamenter sistemlerde olağan olan bu etkileşim sert kuvvetler ayrılığı ilkesi üzerine inşa edilmiş olan başkanlık sistemine uygun değildir. Bu makale mevcut içtüzük kurallarından başkanlık sistemine ve sert kuvvetler ayrılığına uygun hale getirilmesi için yapılması gerekli değişiklikleri ele almaktadır.

**Keywords**

6771, bill, house rules, procedure, GNAT

## I. Giriş

Parlamentolar zaman içinde oldukça kalabalık kurullar halini almışlardır. En küçük parlamentoların dahi yüzün üzerinde üyesi bulunduğu düşünülürken<sup>1</sup> bu kurulların kendi işleyişlerini düzenleyen kurallara duydukları ihtiyaç ve bu kurulların kaçınılmazlığı rahatlıkla anlaşılabilir. Bu kuralları ise anayasa, içtüzük, kanunlar ve teamüller sağlamaktadır. Anayasalar parlamentonun kuruluşu ve işleyişine ilişkin genel kurallar koyarken kurulların detayları genelde içtüzüklerde düzenlenir.<sup>2</sup> İchtüzük, "kural üretmenin hukuki kurallarını" saptayan bir metindir.<sup>3</sup> Meclis Başkanlık divanı, komisyonlar ve parti grupları gibi meclisin kuruluşuna; toplantı ve oylama çoğunluğu, kolluk, disiplin işleri, gündemin oluşturulması, denetim araçlarının kullanılması gibi meclisin işleyişine ilişkin kurallar içtüzük adını verdiğimiz belgede toplanmıştır. İchtüzük kısaca "*parlamentonun çalışmasını tanzim eden metin*"<sup>4</sup> veya "*parlamento hayatının Anayasası*"<sup>5</sup> şeklinde tanımlanabilir. Parlamento hukukunun ülkemizdeki asli kaynağını da 5 Mart 1973 tarihinde kabul edilen 584 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi<sup>6</sup> İchtüzüğü<sup>7</sup> oluşturur.

Basit çoğunlukla değiştirilebilecek olmasına rağmen İchtüzük hukuk düzenimizdeki en yaşlı belgelerden birisidir. 1961 Anayasası'nın kurduğu çift meclisli parlamentonun sadece bir kanadında, Millet Meclisi'nde, uygulanmak üzere kabul edilmiş İchtüzük'e kıyasla anayasalarımızın ömrü dahi oldukça kısadır. 1 Eylül 2017 tarihinde yürürlüğe girişinin 44. yılını devirecek olan emektar İchtüzük daha uzun yıllar parlamentomuza hizmet etmeye devam edecek gibi durmaktadır. Bununla beraber 6771 sayılı kanun'un tüm hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle beraber, 140 yıllık parlamenter sistem yerini başkanlık sistemine bırakacak ve bu nedenle bir dahaki milletvekili genel seçimlerinin ardından kurulacak başkanlık divanı birçok maddesi değişmiş bir İchtüzük ile yeni yasama dönemine başlayacaktır.

Her ne kadar Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri<sup>8</sup> TBMM'nin kanun yapma görevinden kaynaklanan iş yükünün bir kısmını azaltacak olsa da mevcut kanun yapma yönteminin sorunlarının tamamına çözüm olamayacaktır. Buna karşın hükümet sistemi değişikliğinin gürültüsü arasında kanun yapma yönteminin daha etkin ve daha demokratik hale getirilmesi ülke gündeminin arka sıralarında kalmaya ne yazık ki devam edecektir. Bu makale de kanun yapma sürecinin nasıl iyileştirileceğine değil 6771 sayılı kanun

1 ONAR, Erdal, "Dünyada Parlamento Kavramının Doğuşu, Gelişimi ve Bugünkü Görünümü", **Milli Egemenlik ve Demokrasi Kurultayı**, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, 77, Ankara: TBMM Basımevi, 1995, (s. 43-57), s. 51.

2 ARMAĞAN, Servet, **Memleketimizde İchtüzükler**, İ.Ü.H.F Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s. 3.

3 İBA, Şeref, **Anayasa ve Parlamento Üzerine İncelemeler**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2010, s. 5.

4 ARMAĞAN, 1972, s. 3.

5 TUNAYA, Tarık Zafer, **Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, 3. baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975, s. 91.

6 Buradan itibaren "TBMM" olarak kısaltılacaktır.

7 Buradan itibaren "İchtüzük" olarak kısaltılacaktır.

8 Buradan itibaren "CBK" olarak kısaltılacaktır.

nedeniyle acilen yapılması gereken değişikliklere odaklanmaktadır. Çalışmanın kaleme alındığı sırada, 27 Temmuz 2017 tarihinde kabul edilip 1 Ağustos 2017 tarihli ve 30141 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1160 sayılı TBMM kararı, başkanlık sistemine geçilmesinin gerektirdiği değişiklikler yerine, usul tartışması, yoklama ve açık oylama gibi muhalefetin sıkça başvurduğu engelleme araçlarına<sup>9</sup> ve disiplin cezalarına yönelik olmuştur. Bu nedenle 1160 sayılı kararın incelenmesine bu çalışmada yer verilmemiştir.

Bu satırları takip eden ikinci bölüm parlamenter sistemden başkanlık sistemine geçişin neden kanun yapma sürecinin de değişmesini gerektirdiğini açıklamaktadır. Üçüncü bölüm genel yasama yönteminde yapılması gereken değişikliklere; dördüncü, beş ve altıncı bölümler ise sırasıyla kesin hesap ve bütçe kanunu, uluslararası antlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanunlar ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ayrılmıştır.

## II. Başkanlık Sisteminin Kanun Yapma Sürecine Etkisi

Başkanlık sistemi kısaca devlet başkanının halk tarafından doğrudan veya doğrudan sayılabilecek bir yöntemle sabit bir süre için seçildiği<sup>10</sup> ve devlet başkanı tarafından atanan ve yönetilen hükümetin parlamento tarafından görevden alınamadığı<sup>11</sup> hükümet sistemidir. Parlamento ve başkan kural olarak ne yetkilerini kullanırken<sup>12</sup> ne de görev süreleri bakımından birbirlerine bağlıdır. Başkan parlamentoyu seçime götüremezken, parlamento da cezai sorumluluğu hariç<sup>13</sup> başkanın görevine son veremez. Bu belirleyici unsurların yanına ayrıca yürütme organı üyelerinin yasama organı üyesi olamamalarını,<sup>14</sup> ve başkanın hem hükümet başkanı hem de devlet başkanı sıfatlarını taşımasını da eklemek gerekir.<sup>15</sup>

Bir hükümet sistemi başkanlık sisteminin temel kurumsal mantığına uygun olduğu sürece başka bir adlandırmaya gerek duymaz.<sup>16</sup> Yeni hükümet sistemimizin en önemli farkı olan Cumhurbaşkanlığı'nın parlamento seçimlerini yenileyebilmesi her ne kadar başkanlık sisteminden büyük bir sapma olsa da bir önceki paragrafta tanımını aktardığımız

9 Muhalefetin kendisine tanınmış yasal yolları kullanarak bir yasama işlemini engellemesi, tıkaması veya geciktirmesi yasama dilinde obstrüksiyon olarak adlandırılmaktadır. NEZİROĞLU, İrfan, **Türk Parlamento Hukukunun Temel Kavramları**, Seçkin, Ankara, 2008, s. 411. Tutanaklarında tespit ettiğimiz diğer bir engelleme aracı ise muhalefet milletvekillerinin her fırsatta yoklama istemesidir. Her yoklama talebi için Başkan 1 ila 3 dakika süre vermektedir. Bir birleşim içinde muhalefet defalarca yoklama yapılmasını isteyerek engelleme yapabilmektedir. Bu durumun çok belirgin bir örneği TBMM Tutanak Dergisi, D.24, C.26, YY.2, s.45 vd.

10 SARTORİ, Giovanni, **Comparative Constitutional Engineering**, 2. baskı New York University Press, New York, 1997, s. 83.

11 SARTORİ, 1997, s. 84.

12 FENDOĞLU, Hasan Tahsin, "Başkanlık Sistemi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, 2012, (s. 39-60), s. 41.

13 LİJPHART, Arend, **Patterns of Democracy Government forms and Performance in Thirty Six Countries**: Yale University Press, New Haven 1999, s. 117.

14 LİJPHART, 1999, s. 125.

15 LİJPHART, 1999, s. 126.

16 SARTORİ, 1997, s. 85.

başkanlık sisteminden farklı, yeni bir hükümet sistemi sınıfı yaratılmasını gerektirmez.<sup>17</sup> 6771 sayılı kanun parlamentoya da nitelikli bir çoğunlukla bile olsa başkanın görevine son verme gücünü vererek saf başkanlık sisteminden biraz daha uzaklaşmış ve karma bir sistem kurmuştur.<sup>18</sup> Bununla beraber yeni hükümet sistemimizde, hem yasamanın hem de yürütmenin donandığı fesih silahı ancak kendilerinin yaşamına da son verme pahasına kullanılabilir ve dahası yeni seçimler de aynı anda yapılacaktır. Kanımızca, yeni hükümet sistemimiz tüm sapmalarına rağmen yukarıda tanımlayıcı özelliklerine değinilen başkanlık sistemleri grubuna dahildir.<sup>19</sup>

Anayasa kanun yapma süreciyle ilgili neredeyse hiçbir hüküm içermemekte ve tüm kuralların İktüzük'te düzenleneceğini belirtmektedir. TBMM İktüzüğü ise parlamenter sistem içinde olgunlaşmış bir meclis geleneğinin ürünü olduğundan yürütme organının kanun yapma sürecinde birçok yetkiye sahip olduğu bir yöntem benimsemiştir. Parlamenter sistemde yürütmenin yasama sürecine katılması kaide iken başkanlık sisteminde yürütme ancak anayasada sayılan durumlarda yasama sürecine dâhil olur.<sup>20</sup> Başkanlık sistemlerinde yasama ve yürütme ayrı kurumlar halinde örgütlenir ve birbirlerinden bağımsız bir şekilde çalışır.<sup>21</sup> Hatta Amerika Birleşik Devletleri'nin ilk yıllarında başkanlar kuvvetler ayrılığı teorisini ihlal ediyor görünmemek için yasama sürecine kendileriyle gizlice işbirliği yapan parlamento üyeleri aracılığıyla katılmışlardır.<sup>22</sup> Yeni hükümet sisteminde yasa teklif etme ve yasama sürecini yönetme yetkisi sadece milletvekillerinde olacak,<sup>23</sup> bütçe ve kesin hesap kanunlarının teklif edilmesi dışında yürütme yasama sürecinden çekilecektir.<sup>24</sup> 6771 sayılı kanun'un yürürlüğe girmesiyle meclis çalışmalarına katılmayacak olan yürütmenin,<sup>25</sup> kanun yapma yetkisinin kullanımına katılmasına izin veren tüm İktüzük hükümleri temizlenmeli ve yürütmenin kanun yapma faaliyetine sadece bir gözlemci veya bilgisinden faydalanılacak bir uzman olarak katıldığı yeni bir süreç inşa edilmelidir.

17 SARTORİ, 1997, s. 87; LİJPHART, 1999, s. 126.

18 LİJPHART, 1999, s. 119. ULUŞAHİN, yasamanın yürütmeyi fesih yetkisine sahip olması durumunda sistemin kırma bir başkanlık sistemi olarak dahi adlandırılmayacağını savunmaktadır. ULUŞAHİN, Nur, **Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi**, Yetkin, Ankara, 1999, s. 182.

19 LİJPHART, 1999, s. 121. LİJPHART, 1987 yılında Amerika Birleşik Devletleri için önerilen hem yasamanın hem yürütmenin fesih hakkına sahip olduğu ancak fesih halinde yasama ve yürütme seçimlerinin aynı anda yapılacağı hükümet sistemi modelini kırma olmayan bir başkanlık sistemi olarak yorumlamaktadır.

20 TEZİÇ, Erdoğan, "Başkanlık Rejimini Anlamak", **Yeni Türkiye**, Yıl: 2013, Cilt: Mart-Nisan, Sayı: 51, (s. 366-372) s. 367.

21 AKÇALI, Pınar, "Genel Özellikleri, Yararları ve Sakıncaları Işığında Başkanlık Sistemleri", **Yeni Türkiye**, Yıl: 2013, Cilt: Mart-Nisan, Sayı: 51, (s. 406-415), s. 406.

22 JANDA, Kenneth / BERRY, Jeffrey M. / GOLDMAN, Jerry, **The Challenge of Democracy Government in America**, 3. baskı, Houghton Mifflin Company, Boston, 1992, s. 405.

23 BOZDAĞ, Bekir, "Yeni ve Büyük Türkiye'nin Temellerini Atıyoruz", **Yeni Türkiye**, Yıl:2017, Cilt: Mart-Nisan, Sayı 94, (s. 23-35), s. 31.

24 İYİMAYA, Ahmet "Anayasa Değişikliği Ekseninde Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", **Yeni Türkiye**, Yıl: 2017, Cilt: Mart-Nisan, Sayı: 94, (s. 71-89), s. 79.

25 MEMUR-SEN, "Sorularla Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", **Yeni Türkiye**, Yıl: 2017, Cilt: Mart-Nisan, Sayı: 94, (s. 209-234), s.226.

Her ne kadar başkanlık sistemi hukuken yürütme organının kanun yapma sürecindeki etkisini ortadan kaldıracak ve milletvekillerini yasa yapma sürecine daha etkin katılmaya zorlayacak<sup>26</sup> olsa da disiplinli bir siyasi partinin lideri konumunda olan Cumhurbaşkanının kanun yapma sürecini, tıpkı parlamenter sistemdeki başbakan gibi, fiilen yönlendirmesini engellemek mümkün değildir. Başkanlık sisteminin uygulanması için disiplinsiz partiler zorunlu olmadığı gibi, başkanlık sistemine geçişle siyasi parti disiplininin kırılıp komisyonların parti çizgilerine aykırı karar verecek kadar güçlenmesi mümkün değildir.<sup>27</sup> Cumhurbaşkanı, Anayasa veya İçtüzük'ün verdiği yetkilere dayanmak yerine partisinin gücüne dayanarak yasama sürecinde etkili olabilir.<sup>28</sup> Siyasi partiler meclis görüşmelerinin önemini azaltmış, parlamento üyelerinin oylarının renginin siyasi partilerin meclis gruplarınınca belirlenir olmasına neden olmuştur.<sup>29</sup> Yasama ve yürütme erkleri arasında yapılan ayrımlar parti sistemlerinin ortaya çıkmasıyla silinmeye başlamış<sup>30</sup> ve yasama ile yürütmenin karşılıklı denge araçları olan düşürme ve fesih etkisiz hale gelmiştir.<sup>31</sup> Bugün siyasi partilerin egemenliğindeki parlamentoların klasik işlevleri parti disiplini nedeniyle törpülenmiş, parlamentonun asıl işlevi düşünce ve görüşler için bir forum sağlamaya dönüşmüştür.<sup>32</sup> İçtüzük değişikliği ile yürütme organından alınan yetkilerin, Cumhurbaşkanı'nın partisinin üyelerince kullanılacağı açıktır. Bu nedenle aşağıda ayrı ayrı değineceğimiz değişiklikler kanun yapma sürecini ancak Cumhurbaşkanı'nın partisinin azınlıkta kalması veya Cumhurbaşkanı'nın belirli bir parti tarafından desteklenmemesi halinde değiştirecektir.

### III. Genel Yasama Yöntemi<sup>33</sup>

Çalışmanın bu kısmı hukukumuzda özel bir kanun yapma yöntemine bağlanmamış kanunlar için öngörülen yöntemde yapılması gereken değişikliklere ayrılmıştır. Özel yöntem kurallarında yapılması gereken değişiklikler ise ayrı başlıklar altında ele alınmıştır.

#### A. Teklif

Anayasalar tarafından kanun önerme yetkisi halka,<sup>34</sup> sadece yasamaya, sadece

26 DURGUN, Gonca Bayraktar, "Anayasa Referandumu ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", **Yeni Türkiye**, Yıl: 2017, Cilt: Mart-Nisan, Sayı: 94, (s. 494-499), s. 496.

27 Aksi yönde bkz. DURGUN, Şenol "Yasama Komisyonları Yönünden Demokratik Sistem Uygulamaları", **Yeni Türkiye**, Yıl: 2017, Cilt: Mart-Nisan, Sayı: 94, (s. 477-493), s. 481,483.

28 Lijphart, **1999**, s. 128.

29 KUBALI, Hüseyin Nail, **Anayasa Hukuk Dersleri Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler**, İ.Ü.H.F Yayınları, Kukulmuş Matbaası, İstanbul, 1971, s. 307.

30 SOYSAL, Mümtaz, **Dış Politika ve Parlamento**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1964, s. 246.

31 Kubalı, **1973**, s. 307.

32 SOYSAL, **1964**, s. 259.

33 ERGÜL, Ozan, "Anayasa Mahkemesi'nin TBMM İçtüzük Değişikliğini İptal Kararı Işığında Özel Yasama Yöntemine Bir Bakış", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2002, Cilt: 51, Sayı: 4, (s. 99-130), s. 101.

34 BAŞGİL, Ali Fuad, **Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri Mukayeseli Türk Esas Teşkilat Hukuku Dersleri**, Baha Matbaası, İstanbul, 1957, s. 201.



yürütmeye veya hem yasamaya hem yürütmeye olmak üzere dört şekilde dağıtılabilir. Sadece yasama organına kanun önerme yetkisi verilmesinin klasik örneğini başkanlık sistemi oluşturur. Bu sistemde yürütme organı yani başkan kanun önerisi sunamamakta ancak yasama organına ihtiyaç duyduğu kanunları bir mesajla iletebilmektedir.<sup>35</sup> Anayasa'nın yürürlükteki hükümleriyse kanun önerme yetkisini Bakanlar Kuruluna ve milletvekillerine tanımıştır. Bakanlar Kurulundan gelen kanun önerileri kanun tasarısı olarak anılırken, milletvekillerinin önerileri teklif olarak adlandırılır. Fransa'da 19. Yüzyılın başında meşrutî monarşi döneminde ortaya çıkmış olan tasarı - teklif ayrımı<sup>36</sup> günümüzde hukuki açıdan olmasa da siyasi açıdan önem taşır. Bugün yürütme, yasama sürecinde de etkin rol oynamaktadır.<sup>37</sup> Kanun tasarısı olarak TBMM Başkanlığına gelmeyen veya hükümetin desteklemediği tekliflerin günümüzde yasalaşma şansı neredeyse yoktur.<sup>38</sup> Olağan bir yasama yılında 125-150 adet kanun önerisinin yasalaştığı ülkemizde kanun tekliflerinin yasalaşma oranı yüzde beş civarındadır.<sup>39</sup> Bununla beraber, zaman zaman iktidar grupları acil gördükleri kanunlar için kanun tasarısı yerine grup başkanvekillerinin imzasını taşıyan kanun teklifleri sunmaktadırlar.<sup>40</sup> Kanun tasarısı hazırlanırken uyulması gereken, 19 Aralık 2005 tarihli ve 2005/9986 sayılı Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in getirdiği kuralları dolaşmak ve tasarının yürütme organı tarafından hazırlanması sürecinde başbakanlık ve bakanlıklar arasında gerçekleşen işlemleri kaldırarak zaman tasarrufu sağlamak amacıyla bu yöntem kullanılmaktadır.<sup>41</sup> Hukukumuzda kanun tasarıları ile kanun teklifleri arasında düzenleyebilecekleri konu bakımından bir ayrım olmadığı için<sup>42</sup> gerçekleştirilen bu muvazaanın bir yaptırımı da bulunmamaktadır.

6771 sayılı kanun başkanlık sistemindeki yasama - yürütme ayrılığını sağlamak için yürütme organının kanun önerme yetkisini kaldırmıştır. Bir dahaki milletvekili genel seçimlerinin ardından, başkanlık sistemlerinin tipik bir özelliği hukuk düzenimizde yerini alacak<sup>43</sup> ve yürütme organı kanun yapma sürecini başlatma yetkisini, bütçe ve

35 ARSEL, İlhan, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt:1, Mars Matbaası, Ankara, 1965, s. 295.

36 KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer, *Yasama Meclisinde Komisyonlar*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1965, s. 47.

37 KARAMUSTAFAOĞLU, 1965, s. 60.

38 KARAMUSTAFAOĞLU, 1965, s. 64; GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011, Cilt:1, s. 834.

39 YÜKSEL, Nahit, "Türk Parlamento Hukukunda 'Çerçeve' Kanunları Adlandırma Yöntem ve Sorunları", *Yasama Dergisi*, Yıl: 2014, (s.31-63), s. 42. Bununla beraber istisnai kanun teklifleri, arkalarında kanun tasarılarının dahi elde edemediği siyasi destekle, TBMM siyasi parti grup başkan vekillerinin hepsinin imzasıyla, meclis gündemine girebilir. BAKIRCI, Fahri, *TBMM'nin Çalışma Yöntemi*, İmge Kitabevi, Ankara, 2000, s. 401. Örnek olarak bkz. TBMM Tutanak Dergisi, 22.12.2011, D.24, C.10, B.45, s.76.

40 BAKIRCI, 2000, s. 401.

41 BAKIRCI, Fahri, "Yasama Sürecinin Hızlandırılması ve Sakıncaları", *Kanun Yapma Tekniği*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2016, (s. 21-61), s. 32.

42 BAKIRCI, 2000, s. 399.

43 FENDOĞLU, Hasan Tahsin, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", *Yeni Türkiye*, Yıl:2017, Cilt: Mart-Nisan, Sayı: 94, (s. 90-109), s. 93.

kesin hesap kanunları dışında kaybedecektir. Bu nedenle İçtüzük'te kanun tasarılarının düzenlendiği 73. maddenin ilga edilmesi gerekmektedir. İlk bakışta yasamanın yürütme aleyhine elde ettiği bir kazanım gibi gözükse de kanun tasarılarının hukukumuzdan çıkması kanun tekliflerine ilişkin yeni bir düzenleme yapılmadığı sürece, uygulamada Cumhurbaşkanının işini kolaylaştıracaktır. Bir siyasi partinin üyesi olan Cumhurbaşkanı rahatlıkla istediği kanun teklifini Meclis Başkanlığına iletebilir. Bu sebeple Anayasa'nın 88. maddesinde yapılan değişiklik başkanlık sisteminin dayandığı kuvvetler ayrılığı teorisinin bir göstergesi olmanın dışında işlevsizdir. Son dönemlerde yaygınlaşan teklif kılığına bürünmüş kanun tasarısı uygulaması olağan yöntem haline gelecektir. Kanun tasarılarının sunulması kanun tekliflerine göre daha detaylı gerekçelerin hazırlanmasını ve bakanlıklar arasında fikir alışverişinde bulunulmasını gerektirir. TBMM'ye sunulan tasarı bir veya birkaç bakanlık tarafından incelenmiş, olgunlaştırılmış bir metindir.<sup>44</sup> Kanun teklifleri bir milletvekili tarafından, hiç bir çalışma ve incelemeye gerek olmaksızın kaleme alınabilirler. Dahası kanun tekliflerine sadece genel gerekçe eklenmesi yeterliyken tasarılar madde gerekçelerinin de eklenmesi gerekir. Bu durumda İçtüzük değişikliğinin tercih edebileceği iki uçtan biri, kanun tekliflerinin hazırlanmasında da bugüne kadar tasarıların uyduğu kurallara riayet edilmesini arayarak milletvekilleri tarafından teklif verilmesini neredeyse imkansız kılacak kadar zorlaştırmak, diğeryse arkasında aslında yürütme organının olduğu tekliflerin madde gerekçeleri dahi olmadan sunulmasına izin vermektir. Bu iki uç tercih yerine kanımızca İçtüzük değişikliği ile 73. madde ilga edilirken, kanun tekliflerinin en azından madde gerekçeleriyle sunulmasının aranması gerekmektedir.

6771 sayılı kanun'un yarattığı Cumhurbaşkanı tarafından kanun teklif edilmesi yöntemi bu tekliflerin geri alınıp alınmayacağı sorusunu akla getirmektedir. Mevcut parlamenter hükümet sistemimizde bakanlar kurulu vermiş olduğu kanun tasarılarını geri alabilmektedir. NEZİROĞLU, kanun tasarılarının geri alınması için sadece başbakanın imzasını taşıyan bir tezkerenin yeterli olduğunu yazmaktadır.<sup>45</sup> BAKIRCI ise geri alma için tüm bakanların imzasının gerekli olduğuna işaret etmektedir.<sup>46</sup> Yasama ve yürütme organlarına ait yetkilerin kesin şekilde ayrılmadığı parlamenter sisteme uygun olarak kurgulanmış bu yetki, başkanlık sistemindeki sert kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır. Kanımızca Cumhurbaşkanı tarafından bir kez Meclis Başkanlığına sunulan tekliflerin, ki bu teklifler sadece bütçe ve kesin hesap kanunlarına ilişkindir, geri alınabilmesi yürütme organının yasama sürecine müdahalesine imkân vereceği için kabul edilmemelidir. Yukarıda aktarıldığı üzere başkanlık sisteminde anayasanın açıkça saydığı durumlar haricinde yasama ve yürütme birbirlerine müdahale edemezler.

44 ASLAN Kahan Onur, **Türk Parlamento Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 161.

45 NEZİROĞLU, **2008**, s. 178.

46 BAKIRCI, **2000**, s. 406.

## B. Görüşme

### 1. Komisyon Aşaması

Günümüzde parlamentolar kanun tekliflerini toplu halde incelemenin, tartışmanın ve nihayetinde sonuçlandırmanın imkânsızlığı karşısında bu işlemlerin bir kısmını kendi içlerinden çıkan daha küçük kurullara; komisyonlara bırakmışlardır.<sup>47</sup> Komisyonlar sayesinde yasama faaliyetinin büyük kısmı daha hızlı çalışabilen, daha küçük, çok sayıda kurulda gerçekleşmektedir. TBMM'nin yaptığı yasaların halka sunulduğu, halkın bu yasalardan haberdar olduğu yer TBMM Genel Kurulu ise de kanunlar aslında buzdağının suyun altında kalan kısmında, komisyonlarda şekillenirler.<sup>48</sup> Genel Kurul ise bu yasalara son dokunuşların yapıldığı yerdir ve genellikle kanunlar komisyonlardan geldikleri şekilde yasalaşır.<sup>49</sup>

Mevcut hükümleriyle İçtüzük hükümetin komisyonlarda etkili bir aktör olarak bulunmasına izin vermektedir. Kanunlaşacak yasa önerilerinin bir çoğunun tasarı olarak TBMM'ye iletildiği düşünülürse bu düzenleme yerindedir. Başkanlık sistemlerinde ise yürütme organı ile bağlantısı kesilmiş olan yasama komisyonları anayasa tarafından yürütme organından bağımsız karar almaya zorlanmaktadır. Yasama organının karar alma sürecinin birbirinden bağımsız komisyonlara bölünmesi ise bu komisyonların zaman zaman "alt-hükümetler" veya bağımsız "imparatorluklar" görünümü kazanmasına neden olmaktadır.<sup>50</sup> 6771 sayılı kanun ile kanun öneremeyecek olan yürütmenin komisyonlardaki rolü de değişecektir.<sup>51</sup> Anayasa değişikliği ile yasama sürecinden Anayasa'nın öngördüğü durumlar haricinde dışlanacak olan yürütmenin mevcut İçtüzükte komisyon aşamasında sahip olduğu yetkilerin ne şekilde değiştirilmesi gerektiği bu kısımda ele alınmıştır.

İçtüzük'ün 24. maddesi'nin son fıkrası yasama dönemi içinde yeni bir hükümetin kurulması halinde yeni hükümetin güvenoyu almasından itibaren on gün içinde komisyon başkan, başkanvekili, sözcü ve katibinin yeniden seçilmesini gerektirmektedir. Yeni hükümet sistemimizde yürütme organının değişmesinin tek yolu seçimlerin yenilenmesi olduğuna göre ve her yeni yasama döneminde komisyon seçimleri yenileneceği için, komisyonların üyeler tarafından toplantıya çağırılmasının gerekçesini kaybettiği düşünülebilir. Buna karşın Cumhurbaşkanı'nın TBMM'de birden fazla partinin desteğiyle salt çoğunluğu sağlayabildiği dönemlerde, bu koalisyonların değişmesi mümkündür. Bu nedenle, hükümet değişiklikleri çok yakında tarihe karışacak olsa da, 24. maddeye komisyon üye tamsayısının salt çoğunluğunun talebiyle seçimlerin yenilenmesine izin veren bir fıkra eklenmelidir.

47 Parlamentoya beraber doğan yasama komisyonlarının İngiltere'de 16. Yüzyılın ortalarından itibaren devamlı olarak kullanıldığı görülmektedir. KARAMUSTAFAOĞLU, 1965, s. 17.

48 KARAMUSTAFAOĞLU, 1965, s. 9.

49 KARAMUSTAFAOĞLU, 1965, s. 192.

50 RIGGS, Fred W., "The Survival of Presidentialism in America: ParaConstitutional Practices", *International Political Science Review*, Yıl: 1988, Cilt: 9, Sayı:4, ss. (247-278), s. 261.

51 Başkanlık sistemlerinde komisyonlar yasama faaliyetinde tek egemen olmanın yanı sıra, yürütme organını denetlerken de daha aktif rol üstlenmektedir. STORM, Kaare, "Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies", *European Journal of Political Research*, Yıl: 2000, Cilt: 37, Sayı:3, ss. (261-289), s. 274.

İçtüzük'ün 26. maddesiye ilk fıkrasında komisyonların toplantıya çağırılmasını komisyon başkanının takdirine bırakmışken, aynı maddenin son fıkrası komisyon üye tamsayısının üçte birinin istemi üzerine başkana komisyonu toplantıya çağırma zorunluluğu yüklemiştir. 26. maddeye 1996 yılında eklenen son fıkra hükümet değişikliklerinin ardından hükümetin kurulmasından komisyon başkanlarının yeniden seçilmesine kadar geçecek olan süre içerisinde komisyon toplantılarının komisyon başkanlarınca askıya alınmasına karşı bir önlemdir. 24. madde için sunduğumuz gerekçe bu hükmün korunması için de geçerlidir. Komisyon seçimleri yenileninceye kadar çalışmaların devamını sağlamak için üyelerin çağrıda bulunma yetkisi korunmalıdır.

İçtüzük'ün 30. maddesinin ilk fıkrası komisyon toplantılarına başbakan veya bir bakanın katılabileceğini veya başbakan veya bakanın gerekli görmesi üzerine yüksek dereceli bir kamu görevlisine temsil yetkisi verebileceğini düzenlemektedir. Fıkranın yüksek dereceli kamu görevlisi ifadesiyle kimi kastetmek istediği tartışmaya açıktır. 30. maddenin gerekçesinde de yüksek dereceli kamu görevlisinin kim olduğu belirtilmemiş ancak komisyonda hükümetin "bir" kişi tarafından temsil edilmesi zorunlu kılınarak komisyonda hükümeti temsil eden bürokratlar arasında oluşabilecek görüş ayrılıklarının giderilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.<sup>52</sup> Komisyonların temsil yetkisi verilen kamu görevlisini yeterince yüksek dereceli görmeyerek, hükümet temsilcisinin hazır bulunmaması halinde komisyon toplantısını bir defa ertelenmesine imkân veren 39. maddeyi işlettiği görülmüştür.<sup>53</sup> Yürütme kanun yapma sürecine etkin olarak katılamayacak olsa da, komisyon toplantılarında hükümetin de bir temsilcisi bulunması yürütmenin komisyon aşamasındaki değişikliklerden anında haberdar olmasını ve komisyonun yürütmenin bilgisine kolaylıkla başvurmasını sağlayacaktır. Bununla beraber komisyonların yürütme organını temsilen toplantılarında hangi bakan veya Cumhurbaşkanı yardımcısının bulunacağını belirleme yetkisi olmalıdır. Hükümet temsilcisine ek olarak TBMM üyesi olmayan bakanların da komisyon toplantılarına katılması 31. maddeyle mümkün kılınmıştır. Kanımızca sayısı tamamen Cumhurbaşkanı'nın takdirinde olan bakan ve cumhurbaşkanı yardımcılarının hepsinin komisyon toplantılarına katılması gereksizdir ve gerektiğinde bir engelleme aracı olarak dahi kullanılabilir.

İçtüzük'ün 29. maddesine göre komisyon başkanı ve komisyondaki hükümet temsilcisi istem sırasına bağlı olmaksızın söz alabilirler. Komisyonlara çağırılmış uzmanlar ise kendileri söz alamazlar, başkanın gerekli gördüğü takdirde söz vermesi üzerine görüşmelere katılabilirler. Kanımızca 6771 sayılı kanun ardından komisyonda bulunan hükümet temsilcisi yasama sürecine müdahale edemeyecek bir gözlemci veya uzman olarak toplantıya katılabilmelidir. Bu sebeple hükümet temsilcisinin komisyon toplantılarındaki ayrıcalıklı söz sırası kaldırılmalıdır.

İçtüzük 32. maddesiyle ilgili bakana bir komisyon toplantısının kapalı yapılmasını isteme hakkı vermektedir ve kapalı oturum kararı alınması halinde toplantıya sadece komisyon üyeleri ve bakanlar katılabilir. Başkanlık sistemine geçilmesinin ardından da

52 Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 4/12/1972, D.3, T.4, C.29, B.13, ss.763, s.52.

53 BAKIRCI, 2000, s. 358.

yürütme organının kapalı oturum isteme yetkisi korunmalıdır. Bununla beraber olağan oturumlara olduğu gibi kapalı oturumlara da yürütmeyi temsilen kimlerin katılabileceğine komisyon karar vermelidir.

İçtüzük'ün 37. maddesine göre komisyona havale tarihinden itibaren 45 gün içinde komisyonun bir işi görüşüp raporunu teslim etmiş olması gerekmektedir.<sup>54</sup> Uygulamada ise komisyon tarafından gündeme alınmamış olmak esas alınmaktadır.<sup>55</sup> 45 günlük sürenin dolması halinde kanun önerisi, hükümetin veya teklif sahibinin<sup>56</sup> istemi üzerine doğrudan Genel Kurul gündemine alınabilir. Anayasa'nın 88. maddesinde yapılan değişikliğin ardından komisyondaki önerinin yürütme organıyla hiçbir ilişkisi olmayacağına göre yürütme organının kendisine ait olmayan öneriyi doğrudan Genel Kurul gündemine taşıyarak komisyon çalışmalarını kesmesine olanak tanıyan 37. madde değiştirilerek hükümete tanınan bu yetki kaldırılmalıdır.

6771 sayılı kanun ile bakanlar kurulu kaldırıldığı ve yasama dönemi içinde yürütme organı değişmeyeceği için; Bakanlar Kurulunun herhangi bir sebeple çekilmesi halinde kanun önerilerinin Genel Kurulda ve komisyonlarda görüşülmesinin yeni hükümet güvenoyu alınca kadar erteleneceğini düzenleyen İçtüzük'ün 78. maddesinin de ilga edilmesi gerekmektedir.

## 2. Genel Kurul Aşaması

İçtüzük yürütmenin Genel Kurul görüşmelerine katılmasına o derece önem vermektedir ki, 62. maddeye göre hükümetin; Genel Kurulda sadece kanun önerilerinin görüşülmesi sırasında değil her zaman başbakan, ilgili bakan veya zorunlu hallerde yetkilendirilmiş birinci derece sorumlu daire amiri tarafından temsil edilmesi gereklidir ve hükümet temsilcisinin hazır bulunmaması halinde görüşme bir defalık ertelenir. Başkanlık sisteminde yürütme yasama sürecinde bir aktör değil seyirci olduğuna göre yürütmenin Genel Kurul'da bulunmaması halinde görüşmenin kendiliğinden ertelenmesi yöntemi terk edilerek, Genel Kurul'un bu hususta karar vermesine olanak tanınmalıdır.

Parlamento gündemi her ülkede hükümet çalışmalarını doğrudan etkileyen kritik bir konudur.<sup>57</sup> Ancak yeni hükümet sistemine geçmemizle birlikte seçimlerde sunduğu programı gerçekleştirmek isteyen Cumhurbaşkanı parlamento gündemini etkileyemeyecektir. İçtüzük'ün mevcut 49. maddesi hükümet ve esas komisyonun gündem değişikliği istemlerinin Danışma Kurulunda görüşüleceğini ve Danışma Kurulunun görüşünün Genel Kurula sunulacağını düzenlemektedir. 52. maddenin 2. fıkrası da hükümet ve esas komisyona gündemin 8. maddesinde yer alan işlerden birinin doğrudan ilk sıraya alınmasını veya 48 saatlik serinleme süresi<sup>58</sup> beklenmeden görüşülmesini, gerekçesini de

54 NEZİROĞLU, 2008, s. 137.

55 NEZİROĞLU, 2008, s. 139.

56 27 Temmuz 2007 tarihli 1160 sayılı kararla yapılan değişikliğin ardından her milletvekili bir yasama döneminde bir tane doğrudan gündeme alma önerisi verebilecektir.

57 İBA, Şeref, "TBMM İçtüzüğünden Doğan Bir Yasama Aktörü Olarak Danışma Kurulu", *Yasama Dergisi*, Yıl: 2011, s. (35-50), s. 35.

58 İBA, Şeref / BOZKURT, Rauf, *100 Soruda Türk Parlamento Hukuku*, Nobel Yayınevi, Ankara, 2006, s. 94.

belirtmek şartıyla Genel Kurulun oyuna sunma yetkisi vermiştir. Bu iki düzenleme de yürütme organının yasama sürecine gündem sırasını değiştirerek esaslı müdahalesine olanak tanıdığı için parlamenter sistemle uyumlu ancak başkanlık sistemiyle bağdaşmayan yetkililerdir ve kaldırılmaları gerekir.

İçtüzük'ün 61. maddesine göre Genel Kurul görüşmelerinde ilk söz esas komisyona, ikinci sıra hükümete ayrılır. Esas komisyon ve hükümetin ardından ise siyasi parti gruplarına istem sırasına göre söz verilir. Bununla beraber iktidar grubu yapılan eleştirilere cevap verebilmek amacıyla son konuşmayı yapmak istemekte ve bunun için diğer gruplar konuşma talebinde bulunduktan veya konuştuğuktan sonra söz talebinde bulunmaktadır.<sup>59</sup> Konuşmaların süresi ise aksi Danışma Kurulunun teklifiyle Genel Kurulca kararlaştırılmadığı sürece siyasi parti grupları, esas komisyon ve hükümet için 20, üyeler içinse 10 dakikayla sınırlanmıştır. Kanun önerilerinin görüşülmesi sırasındaki konuşmalar 81. maddede tekrar düzenlenmiştir. Kanun önerilerinin tümü üzerindeki görüşmeler için 60. maddedeki yirmişer ve onar dakikalık süreler korunmuş, kanun önerisinin maddeleri üzerindeki görüşmelere ise bu sürelerin yarısı kadar yani onar ve beşer dakikalık süreler verilmiştir. Kanımızca başkanlık sisteminde yürütmenin kanun yapma sürecine müdahalesi mümkün olmasa da İçtüzük'te düzenlenen konuşma süreleri ve sıraları korunmalı, hükümet temsilcisinin hazır bulunduğu oturumlarda yasama organı ile yürütme arasında doğrudan iletişim kurulması sağlanmalıdır. Cumhurbaşkanı'nın bir veya birkaç partinin desteğine sahip olduğu durumlarda bu konuşma haklarına ihtiyaç duyulmayacağı açıktır ancak yeni hükümet sistemimiz parti üyesi olmayan veya partiler tarafından desteklenmeyen Cumhurbaşkanı ihtimaline de kapıyı açık tutmaktadır.

Önerinin tümü üzerindeki görüşmeler tamamlandıktan sonra, önerinin tümü için yirmi dakikalık soru - cevap işlemine sıra gelir. Maddeler üzerindeki soru - cevap süresi ise on dakika ile sınırlanmıştır. Milletvekilleri bu aşamada yerlerinden elektronik cihaza giriş sırasına göre hükümet veya komisyon temsilcisine sorular yöneltebilirler. Kanun tasarısı sunmayan hükümetin, bir kanun önerisi üzerindeki sorulara muhatap olması beklenemez bu nedenle soru - cevap aşamasında sadece komisyon raporunun sahibi olan esas komisyona soru yöneltebilmelidir. Soruların muhatabı olmayan yürütme, aksine kendisi hazırlamadığı kanun önerisi hakkında komisyona belirli sayıda soru yönelte hakkına sahip olmalıdır. Yürütme kanun teklifinin tümü veya maddeleri hakkındaki görüşünü ise kendisine ayrılan konuşma sürelerinde belirtebilir.

Yürürlükteki İçtüzük'e göre kanun önerilerinin maddeleri hakkında milletvekilleri, esas komisyon ve hükümet değişiklik önergesi verme hakkına sahiptir. Bir önerinin maddeleri hakkında milletvekilleri tarafından yedi önerge verilebileceğini hükme bağlamış, ardından siyasi parti gruplarına değişiklik önergesi verme ehliyeti tanınmamış olsa da her siyasi parti gurubuna mensup milletvekillerinin birer önerge verme haklarının saklı olduğunu belirtmiştir. Grup kuramamış siyasi parti milletvekilleri ise bağımsızlara

59 NEZİROĞLU, İrfan, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda Söz Alma ve Konuşma", **Yasama Dergisi**, Yıl: 2009, (s.66-106), s. 73.

ayrılan önermeleri kullanmaktadırlar.<sup>60</sup> Bu hüküm esas komisyon veya hükümetin önerme verme sayısını sınırlamamaktadır. Uygulamada esas komisyonlar önerme verme haklarını kullanmamaktadır.<sup>61</sup> Başkanlık sistemine geçilmesiyle birlikte yürütme organının kanun maddeleri üzerinde önerme verme hakkı ortadan kaldırılmalıdır. Kanun yapma faaliyeti tamamen yasamanın tekelinde, yürütmeden bağımsız yürütüleceği için, yürütmenin maddelerde değişiklik önermesi verememesi gerekir. Buna karşın, önerinin yasalaşmasından sonra Anayasa Mahkemesi'ne başvurma hakkı olan yürütme organına sadece anayasaya aykırılık önermeleri verme hakkı tanınması gereklidir.

Hükümet mevcut uygulamada sınırsız sayıda önerme verme hakkına sahip olmanın yanı sıra; zaman zaman verilen bir önermeye şartlı katıldığını, önermenin hükümetin belirttiği şekilde değiştirilmesi halinde katılacağını ifade etmektedir. Bu durumda önerme, önerme sahibi kabul ederse hükümetin yaptığı değişikliklerle, kabul etmezse ilk haliyle oya sunulur.<sup>62</sup> İktüzük'te bulunmayan ancak uygulamada rastlanan bu yöntem de 6771 sayılı kanun'un ardından terkedilmelidir.

Komisyon temsilcisi veya hükümet temsilcisi tek başlarına İktüzük'ün 89. maddesine göre kabul edilmiş olan bir veya daha fazla maddenin yeniden görüşmesini talep edebilirler.<sup>63</sup> TBMM'nin iradesini belli ettiği bir konuya yeniden dönmesini isteme hakkının da Cumhurbaşkanına tanınmaması gerekir. Aksi takdirde Cumhurbaşkanı tüm kanunların fiilen iki kere görüşülmesini sağlayabilir.

### C. Kabul

Kanunları teklif ve görüşme aşamalarında yürütmenin oynadığı rol parlamenter ve başkanlık sistemleri arasında oldukça farklı olmasına rağmen, kabul aşamasındaki tek fark parlamenter sistemde yürütmenin parlamento üyesi olan üyelerinin oy kullanmasıdır.

6771 sayılı kanun'un yürürlüğe girmesiyle Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlarının oy hakkı olmayacağı için milletvekili olan bakanlara katılmadıkları oylamalar için başka bir bakana vekalet verme yetkisi tanıyan Anayasa'nın 96. maddesinin 2. fıkrası da aynı kanunla ilga edilmiştir. 1982 Anayasası ile gelen vekaletle oy uygulamasına dair değişiklik İktüzük'te hiç yapılmadığı için vekaletle oy İktüzük'te hiç düzenlenmeden yürürlükten kalkmıştır.

### D. Cumhurbaşkanı'nın Geri Gönderme Yetkisi

TBMM tarafından kabul edilen kanunlar Meclis Başkanlığı'nca son kez kontrol edilip Genel Kurulda geçirdiği değişiklikleri de kapsayacak şekilde yeniden yazıldıktan sonra bir-iki gün içinde Cumhurbaşkanı'na gönderilecektir.<sup>64</sup> TBMM tarafından Cumhurbaşkanlığına

60 BAKIRCI, Fahri, **Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulundaki Yerleşik Uygulamalar**, TBMM Basımevi, Ankara, 2015, s. 228.

61 BAKIRCI, **2015**, s. 228.

62 BAKIRCI, **2015** s. 229.

63 NEZİROĞLU, **2008**, s. 481; BAKIRCI, **2015**, s. 287.

64 İBA / BOZKURT, **2006**, s. 166. TBMM Genel Kurulundaki görüşmeleri 21 Ocak 2017 tarihinde sona eren 6771 sayılı kanun'un uzunca bir süre TBMM'de beklemesi ve Cumhurbaşkanı'nın onayına sunulmaması tartışma

yollanan metin Resmi Gazete'de yayımlanmadığı için henüz yürürlükte olmasa dahi, tam anlamıyla bir kanundur.<sup>65</sup>

Teamül gereği, Cumhurbaşkanı'nın geri gönderme tezkeresi Genel Kurul gündeminin "Başkanlığın Genel Kurula sunuşları" bölümünde okunarak Genel Kurulun bilgisine sunulur.<sup>66</sup> Bu tezkerede eğer kanun kısmen geri gönderilmiş ise uygun bulunmayan maddelerin açıkça belirtildiği, tamamı uygun görülmediyse maddelerden bahsedilmeksizin kanunun iade edildiği belirtilmekte ve kanunun kısmen mi tamamen mi geri gönderildiğinin tespiti için bu sonuç kısmı esas alınmaktadır.<sup>67</sup> HAS, sonuç kısmının esas alınıp, tezkerenin gerekçesinin göz ardı edilmesinin Cumhurbaşkanı'nın kanunu kısmen uygun bulmasa bile kanunun tümünü TBMM'ye geri gönderme yetkisi vereceğini ve TBMM'ye tanınan kısmen veya tamamen görüşmeyi seçme yetkisinin Cumhurbaşkanı'na devredileceğini savunmaktadır. Yazara göre Cumhurbaşkanı eğer kanunun tamamının yeniden görüşülmesini istiyorsa geri gönderme tezkeresinin gerekçesinde maddelerin tamamı için ayrı ayrı uygun bulmama nedenini açıklaması gerekmektedir.<sup>68</sup> 6771 sayılı kanun'un ardından geri gönderilen maddelerin üye tamsayısının salt çoğunluğu diğerlerinin ise 96. maddedeki olağan nisaba göre kabul edileceği göz önüne alındığında bu tartışmanın artık ne kadar önemli olduğu anlaşılır. Kanımızca da, Cumhurbaşkanı'nın sadece kanun maddelerini sonuç kısmında sayması veya herhangi bir gerekçe göstermeden kanunu geri göndermesi mümkün değildir. Cumhurbaşkanı'nın 89. maddenin emrine uyarak geri gönderdiği her madde için geri gönderme gerekçesini belirtmesi gerekir.

Anayasa'nın 89. maddesine göre TBMM, Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilen kanunu aynen kabul edebileceği gibi kanunu değiştirerek de kabul edebilir. 6771 sayılı kanunla yapılan değişikliğin ardından TBMM'nin geri gönderilen kanunu aynen kabul etmesi üye tamsayısının salt çoğunluğuyla mümkünken, değiştirerek kabul için nitelikli bir çoğunluk öngörülmemiştir.

6771 sayılı kanun'un yürürlüğe girmesinin ardından Cumhurbaşkanı'na tanınan, kanunları bir kez daha görüşülmek üzere geri gönderme yetkisi zorlaştırıcı vetoya<sup>69</sup> dönüşecektir. Anayasa'nın 89. maddesinin yeni haline göre TBMM'nin geri gönderilen kanunu aynen kabul etmesi için üye tamsayısının salt çoğunluğunu sağlaması gerekecektir. Geri gönderilen bir kanun'un kabulü için hangi oylamalarda üye tamsayısının salt çoğunluğunun aranacağı Anayasa tarafından açıklanmamaktadır. Dahası uygulamada da nitelikli çoğunluk gerektiren kanunların görüşmeleri için yeknesak bir yöntem de yoktur. Kabul edilmesi için beşte üç çoğunluk aranan af kanunlarında, af getiren önergelerin kabulü

---

konusu olmuştur.

65 TEZİÇ, Erdoğan, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl: 1987, Cilt: 52, Sayı: 1-4, (s.101-116), s. 105.

66 NEZİROĞLU, 2008, s. 98.

67 HAS, Volkan, **Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Çalışma Düzeni**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 299.

68 HAS, 2009, s. 300.

69 BAHÇECİ, Barış, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Devlet Başkanının Veto Yetkisi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 14.



için dahi nitelikli çoğunluk aranırken, anayasa değişikliği kanunlarının görüşülmesinde her aşamasında nitelikli çoğunluk aranmamaktadır. Kanımızca sadece Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilen maddelerin kabulü için nitelikli çoğunluk aranmalı, diğer oylamalarda basit çoğunluk yeterli görülmelidir. Nitelikli çoğunluk aranıyor olması oylamaların işaretle yapılmasına da imkân vermeyecek, nitelikli çoğunluğun tespiti için açık oylama yapılması gerekecektir. Geri gönderilen kanunun af kanunu olması veya geri gönderme üzerine yapılan görüşmelerde kanunun af kanunu niteliği kazanması halinde ise üye tamsayısının salt çoğunluğu yerine beşte üç çoğunlukla kabul edilebilecektir.

#### IV. Bütçe ve Kesin Hesap Kanunları

Bütçe kanunu devletin gelir toplamasına ve harcama yapmasına izin veren bir kanundur. Bütçe kanunları hem parlamenter sistemde hem de başkanlık sisteminde etkin bir denetim aracıdır. Parlamentolar, programına güvenoyu verdikleri Bakanlar Kurulunun programa uygun davranıp davranmadığını bütçe görüşmeleri aracılığıyla kontrol ederler.<sup>70</sup> Parlamenter sistemlerde bütçenin reddi yasama organının hükümete duyduğu güveni kaybettiği anlamına gelir<sup>71</sup> ve bütçesi reddedilen Bakanlar Kurulunun istifa etmesi beklenir.<sup>72</sup> Başkanlık sistemlerinde ise başkan zaten parlamentonun güvenine dayanmadığı için böyle bir zorunluluk yoktur.<sup>73</sup>

Ülkemizde bütçe tüm devletlerde olduğu gibi yürütme organı tarafından hazırlanır. Ülkenin ihtiyaçları dâhilinde yerine getirmesi gereken kamu hizmetlerini en yakından bilen, geniş örgütüyle bunları tespit edebilme yeteneğine sahip yegâne organ olan yürütme, kendisinin bir yıllık programı olan bütçeyi hazırlamakla görevlidir.<sup>74</sup> 6771 sayılı kanunla, kanun önerme yetkisini kaybeden yürütme sadece bütçe ve kesin hesap kanunlarını teklif edebilecektir.

Anayasa'nın 161. maddesinin şimdiki son, 6771 sayılı kanun yürürlüğe girmesinin ardından ise 2. fıkrasına göre, bütçe kanununa "bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz". Bu hüküm doğal olarak, diğer kanunları açık veya zımnî olarak değiştiren veya kaldıran hükümlerin de bütçe kanununda yer alamayacağı anlamına gelir.<sup>75</sup> Bununla beraber hükümetler zaman zaman kamu maliyesi ile ilgili kanunları bir yıllığına askıya alacak veya bu kanunlarda değişiklikler yapacak hükümleri de bütçe kanuna eklemeye çalışmakta ancak "süzgeç madde" olarak anılan<sup>76</sup> bu maddeler Anayasa

70 ÇELİK, Ercan "Plan ve Bütçe Komisyonu: Gelişimi ve Yasama Sürecindeki İşlevi", *Yasama Dergisi*, Yıl: 2006, (s.5-31), s. 19.

71 HAS, 2009, s. 294.

72 ÇELİK, 2006, s. 6.

73 GÖZLER, 2011, Cilt:1, s. 872.

74 ERGİNAY, Akif, *Kamu Maliyesi*, 18. baskı, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara, 2010, s. 240.

75 ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 225.

76 İBA, 2010, s. 443.

Mahkemesi tarafından iptal edilmektedir.<sup>77</sup> Bu yasağın sebebi bütçe kanunu yönteminin yürütme organına genel yasama yöntemine göre kolaylık sağlayan<sup>78</sup> özel bir yöntem<sup>79</sup> olmasıdır. 6771 sayılı kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra bütçe kanunu teklifine bütçeyle ilgili olmayan hükümler konulması; Cumhurbaşkanı'nın kanun teklif etmesine imkân verecektir. Cumhurbaşkanı'nın kesin hesap ve bütçe kanunları dışında kanun teklif etmesi mümkün olmadığı için bütçeyle ilgili olmayan hükümler içeren bir bütçe kanunu teklifi şekil yönünden Anayasa'ya aykırı olacaktır.

1982 Anayasası, diğer komisyonların aksine bütçe komisyonunu kendisi düzenlemeyi tercih etmiştir. İçtüzük'ün "komisyon adları" kenar başlıklı 20. maddesinde ise "bütçe komisyonu" yerine "Plan ve Bütçe Komisyonu" ifadesi yer almaktadır. Halen yürürlükteki 162. maddeye göre 40 üyeden oluşan komisyonun en az 25 üyesi iktidar partisi veya partilerine ayrılırken, kalan üyelikler diğer siyasi parti gruplarının ve bağımsızların oranına göre dağıtılır. İktidar parti veya partileri mecliste 25/40'ın üzerinde bir çoğunluğa yani 344'ten fazla sandalyeye sahiplerse, iktidar parti veya partilerine komisyonda 25'ten fazla sandalye ayrılacaktır.<sup>80</sup> Anayasa'nın 95. maddesinin bir istisnası olan bu hüküm, hükümetin programını yürütebilmesi için bütçe bütünlüğünün ve tutarlılığının korunmasını amaçlamaktadır. 6771 sayılı kanun ise yürütme organına Plan ve Bütçe Komisyonunda sağlanan bu ayrıcalığı kaldırmaktadır. 162. maddenin ilga edilmesiyle Plan ve Bütçe Komisyonu da Anayasa'nın 95. maddesine göre siyasi partilerin sandalye oranlarına göre kurulacak ve süre sınırları haricinde kesin hesap ve bütçe kanunları genel yasama yöntemine göre görüşülecektir. Bütçe kanunu teklif etme yetkisi Cumhurbaşkanı'nda olsa dahi, parlamento çoğunluğunun desteğine sahip olmayan bir Cumhurbaşkanı daha komisyon aşamasında yasamaya boyun eğecek,<sup>81</sup> Genel Kurul'a ulaşan bütçe kanunu teklifi Cumhurbaşkanı'na değil TBMM çoğunluğuna ait olacaktır. Anayasa'nın bütçe kanunlarını Cumhurbaşkanı'nın geri gönderme yetkisinin dışında tutan 89. maddesinin 2. fıkrası 6771 sayılı kanunla değiştirilmediği için yasama çoğunluğunun desteğini kaybeden Cumhurbaşkanı, TBMM'nin uygun göreceği bütçe ile yürütme görevini yerine getirmek zorunda kalacaktır.

77 2004/10 E., 2009/68 K. sayılı kararında Anayasa Mahkemesi bu tür maddeleri iptal gerekçesini şu şekilde açıklamıştır: "Bütçe kanunlarının açıklanan özel hukuki nitelikleri dolayısıyla, Anayasa'nın 161. maddesinin son fıkrasında 'Bütçe kanununa bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz' esası vazedilmiştir. Bütçe kanunlarına bütçe ile ilgili olmayan kurallar konulması, Anayasa'nın öngördüğü olağan usullerle çıkarılmayan kimi kanun kurallarının sağladığı kolaylık nedeniyle bütçe kanunlarıyla düzenlenmesi eğilimini ortaya çıkartabilecek niteliktedir. Bu itibarla, bütçe kanunu ile mevcut diğer kanun hükümlerinde açık veya zımnî değişiklik yapılması veya mevcut kanun hükümlerinin kaldırılması yasaklanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili pek çok kararında belirtildiği üzere 'bütçe ile ilgili hükümler' sadece malî nitelikteki kurallar olarak değil, genel yasa konusu olabilecek bir kuralı içermemek koşulu ile ancak bütçenin uygulanmasını açıklayıcı ve kolaylaştırıcı nitelikteki hükümler olarak anlaşılmıştır. Burada Anayasa Mahkemesi'nin üzerinde durduğu temel konu bütçe kanunlarının Anayasal çerçevesinin korunmasıdır."

78 GÖZLER, 2011, Cilt:1, s. 877.

79 İBA, 2010, s. 445.

80 ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 221.

81 KUZU, Burhan, "Anayasa Değişikliği ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Genel Faydaları", **Yeni Türkiye**, Yıl:2017, Cilt: Mart-Nisan, Sayı: 94, (s.110-128), s. 126.

Diğer kanun önerileri gibi bütçe kanunu teklifinin de Genel Kurul tarafından reddedilmesi bir ihtimaldir. Her ne kadar bütçenin reddedilmesi beklenmese, hatta istenmese<sup>82</sup> dahi, ülkemizde ve yurt dışında bütçeler zaman zaman reddedilmektedir. Bu durumda 5018 sayılı kanun'un 19. maddesi uyarınca geçici bütçe çıkartılır.<sup>83</sup> 6771 sayılı kanun geçici bütçe uygulamasına anayasal bir temel sağlamaktadır. Buna karşın geçici bütçe kanunu için özel bir yöntem öngörmemekte ve ne kadar süre için çıkartılacağına dair bir hüküm içermemektedir. 5018 sayılı kanun'un 19. maddesinin 3. fıkrasına göre geçici bütçe kanunu en fazla altı ay için çıkartılabilir. 5018 sayılı kanun Cumhurbaşkanı'nın sunacağı tasarımı altı ayla sınırlasa da bu sürede değişiklik önerileriyle komisyon aşamasında değişiklik yapılmasını engelleyecek bir hüküm Anayasa'da bulunmamaktadır.

6771 sayılı kanun geçici bütçe kanununun mali yıl başlangıcına kadar çıkartılmaması halinde ise parlamento tarafından onaylanmış bir bütçe olmadan yürütmenin gelir toplayıp harcama yapabilmesine olanak tanımaktadır. 161. maddenin yeni haline göre geçici bütçe kanununun çıkartılmaması halinde bir önceki yılın bütçesi yeniden değerlendirilerek artırılarak uygulanabilecektir. Yeniden değerlendirilmesinin ise yürütme organı tarafından belirlendiği göz önüne alındığında<sup>84</sup> parlamentoların en eski yetkisi<sup>85</sup> olan bütçe yetkisinin 6771 sayılı kanunla yürütmeye devredildiği açıktır. Kanımızca, yeniden değerlendirilmesinin de Cumhurbaşkanı tarafından belirleneceği için, yeniden değerlendirilmesine göre arttırılan bütçeyi kullanmak zorunda kalma ihtimali yürütme organını yasamayla uzlaşmaya zorlayamayacaktır<sup>86</sup> Kanımızca parlamento çoğunluğunun desteğini kaybettiğini, bütçe kanunu teklifinin parlamentonun uygun gördüğü şekilde yasalaşacağını bilen bir Cumhurbaşkanı, bir önceki yıl bütçesini yeniden değerlendirilmesine göre arttırarak kullanmayı tercih dahi edebilir. Dahası Anayasa'da yürütme organının bütçe kanunu veya geçici bütçe kanunu olmadan ne zamana kadar önceki yıl bütçesini kullanabileceğini belirleyen bir hüküm de yoktur. Bu nedenle geçici bütçe kanununun görüşülmesi için ayrı ve çok hızlı bir yöntemin İttüzük'te düzenlenmesi, hatta bütçe kanunu teklifi ile birlikte geçici bütçe kanunu teklifinin de parlamentoya sunulmuş olması gerekmektedir.

## V. Uluslararası Antlaşmaların Onaylanmasının Uygun Bulunmasına Dair Kanunlar

Milletlerarası antlaşmaların onaylanmasının uygun bulunması TBMM'nin kanun şeklinde kullandığı yetkilerinden bir tanesidir. Hatta Türkiye Cumhuriyeti Anayasası parlamentonun onayına sunulması gereken antlaşmalar yerine sunulmaması mümkün olanları sayarak karşılaştırmalı hukukta ayrık bir örnek oluşturmaktadır.<sup>87</sup> Anayasa milletlerarası

82 ERGİNAY, 2010, s. 254.

83 ERGİNAY, 2010, s. 255.

84 Vergi Usul Kanunu, mükerrer 298.

85 ONAR, 1995, s. 47.

86 Aksi yönde bkz. Memur-Sen, 2017, s. 228.

87 GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 1. baskı, 2 c., Ekin Kitabevi, Bursa, 2011, Cilt:2, s. 654.

antlaşmaları düzenlediği 90. maddesinde özel bir usul kuralı getirmemiş olduğuna göre, bu kanunlar hakkında genel hükümler uygulanacaktır.<sup>88</sup> İçtüzük ise sadece 142. madde ile, milletlerarası antlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanun tasarılarının kabulü için açık oylama yapılmasını zorunlu kılmakla yetinmiştir.

Anayasa'da milletvekillerinin kanun teklif etme yetkisini sınırlayan bir hüküm olmadığı halde 244 sayılı kanun<sup>89</sup> uluslararası antlaşmaların onaylanmasına ilişkin kanunların ancak kanun tasarısı olarak Bakanlar Kurulunca Meclis Başkanlığına sunulabileceğini düzenlemektedir. Bu kural kanun tasarısı ve tekliflerinin konu bakımından bir ayrıma tabi olmadıklarının istisnasını oluşturmaktadır.<sup>90</sup>

6771 sayılı kanun hem Bakanlar Kurulu hem de kanun tasarısını hukuk düzenimizden çıkarttığı ve artık yürütme organının kanun önermesi sadece bütçe ve kesin hesap kanunları için mümkün olacağı için, 244 sayılı kanun fiilen uygulanamaz hale gelmiştir. Anayasa'nın 90. maddesinin bir kanunla onaylanmasının uygun bulunmasını aradığı antlaşmaların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle onaylanması da mümkün olmadığından, kalan tek çare bu kanunların teklif olarak sunulmasıdır.

Uluslararası antlaşmaların yapılmasında yetkinin yürütmenin elinde olduğu ve hatta antlaşmaların akdedilmesinin bir "hükümet tasarrufu" olduğu bugün dahi kabul edilmektedir.<sup>91</sup> Buna karşın parlamentolar 14. yüzyıldan itibaren<sup>92</sup> dış politika alanına da müdahale etmeye başlamışlardır. Başlangıçta sadece toprak terkine has olan bu yetki, zamanla tüm antlaşmaların ülkede hüküm ve sonuç doğurabilmesi için parlamentolarca onaylanması şartına dönüşmüştür.<sup>93</sup> Parlamentoların hukuki yollarla dış politika işlerine müdahalesi ilk kez Amerika Birleşik Devletleri'nde görülmüştür. ABD'de Kongre dış politika işlerine diğer yasama organlarından daha sıkı bir denetim uygulamaktadır.<sup>94</sup> Uluslararası ilişkilerin gelişmesiyle yasama organının uluslararası antlaşmaların tamamını görmesi imkânsız ve bazı durumlarda ise gereksiz hale gelmiştir. Dünya savaşlarından sonra yasama organlarının bilgisi olmayan gizli antlaşmaları anayasalar engellemiş ancak bunların yerini ticari, teknik ve ekonomik antlaşmalar almıştır. Başka bir ifadeyle iç hukukta olduğu gibi uluslararası ilişkilerde de yürütme organına düzenleme yetkisi verilmiştir.<sup>95</sup> Anayasa değişikliği ise yerinde olarak yürütme organının bütçe ve kesin

88 2001 yılında 713 sayılı karar ile 81. maddede değişiklik yapılarak uygun bulma kanunlarını sadece tümü üzerinde görüşme açılacağı maddeleri üzerinde görüşme açılmayacağı ve önerge verilemeyeceği düzenlenmişti. Bu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından; TBMM'nin antlaşmalara çekince koyma ve uygun bulma kanununun yürürlük tarihini belirleme yetkilerini ancak görüşme açılarak kullanabileceği gerekçesi ile Anayasa'nın 2. ve 87. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. E.2001/129 K. 2002/24.

89 31 Mayıs 1963 tarihli ve 244 sayılı Milletlerarası Antlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Antlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Yasa.

90 BAKIRCI, 2000, s. 400.

91 GÖZLER, 2011, II, s. 643.

92 SOYSAL, 1964, s. 20.

93 SOYSAL, 1964, s. 26.

94 SOYSAL, 1964, s. 127.

95 Soysal, s. 253.

hesap kanunlarını önerme yetkisini korurken, yukarıda açıklanan nedenlerle yürütme organının sahip olması gereken uluslararası anlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanunları önerme yetkisini hukukumuzdan çıkartmıştır.

Uluslararası anlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanunların herhangi bir milletvekilince teklif edilmesiye yürütme organının belki de bilinçli olarak ertelediği uluslararası meselelerin TBMM gündemine gelmesine, kanun teklifinin reddedilmesi halinde ise bir yıllık görüşme yasağına takılmasına neden olacaktır. Öte yandan bu tür kanun teklifleri muhalefete yürütmenin dış politika tercihlerini denetlemek için etkin bir yöntem sağlayacaktır.

Kanımızca yürütmenin bu alanda kanun teklif etme yetkisine sahip olması gerekmektedir. Ancak Anayasa tarafından verilmeyen bir yetkinin İktüzük ile Cumhurbaşkanı'na tanınması veya milletvekillerine konu sınırı olmaksızın tanınan yetkinin geri alınması mümkün olmadığı için tek çare yeni bir Anayasa değişikliğidir.

## VI. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

6771 sayılı kanun'un yürürlüğe girmesiyle KHK ve tüzük hukukumuzdan çıkarak yerlerini Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine bırakacaklardır. 1982 Anayasasıyla hukukumuzda giren CBK, 6771 sayılı kanuna kadar sadece Cumhurbaşkanlığı teşkilatının düzenlenmesi için kullanılan ve üzerinde fazla durulmayan<sup>96</sup> bir idari işlem den ibaretti. 6771 sayılı kanun öncesi TBMM'nin kanunla düzenleyemeyeceği bir konuda çıkarılabilecek olan CBK,<sup>97</sup> yürütme organının olağan dönemlerde ilk-el olarak yapabileceği tek idari işlemdir.<sup>98</sup> 6771 sayılı kanunla beraber ise ismi aynı kalmakla beraber CBK artık, doğrudan Anayasa tarafından Cumhurbaşkanı'na tanınan konu bakımından yeterince sınırlanmamış<sup>99</sup> bir düzenleme yetkisidir. KHK ve CBK birbirinden tamamen farklı iki işlemdir. TBMM tarafından onaylanmasına gerek olmayan CBK, yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacak olsa da KHK'nin aksine normlar hiyerarşisinde kanunun altında yer alan bir idari işlemdir.<sup>100</sup>

### A. Olağan Dönemde Çıkartılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

CBK'ler, KHK'lerin aksine yetki kanununa ihtiyaç duymamaları ve TBMM'nin onayına sunulmayacak olmaları sebebiyle herhangi bir kanuna konu olmayacaklardır. Bu nedenle olağan dönemlerde çıkartılan CBK'ler çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Anayasa'ya göre kanunun varlığı halinde CBK ile düzenleme yapılamayacak ve TBMM'nin aynı alanı kanunla düzenlemesi halinde CBK hükümsüz hale gelecektir de

96 TAŞDÖĞEN, Salih, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2016, Cilt: 65, Sayı: 3, (s.937-66), s. 938.

97 TAŞDÖĞEN, 2016, s. 942.

98 TAŞDÖĞEN, 2016, s. 943.

99 KÖKER, Levent, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Çelişkileri ve Sorunları", *Ortak Söz* <<http://ortak-soz.com/2017/03/07/cumhurbaskanligi-kararnamesinin-celiskileri-ve-sorunlari-levent-koker-yazdi/>> [erişim 10 Mayıs 2017].

100 ULUSOY, Ali, "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?", s. 6 <<http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf>> [erişim 11 Mayıs 2017].

TBMM'nin yavaş işleyen çarkları ve mevcut uygulamada KHK'lerin ne kadar uzun süre gündemde kaldığı düşünüldüğünde CBK ile düzenlenen alanların TBMM gündeminin üst sıralarına gelme ihtimali düşük gözükmetedir.

## B. Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Olağan CBK'ler ile KHK'ler oldukça farklı iki işlem olsa da olağanüstü KHK'ler ile CBK'ler arasında bir fark bulunmamaktadır. İki kurum da yürütme organına olağanüstü hallerde TBMM onayına tabi ancak, TBMM'nin önceden yetkilendirilmesine dayanmayan bir düzenleme yetkisi vermektedir.

Olağanüstü hallerde çıkartılacak olan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ise 104. maddenin yeni halinde sayılan ve yürürlükteki 91. maddeyle aynı olan sınırlandırma-lara tabi olmayacaktır. Buna karşın olağanüstü hallerde çıkartılan CBK'lerin aynı gün içerisinde TBMM'ye sunulması gerekmektedir. Uygulamada TBMM'nin olağanüstü hal KHK'leri hakkında karar vermekten kaçındığı gözlemlenmiştir.<sup>101</sup> TBMM'nin bu davranışını engellemek için 6771 sayılı kanun TBMM'ye sunulmalarından itibaren 3 ay içinde karar bağlanmayan olağanüstü hal CBK'lerin ise kendiliğinden yürürlükten kalkacağını düzenlemiştir. Onay işlemi için TBMM'ye tanınan üç aylık süre, Anayasayla TBMM'nin hareketsizliğine zımni ret sonucu bağlansa da, etkin siyasi denetim sağlayamayacak kadar uzundur.<sup>102</sup> Bununla beraber İttüzük'ün 128. maddesinin olağanüstü KHK'lerin görüşülmesi için verdiği 30 günlük sürenin sonunda Anayasa'nın 121 ve 122. maddelere dayanan KHK'lerin görüşülmemesine nasıl bir sonuç bağlanacağı konusunda öğretilerde görüş birliği yoktur. GÖZLER<sup>103</sup> ve ESEN<sup>104</sup> bu durumda KHK'nin yürürlüğünün devam edeceğini savunurlarken; YÜZBAŞIOĞLU, 30 günlük sürenin sonunda olağanüstü hal KHK'lerinin TBMM tarafından reddedilmiş sayılması gerektiğini<sup>105</sup>, TEZİÇ ise kendiliklerinden yürürlükten kalkacaklarını savunmaktadır.<sup>106</sup> 6771 sayılı kanun kanımızca 30 günlük süre sonunda olağanüstü hal CBK'nin kaderinin ne olacağını açıklamıştır. Anayasalar asgari ölçütleri belirlediği ve kanun veya diğer düzenleyici işlemlerle temel hakların daha fazla güvenceye kavuşturulması mümkün olduğu için 6771 sayılı kanun'un getirdiği üç aylık askıda geçerlilik süresinin İttüzük tarafından bir aya indirildiğinin kabul edilmesi gerekir. Öte yandan Anayasa'nın TBMM onayı için getirdiği üç aylık süre sınırı yürütme organına bir yetki vermediği, sadece kişilerin temel haklarının TBMM denetimi olmadan

101 TÜRK, Ender, **1982 Anayasası'na Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi** Seçkin, Ankara, 2013, s. 97. TÜRK, yaptığı incelemede çıkartılan 20 olağanüstü hal KHK'nden sadece 4 tanesinin karara bağlandığını belirtmiştir.

102 Aksi yönde bkz. KILIÇ, Muharrem, "Hukuk-Politik Gerçekliği Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", **Yeni Türkiye, Yıl:2017**, Cilt: Mart-Nisan, Sayı: 94, (s.169-182), s. 174.

103 GÖZLER, **2000**, s. 232.

104 ESEN, Selin, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 240.

105 YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, Beta, İstanbul, 1996, s. 187.

106 TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 21. baskı, Beta, İstanbul, 2017, s. 47.

sınırlanmasına bir üst had belirlediği için Anayasa ile yürütmeye verilen bir yetkinin içtüzük ile alınamayacağı da iddia edilemez.

TBMM'nin bu onay işlemini kanunla mı yoksa bir kararla mı yapacağı Anayasa tarafından tayin edilmemiştir. Bu güne kadar olağanüstü hal kararnamelerinin onaylanmasına dair yapılan tartışma olağanüstü hal CBK'leri için de sürecektir. Uygulamada olağan KHK'ler gibi olağanüstü KHK'ler de bir kanunla onaylanmaktadır. Bununla beraber kanımızca olağanüstü hâl CBK'lerinin bir karar ile onaylanması gerekmektedir.<sup>107</sup> Bu görüşün ilk gerekçesini DURAN, bu işlemlerin hukuk düzeninde kalıcı değişiklikler getirmeyip, kısa süreli bir tehlikeye yönelik acil tedbirler olmaları<sup>108</sup> olarak açıklamaktadır. EROĞUL, ise olağan KHK'lerin kanunla onaylanacağını ancak olağanüstü KHK'lerin TBMM tarafından onaylanmasının siyasal denetim aracı olması sebebiyle parlamento kararıyla yapılması gerektiğini savunmaktadır.<sup>109</sup> ESEN, olağanüstü hal KHK'lerinin kanunla onaylanmasının, geçici olması gereken düzenlemeleri kanuna dönüştürerek kalıcı hale getireceği için yanlış bir uygulama olduğunu belirtmektedir.<sup>110</sup> İchtüzük'ün olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin kanunların görüşülmesinde kullanılan yöntemle görüşüleceğini belirten 128. maddesi ise kanımızca sadece olağanüstü hal kararnamelerinin onayının tabi olacağı yöntemi belirlemektedir.

## VII. Sonuç

16 Nisan 2017 tarihinde, referandum sonucunda kabul edilen 6771 sayılı kanun 1982 Anayasası'nın öngördüğü hükümet sistemini kökten değiştirmiştir. Yasama - yürütme ilişkilerinde, en azından hukuki açıdan, ülkemizin hiç tecrübe etmediği yeni bir yola girilmiştir. Anayasa'nın 70 maddesinde değişiklik yapan 6771 sayılı kanun yeni hükümet sisteminde yasama sürecinin nasıl işleyeceğine dair bir düzenleme getirmemiş, sadece gerekli içtüzük değişikliklerinin altı ay içinde yapılmasını emretmiştir. 1160 sayılı TBMM kararıyla yapılan içtüzük değişikliği ise ne yazık ki hükümet sistemi değişikliğinin gereklerinden ziyade yasama sürecinin, muhalefetin başvurduğu engelleme araçlarının bir kısmını ortadan kaldırarak hızlandırılmasına yönelik olmuştur.

1961 Anayasası altında parlamentonun bir kanadı için kabul edilen içtüzük, hem 1980 darbesinden sonraki ara dönemde hem de 1982 Anayasası döneminde küçük değişikliklerle parlamento uygulamasına yön vermiştir. 1961 Anayasası'nın da 1982 Anayasası'nın da parlamenter sistemi kabul etmesi 44 yaşına girmek üzere olan içtüzük'ün işlevselliğini kaybetmemesini sağlamıştır. 6771 sayılı kanun'un ardından ise içtüzük'te düzenlenen yasama süreci tamamen değiştirilmelidir.

Hem parlamenter sistemlerde, hem de başkanlık sistemlerinde yürütmenin programını hayata geçirmesi için en etkin aracı kanunlardır. Parlamenter sistemlerde

107 GÖZLER, **2000**, s. 241; aksi yönde bkz. TÜRK, **2013**, s. 99.

108 DURAN, Lütfi "Bunalım Kararnameleri", AÜ **Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1995, Cilt: 50, Sayı: 3-4, (s. 141-158), s. 152.

109 EROĞUL, Cem, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM'ce Onaylanması Sorunu", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Yıl 1999, Cilt: 54, Sayı: 4, (31-46), s. 42.

110 ESEN, **2008**, s. 244.

yasamanın üyesi olan ve yasamanın güvenine dayanan yürütme organı, kanun yapma sürecinde de etkin bir role sahiptir. Parlamenter sistemde kanun teklif edebilen, komisyon toplantılarında etkili olan, parlamento gündemine müdahale edip, değişiklik önerileri verebilen yürütme; başkanlık sisteminde yasama sürecine ancak kendisine tanınan veto yetkisi ile müdahale edebilir. Yasamanın üyesi olmayan Cumhurbaşkanı ve hükümeti yasama organını ancak ziyaretçi koltuklarından takip edebilecek, işlemlerine müdahale edemeyecektir. Bu nedenle İçtüzük'te yürütmeye yasama sürecine müdahale yetkisi veren tüm düzenlemeler kaldırılmalıdır.

Yapılması gereken değişikliklerin 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra olduğu gibi ertelenmesi bu sefer yürütmenin yasama sürecine Anayasa'ya aykırı şekilde müdahale etmesine neden olacaktır. Bu sebeple 6771 sayılı kanun'un öngördüğü altı ay içinde mümkün olmasa da TBMM'nin 27. döneminde Geçici Başkanlık Divanı kurulana kadar yasama sürecinin yeni hükümet sistemine uyarlanması gerekmektedir.

Yukarıda ayrıntılı olarak değindiğimiz değişiklikler sonraki milletvekili genel seçimlerine kadar yapılması zorunlu olanlardan ibarettir. Hükümet sisteminin değiştirilmesi yasama sürecinin değiştirilmesine neden olsa da, kendi başına yasama sürecinin iyileştirilmesini sağlamayacaktır. Yasama sürecinin ülkenin ihtiyaçlarını karşılayacak derecede hızlanması ve daha demokratik hale gelmesi içinse burada belirttiklerimizin çok daha ötesinde bir içtüzük reformuna acilen ihtiyaç vardır.

---

## KAYNAKÇA

---

- AKÇALI, Pinar, "Genel Özellikleri, Yararları ve Sakıncaları Işığında Başkanlık Sistemleri", **Yeni Türkiye**, Yıl: 2013, Cilt: Mart-Nisan, Sayı: 51, (s. 406-415),
- ARMAĞAN, Servet, **Memleketimizde İçtüzükler**, İ.Ü.H.F Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972
- ARSEL, İlhan , **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt:1, Mars Matbaası, Ankara, 1965
- ASLAN Kahan Onur, **Türk Parlamento Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014
- BAHÇECİ, Barış, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Devlet Başkanının Veto Yetkisi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008
- BAKIRCI, Fahri, "Yasama Sürecinin Hızlandırılması ve Sakıncaları", Kanun **Yapma Tekniği** , Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2016
- BAKIRCI, Fahri, **TBMM'nin Çalışma Yöntemi**, İmge Kitabevi, Ankara, 2000
- BAKIRCI, Fahri, **Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulundaki Yerleşik Uygulamalar**, TBMM Basımevi, Ankara, 2015
- BAŞGİL, Ali Fuad , **Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri Mukayeseli Türk Esas Teşkilat Hukuku Dersleri**, Baha Matbaası, İstanbul, 1957
- BOZDAÇ, Bekir , "Yeni ve Büyük Türkiye'nin Temellerini Atıyoruz", **Yeni Türkiye**, Yıl:2017, Cilt: Mart-Nisan, Sayı 94, (s. 23-35)
- ÇELİK, Ercan "Plan ve Bütçe Komisyonu: Gelişimi ve Yasama Sürecindeki İşlevi", **Yasama Dergisi**, Yıl: 2006
- DURAN, Lütfi "Bunalım Kararnameleri", AÜ **Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1995, Cilt: 50, Sayı: 3-4, (s. 141-158)



- DURGUN, Gonca Bayraktar, "Anayasa Referandumunu ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", **Yeni Türkiye**, Yıl: 2017, Cilt: Mart-Nisan, Sayı: 94, (s. 494-499)
- DURGUN, Şenol "Yasama Komisyonları Yönünden Demokratik Sistem Uygulamaları", **Yeni Türkiye**, Yıl: 2017, Cilt: Mart-Nisan, Sayı: 94, (s. 477-493)
- ERGİNAY, Akif, **Kamu Maliyesi**, 18. baskı, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara, 2010
- ERGÜL, Ozan, "Anayasa Mahkemesi'nin TBMM İçtüzük Değişikliğini İptal Kararı Işığında Özel Yasama Yöntemine Bir Bakış", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2002, Cilt: 51,Sayı: 4, (s. 99-130)
- EROĞUL, Cem "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM'ce Onaylanması Sorunu", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Yıl:1999, Cilt: 54, Sayı: 4, (31-46)
- ESEN, Selin, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, "Başkanlık Sistemi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3,Sayı 1, **2012**
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", **Yeni Türkiye**, Yıl:2017, Cilt: Mart-Nisan, Sayı: 94, (s. 90-109)
- GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, 1. baskı, 2 c., Ekin Kitabevi, Bursa, 2011, Cilt:2
- GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011, Cilt:1
- HAS, Volkan, **Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Çalışma Düzeni**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009
- İBA, Şeref / BOZKURT, Rauf, **100 Soruda Türk Parlamento Hukuku**, Nobel Yayınevi, Ankara, 2006
- İBA, Şeref, "TBMM İçtüzüğünden Doğan Bir Yasama Aktörü Olarak Danışma Kurulu", **Yasama Dergisi**, Yıl: 2011
- İBA, Şeref, **Anayasa ve Parlamento Üzerine İncelemeler**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2010
- İYİMAYA, Ahmet "Anayasa Değişikliği Ekseninde Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", **Yeni Türkiye**, Yıl: 2017, Cilt: Mart-Nisan, Sayı: 94, (s. 71-89)
- JANDA, Kenneth / BERRY, Jeffrey M. / GOLDMAN, Jerry, **The Challenge of Democracy Government in America**, 3. baskı, Houghton Mifflin Company, Boston, 1992
- KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer, **Yasama Meclisinde Komisyonlar**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1965
- KILIÇ, Muharrem, "Hukuk-Politik Gerçekliği Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", **Yeni Türkiye**, Yıl:2017, Cilt: Mart-Nisan, Sayı: 94, (s.169-182)
- KÖKER, Levent, "**Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Çelişkileri ve Sorunları**", *Ortak Söz* <<http://ortaksoz.com/2017/03/07/cumhurbaskanligi-kararnamesinin-celiskileri-ve-sorunlari-levent-koker-yazdi/>> [erişim 10 Mayıs 2017]
- KUBALI, Hüseyin Nail, **Anayasa Hukuk Dersleri Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler**, İ.Ü.H.F Yayınları, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1971
- KUZU, Burhan, "Anayasa Değişikliği ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Genel Faydaları", **Yeni Türkiye**, Yıl:2017, Cilt: Mart-Nisan, Sayı: 94, (s.110-128)
- LİJPHART, Arend, **Patterns of Democracy Government forms and Performance in Thirty Six Countries**: Yale University Press, New Haven 1999
- MEMUR-SEN, "Sorularla Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", **Yeni Türkiye**, Yıl: 2017, Cilt: Mart-Nisan, Sayı: 94, (s. 209-234)
- NEZİROĞLU, İrfan, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda Söz Alma ve Konuşma", **Yasama Dergisi**, Yıl: 2009
- NEZİROĞLU, İrfan, **Türk Parlamento Hukukunun Temel Kavramları**, Seçkin, Ankara, 2008

- ONAR, Erdal, "Dünyada Parlamento Kavramının Doğuşu, Gelişimi ve Bugünkü Görünümü", **Milli Egemenlik ve Demokrasi Kurultayı**, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, 77, Ankara: TBMM Basımevi, **1995**, (s. 43-57)
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017
- RİGGS, Fred W., "The Survival of Presidentialism in America: ParaConstitutional Practices", **International Political Science Review**, , Yıl: 1988, Cilt: 9, Sayı:4, ss.(247-278)
- SARTORI, Giovanni, **Comparative Constitutional Engineering**, 2. baskı New York University Press, New York, 1997
- SOYSAL, Mümtaz, **Dış Politika ve Parlamento**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1964
- STORM, Kaare, "Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies", **European Journal of Political Research**, Yıl: 2000, Cilt: 37, Sayı:3, ss.(261-289)
- TAŞDÖÇEN, Salih, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2016, Cilt: 65, Sayı: 3, (s.937-66)
- TEZİÇ, Erdoğan, "Başkanlık Rejimini Anlamak", **Yeni Türkiye**, Yıl: 2013, Cilt: Mart-Nisan, Sayı: 51, (s. 366-372)
- TEZİÇ, Erdoğan, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl: 1987, Cilt: 52, Sayı: 1-4, (s.101-116)
- TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 16. baskı, Beta, İstanbul, 2013
- TUNAYA, Tarık Zafer, **Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, 3. baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975
- TÜRK, Ender, **1982 Anayasası'na Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi** Seçkin, Ankara, 2013
- ULUSOY, Ali, "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?", s. 6 <<http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf>> [erişim 11 Mayıs 2017]
- ULUŞAHİN, Nur, **Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi**, Yetkin, Ankara, 1999
- YÜKSEL, Nahit, "Türk Parlamento Hukukunda 'Çerçeve' Kanunları Adlandırma Yöntem ve Sorunları", **Yasama Dergisi**, Yıl: 2014, (s.31-63)
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, Beta, İstanbul, 1996

# 5366 Sayılı Kanun Kapsamında Yenileme Alanlarında Gerçekleştirilen Kentsel Dönüşüm Süreci Üzerine Bir Deneme

Hakemli Makale

**Onur KAPLAN**

Arş. Gör., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

---

## İÇİNDEKİLER

---

Giriş.....	277
1- Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmazların Bulunduğu Alanlarda Kentsel Dönüşümü Gerektiren Nedenler, Amaç ve Kapsam.....	278
2- Yenileme Alanlarının Belirlenmesi ve Uygulama Süreci .....	282
3- Yenileme Alanında İdarece Proje ve İmar Planlarının Hazırlanması.....	288
4- Tasarrufların Kısıtlanması ve Kamulaştırma.....	295
Sonuç ve Değerlendirme .....	301
Kaynakça .....	302

---

## ÖZET

---

Ülkemizde sanayileşme hareketlerinin 1950'lerden itibaren hız kazanması neticesinde kent merkezlerinde yoğunlaşma artmıştır. Kentleşme adı verilen nüfus birikimi sürecinin belirgin hale gelmesiyle birlikte kentlerde fiziki, sosyal ve ekonomik açıdan bir değişim yaşanmıştır. Ancak, kentleşme olgusunun dengesiz biçimde gelişmesi beraberinde çarpık kentleşme ve altyapı sorunlarını da getirmiş; bu süreçte tarihi ve kültürel taşınmazların bulunduğu bölgelerde çöküntü alanları oluşmuş ve bu alanların dönüştürülmesi ihtiyacı doğmuştur. Dolayısıyla 5366 sayılı Kanun çerçevesinde yenileme alanı olarak tespit edilen yerlerde kentsel dönüşüm uygulamalarının gerçekleştirilmesi hedeflenmektedir. Bu kapsamda çalışmada öncelikle uygulamada hedeflenen unsurun ne olduğu belirlenmiş, daha sonra idarece yenileme alanlarında gerçekleştirilen uygulamalarda süreç; tespit, tasarrufların kısıtlanması ve kamulaştırma aşamaları bakımından incelenerek, nihayetinde genel bir değerlendirme yapılmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Kentleşme, Tarihi ve Kültürel Taşınmazlar, Kentsel Dönüşüm, Yenileme Alanları, Kamulaştırma

---

## ABSTRACT

---

### Restricting The Savings and Expropriation of Urban Transformation Applications in Renewal Areas

Concentration has increased in urban centers as industrialization movements have accelerated in our country since 1950s. As the population accumulation process, which is called urbanization, became prominent, there has been a change in physical, social and economic aspects in the cities. However, the unbalanced development of the urbanization phenomenon brought about the problems of urbanization and infrastructures; in this process, dilapidated areas were formed in the regions where historical and cultural immovables existed and the need to transform these areas was arising. Within this scope, it is aimed to implement the urban transformation applications in the areas determined as the renewal area within the framework of Law 5366. So, in this context, first of all, what was the target of the application was determined and then the applications performed in the renewal areas were examined in terms of determination of the restrictions of the savings and expropriation phases and finally a general evaluation was made.

### Keywords

Urbanization, Renewal Areas, Expropriation, Urban Transformation, Historical and Cultural Immovables

## Giriş

İçinde bulunduğumuz 21. yüzyılda gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler ölçeğinde kentleşme olgusu, iktisadi ve sosyal boyutlarıyla etkisini göstermektedir. Özellikle küresel ölçekte tarım sektöründe makineleşmenin yaşanması ve ticari üretimin artması ile birlikte, kent mekânlarında bireylerin yoğunlaşması kentlerin yatay biçimde genişlemesine neden olmuştur<sup>1</sup>. Dünyada yaşanan bu gelişmelere koşut olarak Ülkemizde kentleşme olgusunun 1960'lı yıllardan itibaren dengesiz biçimde gelişmesi beraberinde altyapı sorunlarını da getirmiş, bu süreçte artan konut ihtiyacı sebebiyle mevzuata aykırı yapılaşmalar oluşmuştur<sup>2</sup>. Birçok uygarlığın beşiği ve önemli tarihsel kalıntıları barındırmakta olan Ülkemizin kültürel varlığının korunması, insanlık tarihi ve kültürü bakımından taşıdığı değer çerçevesinde önem arz etmektedir<sup>3</sup>. Tarihsel süreçte Ülkemizde kentleşme ve sanayileşme olgusunun giderek yaygınlaşması, kentlerin giderek terk edilmesi ve tarihi dokuların zarar görmesine yol açmıştır<sup>4</sup>. Özellikle 1980'li yıllarda başlayan küreselleşmenin etkisiyle kimi kentlerin dünya kenti durumuna getirilmesi amacını gerçekleştirmek için büyük iş ve ticaret merkezleriyle doldurulması amaçlanmış<sup>5</sup> ve fakat bu amacı gerçekleştirirken tarihi dokulara zarar verilmiş, önlem alınmayan bölgeler yok olma tehlikesi ile karşı karşıya kalmıştır<sup>6</sup>. Artan sanayileşme ve kentleşme olgusu karşısında tarihi kent alanları boşalmış ve neticede bu bölgeler kentin toplumsal açıdan da sorunlu alanları haline gelmiştir<sup>7</sup>. Kültürel ve tarihi taşınmazların var olduğu bölgelerde yaşanan köhneleşme olgusunun giderilmesi ve nüfus artışına bağlı olarak kent içerisinde artan konut ihtiyacının giderilmesi amaçlanmışsa da söz konusu tarihi ve kültürel taşınmazlara gerekli önem verilmemiştir. Bu doğrultuda imar planında kalıp kalmadığı irdelenmeksizin sosyal refahın sağlanması tarihi ve kültürel varlıkların gelecek nesillere sağlıklı bir şekilde bırakılması amacıyla 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıklarının Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanunun<sup>8</sup> hazırlanması elzem olmuştur.

Plansız kentleşme olgusunun yarattığı çevresel sorunları gidermek ve tarihi ve kültürel taşınmazların bulunduğu alanların yenilenmesini sağlamak, yeni ihtiyaçlar

1 BURGESS, Ernest W., "The Growth of The City: An Introduction to a Research Project", **The City** (Ed. PARK, Robert E./BURGESS, Ernest W.), The University of Chicago Press, Chicago, 1984, s.50.

2 KELEŞ, Ruşen, **100 Soruda Türkiye'de Kentleşme, Konut ve Gecekondu**, Cem Yayınevi, İstanbul, 2015, s.184.

3 ERKUT, Celal, "Kültürel Mirasın Korunması Hukuku", **Prof. Dr. Yıldızhan Yayla'ya Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s.285.

4 GÜLAN, Aydın, "Tarihi Dokuyu Yenilemek Adına Cerrahi Bir Müdahale Aracı: Yenileme Alanları", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan Cilt-2**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s.1956.

5 KELEŞ, Ruşen, **Kentleşme Politikası**, İmge Kitabevi, Ankara, 2016, s.63.

6 ÖZDEN, Pelin Pınar, **Kentsel Yenileme Yasal-Yönetmelik Boyut Planlama ve Uygulama**, İmge Kitabevi, Ankara, 2016, s.318.

7 Nitekim Tankut, Türkiye'nin doğal ve tarihi çevresini yitirmesinin yoksulluk kadar büyük bir problem olduğunu ifade etmiştir. TANKUT, Gönül, "Doğal ve Tarihi Çevrenin Korunması: Sorunlar ve Olası Çözümler", **Planlama Dergisi**, Sayı:31, 2015, s.12.

8 RG.05.07.2005-25886.

karşısında sosyal donatı alanları oluşturmak maksadıyla kent mekânlarında dönüşüm gerekliliği bulunmaktadır<sup>9</sup>. Bu çerçevede idare, 5366 sayılı Kanun kapsamında “kentsel dönüşüm” adı verilen uygulamaları tesis ederek söz konusu mekânların restoresini ve canlandırılmasını sağlamaktadır<sup>10</sup>.

Doktrinde kentsel dönüşüm kavramı ile ilgili genel geçer bir tanım yapılmamış olup değişik tanımlamalar mevcuttur. Özden’e göre, kentsel dönüşüm farklı nedenlerden dolayı zaman içinde eskimiş, terkedilmiş, değer kaybına uğramış ve köhneleşme eğilimi gösteren kent alanlarının günün modern ve sosyal koşullarına uygun bir şekilde değiştirilmesi, dönüştürülmesi, ıslah edilmesi ve yeniden canlandırılması olarak tanımlanabilir<sup>11</sup>. Ayhan’a göre ise, kentlerin dönüşümü süreklilik arz etmekte olup kentsel dönüşüm kavramı, kentsel mekânların mevcut durumunun değişmesi, bu alanların zamanla şekil değiştirerek başka bir biçime girmesidir<sup>12</sup>. Bu kapsamda genel bir tanım yapılacak olursa kentsel dönüşüm, yetkili idare tarafından, ilgili mevzuata uygun olarak; yıpranmış ve dönüşümü gereken kent mekânlarında belli yöntemlerin izlenmesi suretiyle müdahale edilmesidir<sup>13</sup>.

### 1. Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmazların Bulunduğu Alanlarda Kentsel Dönüşümü Gerektiren Nedenler, Amaç ve Kapsam

Tarihi ve kültürel taşınmazların zamanla turizm amaçlı kullanımının ön plana çıkması ve fakat bu taşınmazların bulunduğu alanın yeterli altyapıya sahip olmaması ve yeterli planlamanın yapılmaması, tarihi kent merkezlerinde köhneleşmeye ve çöküntü bölgelerinin oluşmasına sebep olmuştur<sup>14</sup>. Öte yandan, korunmaya başlandıktan sonra da yapılar tek tek ele alınmış ve fakat yapının kent ve bölgelerle olan ilişkisi göz ardı

9 ÜSTÜN, Gül, **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s.103.

10 5366 sayılı Kanun’un amaç ve kapsamını belirleyen 1. maddesinde “yenileme ve dönüştürme” hedefine vurgu yapıldığı görülmektedir. 5366 sayılı Kanun md.1 “Bu Kanunun amacı, (...) yıpranan ve özelliğini kaybetmeye yüz tutmuş; kültür ve tabiat varlıklarını koruma kurullarınca sit alanı olarak tescil ve ilan edilen bölgeler ile bu bölgelere ait koruma alanlarının, *bölgenin gelişimine uygun olarak yeniden inşa ve restore edilerek*, bu bölgelerde konut, ticaret, kültür, turizm ve sosyal donatı alanları *oluşturulması*, (...) *tarihi ve kültürel taşınmaz varlıkların yenilenerek korunması ve yaşatılarak kullanılmasıdır.*” (Tarafımca vurgulanmıştır.)

11 ÖZDEN, Pelin Pınar, “Kentsel Yenileme Uygulamalarında Yerel Yönetimlerin Rolü Üzerine Düşünceler ve İstanbul Örneği”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı:23-24 (Ekim 2000-Mart 2001), s.257.

12 AYHAN, Fatma, “Kentsel Dönüşüm Kavramı ve Tarihsel Gelişimi”, **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, (Ed. YASİN, Melikşah/ŞAHİN, Cenk), İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, İstanbul, 2013, s.72.

13 Kentsel dönüşüm uygulamalarında kullanılan yöntemler canlandırma, yenileme, yeniden oluşum, sağlıklılaştırma soylulaştırma ve eski hale getirme olarak ifade edilebilir. Özellikle 5366 sayılı Kanun kapsamında yıpranan ve özelliğini kaybetmeye yüz tutmuş; kültür ve tabiat varlıklarını koruma kurullarınca sit alanı olarak tescil ve ilan edilen bölgeler ile bu bölgelere ait koruma alanlarında gerçekleştirilen dönüşüm uygulamalarında sağlıklılaştırma, canlandırma ve yenileme yöntemlerine yer verildiği görülmektedir. Bkz. ÖZDEN, **2016**, s.182-183.

14 ÖZDEN, **2016**, s.106.

edilmiştir<sup>15</sup>. Bu nedenle bu gibi eserlerin bulunduğu bölgelerin yeniden canlandırılması, bakımsızlık ve korunamama halinin giderilmesi<sup>16</sup> ve söz konusu kültürel ve tarihi eserlerin bulunduğu bölgelerin yeniden canlandırılması ve sağlıklılaştırılması amacıyla alan bazında kentsel dönüşüm uygulaması ihtiyacı doğmuştur<sup>17</sup>.

Kentsel dönüşüm uygulaması ile hedeflenenlerden birisi de kentlerin kültürel ve tarihi kimliklerinin korunması, canlandırılması, doğal yapısının korunması ve gelecek nesillere aktarılmasıdır<sup>18</sup>. Bu kapsamda 5366 sayılı Kanun ile söz konusu alanların daha fazla köhnemiş bir hale bürünmesinin önüne geçilmesi ve bu alanlara canlılık kazandırılması hedeflenmektedir<sup>19</sup>. Başka bir deyişle, 5366 sayılı Kanun çerçevesinde yapılacak kentsel dönüşüm uygulamalarında kentsel dokuların yenilenmesi ve geliştirilerek daha yaşanılabilir bir kentin yaratılmasının amaçlanmakta olduğu görülmektedir<sup>20</sup>. Bununla birlikte, 5366 sayılı Kanun kapsamında tarihi ve kültürel alanlarda kentsel dönüşüm uygulaması yapılabilmesi mümkün olmakla beraber, münferit biçimde tarihi yapıların korunması bu projeler çerçevesinde olmayacaktır. Dolayısıyla burada alan bazında gerçekleştirilen uygulamaların varlığı söz konusudur<sup>21</sup>.

1982 Anayasası'nın (AY) 56. maddesinde herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamasının bir hak olduğu belirtildikten sonra, çevreyi korumanın, çevrenin gelişmesini sağlamanın ve tahribini önlemenin hem devletin hem de vatandaşların bir ödevi olduğu belirtilmiş, bu sayede hak ve ödev arasındaki bütünsellik sağlanmıştır<sup>22</sup>. Kent mekânlarındaki tarihi ve kültürel varlıkların eskimesi, güvenlik açısından risk unsuru oluşturabileceği gibi, sağlıklı ve dengeli bir kentleşmenin sağlanması için bu yapıların

15 KELEŞ, 2015, s.103.

16 TANKUT, Gönül, "Kültür ve Tabiat Varlıkları", **I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi 1-4 Mayıs 1990**, Üçüncü Kitap, Çeşitli İdare Hukuku Konuları, Danıştay Matbaası, Ankara, 1992, s.1154.

17 Belirtmek gerekirse, 5366 sayılı Kanun çerçevesinde -özellikle İstanbul'da- söz konusu ihtiyacın karşılanmasına yönelik olarak piyasa içinde dönüşümün zor olduğu birtakım konut bölgeleri, Sulukule Projesi, Süleymaniye Projesi, Tarlabası Projesi, Fener-Balat Projesi gibi dönüşüm projeleri üretilerek dönüştürülmektedir. Bkz. TÜRKÜN, Asuman/ÖKTEM UYSAL, Binnur/YAPICI, Mücella, "1980'ler Sonrasında İstanbul'da Kentsel Dönüşüm Mevzuat, Söylem, Aktörler ve Dönüşümün Hedefindeki Alanlar", **Mülk, Mahal, İnsan**, (Ed. TÜRKÜN, Asuman), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s.103.

18 YASİN, "Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:60, 2005, s.116.

19 ÖZDEN, 2016, s.282.

20 5366 sayılı Kanun'un genel gerekçesine bakıldığında; "(...) kentin eskiyen dokularını ve yerleşim alanlarını, kültürel miras değerini koruma, koruma/kullanma dengesini sağlayarak sosyal donatı alanlarını büyütme ve sağlıklılaştırmak, (...) tarihi ve kültürel dokuyu geleceğe taşımak amacıyla restore ederek kullanmak, böylelikle kent merkez alanlarının sağlıklı bir şekilde iskan edilerek şehrin güvenliğini tehdit eden denetimsiz bölgeler olmaktan çıkarıp yenileştirmek ve günümüz gerekleri ne uygun olarak kullanılabilir hale getirmek amacıyla bu alanları "kentsel dönüşüm ve gelişim alanı" olarak ilan etmek ve bu alanlarda uygulama yapmaya imkan vermek gerekliliğinin ortaya çıktığı" ifade edilmiştir. (www.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0984.pdf), Erişim T.04.05.2017. Bu konuda ayrıca bkz. ÜSTÜN, 2014, s.101.

21 YASİN, Melikşah, "Tarihi Mekanların Dönüştürülmesi Sürecinde Mahalli İdarelerin Rolü", **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl:4, Sayı:45, 2006, s.2712.

22 KELEŞ, Ruşen/MENGİ, Aşşegül, **Kent Hukuku**, İmge Kitabevi, İstanbul, 2017, s.94.

bulunduğu alanların yenilenmesi gerekebilir<sup>23</sup>. Dolayısıyla sağlıklı ve dengeli bir kentleşme formu oluşturmak için Devlet tarafından kent mekanlarındaki kültürel ve tarihi taşınmaz varlıklarının “korunması” ve buna yönelik “tedbirlerin alınması” gereklidir. Nitekim AY md.63'e göre Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır. Bu nedenle tarihsel çevrenin korunması hususu, Anayasanın Devlete yüklediği ödevlerden biridir<sup>24</sup>. Bu kapsamda tarihi ve kültürel taşınmaz varlıklarının korunmasına yönelik kentsel dönüşüm uygulamalarında büyükşehir belediyeleri, büyükşehir belediyeleri sınırları içindeki ilçe ve ilk kademe belediyeleri, il, ilçe belediyeleri ve nüfusu 50.000'in üzerindeki belediyelerde ve bu belediyelerin yetki alanı dışında il özel idarelerince, yıpranan ve özelliğini kaybetmeye yüz tutmuş; kültür ve tabiat varlıklarını<sup>25</sup> koruma kurullarınca sit alanı olarak tescil ve ilan edilen bölgeler ile bu bölgelere ait koruma alanlarının, bölgenin gelişimine uygun olarak yeniden inşa ve restore edilerek, bu bölgelerde konut, ticaret, kültür, turizm ve sosyal donatı alanları oluşturulması, tabii afet risklerine karşı tedbirler alınması, tarihi ve kültürel taşınmaz varlıkların yenilenerek korunması ve yaşatılarak kullanılması amaçlanmaktadır.

5366 sayılı Kanun kapsamında yapılacak kentsel dönüşüm uygulaması bakımından tespit aşamasında; öncelikle, yıpranan ve özelliğini kaybetmeye başlayan bir sit alanı veya sit alanı olarak ilan edilen bölgeye ait bir koruma alanının varlığı gerekmektedir<sup>26</sup>. Tespit işleminin hukuka aykırılığı ise, buna bağlı gerçekleştirilecek dönüşüm uygulamalarının hukuka aykırı olmasına sebebiyet verecektir. Bunun yanında Danıştay, 5366 sayı-

23 YASİN, 2005, s.109.

24 “Bu ifade biçimi, kamulaştırmak suretiyle, İdarenin mülkiyetine alarak korumanın, sistemimizde esas alınmadığını göstermektedir. Özel mülkiyette olan tarih, kültür ve tabiat varlıklarının sahipliğinin değişmesi ve kamu mülkiyetine girmesi, Anayasa gereği mutlaka gerçekleşmesi gereken bir husus değildir. Hatta tam tersine koruma amaçlı destekleme, teşvik, yardım ve muafiyet gibi kavramların Anayasa'nın bu maddesinde yer alma biçimi, Anayasa; bu niteliği taşıyan taşınır ve taşınmazların, eğer özel mülkiyette iseler, özel mülkiyette kalmasının esas alınmakta olduğu ve fakat kamu tarafından amaca uygunluğundan amaca uygunluğundan sağlanması için desteklenmesi görevinin de İdareye yüklendiğini göstermektedir.” GÜLAN, 2009, s.1957.

25 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu md.3/1 (a) “Kültür varlıkları; tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır.” 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu md.3/1 (b) “Tabiat varlıkları; jeolojik devirlerle, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait olup ender bulunmaları veya özellikleri ve güzellikleri bakımından korunması gerekli, yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan değerlerdir.”

26 “Kısmen veya tamamen özel mülkiyete geçmiş olan taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve koruma alanlarının korunmasındaki kamu yararı, tarihi ve kültürel öneme sahip eserlerin sergilenerek tanıtılması, milli değerlerin korunarak gelecek nesillere bilgi aktarılması ve kültür turizmine katkı sağlayarak ülke ekonomisine fayda getirmesidir. Sit alanının korunmasındaki kamu yararında ise alanın görsel bütünlüğüyle beraber ele alınarak tarih öncesinden günümüze gelen medeniyetlerin yaşadıkları çağın sosyal, ekonomik ve mimari özelliklerini yansıtan kent veya kent kalıntıları, kültür varlıklarının yoğun olarak görüldüğü ve önemli tarihi hadiselerin cereyan ettiği yerleri veya çevre, ekoloji veya jeoloji gibi bilim dallarında uzmanlaşan kişiler tarafından alanın tabiat güzelliğinin korunması gerektiğine dair bilimsel raporlar ışığında açıklanan mekânsal durumu ifade eder. Sonuç itibarıyla korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının bir değeri ifade ettiği, sit alanının ise arz üzerindeki statüsü ifade ettiği söylenebilir.” D6D. E.2014/7813, K.2015/4418, T.19.06.2015, (www.danistay.gov.tr/upload/guncelkarar/22\_10\_2015\_025822.pdf), Erişim T.11.07.2016.



lı Kanun kapsamında yenileme alanı ilan edilecek yerlerde tespit işlemi yapılmadan önce yapılaşmanın var olması koşulunu da aramaktadır.

*"Uyuşmazlık konusu olayda, mevcut hayvanat bahçesinin yaklaşık 29 ha alanı kapsadığı, yenileme alanı olarak ilan edilen alanın ise yaklaşık 217 ha büyüklükte bir alanı kapsadığı, davaya konu alanın metropoliten bir açık alan ve metropol içi tarımsal alan niteliği taşıdığı, söz konusu alanın içinde, 5366 sayılı Kanun ile getirilen amaçların gerçekleştirilebileceği yapı ve yapılar grubunun sadece alanın %13.3'ünü oluşturan (eski) hayvanat bahçesi alanında kaldığı, bu noktada, üzerinde yenilenecek (yıkılıp yeniden yapılacak) herhangi bir yapının bulunmadığı yaklaşık 188 hektarlık çok geniş bir alanın yenileme alanı olarak ilan edildiği anlaşılmaktadır. Yukarıda yer verilen Yasa hükümleri ile dosyada yer alan bilirkişi raporundaki tespitler bir arada değerlendirildiğinde, davaya konu karardan önce yapılaşmış olan mevcut hayvanat bahçesi arazisinin, yıpranmış ve özelliğini kaybetmeye yüz tutmuş olması nedeniyle, yenilenecek korunması ve yaşatılarak kullanılması amacıyla yenileme alanı olarak kabul edilmesinde, hukuka aykırı bir yön görülmemiştir. Ancak, davaya konu kararla yenileme alanı olarak ilan edilen, mevcut hayvanat bahçesi arazisi dışındaki arazilerin üzerinde yapı bulunmaması karşısında, söz konusu arazilerin 5366 sayılı Kanun kapsamında, yıpranan ve özelliğini kaybetmeye yüz tutmuş, yeniden inşa ve restore edilmesi gereken yerler olarak kabul edilmesi hukuken olanaklı olmadığı gibi, bu araziler üzerinde 5659 sayılı Kanunun Ek 1. maddesinde yapılmasına izin verilen inşai faaliyetler ile fiziki müdahaleleri aşacak biçimde inşaat faaliyetleri ile fiziki müdahalelere olanak tanıyan davaya konu kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır<sup>27</sup>". Bu doğrultuda Danıştay, 5366 sayılı Kanunun md.1 hükmünde yer alan yıpranan ve özelliğini kaybetmeye yüz tutmuş; kültür ve tabiat varlıklarını koruma kurullarınca sit alanı olarak tescil ve ilan edilen bölgeler ile bu bölgelere ait koruma alanlarını, "bölgenin gelişimine uygun olarak yeniden inşa ve restore edilmesi" ifadesinden hareketle daha önce yapılaşmanın var olduğu alanlar şeklinde yorumlamıştır. Belirtmek gerekirse 5366 sayılı Kanun'da ve 5366 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nde<sup>28</sup> "yeniden inşa ve restore etme"nin herhangi bir tanımı yapılmamıştır. Ancak, "yeniden" ve "restore" ifadelerinden hareketle kanun koyucunun daha önce üzerinde yapılaşma bulunan alanları hedef aldığı ifade edilebilir. Ne var ki, buradaki yeniden inşa ve restore etmek ifadesini "yıkıp yeniden yapmak" biçiminde dar yorumlamamak gerekmektedir. Nitekim 5366 sayılı Kanun md.1 hükmünün devamında "bu bölgelerde konut, ticaret, kültür, turizm ve sosyal donatı alanları oluşturulması" hususunun da düzenlendiği görülmektedir. Bu bakımdan daha önce üzerinde yapılaşma bulunan bir alanın yenileme alanı olarak tespit edilmesi, kentsel dönüşüm uygulaması neticesinde o yerde yeniden yapılaşmanın kurulacağı anlamına gelmemektedir.*

Bu kapsamda 5366 sayılı Kanun'da belirlenen amacın tarihi kent dokularını kapsayan kentsel dönüşüm projelerinin amaçları ile uyduğu görülmektedir. Dolayısıyla 5366 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilecek dönüşüm uygulamalarında amaç

27 D14D. E.2012/10367, K.2015/5564, T.23.06.2015, (www.kazanci.com, Anılış: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.25.10.2017.

28 RG.14.12.2005-26023.

bakımından asıl ögeenin yıpranan tarihi kültürel ve taşınmaz varlıklarının bulunduğu alanlarda dönüşümün sağlanması olduğu ifade edilebilir. Bu doğrultuda 5366 sayılı Kanun kapsamında yapılan dönüşüm uygulamaları afet riski altındaki alanlarda gerçekleştirilen dönüşüm uygulamalarından veya kenti güzelleştirme amacı olan dönüşüm uygulamalarından ayrılmaktadır<sup>29</sup>.

5366 sayılı Kanun çerçevesindeki kentsel dönüşüm uygulamaları ile söz konusu alanda büyükşehir olarak belirlenen şehirlerde büyükşehir belediyeleri ve ilçe belediyeleri, büyükşehir olmayan şehirlerde ise, il özel idaresi ve kademe belediyeleri tarafından; bölgenin gelişime uygun olarak yeniden inşa ve restorasyonun yapılması, bunun neticesinde; i. konut, ticaret, kültür, turizm ve sosyal donatı alanı oluşturulması, ii. doğal afet riskine karşı tedbir alınması, iii. tarihi ve kültürel taşınmaz varlıkların korunması ve yaşatılarak kullanılması, hedeflenmektedir. 5366 sayılı Kanun kapsamındaki uygulamalarda tek amaç koruma kurullarınca ilan edilen alandaki tarihi ve kültürel taşınmazların korunması ile sınırlı değildir. Bunun yanı sıra bölgede ticaret, konut, kültürel ve sosyal donatı alanı yaratılması ve doğal afet riskine karşı tedbir alınması da söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla 5366 sayılı Kanun çerçevesinde kentsel dönüşüm uygulaması etkisini, sadece tarihi ve kültürel taşınmazların fiziksel olarak korunmasında değil; aynı zamanda uygulamanın yapıldığı alanlarda sosyal birtakım değişiklikler yaratması bakımından da göstermektedir<sup>30</sup>.

## 2. Yenileme Alanlarının Belirlenmesi ve Uygulama Süreci

5366 sayılı Kanun çerçevesinde kentsel dönüşüm uygulamalarında öncelikle yenileme alanlarının belirlenmesi gerekmektedir. Yenileme alanlarına yönelik olarak kentsel dönüşüm uygulamasının planlı ve hukuka uygun biçimde gerçekleştirilebilmesi için, söz konusu alanların yetkili idare tarafından tespiti gerekmektedir.

5366 sayılı Kanun çerçevesinde yenileme alanlarının tespitinde yetkili idarenin kim olduğu md.2'de düzenlenmiştir. Yenileme alanları; büyükşehir olmayan illerde, il özel idarelerince il genel meclisinin üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararı ile belirlenir. 5366 sayılı Kanun kapsamında kentsel dönüşüm uygulaması belediyeler tarafından yürütülecek ise, belediye meclisinin üye tam sayısının salt çoğunluğu ile yenileme alanı belirlenebilecektir. Yenileme alanlarının belirlenmesinde 5366 sayılı Kanun md.2'de belirtilen karar alma yeter sayısına uyulmaması, söz konusu kararı şekil ve usul unsuru bakımından hukuka aykırı hale getirecektir. Şekil ve usul unsurundaki bu sakatlık esasa etkili olduğu için; kararın daha sonradan hukuka uygun hale getirilmesi mümkün değildir<sup>31</sup>. Bu nedenle, md.2'deki usule uygun alınmayan bir kararın, hukuka uygun bir şekilde yeniden alınarak, işlemin hukuka uygun biçimde yeniden tesisi gerekmektedir.

29 YILDIRIM, Turan/ÜSTÜN, Gül, "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun Düzenlemesi ve Değerlendirilmesi", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:8, Sayı:111-112, Kasım-Aralık 2013, s.259.

30 DİNÇER, İclal, "Türkiye'de 1980 Sonrası Yapısal Dönüşümün Mekânsal İzlerine Bir Örnek: Yenileme Alanları", **Mimarlık Dergisi**, Sayı:352, Mart-Nisan 2010, s.26.

31 DİOD. E.2007/6157, K.2007/2119, T.01.06.2011, (emsal.danistay.uyap.gov.tr, Anılış: Danıştay Bilgi Bankası), Erişim T.11.07.2016.

AY md.123/1'e göre, "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir." Anayasa hükümleri ele alındığında bazı maddelerde "Devlet ve diğer kamu tüzelkişileri" ifadesinin yer aldığı görülmektedir<sup>32</sup>. AY md.123/2'ye göre, "İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır". Bu kapsamda, merkezi idare olan Devlet tüzel kişiliğinin yanında bazı kamu tüzel kişilerinin de varlığı söz konusu olabilmektedir. Devlet tüzel kişiliğinden ayrı kamu tüzel kişiliğini haiz il özel idaresinde, il genel meclisince ve büyükşehirler dışındaki belediyelerde ise, belediye meclisince bu konuda alınan kararlar Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın teklifi ile Bakanlar Kurulu'na sunulur.

Merkezden yönetim ile yerinden yönetim kuruluşlarının AY md.123/1'de belirtilen idarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde<sup>33</sup> görevlerini yerine getirebilmesi için bazı hukuki mekanizmalar geliştirilmiştir. AY md.127/5'e göre, "Merkezî idare, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahiptir." 5366 sayılı Kanunun 2. maddesi çerçevesinde büyükşehir olmayan belediye ve il özel idarelerinin almış olduğu kararlar Çevre ve Şehircilik Bakanlığı teklifi ile Bakanlar Kurulu'na gönderilecek; bunu müteakip Bakanlar Kurulu'nca projenin uygulanıp uygulanmamasına üç ay içinde karar verilecektir. Düzenlemeden hareketle, kamu tüzelkişiliği haiz belediyeler ve il özel idareleri, yetkili organlarınca almış oldukları kararı tek başına yürürlüğe koyamamaktadır. Bu nedenle Bakanlar Kurulunun 5366 sayılı Kanun muvacehesinde mezkûr alanda projenin uygulanmasına yönelik vereceği onay, vesayet yetkisinin bir tezahürü olarak nitelendirilebilir<sup>34</sup>.

5366 sayılı Kanun md.3'te uygulamanın Toplu Konut İdaresi ile ortak uygulama biçiminde de yaptırılabilmesi düzenlenmiştir. 5366 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği md.4/1 (o) bendine göre, "ortak uygulama; birden fazla il özel idaresi ve/veya belediye tarafından yapılan uygulamayı" ifade eder. Mezkûr düzenlemede sadece il özel idaresi ve belediye teşkilatı zikredilmiştir. Ne var ki, 5366 sayılı Kanun md.3'te TOKİ ile de ortak

32 AY md.29/4 "Sürelî yayınlar, Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin veya bunlara bağlı kurumların araç ve imkânlarından eşitlik esasına göre yararlanır." AY md.47/3 "Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir." AY md.47/4 "Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilmesi veya devredilebileceği kanunla belirlenir." AY md.128/1 "Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asfî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür." (altı tarafımca çizilmiştir.)

33 AYM. E.2013/19, K.2013/100, T.12.09.2013, RG.18.09.2014-29123.

34 5366 sayılı Kanun md.2/1 c.son uyarınca büyükşehirlerde ise, ilçe belediye meclislerince alınan kararlar büyükşehir belediye meclisince onaylanmakta ve onaylanan bu kararlar Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifi ile Bakanlar Kuruluna sunulmaktadır. Dolayısıyla il özel idareleri ve büyükşehir sınırları içerisinde olmayan ilçe belediyelerinden farklı olarak, burada önceden "onaylama" işleminin varlığı söz konusudur. Bunun yanında her ne kadar projeler, büyükşehir belediye meclisince daha önceden onaylanacaksa da icrailliğini ancak Bakanlar Kurulu'na sunulduktan ve Bakanlar Kurulunca kabul edildikten sonra kazanabilecektir.

uygulama yapılabilceği belirtildiğinden; idarenin kanuniliği ilkesi<sup>35</sup> gereği ortak uygulama, TOKİ ile söz konusu idareler arasında gerçekleştirilebilecektir. 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu<sup>36</sup> ek md.1 uyarınca Toplu Konut İdaresi Başkanlığı kamu tüzelkişiliğini haizdir. Bu nedenle, 5366 sayılı Kanun'da hâlihazırda kamu kurum ve kuruluşlarına da uygulamanın yaptırılabilceği söz edildiğinden; ayrıca Toplu Konut İdaresi'ne uygulamanın yaptırılabilceğinin belirtilmesi isabetsizdir.

Bakanlar Kurulu tarafından yenileme alanı olarak kabul edilen yerlerde, 5366 sayılı Kanun kapsamında kentsel dönüşüm uygulaması etaplar halinde yürütülebilir. Bakanlar Kurulunca, kentsel dönüşüm uygulamasının etaplar halinde uygulanması kararlaştırılmışsa, belediye veya il özel idareleri tarafından etap proje ve programlarının oluşturulması gereklidir. Etap proje ve programları, meclis üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararı ve belediyelerde belediye başkanının, il özel idarelerinde valinin onayı ile uygulamaya konulur. Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nde de düzenlendiği üzere; büyükşehir belediyeleri, ilçe belediyeleri veya il özel idareleri tarafından sunulan tekliflerin Bakanlar Kurulu'nca kabul edilmesi halinde söz konusu bölge yenileme alanı olarak tespit edilecektir. Her ne kadar yenileme alanının tespiti hususu Bakanlar Kurulu'nun yetkisi kapsamında ise de uygulama sürecinde mahalli idarelerin "genel yetkili idareler" olduğu görülmektedir<sup>37</sup>. Dolayısıyla 5366 sayılı Kanun bakımından 6306 sayılı Kanun'dan farklı biçimde mahalli idarelere daha çok yetki verildiği görülmektedir.

Yetkili idare tarafından belirlenen yenileme alanı sınırları içindeki tüm taşınmazlar, belediyece ve il özel idaresince hazırlanacak yenileme projelerinin kültür ve tabiat varlıklarını koruma kurulunca karara bağlanmasını müteakip bu Kanuna göre yapılacak yenileme projesi hükümlerine tâbi olurlar. İdare, dönüşüm faaliyetlerinde olduğu üzere kamu ihtiyaçlarını tatmin etmek maksadıyla tek yanlı işlemler tesis etmektedir. İdarenin dışa vurduğu bu irade açıklaması neticesinde aynı zamanda üçüncü kişiler veya malların statülerinde bir değişiklik olmakta ve bu bağlamda tek yanlı idari işlemler ile bir "statüler hukuku" yaratılmış olmaktadır<sup>38</sup>. Dolayısıyla idare tarafından belirli bir alanın yenileme alanı olarak ilan edilmesi neticesinde alanın statüsü ile birlikte bu alan sınırları içerisindeki taşınmazların da tabi olacağı hükümler de değişmektedir. İdare hukuku teorisi bakımından, önceden soyut, objektif olarak belirlenmiş kuralların uygulanması neticesinde bir kişinin veya malın hukuki statüsünü değiştiren bu idari işlemlere birel-koşul işlem denilmektedir<sup>39</sup>. Bu kapsamda dönüşüm uygulaması bakımından yetkili belediye veya il özel idaresince yenileme alanının belirlenmesi birel-koşul işlem niteliğinde olup,

35 AYM. E.2005/68, K.2008/102, T.02.05.2008, RG.20.11.2008-27060.

36 RG.17.03.1984-18344.

37 ÜNAL, Yücel, **Türk Şehir Planlama ve İmar Mevzuatının Kentsel Dönüşüm ve Deprem Ağırlıklı İncelenmesi**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.144.

38 ERKUT, Celal, İptal Davasının Konusu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, İstanbul, 1990, s.13.

39 YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.115.

hazırlanan yenileme projelerinin kültür ve tabiat varlıklarını koruma kurulunca karara bağlanmasını müteakip alanda bulunan taşınmazlar, bu Kanuna göre yapılacak yenileme projesi hükümlerine tâbi olacaklardır.

Yenileme alanlarının belirlenmesi neticesinde, söz konusu alan içinde kalan kamu malları bakımından da bazı yükümlülükler doğmaktadır. Öyle ki, 5366 sayılı Kanun md.4/6 uyarınca yenileme alanlarında bulunan Hazineye ait taşınmazlar<sup>40</sup> ile kamu hizmetine tahsis edilmiş mallar, ön izin verilmiş veya üzerinde irtifak hakkı tesis edilmiş olanlar, 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu kapsamında bulunan yerler ile sivil ve askeri hava alanları ve mania plânları kapsamında kalan yerler hariç olmak üzere, Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı alınarak ilgili belediye veya il özel idaresine devredilmektedir. Öte yandan, diğer kamu tüzelkişilerinin yenileme alanlarında kalan taşınmazları yönünden Kamulaştırma Kanunu md.30 kapsamında uygulamaya gidilebilmesi ve bu yolla idareler arası mal devri usulünün işletebilmesi mümkündür<sup>41</sup>. Bu doğrultuda mahalli idareler bu taşınmazları, yenileme alanlarında gerçekleştirdikleri uygulamalar kapsamına dahil edebileceklerdir. Söz konusu alandaki kamu mallarının kullanılması özellikle uygulamanın devamının sağlanması veya daha geniş bir ölçekte uygulama tesis edilebilmesi bakımından yararlı olabilir. Ancak belirtilecek olursa, kamu mallarının dönüşüm uygulaması yerine rant maksadıyla kullanılması hukuka aykırı olacaktır<sup>42</sup>. Nitekim bu ihtimalde idarenin tesis ettiği faaliyet kamu yararına yönelik olmadığı gibi, belli durumlarda yetki saptırmasının da varlığı gündeme gelebilir<sup>43</sup>. Dolayısıyla ilgili belediye veya il özel idaresine devredilen taşınmazların uygulama kapsamında amaç doğrultusunda kullanılması gerekir. Bu çerçevede 5366 sayılı Kanun'da söz konusu taşınmazların devir amacına uygun olarak kullanılmaması hususu düzenlenmiştir. Devir tarihinden itibaren beş yıl içinde devir amacına uygun kullanılmayan taşınmazlar, bedelsiz olarak resen Hazine adına tescil edilir. Bu kapsamda örneğin yenileme alanı ilan edilmesi sonucu ilgili belediyeye devredilen bir taşınmazın devir tarihinden itibaren beş yıl süre içinde amacına uygun kullanılmaması suretiyle Hazine adına tekrar tescili söz konusu olabilecektir.

Bununla birlikte dönüşüm uygulamaları sonucunda bazı kent mekânları kültürel kimliğini yavaş yavaş yitirmekte ve kanunun belirli bazı maddelerinin yanlış yorumlanması sonucu amaca uygun olmayan uygulamalar tesis edilmektedir<sup>44</sup>. Bu nedenle uygulama sonucu doğabilecek olumsuz sonuçların önüne geçmek için; 5366 sayılı Kanun çerçevesinde kentsel dönüşüm uygulaması sürecinde yenileme alanı ilan edilen

40 Düzenlemede yer alan "Hazineye ait taşınmazlar" ifadesi bakımından söz konusu taşınmaz, Hazinenin özel malı olabileceği gibi bir kamu malı da olabilir. Ne var ki, 5366 sayılı Kanun bu konuda herhangi bir ayırım yapmamış ve yenileme alanında bulunan Hazineye ait taşınmazların tamamının uygulama kapsamında ilgili belediye veya il özel idaresine devrini öngörmüştür.

41 YASİN, 2006, s.2715.

42 GERAY, Cevat, "Dönüşüm Yasasının Çözülmesi", **Akademik Yaşının 55. Yılı Onuruna Rona Aybay'a Armağan, Legal Hukuk Dergisi (Özel Sayı)**, 2. Cilt, İstanbul, 2014, s.2598.

43 DÜNDAR, Erol, "Maksat Denetimi", **Danıştay Dergisi**, Sayı:12-13, Ankara, 1974, s.53.

44 GÜLAN, 2009, s.1955.

bölgedeki taşınmazlar bakımından hak sahibi olan kişilerin bu konu hakkında bilgilendirilmesi ve katılımının sağlanması gerekmektedir<sup>45</sup>. Belirtmek gerekir ki, bilgilendirme yükümlülüğü uygulama projesinin hazırlık aşamasına olduğu gibi sonraki aşamalarına da etkilidir<sup>46</sup>. Yenileme alanı ilan edilmesi sonucu taşınmazların tabi olduğu hükümler değişeceğinden işlemin muhataplarının bu konu hakkında etkin katılımının sağlanarak, bireylere yazılı bilgilendirilmenin yapılması gerekmektedir<sup>47</sup>. Aksi takdirde, yani işlemin muhataplara bildirilmemesi durumunda, kişiler bakımından hak arama hürriyetinin tam ve layıkıyla kullanılması engelleneceğinden; idarenin işleminden dolayı ilgililerin mağduriyet yaşamaları söz konusu olabilecektir<sup>48</sup>.

Devlet, Anayasa'nın 63. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlama<sup>49</sup> ve bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alma ödevini sahip olduğu idare teşkilatı vasıtasıyla yerine getirecektir. Bu doğrultuda 4848 sayılı Kanun ile Kültür ve Turizm Bakanlığı'na<sup>50</sup>, 5393 sayılı Kanun ile de belediyelere görev ve yetki verilmiştir<sup>51</sup>. Kültürel ve tarihi taşınmaz varlıklarının korunması hususunda çeşitli kanunlarda idarelere yetki verildiği görülmekteyse de burada amaçlanan kültürel ve taşınmaz varlığının bulunduğu alanların yenilenmesi değildir. Başka bir deyişle, 5366 sayılı Kanun hariç tutulacak olursa, ilgili kanunlarda düzenlenen hususlar kültürel ve tarihi taşınmazların tekil anlamda korunmasını amaçlamakta ve fakat bulunduğu alanla birlikte bir dönüşüm yaratmayı hedef tutmamaktadır. 5366 sayılı Kanun çerçevesinde ise sit alanı ilan edilerek alansal bazda korunmasına karar verilen bölgelerde ortaya çıkan fizikî, sosyal ve ekonomik olumsuzlukların giderilmesi ve tarihi ve kültürel taşınmazların korunması amacıyla idareye bazı yetkiler verilmiştir<sup>52</sup>. Bu doğ-

45 Nitekim 5366 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği md.7/1 uyarınca yetkili idareler tarafından yenileme alanı içinde kalan mülk sahiplerini veya bölge halkını uygulama konusunda bilgilendirmek üzere toplantılar yapılarak görüşleri alınır ve bunların katılımı sağlanır.

46 HALL, Peter, **Urban and Regional Planning**, Routledge, London and New York, 2002, s.221.

47 Yenileme alanlarında gerçekleştirilecek uygulamalar bakımından söz konusu bilgilendirme ve katılım sağlanmaksızın projelerin hazırlanmasının, işlemi şekil ve usul unsuru yönünden hukuka aykırı hale getireceği yönünde; bkz. YASİN, **2006**, s.2714.

48 AYANOĞLU, Taner, **Bireysel İdari İşlemlere Karşı Dava Açma Süresinin Başlangıcı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.5.

49 Belirtmek gerekirse, 2863 sayılı Kanun md.5 çerçevesinde ister Devlet ister diğer kamu tüzelkişilerine ait olsun, isterse özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetinde bulunsun varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları Devlet malı niteliğindedir. Dolayısıyla Devletin söz konusu mallar üzerinde aynı hak sahibi olması bakımından da ayrıca korunmanın sağlandığı söylenebilir. Ayrıca bkz. GÜRAN, Sait, "Anayasa ve İdare Hukukundan Kesitler IV", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl:22, 2002, s.295.

50 4848 sayılı Kültür ve Turizm Bakanlığı Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun md.2 "Kültür ve Turizm Bakanlığının görevleri şunlardır: (...) c) Tarihi ve kültürel varlıkları korumak."

51 5393 sayılı Belediye Kanunu md.14/1 "Belediye, mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla; b) (...) kültür ve tabiat varlıkları ile tarihi dokunun ve kent tarihi bakımından önem taşıyan mekânların ve işlevlerinin korunmasını sağlayabilir; bu amaçla bakım ve onarımını yapabilir, korunması mümkün olmayanları aslına uygun olarak yeniden inşa edebilir."

52 ÖZDEN, **2016**, s.281.

rultuda kültür ve tabiat varlıklarının korunması hususunda farklı bir statü tanımlanmış ve belirlenen sit alanlarında yenileme alanı çerçevesinde uygulamalar geliştirilmiştir<sup>53</sup>.

Kent mekânlarında bulunan tarihi alanların yalnızca dış görünüşleriyle korunması değil; çağdaş yaşamla bütünleşerek yapılacak faaliyetler neticesinde canlı tutulması hedeflendiğinden yerel yönetimlere büyük görev düşmektedir<sup>54</sup>. Bu bakımdan uygulama aşamasında büyükşehir belediyelerinin yetkili olması kaidedir. Bununla birlikte yenileme alanında uygulamanın başlatılmaması halinde sürecin nasıl işleyeceği hususunda yetkili idarenin kim olduğu ise md.3/2'de belirlenmiştir. Buna göre; büyükşehirlerde, büyükşehir belediyeleri tarafından başlatılmayan uygulamalar, ilçe ve ilk kademe belediyelerince tek başına veya müşterek olarak yapılır veya yaptırılır<sup>55</sup>. Yetkili idarece tesis edilen uygulamalarda tahliye vb. işlemler öncelikle yapılan anlaşma çerçevesinde maliklerce gerçekleştirilir. Ancak, maliklerin uygulama işlemlerini gerçekleştirmemesi durumunda uygulama bakımından yetkili idare söz konusu işlemleri resen yapar veya yaptırır. Burada bireylerin temel hak ve hürriyetlerinden olan mülkiyet hakkına bir müdahalenin varlığı söz konusudur<sup>56</sup>. İdarenin bu faaliyeti kolluk faaliyeti çerçevesinde ve usul olarak resen icra usulü biçiminde değerlendirilebilir. Doğrudan uygulama olarak da ifade edilen<sup>57</sup> resen icra usulüne göre idarenin yazılı veya sözlü bildirim üzerine pasif bir direnişin varlığı halinde; idare kendiliğinden bildirim konusu işlemi kamu gücüne dayanarak yapabilir<sup>58</sup>. Aktif bir direnişin varlığı halinde ise, bunu etkisiz kılmak için idarece cebri icra usulüne başvurulacaktır. Bu bakımdan yenileme alanlarında yapılacak dönüşüm uygulamalarında tahliye ve yıkımın maliklerce anlaşma çerçevesinde yapılmaması halinde idarece resen icra usulü çerçevesinde<sup>59</sup> kolluk faaliyetinde bulunularak, maliklerin mülkiyet haklarına müdahale edilebilmesi ve masrafların ilgili maliklerden tahsil etmesi söz konusu olabilecektir.

Bununla birlikte, 5366 sayılı Kanunun md.3/1 ve md.3/3 düzenlemeleri beraber okunduğunda; yenileme alanı içerisindeki yapı sahiplerince de belli koşulların varlığı halinde uygulama tesis edilebilir. Bu koşullar: yenileme alanı olarak tespit edilen alan içerisinde kişinin kendi parseli ve yapısının bulunması, yapı parsellerindeki uygulamalarda kendi parseli ve yapısı aynen korunarak yenilenecek yapının varlığı, yetkili idare

53 GÜLAN, 2009, s.1955.

54 AHUNBAY, Zeynep, "Kentsel Korumada Temel İlkeler ve Fener-Balat", **Neoliberal Kent Politikaları ve Fener-Balat-Ayvansaray Bir Koruma Mücadelesinin Öyküsü**, (Ed. AHUNBAY, Zeynep/DİNÇER, İclal/ŞAHİN, Çiğdem), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2016, s.4.

55 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu md.7 başlığı, "Büyükşehir, ilçe ve ilk kademe belediyelerinin görev ve sorumlulukları" iken, 6360 sayılı Kanun md.7 ile değiştirilmiş ve "Büyükşehir ve ilçe belediyelerinin görev ve sorumlulukları" olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda büyükşehir belediyeleri içinde ilçe belediyelerinden gayri ilçe kademe belediyesinin yetkisinin varlığı söz konusu değildir. Dolayısıyla büyükşehir sınırları içerisinde büyükşehir belediyesinin başlamadığı bir uygulamayı ilk kademe belediyesinin yapması düşünülemez.

56 ÖRÜCÜ, Esin, **Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s.31.

57 DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülte Matbaası, 1982, s.273.

58 D14D. E.2012/6161, K.2013/8542, T.27.11.2013, Danıştay Bilgi Bankası), Erişim T.11.07.2016.

59 ÖZAY, İl Han, **Günlükte Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.741.

tarafından kabul edilen projeye bağlı kalınması neticesinde projenin bütünlüğünü bozulmayacak olması, söz konusu parsel ve yapının kentsel dönüşüm uygulamasını gerçekleştirecek belediye veya il özel idaresinin belirleyeceği amaçta kullanılması olarak ifade edilebilir. Bu koşulların tamamının bir arada gerçekleşmesi halinde uygulama, parsel sahibi tarafından da gerçekleştirilebilecektir<sup>60</sup>. Bu ihtimalde yapı parseli sahibince uygulamanın projeye eş zamanlı olarak başlatılması ve tamamlanması gerekmektedir. Kentsel dönüşüm uygulamasında bütünlüğün sağlanması açısından uygulamanın proje ile eş zamanlı olarak başlatılması elzemdir.

### 3. Yenileme Alanında İdarece Proje ve İmar Planlarının Hazırlanması

Kentsel dönüşüm uygulamaları bakımından planlama süreci büyük önem arz etmekte olup, bu çerçevede idarece geleceğe yönelik biçimde belirli hedeflere ulaşmak amacıyla sistemli bir eylem dizgesi oluşturulmaktadır<sup>61</sup>. Oluşturulan bu eylem dizgesi doğrultusunda planlama süreci ile ilgili olarak hazırlanan projelerde mekânsal birimlerin sorunların belirleyip, bu sorunların çözümüne yönelik biçimde hareket edilmelidir. Özellikle kapsamlı planlama yaklaşımıyla birlikte<sup>62</sup>, dönüşüm uygulaması çerçevesinde yenileme alanlarının sağlıklılaştırılması ve yenilenerek kullanılması sağlanmış olacaktır. Gerçekten yenileme alanlarında yer alan yıpranan kültürel tarihi ve taşınmaz varlıkların yeniden inşasında eski eserin özgünlüğünün korunması bakımından ilgili projelerin hazırlanması ve bu doğrultuda örnek alınacak bilgi ve belgelerin bulunması önem arz etmektedir<sup>63</sup>. Özellikle söz konusu niteliği haiz taşınmazların tahrip olması veya bunların yıkılarak yeniden yapılması durumlarında; mevcut belgelerden yararlanmak suretiyle yeniden inşa edilen yapının durum tespitinin yapılması<sup>64</sup> ve projenin de bu doğrultuda hazırlanması gerekmektedir.

5366 sayılı Kanun'un amacı doğrultusunda söz konusu bölgelerin yenilenerek korunması ve yaşatılarak kullanılması çerçevesinde uygulamanın ne şekilde gerçekleştirileceği hususu düzenlenmiş ve yenileme alanlarında koruma kurulunun onayı ile kabul edilecek yenileme avan projelerinin<sup>65</sup> hazırlanması öngörülmüştür. Bu kapsamda yenileme alanlarının belirlenmesi ile ilgili hazırlık aşaması sürecinde, projenin veya

60 GÜLAN, 2009, s.1959.

61 ERSOY, Melih, "Planlama Kuramına Giriş", **Kentsel Planlama Kuramları** (Der. ERSOY, Melih), İmge Kitabevi, Ankara, 2016, s.10.

62 Kapsamlı planlama yaklaşımı, pozitivist bir bakış açısıyla toplumsal ilişkilerin ve mekânsal yapıların bilimsel teknikler kullanılarak analiz edilmesini ve bu çerçevede sorunların ve bunlara yönelik çözüm önerilerinin belirlendiği yaklaşım biçimi olarak ifade edilebilir. Bkz. ŞENGÜL, H. Tarık, "Planlama Paradigmalarının Dönüşümü Üzerine Bir Değerlendirme", **Kentsel Planlama Kuramları**, (Der. ERSOY, Melih), İmge Kitabevi, 2016, s.65.

63 BERK, Kahraman, "Türkiye'de Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Hukuki Rejimi ile Uygulama Sorunları", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt:19, Sayı:1-2, 2000 (Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan), s.198.

64 D6D. E.1985/468, K.1985/1134, T.25.09.1985, aktaran BERK, 2000, s.198.

65 5366 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği md.4/1 (g) "Yenileme avan projesi: Yenileme uygulama projelerine esas teşkil edecek, Kanunun 2 nci maddesi uyarınca kültür ve tabiat varlıklarını koruma kurulunca karara bağlanan, mimari avan proje ile statik, tesisat, elektrik, ulaşım ve alt yapı ön raporlarını, (...) ifade eder."



uygulama planının tamamlanması gerekmektedir. Bu işlem, uygulamayı yürütecek olan büyükşehir belediyeleri veya il özel idarelerince gerçekleştirilebileceği gibi, kamu kurum ve kuruluşlarınca veya gözetim ve denetimleri altında özel kişilerce de yerine getirilebilir. Dolayısıyla yenileme alanlarında, hazırlanan veya hazırlatılan yenileme projeleri çerçevesinde ilgili idarece dönüşüm uygulaması tesis edilecektir.

Yenileme alanı olarak ilan edilen bölgelerde, söz konusu kararın amaçları doğrultusunda yeni projeler yapılarak uygulama aşamasına geçilecektir. 5366 sayılı Kanun çerçevesinde kentsel dönüşüm uygulamalarında, sürecin başlangıcında uygulamanın amacına yönelik olarak projeler hazırlanacaktır. Yenileme projelerinde temel amaç, bölgede sosyal, fiziksel ve kapsamlı bir onarım gerçekleştirilmesidir<sup>66</sup>. Yenileme projelerinin uygulanmasıyla birlikte fiziksel dönüşümün yanı sıra ekonomik ve sosyal yapının da dönüştürülmesi dolaylı biçimde söz konusu olmaktadır. Örneğin Neslişah ve Hatice Sultan Mahalleleri<sup>67</sup>, Süleymaniye Bölgesi<sup>68</sup>, Tarla başı Bölgesi<sup>69</sup> ve Fener-Balat-Ayvansaray'da<sup>70</sup> gerçekleştirilen kentsel yenileme uygulamaları neticesinde alanın fiziksel dönüşümünün yanında sosyal ve ekonomik açıdan da bir dönüşüm gerçekleşmiştir<sup>71</sup>. Belirmek gerekirse, yenileme alanlarında yaşam çevresinin bütünlüğü iç mekânların korunmasıyla sürdürülebilir<sup>72</sup>. Dolayısıyla yenileme alanlarında gerçekleştirilecek uygulamalar bakımından bölgenin fiziksel özellikleri yanında sosyal ve ekonomik özellikleri de göz önünde bulundurulmak suretiyle hareket edilmelidir.

66 ŞİŞMANYAZICI, Begüm/YILDIZ TURGUT, Hülya, "Tarihî Kentsel Alanlarda Toplumsal ve Mekânsal Yeniden Yapılanma: Fener ve Balat Örneği", **Mimarlık Dergisi**, Sayı:352, Mart-Nisan 2010, s.31.

67 Neslişah ve Hatice Sultan Mahalleleri (Sulukule) Kentsel Yenileme Projesi hakkında bkz. BAŞTÜRK, Fethiye Nur, "Sulukule Kentsel Dönüşüm Projesi", **Kentsel Dönüşüm Hukuku** (Ed. YASİN, Melikşah/ŞAHİN, Cenk), İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, İstanbul, 2013, s.285 vd; ÜSTÜN, **2014**, s.193.

68 Dinçer, tarihî miras alanı ve Kapalıçarşı bölgesinin merkezdeki en büyük yenileme alanı olduğunu ifade etmektedir. DİNÇER, **2010**, s.26. Süleymaniye Bölgesi Yenileme Alanı Projesi hakkında ayrıca bkz. ÜSTÜN, **2014**, s.195.

69 Tarla başı Kentsel Yenileme Projesi kapsamında; Tarla başı'nın çok boyutlu sorunlarına sosyal, ekonomik ve fiziksel durumu "bütünlük" bir biçimde ele alan "kentsel yeniden canlandırma" hedefiyle çözüm aramak gerektiği yönünde bkz. AKIN, Nur, "Bir Sergi Üzerine Görüşler Tarla başı Geleceğini Paylaşıyor", **Mimarist Dergisi**, Sayı:3, 2008, s.14. Ayrıca bkz. TÜRKÜN, Asuman, "İstanbul'un Tarihi Bölgelerinde Kentsel Dönüşüm: Tarla başı ve Fener-Balat-Ayvansaray Örnekleri", **Neoliberal Kent Politikaları ve Fener-Balat-Ayvansaray Bir Koruma Mücadelesinin Öyküsü**, (Ed. AHUNBAY, Zeynep/DİNÇER, İclal/ŞAHİN, Çiğdem), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2016, s.148 vd.

70 2009 yılında Fatih Belediyesi (İstanbul) tarafından yenileme alanı ilan edilen Fener-Balat-Ayvansaray bölgesinde gerçekleştirilen kentsel dönüşüm uygulamalarının soylulaştırma kavramı ile birlikte değerlendirilmesi hakkında bkz. ŞENTÜRK, Murat, "Yenilemeye Karşı Sıhıleştirme: Fener-Balat-Ayvansaray'da Kentsel Müdahalelere Yaklaşımlar", **Sosyoloji Dergisi**, Dizi:3, Sayı:22, 2011, s.403 vd.

71 Yılmaz'ın belirttiği üzere, İstanbul'daki Sulukule, Tarla başı, Fener-Balat gibi dönüşüm projeleri daha çok yıpranan tarihi ve kültürel dokuların korunması ve yenilenmesine yönelik iken, Ankara'da bu projeler gecekonduların dönüşürülerek kentleşmeye katılımlarını sağlamaya yönelik projeler olarak ortaya çıkmıştır. YILMAZ, Nurcan, "Portakal Çiçeği Vadisi ve Dikmen Vadisi Kentsel Dönüşüm Projesi", **Kentsel Dönüşüm Hukuku** (Ed. YASİN, Melikşah/ŞAHİN, Cenk), İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, İstanbul, 2013, s.263.

72 AHUNBAY, **2016**, s.11.

Bu doğrultuda hazırlanacak projelerin oturanların durumunu, malikler ve kiracılar bakımından ortaya çıkaracağı etkileri de içerir biçimde olması gerekmektedir. Nitekim yenileme alanı olarak tespit edilen bölgelerin yapılaşma, düzen koşulları, bölgenin dokusu ve benzeri özellikleri nedeniyle koruma altında bulunan bölgeler olduğu dikkate alındığında; uygulanacak kentsel dönüşüm sürecinde tehlikeli birtakım sonuçların doğması söz konusu olabilecektir<sup>73</sup>. Gerçekten 5366 sayılı Kanun dar gelirli bireylerin konut gereksinimlerini gidermek amacıyla çıkarılmamıştır<sup>74</sup>. Bu nedenle idarece tesis edilen dönüşüm uygulamaları neticesinde dar gelirli bireylerin buldukları yerden uzaklaştırılması gibi durumlar ortaya çıkabilmektedir<sup>75</sup>. Soylulaştırma olarak adlandırılan bu süreç, konutların el değiştirilerek restore edilmesi ve mahallelerin yapısal kompozisyonlarının değişmesiyle birlikte yerinden edilmeleri ifade etmekte olup, bu anlamda önemli konut dönüşümlerinin bir örneğini teşkil etmektedir<sup>76</sup>. Bu doğrultuda söz konusu alanların özgün yapısının bozulmaması için; 5366 sayılı Kanun kapsamında yapılacak dönüşüm uygulamaları bakımından yenileme alanlarının sosyal yapısı, bölgenin kendine özgü nitelikleri değerlendirilmek suretiyle planlama yapılmalıdır<sup>77</sup>. Özellikle, belirli bir doku oluşturan alanların özelliklerini yitirmeksizin dönüşümünü sağlamak ve bireyler açısından doğabilecek olumsuz sonuçların önüne geçebilmek için; hazırlanacak projelerde *alanın kendisine özgü nitelikleri* göz önünde bulundurulmalı ve uygulama sürecinde hazırlanan projeler çerçevesinde hareket edilmelidir. Dolayısıyla 5366 sayılı Kanun kapsamında kentsel dönüşüm uygulaması gerçekleştirilirken; mevcut kent dokusunun korunması ve planlı şekilde işleyişin sağlanması bakımından yenileme projelerinin hukuka uygun bir şekilde ve uygulamanın tüm aşamalarını içerir vaziyette olması gerekmektedir<sup>78</sup>.

5366 sayılı Kanun md.3/9'da yenileme projelerinin nelerden oluştuğu düzenlenmiştir. Yenileme projeleri, uygulama alanı içerisinde bulunan taşınmaz kültür ve tabiat

73 AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2017, s.246.

74 AKGÜNER/BERK, 2017, s.246.

75 Nitekim Kahraman, Tarlabası Bölgesinin "5366 Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun" uyarınca ilan edilen dönüşüm bölgeleri ile Hacı Hüseyin, Tophane, Dolapdere, Okmeydanı kısmen yapılan projeler kısmen de çevrelerinde yer alan tetikleyiciler ile dönüştürüldü, bununla birlikte Galata, Cihangir, İstiklal Caddesi ve çevresinin kısmen soylulaştığını ifade etmiştir. KAHRAMAN, Tayfun, "İstanbul Kentinde Kentsel Dönüşüm Projeleri ve Planlama Süreçleri", **Planlama Dergisi**, Sayı:2, 2006, s.97. Ayrıca bkz. DİNÇER, 2010, s.26.

76 TÜRKÜN/ÖKTEM UYSAL/YAPICI, 2014, s.103.

77 Örneğin Başibüyük ve Tarlabası'nda gerçekleştirilen kentsel dönüşüm projelerinde, alanların sosyal yapılarının ve fiziki özelliklerinin farklı yapıda olması; dönüşüm aşamasında her iki proje bakımından sürecin farklı şekillerde işlemesine sebebiyet vermiştir. Bkz. KUYUCU, Tuna/ÜNSAL, Özlem, "Neoliberal Kent Rejimiyle Mücadele: Başibüyük ve Tarlabası'nda Kentsel Dönüşüm ve Direniş", İstanbul Nereye? Küresel Kent, Kültür, Avrupa (Ed. GÖKTÜRK, Deniz/SOYSAL, Levent/TÜRELİ, İpek), Metis Yayınları, İstanbul, 2011, s.95.

78 Belirtmek gerekir ki, yenileme alanları olarak tespit edilen bölgelerde dönüşüm uygulamalarının varlığı bir gerek ise de uygulamada gösterilen yaklaşımlar, tam anlamıyla bütünlük koruma anlayışına sahip değildir. Örnek olarak, Fener-Balat-Ayvansaray Yenileme Projesi korunması gereken sit alanı için uygun olmayan değişimler önermektedir. Bu konuda bkz. AHUNBAY, 2016, s.12.

varlıklarının rölöve<sup>79</sup>, restitüsyon<sup>80</sup>, restorasyon projeleri<sup>81</sup> ile onarılacağı ve/veya yeniden inşa edileceği planlanan yapının imar mevzuatında öngörülen projelerinden teşekkül eder. Uygulama aşamasında esas alınan yenileme projelerinin onaylanması için; 2863 sayılı Kanun md.51 uyarınca “Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu” oluşturulur<sup>82</sup>. İfade etmek gerekirse, 2863 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle beraber “Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulu (GEEAYK)” kaldırılmıştır<sup>83</sup>. GEEAYK yerine 2863 sayılı Kanun ile Bakanlığa bağlı olarak, Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurul ve ilgili bakanlık tarafından belirlenen bölgelerde teşkil edilmek üzere “Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulları”nın kurulmasına karar verilmiştir<sup>84</sup>. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulunun görev, yetki ve çalışma şekilleri ise md.57’de düzenlenmiştir. 2863 sayılı Kanun md.57’ye göre *koruma amaçlı imar planları ile bunların her türlü değişikliklerini inceleyip karar almak, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının koruma alanlarının tespitini yapmak, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarına ilişkin uygulamaya yönelik kararlar almak* hususlarında Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu görevli ve yetkilidir. Hazırlık aşamasında yetkili idare tarafından oluşturulan yenileme projelerinin hukuka uygun şekilde onaylanmasından sonra uygulamaya geçilebilecektir<sup>85</sup>. Ancak,

79 5366 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği md.4/1 (k) “Rölöve projesi: Tarihi ve kültürel taşınmaz varlıkların ve yakın çevresinin mevcut durumlarının belgelenmesi için hazırlanan farklı ölçeklerdeki projeler ile açıklama raporunu” ifade eder.

80 5366 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği md.4/1 (l) “Tarihi ve kültürel taşınmaz varlıkların ve yakın çevresinin analizi, benzer yapılarla karşılaştırılması, özgün veya belli bir döneme ilişkin belgeleri ve çizimleri içeren öneri projesini”, ifade eder.

81 5366 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği md.4/1 (m) “Tarihi ve kültürel taşınmaz varlıkların onarımı, özgün işlevi ve yeni kullanımı için getirilen müdahale biçimlerinin rapor ve projesini”, ifade eder.

82 2863 sayılı Kanun md.51/1 “Yurtiçinde bulunan ve bu Kanun kapsamına giren korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili hizmetlerin bilimsel esaslara göre yürütülmesini sağlamak üzere, Bakanlığa bağlı “Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu” ile Bakanlıkça belirlenecek bölgelerde “Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulları” kurulur.”

83 2863 sayılı Kanun md.76 “28/2/1960 tarih ve 7463 sayılı “Hususi Şahıslara Ait Eski Eserlerle Tarihi Abidelerin İstimlakı Hakkında Kanun”; 25/4/1973 tarih ve 1710 sayılı “Eski Eserler Kanunu”; 2/7/1951 tarih ve 5805 sayılı “Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulu Teşkiline ve Vazifelerine Dair Kanun” ile 18/6/1973 tarih ve 1741 sayılı “Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulu Teşkiline ve Vazifelerine Dair 2 Temmuz 1951 tarihli ve 5805 sayılı Kanunda Bazı Değişiklikler Yapılması Hakkında Kanun” yürürlükten kaldırılmıştır.”

84 KAMACI, Ebru, “2863 Sayılı KTVKK’nın Uluslararası Yasal Düzenlemeler Bağlamında Değerlendirilmesi” **METU JFA**, Cilt:31, Sayı:2, Ankara, 2014, s.16.

85 2863 sayılı Kanun md.3/8’e göre koruma amaçlı imar planları; “bu Kanun uyarınca belirlenen sit alanlarında, alanın etkileşim-geçiş sahasını da göz önünde bulundurarak, kültür ve tabiat varlıklarının sürdürülebilirlik ilkesi doğrultusunda korunması amacıyla arkeolojik, tarihi, doğal, mimarî, demografik, kültürel, sosyo-ekonomik, mülkiyet ve yapılaşma verilerini içeren alan araştırmasına dayalı olarak; hali hazır haritalar üzerine, koruma alanı içinde yaşayan hane halkları ve faaliyet gösteren iş yerlerinin sosyal ve ekonomik yapılarını iyileştiren, istihdam ve katma değer yaratan stratejileri, koruma esasları ve kullanma şartları ile yapılaşma sınırlamalarını, sağlıklılaştırma, yenileme alan ve projelerini, uygulama etap ve programlarını, açık alan sistemini, yaya dolaşımı ve taşıt ulaşımını, alt yapı tesislerinin tasarım esasları, yoğunluklar ve parsel tasarımlarını, yerel sahiplilik, uygulamanın finansmanı ilkeleri uyarınca katılımcı alan yönetimi modellerini de içerecek şekilde hazırlanan, hedefler, araçlar, stratejiler ile plânlama kararları, tutumları, plân notları ve açıklama raporu ile bir bütün olan

yenileme alanlarında tesis edilecek uygulamalara ilişkin olarak 6306 sayılı Kanun uyarınca yapılmış bir imar planının varlığı söz konusu ise, bu planın gerektirdiği işlem ve uygulamalar hakkında 6306 sayılı Kanun md.9 gereğince 5366 sayılı Kanun uygulanmayacak, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın görüşü alınmak suretiyle uygulama yapılacaktır<sup>86, 87</sup>.

5366 sayılı Kanun amaç ve kapsamı dikkate alındığında, elde edilmesi istenen sonuç yeni imar planlarının oluşturulması değildir. Dolayısıyla yeni imar planlarının yapılması, yaşatılması için varlığı zorunlu olan ve aşırı yapılaşmanın etkisinden korunması gereken yıpranan tarihi ve kültürel taşınmazların korunarak yaşatılması ve kentin bütününe hizmet verecek, kent estetiği ve kentleşme kalitesini yükseltici sağlıklı bir çevre meydana getirmek<sup>88</sup> amaçlarına matuf olmak kaydıyla mümkün olabilir. Hazırlanan yenileme projelerinin 2863 sayılı Kanun md.3/8'de tanımlanan koruma amaçlı imar planlarına uygun olarak hazırlanması ve uygulama sürecinde de bu planların varlığının gözetilmesi gerekmektedir<sup>89</sup>. Ancak, 5366 sayılı Kanunda yıpranan ve özelliğini kaybetmemiş kent bölgelerinin nasıl ve hangi ölçütlere göre belirleneceği açıklanmamıştır<sup>90</sup>. Bunun neticesinde koruma amaçlı imar planları bakımından plan bütünlüğünün bozulması söz konusu olabilir<sup>91</sup>. Bu çerçevede oluşturulacak planların, plan bütünlüğü gözetilmek suretiyle hazırlanması ve uygulamanın bu doğrultuda yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte dönüşüm uygulamalarının tesisi aşamasında dayanak idari işlemin iptal edilmesi halinde nasıl bir yol izleneceğinin de açıklanması gerekmektedir. Öyle ki, yenileme alanı tespit edildikten sonra projelerin hazırlanması aşaması tamamlanmış ve uygulamaya geçilmiş olabilir. Bu durumda yenileme alanı tespit işleminin iptali buna dayalı olarak tesis edilen idari işlem ve eylemleri de hukuka aykırı hale getirecektir. Dolayısıyla İYUK md.28/4 kapsamında idari yargı mercii tarafından verilen kararların gecikmeksizin yerine

---

namız ve uygulama imar plânlarının gerektirdiği ölçekteki plânlar" olarak tanımlanmıştır.

86 YILDIRIM/ÜSTÜN, 2013, s.260.

87 Bunun yanında Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan görüşün alınmaması 6306 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen riskli alan tespiti işlemini hukuka aykırı hale getirecektir. "(...) uyumsuzluğa konu alanın 6306 sayılı Kanunda belirtilen "riskli alan" özelliğini taşıdığına dair düzenlenen raporun alanda bulunan yapılarla ilgili olarak üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıdığına dair somut herhangi bir bilgi içermediği sonucuna ulaşıldığı, ayrıca alanın 1. Derece Kentsel Sit Alanı olması dolayısıyla Kültür ve Turizm Bakanlığının da görüşünün alınması zorunlu iken bu lazimeye uyulmadığı (*karar metnindeki "uyulmadığının" ifadesi "uyulmadığı" şeklinde tarafımca düzeltilmiştir.*) anlaşılması olduğundan, dava konusu Bakanlar Kurulu kararında hukuka uyarlık görülmemiştir." D14D. E.2013/1493, K.2013/5670, T.10.09.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.24.10.2017.

88 6D. E.1996/5362, K.1997/3020, T.17.06.1997, Danıştay Bilgi Bankası, Erişim T.10.07.2016.

89 ÜSTÜN, 2014, s.120.

90 DİNÇER, 2010, s.25.

91 Bununla birlikte Keleş, planlama faaliyetleri kapsamında kent planlarının niteliklerini genellik ilkesi, uzun vadeli olma ilkesi, zorunluluk ilkesi, nesnellik ilkesi, açıklık ilkesi ve esneklik ilkesi olarak ifade etmiştir. KELEŞ, Ruşen, **Kentbilim İlkeleri**, Sosyal Bilimler Derneği Yayınları, Ankara, 1976, s.67-68. Belirtmek gerekirse planların söz konusu nitelikleri haiz olması, dönüşüm projesi sonunda hedeflenen amaçlara ulaşılmasını sağlayacaktır. Bu doğrultuda yenileme alanlarında gerçekleştirilecek dönüşüm uygulamalarında bu niteliklerin planlama süresince göz önünde bulundurulması gerekir.

getirilmesi icap eder<sup>92</sup>. Nitekim Neslişah ve Hatice Sultan Mahalleleri'nde gerçekleştirilen kentsel yenileme projeleri kapsamında bu husus gündeme gelmiştir. Açılan iptal davası çerçevesinde yürütmenin durdurulması talepleri reddedilmiş ve netice itibarıyla dönüşüm uygulaması sona ermesine rağmen, söz konusu proje iptal edilmiştir<sup>93</sup>. Karar kapsamında değerlendirildiğinde; proje mevcut haliyle uygulanması mümkün olmayan, bölgeye getirdiği kullanım koşulları dikkate alındığında 5366 sayılı Kanuna uygun hazırlanmamış bir projedir<sup>94</sup>. Buna rağmen, gerçekleştirilen kentsel yenileme projesi bakımından açılan iptal davasında mahkeme nihayetinde iptal kararı vermesine karşın, öncesinde yürütmenin durdurulması kararı vermediğinden, işlem hukuka uygunluk karnesinden yararlanmış, işlemin icrası ve bu doğrultuda uygulamalar devam ettirilmiştir<sup>95</sup>. Dolayısıyla Sulukule Yenileme Projesi ile ilgili olarak mahkeme iptal kararı vermiş; ancak idare, mahkeme kararını, imkânsızlık halinin varlığından bahisle uygulamamıştır<sup>96</sup>. Anayasanın 2. ve 138. maddeleri ile İYUK. md.28 hükmü bir arada değerlendirildiğinde; idare, mahkemelerce verilen iptal kararını aynen uygulamak ve iptal kararlarının geriye yürütmesinin doğal sonucu olarak iptal edilen işlemde önceki hukuki durumu tesis etmekle yükümlüdür<sup>97</sup>. Bu doğrultuda, iptal kararını kararın icabına göre uygulamayan idarenin varlığı, söz konusu idarenin ağır hizmet kusurundan doğan sorumluluğunu gündeme getirebilecektir<sup>98</sup>. Bunun yanında fiili imkansızlık hallerinin vaki olması halinde ise, idari işlemin hukuka aykırı olduğu mahkeme kararı ile tespit edilmesine rağmen idare bu işlemi "tüm sonuçlarıyla ortadan kaldıramadığından", hakkı muhtel olan kişiler tarafından idarenin kusursuz sorumluluğuna gidebilecektir<sup>99</sup>.

92 İYUK md.28/1 "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. (...) ancak disiplin hükümleri saklıdır."

93 İstanbul 4. İdare Mahkemesi, E.2009/758, K.2012/783, T.26.04.2012, aktaran; BAŞTÜRK, 2013, s.294.

94 BAŞTÜRK, 2013, s.305.

95 Bu durumda yargı kararı sadece "ileriye dönük etkili" yani "ancak projenin kalan kısmının tamamlanmasını önlemek bakımından" hukuki sonuç doğuran bir hale gelmiştir. YEREBASMAZ, Yasin, "İdarenin Kentsel Dönüşüm Uygulamalarından Kaynaklanan Sorumluluğu", **Kentsel Dönüşüm Hukuku** (Ed. YASİN, Melikşah/ŞAHİN, Cenk), İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, İstanbul, 2013, s.258.

96 MALBELEĞİ, Nida, "Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin İdari Uyuşmazlıkların Yargısal Denetimi (Usul)", **Kentsel Dönüşüm Hukuku** (Ed. YASİN, Melikşah/ŞAHİN, Cenk), İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, İstanbul, 2013, s.221.

97 D5D. E.1981/758, K.1985/2420, T.06.11.1985, Danıştay Dergisi, Sayı:62-63, s.205.

98 D5D. E.1999/2053, K.2002/3798, T.11.10.2002, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.25.10.2017.

99 KAYA, Cemil, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusunda Danıştay'ın Yaklaşımı (İYUK Madde 28 Üzerine Bir İnceleme), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.78. Hukuki ve fiili imkansızlık kavramlarının varlığından bahisle iptal kararlarının bu gibi hallerde uygulanamaması halinde elde kalan tek argümanın tazminat talebi olabileceği hakkında bkz. YEREBASMAZ, 2013, s.258. Bunun yanında Gök, imkansızlık hallerinde ortaya çıkan zararın kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde giderilmesi adil bir çözüm olarak görülmekle birlikte, her durumda idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesinin söz konusu olmadığını ifade etmiştir. Bkz. GÖK, Hasan, "Danıştay Kararlarından Hareketle İdari Yargı Kararlarının İmkânsızlık Nedeniyle Uygulanmadığı Haller", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:71, Sayı:1, 2013, s.557.

Sulukule’de gerçekleştirilen bu uygulama süreci 5366 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen yenileme alanı projesi olduğu için Yasanın hayata geçiriliş süreci tam olarak anlaşılmamış ve süreç çok hızlı ilerlemiştir<sup>100</sup>. Netice itibarıyla fiziksel olarak üst yapıdaki tarihi ve mimari mekânları içeren kent dokusu bu kapsamda geri dönülemez bir değişikliğe uğramıştır<sup>101</sup>. Bunun yanında benzer bir süreç Fener-Balat-Ayvansaray Yenileme Projesi bakımından da söz konusu olmuş ve fakat hem proje iptal davası hem de bölgeye dair 1/1000 ve 1/5000’lik imar planlarının iptaline dair davalar hem de acele kamulaştırma kararına karşı açılan davaların tümü kazanılarak yıkımlar henüz başlamadan süreç durdurulabilmiştir<sup>102</sup>.

Yukarıdaki bilgiler ışığında belirtmek gerekirse, idari işlemlerin uygulanmasının hukukun ya da fiilen imkansız olması hususu, idari yargı yerleri tarafından yargı kararlarının uygulanması ile ilişkili biçimde ele alınmaktadır<sup>103</sup>. Akgüner’in ifade ettiği üzere, fiili imkansızlık, iptal kararlarının yerine getirilmesi noktasında karşılaşılan maddi ve hukuki olanaksızlıklardır<sup>104</sup>. Bu kapsamda uygulamanın gerçekleştirilmesinden sonra eski durumun aynen sağlanamayacağı gerekçe gösterilmek suretiyle söz konusu yargı kararın uygulanmaması gündeme gelebilmektedir. Ancak ifade edilecek olursa, idarenin yargı mercilerinin kararlarını uygulamak noktasında bir takdir yetkisi bulunmamaktadır<sup>105</sup>. Bu nedenle fiili imkansızlık halinin uygulamanın tamamlandığı tüm olaylara sirayet ettirilmesi veya uygulamanın tamamlandığından bahisle yargı mercilerinin kararlarının idarece göz ardı edilmesi düşünülemez. Bunun yanında hukuk devletinde idarenin ilk bakışta imkansızlık gibi görünen halleri, belirli hukuki müesseseleri kullanmak suretiyle aşması bir yükümlülüktür<sup>106</sup>. Tüm bunlar dikkate alındığında, hukuk devletinde idarenin yargı kararlarını yerine getirilmesi zorunlu olup “imkansızlık” müessesesinin istisnai olarak yorumlanması ve bunun yanında yargı kararlarının uygulanması bakımından çok daha güvenceli bir hukuki rejim ihdas edilmesi zarureti bulunmaktadır<sup>107</sup>.

100 ŞAHİN, Çiğdem, “Neoliberal Kent Politikaları Gereği “Kentsel Yenileme” Adı Altında Yok Edilen Tarih ve Bu Bağlamda Fener-Balar-Ayvansaray Sürecinin Değerlendirilmesi”, **Neoliberal Kent Politikaları ve Fener-Balat-Ayvansaray Bir Koruma Mücadelesinin Öyküsü**, (Ed. AHUNBAY, Zeynep/DİNÇER, İclal/ŞAHİN, Çiğdem), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2016, s.94.

101 ATİK, Şeniz, “Kültür Varlıklarını Korumada Toplum Bilinci ve İstanbul Tarihi Yarımada Özelinde Fener-Balat-Ayvansaray’ı Son Bilgiler Işığında Değerlendirme”, **Neoliberal Kent Politikaları ve Fener-Balat-Ayvansaray Bir Koruma Mücadelesinin Öyküsü**, (Ed. AHUNBAY, Zeynep/DİNÇER, İclal/ŞAHİN, Çiğdem), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2016, s.76.

102 ŞAHİN, Çiğdem, **2016**, s.94-95.

103 YAYLA, Ahmet, “Fiili veya Hukuki İmkansızlığın İdari İşleme Etkisi Üzerine Bir Deneme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:17, Sayı.2, 2015, s.235.

104 AKGÜNER, Tayfun, “Kentsel Dönüşüm ve Hukuk”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Sayı:8 (104), 2012, s.22.

105 KAYA, **2013**, s.44.

106 Nitekim Yayla, fiili imkansızlıkların var olması ile fiili güçlüklerin varlığı hallerinin birbirinden ayrı olduğunu ifade etmiştir. Bkz. YAYLA, Ahmet, **2015**, s.245. Bu bakımdan fiili güçlük içeren durumların her koşulda “imkansız” olmasından bahsetmek doğru olmayacaktır.

107 ERKUT, Celal, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Mekanizmalar”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 141. Yıl Sempozyum (11 Mayıs 2009)**, Danıştay Matbaası, 2010, s.34.

Nihai olarak, gerek Bakanlık gerekse kurullar, alacakları kararlardan sorumlu olmakla birlikte bu konuda sahip oldukları takdir yetkisini, kanun koyucunun amacı kapsamında ve aynı zamanda anayasal güvence altında bulunan mülkiyet hakkının (AY md.35) sınırlandırılması kriterlerini de kamu yararı ile bağdaştırmak suretiyle kullanmalıdır<sup>108</sup>. Bunun yanında 5366 sayılı Kanun kapsamında kentsel koruma planlaması çalışmalarının temelini oluşturan taşınmaz kültür varlıklarına ek olarak bölgedeki insanların etnik çeşitliliğinin, manevi değerlerinin ve özgünlüklerinin de korunması sağlanmalıdır<sup>109</sup>. Aksi takdirde hukuka aykırı durumların husule gelmesi kaçınılmaz olacaktır.

#### 4. Tasarrufların Kısıtlanması ve Kamulaştırma

5366 sayılı Kanun çerçevesinde kentsel dönüşüm uygulamalarında yenileme alanı tespit edilen yerlerdeki taşınmazlar, uygulanacak yenileme projesi hükümlerine tabi olurlar. Ne var ki, uygulama sürecinde yenileme alanı içerisinde, mülkiyetin kime ait olduğu tespit edilemeyen, varisi belli olmayan, kayyım tayin edilmiş, ihtilafli taşınmazların varlığı söz konusu olabilir. Bu durumda da bu taşınmazlar bakımından uygulanacak kamulaştırma işlemlerinde de aynı prosedür izlenecektir. Ancak bu ihtimalde anlaşma yolunun nasıl yapılacağı belirtilmemiştir. Belirtmek gerekirse, malikin belli olmadığı hallerde malikin kim olduğunun araştırılması ve bu doğrultuda işlemin yürütülmesi gereklidir. Aksi halde, öncelikle maliklerle anlaşma yoluna gidilmesi prensibi yerine getirilmemiş olacaktır. Taşınmaz üzerindeki mülkiyetin ihtilafli olduğu hallerde ise ilgililerin tamamına bildirim yapılarak karar alınması gerekecektir. Malikin kim olduğu araştırılmaksızın bu yolun izlenmesi hukuka aykırı olacaktır. Kamulaştırma işlemlerinin yapılmasında, projenin süratle gerçekleştirilmesi de göz önüne alınarak, il özel idareleri ve belediyelere ek bazı yetkiler de getirilmiştir. Nitekim 5366 sayılı Kanun md.4/2'ye göre kamu hizmeti için ayrılan alanlar hariç olmak üzere, yenileme alanı sınırları içinde toplu yapı olarak sınırları imar ve parsellasyon plânlarında belirlenmek kaydıyla, yapılı veya yapısız imar parsellerine belediye veya il özel idaresi ve diğer ilgili kurullar tarafından tasdik edilen mimarî projelere uygun bir şekilde 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun toplu yapıya ilişkin hükümlerine göre toplu yapı olarak tek bir kat mülkiyeti tesis edilebilir. Belediyeler ve il özel idareleri; bu alanlar içindeki parsel maliklerinin sosyal altyapı ve tesisleri, ortak kullanım yerleri, sosyal tesis ve hizmetlere ilişkin alanları kullanma ve yararlanma şartları ile masraflarına katılma usullerine ilişkin işletme projeleri hazırlayarak tapu sicilinin beyanlar hanesinde belirtmelerini isteyebileceği gibi, hazırlanmış olan restorasyon ve restitüsyon projelerine uygun bir şekilde irtifak hakkı tesisi veya parsellasyon plânları yapılmak suretiyle 634 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde belirtilen belgelerin toplu yapı ilişkisini gösterir şekilde hazırlanıp 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca ilan edilmesinden ve kesinleşmesinden sonra kat mülkiyeti ve kat irtifakını re'sen tapu siciline tescil ettirmeye yetkilidir<sup>110</sup>. 5366 sayılı Kanun md.4/3'e

108 ERKUT, 2002, s.291.

109 D6D. E.2009/5134, K.2015/7576, T.16.12.2015, Danıştay Dergisi, Sayı:142, s.382-394.

110 İdarenin bu kapsamdaki yetkileri kamu gücü kullanımı içerdiğinden; söz konusu işlemin tek yanlı olma,

göre kamulaştırma işlemlerinin yürütülmesi aşamasında uygulamayı yürütecek il özel idareleri ve belediyeler veraset ilamı çıkarttırmaya, kayyım tayin ettirmeye, veraset ilamı çıkarttırmaya veya tapuda kayıtlı son malike göre işlem yapmaya yetkilidir. Kentsel yenileme projesi uygulamalarında il özel idareleri veya belediyelerce atanacak kayyım türü yönetici kayyımdır<sup>111</sup>.

Tapuda kayıtlı son malik, her durumda gerçek malik olmayabilir. Bu nedenle kentsel yenileme projesini yürütmekle görevli idare tarafından gerçek malikin kim olduğu her somut olayda araştırılmalıdır. Tapu kaydında gözükken malikin gerçek malik olmadığı durumlarda idare tarafından gerekli araştırma yapılmaksızın tapuda kayıtlı son malike göre kentsel dönüşüm uygulamasının tesisi hukuka aykırı olacaktır. Bu nedenle gerçek malikin kim olduğunun araştırılması, ancak uygulamanın devamının sağlanması bakımından gerçek malikin kim olduğunun tespit edilmesinin mümkün olmadığı durumlarda bu yönde bir uygulamaya gidilmesi gerekmektedir.

2863 sayılı Kanun çerçevesinde kültür veya tabiat varlığı niteliğindeki taşınmazlar ile bunların koruma alanlarında bulunan taşınmazlar üzerinde, mülkiyet hakkının doğasından kaynaklanan kullanma ve yararlanma haklarında belli kısıtlamalar öngörülmektedir<sup>112</sup>. Bunun yanında uygulamayı yürüten il özel idaresi veya belediye, yenileme alanı olarak ilan edilen yerlerdeki taşınmazlar üzerinde yapılaşma, kullanım ve işletme hususlarına ilişkin kısıtlamalar uygulayabilir. Ancak, bu kısıtlama süresiz değildir. 5366 sayılı Kanun md.4'e göre söz konusu kısıtlamalar; i. Yalnızca il özel idaresi veya belediyeler tarafından, ii. Yenileme alanı olarak ilan edilen yerlerle sınırlı olarak, iii. Her türlü yapılaşma, kullanım ve işletme konularında, iv. Proje tamamlanıncaya kadar ve geçici olarak, uygulanabilecektir. Bu düzenlemeye koşut olarak dönüşüm sürecinin süratli ve etkin biçimde sağlanması maksadıyla yetkili idarece kamulaştırma yoluna da başvuru- labileceği ifade edilmiştir<sup>113</sup>.

---

icrailik ve ilgililerin hukuki durumlarında değişiklik yaratabilme niteliklerini haiz olduğu ifade edilebilir. Nitekim Danıştay'ın bu konuda vermiş olduğu kararda, "dava konusu işlemin, davalı idare tarafından yenileme alanı sınırları dahilinde yer alan tarihi ve kültürel niteliklere haiz taşınmazlar hakkında, 5366 sayılı Kanunun tanıdığı yetki uyarınca, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu doğrultusunda toplu yapı ile kat mülkiyetinin henüz ihdas edilmediği bir aşamada ve 634 sayılı Kanunun işletme projesinin hazırlanmasına ilişkin usul ve kurallarından farklı şekilde, *tek taraflı olarak, ilgililerin hukuki durumlarında kesin ve uygulanması zorunlu değişikliklere yol açacak şekilde* işletme projesi adı altında tesis edilen ve bunun resen, tek yanlı irade beyanıyla tapu siciline şerh ettirilmesi niteliğinde idari bir işlem olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu durumda; yukarıda nitelikleri belirtilen dava konusu işletme projesinin ve bunun tapu siciline şerh ettirilmesine dair işlemin *yargısal denetimlerinin de idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde idari yargı yerlerince yapılması gerek(tiği)*" ifade edilmiştir. Bkz. D14D. E.2016/3455, K.2016/7068, T.08.12.2016, Danıştay Bilgi Bankası, Erişim T.25.07.2017. (Taraflarca vurgu yapılmıştır.)

111 TMK md.460'a göre yönetici kayyım, malvarlığını yönetimi ve gözetimi ile görevlendirilmiş ise, yalnızca o malvarlığının yönetimi ve korunması için gerekli işleri yapabilir. Ancak yönetici kayyım, TMK md.462 ve md.463 kapsamına giren işleri bakımından vesayet makamından veya vesayet makamı ile birlikte denetim makamından izin almalıdır.

112 AYM. E.2014/50, K.2014/124, T.03.07.2014, RG.12.12.2014-29203.

113 ÜSTÜN, 2014, s.113.



Yenileme alanı olarak tespit edilen bölgelerde projenin uygulanması aşamasında, il özel idareleri veya belediyelerce kamu gücü kullanımı neticesinde kamulaştırma işlemi tesis edilebilecektir. AY md.46'ya göre Devlet ve kamu tüzelkişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir. Bu çerçevede kamu yararının gerektirdiği durumlarda idarenin, "kanuni idare ilkesi" gereği kendi görev alanına giren konularda<sup>114</sup>, kamulaştırma yetkisini kullanması söz konusu olabilmektedir. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu md.3 uyarınca idareler, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde buldukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları ve irtifak haklarını; bedellerini ödemek suretiyle kamulaştırma yapabilirler. Kamulaştırmanın konusu özel hukuk kişilerinin maliki bulunduğu taşınmaz mallar olduğuna göre, idarenin mülkiyetindeki bir taşınmaz malın veya özel hukuk kişilerinin maliki bulunduğu bir taşınmazın kamulaştırılması söz konusu değildir<sup>115</sup>. Bu kapsamda 5366 sayılı Kanun md.4'te belirtildiği üzere, yetkili idarece kamu yararının gerektirdiği hallerde<sup>116</sup> özel mülkiyet konusu bir taşınmazın kamulaştırılabilmesi mümkündür.

5366 sayılı Kanun kapsamında kentsel dönüşüm uygulama sürecinde, kamulaştırma yetkisinin kullanım esasları bakımından düzenlemeye gidildiği görülmektedir. 5366 sayılı Kanun md.4/3'te ifade edildiği üzere, tahliye ve yıkım kararının icrası aşamasında maliklerle anlaşma yoluna gidilmesi esastır. Bu nedenle kamulaştırma kararı alınmadan objektif kriterler çerçevesinde maliklerle anlaşma yoluna gidilmeksizin veya ilgililerin katılımı sağlamaksızın; bu yönde karar alınarak icra edilmesi, şekil ve usul bakımından hukuka aykırı bir işlemin varlığına sebebiyet verecektir<sup>117</sup>. Kaldı ki, idarenin gerekli usullere uyulmaksızın bu faaliyeti icra etmesi bireylerin mülkiyet hakkı bakımından sağlanmış usulî güvencelerin de ihlali anlamına gelecektir<sup>118</sup>.

Belirtmek gerekirse, uygulama sürecinde anlaşmanın sağlanması hususunda kamulaştırma yetkisine sahip belediyeler ve il özel idareleri karşısında hak sahiplerinin konumu daha güçsüzdür. Zira anlaşmanın sağlanamaması halinde kamulaştırma işleminin

114 BİLGİN, Pertev, **Kamulaştırma Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s.26.

115 GÜLAN, Aydın, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukuki Rejim**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1999, s.149.

116 Burada kamulaştırma, kültür ve tabiat varlıklarını korumak ve bulunduğu yerin dönüşümünü sağlamak amacıyla yapıldığı için; söz konusu kamu yararı kültür ve tabiat varlıklarının korunması ve yaşatılarak kullanılması suretiyle ulaşılabilecek yararları ifade etmektedir. Ayrıca bkz. BİLGİN, **1999**, s.71-72.

117 "(...) kanun koyucu yenileme alanları kapsamında kalan taşınmazların proje kapsamında uygulama görmesi konusunda taşınmaz maliklerinin haklarını mümkün mertebe korumaya almış, "anlaşma yolunun esas olması" kriterini kamulaştırmadan daha öncelikli olarak ifade etmiş, bu kriterin kamulaştırma kararı alınmadan objektif kriterler çerçevesinde yerine getirilmesi gerekliliğini öngörmüştür." D6D. E.2011/7160, K.2014/2910, T.10.04.2014, (www.hukukturk.com), Erişim T.14.07.2016.

118 GEMALMAZ, H. Burak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasında "Adil Denge" İlkesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:69, Sayı:1-2, 2011 (Prof. Dr. İl Han Özey'a Armağan), s.660.

resen icrası söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla taşınmazlarının kamulaştırmaya konu olmasını istemeyen malikler yönünden idare ile anlaşmaktan başka bir yol bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşmenin kurulması aşamasında tarafların eşitliğinin tam olarak varlığından söz edilemez. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi de kentsel dönüşüm uygulamalarında bireyler ve idare arasında akdedilen konut sözleşmelerinin "idari sözleşme" niteliğinde olduğuna, bu nedenle söz konusu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözüm merciinin idari yargı olduğuna hükmetmiştir<sup>119</sup>. Bu kapsamda idarenin sözleşme kapsamında tesis ettiği hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden dolayı idari yargıda sorumluluğuna gidilebilmesi mümkündür. Bununla birlikte uygulama kapsamında sözleşmeden bağımsız olarak, idarece kamu gücüne dayanarak bir tesis edilen işlem veya eylemden dolayı bir zararın doğması halinde de ilgililerce, dava açma süresi içinde 2577 sayılı İYUK md.2/1 (b) uyarınca tam yargı davası açılabilir.

5366 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilecek kentsel dönüşüm uygulamalarında yenileme alanlarındaki taşınmazların malikleri arasında anlaşma sağlanamamış ise<sup>120</sup>; il özel idareleri veya belediyeler tarafından tek yanlı olarak kamulaştırma işlemi tesis edilebilir<sup>121</sup>. Bu düzenlemeden maksat, iskân projeleri kapsamındaki kamulaştırma işlemlerinde ödeneğin ayrılması ve kamulaştırma prosedürünün daha hızlı ilerlemesinin sağlanmasıdır. Bunun yanında kamulaştırma sürecinde kural olarak taşınmazın gerçek karşılığı nakden ve peşin olarak ödenmelidir. Ancak AY md.46/2'de bu kurala bazı istisnalar getirilmiştir. AY md.46/2'ye göre, "(...) büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi (...) amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir". Bu durumda, 5366 sayılı Kanun uyarınca yapılan kamulaştırmaların 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki iskân projelerinin gerçekleştirilmesi amaçlı kamulaştırma sayıldığı göz önüne alındığında; söz konusu taşınmazın gerçek karşılığı, en az altıda biri peşin olarak ödenmek, kalan kısmı ise peşin ödeme miktarından az olmamak ve beş yılı aşmamak kaydıyla, eşit olarak taksitlendirilmek suretiyle ödenebilecektir<sup>122</sup>.

119 UM. E.2016/123, K.2016/259, T.09.05.2016, RG.05.06.2016-29733; UM. E.2016/65, K.2016/100, T.15.02.2016, RG.08.03.2016-29647 (Mükerrer); UM. E.2015/810, K.2015/823, T. 30.11.2015, RG.30.12.2015-29578 (Mükerrer).

120 5366 sayılı Kanun md.4/3 "Yenileme alanlarında bulunan yapıların boşaltılması, yıkımı ve kamulaştırılmasında anlaşma yolu esastır. Anlaşma sağlanamayan hallerde gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar ilgili il özel idaresi ve belediye tarafından kamulaştırılabilir. Bu Kanun uyarınca yapılacak kamulaştırmalar 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki iskân projelerinin gerçekleştirilmesi amaçlı kamulaştırma sayılır."

121 Benzer bir düzenlemeye 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Taşınmazların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun md.5'te yer verilmiştir. 6306 sayılı Kanun md.5/1'e göre, "Riskli yapıların yıktırılmasında ve bunların bulunduğu alanlar ile riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarındaki uygulamalarda, öncelikli olarak malikler ile anlaşma yoluna gidilmesi esastır."

122 ÜSTÜN, 2014, s.114.

Malikin taşınmazını kullanmasına veya taşınmazından yararlanmasına idarece kısıtlama getirilmesinin anayasal güvence altında bulunan mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıdığı açıktır<sup>123</sup>. AY md.35 gereği mülkiyet hakkına getirilen müdahalelerin ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla olması gerekmektedir. 5366 sayılı Kanun md.4'te de "anlaşma sağlanamayan hallerde gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazların ilgili il özel idaresi ve belediye tarafından kamulaştırılabileceği" ifade edilmiş ve bu konuda il özel idareleri ve belediyelere geniş bir yetki verilmiştir. Bu doğrultuda anlaşma sağlanamaması üzerine, idarece yenileme alanı içerisindeki özel mülkiyet altında bulunan taşınmazların kamulaştırılması gündeme gelmektedir<sup>124</sup>. Bunun yanında, 5366 sayılı Kanun çerçevesinde uygulanacak kentsel dönüşüm uygulamalarında 2942 sayılı Kanun md.3 ve md.27 uyarınca şartların oluşması halinde acele kamulaştırma yoluna da gidilebilecektir. Acele kamulaştırma, olağanüstü bir kamulaştırma usulü olarak ancak istisnai durumların varlığı halinde uygulanabilecektir<sup>125</sup>. Nitekim Kamulaştırma Kanunu md.27'de belirtildiği üzere; acele kamulaştırma yöntemine ancak 3634 sayılı Kanunun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacının bulunması veya aceleliğine Bakanlar Kurulunca karar alınacak hallerde ya da özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda başvurulabilecektir. Bu kapsamda yenileme alanında bulunan taşınmazlarla ilgili olarak acelelik halinin, olağanüstü bir durumun varlığının ve amaçlanan kamu yararının somut biçimde ortaya konulması neticesinde acele kamulaştırma işlemi yapılabilecektir<sup>126</sup>. Bununla beraber dayanak Bakanlar Kurulu kararı hakkında yürütmenin durdurulması hakkında karar verilmesi veya söz konusu kararın iptal edilmesi halinde, buna dayalı olarak tesis edilen acele kamulaştırma işlemleri de hukuka aykırı hale gelecektir. Danıştay'ın bu konuda vermiş olduğu karar göre<sup>127</sup>,

*"(...) davaya konu edilen belediye encümeni kararının, bölgenin kamulaştırılmasında 2942 sayılı Kanunun 27. maddesinin uygulanmasının Bakanlar Kurulunca kararlaştırılmasına dayalı olarak alınan bir uygulama işlemi niteliğinde olması karşısında, olayda aceleciliğin bulunup bulunmadığının ancak bu konuda alınan Bakanlar Kurulu Kararına karşı açılan davada incelenmesi mümkündür. Uyuşmazlığa konu bölgenin 5366 sayılı Kanunun 2. maddesi uyarınca yenileme alanı olarak tespit edilmesine dair 8.8.2005 gün ve 2005/9289 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile bu bölgenin kamulaştırılmasında 2942 sayılı Kanunun 27. maddesinin uygulanacağına dair 15.3.2007 gün ve 2007/11836 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına karşı Danıştay 6. Dairesi nezdinde iptal davası açıldığı; söz konusu Daire'nin 26.5.2008 gün ve E:2008/2283 sayılı kararıyla yürütmenin*

123 AYM. E.2014/50, K.2014/124, T.03.07.2016, RG.12.12.2014-29203.

124 Belirtmek gerekirse maliklerle anlaşma yoluna gidilmesine rağmen anlaşma sağlanamadıysa, idarece satın alma kat karşılığı ile intifa hakkı ve üst hakkı gibi sınırlı aynı hakların da tesis edilmesi söz konusu olabilir. Doğrusuyla uygulamanın devamı bakımından kamulaştırma hususu bir zorunluluk arz etmemektedir. Bkz. ÜNAL, 2008, s.151.

125 D6D. E.2009/2838, K.2011/122, T.01.02.2011, aktaran; ABACIOĞLU, Muhittin/ABACIOĞLU, Ali, **Kentsel Dönüşüm Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.128.

126 D6D. E.2013/5072, T.19.03.2014 (YD Kararı), aktaran; ABACIOĞLU/ABACIOĞLU, 2015, s.118.

127 D6D. E.2009/335, K.2009/7046, T.09.06.2009, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.24.10.2017.

*durdurulması isteminin reddedilmesi üzerine bu karara karşı Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na itirazda bulunulduğu; anılan Kurulun 8.7.2008 gün ve 2008/691 sayılı kararıyla da, bahse konu bölgede yapılacak kamulaştırmalarda 2942 sayılı Kanunun 27. maddesinin uygulanmasına dair 15.3.2007 gün ve 2007/11836 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının yürütmesinin durdurulduğu anlaşılmıştır. Bu durumda, Ankara Tarihi Kent Merkezi yenileme alanı olarak tespit edilen bölgede 2942 sayılı Kanunun 27. maddesinde düzenlenen acele kamulaştırma usulünün uygulanacağı yönündeki 15.3.2007 gün ve 2007/11836 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının yürütmesi Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararıyla durdurulduğuna göre, davaya konu taşınmazın bu yolla kamulaştırılmasına yönelik davaya konu işlemin de hukuki dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmıştır."*

Dolayısıyla acele kamulaştırma işleminin dayanağını teşkil eden Bakanlar Kurulu kararının hukuka aykırı olmaması icap etmektedir. Aksi takdirde söz konusu işleme dayanarak tesis edilen acele kamulaştırma işlemleri de hukuka aykırı olacaktır. Bu açıklamalar çerçevesinde, yenileme alanı olarak belirlenen sınırlarda projeyi yürüten idarenin öncelikle malikler ile anlaşma yoluna gitmesi, anlaşmanın gerçekleşmemesi halinde olağan kamulaştırma usulüne gidilmesi, ancak acelelik halinin var olduğunun somut olayın koşulları çerçevesinde mevcudiyetinin belirlenmesi durumunda, Kamulaştırma Kanunu md.27 uyarınca acele kamulaştırma işlemlerinin yürütülmesi gerekmektedir<sup>128</sup>.

Danıştay, bu konuda vermiş olduğu bir kararında *"tarihi ve kültürel varlıkların ve değerlerin koruması amacıyla yenileme alanları içerisinde yıpranan ve özelliğini kaybetmeye yüz tutmuş alanların yeniden inşa ve restore edilerek, bu bölgede konut, ticaret, kültür turizm ve sosyal donatı alanlarının oluşturulması, doğal afet risklerine karşı önlem alınması önlemler alınmasına yönelik olarak kamulaştırılmasında acele kamulaştırmaya ilişkin hükümlerin uygulanmasında kamu yararı bulunduğundan"* bahisle ilgili Bakanlar Kurulu kararının hukuka aykırı olmadığını ifade etmiştir<sup>129</sup>. Belirtmek gerekirse acele kamulaştırma hükümlerinin uygulanmasında kamu yararının tek başına varlığı işlemin hukuka uygunluğu sonucunu doğurmayacaktır. Nitekim acele kamulaştırma işlemi tesis edilirken kamu yararı unsurunun yanında acelelik halinin var olup olmadığı ve bu uygulamadaki somut gerekçelerin neler olduğunun da ortaya konulması gerekmektedir. Nitekim Danıştay'ın vermiş olduğu sonraki tarihli kararında,

*"Uyuşmazlık konusu olayda, taşınmazı da kapsayan alanın yenileme alanı olarak belirlenmesinin tek başına acele kamulaştırma yapılmasına gerekçe teşkil etmeyeceği, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 27. maddesinde öngörülen acele kamulaştırma prosedürünün uygulanabilmesi için gerekli olağanüstü durumların ve bu yöntemle başvurulması ile amaçlanan kamu yararının somut olarak ortaya konulmadığı sonucuna varılmıştır. Bu anlamda taşınmazların acele kamulaştırılmasını gerektirecek acelelik halinin bulunmaması karşısında, dava konusu taşınmazların acele kamulaştırılması yolunda*

128 DİDDK. YD. İtiraz No:2008/691, T.08.07.2008, aktaran; ERGEN, Cafer, İmar Planları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.217.

129 D6D. E.2008/2283, T.26.05.2008, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.26.05.2008.

*tesis edilen Bakanlar Kurulu kararında hukuka uyarlık bulunma(dığı)*" ifade edilmiştir<sup>130</sup>. Dolayısıyla taşınmazı kapsayan alanın sadece yenileme alanı olarak belirlenmesi acele kamulaştırma yöntemine gidilmesinin gerekçesini oluşturmayacağı gibi, somut olayda olağanüstü bir durumu varlığının bulunmadığı ve hedeflenen kamu yararı amacının ortaya konulmadığı hallerde de yenileme alanı içerisinde yer alan taşınmazların acele kamulaştırılması yöntemine başvurulması hukuka aykırı olacaktır.

Netice itibarıyla 6306 sayılı Kanun çerçevesinde uygulanan kentsel dönüşüm sürecine koşut olarak burada da anlaşmanın sağlanması mutlak irade muhtariyeti çerçevesinde gerçekleşmemektedir<sup>131</sup>. Nitekim anlaşmanın sağlanamaması halinde idarece kamulaştırma işleminin yapılması söz konusu olabilecektir<sup>132</sup>. İfade edilecek olursa, idarenin işlemleri nihai olarak kamu yararını gerçekleştirme hedefine yönelmek zorundadır<sup>133</sup>. Her ne kadar "yıpranan kültürel ve tarihi taşınmazların korunması"nda kamu yararı varsa da tanınan geniş takdir yetkisi çerçevesinde tesis edilecek uygulamaların bireylerin mülkiyet hakkının özüne dokunan ve kullanımını engelleyici nitelikte olduğu ifade edilebilir<sup>134</sup>. Bu nedenle bireylerin sahip olduğu mülkiyet hakkıyla sağlanacak kamu yararı arasında bir denge kurulması gerekmektedir<sup>135</sup>.

## Sonuç ve Değerlendirme

Kentleşmenin hızla artması karşısında kentlerin altyapının yetersiz olması nedeniyle çarpık kentleşme olgusuyla karşı karşıya kalınmıştır. Kent mekânlarında tarihi ve kültürel varlıkların korunmasına bu süreçte gerekli özen gösterilmemiş ve getirilen çözümler de kalıcı olmaktan ziyade geçici nitelikte olmuştur. Özellikle tarihi ve kültürel taşınmazların bulunduğu bazı bölgelerde süreç içerisinde çöküntü alanları oluşmuştur. Söz konusu alanların sağlıklılaştırılması ve dönüşüm uygulamalarıyla birlikte yenilenmesi maksadıyla 5366 sayılı Kanun yürürlüğe konulmuştur. 5366 sayılı Kanun kapsamında ilgili idare

130 D6D. E.2012/6974, T.30.05.2013 (YD Kararı), aktaran; ABACIOĞLU/ABACIOĞLU, **2015**, s.123-125.

131 ŞAHİN, Cenk, "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'a Yönelik Bazı Eleştiriler", **Kentsel Dönüşüm Hukuku** (Ed. YAŞIN, Melikşah/ŞAHİN, Cenk), İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, İstanbul, 2013, s.57.

132 6306 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen kentsel dönüşüm uygulamalarında üzerindeki yapı yıkılmış arsa veya arazilerde malikler veya hak sahipleri arasında 2/3 çoğunluğun sağlanamaması halinde idarece kamulaştırma yapılabilir (md.6). 5366 sayılı Kanun çerçevesinde yapılacak kentsel dönüşüm uygulamalarında da anlaşmanın sağlanamaması üzerine kamulaştırma işleminin gerçekleştirilmesi söz konusu olmaktadır. Bu durumda süreçlerdeki anlaşma, niteliği itibarıyla aynı olmamakla birlikte "anlaşmanın sağlanamaması halinde kamulaştırma işleminin gerçekleştirilmesi" söz konusu olduğundan bir paralellik arz etmektedir.

133 AYM. E.2013/72, K.2013/126, T.31.10.2013, RG.24.01.2014-28892.

134 ÖRÜCÜ, **1976**, s.55.

135 "Çağdaş demokrasiler, demokratik hukuk devletlerinde hak ve özgürlüklerin en geniş şekilde sağlanıp güvence altına alındığı rejimler ise, haklara müdahale eden kuralların anılan nitelemeye uygun biçimde dar yorumundan kaçınarak değerlendirilmesi gerekir. Hukuk devletinden, hak ve özgürlükleri koruması her alanda güçlenerek, adaletli bir düzen sağlaması, hakka saygılı, hakkın elde edilmesini kolaylaştıran önündeki engelleri kaldıran, mutluluğu amaç edinen hakkaniyetli, müdahale eden kural içeriğinin, bireyin davranış direncine izin verecek ölçekte olması beklendiğinde, kamu yararı ile birey hakları arasında adil bir denge de gözlemlenmiş olması zorunludur." AYM. E.2014/87, K.2015/112, T.08.12.2015, RG.28.01.2016-29607.

tarafından belirlenen yenileme alanlarında dönüşüm uygulamaları tesis edilmek suretiyle hem yıpranan tarihi ve kültürel taşınmazların yaşatılması ve korunması hem de bu alanların yeniden sağlıklılaştırılması amaçlanmaktadır. Ne var ki, dönüşüm uygulamaları kapsamında bireylerin mülkiyet haklarına yapılan müdahalelerin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Özellikle yenileme alanlarında bulunan taşınmazların statülerinin değişmesi, maliklerin kendi aralarında anlaşamamaları halinde idarece kamulaştırmaya gidilebilmesi hukuki sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Bunun yanında yapılacak imar planlarında katılımın yeterince sağlanmaması ve bireylerin sosyal durumlarının da göz önünde bulundurulmaması söz konusu mekânın kültürel kimliğinin bozulmasına neden olabilir. İfade edilecek olursa idarenin yenileme alanlarında tesis edeceği kentsel dönüşüm uygulamalarıyla mülkiyet hakkına getirilen müdahalelerin bireylerin temel hak ve özgürlükleri ile kamu yararı arasında bir denge kurulması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, bireylerin sürece etkin katılımını sağlayacak düzenlemeler getirilmeli ve yapılacak yardımlar vs. konusunda geniş bir anlaşma zemini oluşturulmalıdır. Bu sayede mülkiyet hakkının özüne dokunulmasının önüne geçilmiş ve olası temel hak ve hürriyetlerin ihlali engellenmiş olacaktır.

#### KAYNAKÇA

- ABACIOĞLU, Muhittin/ABACIOĞLU, Ali, Kentsel Dönüşüm Kanunu ve İlgili Mevzuat, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015
- AHUNBAY, Zeynep, "Kentsel Korumada Temel İlkeler ve Fener-Balat", Neoliberal Kent Politikaları ve Fener-Balat-Ayvansaray Bir Koruma Mücadelesinin Öyküsü, (Ed. AHUNBAY, Zeynep/DİNÇER, İclal/ŞAHİN, Çiğdem), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2016, (ss.3-16)
- AKGÜNER, Tayfun, "Kentsel Dönüşüm ve Hukuk", Güncel Hukuk Dergisi, Sayı:8 (104), 2012,(ss.18-26)
- AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2017
- ATİK, Şeniz, "Kültür Varlıklarını Korumada Toplum Bilinci ve İstanbul Tarihi Yarımada Özelinde Fener-Balat-Ayvansaray'ı Son Bilgiler Işığında Değerlendirme", Neoliberal Kent Politikaları ve Fener-Balat-Ayvansaray Bir Koruma Mücadelesinin Öyküsü, (Ed. AHUNBAY, Zeynep/DİNÇER, İclal/ŞAHİN, Çiğdem), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2016, (ss.43-80)
- AYANOĞLU, Taner, Bireysel İdari İşlemlere Karşı Dava Açma Süresinin Başlangıcı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017
- AYHAN, Fatma, "Kentsel Dönüşüm Kavramı ve Tarihsel Gelişimi", Kentsel Dönüşüm Hukuku, (Ed. YASİN, Melikşah/ŞAHİN, Cenk), İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, İstanbul, 2013, (ss.71-90)
- BAŞTÜRK, Fethiye Nur, "Sulukule Kentsel Dönüşüm Projesi", Kentsel Dönüşüm Hukuku (Ed. YASİN, Melikşah/ŞAHİN, Cenk), İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, İstanbul, 2013, (ss.285-311)
- BERK, Kahraman, "Türkiye'de Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Hukuki Rejimi İle Uygulama Sorunları", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:19, Sayı:1-2, 1999-2000 (Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan), (ss.183-212)
- BİLGİN, Pertev, Kamulaştırma Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999
- BURGESS, Ernest W., "The Growth of The City: An Introduction to a Research Project", The City (Ed. PARK, Robert E./BURGESS, Ernest W.), The University of Chicago Press, Chicago, 1984, (ss.47-62)

- DİNÇER, İclal, "Türkiye'de 1980 Sonrası Yapısal Dönüşümün Mekânsal İzlerine Bir Örnek: Yenileme Alanları", Mimarlık Dergisi, Sayı:352, Mart- Nisan 2010, (ss.24-27)
- DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülte Matbaası, İstanbul, 1982
- DÜNDAR, Erol, "Maksat Denetimi", Danıştay Dergisi, Sayı:12-13, Ankara, 1974, (ss.43-70)
- ERGEN, Cafer, İmar Planları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009
- ERKUT, Celal, İptal Davasının Konusu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, İstanbul, 1990
- ERKUT, Celal, "Kültürel Mirasın Korunması Hukuku", Prof. Dr. Yıldızhan Yayla'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, (ss.285-291)
- ERKUT, Celal, "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Mekanizmalar", Danıştay ve İdari Yargı 141. Yıl Sempozyum (11 Mayıs 2009), Danıştay Matbaası, 2010, (ss.21-40)
- ERSOY, Melih, "Planlama Kuramına Giriş", Kentsel Planlama Kuramları (Der. ERSOY, Melih), İmge Kitabevi, Ankara, 2016, (ss.9-34)
- GEMALMAZ, H. Burak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasında "Adil Denge" İlkesi", İÜHF, Cilt:69, Sayı:1-2, 2011 (Prof. Dr. İl Han Özyay'a Armağan), (ss.649-673)
- GERAY, Cevat, "Dönüşüm Yasasının Çözümlemesi", Akademik Yaşının 55. Yılı Onuruna Rona Aybay'a Armağan, Legal Hukuk Dergisi (Özel Sayı), 2. Cilt, İstanbul, 2014, (ss.2597-2606)
- GÖK, Hasan, "Danıştay Kararlarından Hareketle İdari Yargı Kararlarının İmkânsızlık Nedeniyle Uygulanmadığı Haller", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:71, Sayı:1, 2013, (ss.547-558)
- GÜLAN, Aydın, "Tarihi Dokuyu Yenilemek Adına Cerrahi Bir Müdahale Aracı: Yenileme Alanları", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan Cilt-2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, (ss.1955-1964)
- GÜLAN, Aydın, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukuki Rejim, Alfa Yayınları, İstanbul, 1999
- GÜRAN, Sait, "Anayasa ve İdare Hukukundan Kesitler IV", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:22, Sayı:2, 2002 (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan), (ss.293-307)
- HALL, Peter, Urban and Regional Planning, Routledge, London and New York, 2002
- KAHRAMAN, Tayfun, "İstanbul Kentinde Kentsel Dönüşüm Projeleri ve Planlama Süreçleri", Planlama Dergisi, Sayı:2, 2006, (ss.93-102)
- KAMACI, Ebru, "2863 Sayılı KTK'nın Uluslararası Yasal Düzenlemeler Bağlamında Değerlendirilmesi" METU JFA, Cilt:31, Sayı:2, Ankara, 2014, (ss.1-23)
- KAYA, Cemil, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusunda Danıştay'ın Yaklaşımı (İYUK Madde 28 Üzerine Bir İnceleme), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013
- KELEŞ, Ruşen, Kentbilim İlkeleri, Sosyal Bilimler Derneği Yayınları, Ankara, 1976
- KELEŞ, Ruşen, 100 Soruda Türkiye'de Kentleşme, Konut ve Gecekondu, Cem Yayınevi, İstanbul, 2015
- KELEŞ, Ruşen, Kentleşme Politikası, İmge Kitabevi, Ankara, 2016
- KELEŞ, Ruşen/MENGİ, Ayşegül, Kent Hukuku, İmge Kitabevi, İstanbul, 2017
- KUYUCU, Tuna/ÜNSAL, Özlem, "Neoliberal Kent Rejimiyle Mücadele: Başibüyük ve Tarlabası'nda Kentsel Dönüşüm ve Direniş", İstanbul Nereye? Küresel Kent, Kültür, Avrupa (Ed. GÖKTÜRK, Deniz/ SOYSAL, Levent/TÜRELİ, İpek), Metis Yayınları, İstanbul, 2011, (ss.85- 106)
- MALBELEĞİ, Nida, "Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin İdari Uyuşmazlıkların Yargısal Denetimi (Usul)", Kentsel Dönüşüm Hukuku (Ed. YASİN, Melikşah/ŞAHİN, Cenk), İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, İstanbul, 2013, (ss.205-228)
- ÖRÜCÜ, Esin, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976
- ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004
- ÖZDEN, Pelin Pınar, "Kentsel Yenileme Uygulamalarında Yerel Yönetimlerin Rolü Üzerine Düşünceler ve İstanbul Örneği", İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı:23-24 (Ekim 2000-Mart 2001), (ss.255-270)

- ÖZDEN, Pelin Pınar, Kentsel Yenileme Yasal-Yönetmelik Boyut Planlama ve Uygulama, İmge Kitabevi, Ankara, 2016
- ŞAHİN, Cenk, "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'a Yönelik Bazı Eleştiriler", Kentsel Dönüşüm Hukuku (Ed. YASİN, Melikşah/ŞAHİN, Cenk), İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, İstanbul, 2013, (ss.49-70)
- ŞAHİN, Çiğdem, "Neoliberal Kent Politikaları Gereği "Kentsel Yenileme" Adı Altında Yok Edilen Tarih ve Bu Bağlamda Fener-Balar-Ayvansaray Sürecinin Değerlendirilmesi", Neoliberal Kent Politikaları ve Fener-Balat-Ayvansaray Bir Koruma Mücadelesinin Öyküsü, (Ed. AHUNBAY, Zeynep/DİNÇER, İclal/ŞAHİN, Çiğdem), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2016, (ss.81-132)
- ŞENTÜRK, Murat, "Yenilemeye Karşı Sihhileştirme: Fener-Balat-Ayvansaray'da Kentsel Müdahalelere Yaklaşımlar", Sosyoloji Dergisi, Dizi:3, Sayı:22, 2011, (ss.395-422)
- ŞİŞMANYAZICI, Begüm/YILDIZ TURGUT, Hülya, "Tarihî Kentsel Alanlarda "Toplumsal ve Mekânsal Yeniden Yapılanma": Fener ve Balat Örneği", Mimarlık Dergisi, Sayı:352, Mart-Nisan 2010, (ss.28-32)
- TANKUT, Gönül, "Doğal ve Tarihi Çevrenin Korunması: Sorunlar ve Olası Çözümler", Planlama Dergisi, Sayı:31, 2015, (ss.9-12)
- TÜRKÜN, Asuman/ÖKTEM UYSAL, Binnur/YAPICI, Mücella, "1980'ler Sonrasında İstanbul'da Kentsel Dönüşüm Mevzuatı, Söylem, Aktörler ve Dönüşümün Hedefindeki Alanlar", Mülk, Mahal, İnsan, (Ed. TÜRKÜN, Asuman), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, (ss.79-139)
- TÜRKÜN, Asuman, "İstanbul'un Tarihi Bölgelerinde Kentsel Dönüşüm: Tarlabası ve Fener-Balat-Ayvansaray Örnekleri", Neoliberal Kent Politikaları ve Fener-Balat-Ayvansaray Bir Koruma Mücadelesinin Öyküsü, (Ed. AHUNBAY, Zeynep/DİNÇER, İclal/ŞAHİN, Çiğdem), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2016, (ss.133-181)
- ÜNAL, Yücel, Türk Şehir Planlama ve İmar Mevzuatının Kentsel Dönüşüm ve Deprem Ağırıklığı İncelenmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008
- ÜSTÜN, Gül, Kentsel Dönüşüm Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014
- YASİN, Melikşah, "Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:60, 2005, (ss.105-137)
- YASİN, Melikşah, "Tarihi Mekanların Dönüştürülmesi Sürecinde Mahalli İdarelerin Rolü", Legal Hukuk Dergisi, Yıl:4, Sayı:45, 2006, (ss.2711-2720)
- YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2009
- YAYLA, Ahmet, "Fili veya Hukuki İmkansızlığın İdari İşleme Etkisi Üzerine Bir Deneme", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:17, Sayı.2, 2015, (ss.233-271)
- YEREBASMAZ, Yasin, "İdarenin Kentsel Dönüşüm Uygulamalarından Kaynaklanan Sorumluluğu", Kentsel Dönüşüm Hukuku (Ed. YASİN, Melikşah/ŞAHİN, Cenk), İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, İstanbul, 2013, (ss.249-260)
- YILDIRIM, Turan/ÜSTÜN, Gül, "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun Düzenlemesi ve Değerlendirilmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı:111-112, Kasım-Aralık 2013, (ss.259-266)
- YILMAZ, Nurcan, "Portakal Çiçeği Vadisi ve Dikmen Vadisi Kentsel Dönüşüm Projesi", Kentsel Dönüşüm Hukuku (Ed. YASİN, Melikşah/ŞAHİN, Cenk), İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, İstanbul, 2013, (ss.261-284)

## İNTERNET SİTELERİ

([www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0984.pdf](http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0984.pdf))

([www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com))

([www.danistay.gov.tr/upload/guncelkarar/22\\_10\\_2015\\_025822.pdf](http://www.danistay.gov.tr/upload/guncelkarar/22_10_2015_025822.pdf))

([emsal.danistay.uyap.gov.tr](http://emsal.danistay.uyap.gov.tr))

([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))



# Rekabet Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliğine İlişkin Hukuki ereve

Hakemli Makale

**Hilmi BOLATOĞLU**

LL.M. (Illinois), Rekabet Başuzmanı, Rekabet Kurumu, Bilkent Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi.

## İÇİNDEKİLER

I. Tahkime Elverişliliğe İlişkin Genel ereve.....	307
II. Türk Hukukundaki Düzenlemeler ve Bunların Yorumu.....	309
A. HMK ve MTK'da Yer Alan Düzenlemeler .....	309
B. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da (RKHK) Yer Alan Düzenlemeler .....	309
C. MTK ve HMK'da Yer Alan Ortak Hükümün Yorumlanması.....	310
1. Yasama Süreçleri.....	311
2. Hükümün Konuluş Amacı.....	313
3. Günümüz Koşul ve İhtiyaçları .....	315
D. Uluslararası Antlaşmalar ve UNCITRAL Model Kanunu .....	316
1. New York Sözleşmesi .....	317
2. Avrupa Sözleşmesi.....	318
3. UNCITRAL Model Kanunu .....	319
E. Alt Sonuç.....	319
III. Yargı Kararları .....	320
A. Münhasıran HUMK'un Uygulandığı Dönem.....	321
B. MTK'nın Yürürlüğu ile HMK'nın Yürürlüğu Arası Dönem .....	325
C. HMK'nın Yürürlüğe Girmesinden Sonraki Dönem .....	326
IV. Sonuç.....	328
Kaynakça .....	329

---

**ÖZET**

---

Günümüzde, büyük bir hızla genişleyen uluslararası ticarete ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümünde tarafsız ve etkin bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak görülen tahkim, ulusal yargı organlarına göre çok daha fazla tercih edilmektedir. Hızla büyüyen dünya ticareti rekabetçi ekonomileri öne çıkardığından, uluslararası ticaretten önemli bir pay almak isteyen ülkeler rekabet hukukuna büyük değer atfetmektedir. Gerek tahkim, gerek rekabet hukuku küreselleşen dünyada hızla gelişmekte olduğundan, uluslararası ticaret bakımından kaçınılmaz bir ortak oyun alanı ortaya çıkmıştır.

Bu çalışma, rekabet hukuku-tahkim hukuku ilişkisinde özellikle rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği noktasına odaklanmaktadır. İlk bölümde tahkime elverişlilik kavramının tanımlanmasına ilişkin genel hukuki çerçeve belirlenecektir. İkinci bölümde Türk hukukunda tahkime elverişliliği düzenleyen hukuki metinler ele alınarak rekabet uyuşmazlıkları açısından yorumlanacaktır. Üçüncü bölümde konuya ilişkin yargı kararları kronolojik sistematik içinde incelenecektir. Böylelikle, çalışmamızda karşılaştırmalı hukuktan da yararlanılarak Türkiye'de rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine ilişkin teorik ve pratik çerçeve ortaya konmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler**

Tahkim, Rekabet, Rekabet Hukuku, Tahkime Elverişlilik, Rekabet Uyuşmazlıkları, Uluslararası Ticaret,

---

**ABSTRACT**

---

**Legal Framework Concerning Arbitrability of Competition Disputes**

Today, arbitration is seen as a neutral and effective solution to disputes in the rapidly expanding international trade and is favored much more than national courts. As the fast-growing world trade brings competitive economies to forefront, the countries that want greater share from international trade attach greater value to the competition law. Since both the arbitration and the competition law are rapidly developing in the globalizing world, an inevitable common playground for international trade has emerged.

This study focuses particularly on the arbitrability of competition disputes, in correlation of competition law and arbitration law. In the first section, the general legal framework for defining the concept of arbitrability will be determined. In the second section, legal texts that regulate arbitrability in Turkish law will be examined and interpreted in terms of competition law. In the third section, judicial decisions regarding the subject will be examined chronologically. In this way, the theoretical and practical framework concerning the arbitrability of competition disputes in Turkey will be tried to be established in our work by utilising the comparative law.

**Keywords**

Arbitration, Competition, Competition Law, Arbitrability, Competition Disputes, International Trade

## I. Tahkime Elverişliliğe İlişkin Genel Çerçeve

Günümüzde, küreselleşme fenomeninin etkisi altında büyük bir ivme kazanan uluslararası ticarete ortaya çıkan ve ulusal sınırları aşar nitelik gösteren anlaşmazlıkların çözümünde ulusal yargı organlarına alternatif olarak tarafsız ve etkin bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak görülen tahkim yöntemi, uluslararası iş toplumunca giderek artan oranlarda benimsenmekte ve çoğunlukla ulusal yargı organlarına tercih edilmektedir.<sup>1</sup>

Gelişmiş liberal ekonomilerin öncülüğünde hızla büyüyen dünya ticaretinin rekabetçi ekonomileri öne çıkarması, uluslararası ticaretten önemli pay alan veyahut daha büyük pay isteyen ülkelerin rekabet hukuku ve politikasına büyük değer atfetmesine neden olmuştur. Gerek tahkim kurumunun, gerek rekabet hukukunun küreselleşen dünyada hızla gelişmekte olması, uluslararası ticaret bakımından kaçınılmaz bir ortak oyun alanı yaratmıştır.

Rekabet kurallarından doğan uyuşmazlıkların tahkim süreçlerinde hakemler tarafından etkin bir biçimde çözülebileceği düşüncesi günümüzde gelişmiş ve gelişmekte olan pek çok devlet hukukunda kabul edilmekte, ancak tahkime elverişliliğe kimin karar vereceği, tahkim sürecine yargı müdahalesinin ve hakem kararlarının yargısal denetiminin sınırları, hakemlerin rekabet kurallarını uygulama yetkisinin/yükümlülüğünün kapsamı gibi tartışmalı alanlara yaklaşım ülkeden ülkeye farklılıklar gösterebilmektedir.<sup>2</sup>

Türkiye’de, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun<sup>3</sup> (HMK) kabul edilmesinden önceki dönemde iç hukuktaki tahkime ilişkin düzenlemeler, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda<sup>4</sup> (HUMK) yer almakta idi. İç hukuktaki tahkimi düzenleyen mülga HUMK hükümleri ile uluslararası tahkimi düzenleyen 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu<sup>5</sup> (MTK) hükümleri arasında önemli farklılıklar vardır.<sup>6</sup>

Uluslararası ticaretin hızlı gelişimi ve bu alanda tahkimin yaygınlaşması ile birlikte uluslararası alanda yoğunlaşan uyumlaştırma çabalarını dikkate alan kanun koyucu HMK’daki hükümleri UNCITRAL Model Kanunu<sup>7</sup> ve bu model kanunu esas alan MTK ile uyumlu hale getirmiştir. Söz konusu uyumlaştırma çabası doğrultusunda HMK’da

1 Queen Mary University/White&Case, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration (2015 International Arbitration Survey), <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf> (Son Erişim: 18.03.2017)

2 WEIGAND, Frank-Bernd/BAUMANN, Antje: “Introduction”, **Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration**, (Weigand, Frank-Bernd, Ed.) Oxford University Press, Oxford, 2010, s.47-48; LEW, Julian, D.M.: “Competition Laws-Limits to Arbitrators’ Authority”, **Arbitrability: International & Comparative Perspectives** (Mistelis, Loukas A./Brekoulakis, Stavros L., Ed.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, s.260.

3 Resmi Gazete: 04.02.2011, 27836

4 Resmi Gazete: 02, 03, 04.07.1927, 622, 623, 624

5 Resmi Gazete: 05.07.2001, 24453

6 ÖZBAY, İbrahim/KORUCU, Yavuz: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.6; YEŞİLİRMAK, Ali: “Legal Framework”, **Arbitration in Turkey**, (Yeşilirmak, Ali/Esin, İsmail, G., Ed.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, s.3.

7 [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf) (Son Erişim: 27.08.2017)

tahkime ilişkin hükümler düzenlenirken, UNCITRAL Model Kanunu'nu büyük oranda Türk hukukuna adapte eden MTK'daki düzenlemeler esas alınmıştır.<sup>8</sup>

Tahkime elverişlilik konusunda çeşitli ülkelerin mevzuatlarında belirli bir gruptaki/nitelikteki konular için tahkime izin verilmesi ya da belirli konular bakımından tahkimin yasaklanması biçiminde iki tür temel yaklaşım bulunduğu, bazı ülkelerin ise ya bu konuda hiçbir tanımlama yapmadığı yahut belirsiz bir çerçeve çizdiği görülmektedir.<sup>9</sup>

Tahkime elverişliliğe ilişkin tutarlı ve belirgin bir hukuki çerçeve çizilememesinin nedeni yargısal içtihatların yetersizliği değil, tahkime elverişlilik kavramının uyumsuzluk kategorileri bazında ve yer yer tahkimin geliştirilmesi amacına yönelik istisnalar çerçevesinde ele alınmasıdır.<sup>10</sup> Bu yüzden tahkime elverişlilik kavramı ele alınırken tahkim uygulamasının muhtemel zayıflıkları ve kararların olası isabetsizliği penceresinden bakılmaksızın öncelikle uyumsuzluğun konusunun devlet yargısı dışında çözülmesinin kavramsal olarak mümkün olup olmadığı irdelenmelidir.<sup>11</sup>

Türk hukukunda ulusal ve uluslararası ticari tahkime ilişkin iki ayrı kanunda özel düzenlemeler bulunduğundan kanun koyucu tarafından düalist<sup>12</sup> bir model tercih edildiği görülmektedir.<sup>13</sup> Ne var ki, tahkime elverişlilik kavramını düzenleyen MTK'da ya da HMK'da söz konusu kavramı somutlaştırmaya yardım edecek herhangi bir tanım bulunmamaktadır.

Öğretide, tahkime elverişlilik kavramına ilişkin olarak "geçerli mevzuat uyarınca bir uyumsuzluğun usule uygun ve nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenebilmesi"<sup>14</sup>, "tarafaların aralarındaki uyumsuzlukları tahkime taşıma konusundaki irade özerkliğinin bittiği ve hassas kamusal çıkarların başladığı alan"<sup>15</sup>, "bir uyumsuzluğun tahkim yolu ile çözümlenip çözümlenemeyeceği"<sup>16</sup>, "hangi uyumsuzlukların tahkim yoluyla çözümlenebileceğini

8 ÖZBAY/KORUCU, 2016, s.21; YEŞİLIRMAK, 2015, s. 3.

9 WEIGAND/BAUMANN, 2010, s.44-45.

10 MORGAN, Edward, "Contract Theory and the Sources of Rights: An Approach to the Arbitrability Question", 60 *Southern California Law Review* 1059, (1987), (1059-1085), s.1062. Krş.: BALSSSEN, Cerrahoğlu, Eda/ KINIKOĞLU, Efe: "Drafting Arbitration Agreements and Arbitrability", *Arbitration in Turkey*, (Yeşilirmak, Ali/ Esin, İsmail, G., Edlr.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, s.45.

11 MORGAN, 1987, s.1067.

12 Monizm ve düalizm temel olarak bir hukuk sisteminde uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiyi tanımlayan kavramlardır. Monizm yaklaşımı, özellikle uluslararası hukukun iç hukuktan üstün olduğu anlayışıyla uluslararası hukuk ile iç hukuk arasında bir ayrım olmadığı, yargıçların dilediklerinde uluslararası hukuka dayanabilecekleri görüşünü kabul ederken, dualizm yaklaşımı uluslararası hukukla iç hukukun doğaları gereği ayrı oldukları anlayışıyla ulusal hukukta kabul/onay mekanizması çerçevesinde hüküm ifade edeceği görüşünü kabul etmektedir. Bkz.: STRONG, Stacie, I.: "Monism and Dualism in International Commercial Arbitration: Overcoming Barriers to Consistent Application of Principles of Public International Law", *University of Missouri Legal Studies Research Paper Series*, No. 2012-39, <http://ssrn.com/abstract=2189905> s.3.

13 AKINCI, Ziya: *Arbitration Law of Turkey: Practice and Procedure*, Juris, 2011, s.15; BALSSSEN/KINIKOĞLU, 2015, s.37.

14 BALSSSEN/KINIKOĞLU, 2015, s.43.

15 ÖZBAY/KORUCU, 2016, s.7.

16 AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.196; HUYSAL, Burak; *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2010, s.12.

hangilerinin tahkime tabi olmadığını belirleyen bir kavram"<sup>17</sup> biçiminde çeşitli tanımlar verilmektedir.

Yukarıdaki tanımların ortak unsurları uyumsuzluk taraflarının bir uyumsuzluk çözüm yöntemi olarak tahkime ilişkin ortak iradeleri ve bu iradeyi sınırlayan kamu düzeni müdahalesidir.<sup>18</sup> Bu çerçevede tahkime elverişlilik, uyumsuzlukların çözümünü devlet yargısından tahkim yargısına taşımaya yönelik sözleşme özgürlüğünün kamu düzeni kurallarıyla sınırlanması olarak nitelendirilebilir.

## II. Türk Hukukundaki Düzenlemeler ve Bunların Yorumu

### A. HMK ve MTK'da Yer Alan Düzenlemeler

HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri, ilgili tahkim anlaşmasında tahkim yeri Türkiye olarak belirlenen ve MTK'ya tabi olmayı gerektirecek bir yabancılık unsuru barındırmayan uyumsuzluklarda uygulanır.<sup>19</sup>

HMK'nın 408. maddesinde, "Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyumsuzluklar tahkime elverişli değildir." hükmü yer almaktadır. Bu çerçevede, yabancılık unsuru barındırmaması nedeniyle iç hukuka tabi bulunan uyumsuzluklarda, taşınmazlara ilişkin aynı haklar ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları konulara müteallik haklar tahkim konusu yapılamayacaktır. Benzer biçimde MTK'nın 1. maddesinde yer alan "Bu Kanun, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyumsuzluklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyumsuzluklarda uygulanmaz" hükmü uluslararası nitelikteki uyumsuzluklar açısından tahkime elverişliliğin sınırlarını çizmektedir. Anılan her iki hükümde de rekabet hukuku uyumsuzluklarına ilişkin olarak açık bir yasaklama sözü konusu olmadığından rekabet hukukundan kaynaklanan uyumsuzlukların ilgili taraflarca üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri bir nitelik taşıyıp taşımadığı hususu tartışılarak bir sonuca ulaşılması gerekir.

HMK ve MTK'da yer alan "iki tarafın iradelerine tabi olmayan" ifadesi lafzen yeterince açık görünmekle birlikte irade özerkliği ilkesinin sınırlarının belirlenmesi ve bu ilkenin rekabet kurallarını ilgilendiren uyumsuzluklarda da geçerli olup olmayacağının tespiti, anılan ifadenin doğru bir biçimde yorumlanmasıyla mümkün olacaktır.<sup>20</sup>

### B. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da (RKHK) Yer Alan Düzenlemeler

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da<sup>21</sup> (RKHK) tahkim yargılamasına yönelik doğrudan doğruya yapılmış bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, RKHK'nın tazminat hakkını düzenleyen 57. maddesinde tazminat taleplerinin münhasıran adli mahkemelerde karara bağlanacağına ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır.

17 ÖZEL, Sibel: Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal, İstanbul, 2008, s.38.

18 WEIGAND/BAUMANN, 2010, s.44. Krş.: HUYSAL, 2010, s.13.

19 ÖZBAY/KORUCU, 2016, s.5; AKINCI, 2011, s.15.

20 ULUÇ, Didem: **Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları**, Rekabet Kurumu, Ankara, 2012, s. 47.

21 Resmi Gazete: 13.12.1994, 22140

RKHK'nın 58(2) maddesinde zararın üç katı tazminata "hakimin" karar verebileceği, 59. maddede ise zarar görenlerin kanıtları yargı organlarına sunabilecekleri ifade edildiğinden rekabet ihlalinin de mahkemelerce tespit edileceği açıktır.<sup>22</sup> Zararın üç katı tazminat yaptırımına ilişkin bu tercihin kanun koyucunun bilinçli bir münhasır yetki düzenlemesi iradesinin sonucu olduğunun kabul edilmesi gerekir. Buradan hareketle, tazminat istemlerinin yalnızca zararın üç katı tazminat talebinin söz konusu olduğu davalar bakımından münhasıran adli yargıda çözüleceğinin söylenmesi mümkündür.<sup>23</sup> Bu hükmün zıt anlamından çıkan sonuç ise diğer tazminat taleplerinin tahkimde çözümlenmesinin önünde RKHK bakımından bir engel bulunmadığıdır.

Öğretide RKHK'nın 5. maddesinde yer alan muafiyet düzenlemesi bağlamında Rekabet Kurumuna rekabet ihlallerinin tespitinde münhasır yetki verilmiş olduğu kabul edilerek bu durumun tahkime elverişlilik engeli oluşturduğu ileri sürülmektedir.<sup>24</sup> Bu noktada pozitif hukuk açısından ikili bir ayırım yapılmalıdır.<sup>25</sup> Kanımızca rekabet ihlallerinden kaynaklanan idari cezai yaptırımlar bakımından Rekabet Kurumunun münhasır yetkili olduğu açık ise de, rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat veyahut iade talepleri konusunda Rekabet Kurumunun münhasır yetkisinden söz edilmesi mümkün değildir.<sup>26</sup> Nitekim 56. maddedeki geçersizlik ve 57. maddedeki tazminat hakkı düzenlemeleri yapılmamış olsa idi dahi tazminat taleplerine ilişkin olarak Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinden hareket edilmesi mümkün olurdu.<sup>27</sup>

### C. MTK ve HMK'da Yer Alan Ortak Hükmün Yorumlanması

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun<sup>28</sup> 1. maddesinde Kanun'un sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanacağı belirtildiğinden yorumu yapacak olan kimse bakımından öncelikle Kanun'un sözel anlamı bağlayıcı ve öncelikli olmakla birlikte özünden/ruhundan bağımsız bir biçimde yorum yapılması mümkün değildir.<sup>29</sup> Dilbilgisi ve gramer yönünden ulaşılan sözel anlam kanunun özüyle bağdaşmıyor ise kanunun ruhuna en uygun olan anlam tercih edilecek, şayet çıkarılan anlam kanunun özüyle bağdaşmıyor ise bu durumda bir örtülü/gizli kanun boşluğundan söz etmek gerekecektir.<sup>30</sup> Buradaki

22 GÜRZUMAR, Osman Berat: "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi", **Rekabet Dergisi**, S. 12, (2002), s. 41.

23 GÜÇER, Sülün: "Tahkim Yargılamasında Gündeme Gelen Rekabet Hukuku Uyuşmazlıkları", **BATİDER**, C.25, (2009), s. 220.

24 ÖZEL, 2008, s. 43; HUYSAL, 2010, s. 259.

25 GÜÇER, 2009, s. 219-220.

26 İNAN, Nurkut: "Rekabet Hukuku Uygulamasında Adli Mahkemelerin Rolü", **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, 2002, s. 615.

27 AKSOY, M. Nazlı: **Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları**, Rekabet Kurumu, Ankara, 2002, s.45

28 Resmi Gazete: 08.12.2001, 24607.

29 OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami: **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.69-70. Kanunların yorumlanmasına ilişkin özel hukuk ilkeleri kamu hukuku kuralları için de geçerlidir. Bkz.: OĞUZMAN/BARLAS, 2011, s.71, dn.59b.

30 OĞUZMAN/BARLAS, 2011, s.70.

boşluk, görünürde bir kanun hükmü olmasına rağmen, kanunun amacı ve negatif eşitlik (eşit olmayana eşit işlem yapılmaması) ilkesi uyarınca hükmün anlamı muğlak bırakılmayarak belirgin çizgilerle düzenlenmesi gerekirken bunun yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan boşluktur.<sup>31</sup>

HMK ve MTK'da yer alan söz konusu hüküm, yasaklayıcı/sınırlayıcı niteliği haiz olması itibarıyla dar yorumlanması gereken hükümlerdendir.<sup>32</sup> Sınırlama, yasaklama getiren veya normal düzenden ayrılarak istisna öngören kanun hükümlerinin uygulama alanının yorum yoluyla genişletilemeyeceği bir temel hukuk kuralı<sup>33</sup> olarak görüldüğünden irade özerkliği ilkesine istisna getiren "iki tarafın iradelerine tabi olmayan" ifadesinin de dar yorumlanması gerekecektir.<sup>34</sup>

Sonuç olarak, Türk hukukunda irade özerkliği ilkesine istisna getiren bu düzenlemenin hangi olgular bakımından tahkime elverişliliğe engel teşkil ettiği sorusuna, yapılacak yorumda kanunun özünün/ruhunun aranması ve kıyasa imkan verilmeden en az sayıda olaya uygulanması gereklilikleri çerçevesinde yanıt aranmalıdır.

Diğer yandan, kanunun bir hükmü yorumlanırken ilgili norm bağımsız olarak değil kanunun genel sistematiği dikkate alınarak mantıksal ilişki ve anlam bütünlüğü içinde bir değerlendirme yapılmalıdır.<sup>35</sup> Zira tüm hukuki kurumlar içsel bir bağlamda "hukuk düzeninin birliği" olarak da adlandırılan bir bütünlüğün parçası durumundadır.<sup>36</sup> Bu çerçevede, HMK ve MTK'da yer alan tahkime elverişlilik hükmünün sözel anlamını tamamlayan "ruhunun" ortaya çıkarılmasında kanunların yasama süreçlerine, hükmün konuluş amacına (ratio legis) ve yorumun yapıldığı zamana ilişkin koşul ve ihtiyaçlara bakılması uygun olacaktır.<sup>37</sup>

## 1. Yasama Süreçleri

Her iki temel yasanın yasama süreçleri incelendiğinde, yasa koyucunun iradesinin tahkimin etkin bir biçimde işletilmesinden yana olduğu, uluslararası metinler ve güncel

31 KIRCA, Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", **AÜHFD**, 50(1), 2001, (91-119), s.97. KIRCA'ya göre örtülü boşluğun söz konusu olduğu durumlarda *kanunun lafzı çok geniş olup, tüm daraltıcı yorum çabalarına rağmen, somut olayın istisnai özelliklerine uymamakta, adalete aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Bu durumda boşluk görünürde bir kanun hükmü olmasına rağmen, kanunun amacı ve negatif eşitlik ilkesi esas alındığında düzenlenmesi gereken bir nokta olarak ortaya çıkan, bir sınırlama eksikliğinden doğan boşluktur.*

32 YONGALIK, Aynur: İstisnalar Dar Yorumların Kuralı ve Değerlendirilmesi, **AÜHFD**, 60(1), 2011 (1-15), s.3, dar yorumlama ilkesini şu şekilde özetlemektedir: *Latince "singularia non sunt extenda" olarak ifade edilen ve genellikle "istisnalar geniş yorumlanamaz" şeklinde Türkçeye çevrilen ve Türk hukukunda genellikle "istisnalar dar yorumlanır" şeklinde kullanılan bu kuralın çok eski olduğu ve tarihsel açıdan Roma hukukundan kaynaklandığı görülmektedir.*

33 OĞUZMAN/BARLAS, 2011, s.71. Dar yorumdan; *kuralın mümkün olduğunca az sayıda olaya uygulanmasını, kıyasen, yani benzeterek uygulamanın kabul edilmemesini* anlamak gerekir. Bkz.: YONGALIK, 2011, s.9.

34 BALSSSEN/KINIKOĞLU, 2015, s.44.

35 OĞUZMAN/BARLAS, 2011, s.72.

36 HEPER, Altan: "Almanya'da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler", **Ankara Barosu Dergisi**, C.70 S.1, 2012 (71-85), s.77.

37 OĞUZMAN/BARLAS, 2011, s.72-75.

gelişmelerin yasa koyucu tarafından öncelikli referans olarak kabul edildiği, milli-milletlerarası tahkim hükümleri arasındaki farklılıkların önlenmek istendiği görölmektedir.

MTK'nın genel gerekçesinde küreselleşen dünya ticaret ve yatırım ortamının tahkim uluslararası alanda en cazip ve vazgeçilmez bir uyuşmazlık çözüm yolu haline getirdiği ifade edilmiş, taraf olunan uluslararası antlaşmalara rağmen Türk hukukunda eksik bulunan düzenleme ihtiyacının UNCITRAL Model Kanunu ışığında "karşılaştırmalı uluslararası tahkim hukukundaki çağdaş anlayış, gelişme ve ilkeler esas alınarak" giderilmesinin hedeflendiği vurgulanmıştır.<sup>38</sup>

Benzer biçimde, HMK'nın genel gerekçesinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

Tahkim, ülkemizde ilk kabul edildiği tarih olan 1856 yılından bu yana etkin olarak kullanılamamaktadır. Tahkim kurumunu etkin kılmak için, yani özü var olan tahkim kültürünü ülkemizde geliştirmek amacıyla yapılması gereken ilk iş şüphesiz iç tahkim yani millî tahkime ilişkin usul ve esasları düzenleyen hükümleri, günümüz tahkim yaklaşımına uygun hâle getirmektir.<sup>39</sup>

MTK tasarısının Komisyon raporları ve Genel Kurul müzakerelerinde 1. maddedeki tahkime elverişliliğe ilişkin bir tartışmaya rastlanmamaktadır. HMK tasarısında da benzer şekilde bu konu üzerinde bir tartışma bulunmamakta ve fakat mülga HUMK'un 518. maddesi ile hukukumuzda girdikten sonra MTK'ya da alınan düzenlemenin aynen korunduğu ifade edilmektedir.<sup>40</sup> MTK, UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun ilgili hükümleri dikkate alınarak hazırlanmıştır.<sup>41</sup> Ancak, UNCITRAL Model Kanunu tahkime elverişlilik konusunda sessizdir.<sup>42</sup>

Bu çerçevede, tahkime elverişlilik konusunda iki tarafın iradelerine tabi olma kavramını hukukumuzda dahil etmiş bulunan mülga HUMK'a mehzaz oluşturan İsviçre Neuchatel Kanton hukukundan ortak Concordat'a<sup>43</sup> ve oradan da modern İsviçre Medeni Usul Kanunu'na<sup>44</sup> (ZPO) alınan "tarafaların üzerinde özgürce tasarrufta bulunabilecekleri uyuşmazlıklar" ölçütüne verilen anlam çerçevesinde hükmün konuluş amacına bakılmalıdır.

38 MTK Tasarısı, <http://www.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0874.pdf> (Son Erişim:12.09.2017), s.1.

39 HMK Tasarısı, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf> (Son Erişim: 12.09.2017) s.9. HMK Tasarısının genel gerekçesinde ayrıca, 21.06.2001 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilirken iç hukuktaki tahkim kuralları ile Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun bir arada değerlendirilmemesi nedeniyle UNCITRAL Model Kanunu hükümlerinin mülga HUMK kapsamına alınmadığı, bu suretle birbirinden farklı tahkim hükümlerinin uygulanmaya başlandığı, bu esnada Almanya, Hollanda ve İtalya'da tahkim kurallarının millî ve milletlerarası tahkim arasında bir ayırım yapılmaksızın tek bir kanun içinde düzenlenerek tekdüze tahkim hukuku oluşturulduğu vurgulanmaktadır.

40 HMK Tasarısı, s. 119.

41 AKINCI, 2013, s.56.

42 FOUCHARD Philippe/GAILLARD, Emmanuel/GOLDMAN, Berthold (Gaillard, Emmanuel/Savage, John, Ed.) **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**, KluwerLaw International, 1999, s.338.

43 Inter-Cantonal Concordat on Arbitration of 27 March 1969 (Konkordat vom 27 März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit)

44 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19 Dezember 2008.



## 2. Hükmün Konuluş Amacı

Hükmün konuluş amacının genel gerekçe ve madde gerekçesinden çıkarılması mümkündür. HMK'nın genel gerekçesinde; "dünyada pek çok ülkenin milletlerarası ve millî tahkim için esas aldığı UNCITRAL Tahkim kuralları"nın Türk hukuku bakımından da benimsendiği ifade edilmekte, bu şekilde irade özerkliği kavramının uluslararası ölçütlere uygun yorumlanması gerekliliğine işaret edilmektedir.<sup>45</sup> Gerçekten de, MTK'nın hazırlık çalışmalarının milletlerarası tahkimin çağdaş gereksinimlerine cevap verecek bir düzenleme ihtiyacından doğduğu, söz konusu Kanun'un amaçlarından birinin Türkiye'yi bir tahkim merkezi yapmak olduğu belirtilmektedir.<sup>46</sup>

HMK'nın 408. maddesinin madde gerekçesinde tarafların iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklar konusundaki tahkim yasağının hukukumuzda mülga 1086 sayılı HUMK'un 518 inci maddesi ile girdiği ve MTK'nın 1. maddesine alındığı, bu yüzden HMK'da da korunduğu ifade edilmektedir.<sup>47</sup> Mülga HUMK'un 518. maddesi çerçevesinde iki tarafın iradelerine tabi olan hususların, tarafların sulh ve ibra yapabilecekleri konular olduğu genellikle yazarlarca kabul edilmektedir.<sup>48</sup>

Mülga HUMK'da yer almayan ancak HMK'nın 313. maddesinde yasal düzenlemeye kavuşan sulh, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir.<sup>49</sup> İbra ise alacaklı ile borçlunun borçluyu ifa olmaksızın borçtan kurtarmak üzere yaptıkları bir sözleşmedir.<sup>50</sup> Türk hukukunda sulh ve ibraya konu olabilecek uyuşmazlık türlerinin belirli ve sınırlandırıcı bir listesi bulunmamaktadır.<sup>51</sup> Yazında ve yargı kararlarında aile hukukundan kaynaklanan evliliğin iptali, nesebin reddi, babalık, boşanma gibi uyuşmazlıklarda, çekişmesiz yargı işlerinde ve cumhuriyet savcısının yer aldığı dava ve işlerde irade özerkliği geçerli olmayacağından tahkime gidilemeyeceği benimsenmektedir.<sup>52</sup>

Mülga HUMK'a mehz oluşturulan İsviçre kanton hukukunun bütünleşmiş formunu teşkil eden Concordat'a bakıldığında, taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklar ve tarafların iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklara ilişkin tahkim yasağının bulunduğu ve bu yasağın mülga HUMK vasıtasıyla MTK ve HMK'ya aynen alınmış olduğu görülmektedir.

İsviçre'de, Mülga HUMK'a mehz teşkil eden Neuchatel Kantonu Usul Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümlerini ilga eden 1969 tarihli Concordat, 2011'de yürürlüğe giren

45 HMK Tasarısı, s.9

46 AKINCI, 2013, s. 56.

47 HMK Tasarısı, s. 119.

48 ÖZEL, 2008, s.53; BALSSSEN/KINIKOĞLU, 2015, s.45; ÖZBAY/KORUCU, 2016, s.9-10.

49 AKİL, Cenk: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi", **GÜHFD**, C. 16, S.4, 2012, (1-18), s. 2.

50 OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: **Borçlar Hukuku** (1. Cilt), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.544.

51 BALSSSEN/KINIKOĞLU, 2015, s. 45.

52 AKINCI, 2011, s. 39; ÖZBAY/KORUCU, 2016, s.10; AKINCI, 2013, s.77-91; SARITAŞ, Hatice; "4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları", **Sayıştay Dergisi**, S. 59, 2005, (141-157), s. 145. Krş.: BUCHER, Andreas/TSCHANZ, Pierre-Yves: **International Arbitration in Switzerland**, Helbing & Lichtenhahn, 1989, s. 43.

tarihli modern ZPO tarafından yürürlükten kaldırılmış ise de “tarafaların üzerinde özgürce tasarrufta bulunabilecekleri uyuşmazlıkların tahkime konu olabileceği”<sup>53</sup> şeklindeki düzenleme İsviçre iç hukukundaki tahkim bakımından aynen korunmuştur. Uluslararası niteliği bulunan uyuşmazlıklarda ise İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun<sup>54</sup> (IPRG) 177. maddesi uyarınca parasal/finansal çıkarları ilgilendiren hususların tahkime elverişli olduğu hükme bağlanmıştır. Türkiye, İsviçre örneğinde olduğu gibi ikili (ulusal-uluslararası) tahkim sistemine sahip olmasına rağmen her iki tahkim türü için de kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını gerektiren “tarafaların özgür iradesine tabi olma” testini kabul etmiştir.

Concordat’ın modern tahkim uygulamalarına engel teşkil eden hükümlerini yürürlükten kaldıran ZPO, “irade özerkliği” ilkesinin üstünlüğünü kabul eden ve tahkim süreçlerine esneklik sağlayan liberal bir karaktere sahiptir.<sup>55</sup> İsviçre iç hukukundaki tahkime elverişlilik bağlamında tarafların özgürce tasarruf edebilecekleri haklar; hak sahibinin tam yetki ve kontrolü elinde bulundurduğu, özellikle de sulh yoluyla kısmen yahut tamamen feragat edebildiği haklardır.<sup>56</sup>

Bu hakların neler olduğu konusunda Türk hukukunda ve İsviçre hukukunda farklı yaklaşımlar söz konusudur. Örneğin, Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi<sup>57</sup> gayrimenkul kiralarının tahkime elverişli olmadığı konusunda aynı fikirdedir. Ancak icra-iflas hukukundaki uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğine ilişkin Yargıtay<sup>58</sup> çelişkili kararlar vermiş iken Federal Mahkeme<sup>59</sup> konuya olumlu yaklaşmaktadır.

İsviçre hukukunda istikrarlı Federal Yüksek Mahkeme kararları incelendiğinde rekabet kurallarından doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli kabul edildiği, hatta rekabet kurallarının kamu düzenine ilişkin kurallardan sayılmadığı görülmektedir.<sup>60</sup> Bununla birlikte Federal Mahkeme, AB veyahut diğer ülke rekabet kurallarına aykırılık iddiasının hakemlerce incelenmesinin zorunlu olduğu ancak bu incelemenin içeriği kamu düzenini ilgilendirmedeğinden kendilerince kontrol edilmeyeceğini belirtmiştir.<sup>61</sup>

53 ZPO’nun, 354. maddesinin Almanca metni “*Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann jeder Anspruch sein, über den die Parteien frei verfügen können*” biçimindedir.

54 *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht*

55 JERMINI, Cesare/BERNARDONI, Nicola, “Domestic Arbitration under the New Swiss Code of Civil Procedure”, **Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide**, (Arroyo, Manuel, Ed.) Kluwer Law International, 2013, (17-23), s.17.

56 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle/ RIGOZZI, Antonio: **International Arbitration: Law and Practice in Switzerland**, Oxford University Press, Oxford, 2015, s.100; POUURET, Jean-François/BESSION, Sébastien: **Comparative Law of International Arbitration**, Sweet & Maxwell, London, 2007, s.289.

57 İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 141 III 201 (2015).

58 YILMAZ, Ejder: “*Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı*”, *DEÜHFD*, C. 16, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, 2014, (531-554), s.542-543.

59 POUURET/BESSION, 2007, s.307.

60 kz.: İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 118 II 193 (1992) <http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE-118-II-193&lang=de>. Ayrıca, Federal Mahkemenin yayımlanmamış kararı: 4P.119/1998, ASA Bulletin 1999, 529.

61 İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 132 III 389 (2006) <http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=132-III-389> (Son Erişim: 03.09.2017)

İsviçre Hukuku ile sıkı etkileşim içinde bulunan Kıta Avrupası Hukuku (Civil/ Continental Law) ülkelerinden Fransa ve Almanya'da da tahkime elverişliliğe ilişkin benzer bir yaklaşım vardır. İsviçre iç tahkim hukukunda olduğu gibi " tarafların özgürce tasarruf edebilecekleri haklar" testini benimseyen Fransa'da da rekabet hukukuna ilişkin uyumsuzlukların tahkime elverişli kabul edildiği, AB rekabet kurallarının resen uygulanmamış olmasının iptal nedeni sayılmadığı vurgulanmalıdır.<sup>62</sup> Diğer yandan, Alman Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 1030. maddesinde düzenlenen "finansal çıkar" ölçütüne uymayan konular için ikincil olarak yer verilen " tarafların özgürce tasarruf edebilecekleri haklar" ölçütünün konduğu konuluş amacının boşanma, aile içi ilişkiler, erişkinlerin vesayet altına alınmasına ilişkin durumlar gibi özellikle hassasiyet arz eden konulardaki özel çıkarların tahkim dışında tutulması olduğu belirtilmektedir.<sup>63</sup> Bu bağlamda Alman hukukunda da rekabet uyumsuzluklarının tahkime elverişli olduğu kabul edilmektedir.<sup>64</sup>

Sonuç olarak, hükmün amaçsal yorumu çerçevesinde MTK ve HMK'da yer verilen " tarafların özgürce tasarruf edebilecekleri haklar" ölçütünün Türk hukukunda rekabet uyumsuzlukları bakımından mehzadan farklı bir statü yarattığını düşünmek için bir neden yoktur. RKHK'nın ihlali gerekçesiyle aynı Kanun'un 57 ve 58. maddelerine dayanılarak ileri sürülecek tazminat taleplerinin haksız fiile dayalı tazminat talebi niteliğinde olması karşısında tahkime elverişli olduğunun söylenmesi mümkündür.

### 3. Günümüz Koşul ve İhtiyaçları

Günümüz koşul ve ihtiyaçlarının doğru değerlendirilebilmesi için kanun metinlerine anlam yüklenirken uluslararası düzenlemeler ve uluslararası tahkim hukukundaki gelişmeler dikkate alınmalıdır. Bu konuda küresel ölçekteki eğilime bakıldığında, ulusal ve ulusüstü mahkemelerin içtihatlarıyla tahkim kurumuna olan desteğin yaygınlaştığı, kamu düzeni kaygılarının önemini yitirmesiyle bundan kaynaklanan istisnaların gide-rek azaldığı ve rekabet kurallarının tahkime elverişliliğinin yaygın biçimde kabul edildiği görülmektedir.<sup>65</sup>

62 POUURET/BESSION, 2007, s. 301.

63 BARON, Patrick M./LINIGER, Stefan: "A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany", **Arbitration International**, C.19, S.1, 2003, (27-54), s. 37.

64 BARON/LINIGER, 2003, s. 38.

65 BORN, Gary: **International Arbitration**, Aspen Publishers, New York, 2011, s. 430; DI BROZOLO, Luca G. Radicati: "Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators", **OECD, Competition Committee, Working Party N. 3**, Arbitration and Competition DAF/COMP(2010)40, 2011, s.31-50 <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf> (Son Erişim: 08.05.2017), s. 32; LEW, Julian D. M./MISTELIS, Loukas A./KRÖLL, Stefan: **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003, s. 260; REDFERN, Alan/HUNTER, Martin/BLACKABY, Nigel/PARTASIDES, Constantine: **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, Sweet & Maxwell, London, 2005, s.140; LANDI, Niccolò/ROGERS, Catherine A.: "Arbitration of Antitrust Claims in the United States and Europe" **Bocconi Legal Studies Research Paper No. 07-01**, Corcorrenza e Mercato, 2007. <https://ssrn.com/abstract=962334> (Son erişim:06.03.2017), s.8; WEIGAND/BAUMANN, 2010, s.47-48.

Özellikle Amerikan Yüksek Mahkemesinin uluslararası alanda yankı bulan Mitsubishi<sup>66</sup> kararının da etkisiyle<sup>67</sup> tüm gelişmiş ülkelerde rekabet uyumsuzluklarının tahkime elverişliliği üzerindeki tereddütler giderek ortadan kalkmıştır.<sup>68</sup>

Modern tahkim kanunlarının ve uygulamalarının günümüzde gelmiş olduğu noktada yargı kararları ve yazında tartışmalar rekabet uyumsuzluklarının tahkime elverişli olup olmadığı üzerinde değil hakemlerce doğrudan doğruya uygulanması gerekliliği ve hakem kararlarının yargısal denetimi üzerinde yoğunlaşmaktadır.<sup>69</sup> Avrupa Birliği bakımından da Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın EcoSwiss<sup>70</sup> kararıyla rekabet uyumsuzluklarının tahkime elverişliliği kabul edildiği gibi hakemlerin AB rekabet kurallarını resen uygulamakla yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır. AB rekabet kurallarının tahkim kurullarınca resen uygulanması gerektiği hususu öğretide de desteklenmektedir.<sup>71</sup>

#### D. Uluslararası Antlaşmalar ve UNCITRAL Model Kanunu

Anayasanın 90(5). maddesi uyarınca Türkiye tarafından "usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir." Ayrıca kanunlardan farklı olarak milletlerarası antlaşmaların Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılamaz. Bu anayasal düzenlemeler nedeniyle Türkiye'nin taraf olduğu New York ve Avrupa Sözleşmeleri Türk hukukunun bir parçası durumunda olduğu gibi herhangi bir tereddüt ortaya çıktığında kanunlar ihtilafı kurallarını düzenleyen 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu<sup>72</sup> (MÖHUK) çerçevesinde öncelikli olarak uygulanacaktır.<sup>73</sup>

Nitekim Yargıtaya göre de, "milletlerarası antlaşmalar kanun hükmünde olduğundan düzenledikleri alan içinde özel hüküm niteliğinde sayılacağından...yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi konusunda New York sözleşmesinin uygulanması gerekmektedir".<sup>74</sup>

66 *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985).

67 Genel olarak bkz.: FOX, William F.: "Mitsubishi v. Soler and its Impact on International Commercial Arbitration" 19 J. World Trade L. 579, 591 (1985).

68 LIEBSCHER, Christoph: *Arbitration of Antitrust Disputes, Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (Gaillard, Emmanuel/Di Pietro, Domenico, Edlr.), Cameron May, London, 2008, (522-549), s. 527.

69 REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, 2005, s.141; LIEBSCHER, s. 530; GHARAVI, Hamid G.: "The Proper Scope of Arbitration in European Community Competition Law", 11 *Tul. Eur. & Civ. L.F.* 185 (1996), s.198; ÖZEL, 2008, s.40; LEW, 2009, s.260.

70 *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, C-126/97, ECR 1999 I-03055.

71 REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, 2005, s.141; HRLE, Jelena, **International Arbitration and Competition Law** (Yüksek Lisans Tezi), Institute of Comparative Law, Faculty of Law, McGill University, 1999, s.130.

72 Resmi Gazete: 12.12.2007, 26728.

73 AKINCI, 2013, s. 320-321. "Uygulanması MÖHUK'nun 1. maddesinin 2. fıkrası ile saklı tutulan New-York sözleşmesi Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre, kanun hükmünde olup, derdest davalara uygulanmalıdır." Yargıtay HGK, 15.04.1998, E:1998/19-256 K:1998/279

74 Yargıtay HGK, 05.05.1999, E:1999/15-235 K:1999/273

Gerek sistematik ve gerekse esas açısından bakıldığında MTK ve HMK'nın düzenlenmesinde UNCITRAL Model Kanunu'nun esas alındığı, 2011'de yürürlüğe giren HMK'nın MTK'ya göre daha güncel ve tahkimi destekleyen düzenlemeler içerdiği görülmektedir.<sup>75</sup> Bu bağlamda, tahkime elverişli iş ya da uyuşmazlıkların neler olduğu, rekabet uyuşmazlıklarının bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda mehz UNCITRAL Model Kanunu ışığında Türkiye'nin usulünce kabul ederek yürürlüğe koyduğu uluslararası antlaşmalar olan New York Sözleşmesi<sup>76</sup> ve Avrupa Sözleşmesine<sup>77</sup> bakılmalıdır.

## 1. New York Sözleşmesi

Tahkime elverişlilik kavramı, hakem kararı sonrasında bu kararların tanınması ve tenfizine engel oluşturan unsurlar arasında madde V(2)(a)'da sayılmıştır.<sup>78</sup> Buna göre, tanıma veya tenfiz talebini inceleyen ilgili devlet mahkemesi, uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olup olmadığını kendi hukukuna (lex fori) göre inceleyip karara bağlayacaktır.<sup>79</sup> Ancak anılan maddede tahkime elverişliliğin belirlenmesine ilişkin herhangi somut bir düzenleme bulunmamaktadır.

New York Sözleşmesinin II. maddesinde ise tahkime konu uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması hali hakem kararı öncesinde adli mahkemede açılan davalarda yapılan tahkim itirazına bağlı olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğine ve dolayısıyla mahkemelerin yetkisine yönelik karar verecek olan adli mahkemeler bakımından emredici bir kural olarak düzenlenmiştir.<sup>80</sup> Bu anlamda New York Sözleşmesinin II(1) maddesinde taraf devletlere tahkime elverişli bir konuyla ilgili tahkim anlaşmalarının tanınmasına yönelik bir zorunluluk getirilmekte,<sup>81</sup> madde II(2)'de tahkim anlaşmasının yazılı olma şartına değinildikten sonra madde II(3)'de tahkim anlaşması geçersiz, etkisiz veyahut uygulanamaz olmadıkça adli mahkemelerin yetkisizlik kararı vererek uyuşmazlığı tahkime göndermesi öngörülmektedir.<sup>82</sup>

75 ÖZBAY/KORUCU, 2016, s.21;

76 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, (New York, 1958). New York Sözleşmesinin onaylanması 08.05.1991 tarih, 3731 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. RG: 21.05.1991, 20877.

77 European Convention on International Commercial Arbitration (Geneva, 1961). Avrupa Sözleşmesinin onaylanması 08.05.1991 tarih, 3730 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. RG: 21.05.1991, 20877.

78 BORN, 2011, s.422. New York Sözleşmesinin I(3) maddesindeki ticari tahkim çekincesi imkanının tahkime elverişlilikle ilişkili olduğu ileri sürülmektedir. Bkz.: DI PIETRO, Domenico: "Arbitrability Under the New York Convention", **Arbitrability: International & Comparative Perspectives**, (Mistelis, Loukas A./Brekoulakis, Stavros L., Ed.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, s.88.

79 BREKOULAKIS, Stavros L.: "Law Applicable To Arbitrability: Revisiting The Revisited Lex Fori", **Arbitrability: International & Comparative Perspectives**, (Mistelis, Loukas A./Brekoulakis, Stavros L., Ed.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, s.100; ARFAZADEH, Homayoon: "Arbitrability Under the New York Convention: The lex fori revisited", 17 **Arbitration International** 73, (2001), (73-87), s.85.

80 LEW/MISTELIS/KRÖLL, 2003, s.189-190.

81 ALLISON, John R.; "Arbitration of Private Antitrust Claims in International Trade: A Study in the Subordination of National Interests to the Demands of a World Market", 18 **N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.** 361 (1986), (361-439), s.388; DI PIETRO, 2009, s.91.

82 LEW/MISTELIS/KRÖLL, 2003, s.190; ALLISON, 1986, s.388.

Ne var ki, hakem kararı öncesi bakımından tahkime elverişlilik kavramına atıfta bulunulan II. maddede tahkime elverişlilikle ilgili somut ölçüt getiren bir düzenleme ya da tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuku belirleyen bir hüküm bulunmadığından<sup>83</sup> tahkime elverişli konuların ne olduğu ve bunların hangi hukuka göre tespit edileceği hususu tamamen ülke mahkemelerinin uygulamalarına bırakılmış, bu durum ise uygulamada tereddütlere neden olmuştur.<sup>84</sup>

Bu çerçevede, New York Sözleşmesinin II ve V. maddeleri arasındaki ilişki bağlamında farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. II. Maddedeki tahkime elverişlilik bakımından asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun<sup>85</sup> veyahut hakem kararının tenfiz yeri hukukunun<sup>86</sup> uygulanması gerektiği görüşü ile V. maddedeki lex fori kuralının II. madde bakımından da uygulanmasının doğru olduğu görüşü<sup>87</sup> yazında dile getirilmektedir. Ancak tahkim yeri hukukunun uygulanmasını ulusal mahkemeler<sup>88</sup>(lex fori) ve tahkim kurulları<sup>89</sup> (lex loci arbitri) büyük çoğunlukla tercih etmektedir.<sup>90</sup> Öte yandan, II ve V. maddelerdeki düzenlemelerin farklı yaklaşımlara yol açmasını önlemek bakımından sözkonusu maddelerdeki tenfiz engellerinin kamu düzeni kavramının içinde eridiğini açık yahut zımni bir biçimde kabul ederek bir uzlaşma noktası arayan mahkeme kararları ve yazarlar da bulunmaktadır.<sup>91</sup>

Sonuç olarak New York Sözleşmesinde tahkime elverişliliğin belirlenmesine ilişkin herhangi somut bir ölçüt bulunmamakta, konu ulusal hukuklardaki düzenlemelere bırakılmaktadır.<sup>92</sup>

## 2. Avrupa Sözleşmesi

Soğuk savaş döneminde Avrupa ticaretini geliştirme amacı taşıyan<sup>93</sup> ve New York Sözleşmesinin temel prensipleri dışına çıkmayan Avrupa Sözleşmesinin devletler ve diğer

83 POUDET/BESSION, 2007, s.283.

84 LEW/MISTELIS/KRÖLL, 2003, s.190; DI PIETRO, 2009, s.91-92.

85 HANOTIAU, Bernard, "The Law Applicable to Arbitrability", 26 **SAcLJ** 874, (2014), (874-885), s.879.

86 WEIGAND/BAUMANN, 2010, s.46.

87 ARFAZADEH, 2001, s.80; SAJKO, Kresimir: "On Arbitrability in Comparative Arbitration - An Outline", Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, 60(5), 2010, (961-969), s.967.

88 SAJKO, 2010, s.967.

89 LEHMANN, Matthias: "A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice", 42 **Colum. J. Transnat'l L.** 753, (2004), (753-775), s.758, dn.22.

90 FORTIER, L. Yves: "Arbitrability of Disputes, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution", **Liber Amicorum in honour of Robert Briner**, (Aksen Gerald/Böckstiegel K.-H./Mustill M./Patocchi, P.M./Whitesell, A.-M., Ed.) ICC Publishing, (2005), s.275. ABD'de bazı Federal Mahkemeler New York Sözleşmesinin II. maddesinin uluslararası bir anlamda tahkime elverişlilik lehine yorumlanması gerektiği görüşüyle her iki yaklaşımın dışına çıkarak uluslararası hukuka işaret etmiştir. *Meadows Indemnity v. Baccala & Shop Insurance Services*, 760 F Supp 1036, (EDNY 1991) Bkz.: LEW/MISTELIS/KRÖLL, 2003, s.191; BREKOULAKIS, 2009, s.109, dn.7.

91 ALLISON, 1986, s.391.

92 REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, 2005, s.456.

93 LEW/MISTELIS/KRÖLL, 2003, s.22.

kamu kuruluşlarının tahkim anlaşması yapma ehliyetlerinin açıkça tanınması dışında New York Sözleşmesinin tamamlayıcısı konumundadır.<sup>94</sup>

Gerçekten Avrupa Sözleşmesinin VI(2) maddesinde New York Sözleşmesinin V(2) (a) maddesindeki düzenlemeyle benzer biçimde taraf ülke mahkemelerinin tahkime elverişliliği kendi hukuklarına göre (lex fori) değerlendirerek tanıma ve tenfiz taleplerini reddedebilecekleri belirtilmiştir.<sup>95</sup> Avrupa Sözleşmesinin VI(2) maddesinde, New York Sözleşmesinin II. maddesindeki geçerlilik analizi uygulanacak hukukun belirlenmesine yönelik kanunlar ihtilafı kuralları yoluyla genişletilmiş ancak tahkime elverişliliğin ölçütleriyle ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir.<sup>96</sup>

Bu çerçevede, New York Sözleşmesi gibi Avrupa Sözleşmesi de tahkime elverişlilik ölçütleri bakımından sessiz kaldığından konunun çözümü taraf devletlerin ulusal düzenlemelerine bırakılmaktadır.

### 3. UNCITRAL Model Kanunu

UNCITRAL Model Kanunu'nun hakem kararlarının iptal nedenlerini düzenleyen 34. maddesi, esas olarak New York Sözleşmesinin tanıma ve tenfiz engellerini düzenleyen V. maddesinden alınmış olup, söz konusu maddede Avrupa Sözleşmesinin IX. maddesinde de aynen benimsenen tanıma ve tenfiz engelleri dışında bir iptal nedeni kabul edilmemektedir.<sup>97</sup> Ancak, UNCITRAL Model Kanunu'nda New York Sözleşmesinden farklı olarak tahkime elverişliliğe ilişkin bir hüküm yer almadığı gibi, 1(5) maddesinde ilgili devletin kanunlarının tahkime elverişli veyahut elverişsiz konuların tespiti bakımından etkilenmesine yönelik bir irade de bulunmamaktadır.<sup>98</sup>

### E. Alt Sonuç

Türk hukukunda rekabet uyumsuzluklarından kaynaklanan tazminat taleplerinin tahkime elverişliliğine ilişkin herhangi bir yasaklayıcı hüküm bulunmamaktadır. Uluslararası antlaşma ve yardımcı metinler tahkime elverişliliğin belirlenmesine yönelik ölçütler bakımından tamamen tarafsız görünmekte olduğundan tahkime elverişlilik hususu ulusal hukuklara göre belirlenecek ve bu durumda kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde tahkime elverişlilik meselesine hangi hukukun uygulanacağı sorunu kritik öneme sahip olacaktır.<sup>99</sup>

94 REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, 2005, s.70.

95 LEHMANN, 2004, s.756-757.

96 POUURET/BESSION, 2007, s.283.

97 **Explanatory Note** by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/MLARB-explanatoryNote20-9-07.pdf>, (Explanatory Note) para.46-47. (Son Erişim: 15.06.2017)

98 MISTELIS, Loukas A.: "Arbitrability-International and Comparative Perspectives", **Arbitrability: International & Comparative Perspectives**, (Mistelis, Loukas A./Brekoulakis, Stavros L., Ed.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, s.11.

99 POUURET/BESSION, 2007, s.283

Tahkime elverişliliğin tespitinde uygulanması gereken hukuka ilişkin çeşitli öneriler bulunmakta ise de bizim de katıldığımız ağırlıklı görüş çerçevesinde tahkime elverişlilik, hakem kararının verildiği yahut tanıma/tenfizinin isteneceği devletin kendi i hukukunun (lex loci arbitri veyahut lex fori) bir meselesi olarak kamu düzeni ölçütü çerçevesinde çözüme kavuşturulacaktır.<sup>100</sup> Ancak, söz konusu kamu düzeni kavramı tamamen ulusal ölçütlere göre değil, “uluslararası kamu düzeni”<sup>101</sup> anlayışı işiğinde yargı kararlarıyla somutlaştırılacaktır.

### III. Yargı Kararları

Yargıtay içtihadında tahkime elverişlilik konusunun genel bir ilke olarak münhasıran kamu düzeni perspektifinden ele alındığı, kamu düzenini ilgilendiren konuların tahkime elverişli olmadığına karar verildiği görülmektedir.<sup>102</sup> Bu çerçevede, Yargıtay, tahkime konu uyuşmazlıkların türlerine göre kamu düzenini ilgilendirip ilgilendirmediği hususunu analiz ettikten sonra bazı uyuşmazlık türleri bakımından tahkime elverişsizlik sonucuna varmıştır.

Yargıtayın tahkime elverişliliğe ilişkin olarak uyuşmazlık kategorilerine dayalı yaklaşımı, öğretide yazarlarca değinilen pek çok kararda açıkça gözlenmektedir. Örneğin, taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklar,<sup>103</sup> kat mülkiyeti uyuşmazlıkları,<sup>104</sup> iş hukuku uyuşmazlıkları,<sup>105</sup> taşınmaz kira ve tahliye uyuşmazlıkları,<sup>106</sup> sermaye Şirketlerinin genel kurulları ve ortaklar kurulu kararlarına ilişkin uyuşmazlıklar,<sup>107</sup> aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar,<sup>108</sup> iflas hukuku uyuşmazlıkları<sup>109</sup> konu bazında tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar olarak öne çıkmaktadır.

Yargıtayın kamu düzeni kaygılarına dayalı olarak tahkime elverişliliğe yaklaşımını uyuşmazlıkların münhasıran HUMK’a tabi olduğu dönem, MTK’nın yürürlüğe girişiyle başlayan ikili dönem ve nihayet HMK’nın yürürlüğe girişiyle başlayan modern dönem olarak üç kısımda incelemek yargı kararlarının gelişimini izlemek bakımından yararlı olacaktır.

Yargıtay kararları incelenirken rekabet kurallarına aykırılık nedeniyle oluşacak taleplerin haksız fiile dayalı tazminat talebi olarak kabul edildiği hususunun da ayrıca göz

100 HANOTIAU, 2014, s.884; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, 2005, s.456.

101 Bkz.: Aşağıda s. 23.

102 AKINCI, 2013, s. 267.

103 AKINCI, 2013, s. 262; HUYSAL, 2010, s. 213-214. Ayrıca bkz.: Yargıtay 15. HD, 18.03.1986, E:1985/3919, K:1986/1044 ve 08.10.1998, E:1998/3612, K:1998/3775.

104 AKINCI, 2013, s. 263;

105 HUYSAL, 2010, s. 206-211; BALSSEN/KINIKOĞLU, 2015, s.45; AKINCI, 2011, s.40.

106 AKINCI, 2013, s. 265; HUYSAL, 2010, s. 132-144.

107 BALSSEN/KINIKOĞLU, 2015, s. 45.

108 KARADAŞ, İzzet: **Ulusal (i) Tahkim**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 85.

109 AKINCI, 2011, s. 39; BALSSEN/KINIKOĞLU, 2015, s. 46.



önüne alınması gereklidir.<sup>110</sup> Bununla birlikte, taraflar arasında daha önceden akdedilmiş bir sözleşme olmaksızın örneğin rakiplerin oluşturduğu kartel veyahut tekel gücüne sahip bir teşebbüsün eylemleri nedeniyle zarar gören bir rakibin bu zararlarla ilişkin talebinin tahkime götürülmesine yönelik bir anlaşmanın bulunması beklenmez.<sup>111</sup>

### A. Münhasıran HUMK'un Uygulandığı Dönem

UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak modern gereksinimlere göre hazırlanan MTK'nın yürürlüğe girdiği 2001 yılı öncesinde, ticari uyuşmazlıkların tahkiminin münhasıran HUMK hükümlerine tabi olduğu dönemde Yargıtay'ın tahkime elverişliliğe "kamu düzeni ile ilgili olmayan uyuşmazlıklar" genel ilkesi içinde yaklaştığı görülmektedir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunca (İBGK) 1972 tarihinde tahkime elverişlilik konusunda şu tespit yapılmıştır:

Gerçek veya tüzel kişiler, kamu düzeni ile ilgili olmayan uyuşmazlıklarının hakem eliyle çözülmesi için tahkim anlaşması yapabilirler. Bu akit serbestisinin tabii bir sonucu olup, Borçlar Kanunu'nun 19 ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 516. maddeleriyle mümkün kılınmıştır.<sup>112</sup>

Yargıtay, bazı uyuşmazlık türlerinin tahkime elverişliliği hususunu yetki (jurisdiction) kurallarının kamu düzenine ilişkin olması gerekçesine dayandırmıştır.<sup>113</sup> Yargıtayın bu yaklaşımı tahkim anlaşmasının geçersizliği sorunuyla -münhasır yetki kurallarına bağlı olarak- tahkime elverişlilik sorununu ayıran New York Sözleşmesi ve MTK hükümleri çerçevesinde uygulanacak hukukun tespitinde pratik farklılıklar doğurmaktadır.<sup>114</sup> Çünkü mülga HUMK ve yürürlükteki HMK tahkime elverişlilik konusunu irade özgürlüğü unsuru bağlamında bir kanunlar ihtilafı sorunu olarak ele almakta iken yetki sorunu tamamen Türk hukukuna göre çözümlenecektir.<sup>115</sup>

Yargıtay 1974 tarihli bir kararında<sup>116</sup> tahkime elverişliliğin kapsamını ciddi biçimde daraltıcı şu gerekçeyi öne sürmüştür:

Taraflar birleşerek bu koşulun gerçekleşmediği biçimde taksimi (sulh yoluyla) sağlayabilirse de maliklerin rızalarının birleşmediği durumlarda hakem kararıyla bir tarafa

110 AKSOY, 2002, s. 45; BOLATOĞLU, Hilmi: "Turkey", International Competition Litigation, (Blanke, Gordon/Nazzini, Renato, Ed.) KluwerLaw International, Alphen aan den Rijn, 2012, (731-797), s. 734.

111 NAZZINI, Renato: "Are Claims for Tortious Damages for Breach of the Antitrust Rules Arbitrable in the European Union? Some Reflections on the CDC Case in the Court of Justice", *Italian Antitrust Review*, 3(1). (2016), (70-86), s. 75.

112 Yargıtay İBGK, 23.10.1972, E:1972/2, K:1972/12

113 Yargıtay HGK, 03.07.1974, E:1972/5-1450, K:1972/810. Kararda, "yasa koyucu böylece kat malikleri arasında çıkacak uyuşmazlıkları çözmekle görevli mercii belli etmiştir. Kat maliklerinden birinin borç ve yükümlünü yerine getirmemesinden dolayı zarar gören ortağın açacağı davaya bakmaya görevli makam anagayrimenkulün bulunduğu yer Sulh Mahkemesidir. 634 sayılı Yasanın sözü geçen 33. maddesi hükmü buyurucu nitelik taşımaktadır" denmektedir.

114 ÖZEL, 2008, s.56. Krş.: LEW/MISTELIS/KRÖLL, 2003, s.193.

115 HUYSAL, 2010, s.347. Krş.: LEW/MISTELIS/KRÖLL, 2003, s.193.

116 Yargıtay 4. HD, 14.05.1974, E:1973/2094, K:1974/2496

bu zararlı sonucu benimsetme kuralın amacına aykırı olur...O halde taşınmaz malların aynen taksimi yolunda paydaşlar arasında yapılan tahkim sözleşmesi geçersizdir.

Tarafların sulh olabilecekleri bir konuda kamu düzeninden bahisle tahkime elverişsizlikten söz edilmesi oldukça tartışmalı bir yaklaşımdır. Örneğin gayrimenkul kiralardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına yönelik kararlar<sup>117</sup> da bu türden tartışmalı bir yaklaşımı içermekte ve yazında eleştirilmektedir.<sup>118</sup> Öte yandan Yargıtay, ticari işletme kiralalarına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu kabul etmiştir.<sup>119</sup> Taşınmaz kiralalarına ilişkin bu negatif yaklaşımın zayıfların korunması ilkesinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır.<sup>120</sup> Ne var ki, pozitif hukukta engelleyici bir hüküm yok iken hakemler tarafından bu ilke doğrultusunda hukuka uygun biçimde karar verilebilme imkanının hiçbir biçimde dikkate alınmayarak kategorik bir reddetme eğilimi içinde olunması hatalı bir tercihtir.<sup>121</sup> Bu tercih, aslında toplumun temel değerlerini ve kurulu sistemini korumaya dönük bulunan kamu düzeni kavramının sınırlarının zorlanması anlamına gelmektedir.

Yargıtayın 1978 tarihli bir kararında yer alan "bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın kamu düzenine ilişkin olmayan konularda anlaşarak bu uyuşmazlığın çözümlenmesini mahkemeler yerine özel kişilere bırakmaları mümkündür" ifadesi tahkime elverişlilik ölçütünün kamu düzeni kavramına karşılık geldiğine işaret etmektedir.<sup>122</sup> Buna benzer pek çok kararda da Yargıtay tarafından kamu düzeni kavramının temel ölçüt olarak kullanıldığı, emredici kurallara aykırılık kavramının da kamu düzeni kavramıyla eşdeğer biçimde tahkime elverişliliğinin belirlenmesi ölçütü olarak kabul edildiği görülmektedir.<sup>123</sup>

1986 tarihli bir kararında,<sup>124</sup> o tarihte yürürlükte olan HUMK'un 519. maddesi uyarınca tahkime elverişlilikle ilgili uyuşmazlıkların mahkeme tarafından çözümleneceğini vurgulayan Yargıtay, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığın taşınmaz mülkiyetinin intikalini gerektirdiğinden aşağıdaki gerekçeyle kamu düzeni/emredici kurala aykırılık bulunduğu ve bu nedenle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna hükmetmiştir:

..Tapu kayıtlarında yapılacak intikaller ancak tarafların tapu memuru huzurunda verecekleri takrirler veya mahkeme kararları ile mümkün olduğu kabul edilmiştir. Kanun'un gerek metin gerekse ruhu itibarıyla ve ısrarla koyduğu bu kuralın kamu düzeni

117 Örn. bkz.: Yargıtay HGK, 15.04.1987, E:1986/3-413, K:1986/325. Kararda "..gene kamu düzenine ilişkin bulunan konularda gayrimenkul kiralalarının tesbitinde olduğu gibi hakeme gidilemez" denmektedir.

118 AKINCI, 2013, s. 265; HUYSAL, 2010, s.137-139.

119 Yargıtay 11. HD, 13.2.2001, E:2000/10659, K:2001/1904

120 HUYSAL, 2010, s.132.

121 HUYSAL, 2010, s.135-136.

122 Yargıtay 15. HD, 26.12.1978 tarih, E:1978/2090 K:1978:2486. Bkz.: AKINCI, 2013, s. 266.

123 Yargıtay 13. HD, 25.12.1995 tarih, E:1995/10533, K:1995/11673 sayılı karar. Ayrıca bkz.: HUYSAL, 2010, s.115'de verilen Yargıtay 4. HD, 14.05.1974 tarih, E:1973/2094 K:1974/2496 sayılı karar.

124 Yargıtay 15. HD, 18.03.1986, E:1985/3919, K:1986/1044. Ayrıca bkz.: Yargıtay 15. HD, 08.10.1998, E:1998/3612, K:1998/3775

ile ilgili olduğu açıkça görülmektedir. Herşeyden önce kuralın emredici nitelik taşıdığı ortadadır...O halde, kamu düzeni ile ilgili olan taşınmaz mülkiyetinin intikali sonucunu doğuran nizanın çözümü hakkında tahkim şartı HUMK.>nun 518. madde hükmü gereğince geçersiz olduğu..

Diğer taraftan, Yargıtay 1987 tarihli bir kararında<sup>125</sup>, kamu düzeni kaygılarının en önemli gerekçelerinden olan emredici kuralların layığıyla uygulanmayacağı düşüncesini ortaya koymuş ve buna ilişkin çareleri second look<sup>126</sup> öğretisiyle paralel bir anlayışla yapılandırarak hakemlerin kamu düzenine ilişkin kuralları uygulayabileceğini kabul etmiştir. Avukatlık ücretinin belirlenmesine ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olduğuna yönelik içtihatlarından<sup>127</sup> söz konusu kararla ayrılan Yargıtay HGK'nın şu gerekçeleri dikkat çekicidir:

Esasen bizatihi avukatlık ücret sözleşmesinin de kamu düzenine taalluk eden bir kamu [düzeni kuralı] olduğu da gözden uzak tutulmamaktadır. Gene kamu düzenine ilişkin bulunan konularda gayrimenkul kiralarının tesbitinde olduğu gibi hakeme gidilemez. Ancak olayda avukatlık ücretine ilişkin olarak taraflar sözleşme ile hakemin uygulayacağı kuralları belirlemişlerdir. Bu kurallar yukarıda özetlendiği şekilde Avukatlık Kanununun avukatlık ücretine ilişkin ilkelerine ters düşmemektedir. Hakem dahi uyuşmazlığı Avukatlık Kanununun amir hükümlerine uygun olarak çözümlenmek zorundadır. Hakem tarafından esas hakkında tesis olunacak hüküm kamu düzenini ihlal ettiği takdirde esas yönünden Yargıtayın denetimine tabi tutularak karar bu nedenle bozulabilecektir.

Bu kararda Yargıtay, ilke olarak kamu düzeni kurallarına tabi bir konunun da tahkim anlaşmasına konu olabileceğini kabul etmiş bulunmaktadır.<sup>128</sup> Yargıtay, tahkim anlaşmasında kamu düzenini ilgilendiren kuralların hakemler tarafından uygulanacağını kararlaştırılmış olmasını hakem kararlarına yönelik güvensizliği ortadan kaldıran bir unsur olarak değerlendirmiştir. Ayrıca second look öğretisi çerçevesinde hakem kararının nihai olarak yargı denetiminden geçeceği de vurgulanmış ve sonuç olarak avukatlık ücretine dair tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmedilmiştir.

Huysal, second look öğretisinin milli-milletlerarası tahkim ayrımı yapılmaksızın kabul edilmiş olmasını sakinca görmek ve Yargıtayın bu yaklaşımını eleştirmektedir.<sup>129</sup> İç hukuktaki kamu düzeni anlayışıyla uluslararası kamu düzeni anlayışı arasındaki farklılıkların uluslararası ticari uyuşmazlıkların tahkimi bakımından yaratacağı sakıncalara dayalı bu eleştirinin haklı yönü bulunsa da kamu düzenine bağlı tahkime elverişlilik kalbanının daha tahkim süreci başlamadan kullanılması yerine iptal davası sırasında tartışılması hem tahkim uygulamalarının hem de ilgili yargı içtihatlarının zenginleşmesine imkan tanıyacaktır. HMK'nın kabulüyle birlikte milli-milletlerarası tahkim ayrımı pratik

125 Yargıtay HGK, 15.04.1987, E:1986/3-413, K:1986/325

126 Emredici kuralların doğru biçimde uygulanmasına yönelik kaygıların tahkime elverişlilik engeli değil hakem kararlarının iptaline yahut tanınması/tenfizine yönelik davalarda mahkemelerce değerlendirilecek bir yargısal denetim ölçütü olduğu görüşü. Ayrıntılı değerlendirme için bkz.: BARON/LINIGER, 2003, s. 49-53.

127 Örn. bkz.: Yargıtay 13. HD, 16.04.1974, E:1974/439, K:1974/923

128 HUYSAL, 2010, s.117.

129 HUYSAL, 2010, s.119.

olarak ortadan kalktığı için tahkime elverişlilik bakımından adli yargının mđdahalesinin en aza indirilmesi suretiyle hakemlerin yetkisinin (competence-competence)<sup>130</sup> benimsemiş olması tahkim kurumunun etkinliği bakımından olumlu ve önemlidir.

Diğer yandan, tahkime elverişlilik konusunda mahkemelerin erkenden mđdahalesi yoluyla sonradan iptal veyahut tenfiz davasında ortaya çıkabilecek olumsuzlukların bertaraf edileceği ve bu şekilde gereksiz zaman ve para kaybının önlenebileceği dđřüncesi hakem kararlarında en az risk alınması dđřüncesine dayanmakta ise de hakemlerin tenfiz edilebilirliği tek ölüt olarak almaması gerektiği de kabul edilmektedir.<sup>131</sup> Bu nedenle kurumsal tahkim merkezleri ve tahkim kurullarının ulusal hukukları ve ulusal mahkemeleri evrensel ilke ve standartları benimsemeye zorlayan rolleri de gözden kaçırılmamalıdır.

Nitekim modern tahkim düzenlemeleri, hakem kararları ve bazı gelişmiş ülke mahkemelerinin yargı kararlarıyla<sup>132</sup> kamu düzeni kavramı giderek devletlerin ulusal hukuklarındaki subjektif bağlamından koparak "hukukun temel prensipleri"<sup>133</sup> ve "ilgili devletin en temel ahlak ve adalet kavramları"<sup>134</sup> gibi uluslararası ve objektif ölütler çerçevesinde anlam kazanmaktadır.<sup>135</sup> Uluslararası kamu düzeni olarak nitelendirilen bu yeni anlayış, devlet yargısının korumacı (paternalist) yaklaşımının sözleşme özgürlüğünün özüne mđdahalesini reddeden bir dđřünsel temele dayalı olarak uluslararası tahkimin önemli dinamiklerinden biri haline gelmiştir.<sup>136</sup>

Yargıtayın kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlık anlayışının sınırları zıt içtihatlar nedeniyle belirsizliğini sürdürmüştür. Örneğin avukatlık ücretine dair uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu yönündeki içtihat<sup>137</sup> yukarıda yer verilen HGK kararına rağmen elverişsiz olduğu yönündeki içtihatla<sup>138</sup> yan yana durmaya devam etmiştir. Konu nihayet kanun koyucunun mđdahalesiyle çözüme kavuşmuştur. 10.05.2001 gün ve 24398 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4667 sayılı Kanun ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 167. maddesi değiştirilerek avukatlık ücretinden kaynaklanacak uyuşmazlıkların ilgili baro hakem heyetince çözümleneceği hükme bağlanmıştır.

130 Tahkim kurulunun ele aldığı uyuşmazlık konusunda kendi yargılamaya yetkisinin varlığına dair karar verebilme yetisi. Bkz.: REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, 2005, s.252; AKINCI, 2013, s. 160.

131 LEW/MISTELIS/KRÖLL, 2003; s. 280; LEHMANN, 2004, s.759.

132 Bkz.: REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, 2005, s.458-459. Anılan alışmada Türkiye, Çin, Japonya gibi ülke mahkemelerinin bu konudaki muhafazakar tutumları ayrıca eleştirilmektedir.

133 BORN, 2011, s.1193; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, 2005, s.459

134 LEW/MISTELIS/KRÖLL, 2003, s. 721.

135 ÖZEL, 2008, s.175-176; HUYSAL, 2010, s.177.

136 Bu konuda bkz.: STEMPEL, Jeffrey W.: "Pitfalls of Public Policy: The Case of Arbitration Agreements", 22 St. Mary's L.J. 298 (1990), s. 352-354.

137 Yargıtay 4. HD, 29.01.1980, E:1979/10780, K:1980/991. Söz konusu kararın gerekçesinde "Kural olarak, vekil ile müvekkil arasında düzenlenen avukatlık parası sözleşmesi konusunda çıkacak uyuşmazlıkların hakem eliyle çözümlenmesi taraflarca kararlaştırılabilir. Bu günkü mer'i ve mevzu hükümler arasında bunu önleyen bir hüküm yasalarda mevcut değildir. Hatta, uyuşmazlık meydana geldikten sonra dahi bunun hakem ya da hakemler eliyle çözümleninin kararlaştırılmasına engel yoktur" denilmektedir.

138 Yargıtay 13. HD, 25.12.1995, E:1995/10533, K:1995/11673.

Yasal düzenlemeyle getirilen bu zorunlu<sup>139</sup> tahkim yolunun, isteğe bağlı tahkim konusunda Yargıtayın ısrarlı negatif tutumunun bir sonucu olduğunun söylenmesi kanımızca mümkün görünmektedir. Kanunun ne dediği ve hukukun ne olduğunu söylemekle görevli bulunan mahkemelerin hukuki denetimini yapan bir yüksek yargı organının çelişik kararlarının sonucunda konunun yasa koyucu tarafından düzenlenmesi pratik ve hukuk güvenliği ilkesine uygun bir durum değildir. Bu konunun önemini ortaya koyan değerlendirmesinde Yılmaz şu tespitleri yapmaktadır:

Çelişik kararların kesinleşmesinde Yargıtay'ın ağırlıklı rolü düşünüldüğünde, çelişkiyi gidermenin de Yargıtay'a düştüğü açıktır. Her ne kadar, hukuk davalarında ortaya çıkan tereddütlerin kanun koyucu tarafından kanun değişiklikleriyle ortadan kaldırılması mümkün ise de, "kanunların katılığı" (değiştirilmesindeki zorluklar) nedeniyle ortaya çıkan belirsizliklerin ve çelişkilerin kanun değişiklikleriyle yapılması, adalet açısından doğru bir yöntem değildir. Bazı konuların, hayatın değişen ve gelişen gerçekleri ve toplumsal ihtiyaçlar nedeniyle mahkemelerce ve onların "üstü"nde yer alan Yargıtay'ca yönlendirilmesi, hiç tereddütsüz daha doğru bir yöntemdir.<sup>140</sup>

Yargıtay, münhasıran HUMK'un uygulandığı dönemde haksız fiilden<sup>141</sup> ve sözleşmeye aykırılık nedeniyle ortaya çıkan zararlardan<sup>142</sup> kaynaklanan tazminat taleplerinin tahkime elverişli olduğunu kabul etmiştir. Bu bağlamda aslında rekabet uyumsuzluklarına dayalı taleplerin iki temel dayanağı olan haksız fiil ve sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukların tahkime elverişliliği Yargıtayca benimsenmiş bulunmaktadır.<sup>143</sup>

## B. MTK'nın Yürürlüğü ile HMK'nın Yürürlüğü Arası Dönem

Modern tahkim uygulamalarına ve uluslararası antlaşmalara yakınsayan MTK'nın kabulünden sonra HUMK'un tahkime ilişkin hükümlerinin yürürlükte kalmasıyla ortaya çıkan ikili rejim, tahkim kurumunun sağlıklı işleyişi bakımından eleştirilen bir hukuki çerçeve yaratmıştır.<sup>144</sup>

MTK'nın 2001'de yürürlüğe girmesinden sonra uluslararası niteliği bulunan hakem kararlarının temyizi ve dolayısıyla esastan incelenme süreci ortadan kalktığından Yargıtayın tahkime elverişliliğe yaklaşımı da etkilenmiştir. Yargıtayın bu dönemde tahkime elverişlilik kavramının sınırlarını mümkün olduğunca daralttığı dikkat çekmektedir.

139 Bkz.: Yargıtay 4. HD, 17.06.2003, E:2002/14825 K:2003/8201.

140 YILMAZ, 2014, s. 544-545.

141 Yargıtay 15. HD, 09.05.1994, E:1994/408, K:1994/2970. Karar gerekçesinde Yargıtay "davalı yüklenici şirket vekili, sözleşmenin 40.maddesi uyarınca tahkim itirazında bulunmuş...davacı vekilinin temyizi üzerine dairemizce hüküm onanmış, davacı vekilince kararın düzeltilerek hükmün bozulması istenmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle Ankara 1.Asliye Ticaret Mahkemesinin 5.4.1991 gün ve 1991/146-150 sayılı olup kesinleşen karar ile sözleşmedeki hakem şartının geçerli olduğu tesbit edilmiş bulunduğu göre davalı yüklenici şirket hakkındaki karar düzeltme isteminin reddi gerekmektedir."

142 Yargıtay HGK, 01.02.1995, E:1994/11-465, K:1995/39.

143 Ayrıca bkz.: KALPSÜZ, Turgut; **Türkiye'de Milletlerarası Tahkim**, BTHAE, Ankara, 2007, s.34

144 YEŞİLIRMAK, Ali: "Legal Framework", **Arbitration in Turkey**, (Yeşilirmak, Ali/Esin, İsmail, G., Ed.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, s.3.

Örneğin, bu dönemde kamu düzeni/emredici kural ölçütlerine ek olarak genel ahlak ve kişilik hakları ölçütlerine değinilmiştir.<sup>145</sup> Diğer yandan, taşınmaz mülkiyetinin intikaline dair uyuşmazlıklar konusundaki kamu düzeni kaygıları anlaşılabilir olmakla birlikte taşınmaz kiralalarının miktarına ilişkin uyuşmazlıkların da kamu düzeninden sayılmasına yönelik içtihat yaklaşımı devam etmiştir.<sup>146</sup>

Öte yandan, MTK'nın yürürlüğe girişyle birlikte yabancılik unsuru nedeniyle MTK'ya tabi bulunan uyuşmazlıklar bakımından MTK'da benimsenmiş bulunan competence-competence ilkesi doğrultusunda hakemlerin tahkime elverişlilik itirazlarını karara bağlama yetkilerinin Yargıtayca kabul edildiği görülmektedir.<sup>147</sup> İç hukuka tabi uyuşmazlıklar bakımından Yargıtay, mülga "HUMK'un 519. maddesi gereğince tahkim itirazıyla karşılaşan mahkemenin öncelikle incelemesi ve değerlendirmesi gereken husus, tahkime temel teşkil edecek geçerli bir tahkim sözleşmesi veya şartının olup olmadığıdır" biçiminde hüküm vermiştir.<sup>148</sup>

2001 yılında verilen bir kararda Yargıtay rekabet yasaklarına bağlı uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğini kabul etmiştir.<sup>149</sup> Dava konusu olayda davalıların davacı taraf ile kurulan ortaklıktan ayrılarak sözleşmedeki rekabet yasağına aykırı biçimde rakip firmanın Türkiye temsilciliğini üstlenmeleri üzerine Avusturya Ticaret Odası Uluslararası Hakem Mahkemesince verilen kararın tenfizine dair mahkeme kararını onayan Yargıtay, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) 4. maddesi kapsamında kalan rekabet yasağı düzenlemelerine ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceğini ortaya koymuştur.

### C. HMK'nın Yürürlüğe Girmesinden Sonraki Dönem

2011'de HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra her ne kadar tahkim bakımından ikili model devam etmiş olsa da MTK ve HMK arasındaki asimetri giderilmiş, HMK'da modern gelişmeler görece daha özenli bir biçimde hukukumuzda alınmıştır. HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte milli-milletlerarası ayrımı olmaksızın hakem kararlarının temyizi ve dolayısıyla esastan incelenmesi durumu ortadan kalkmış, hakem kararlarına karşı yargı yolu olarak yalnızca iptal davası kabul edilmiştir.

145 Yargıtay HGK, 19.03.2003, E:2003/15-142, K:2003/182.

146 Yargıtay 3. HD, 02.12.2004, E:2004/13018, K:2004/13409.

147 Yargıtay 15. HD, 27.6.2007, E:2007/2145, K:2007/4389. Anılan kararda Yargıtay şu tespiti yapmaktadır: "[MTK'nın] 7. maddenin H bendinde tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere kendi yetkileri hakkında karar verme imkanı hakemlere tanınmıştır. Bu yetkinin kanuna veya sözleşmeye aykırı kullanıldığı hallerde bu husus iptal davasının incelenmesi sırasında değerlendirileceğinden bu konuda çıkacak ihtilaflarda HUMK 'nin 519. maddesi bertaraf edilmiş olmaktadır...tahkim şartının geçerli olup olmadığıнын incelenmesi hususunda bu aşamada mahkemenin görevli olmadığı açıktır. Öyle olunca mahkemece bu gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken HUMK'nın 519. maddesi uyarınca tahkim şartının geçersizliğine karar verilmesi yerinde olmamıştır".

148 Yargıtay 15. HD, 25.12.2007, E:2007/429, K:2007/8164. Aynı yönde bkz.: Yargıtay 15. HD, 17.11.2008, E:2008/5601, K:2008/6837.

149 Yargıtay 11. HD, 18.10.2001, E:2001/5995, K:2001/8030.

Bu yeni dönemde Yargıtayın kamu düzeni anlayışını yumuşattığı, milletlerarası kamu düzeni kavramını tartıştığı görülmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) 2015 tarihli bir kararında, kamu düzeninin zamandan zamana ve ülkeden ülkeye değişiklik gösteren dinamik bir kavram olduğunu, uluslararası kamu düzeni kavramının ulusal kamu düzeni kavramından daha dar bir anlam ifade ettiğini kabul etmektedir. Yargıtay anılan kararında şu tespiti yapmıştır:

Kamu düzeni kavramı, iç hukukta ve milletlerarası özel hukukta farklı içerikler taşımaktadır. İç hukukta kamu düzeni, Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kuralların bütünüdür. Bu kurallar iç hukukta tarafların uymaları zorunlu olan, gerek kanun gerekse özel hukuka ait kurallardan oluşur. Milletlerarası kamu düzeni kavramı ise, iç hukuka nazaran daha dar ve sınırlıdır. Dolayısıyla iç hukukta kamu düzeni ihlali sayılan bir durum, milletlerarası hukuk bakımından kamu düzeni ihlali sayılmayabilir.<sup>150</sup>

Bu bağlamda, Yargıtay kararlarında kamu düzeni-emredici hukuk kuralı kavramlarının özdeş olarak kullanıldığından söz edilmesi mümkündür. Bu özdeşlik yaklaşımı sonucunda irade özerkliği ilkesinin kamu düzeni-emredici hukuk kuralı kavramları tarafından kapsanmamış bulunan konularda geçerli olduğu görüşü Yargıtayca benimsenmektedir.<sup>151</sup>

Yargıtayın yakın tarihli kararlarında tahkime elverişsiz konular bakımından genel bir reddiye tutumu takınmadığı gözlenmektedir. Örneğin Hukuk Genel Kurulu, vergi hukukunu ilgilendiren bir uyuşmazlığa ilişkin olarak 2012 tarihinde verilen bir kararda<sup>152</sup> konunun tahkime elverişsiz olduğu iddialarını muteber bulmamış, hakem kararının vergi kanunlarından kaynaklanan kamu düzenini ihlal edip etmediği tespitine dayalı bir iptal nedeni bulunup bulunmadığının araştırılmasını istemiştir. Anılan kararda Yargıtayın, New York sözleşmesinin doğrudan uygulanacağını belirttiği, vergi hukukuna dayalı kamu düzeni gerekçesiyle ileri sürülen tahkime elverişlilik itirazını dikkate almayarak yalnızca iptal unsurunun varlığını aradığı ve bu çerçevede second look yaklaşımını benimsediği görülmektedir.

Yargıtay tarafından 2016'da verilmiş olan bir kararda<sup>153</sup> RKKH'dan kaynaklanan rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine yönelik olumlu yaklaşımın devam ettiği görülmektedir. Söz konusu dava, taraflar arasındaki 12.08.2003 tarihli lisans sözleşmesi çerçevesinde davalı şirketin sözleşmede kararlaştırılan lisans ücretlerini ödemekte temerrüde düşmesi, aynı sözleşmede kararlaştırılan münhasır yetki

150 Yargıtay HGK, 30.09.2015 tarih, E:2013/1847, K:2015/2020; Aynı tespitler için bkz.:Yargıtay 13. HD, 17.4.2012, E: 2012/8426, K:2012/10349 ve 13.11.2012, E: 2011/19737, K:2012/25406

151 HUYYSAL, 2010, s.116.

152 Yargıtay HGK, 08.02.2012, E:2011/13-568, K:2012/47. Kararda; "...vergilerin ödenmesiyle ilgili bu kararlaştırmanın, taraflar arasındaki sözleşmenin icrası aşamasında da uygulanıp uygulanmadığı, davalı itirazları ve dosyaya ibraz edilen bilirkişi raporları ile tüm belgeler dikkate alınmak suretiyle, vergi hukuku konusunda uzman bilirkişinin de bulunduğu akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan, nedenlerini açıklayıcı, gerekçeli, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, olayda yabancı hakem kararının tenfizinin Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı değerlendirilmek suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporuna göre yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir" denmektedir.

153 Yargıtay 11HD, 06.10.2016, E:2016/725, K:2016/7777.

kuralını ihlal etmesi iddialarına dayanılarak sözleşmedeki tahkim şartı uyarınca gidilen Milletlerarası Ticaret Odası [International Chamber of Commerce (ICC)/(MTO)] bünyesindeki Milletlerarası Tahkim Divanının kararının tenfizine ilişkindir.

Davalı taraf tenfiz davasında davacı tarafından Türk rekabet hukukunun emredici hükümlerinin ihlal edildiğini savunmuş ancak Yargıtay bu itirazın tenfiz davasında dinlenebilecek bir husus olmadığına karar vermiştir. Yargıtay, taraflar arasındaki sözleşmenin 20(1) maddesine göre sözleşmeye İtalyan hukukunun uygulanacağı kararlaştırıldığından hakem kurulunun İtalyan hukukuna göre hükmünü verdiğini, hakem kurulunca hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğine veya kamu düzenine aykırı olacak şekilde usul hatası yapıldığına dair bir bulgu mevcut olmadığını belirterek New York Sözleşmesi uyarınca hakem kararının tenfizine karar veren yerel mahkeme kararını onamıştır.

Özetle belirtmek gerekirse, MTO Uluslararası Tahkim Divanınca yapılan incelemenin yeterli görülmesi nedeniyle RKHK'dan kaynaklanan itirazlar gerek yerel mahkemece ve gerek Yargıtay tarafından hakem kararının tenfizine engel teşkil eden bir durum olarak kabul edilmemiştir.

#### IV. Sonuç

RKHK'nın ihlalden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime konu olmasını engelleyecek nitelikteki kamu düzeni kaygılarının modern tahkim uygulamalarında karşılık bulması pek mümkün görünmemektedir. Rekabet ihlaline dayalı tazminat taleplerinin tahkime elverişli olmadığı itirazlarının hakemlerce kabul edilmesi söz konusu olmayacağı gibi bu tür talepleri hükme bağlayan hakem kararının iptali veyahut tenfizine ilişkin davalarda Yargıtayın tahkime elverişlilik yönünde karar vereceği söylenebilir.

Bu çerçevede, Türkiye'de verilmiş bir hakem kararına yönelik iptal davası veyahut yabancı hakem kararına ilişkin tenfiz davası Türkiye'de görülürken hakimlerin Türk kamu düzeni ölçütünü geniş bir biçimde değil uluslararası kamu düzeni anlayışı ışığında dar bir biçimde yorumlamaları gerekecektir. Nitekim incelenen kararlar Yargıtayın RKHK ile ilgili bulunan uyuşmazlıklara kamu düzeni perspektifinden yaklaşmadığını, rekabet kurallarının ihlali iddialarına dayanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu hususunu kabul ettiğini göstermektedir.

Öte yandan, tahkime elverişlilik konusu, nihai olarak hakem kararının verildiği yahut tanıma/tenfizinin isteneceği devlet mahkemesince bir iç hukuk meselesi olarak görülen kamu düzeni ölçütü çerçevesinde çözüme kavuşturulmaktadır. Uluslararası antlaşmalar ve yardımcı metinler tamamen nötr görünmekte olduğundan tahkime elverişliliğın tanıma ve ölçütleri ulusal hukuklara göre belirlenecektir. Bu durumda tahkime elverişlilik konusunda karar verilirken hangi hukukun uygulanacağı sorunu önemli bir tartışma alanı olarak ortaya çıkmaktadır. Bizim de katıldığımız genel eğilim, lex fori'nin uygulanması gerektiği yönündedir.



---

## KAYNAKÇA

---

- AKINCI, Ziya: *Arbitration Law of Turkey: Practice and Procedure*, Juris, New York, 2011.
- AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- AKİL, Cenk: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağılı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi", *GÜHFD*, C. 16, S.4, 2012, (1-18).
- AKSOY, M. Nazlı: *Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Rekabet Kurumu, Ankara, 2002.
- ALLISON, John R.: "Arbitration of Private Antitrust Claims in International Trade: A Study in the Subordination of National Interests to the Demands of a World Market", *18 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 361 (1986), (361-439).
- ARFAZADEH, Homayoon: "Arbitrability Under the New York Convention: The lex fori revisited", *17 Arbitration International* 73, (2001), (73-87).
- BALSSEN, Cerrahoğlu, Eda/KINIKOĞLU, Efe: "Drafting Arbitration Agreements and Arbitrability", *Arbitration in Turkey*, (Yeşilirmak, Ali/Esin, İsmail, G., Edlr.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015.
- BARON, Patrick M./LINIGER ve Stefan: "A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany", *Arbitration International*, C.19, S.1, 2003, (27-54).
- BOLATOĞLU, Hilmi: "Turkey", *International Competition Litigation*, (Blanke, Gordon/Nazzini, Renato, Ed.) KluwerLaw International, Alphen aan den Rijn, 2012, (731-797).
- BORN, Gary: *International Arbitration*, Aspen Publishers, New York, 2011.
- BREKOULAKIS, Stavros L.: "Law Applicable To Arbitrability: Revisiting The Revisited Lex Fori", , *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, (Mistelis, Loukas A./Brekoulakis, Stavros L., Ed.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- BUCHER, Andreas/TSCHANZ, Pierre-Yves: *International Arbitration in Switzerland*, Helbing & Lichtenhahn, 1989.
- DI BROZOLO, Luca G. Radicati: "Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators", *OECD, Competition Committee, Working Party N. 3, Arbitration and Competition DAF/COMP (2010) 40*, 2011, (31-50) <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf> (Son Erişim:08.05.2017).
- DI PIETRO, Domenico: "Arbitrability Under the New York Convention", *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, (Mistelis, Loukas A./Brekoulakis, Stavros L., Ed.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- FORTIER, L. Yves: "Arbitrability of Disputes, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution", *Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, (Aksen Gerald/Böckstiegel K.-H./ Mustill M./Patocchi, P.M./Whitesell, A.-M., Ed.) ICC Publishing, (2005).
- FOUCHARD Philippe/GAILLARD, Emmanuel/GOLDMAN, Berthold: *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (Gaillard, Emmanuel/Savage, John, Ed.), Kluwer Law International, 1999.
- FOX, William F.: "Mitsubishi v. Soler and its Impact on International Commercial Arbitration" *19 J. World Trade L.* 579, 591 (1985).
- GHARAVI, Hamid G.: "The Proper Scope of Arbitration in European Community Competition Law", *11 Tul. Eur. & Civ. L.F.* 185 (1996), (185-205).
- GÜÇER, Sülün: "Tahkim Yargılamasında Gündeme Gelen Rekabet Hukuku Uyuşmazlıkları", *BATİDER*, C.25, (2009), (205-226).
- GÜRZUMAR, Osman Berat: "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi", *Rekabet Dergisi*, S.12, (2002), (3-76).
- HANOTIAU, Bernard, "The Law Applicable to Arbitrability", *26 SAclJ* 874, (2014), (874-885).

- HEPER, Altan: "Almanya'da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler", Ankara Barosu Dergisi, C.70 S.1, 2012, (71-85).
- HRLE, Jelena, *International Arbitration and Competition Law* (Yüksek Lisans Tezi), Institute of Comparative Law, Faculty of Law, McGill University, 1999.
- HUYSAL, Burak; Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2010.
- JERMINI, Cesare/BERNARDONI, Nicola, "Domestic Arbitration under the New Swiss Code of Civil Procedure", *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, (Arroyo, Manuel, Ed.) Kluwer Law International, 2013, (17-23).
- KALPSÜZ, Turgut; Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, BTHAE, Ankara, 2007, s.34
- KARADAŞ, İzzet: Ulusal (İç) Tahkim, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle/ RIGOZZI, Antonio: *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- KIRCA, Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", *AÜHFD*, 50(1), 2001, (91-119).
- LANDI, Niccolò/ROGERS, Catherine A.: "Arbitration of Antitrust Claims in the United States and Europe" Bocconi Legal Studies Research Paper No. 07-01, Corcorrenza e Mercato, 2007. <https://ssrn.com/abstract=962334> (Son erişim:06.03.2017).
- LEHMANN, Matthias: "A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice", 42 *Colum. J. Transnat'l L.* 753, (2004), (753-775).
- LEW, Julian D. M./MISTELIS, Loukas A./KRÖLL, Stefan: *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.
- LEW, Julian, D.M.: "Competition Laws-Limits to Arbitrators' Authority", *Arbitrability: International & Comparative Perspectives* (Mistelis, Loukas A./Brekoulakis, Stavros L., Ed.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, (241-262)
- LIEBSCHER, Christoph: "Arbitration of Antitrust Disputes", *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (Gaillard, Emmanuel/Di Pietro, Domenico, Edlr.), Cameron May, London, 2008, (522-549).
- MISTELIS, Loukas A.: "Arbitrability-International and Comparative Perspectives", *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, (Mistelis, Loukas A./Brekoulakis, Stavros L., Ed.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- MORGAN, Edward, "Contract Theory and the Sources of Rights: An Approach to the Arbitrability Question", 60 *Southern California Law Review* 1059, (1987), (1059-1082).
- NAZZINI, Renato: "Are Claims for Tortious Damages for Breach of the Antitrust Rules Arbitrable in the European Union? Some Reflections on the CDC Case in the Court of Justice", *Italian Antitrust Review*, 3(1). (2016), (70-86).
- OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami: *Medeni Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku* (1. Cilt), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- ÖZBAY, İbrahim/KORUCU, Yavuz: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.6; YEŞİLIRMAK, Ali: "Legal Framework", *Arbitration in Turkey*, (Yeşilirmak, Ali/Esin, İsmail, G., Ed.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015.
- ÖZEL, Sibel: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal, İstanbul, 2008.
- POUDRET, Jean-François/BESSION, Sébastien: *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, London, 2007.
- REDFERN, Alan/HUNTER, Martin/BLACKABY, Nigel/PARTASIDES, Constantine: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, London, 2005.
- SAJKO, Kresimir: "On Arbitrability in Comparative Arbitration - An Outline", *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, 60(5), 2010, (961-969).

- SARITAŞ, Hatice: "4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları", *Sayıştay Dergisi*, S.59, 2005, (141-157).
- STEMPEL, Jeffrey W.: "Pitfalls of Public Policy: The Case of Arbitration Agreements" (Public Policy), 22 *St. Mary's L.J.* 298, 355 (1990).
- STRONG, Stacie, I.: "Monism and Dualism in International Commercial Arbitration: Overcoming Barriers to Consistent Application of Principles of Public International Law", *University of Missouri Legal Studies Research Paper Series*, No. 2012-39, <http://ssrn.com/abstract=2189905> (Son Erişim:22.06.2017).
- ULUÇ, Didem: *Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları*, Rekabet Kurumu, Ankara, 2012.
- WEIGAND, Frank-Bernd/BAUMANN, Antje: "Introduction", *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, (Weigand, Frank-Bernd, Ed.) Oxford University Press, Oxford, 2010.
- YEŞİLIRMAK, Ali: "Legal Framework", *Arbitration in Turkey*, (Yeşilirmak, Ali/Esin, İsmail, G., Ed.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015.
- YILMAZ, Ejder: "Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı", *DEÜHFD*, C. 16, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, 2014, (531-554).
- YONGALIK, Aynur: "İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi", *AÜHFD*, 60(1), 2011 (1-15).
- Internet Kaynakları
- Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/MLARB-explanatoryNote20-9-07.pdf> (Son Erişim 15.05.2017)
- HMK Tasarısı: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf> (Son Erişim: 12.09.2017)
- International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, Queen Mary University/White&Case, 2015, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf> (Son Erişim: 18.03.2017)
- MTK Tasarısı: <http://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0874.pdf> (Son Erişim:12.09.2017)
- Türk Yargı Kararları  
(Tüm Kararlara Erişim: [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))
- Yargıtay İBGK, 23.10.1972, E:1972/2, K:1972/12.
- Yargıtay HGK, 03.07.1974, E:1972/5-1450, K:1972/810.
- Yargıtay HGK, 15.04.1987, E:1986/3-413, K:1986/325.
- Yargıtay HGK, 01.02.1995, E:1994/11-465, K:1995/39.
- Yargıtay HGK, 15.04.1998, E:1998/19-256, K:1998/279
- Yargıtay HGK, 05.05.1999, E:1999/15-235, K:1999/273
- Yargıtay HGK, 19.03.2003, E:2003/15-142, K:2003/182.
- Yargıtay HGK, 08.02.2012, E:2011/13-568, K:2012/47.
- Yargıtay HGK, 30.09.2015, E:2013/1847, K:2015/2020.
- Yargıtay 3. HD, 02.12.2004, E:2004/13018, K:2004/13409.
- Yargıtay 4. HD, 14.05.1974, E:1973/2094, K:1974/2496.
- Yargıtay 4. HD, 29.01.1980, E:1979/10780, K:1980/991.
- Yargıtay 4. HD, 17.06.2003, E:2002/14825, K:2003/8201.
- Yargıtay 11. HD, 13.02.2001, E:2000/10659, K:2001/1904.
- Yargıtay 11. HD, 18.10.2001, E:2001/5995, K:2001/8030.
- Yargıtay 11. HD, 06.10.2016, E:2016/725, K:2016/7777.
- Yargıtay 13. HD, 16.04.1974, E:1974/439, K:1974/923.
- Yargıtay 13. HD, 25.12.1995, E:1995/10533, K:1995/11673.
- Yargıtay 13. HD, 17.04.2012, E: 2012/8426, K:2012/10349
- Yargıtay 13. HD, 13.11.2012, E: 2011/19737, K:2012/25406
- Yargıtay 15. HD, 26.12.1978, E:1978/2090, K:1978:2486.

Yargıtay 15. HD, 18.03.1986, E:1985/3919, K:1986/1044.

Yargıtay 15. HD, 09.05.1994, E:1994/408, K:1994/2970.

Yargıtay 15. HD, 08.10.1998, E:1998/3612, K:1998/3775.

Yargıtay 15. HD, 27.06.2007, E:2007/2145, K:2007/4389.

Yargıtay 15. HD, 25.12.2007, E:2007/429, K:2007/8164.

Yargıtay 15. HD, 17.11.2008, E:2008/5601, K:2008/6837.

Yabancı Yargı Kararları

Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV, C-126/97, ECR 1999 I-03055.

İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 118 II 193 (1992)

İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 132 III 389 (2006).

İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 141 III 201 (2015)

İsviçre Federal Mahkemesi, 4P.119/1998, ASA Bulletin 1999, s.529. (Yayımlanmamış karar)

Meadows Indemnity v. Baccala & Shoop Insurance Services, 760 F Supp 1036, (EDNY 1991)

Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 473 U.S. 614 (1985).