



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

29

YIL:7, SAYI:29, OCAK 2017

www.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ/OWNER

Yılmaz AKÇİL

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi

*

GENEL EDİTÖR/GENERAL EDITOR

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

*

EDİTÖR/EDITOR

Dr. Veli KARATAŞ

Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF

Fethullah SOYUBELLİ

Hâkim

*

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Mustafa ARTUÇ

Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

Ahmet ŞANSAL

İnsan Kaynakları ve Destek Hizmetleri Daire Başkanı

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

*

KAPAK TASARIM/DESIGN

Menekşe ÖRME

*

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ

PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı

Çankaya/Ankara

Tel: 312 489 81 80 • Faks: 312 489 81 01

E-posta: bilimsel.dergi@taa.gov.tr

Web: www.taa.gov.tr

BASKI

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

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
4. Makalelerin www.taa.gov.tr adresinde bulunan makale gönder butonu ile gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.
5. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar Kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca yazılması zorunludur.
6. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto yazılmalı "Calibri" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atıf sistemi kullanılmalıdır.
8. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az ve 10.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
9. Yazarın akademik ünvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın mesleği, ünvanı, elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
10. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 2 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
11. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara beş adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.

- Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
- Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
- Derginin elektronik versiyonuna www.taa.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

DANIŞMA KURULU*

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
Prof. Dr. Adem SÖZÜER
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ
Prof. Dr. Ali Şafak BALI
Prof. Dr. Arzu OĞUZ
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ
Prof. Dr. Aydın GÜLAN
Prof. Dr. Ayhan DÖNER
Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN
Prof. Dr. Cem BAYGIN
Prof. Dr. Cemal ŞANLI
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ
Prof. Dr. Emine AKYÜZ
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
Prof. Dr. Ersan ÖZ
Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
Prof. Dr. Fügen SARGIN
Prof. Dr. Halil AKKANAT
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Prof. Dr. Hamide ZAFER
Prof. Dr. Hasan AYRANCI
Prof. Dr. Hasan BACANLI
Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Prof. Dr. Hasan TUNÇ
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ
Prof. Dr. İbrahim AYDINLI
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Prof. Dr. İsmail KAYAR
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ
Prof. Dr. Kadir ARICI
Prof. Dr. Kamil Ufuk BILGIN

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK
Prof. Dr. Kudret GÜVEN
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN
Prof. Dr. Mehmet DEMİR
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE
Prof. Dr. Mahmut KOCA
Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR
Prof. Dr. Melikşah YAŞIN
Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU
Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Prof. Dr. Murat ATALI
Prof. Dr. Murat DOĞAN
Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN
Prof. Dr. Mustafa AKKAYA
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN
Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK
Prof. Dr. Nevzat KOÇ
Prof. Dr. Nihat BULUT
Prof. Dr. Nuray EKŞİ
Prof. Dr. Oğuz SANÇAKDAR
Prof. Dr. Osman DOĞRU
Prof. Dr. Osman İSFEN
Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
Prof. Dr. Süha TANRIVER
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI
Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Prof. Dr. Vahit DOĞAN
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR
Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ
Prof. Dr. Yavuz ATAR
Prof. Dr. Yener ÜNVER
Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI.....1	
Vergi Kaçakçılığı Suçuna Katılma (İştirak) ve Mali Müşavirlerin Adli Ceza Sorumluluğu	
<i>Participation in Tax Evasion Crime and Criminal Liability of Financial Advisors</i>	
Doç. Dr. Naim DEMİREL.....23	
Suriye'deki Silahlı Çatışmalar Karşısında Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin Hukuki Analizi	
<i>A Legal Analysis of the Montreux Convention Regarding the Turkish Straits Vis-À-Vis the Armed Conflicts in Syria</i>	
Doç. Dr. Selda ÇAĞLAR.....39	
Hırvatistan'da Yaşayan Romanlara Yönelik Temel Hak ve Özgürlük İhlalleri	
<i>Violations of Basic Rights and Freedoms of the Romany Living in Croatia</i>	
Yrd. Doç. Dr. Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL.....85	
Robot Hukuku	
<i>Robot Law</i>	
Yrd. Doç. Dr. Emrah KULAKLI.....113	
Taşınmaz Satışında Hasarın Geçişi	
<i>Passing of Risk on Sale of Real Estate</i>	
Yrd. Doç. Dr. Serhan DİNÇ.....135	
6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketin Unsurları ile Limited Şirketlerde Pay ve Ortak Kavramları	
<i>The Elements of Limited Company, Concepts of Share and Shareholder According to Turkish Commercial Code Numbered 6102</i>	

Öğr. Gör. Esra UYGUN - Prof. Dr. Adnan GERÇEK	167
<i>Anayasa Mahkemesinin Vergilendirme Alanındaki Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi</i>	
<i>Evaluation of Individual Applications Decisions in the Field of Taxation of Constitutional Court</i>	
Dr. Osman SARIASLAN.....	193
Takdire Dayalı Tarhiyatlarda Sistem Eleştirisi ve Reform İhtiyacı	
<i>A Criticism of System and Need for Reform in Discretionary Assessments</i>	
Dr. Emre AKBULUT.....	225
<i>Kamu Görevlileriyle İlgili İdari Davalarda Adil Yargılanma Hakkının Uygulanabilirliği:</i>	
<i>Pellegrin'den (1999) Baka'ya (2016) İHAM Perspektifi</i>	
<i>The Applicability of the Right to Fair Trial to Administrative Cases Regarding the Public Servants:</i>	
<i>The ECtHR's Perspective From Pellegrin (1999) to Baka (2016)</i>	
Arş. Gör. Emre KARABACAK.....	255
İşe İade Kararları ve İcra Edilebilirliği	
<i>Reemployment Decisions and Their Perform Ability</i>	
Arş. Gör. Mehmet GÖDEKLİ.....	277
Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık	
<i>Effective Repentance in Turkish Criminal Doctrine and Practice</i>	
Arş. Gör. Mehmet Akif GÜL.....	361
New York Sözleşmesi Bağlamında Hukukî Dinlenilme Hakkının İhlâli	
<i>Violation of Due Process in accordance with the New York Convention</i>	
Arş. Gör. Sibel CAN.....	407
İdari Para Cezası	
<i>Administrative Fine</i>	

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER / ARTICLES

VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNA KATILMA (İŞTİRAK) VE MALİ MÜŞAVİRLERİN ADLİ CEZA SORUMLULUĞU

Participation in Tax Evasion Crime and Criminal Liability of Financial Advisors

Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI¹

Geliş Tarihi: 12.07.2016 Kabul Tarihi: 07.10.2016

ÖZET

Vergi kaçakçılığı suçu tek başına işlenebileceği gibi birden fazla kişinin katılımı ile de işlenebilir. Bunlar vergi mükellefi, vergi sorumlusu veya mali müşavir gibi mükellefle ilişki halinde olan kişiler olabileceği gibi üçüncü kişiler de olabilir. Bu çalışmada meslek mensubu mali müşavirler yanında vergi mükellefi ile birlikte çalışan kişilerin işlenen kaçakçılık suçundaki sorumlulukları tespit edilmeye çalışılacaktır. Suça katılma, suçun özel halleri olması nedeniyle Vergi Usul Kanunu (VUK) ve Türk Ceza Kanunu (TCK) ilişkisi, bu kapsamda üçüncü kişilerin ceza sorumlulukları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Vergi kaçakçılığı, katılma, iştirak, faillik, azmettirme ve yardım.

ABSTRACT

Tax evasion crime can be processed by a perpetrator or processed in collaboration with more than one person. Those can sometimes be a taxpayer, a tax liability or a financial advisor who has a relationship with taxpayers, and sometimes third parties. In this study the responsibility of financial professions and the workers of taxpayers on the tax evasion crime will be clarified. In this article, participation of tax evasion and the responsibilities of third parties is examined in Tax Procedure Code and Turkish Penal Code, as a result of the participation of tax evasion has special forms of crime.

Keywords: Tax evasion, participation, participation of crime, principal, abetting and aiding.

GİRİŞ

Vergi suçları içerisinde yer alan kaçakçılık suçu bir kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişi tarafından da işlenebilir. Bu birden fazla kişi mükellefin çalışma arkadaşı, ortağı, mali müşaviri olabileceği gibi üçüncü kişiler de olabilir. Aynı zamanda mali müşavirleri bu işin mutfağında da olan kişidir. Suç fiiline yakındır. Yerine göre yol gösteren yerine göre akıl verendir. Dolayısıyla bu kişiler suça ortak olmaya da çok yakındırlar. Bu çalışmada meslek mensuplarının sorumluluğu ceza hukuku açısından ele alınarak incelenecektir. Çoğu incelemelerde meslek mensuplarının vergi ve vergi ziyayı cezası sorumluluğu incelenirken suça iştirak kapsamındaki adli ceza sorumluluğu göz ardı edilmektedir. Çalışmada bu hususa daha çok dikkat edilecektir.

¹ Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, bayrakli@aku.edu.tr

Suçta iştirak ceza hukukunun suçun özel görünüm halleri içerisinde yer almaktadır. Özel olması çok failli suçları bir kenara bırakırsak tek kişi tarafından işlenebilecek bir suçun bir irade birliği ve suça katkı sağlama olarak birlikte işlenilmesi “bir elin nesi var, iki elin sesi var” söylemine uygun olarak daha kolay ve daha çabuk işlenebilecektir. İşte bu kolaylık nedeniyle suça katılan kişiler için de bir sorumluluk düzenlenmiştir. Bu sorumluluklardan biri de cezai sorumluluktur.

Vergi suçlarında VUK özel bir kanundur. TCK ise genel bir kanundur. Hukukun genel prensipleri içerisinde bir konuda özel kanun varsa öncelikle özel kanun uygulanır. Hüküm yoksa genel kanuna bakılır. Suçların özel halleri içerisinde yer alan suça katılma uygulama birliği sağlasın diye genel kanunda düzenlenmiştir. Bu nedenle bu çalışmada TCK’da yer alan suça katılma hükümleri incelenecektir. Bunun kaçakçılık fiilleri açısından nasıl uygulanacağı irdelenmeye çalışılacaktır. Çalışmada açıklayıcı betimleme yöntemi uygulayarak suça katılmanın ne olduğu ve vergi kaçakçılık suçu açısından nasıl uygulanacağı konuları incelenecektir.

I. SUÇA KATILMA KAVRAMI, TANIMI VE CEZA HUKUKU AÇISINDAN ÖNEMİ

Suçta katılma (iştirak) ceza hukuku yazınında suçun sayısı konusunda tartışıla gelmiştir. Suç birliği görüşünde suçun tek olduğu suça katılan birden fazla kişinin ise suçun oluşumundaki payı nispetinde sorumlu olduğunu kabul etmektedir. Suç ayrılığı teorisinde ise, fail sayısınca suçun olduğu ileri sürülmüştür. TCK’nın suç birliği görüşünden yana olduğu, iştirak halinde ortakların fiillerinin bağımsız bir suçu oluşturmadığı görüşü hâkim olmaktadır².

Suçta katılanların cezalandırılması konusunda ise eşitlik, ikilik ve faile göre sorumluluk sistemleri bulunmaktadır. TCK dar faillik esası benimsenerek faillik ve şeriklik (ortaklık) ayırımı yapılmıştır³. Çalışmanın amacına uygunluk açısından bu sistemler üzerinde durulmayacaktır.

A) SUÇA KATILMA KAVRAMI VE TANIMI

Suçta katılma, bir gerçek kişi tarafından işlenebilecek bir suçun suça katılma iradesi altında birden fazla gerçek kişi⁴ tarafından işlenip sonuçlandırılması eylemidir. Burada gerçek kişi ifadesinin yer almasının nedeni TCK açısından cezaların şahsiliği ilkesi gereği tüzel kişilerin sorumluluğu olmasa da VUK’da tüzel kişilerin işlediği hukuka aykırı fiiller nedeniyle vergi kabahatlerinde

² Mehmet Emin Artuk- Ahmet Gökçen- A. Caner Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi Madde 1-50, C I, Genişletilmiş B 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 1219.

³ Artuk- Gökçen- Yenidünya, s.1221.

⁴ Şafak Ertan Çomaklı, “Adli Nitelikteki Vergi Suçlarında Fail ve Ceza Sorumluluğu”, www.kazanci.com/-kho2/hebb/hebb-ekonomi.htm, 10.06.2016.

ceza sorumluluğu bulunmaktadır. Eğer tüzel kişi kaçakçılık suçunu işlemiş ise sorumlu kişinin suçu işleyen olduğu da belirtilmiştir. Dolayısıyla tüzel kişilik kaçakçılık suçu işlemiş olması halinde sorumlu kişi suç fiilini işleyen gerçek kişidir⁵.

Suçta katılma tanımını şu öğelerden oluşur.

1. Bir Gerçek Kişi Tarafından İşlenebilecek Bir Suç Olmalıdır

Tek kişi tarafından işlenebilecek suçlara ferdi (bireysel) suçlar⁶ da denir. Çok failli suçlar katılma olarak nitelendirilmez. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK md 220) ve (TCK md 252) rüşvet suçları çok failli suçlardandır. Defterleri yok etme tek kişi tarafından işlenebilecek suç olmasına karşılık diğer kişi de bunları denize atmak için taşırırsa kaçakçılık suçuna katılmış olur.

2. Birden Fazla Failin Suça Katılması Gerekir

Katılmadan söz edebilmek için suça birden fazla kişinin katılması gerekir. Birden fazla kişi aşağıda ifade edilecek olan çok failli suçlar içerisinde olmamalıdır. Fazla vergi ödediği düşüncesi ile iş gören kişiye yazdığı faturaları yok et derken, diğeri de faturaları yakıyorsa birden fazla kişi kaçakçılığa katılmış olur.

3. Katılma Bizzat Suç Fiillerini İşlemek Şeklinde Maddi Olabileceği Gibi Manevi Katılma Şeklinde de Olabilir

Katılım suçun işlenmesine bil fiil maddi katılma şeklinde olabileceği gibi manevi katılma şeklinde de olabilir. Suça bil fiil katılma kanunda faillik ve maddi yardımda bulunma şeklinde olabileceği gibi azmettirme ve manevi olarak suç işleme isteğinin teşvik edilmesi şeklinde de olabilir. Biri vergi vermenin enayilik olduğu bu nedenle defterlerini yok etmesi gerektiği söylerken biri de defterleri yakarsa biri kaçakçılığa azmettirirken diğeri de fail olarak kaçakçılık suçu işlemiş olacaktır.

4. Katılanlarda Birlikte Suç İşleme İradesi Olmalıdır

Katılmadan söz edebilmek için fail ve şerikler arasında aynı suçu işleme iradesi olmalıdır. İki kişi farklı amaçlarla girdikleri işyerinde biri hırsızlık yaparken diğeri etkisinde kaldığı bir olayın uzantısı olarak kişiyi döverse olayda suç işlemede birlik yoktur. Her bir fail farklı amaçlarla işlemiş olduğu suç nedeniyle sorumlu olacaktır. Biri muhasebe hilesi yaparken diğeri sahte belge basarsa olayda suç işleme iradesinde birlik yoktur.

⁵ Yusuf Karakoç, Vergi Ceza Hukuku Genel Kısım Vergi Kabahatleri Vergi Suçları, Yetkin Basım Yayım Dağıtım, Ankara, 2016, s.105.

⁶ Haydar Metiner- E. Ahsen Koç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Madde 37-75, C II, Ankara, 2008, s. 1107.

5. Suçun İcrasına Başlanılması Bütün Şerikler İçin Aynı Suça Yönelik Olmalıdır

Katılanların ortak iradesini oluşturan suç fiilinin gerçekleştirilmesine başlanılmış olmalıdır. İki kişi anlaşarak bir iş yerinde sahibini dövmek için giderken başka biri kavgadan sonra olay yerine gelip hırsızlık yapmış ise suçun işlenmesine birlikte başlamak söz konusu değildir. İki ayrı suç söz konusudur. Bir başka örnekte ise, üç kişi hırsızlık için anlaşmış ve saat 3'te buluşmak üzere ayrılmıştır. İkiisi sabah 03 hırsızlık için mekâna girmiştir. Gözcülük yapacak üçüncü kişi ise saat 3'ü 15 anlayarak saat 15'de belirlenen mekânda gözcülük yapmaya başlamış ise gözcünün suça katılımı söz konusu olmayacaktır. Yetkisiz matbaada fail fatura basarken yanındaki arkadaşı başka bir ilan basmakta ise suça katılmadan söz edilemez.

6. Maddi veya Manevi Katılım İllî Bir Değer Taşımaktadır

Suçta maddi veya manevi katılımın suçun oluşumunda bir payı olmalıdır. Suçun oluşumunda payı olmayan her hareket suça katılma olarak değerlendirilmez. Üç kişiden ikisi binada hırsızlık yaparken üçüncü kişi aşağıda gözcülük yaparken oradan geçmekte olan arkadaşı kendisiyle konuşurken suçtan hiç haberi olmayan bu dördüncü kişi suça katılan olarak değerlendirilemez. Kaçakçılık suçunda iki kişi defterleri yok ederken üçüncü kişinin yanlarında şarkı söylemesi suça katılma olarak değerlendirilemez.

B) KATILMA KAVRAMININ CEZA HUKUKU AÇISINDAN ÖNEMİ

Katılma ceza hukukunun önem verdiği toplumda suç işleme oranının azaltılması veya sonlandırılması, kamu düzeninin sağlanması ve toplum sağlığını koruma gibi önem verdiği konuların daha çabuk ve daha kolay bir şekilde işlenmesini sağlayacak kurumlara da sessiz kalmaması gerekirdi. Böyle de olmuştur. Kanun koyucu suçun daha kolay, daha çabuk ve yakalanma riskini en aza indirerek işlenmesine karşı iştirak hükümlerini düzenlemiştir⁷.

İştirakte ortakların suça katılım şekline göre faillik, azmettirme ve yardım şeklindeki düzenleme her failin ayrı ayrı cezalandırılması esas alınmıştır. Vergi kaçakçılığında sahte faturayı düzenleyen ile bu düzenleme sırasında katkı sağlayan veya suçtan sonra yardım edeceğini söyleyen aynı olmamalıdır. Hepsine aynı miktarda ceza verilmesi de adalete çok uygun değildir. Bu nedenle kanun koyucu TCK'da katılma hükümlerine yer vermek suretiyle adaletin gerçekleşmesine daha çok yardım etmiş olmaktadır.

⁷ Devrim Aydın, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 42.

II. ÇOK FAİLLİ SUÇLAR VE SUÇA İŞTİRAK KAVRAMI ARASINDAKİ FARKLARI

Çok failli suçlar, kanunda düzenlenen suçun gerçekleştirilebilmesi için zorunlu olarak birden fazla kişinin suç işlenmesinde rol aldığı suçlardır. Bu suçların bir kişi tarafından işlenebilmesi söz konusu değildir. Rüşvet suçu (TCK md 252) çok failli suçlara örnek teşkil eder. En az iki kişi bulunması gerekir. Biri rüşvet veren, diğeri ise rüşvet alandır. Çok failli suçlarda faillerin birden fazla olacağına kanunda belirtilmesi, bu faillerden her birinin ihmali veya icrai bir harekette bulunması ve bu hareketlerin de kanuni tarifte yer alması gerekmektedir⁸.

Çok failli suçlar da kendi arasında yakınsama (tekarüb, yakınlık kurma, yaklaşma) ve karşılaşma (telaki, suçta buluşma) olarak ikiye ayrılmaktadır⁹. Yakınsama suç işlemek için örgüt kurma veya kurulu suç örgütüne üye olmada en az üç kişinin bir araya gelmesidir (TCK md 220). Suçun işlenmesine katılanlar fail olarak değerlendirilir. Karşılaşma ise, farklı yönlerde hareket etseler bile aynı amaç doğrultusunda birleşen kişilerin birlikteliğidir. Amaç aynı fakat hareketler farklı olabilir. Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız olarak imal eden, ithal eden veya satan kişilerin oluşturduğu birliktelik suçta bulaşmadır (TCK md 188).

İştirak kavramı ise çok failli suçlardan farklılıklar içerir. Benzeştikleri nokta suçun oluşumunda birden fazla kişinin bulunmasıdır. Ayrıldıkları noktalar ise, çok failli suçlarda bu birliktelik zorunludur. Çok failli suçlarda birden fazla kişi yoksa suçun oluşumu söz konusu değildir. Oysa katılmada tek başına bir kişinin işleyebileceği bir suçun birden fazla kişinin katılımıyla işlenmesinde zorunluluk bulunmamaktadır. İştirakte katılanlar suçun oluşumundaki pay göz önünde tutularak kanunda yer alan şekilde cezalandırılma yoluna gidilmektedir.

III. SUÇA KATILMA TÜRLERİ

TCK'da suçta katılma türleri olarak faillik, azmettirme ve yardım etme olarak düzenlenmiştir. Bu türler aşağıda incelenecektir.

A) FAİLLİK

Faillik doğrudan faillik ve dolaylı faillik olmak üzere iki alt başlıkta düzenlenmiştir.

1. Doğrudan Faillik

Doğrudan faillik ceza kanunlarında yasaklanan hukuka aykırı fiili gerçekleştiren kişi veya kişilerdir. Hukuka aykırı fiili gerçekleştiren kişilerin sayısı ve amaçlarına göre tek başına faillik ve birlikte faillik olarak nitelendirilmektedir.

⁸ Fulya Mercimek- Adnan Gerçek, "Vergi Kaçakçılık Suçuna İştirak ve Cezai Sorumluluk", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y 4, S 14, Temmuz 2013, s.191.

⁹ Artuk- Gökçen- Yenidünya, s. 1235.

a) Tek Başına Faillik

Tek başına faillik aslında suçlardaki fail kavramını ifade etmek için kullanılmaktadır. Bir tek kişinin kanunda yer alan hukuka aykırı fiilleri tek başına işleyen kişi faildir. Cezalandırılmasında da kanunda öngörülen ceza ile cezalandırılmaktadır. Tek başına hırsızlık eden, doğru yazdığı faturayı silerek yerine gerçeği yansıtmayan bilgiyi yazan kişi tek başına fail olarak kabul edilir ve cezalandırılır.

b) Birlikte Faillik

Birlikte faillik (müşterek faillik) ise, birlikte suç işleme kararına bağlı olarak birden fazla kişinin fiilin icrası üzerinde hâkimiyet kurarak suç hareketlerini birlikte gerçekleştirmeleridir¹⁰. Bu konudaki kanuni düzenleme şöyledir. “(1) Suçun Kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur” (TCK md 37/1).

Birlikte faillik şu öğelerden oluşur.

- i. Suçun işlenmesinde birden fazla kişi bulunur,
- ii. Failler arasında birlikte suç işleme kararı ve iradesi vardır,
- iii. Müşterek faillerin suç hareketlerini gerçekleştirmede fiil üzerinde bir hâkimiyeti söz konusudur.
- iv. Suç hareketleri birlikte gerçekleştirilir.

Birlikte faillğe şu örnek verilebilir. Üç kişi anlaşarak birini dövmeye giderse, kişilerden her biri mağdura vurmaya başlarsa birlikte faillik söz konusu olur. Vergi kaçakçılık suçunda ise mükellef vergi matrahını yükselten hesapların yer aldığı yaprakları defterin dibinden yırtarken arkadaşının hazırladığı yaprakları yırtılan yerlere yapıştırmasında birlikte faillik söz konusu olur.

Birlikte faillğe kanunun yüklediği sonuç, birlikte faillerin her birinin işlemiş olduğu suçtan fail olarak sorumlu olmasıdır.

2. Dolaylı Faillik

Suç işlemek isteyen kişi suç fiillerini bizzat kendisi işlemeyip bir başkasını şu ya da bu nedenle suçun işlenmesine yönlendirerek araç olarak kullanması dolaylı faillik olarak adlandırılmaktadır. TCK bu konuyu şu şekilde düzenlemiştir. “(2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır” (TCK md 37/2). Çay bahçesinde oturan kızların çantasının bir çocuğu suç aracı olarak aldırırsa kendisi de hırsızlık suçunun faili olarak değerlendirilir. Suç aracı olarak kullanılan kişi kusur yeteneğine sahip değilse suçun nitelikli şekli ile karşılaşılır. Kişinin

¹⁰ Artuk- Gökçen- Yenidünya, s. 1226.

temyiz gücünün olmaması, yaşının 18'den küçük olması veya sair nedenlerle kusur yeteneği bulunmayan kişi olması halinde verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılmaktadır. Vergi kaçakçılık suçunda işletme sahibinin alınan gider faturalarındaki tutarları silerek yüksek değerlerin yazılması istemesi durumunda çalışan suç aracı olarak kullanılmış olacaktır. Bu kişi çocuksa verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılacaktır.

B) AZMETTİRME

1. Azmettirme Kavramı ve Tanımı

Azmettirme, suç işleme düşüncesi olmayan bir kişinin suçu işleme konusunda ikna edilerek ve gayret gösterilerek suç işleme kararının oluşturularak suçun işlenmesi halidir¹¹. Bu tanımdan hareketle azmettirme şu özellikleri taşır;

- i. Failde azmettirme öncesinde suç işleme düşüncesi yoktur,
- ii. Azmettiren failde suç işleme düşüncesini oluşturur,
- iii. Azmettiren faili suç işlemeye ikna etmede gayretlidir,
- iv. Failde suç işleme iradesi azmettirenin etkisinde kalarak oluşur,
- v. Azmettirme doğal olarak kasıtlı işlenebilecek suçlar için söz konusudur,
- vi. Suç işlenmiş olmalıdır.

Azmettirme bireysel suçlar için söz konusu olduğu gibi örgütlü suçlar için de söz konusudur. Örnek verilecek olursa, genç yaşta eşine karşı işlenen cinayete karşı çocuğunu "babasının kanının yerde kalmamasını" öğütleyerek yetiştiren annenin çocuğuna tabancayı vererek "öcümüzü al" demesi tipik azmettirme örneklerindedir. Ödediği vergilerin yerinde kullanılmadığı düşüncesine kapılan kişinin arkadaşını sahte evrak düzenleyerek devlete gidecek paranın yanında kalmasını öğütleyen kişi de azmettirici olarak sorumlu olmalıdır.

Özgü suçlarda aynı özellikleri taşımayan kişiler de azmettirici olarak katılabilir¹². TCK bu konuyu "bağlılık kuralı" olarak düzenlemiştir¹³. "(2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur" (TCK md 40/2).

Vergi mükellefi olan kişiyi vergi mükellefi olmayan kişiler faturada tahrifat yapması konusunda ikna ederek kaçakçılık suçuna şerik olarak katılabilirler.

¹¹ Aydın, s. 165.

¹² Seydi Kaymaz, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçişi Sorunu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, S 2, s. 121.

¹³ Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, Yenilenmiş B 6, İstanbul, 2014,s.491.

Azmettirme işlenmiş suçlar için söz konusudur. Düşünce planında ve hazırlık aşamasında kalmış azmettirme için suçun işlenmemiş olması nedeniyle sorumluluk da söz konusu olmayacaktır.

2. Azmettirmede Ceza

Azmettirmede verilecek ceza işlenen suç için kanunda öngörülen cezadır. Azmettiren ile fail arasında alt soy- üst soy ilişkisi varsa azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi durumunda da aynı ceza uygulanır. Çocukların suça azmettirilmesi ile alt soy –üst soy ilişki halinde cezaların artırılmasının nedeni bu kişilerin suça itilmesinde ikna edilmesi üçüncü şahıslara göre daha kolay olmasındadır.

Örgütlü suçlarda azmettirenin tespitinin zorluğu karşısında kanun koyucu azmettirenin kim olduğunu ortaya çıkaran fail ve suç ortakları için cezalarda indirimde gidilmiştir. Kanundaki cezalar ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına, diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabileceği hüküm olunabileceği belirtilmiştir (TCK md 38/3).

Kaçakçılık suçunda katılan kişinin bir yararı yoksa ceza yarı oranında indirilecektir. Bu kanunda şöyle düzenlenmiştir. *“359 uncu maddede yazılı suçların işlenişine iştirak eden suç ortaklarının bu suçların işlenmesinde menfaatinin bulunmaması halinde, Türk Ceza Kanunu’nun suça iştirak hükümlerine göre hakkında verilecek cezanın yarısı indirilir”* (VUK md 360).

C) YARDIM ETME

1. Yardım Etme Kavramı ve Yardım Şekilleri

Yardım etme suçun işlenmesine hem maddi hem de manevi şekilde katkı sağlama şeklinde kanunda düzenlenmiştir. Yardım etme suçun başladığı andan neticenin meydana geldiği ana kadar yapılabilir¹⁴. Yardım etme için önemli bir ölçü, yardım ederken faillığe yol açacak şekilde fiil üzerinde hakimiyet kurma boyutuna ulaşmaması gerekir¹⁵.

Yardım etme şu şekillerde olabilir;

¹⁴ Veli Özbek- Mehmet Nihat Kanbur- Koray Doğan- Pınar Bacaksız- İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş B 5, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 569.

¹⁵ Onur Özcan, Vergi Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 251.

a) Suç İşlemeye Teşvik Etmek

Teşvik “şevklendirme” demektir. Şevk, heves, istek, içten arzu demektir. Teşvik ise, özendirme, kışkırtma, isteklendirme demektir¹⁶. Suça iştirak açısından bunu değerlendirirsek, suç işleme düşüncesi olan fakat bu fikrini uygulamaya koymamış olan kişiye bu fikrini gerçekleştirmenin zaman ve mekân olarak uygun olduğu düşüncesini empoze ederek suça itilmesidir. Azmettirme de ise hatırlanacağı gibi suç işleme fikri olmayan kişide suç işleme düşüncesinin oluşturulmasıdır¹⁷.

Kaçakçılık için bunu örnekendirirsek, çok vergi ödediğini, karşılığında beklediği hizmetini göremediğini ve ceza alma kaygısı olsa da bunu yapabileceğini söyleyen mükellefe, haklı olduğunu, tam da bu ara incelemelerin sulandırıldığını bu fikrini hayata geçirmek istiyorsa şimdi zamanı olduğunu söyleyen kişi teşvik etmiş olacaktır.

b) Suç İşleme Kararını Kuvvetlendirmek

Suç işlemeye karar vermiş olan kişinin bu kararının artık uygulanması gerektiğini söyleyerek düşünce aşamadan icraat aşamasına geçirilmesi işlemidir. Belgelerdeki kayıtları silmek isteyen kişinin bunun için kimyasal madde aldığı ama bu işi yaparken endişe taşıyan kişiye düşüncesinde haklı olduğunu, hemen icraata başlamasının gerektiğini söyleyen kişi suç işleme kararını kuvvetlendirmiş olur. Son günlerde fıslıtı gazetesinde denetimlerin sıklaşacağı bu nedenle bunu bir an önce gerçekleştirmesi gerektiğini söyleyen kişi kaçakçılık suçunu işlemek kararı olan kişinin bu kararını kuvvetlendirmiş olacaktır.

Suç işlemeye teşvikten farkı, teşvikte bir karar olmasına karşı kararı kuvvetlendirmede bir karar bulunmaktadır. Bu karar icraat aşamasına geçmesini sağlamış olacaktır¹⁸.

c) Fiilin İşlenmesinden Sonra Yardımda Bulunacağını Vaat Etmek

Suç fiilinin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suç işlenmesini garantiye alan ve suçun getirdiği olumsuzlukları en aza indirebilecek şekilde katkı sağlayacağı vaadinde bulunmaktır. Vaat geleceğe ilişkin bir söz vermedir. Verilen söz suç failine maddi ve/ veya manevi katkı sağlamaya yöneliktir.

¹⁶ Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Yenilenmiş B 4, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.757.

¹⁷ Artuk- Gökçen- Yenidünya, s. 1315.

¹⁸ Artuk- Gökçen- Yenidünya, s.1315.

Maddi yardım kendisine avukat tutmada, hapse girerse eşine, çocuklarına ve ailesine bakmak, her hangi bir ödemede bulunacaksa bu ödemeyi sağlamak maddi yardım kapsamındadır. Sahte fatura düzenleme nedeniyle hapis cezası alan failin işyerini çalıştırmak, çalışmadığı günler için hesabına para yatırmak, ailesine para yardımı yapmak vaadi maddi yardım kapsamındadır.

Manevi yardım ise, failin toplum nezdinde oluşacak kötü imajını engellemeye yönelik girişimlerdir. Yetkisiz olarak sahte evrak basan matbaa sahibinin yakalanmadan önce yerel veya ulusal gazetelerde ne kadar dürüst ve vatansız olduğunu, toplum nezdinde prim yapan davranışlara sahip olduğunu yazmak, suçlu olarak görülmediği her hareketinin iyiliksever olduğu imajının yayılması, cezadan kurtulmak için akıl verilmesi manevi yardım kapsamındadır.

d) Suçun Nasıl İşleneceği Hususunda Yol Göstermek

Suçun nasıl işleneceği konusunda maddi ve manevi yol göstermek suç yardımına girer. Defter yapraklarını koparmak ve yerine yeni yaprak koymak isteyen mükellefe, hiç iz bırakmadan sayfaların nasıl çıkarılabileceği, noter sayfa sayılarının nasıl değiştirilebileceğini anlatan kişi suç işleme yollarını anlatmak suretiyle yardım etmiş olur.

e) Fiilin İşlenmesinde Kullanılan Araçları Sağlamak

Suçların işlenmesinde bazen araç kullanmak zorunlu olabilir. Adam öldürmede tabanca temini bu kapsamda yardım olarak değerlendirilir. Kaçakçılık fiilleri itibarıyla bakıldığında defter ve belgelerdeki kayıtları hiç iz bırakmadan silmede kullanılacak kimyasal maddenin verilmesi, muhasebe kayıtlarını ayrı bir defter veya hesap üzerinde takip için yazıları ilk etapta görülemeyen defter verilmesi, bilgisayar ortamında tutulacak hesaplarda ise bu kayıtların görülmesini engelleyen program temini araç sağlamak olarak kabul edilebilir.

f) Suçun İşlenmesinden Önce veya İşlenmesi Sırasında Yardımda Bulunarak İcrasını Kolaylaştırmak

Suç işlenmesinden önce yardımda bulunmak suçun niteliğine göre değişir. Adam öldürme suçunda mağdurun kandırılarak cinayet mekânına getirilmesi, hırsızlıkta gözcülük yapılması bu kabil yardımlardandır. Kaçakçılık suçlarında ise defter yaprakları çıkarılırken tutmak, yeni yaprak temin etmek suç öncesi yardımlardandır.

Suç işlendikten sonra failin saklanması için ev temin etmek, dışarı çıkmaması için yiyecek içecek sağlamak, hırsızlık mallarını saklamak suç sonrası

yardımlardandır. Kaçakçılık suçlarında ise, kişinin aranması aşamasında faili evinde saklamak, suç araçlarını saklamak, sahte basılan belgeleri saklamak bu kabil yardımlardandır.

2. Suça Yardım Etmenin Cezası

Suçta yardım etmenin cezası suç failine göre daha indirimlidir. “(1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez” (TCK md 39/1). Kaçakçılık suçlarında taban ceza yukarıda sayılanlardan düşük olması nedeniyle yapılacak indirim cezanın yarısıdır.

Kaçakçılık suçuna yardım eden kişinin bu suçun işlenmesinde bir menfaati yoksa verilecek cezada indirim söz konusudur. Menfaat maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Kanun değişmeden önce bu menfaatin maddi olduğu ifade edilmiş idi¹⁹. Bu durum VUK da şöyle düzenlenmiştir. “359 uncu maddede yazılı suçların işlenişine iştirak eden suç ortaklarının bu suçların işlenmesinde menfaatinin bulunmaması halinde, Türk Ceza Kanunu’nun suça iştirak hükümlerine göre hakkında verilecek cezanın yarısı indirilir” (VUK md 360).

IV. VERGİ KAÇAKÇILIK SUÇUNDA FAİL VE SUÇ ORTAKLARI

Kaçakçılık suçu kendi içerisinde üç grup halinde düzenlenmiş olması nedeniyle faileri de bu üç grup içinde farklı şekilde düzenlenmiştir. Faili itibariyle değerlendirildiğinde “sadece mükellef veya sorumlular tarafından işlenebilir” denilememektedir. Kanunda ifadesini bulan ama çoğu mükellef olma özelliği de taşıyan suç failerine yer verilmiştir. Ancak 359’uncu maddede düzenlenen hürriyeti bağlayıcı cezalar bu fiilleri işleyenler hakkında hükmolunacaktır²⁰. Bu özelliği itibariyle sadece kanunda özellikleri belirtilen kişiler tarafından işlenebilecek olması nedeniyle özgü suçlar içerisinde sayılabilir. Özgü suçlar ise, ancak suçun kanuni tanımında belirtilen nitelikleri taşıyan kişiler tarafından işlenebilecek suçlardır²¹. Kaçakçılık suçu da bu anlamda özgü suçlar içerisinde yer almaktadır. Bu yaklaşıma uyularak suç faili veya suç ortağı olabilecek kişiler üç başlık altında incelenecektir.

¹⁹ ,M. Kamil Mutluer, Vergi Ceza Hukuku, Eskişehir 1979, s. 106; Mehmet Karaarslan, “Ceza Mevzuatında Yapılan Değişikliklerin Vergi Kaçakçılığı Suçuna Etkisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S 64, Yıl 2006, s. 133.

²⁰ Hasan Hüseyin Bayraklı, Vergi Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş B 2, Afyonkarahisar, 2015s. 40.

²¹ Berrin Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, S. 1, s. 183.

A) MÜKELLEF VEYA SORUMLUNUN SUÇ FAİLİ OLMASI

Vergi mükellefi veya sorumlusu olarak kaçakçılık suçu faili olabilecek kişiler şunlardır²².

1. Vergi Kanunlarına Göre Defter ve Kayıt Tutmak Zorunda Olanlar

Vergi Usul Kanununa göre defter tutmakla yükümlü olan gerçek ve tüzel kişiler şunlardır.

- i. Ticaret ve sanat erbabı;
- ii. Ticaret şirketleri;
- iii. İktisadi kamu müesseseleri;
- iv. Dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler;
- v. Serbest meslek erbabı;
- vi. Çiftçiler;

İktisadi kamu müesseseleriyle dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler defter tutma bakımından tüccarların tabi oldukları hükümlere tabidirler (VUK md 172).

Buradaki belirleyici unsur yapılan faaliyetin türüne göredir. Burada bu faaliyet türlerinin ayırıcı özelliklerine girilmemiştir. Aşağıda sayılanlar ise bu faaliyetleri yapmakla beraber kanun koyucu tarafından defter tutma yükümlülüğü kapsamı dışında tutulmuştur.

Defter tutma mecburiyeti aşağıda yazılı gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanmaz:

- i. Gelir vergisinden “muaf olan esnaf ve gerçek usulde vergiye tabi olmayan çiftçiler”;
- ii. Gelir Vergisi Kanununa göre kazançları basit usulde tespit edilenler.
- iii. Kurumlar vergisinden muaf olan:
 - a) İktisadi kamu müesseseleri;
 - b) Dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler.

Yukarıdaki istisna hükümlerinin gelir veya kurumlar vergilerinden muaf olmakla beraber diğer vergilerden birine tabi olan ve bu vergileri götürü usulde tespit edilmeyen mükelleflerin muaf olmadıkları vergiler için tutacakları defterlere şümulü yoktur (VUK md 173).

Kayıt tutma VUK’da çoğu zaman defter tutma, ilgili bilgileri bir deftere

²² Bu başlık altındaki açıklamalar Türkiye Adalet Akademisi tarafından düzenlenen Vergi Usul Kanunu Çerçevesinde Vergi Suçları Sempozyumu 14-17 Nisan 2016 Korel Otel / Afyonkarahisar sempozyumunda tarafımdan bildiri olarak sunulmuştur.

yazma şeklinde yer almıştır. Defter tutma yükümlülüğü kayıt altına alma yükümlülüğünü de beraberinde getirmektedir. Örneğin, VUK 146, 194, 205, 215, 219 uncu maddelerinde düzenlendiği gibi.

Tutulan kayıtlar kanunda aksine bir hüküm olmadıkça VUK'da yer alan belgelerle ispat edilmesi gerekir. Bu belgeler fatura ve fatura yerine geçen belgelerdir (VUK md 229 ve devamı).

3. Defter, Kayıt ve Belgeleri Tahrif Edenler

Tahrif etme, sözlükte harflerle oynama, harflerin yerini değiştirme olarak ifade edilmektedir²³. Bilim dilinde ise usulüne uygun olarak tutulmuş defter, belge ve kayıtlarda yazılı bilgi ve rakamları aslına uygun durumdan çıkarıcı her fiil tahriftir²⁴. Tahrif etme fiili bizzat yükümlü tarafından yapılacağı gibi üçüncü kişiler tarafından da yapılabilir. Her ne kadar defterleri koruma görevi mükellefe ait ise de onun bilgisi dâhilinde veya bilgisi dışında üçüncü kişiler tarafından da yapılabilir.

4. Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleyenler

“Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir” (VUK md 359/2). Defter ve belgeleri saklamak zorunda olanlar beş yıllık süre içerisinde yetkili makam veya memurlar tarafından istenilmesi durumunda bu defter ve belgeleri ibraz ve inceleme için arz etmek zorundadır (VUK md 256).

Gizleme suçunun oluşabilmesi için,

- i. Mükellefin defter tutma ve ibraz yükümlülüğünün olması gerekir.
- ii. Defter ve belgeler vergi incelemesi sırasında istenmiş olmalıdır.
- iii. İnceleme elemanı onbeş günden az olmamak üzere süre vererek ve yazılı olarak istemiş olmalıdır. Yazılı olarak verilmesi gereken işlemlerin gereğidir. Ayrıca ispat açısından da zorunludur.
- iv. İstenilen defter ve belgelerin varlığının noter veya diğer suretlerle varlığı sabit olması gerekir.

Defter ve belgeleri gizleyen kişiler bu suçun faili olmaktadır. Burada yer alan “ve” bağlacı nedeniyle sadece defter veya belge değil her ikisi birlikte istenmiş olmalıdır²⁵. Defter istenince sadece kayda bakmak için değil, bununla ilgili belgelere de bakılmasının gerekeceği için kanun koyucu böyle ifade etmiştir.

²³ Yılmaz, s.717.

²⁴ Yılmaz Hızlı, Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu, Ankara, 1984, s.123.

²⁵ Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), Ekin yayınları, Bursa, 2015, s. 453.

5. Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleyenler veya Bu Belgeleri Kullananlar

Bu başlık altında iki suç fiili düzenlenmiştir. Bunlardan biri muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme, diğeri ise bu şekilde düzenlenmiş belgeleri kullanmaktır.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge, gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belgedir. Gerçek muamele, konu olduğu ekonomik veya hukuki işlemin gerçekleştiği işlemlerdir. Örneğin bir satış işlemi olmuştur; ancak bunun nitelik veya niceliğinde hukuka aykırılık içermektedir. On ton sattığı malı bir ton yazan veya yüzbin lira alınan bedeli onbin lira yazma fiilinde olduğu gibi.

6. Vergi Kanunları Uyarınca Tutulan veya Düzenlenen ve Saklama ve İbraz Mecburiyeti Bulunan Defter, Kayıt ve Belgeleri Yok Edenler veya Defter Sahifelerini Yok Ederek Yerine Başka Yapraklar Koyanlar veya Hiç Yaprak Koymayanlar

Bu başlık altında aslında iki ayrı suç fiili düzenlenmiştir;

- i. Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok etmek,
- ii. Defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koymak veya hiç yaprak koymamak.

Bu bent içerisinde düzenlenen suç fiili mükellef veya sorumlu tarafından işlenebileceği gibi üçüncü kişiler tarafından da işlenebilir.

7. Belgelerin Asıl veya Suretlerini Tamamen veya Kısmen Sahte Olarak Düzenleyenler veya Bu Belgeleri Kullananlar

Bu bentte iki ayrı fiil öngörülmekte olması nedeniyle iki ayrı suç faili tarafından işlenebilir.

- i. Sahte belge düzenleyen

Sahte belge, gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belgedir (VUK md 359/b). Sahte belge ilk görünüşte normal belgeler gibi olan, ancak herhangi bir ekonomik, mesleki veya hukuki bir olgu olmamasına rağmen sanki varmış gibi düzenlenen belgedir. İlk görünüşte belgenin kanunda öngörülen zorunlu bilgileri taşıması halinde bu belgeler için sahte belge düzenlemeden söz edilemez²⁶.

Düzenlenen belgeler VUK kapsamında düzenlenmesi gereken belgelerdir.

²⁶ Şenyüz, s. 458.

Bu belgeleri düzenlemekle yükümlü olan ve suç faili olabilme ihtimali taşıyanlar kısaca şunlardır;

- Fatura düzenlemekle yükümlü olanlar, birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenlerle defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçiler.
- Perakende satış vesikası düzenlemekle yükümlü olanlar, birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenlerle defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçilerin fatura vermek mecburiyetinde olmadıkları satışları ve yaptıkları işlerin bedelleri için düzenlemek zorunda olduğu belgedir. Perakende satış belgesi olarak kullanılanlar, perakende satış fişleri, makineli kasaların kayıt ruloları ve giriş ve yolcu taşıma biletleridir.
- Gider pusulası düzenlemek zorunda olanlar, birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenlerle defter tutmak mecburiyetinde olan serbest meslek erbabının ve çiftçilerdir. Bu kişiler vergiden muaf esnafa yaptırdıkları işler veya onlardan satın aldıkları emtia için tanzim edip işi yapana veya emtiayı satana imza ettirirler.
- Müstahsil makbuzu düzenlemek zorunda olanlar, birinci ve ikinci sınıf tüccarlar ile kazancı basit usulde tespit edilenler ve defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçilerdir. Bu kişiler gerçek usulde vergiye tabi olmayan çiftçilerden satın aldıkları malların bedelini ödedikleri sırada iki nüsha makbuz tanzim etmeye ve bunlardan birini imzalayarak satıcı çiftçiye vermeye ve diğerini ona imzalatarak almaya mecburdurlar.
- Serbest meslek makbuzu, serbest meslek erbabının, mesleki faaliyetlerine ilişkin her türlü tahsilatı için iki nüsha düzenlemek zorunda olduğu belgedir.

Diğer belgeler olarak sayılanlar ise, otel işletenlerin günlük müşteri listesi, taşıma işi yapanların taşıma irsaliyesi, yolcu taşıyanların taşıma irsaliyesi düzenlemek zorunda olduğu belgelerdir. Bu belgeleri sahte olarak düzenleyenler kaçakçılık suçu faili olabilirler.

ii. Sahte düzenlenmiş belgeyi kullananlar

Sahte belgeyi kullanma bu belgelerin vergi kanunlarına göre tutulması zorunlu olan defterlere kaydetmedir. Belge alıp bunu defterlerine kaydetme yükümlülüğünde olan kişiler bu suçun faili olabilir.

- Fatura almak ve deftere kaydetmekle yükümlü olanlar, birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, serbest meslek erbabı, kazançları basit usulde tespit olunan tüccarlar ve defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçilerdir. Vergiden muaf esnafın fatura almak yükümlülüğü olsa da defter tutma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

- Perakende satış fişi alanlar, bu kişiler fatura almak zorunda olan kişilerdir. Yapmış oldukları ödemeler için perakende satış belgesi olarak kullanılan, perakende satış fişleri, makineli kasaların kayıt ruloları ve giriş ve yolcu taşıma biletlerini istemek ve almak zorundadır. Almış oldukları bu belgelerin sahte olması durumunda defter kayıtlarında kullanmaları durumunda kaçakçılık suçu faili olacaklardır.
- Serbest meslek faaliyetinden yararlanan ve serbest meslek makbuzu istemek ve almak mecburiyetinde olan kişidir. Bu kişiler iş nedeniyle almak ve defterlerine kaydetmek zorunda olan kişilerdir. Bir müteahhittin çizdirdiği proje nedeniyle ödediği bedelin karşılığı olarak almak zorunda olduğu belgedir.

8. Vergi Usul Kanununa Göre Anlaşması Olmadığı Halde Belge Basanlar

Vergi Usul Kanunu gereğince kullanılacak fatura, müstahsil makbuzu, serbest meslek makbuzu, gider pusulası, perakende satış vesikaları (perakende satış fişi, makinalı kasaların kayıt ruloları, giriş ve yolcu taşıma bileti), sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi, yolcu listesi, günlük müşteri listesi ve Bakanlıkça kullanılması zorunlu hale getirilen belgelerin basım ve dağıtımını Bakanlık veya defterdarlık ile matbaa işletmecileri arasında yapılacak bir anlaşmayla sağlanır. Defterdarlıklar kendi il sınırları içinde kalan matbaa işletmecileri ile anlaşma yapmaya yetkilidirler²⁷. Bakanlık veya defterdarlıkça yapılmış bir sözleşmesi olmadığı halde belge basan veya dağıtanlar kaçakçılık suçu faili olabilirler. Suç fiilini icra eden kişiler, TCK sorumluluk hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

9. Vergi Usul Kanununa Göre Anlaşması Olmadığı Halde Basılan Belgeleri Bilerek Kullananlar

Yukarıda sayılan Vergi Usul Kanunu gereğince kullanılacak belgelerin sözleşmesi olmayan matbaalar tarafından basıldığını bilen ve bu belgeleri muhasebe kayıtlarında kullanan kişiler kaçakçılık suçu faali olabilirler.

Burada kanun koyucu suç faili olabilmek için bilme şartı getirmiştir. Bunun nedeni hangi matbaanın sözleşme yetkisi var olduğunun herkes tarafından bilinmemesidir.

B) MALİ MÜŞAVİRLERİN SUÇA KATILMASI

Vergi kaçakçılığı suçuna en yakın mayınlı bölgede bulunan kişilerden biri de hiç şüphesiz meslek mensupları olarak kısaltabileceğimiz, serbest muhasebeci mali müşavirler ile yeminli mali müşavirlerdir.

²⁷ Vergi Usul Kanunu Uyarınca Vergi Mükellefleri Tarafından Kullanılan Belgelerin Basım ve Dağıtımını Hakkında Yönetmelik, RG, T 02.02.1985, S 18654.

Uğraş alanları kanunda şöyle belirtilmiştir²⁸; Mali müşavirler, “Gerçek ve tüzelkişilere ait teşebbüs ve işletmelerin;

i. Genel kabul görmüş muhasebe prensipleri ve ilgili mevzuat hükümleri gereğince defterlerini tutmak, bilanço, kâr-zarar tablosu ve beyannameleri ile diğer belgeleri düzenlemek ve benzeri işleri yapmak.

ii. Muhasebe sistemlerini kurmak, geliştirmek, işletmecilik, muhasebe, finans, malî mevzuat ve bunların uygulamaları ile ilgili işlerini düzenlemek veya bu konularda müşavirlik yapmak” (SMMMYYMMK md 2/a-b).

Yeminli mali müşavirler, “Yukarıdaki bentte yazılı konularda, belgelerine dayanılarak, inceleme, tahlil, denetim yapmak, malî tablo ve beyannamelerle ilgili konularda yazılı görüş vermek, rapor ve benzerlerini düzenlemek, tahkim, bilirkişilik ve benzeri işleri yapmak” (SMMMYYMMK md 2/c). Ayrıca YMM’ler “Yeminli malî müşavirler gerçek ve tüzelkişilerin veya bunların teşebbüs ve işletmelerinin mali tablolarının ve beyannamelerinin mevzuat hükümleri, muhasebe prensipleri ile muhasebe standartlarına uygunluğunu ve hesapların denetim standartlarına göre incelediğini tasdik ederler” (SMMMYYMMK md 12). “Bu Kanun hükümlerine göre meslek icra edenlerin vergi kanunları ve diğer kanunlardaki sorumlulukları saklıdır” (SMMMYYMMK md 12/6).

İşte bu hüküm ve TCK’nın genel hükümleri çerçevesinde meslek mensuplarının vergi kaçakçılık suçuna iştiraklerinden de sorumludurlar. Ayrıca ifa ettikleri görev gereği, görevleri sırasında veya görevleri sebebiyle işledik suçlardan TCK’nın kamu görevlilerine ilişkin hükümlerine tabi olarak cezalandırılacaklardır²⁹. Bunun yanında vergi ve kabahatleri açısından mükellefle birlikte müşterek ve müteselsil sorumluluk, disiplin cezası ve hapis veya adli para cezası³⁰ da karşılaşılabilecekleri sonuçlardandır³¹.

Mali müşavirler ister serbest çalışsın ister işverene bağlı olarak çalışsın işleyebileceği fail veya müşterek fail olarak sorumlu olmasını gerektirecek kaçakçılık fiilleri şunlardır;

²⁸ Bünyamin Çitil, “Vergi Hukukunda Mali Müşavirlerin Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği dergisi, S 106, 2013, s. 350.

²⁹ Rahmi Ofloğlu, “Türk Ceza Kanunu ve 3568 Sayılı Yasaya Göre SMMM ve YMM’lerin Cezai Sorumlulukları”, <http://www.adaletbiz.com>, 11.06.2016.

³⁰ Mustafa Alpaslan, “SMMM - YMM’ler Hakkında “Görevi Kötüye Kullanma” Davaları ve Bir Af Yasası Neler Getiriyor?”, <http://www.muhasebetr.com/yazarlarimiz/mustafaalpaslan/036/>, 11.06.2016.

³¹ Meslek mensuplarının görevi suiistimal suçu sorumluluğu için bkz: Akın Gencer Şentürk, “Yeminli Mali Müşavirler, Görevi Suiistimal Suçunun Faili Olabilir mi?”, <http://www.maliyeokulu.org.tr/index.php/ouractivities/articles/law/374-yeminli-mali-mueavirler-goerevi-suiistimal-sucunun-faili-olabilir-mi.html>, 11.06.2016.

- i. Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapmak,
- ii. Gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açmak,
- iii. Defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydetmek şeklinde olabilir.

Suçta şerik – katılan sıfatı ile sorumlu olacağı fiiller ise kanunda yer alan 359'ncu maddenin b ve c fıkralarında düzenlenen fiillere katılabilir. Bunlar defter, kayıt ve belgeleri tahrif etmek ve gizlemektir. Belge düzenleme ve kullanma serbest çalışan meslek mensupları için söz konusu olmaz. Ancak işverene bağlı olarak çalışıyor ise bu fiillere de azmettiren veya yardım eden sıfatı ile katılabilir³². İşverene bağlı olarak çalışıyor ise yetkisiz olarak belge basma ve bilerek kullanma fiillerine ise azmettiren veya yardım eden sıfatı ile katılabilir.

Yargıya yansıyan bazı olaylarda meslek mensuplarının mükellefin bilgisi olmadan sahte belge bastırması³³ ve belgelerin ibraz edilmemesinde fail sıfatıyla suçlu olabilir³⁴. Bu da bize meslek mensuplarının kaçakçılık suçuna ne kadar yakın olduğunu göstermektedir. Ancak yaptıkları iş gereği ücretini aldıkları kişi karşısında daha güçlü olabilmeleri ve iki kere ikinin dört yaptığını söyleyebilecekleri bir ücretlendirme politikalarının geliştirilmesinde yarar bulunmaktadır. İşledikleri suçlar itibariyle kamu görevlisi gibi kabul edilirken ücretlendirme de özel sektör çalışanı statüsünde olmaları adalet duygularını da rencide ettiğini belirtmek isteriz. Bunun için sadece mesleğe kabulde staj ve sınavlarının kamu tarafından düzenlenmesi ile yetinilmemeli, kamu nezaretinde stajlarının ücretle yaptırılması, görev bölgelerinin yeniden düzenlenmesi ve bir finans havuzu oluşturulması suretiyle müşteri arayan pozisyonundan kurtarılması gerekir. Finans havuzu, belirli süreler içerisinde elde edilen gelir belirlenen tutardan fazla ise bunun bir kısmının bankada açılacak havuzda toplanması ve nitelikleri aynı meslek mensupları arasında eşit olarak paylaşılması şeklinde olabilir. Böylece meslek, kamu niteliği ağır basan ve meslek mensuplarının mükelleflerden bağımsız olması sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla kaçakçılık suçlarına katılmalarının da önüne geçilmiş olacaktır.

³² Uygulamada meslek mensupları işverene bağlı olarak çalışıyor ise belge düzenleme işinde de görev alabilmektedir. Bu konuda bkz: Mehmet Taştan, "Vergi Kaçakçılığı Suçlarından Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme Ve Kullanma Suçu (VUK 359/A-2 nci Madde)", Adalet Dergisi, Yıl 2014, Sayı 48, s.210.

³³ Yargıtay 11. CD, E: 2012/24741, K: 2014/9889, T 21.05.2014, www.kazanci.com, 12.06.2016.

³⁴ Defter be belgelerin ibrazı konusunda bkz: Serkan Açar, Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s.205.

C) MÜKELLEFE BAĞLI ÇALIŞANLARIN SUÇA KATILMASI

Mükellefe bağlı olarak çalışan kişilerin kaçakçılık suçun bazı fiillerde fail, bazı fiillerde ise ortak sıfatıyla katılabilir. Defter kayıt ve belgelerin tahrif edilmesinde, sahte ve yanıltıcı belge düzenlenmesinde, defter ve belgelerin yok edilmesinde, defter yapraklarının koparılıp yerine başka yaprak konulmasında fail, müşterek fail, azmettiren ve yardım eden sıfatı ile katılabilir. Diğer suç fiillerinde ise azmettiren ve yardım eden sıfatı ile katılabilir.

Çalışanın statüsü nedeniyle amir – memur ilişkisi de bulunmadığı için kurtuluş delili olarak amirinden emir aldığını da ileri sürememesi gerekir. Gerçi her bir olaya göre hâkim hangi statü içerisinde katıldığına inceleme sonrası karar verecektir.

V. KAÇAKÇILIK SUÇUNA KATILMANIN SONUÇLARI

Kaçakçılık suçuna katılmanın yaptırımı, katılma statüsüne göre belirlenecektir. Fail sıfatı ile katılmış ise bunun için kanunda öngörülen ceza ile cezalandırılması yoluna gidilecektir. VUK 359’uncu maddenin a fıkrasına göre verilecek ceza 18 aydan 3 yıla kadar hapis, b fıkrası için 3 yıldan 5 yıla kadar hapis, c fıkrası için ise 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıdır.

Azmettirme şeklinde suça katılmış ise yukarıda ifade edilen kanundaki cezalar ile cezalandırılacaktır. Eğer alt soy – üst soy veya 18 yaşından küçük çocuklar suç aracı olarak kullanılmış ise verilecek cezalar üçte birden yarıya kadar artırılarak hükmedilecektir.

Kaçakçılık suçuna yardım eden statüsünde katılmış ise kaçakçılık suçu cezası üst sınırı 5 yıldan fazla olmaması nedeniyle yukarıda belirtilen cezalar yarıya kadar indirilerek uygulanacaktır.

SONUÇ

Bu çalışmada kaçakçılık suçuna katılma konusu incelenmiştir. Suça katılma kavramı tanımlanarak öğelerine yer verilmiştir. Kaçakçılık suçu tek kişi tarafından işlenebilecek suçlar grubunda yer almasına karşı diğer kişilerin fail, dolaylı fail, azmettiren ve yardım eden sıfatıyla katılabileceği incelenmiştir.

Kaçakçılık suçunda önem arz eden konu meslek mensuplarının bu suçun işlenmesi ortamına çok yakın olduğu kimi zaman fail, kimi zaman da azmettiren veya yardım eden statüsünde katılabileceği görülmektedir. Meslek mensupları için yeni bir çalışma modeli geliştirilerek mükellefler karşısında daha özgür ve bağımsız hale getirilebilir. Meslek mensupları arasında oluşturulacak bir finans havuzu yolu ile meslek mensuplarının mükellef karşısında daha bağımsız olması sağlanabilir. Finans havuzu, belirli süreler içerisinde elde

edilen gelirlerin belirlenen tutardan fazla olması halinde bunun bir kısmının bankada açılacak havuzda toplanması ve nitelikleri aynı meslek mensupları arasında eşit olarak paylaşılması şeklinde olabilir. Böylece meslek, kamu niteliği ağır basan ve meslek mensuplarının mükelleflerden bağımsız olması sonucunu doğurabilir. O zaman meslek mensupları her ortamda iki kere ikinin dört ettiğini söyleyebileceklerdir. Dolayısıyla kaçakçılık suçlarına katılmalarının da önüne geçilmiş olacaktır. Bu da iki kere ikinin hep dört ettiği meslek mensuplarının yetişmesine imkân verecektir.

KAYNAKLAR

Ağar Serkan, Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbrahim Etmeme Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

Akbulut Berrin, “Bağlılık Kuralı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, S. 1.

Alpaslan Mustafa, “SMMM - YMM’ler Hakkında “Görevi Kötüye Kullanma” Davaları ve Bir Af Yasası Neler Getiriyor?”, <http://www.muhasibetr.com/yazarlarimiz/mustafaalpaslan/036/>, 11.06.2016.

Artuk Mehmet Emin - Ahmet Gökçen- A. Caner Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi Madde 1-50, C I, Genişletilmiş B 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Aydın Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Bayraklı Hasan Hüseyin, Vergi Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş B 2, Afyonkarahisar, 2015.

Çitil Bünyamin, “Vergi Hukukunda Mali Müşavirlerin Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S 106, 2013.

Çomaklı Şafak Ertan, “Adli Nitelikteki Vergi Suçlarında Fail Ve Ceza Sorumluluğu”, www.kazanci.com/-kho2/hebb/hebb-ekonomi.htm, 10.06.2016.

Hızlı Yılmaz, Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu, Ankara, 1984.

İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, Yenilenmiş B 6, İstanbul, 2014.

Karaarslan Mehmet, “Ceza Mevzuatında Yapılan Değişikliklerin Vergi Kaçakçılığı Suçuna Etkisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S 64, Yıl 2006.

Karakoç Yusuf, Vergi Ceza Hukuku Genel Kısım Vergi Kabahatleri Vergi Suçları, Yetkin Basım Yayım Dağıtım, Ankara, 2016.

Kaymaz Seydi, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, S 2.

Mercimek Fulya - Adnan Gerçek, “Vergi Kaçakçılık Suçuna İştirak ve Cezai Sorumluluk”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y 4, S 14, Temmuz 2013, s.191.

Metiner Haydar - E. Ahsen Koç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Madde 37- 75, C II, Ankara, 2008.

Mutluer M. Kamil, Vergi Ceza Hukuku, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimle Akademisi Yayınları n0 214, Eskişehir, 1979.

Ofluoğlu Rahmi, “Türk Ceza Kanunu ve 3568 Sayılı Yasaya Göre SMMM ve YMM’lerin Cezai Sorumlulukları”, <http://www.adaletbiz.com>, 11.06.2016.

Özbek Veli - Mehmet Nihat Kanbur- Koray Doğan- Pınar Bacaksız- İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş B 5, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

Özcan Onur, Vergi Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

Şentürk Akın Gencer, “Yeminli Mali Müşavirler, Görevi Suiistimal Suçunun Faili Olabilir mi?”, <http://www.maliyeokulu.org.tr/index.php/ouractivities/articles/law/374-yeminli-mali-mueavirler-goerevi-suiistimal-sucunun-faili-olabilir-mi.html>, 11.06.2016.

Şenyüz Doğan, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), Ekin yayınları, Bursa, 2015.

Taştan Mehmet, “Vergi Kaçakçılığı Suçlarından Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme Ve Kullanma Suçu (VUK 359/A-2’nci Madde)”, Adalet Dergisi, Yıl 2014, Sayı 48.

Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yenilenmiş B 4, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

SURİYE'DEKİ SİLAHLI ÇATIŞMALAR KARŞISINDA MONTRÖ BOĞAZLAR SÖZLEŞMESİ'NİN HUKUKİ ANALİZİ

A LEGAL ANALYSIS OF THE MONTREUX CONVENTION REGARDING THE TURKISH STRAITS VIS-À-VIS THE ARMED CONFLICTS IN SYRIA

Doç. Dr. Naim DEMİREL*

Geliş Tarihi: 24.08.2016 Kabul Tarihi: 07.12.2016

ÖZET

Suriye krizi sebebiyle Türk boğazlarının kullanımı meselesi yeniden gündeme gelmiştir. Bilindiği gibi Montrö Boğazlar Sözleşmesi, Türk boğazlarından geçiş rejimini savaş ve barış zamanında şeklinde ayrı ayrı düzenlemiştir. Uluslararası hukukta “savaş” teriminin yerini daha geniş bir konsept olan “silahlı çatışma”nın almış olması ve bunun uluslararası nitelikte olan ve olmayan ayrımına tabi tutulması karşısında Sözleşme’deki savaş kavramının ne anlama geldiğinin ortaya konulması gereklidir.

Bunun yanında Montrö Boğazlar Sözleşmesi, Milletler Cemiyeti döneminde yürürlüğe girdi. Türkiye’nin, savaş tehdidi altında olduğu değerlendirmesine ilişkin Sözleşme’den doğan haklarını, Milletler Cemiyeti’nin Türkiye’nin aldığı tedbirleri haksız bulmadıkça kullanması öngörülmüştü. Bu makale, Türkiye’nin Birleşmiş Milletler döneminde, özellikle Suriye’deki silahlı çatışmalar karşısında, söz konusu haklarını hangi usul ve esaslar çerçevesinde kullanabileceğini ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler: Montrö Boğazlar Sözleşmesi, geçiş rejimi, savaş zamanı, barış zamanı.

ABSTRACT

The Syria crisis has made the Turkish straits a current issue once again. As is known, the Montreux Convention regulates the transit regime of the straits separately as in time of peace and in time of war. Since the term “war” has been replaced in international law by the broader concept of “armed conflict” which is subjected to a distinction between international and non-international, it is necessary to interpret the meaning of the term “war” within the scope of the Convention.

Besides, Montreux Convention entered into force in the era of League of Nations. Turkey may make use of the rights conferred upon it by the Convention when considers itself to be threatened with imminent danger of war unless the League of Nations decides the measures taken by Turkey are not justified. This paper has attempted to demonstrate under which procedures and principles Turkey may make use of those rights in the era of United Nations, in particular in the face of the armed conflicts in Syria.

Keywords: Montreux Convention regarding the Turkish straits, the transit regime, time of peace, time of war.

* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ndemirel@fsm.edu.tr.

1. Giriş

Lozan Sözleşmesi'nin boğazlara ilişkin düzenlemeleri Türkiye açısından birçok olumsuzlukları içermektedir. Ancak Türkiye, Kurtuluş Savaşı'ndan yeni çıkmış ve bir an evvel bağımsızlığına kavuşma hedefi vardı. Buna ulaşmak için de boğazların statüsüne ilişkin dirençle, Lozan'daki görüşmeleri çıkmaza sokmak istemiyordu.¹

Lozan Sözleşmesi'nin boğazlardan (İstanbul, Marmara ve Çanakkale) geçişte savaş gemileri için de geçiş serbestliğinin kabul edilmesini ve özellikle boğazların ve bazı adaların askersizleştirilmesini düzenleyen hali Türkiye'nin güvenliğini tehdit etmekteydi.² Bununla birlikte bu tehdidi ortadan kaldırmak için bazı önleyici maddeler Sözleşme'ye dahil edilmişti. Buna göre, Sözleşme'de düzenlenen geçiş serbestliği herhangi bir şekilde ihlal edilirse ya da beklenmeyen bir saldırı ve savaş eylemleri yüzünden geçiş serbestliği ya da askerden arındırılmış bölgenin tehlikeye düşmesi durumu ortaya çıkarsa, Sözleşme'nin tarafları ve her halde Fransa, İngiltere, İtalya ve Japonya, bu konuda Milletler Cemiyeti'nin kararlaştıracığı bütün tedbirlere başvurarak, bu eylemleri birlikte önleme yükümlülüğünü üstlenmişlerdi.³

Lozan Sözleşmesi süresiz olmasına rağmen, Almanya ve İtalya'daki köklü siyasi rejim değişikliği, Lozan Sözleşmesi'nin garantör devletlerinden birisi olan Japonya'nın Milletler Cemiyeti'nden çekilmesi ve İtalya'nın Habeşistan'a saldırması gibi Sözleşme'nin imzalandığı sıradaki siyasi şartlarda esaslı değişikliklerin ortaya çıkması sebebiyle bu Lozan Sözleşmesinin ilgili düzenlenmesi ancak 13 yıl yürürlükte kalabildi.

Bu gelişmeler sonucunda Türkiye, Viyana Sözleşmesi'nin 62. maddesinde yer alan haklı nedenlere dayanarak sözleşmenin gözden geçirilmesini isteme hakkına dayanarak, boğazlar rejimini düzenleyen Sözleşme'nin hükümlerinin değiştirilmesini istedi. Bu maksatla da Türk Hükümeti 11 Nisan 1936 günü, Lozan Sözleşmesi'ni imzalayan bütün devletlere Sözleşme'nin yeniden gözden geçirilmesi için bir nota gönderdi. Bu notada Türk hükümeti, güvenliğini tehdit eden hükümleri Fransa, İngiltere, İtalya ve Japonya'nın Sözleşme çerçevesinde sağlayacakları ortak garanti düşüncesiyle kabul ettiğini, fakat dünyanın geldiği noktada oluşan siyasi yapının içinde artık bu garantinin sağlanamayacağı, bu Sözleşme'nin yapılmasını sağlayan şartların tamamen değişmiş olduğunu bildirmiş, bu sebeple de Sözleşme'nin yeniden gözden geçirilmesini talep etmişti.⁴

¹ Çelik, Edip, Milletlerarası Hukuk, İkinci kitap, İstanbul, 1987, s. 130.

² Meray, L. Seha, Devletler Hukukuna Giriş, Ankara 1968, s. 439.

³ Bkz. Lozan Sözleşmesi'nin Boğazlardan Ticaret Gemileri ve Uçaklarıyla Savaş Gemileri ve Uçakların Geçişlerine İlişkin Kuralları Düzenleyen Ek md.18.

⁴ Çelik, s.131.

Türkiye'nin isteğine olumlu cevap verildi ve İsviçre'nin Montreux (Montrö) şehrinde 9 devlet⁵ (Bulgaristan, Fransa, Büyük Britanya, Yunanistan, Japonya, Romanya, Türkiye, Sovyetler Birliği ve Yugoslavya) bir araya gelerek 29 madde ile 4 ek ve 1 protokolden oluşan Montrö Boğazlar Sözleşmesi'ni imzaladılar.⁶ Sözleşme'nin imzalanmasıyla birlikte boğazların askersiz durumu fiilen ve hukuken sona erdi.⁷

2. Montrö Boğazlar Sözleşmesi'ne Göre Boğazlardan Geçiş Rejimi

Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nde de Lozan Sözleşmesi'nde olduğu gibi boğazlar kavramıyla Çanakkale Boğazı, İstanbul Boğazı ve Marmara Denizi ifade edilmiştir.⁸ Sözleşme'de boğazlarda geçiş ve seyrüsefer serbestliği süresiz bir şekilde (28.md) kural altına alınmıştır (1.md).

Sözleşme'de boğazlardan geçiş serbestliği, geçecek gemilerin türüne, savaş ve barış zamanına göre ayrı ayrı düzenlenmiştir.

2.1. Barış Zamanı

2.1.1. Ticaret Gemileri

Barış zamanında ticaret gemileri hangi devletin bayrağını, hangi yükü taşırsa taşırsınlar, her zaman, günün her saatinde tam geçiş serbestisine sahiptirler. Bu gemiler hiçbir resmi formaliteye bağlı olmaksızın boğazlardan rahatlıkla geçebilirler. Boğazların hiçbir limanında durmadan transit olarak geçen ticaret gemilerinden, Sözleşme'nin 1 Nolu Ekinde öngörülenler dışında, hiçbir resim ve vergi alınmayacaktır. Bu gemilerin kılavuz ve römorkaj alma zorunluluğu yoktur (2.md). Bu gemiler üzerinde Türkiye'nin sadece sağlık kontrolü yapma hakkı vardır (3.md).

2.1.2. Savaş Gemileri

Sözleşmede savaş gemilerinin barış zamanında boğazlardan geçiş rejimi ve bu gemilere Karadeniz'de uygulanacak rejimi ayrı ayrı düzenlemiştir.

⁵ İtalya Konferansa katılmamıştı, ancak daha sonra 2 Mayıs 1938 günü Sözleşme'ye taraf olmuştur.

⁶ Sözleşme 30 Temmuz 1936 günü imzalandı ve 9 Kasım 1936 günü yürürlüğe girdi.

⁷ Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin genel hükümler başlığı altındaki dördüncü kısmında, Boğazlar Komisyonu'nun yetkilerini Türkiye'nin devraldığı ve Türkiye'nin bu bağlamda yüklenmesi görevleri düzenlenmiştir (24.md).

⁸ Marmara Denizi'nin statüsü hakkında fikir birliği yoktur. Paul Guggenheim, Marmara Denizi'nin açık deniz olduğunu savunmuştur. Yunanlı hukukçular da Marmara Denizi'nin karasular sınırları dışındaki kısmının açık deniz olduğu iddia etmektedirler. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Çelik, s. 133-135.

Barış zamanında, Karadeniz'e kıyıdaş olan ya da olmayan bütün devletlerin hafif su üstü gemileri, küçük savaş gemileri ve yardımcı gemileri, boğazlardan geçebilirler (10.md). Ancak bu geçişler bazı kayıt ve sınırlamalara tabidir.

Boğaza girişler gündüz yapılmalıdır (10.md). Bu gemiler hasar ve arıza durumu hariç geçiş için gerekli olan süreden daha uzun bir süre boğazlarda kalamazlar (16.md). Yine bu gemiler üzerine taşıdıkları hava gemilerini kullanamazlar (15.md).

Boğazlardan geçecek savaş gemilerinin sayı ve tonajları Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre boğazlardan transit halinde bulunan yabancı deniz kuvvetlerinin azami tonajı 15.000 tonu aşmayacak ve bu kuvvetler dokuz gemiden fazla olamayacaktır. Boğazlardaki bir limanı ziyaret eden gemilerle, geçiş esnasında hasara uğramış olan savaş gemileri bu tonaja dahil olmayacaktır.

Savaş gemilerinin boğazlardan geçebilmeleri için Türk Hükümeti'ne önceden haber vermeleri gerekmektedir (13.md). Bu ihbarın normal süresi 8 gündür. Bu sürenin Karadeniz'e kıyısı olmayan devletler için 15 olması daha uygun olacağı maddede ifade edilmiştir. Bu bildirimde gemilerin gidecekleri yer, isimleri, tipleri, sayıları, geçiş tarihleri belirtilecektir. Türk Hükümeti de kendisine yapılan bu bildirimlerden, sözleşmenin taraflarının Ankara temsilciliğini haberdar edecektir (24.md).

Savaş gemilerinin barış zamanındaki geçişlerine ilişkin bu sınırlamalar ve kayıtlar Türk Hükümeti'nin daveti üzerine boğazlardaki bir limana belirli bir süre için nezaket ziyaretinde bulunmak üzere gelen savaş gemilerine ve Karadeniz'e kıyısı olan devletlerin savaş gemilerine uygulanmayacaktır (17.md). Karadeniz'e kıyıdaş devletler sözkonusu tonajdan yüksek bir tonajda bulunan savaş gemilerini boğazdan geçirebilirler. Ancak bu savaş gemileri boğazlardan birer birer ve beraberinde en çok iki torpido ile geçebilirler (11.md). Yine bu devletler, dışarda inşa ettirdikleri, satın aldıkları veya tamir ettirdikleri denizaltı gemilerini, üslerine ulaştırmak üzere boğazlardan geçirebilirler.

Karadeniz'e kıyısı olan devletlerin, boğazlardan uçak gemileriyle helikopter gemilerini geçirme hakkının olup olmadığı Sözleşme'de düzenlenmemiştir. Bu konu da uygulamada tartışmalara sebep olmaktadır.⁹ Karadeniz'e kıyısı olmayan devletlerin "hattıharp gemilerin"ni boğazdan geçirme hakkının olmamasına karşılık, Karadeniz'e kıyısı olan devletlerin bu gemileri boğazdan geçirebilecekleri sözleşmede düzenlenmiştir. (11.md). "Hattıharp" gemisinin hangi gemileri kapsadığı, Sözleşme'nin II nolu ekinde düzenlenmiştir. Burada uçak gemilerinin hattıharp gemileri dışında olduğu açıkça belirtilmiştir. Şu halde sözleşmeye göre Karadeniz'de kıyısı olan devletler de dahil olmak üzere

⁹ Bu konuda bkz. Toluner, Sevim, Milletlerarası Hukuk Dersleri, İstanbul, 1989, s. 171 vd.

hiçbir devletin uçak gemisi boğazlardan geçemezler.¹⁰

Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nde helikopter gemilerinin durumundan bahsedilmemiştir. Bu sebeple de helikopter gemilerinin hangi hukuki statüye tabi olacağı tartışmalıdır. Bu konu 1975 yılında Karadeniz kıyılarında (Minsk ve Kiev) Sovyetler Birliği tarafından inşa edilen helikopter gemilerinin boğazlardan geçişi bağlamında gündeme geldi. 1976 yılında da 40.000 tonluk Sovyet savaş gemisi "Kiev" boğazlardan geçti. Sovyetler Birliği bu gemilerin geçiş bildiriminde "denizaltısavar kruvazör" olarak nitelendirme yaptı. Ancak bu geminin aslında helikopter gemisi olduğu ileri sürüldü. Bu gemi etrafında oluşan tartışmalar ve neticede bu geminin helikopter gemisi olarak değil de "denizaltısavar kruvazör"ü olarak Türk Hükümeti'ne bildirimde bulunması, Sovyetler Birliği'nin de helikopter gemilerinin Montö Boğazlar Sözleşmesi kapsamında boğazlardan geçebilmesinin mümkün olduğu konusunda tereddütlere sahip olduğunu ortaya koymaktadır.¹¹

2.1.3. Savaş gemilerine Karadeniz'de uygulanacak rejim

Montrö Boğazlar Sözleşmesi'ne göre barış zamanında Karadeniz'e kıyıdaş olmayan devletlerin sadece hafif suüstü gemileri, küçük savaş gemileri ve yardımcı gemileri Karadeniz'e açılabilirler. Ancak bu devletlerin Karadeniz'de bulundurabilecekleri savaş gemilerinin toplam tonajı 30.000'den, Sözleşme'nin imzası tarihinde bu denizde en kuvvetli olan filonun tonajını, en az 10.000 ton aşması halinde de o ölçüde ve en çok 45.000 tondan fazla olmaz. Ayrıca tek bir devlete ait gemilerin toplam tonajı da toplam tonajın 2/3'ünü aşamaz. Karadeniz'e kıyısı olmayan devletlerin savaş gemilerine getirilen bu sınır, insani amaçlı gönderilmelerde Türk Hükümeti'nden izin alınarak 8.000 tona kadar aşılabilecektir (18.md).

Karadeniz'de kıyısı bulunmayan devletlere ait savaş gemilerinin toplam üst tonajı dolmamışsa ve Karadeniz'e geçecek gemilerle de bu tonaj dolmuyorsa Türkiye bu gemilerin geçişine en kısa süre içinde müsaade edecektir. Eğer dolmuşsa veya bu geçiş izniyle sınır biraz aşılacak ise, Türkiye durumu Karadeniz'de kıyısı bulunan devletlere bildirir. Bu devletlerden herhangi bir itiraz gelmezse Türkiye bu konudaki kararını ilgili devlete 48 saat içinde bildirir.

Karadeniz'de kıyısı bulunmayan devletlerin savaş gemilerinin Karadeniz'de bulunma süreleri 21 gün ile sınırlandırılmıştır.

¹⁰ Ancak Sözleşme'deki bu açık yasağa rağmen, "Varyag" uçak gemisi Çin hükümeti tarafından satın alınarak boğazlardan 2001 yılında geçirilmiştir. Çin "Varyag" uçak gemisini kumarhane yapacağı vaadiyle boğazlardan geçirdi. Çin bu gemiyi sonradan uçak gemisine dönüştürüp Suriye savaşının içine dahil etmiştir. (<http://www.ensonhaber.com/cin-bogazdan-gecirdigi-ucak-gemisi-suriyede-2015-10-07.html> 14.05.2016)

¹¹ Bkz. Toluner, s. 171.

2.2. Savaş Zamanı

2.2.1. Savaş Zamanının Anlamı

Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nde boğazlardan geçiş rejimi savaş zamanı ve barış zamanı ayrımı yapılarak farklı düzenlenmesi sebebiyle bu Sözleşme bağlamında savaş kavramının içeriğinin ne olduğunun açıklanması gerekmektedir. Sözleşmenin kaleme alındığı 1938 yılında "savaş" kavramının taşıdığı anlam ile günümüzdeki anlamı şüphesiz farklıdır. Klasik uluslararası hukukta bu kavram, devletler arasındaki silahlı çatışmaları ifade için kullanılmaktaydı.¹² Ancak günümüzde "savaş" kavramı yerine daha geniş kapsamı olan "silahlı çatışmalar" kavramı kullanılmaktadır.¹³

Bu kavram tercihinin arkasında yatan ana sebep uluslararası krizlerin yapısındaki değişikliklerdir. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra devletler arasındaki klasik savaş varlığını sürdürmekle birlikte bağımsızlık savaşları, iç savaşlar arttı. Bu gelişme karşısında artık bu tür çatışmaların da uluslararası hukuk tarafından düzenlenmesi gerekliliği kaçınılmaz oldu.¹⁴ Bu ihtiyacın sonucu olarak da 1977 yılındaki Cenevre Sözleşmelerinin ekleri kabul edildi. Özellikle II. Protokol ile detaylı bir şekilde "uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar" düzenlendi.¹⁵ Bu Protokol ile silahlı çatışmalar hukuku kurallarının daha geniş alanda uygulanması sağlanmak istenmiştir.¹⁶ Özellikle 1990'dan sonra meydana gelen savaşların neredeyse tamamının iç savaşlar şeklinde olması ve hatta bu tür çatışmaların savaş hukukunun içine alınmasının gerekliliğini ortaya koymuştur.¹⁷

Günümüzde artık klasik uluslararası hukuktaki savaş kavramı yerine "uluslararası silahlı çatışmalar" ve "uluslararası olmayan silahlı çatışmalar" ayrımıyla birlikte "silahlı çatışmalar" kavramı kullanımı yerleşmiştir. Hatta 1990'dan sonra BM Güvenlik Konseyi tarafından Eski Yugoslavya ve Ruanda için kurulan Ceza Divanları'nın yargı kararlarında bu ayrım ele alınmış ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların da uluslararası insancıl hukukun kurallarına tabi olduğu belirtilerek uluslararası silahlı çatışmalar için geçerli olan birçok hükmün uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanması meylî gözlemlenmektedir.¹⁸ Hatta son zamanlarda geniş coğrafi bölgelerde etkin kontrol sağlayabilen içinde terör örgütlerinin de

¹² Herdegen, Matthias, Völkerrecht, München, 2012, s. 402.

¹³ Bothe, Michael, Friedenssicherung und Kriegsrecht, in: Völkerrecht, Edit. Witstum, Wolfgang Graf, Berlin 2007, s. 687.

¹⁴ von Arnould, Andreas, Völkerrecht, Hamburg, 2012, s. 466.

¹⁵ Arnould, s. 466.

¹⁶ Stein/ von Buttler, Völkerrecht, München 2009 ,s. 436.

¹⁷ Herdegen, s. 402.

¹⁸ Tadic-case, IT 94-1-AR72, ILM 35 (1996), s. 32, 55d; Kamush Haradinaj u.a.- case (03.04.2008), Nr.IT-04-84-T

bulunduğu devlet dışı aktörlerin silahlı çatışmalarda aktif olarak yer almasıyla birlikte, artık bu alanda yeni düzenlemeler uluslararası barış için acil bir gereklilik haline gelmiştir.

Özetle modern uluslararası hukukta savaş kavramı kullanımı terk edilmiş ve yerine “silahlı çatışmalar” kavramı yerleşmiştir. Artık eski sözleşme metinlerinde yer alan “savaş” kavramı “silahlı çatışmalar” olarak yorumlanmalıdır. Şu halde Montrö Boğazlar Sözleşmesi’nde yer alan “savaş zamanı” kavramı bu günümüzde “silahlı çatışmalar zamanı” olarak anlaşılmalıdır. Altı çizilerek ifade edilmesi gerekir ki, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar da bu kapsamdadır.

2.2.2. Savaş Zamanında Boğazlardan Geçiş Rejimi

Savaş zamanına ilişkin Sözleşme’deki düzenlemeler Türkiye’nin güvenliği için en önemli olan kısımdır. Sözleşme’de Türkiye’nin savaşın tarafı olup olmadığına göre bir ayırım yapılmıştır.

2.2.2.1. Türkiye’nin Savaşın Dışında Kalması Hali

2.2.2.1.1. Savaş Gemileri

Türkiye’nin tarafsız olduğu savaş zamanında tarafsız olan devletlerin savaş gemileri, barış zamanında olduğu gibi boğazlardan geçebilirler ve Karadeniz’e açılabilirler (19/1.md). Buna karşılık savaşa katılan devletlerin savaş gemileri ise geçemez. Ancak savaş başlamadan önce, bağlı buldukları limanlardan ayrılmış olan savaş gemilerinin limanlarına dönebilmek için boğazlardan geçmelerine izin verilir (19/2,4.md). Bunun yanında ayrıca Milletler Cemiyeti Sözleşmesi çerçevesinde yapılmış ve tescil edilmiş Türkiye’nin de taraf olduğu karşılıklı yardım andlaşmaları gereğince saldırıya uğrayan devlete yardım amacıyla, ya da Milletler Cemiyeti’nin aldığı zorlama tebdirleri uygulama amacıyla boğazlardan geçiş yapmak isteyen devletlerin savaş gemilerinin de boğazlardan geçiş yapmasına engel olunmayacaktır (19/2.md). Ancak Milletler Cemiyeti’nin ortadan kalkması sebebiyle bu hükmün uygulanma imkanı artık kalmamıştır.¹⁹

2.2.2.1.2. Ticaret Gemileri

Savaş zamanında ticaret gemilerinin geçiş rejimi, barış zamanına göre biraz değişime uğramaktadır. Eğer Türkiye’nin tarafsız olduğu bir savaş zamanı söz konusuysa, Montrö Boğazlar Sözleşmesi’nin 4. maddesi uyarınca ticaret gemileri, bayrakları ve yükleri ne olursa olsun, boğazlardan geçiş özgürlüğünden yararlanacaklardır.

¹⁹ Belik, Mahmut, Türk Boğazlarının Hukuki Statüsü, İstanbul 1962, s. 27

2.2.2.2 Türkiye'nin savaşa katılması hâli

2.2.2.2.1 Ticaret Gemileri

Eğer Türkiye savaşa katılmışsa, Sözleşme'nin 5. maddesi gereği Türkiye ile savaşan tarafların haricindeki devletlerin ticaret gemileri düşmana destek sağlamamak şartıyla boğazdan geçebilirler. Ancak boğazdan geçişler Türk Hükümeti'nin gösterdiği güzergâhtan gündüz yapılacaktır. Türkiye'nin bu gemiler üzerinde denetim yapma hakkı vardır.

2.2.2.2.2 Savaş Gemileri

Türkiye savaşa katılmış ise, Sözleşme'nin 20. maddesine göre, tarafsız olsun veya savaşan taraf olsun, Karadeniz'e kıyıdaş olsun veya olmasın, yabancı devletlere ait savaş gemilerinin geçmesi tamamen Türk Hükümeti'nin iradesine bağlıdır. Savaş zamanında Türkiye savaşan ise geçiş serbestisi uygulanmayacaktır. Bu durumda savaş gemilerinin geçişi konusunda Türk Hükümeti tam bir serbestiye sahiptir ve geçişleri tamamen kendi siyasi tercihlerine göre düzenleyebilir.

2.2.2.3. Türkiye'nin pek yakın savaş tehlikesi tehdidi altında bulunması

Türkiye'nin kendisini pek yakın bir savaş tehlikesi tehdidi altında hissetmesi hali, Sözleşme'de özel olarak düzenlenmiştir. Bu durumda Türkiye savaşan devlet olmamasına rağmen savaş gemilerinin geçişine ilişkin tamamıyla dilediği gibi davranabilir (21/1 md.). Bu durumdaki düzenleme Türkiye'nin savaşan taraf olmasıyla aynıdır.

Türkiye'nin pek yakın savaş tehlikesi tehdidi altında bulunması durumunda, savaş daha başlamamış barış düzeni devam etmekte olmakla birlikte, Türkiye kendisini pek yakın bir zaman içinde meydana gelecek bir savaşın tehdidi altında olduğunu düşünmektedir.

Türkiye böyle bir karar aldığı anda Sözleşme'nin barış düzenine ilişkin hükümlerini durdurabilecek, Sözleşme'nin savaş durumuna ilişkin hükümlerini uygulamaya koyacaktır. Yani boğazları dilediği devletin savaş gemilerine kapatabilecektir (21.md).

Türkiye'nin kendisini pek yakın savaş tehlikesi tehdidi altında olduğuna dayanarak geçiş serbestisini durdurma kararı vermesi kendi takdirine bırakılmıştır. Bununla birlikte bu denetimsiz bir karar değildir. Türkiye'nin bu kararına ilişkin Sözleşme içinde bir denetim mekanizması kurulmuştur. Türkiye bu kararı verdiğinde, kararını hem Milletler Cemiyeti Genel Sekreteri'ne ve hemde Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin taraflarına bildirecektir. Milletler Cemiyeti Konseyi'nin, Türkiye'nin kararının haklı olmadığı yönünde 2/3

çoğunlukla karar vermesi ve Sözleşme'ye taraf devletlerin çoğunluğunun da aynı kanaatte bulunması durumunda Türkiye, barış zamanını düzenleyen Sözleşme hükümlerini uygulamaya geçmek zorunda kalacaktır. (21/4 md).

Ancak geçişlere ilişkin getirilen kısıtlamaların bir istisnasını burada ifade etmek gerekir. Türkiye'nin bu kararı almasından önce, bağlı buldukları limanlardan ayrılmış olan savaş gemilerinin bağlama limanlarına dönmek için boğazlardan geçmelerine izin verilecektir. Bununla birlikte bu gemiler, davranışlarıyla Türkiye'nin bu kararı almasına sebebiyet veren devletlere gemileriye, bu devletlerin gemilerine bu hak tanınmayabilir (21/2.md).

2.2.2.3.1. Türkiye'nin Pek Yakın Savaş Tehdidi Altında Bulunması Halinde Sahip Olduğu Hakkı Kullanması

Türkiye'nin kendisini pek yakın savaş tehlikesi tehdidi altında olduğuna dayanarak geçiş serbestisini durdurma yönünde aldığı kararı ele alan Milletler Cemiyeti Konseyi, bu kararın haklı olmadığı yönünde 2/3 çoğunlukla karar vermesi ve Sözleşme'ye taraf devletlerin çoğunluğunun da aynı kanaatte bulunması durumunda Türkiye yeniden barış zamanını düzenleyen Sözleşme hükümlerini uygulamak zorunda kalacaktır.

Öğretide Milletler Cemiyeti'nin ortadan kalkmasıyla bu hükmün (21.md) artık uygulanamayacağı Prof. Belik tarafından olarak savunulmuştur.²⁰ Prof. Çelik, Belik'in bu sonuca Milletler Cemiyeti'nin feshedilmiş olması gerekçesine dayanarak ulaştığı ihtimaline dayanak bu görüşün tutarlı olmadığını ifade etmiştir.²¹ Çelik'e göre, bu madde Türkiye'nin ulusal güvenliğini sağlamaya yönelik bir hak olarak Sözleşme'de yer almıştır. Türkiye'nin güvenliği Milletler Cemiyeti'nin varlığına bağlı değildir. Burada Milletler Cemiyeti'ne sadece Türkiye'nin savaş tehlikesi tehdidi altında bulunduğu değerlendirilmesinin yerinde olup olmadığını denetlenme yetkisi verilmiştir. Denetleme organının ortadan kalkması Türkiye'nin hakkını ortadan kaldırmaz. Çelik bu denetim yetkisinin bugün BM tarafından da yerine getirilebileceğini Uluslararası Adalet Divanı'nın Güney-Batı Afrika'nın Milletlerarası Statüsü'ne ilişkin danışma görüşüne dayanarak savunmaktadır. Prof. Akipek, BM'nin Milletler Cemiyeti'nin siyasi görevlerini üstlenmediğini ifade etmiş ve bununla birlikte 21.madde kapsamındaki bildirim BM Güvenlik Konseyi'ne yapılarak bu denetim yetkisinin BM Güvenlik Konseyi tarafından kullanılabilmesinin Sözleşme'nin ruhuna uygun olacağını ifade etmiştir.²²

²⁰ Belik, Mahmut, Türk Boğazlarının Hukuki Statüsü, İstanbul, 1962, s. 27.

²¹ Çelik, s. 143.

²² Akipek, Ömer İlhan, Devletler Hukuku, İkinci Kitap, Ankara 1964, s. 52.

Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin 21.maddesinin nasıl işletileceği konusunda ileri sürülen bu görüşler çerçevesinde bir sonuca varmak için aşağıdaki soruların cevaplandırılması gerekmektedir.

Sözleşme'de öngürülen bu denetim yetkisi BM Güvenlik Konseyi tarafından yerine getirilebilir mi? Türkiye böyle bir karar alması halinde bu kararını BM Güvenlik Konseyi'ne bildirmek zorunda mıdır? BM Güvenlik Konseyi bu kararı, Montrö Sözleşmesi'ndeki Milletler Cemiyeti Konseyi'nin yerine denetleyebilir mi? Bu soruların cevabı iki örgütün arasındaki ilişkinin ortaya konulmasıyla mümkündür.

2.2.2.3.2. Milletler Cemiyeti ile BM Arasındaki İlişkiler

Genel olarak Birleşmiş Milletler ile Milletler Cemiyeti'nin arasında iki örgütün aynı şartlar altında ve benzer hedeflerle kurulmasına dayanılarak ardıllık ilişkisi olduğu söylenmektedir.²³ Ancak ne BM Sözleşmesi'nde ne de Dumberton Oaks Protokolü'nde ardıllığa ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla BM, Milletler Cemiyeti'nin hukuken devamı değildir. Bu iki örgütün arasında otomatik bir ardıllık yoktur.²⁴

Tarihsel olarak Milletler Cemiyeti, BM'nin öncüsüdür. Ancak her iki örgütün arasındaki ilişkinin gerçekte ne olduğunun tespit edilmesi için bunların arasında somut olarak fonksiyon, hak ve sorumluluk aktarımı olup olmadığının ortaya konulması gerekmektedir.

Milletler Cemiyeti 19.04.1946'da resmi olarak feshedildi. Milletler Cemiyeti'nin sona erdirilmesi kararının verildiği Genel Kurul'a bütün üyeler katılmamışlarsa da sonradan hiçbir devletin itiraz etmemesi sebebiyle burada bir konsensüs olduğu kabul edilmiştir.

BM Sözleşmesi 24.10.1945'da yürürlüğe girdi. 1945 yılında BM kurulduğunda Milletler Cemiyeti hukuken varlığını sürdürmekteydi. Her iki örgüt 6 ay birlikte paralel olarak varlıklarını sürdürdüler.²⁵ Bu birlikte varlıklarını sürdürdükleri süre içinde her iki örgüt arasında bazı anlaşmalar yapılmıştır ve ardıllığa dair bazı kararlar alınmıştır.

Milletler Cemiyeti'nin 21. oturumunda (8-17.04.1946) Finans Komisyonu'nda Milletler Cemiyeti'nin feshedilmesi kararı önerildi ve ardından 18.04.1946 tarihli Genel Kurul'da fesih kararı alındı. Bu kararda

²³ Nord, Tobias, Rechtsnachfolge bei zwischenstaatlichen Organisationen, Marburg 2009., s. 11; Rosenwick, Die Organisation der Vereinten Nationen, in: JuS 1994, s. 1000.

²⁴ Toluner, s. 177

²⁵ Klein, Die Internationalen und die Supranationalen Organisationen, in: Wolfgang Graff Vitzthum Völkerrecht, Berlin 2010, s. 291.

BM Sözleşmesi'nin girişine atıfta bulunulmuş, BM Sözleşmesi'nin aynı hedeflerinin olduğu ifade edilmiştir. Aynı kararda yine Milletler Cemiyeti'nin mallarının devrinin nasıl olacağı da düzenlenmiştir. Bu plan BM Genel Kurulu tarafından aynı şekilde kabul edilmiş ve karara bağlanmıştır. 19.07.1946 tarihinde her iki örgütün temsilcileri Cenevre'de buluşarak bu malvarlığı aktarımının nasıl olacağına dair sözleşme yaptılar.²⁶ 1946 yılında da BM Genel Kurulu mallarını devralma kararı verdi.²⁷ Bu devretme ve devralma kararlarına dayanarak Birleşmiş Milletler Örgütü, Milletler Cemiyeti'nin kısmi olarak ardılı sayılabilir.²⁸ BM, 12.02.1946 ve 14.12.1946 tarihlerinde aldığı kararlarla da Milletler Cemiyeti'nin teknik ve siyasi olmayan fonksiyonlarını üstlenmiştir. Bununla birlikte BM Genel Kurulu, Milletler Cemiyeti'nin siyasi fonksiyonunu üstlenmeyi açıkça reddetmiştir.²⁹

Ancak BM bazı konularda hukuken Milletler Cemiyetinin yerini almıştır. Bunlardan birisi, Milletler Cemiyeti ile Güney Afrika arasında Namibya hakkında yapılan manda sözleşmesinin BM tarafından üstlenilmesine ilişkin sözleşmedir.³⁰ Uluslararası Adalet Divanı'nın bu alana ilişkin esaslı bir karar verebilmesinde hem BM Sözleşmesi'nin 80.maddesine göre Genel Kurul'un manda sözleşmesinin denetimini üstlenebilmesi ve bu konuya yönelik olumlu irade beyan etmesi hem de manda sözleşmesinin statüyü belirleyen maddeleri etkili olmuştur.³¹

Bunun yanında BM, Milletler Cemiyeti çalışanlarıyla mevcut iş sözleşmelerini devam ettirmemiş ve yine onun sorumluluklarını da üstlenmemiştir.³²

Bütün bu izahlardan sonra Milletler Cemiyeti'nin, BM'nin devamı olmadığına delillerini aşağıdaki gibi sıralanabilir:³³

1. Milletler Cemiyeti ve Birleşmiş Milletler aynı zamanda paralel olarak var oldular. Bu sebeple hukuki kişilikleri aynı olamaz.
2. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi halefiyete ilişkin herhangi bir düzelleme içermemektedir. 18.04.1946 tarihli kararda BM Sözleşmesi girişine yapılan atıf, Milletler Cemiyeti'nin hedeflerine ulaşmak için kurucu anlaşmasının yetersizliğini ve artık gereksizleştiğini belgelemeye yaramaktadır. Bu ifade ile Milletler Cemiyeti'nin yerine getirmesi

²⁶ Berber, Friedrich, Lehrbuch des Völkerrechts III, München 1977, s. 232.

²⁷ UNTS Bd.1, 109, 131, 135; Bd. 4, 433, 449; Bd.5, 389, 395.

²⁸ Epping, in: Ipsen, Völkerrecht, s. 411.

²⁹ A/RES/24 (I) 812.02.1946)

³⁰ Kempen/Hillgruber, Völkerrecht, München 2007, s. 148.

³¹ ACJ Rep, 1950, 128 vd (Namibya Bilirkişi Raporu)

³² Klein, s. 293.

³³ Nord, Tobias, Rechtsnachfolge bei zwischenstaatlichen Organisationen, Marburg 2009, s.

gereken hedef ve fonksiyonları Cemiyetin Genel Kurulu kararına göre artık BM örgütü tarafından yerine getirilecek olduğu düzenlenmektedir.

3. Her iki örgüt arasında yapılan anlaşma bir hediye anlaşmasına benzemektedir. Bu sözleşme her iki örgüt mevcut ve iki eşit partner iken imzalanmıştır. En azından bu paralel varoluş sırasında BM, Milletler Cemiyetinin halefi değildir.
4. BM, Milletler Cemiyeti'nin çalışanlarıyla mevcut sözleşmelerini sürdürmemiştir.³⁴ Bazılarıyla yeniden anlaşmalar yapılmıştır. Bu her iki örgütün aynı hukuki şahsiyet olmadığını ortaya koymaktadır. Hak ve sorumluluklar bir uluslararası örgütten diğerine aktarılmamıştır. Yoksa mevcut sözleşmelerin yeniden yapılması aynı hukuki şahsiyette gereksiz olurdu. Mevcut anlaşmaları BM'nin feshetmesi gerekirdi.
5. Uluslararası Adalet Divanı, Statüsünün 36, 37 ve 75-78. maddelerine göre Uluslararası Sürekli Adalet Divanı önünde görülmekte olan davalara bakabilecektir. Bu düzenleme sebebiyle hak ve sorumlulukların aktarıldığından bahsedilemez. Zaten Uluslararası Adalet Divanı yeni bir Statüyle kurulmuştur.
6. BM, Milletler Cemiyeti'nin, Güney Afrika'nın Güney Batı Afrika üzerindeki manda görevini denetleme görevini üstlenmiştir. Buradan en azından BM'nin, Milletler Cemiyeti'ni takip ettiğini anlamak mümkündür.

Şu halde Sözleşme'nin 21. maddesinde düzenlenen Milletler Cemiyeti Konseyi'nin denetim yetkisi bağlamında BM Güvenlik Konseyi'nin ardıllığından söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti, yakın bir savaş tehdidi altında olduğuna ilişkin aldığı bir kararı BM Güvenlik Konseyi'ne bildirmek zorunda değildir. Denetim yetkisini icra eden örgütün ortadan kalkması 21. maddede Türk Hükümeti'ne tanınan hakkı ortadan kaldırmaz.

3. Montrö Sözleşmesi'nin Suriye Krizi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Uluslararası toplum Mart 2011'de başlayan Suriye iç savaşını belirli bir zamana kadar uluslararası insancıl hukuk kapsamında bir silahlı çatışma olarak nitelendirme konusunda çekingen davrandı. Ancak çatışmaların ulaştığı yoğunluk ve muhalefetin organizasyon yapısının gösterdiği gelişme doğrultusunda bu tavrından daha sonra vazgeçti.

Kasım 2011'de Suriye Hakkında Bağımsız Araştırma Komisyonu (Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic)

³⁴ Klein, Die Internationalen und die Supranationalen Organisationen, s. 293.

tarafından BM İnsan Hakları Komisyonu'na sunulan raporda Suriye'deki durumun "uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma" durumu oluşturma tehlikesi taşıdığı ifade edildi.³⁵ Uluslararası Kızılhaç Teşkilatı ise Haziran 2012 yılında açık bir şekilde Suriye'deki durumu "uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma" olarak nitelendirdi.³⁶ Bu değerlendirmeye birlikte 2012 yılının ortasından itibaren artık bu çatışma gerek çatışmaların yoğunluğunun ulaştığı seviye, gerekse muhalif silahlı grupların organizasyon yapısının geldiği nokta nazara alınarak uluslararası toplum tarafından tartışmasız olarak "uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma" olarak değerlendirilmektedir.³⁷

Yukarıda savaş zamanına ilişkin yapılan açıklamalardan da anlaşıldığı üzere artık savaş kavramı yerine daha geniş kapsam alanı olan silahlı çatışmalar kavramı kullanılmaktadır. Bu çatışmalar da uluslararası olabileceği gibi uluslararası olmayan nitelikte de olabilir. Suriye'de çok sayıda tarafı olan bir uluslararası olmayan silahlı çatışmanın varlığı genel olarak kabul edilmektedir. Bunun yerine eşzamanlı olarak vuku bulan çok sayıda uluslararası olmayan silahlı çatışmanın varlığından da söz edilebilir. Ancak uygulanacak hukuk her iki durumda da aynı olduğundan, bu tartışmanın fiili ya da hukuki bir önemi olmadığı söylenebilir.³⁸ Şu halde Türkiye'nin sınırında uluslararası olmayan bir silahlı çatışma vardır ve bu Montrö Sözleşmesi bağlamında savaş zamanı olarak nitelendirilecektir. Yani boğazlarda Türkiye Montrö Sözleşmesi'nin savaş zamanı düzenlemesini uygulama hakkına sahiptir. Yukarıda da izah edildiği gibi Sözleşme'nin savaş zamanı rejimi Türkiye'nin savaşta taraf olup olmadığına göre farklı düzenlemelere sahiptir. Şu halde Türkiye'nin bu savaşın tarafı olup olmadığının da tespit edilmesi gerekir.

Türkiye, Suriye'de DEAŞ karşıtı koalisyonun bir üyesi olarak hava operasyonlarına katkıda bulunmanın yanı sıra terör örgütü PKK'nın Suriye kolu/uzantısı YPG'ye karşı da askeri operasyonlar düzenlemektedir. Dolayısıyla, Türkiye'yi süregelen uluslararası olmayan silahlı çatışmanın tarafı olan devletlerden biri olarak görmek mümkündür.

³⁵ UN Doc. A/HRC/S-17/2/Add.1 v. 23.11.2011, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic: »The commission is concerned that the armed violence in the Syrian Arab Republic risks rising to the level of an »internal armed conflict« under international law«, Abs. 97.

³⁶ ICRC, Syria: ICRC and Syrian Arab Red Crescent Maintain Aid Effort amid Increased Fighting, 17.7.2012, www.icrc.org/eng/resources/docu/ments/update/2012/syria-update-2012-07-17.htm

³⁷ Schaller, Cristian, .Der Bürgerkrieg in Syrien, der Giftgas-Einsatz und das Völkerrecht , in: https://www.swp-berlin.org/fileadmin/.../2013A54_slr.pdf (26.05.2016)

³⁸ Bkz. Gill, Terry D., "Classifying the Conflict in Syria", International Law Studies, sayı 92, 2016, s. 373-377.

Ayrıca Türkiye'nin, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nde yer alan "pek yakın savaş tehdidi altında bulunması" maddesini işleterek YPG ve DEAŞ'la fiili olarak çatışmaya girmesinden önceki zamanlarda dahi boğazlardan diğer devletlerin gemilerinin geçişine engel olabileceği söylenebilirdi.

Büyük ölçekli mülteci akınlarının Güvenlik Konseyi tarafından bölgesel ve uluslararası barış ve güvenliğe bir tehdit olarak algılandığı daha önce Haiti, Irak, Kosova, Liberya, Ruanda ve Somali örneklerinde görüldü.³⁹ Türkiye bu silahlı çatışmalardan aldığı göçlerle olumsuz etkilenmektedir.⁴⁰ Yani Türkiye üstlenmek zorunda olduğu bu yükün, kendi ulusal barış ve güvenliğini tehdit ettiğini savunabilir. Bunun ötesinde iç güvenliğini tehdit eden PKK terör örgütünün, Suriye'deki uzantısı PYD eliyle belli devletlerin desteğini alarak Suriye'de büyük bir alanı kontrol altında tutması sayesinde ancak devletlerin sahip olabileceği silahları edinmesi ve bunları Türkiye'ye karşı kullanması, Suriye'deki iç savaşın Türkiye için ulaştığı güvenlik tehdidinin boyutunu gözler önüne sermektedir. Bu değerlendirmeler ışığında Suriye'deki mevcut durum dolayısıyla Türkiye'nin kendisini "pek yakın bir savaş tehdidi altında" olduğu şeklinde değerlendirebilmesi için yeterli maddi vakianın var olduğu söylenebilir.

Sonuç

Suriye'de çok sayıda tarafı olan genel bir uluslararası olmayan silahlı çatışmanın varlığının kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nde öngörülen savaş zamanı rejimi uygulama alanı bulur. Türkiye'nin Suriye'de YPG ve DEAŞ'la fiili olarak çatışmaya girmesinden önceki zamanda Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nde yer alan Türkiye'nin müdahil olmadığı savaş zamanı rejiminin uygulanması gerektiği söylenebilir. Ancak Türkiye'nin "pek yakın savaş tehdidi altında bulunması" maddesini işleterek bu dönemde dahi boğazlardan diğer devletlerin gemilerinin geçişine, Türkiye'nin tarafı olduğu savaş zamanı rejimi uygulayarak engel olabileceğini söylemek daha isabetli bir hukuki analiz olacaktır. Türkiye'nin Suriye'de YPG ve DEAŞ'la fiili olarak çatışmaya girmesinden sonra ise Türkiye'nin tarafı olduğu savaş zamanı rejimi uygulanacağı konusunda bir belirsizlik yoktur.

³⁹ G. Goodwin-Gill, 'Editorial: Refugees and Security', *International Journal of Refugee Law*, cilt 11, sayı 1, 1999, s. 3; G. Loescher, 'Refugees as Grounds for International Action', in E. Newman and J. van Selm (eds), *Refugees and Forced Displacement: International Security, Human Vulnerability, and the State*, United Nations University Press, Tokyo, 2003, s. 31-6.

⁴⁰ Bkz. O. Ağır, M. Sezik 'Suriye'den Türkiye'ye Yaşanan Göç Dalgasından Kaynaklanan Güvenlik Sorunları', *Birey ve Toplum*, Bahar 2015, cilt 5, sayı 9.

KAYNAKÇA

1. Akipek, Ömer İlhan, Devletler Hukuku, İkinci Kitap, Ankara, 1964.
2. von Arnould, Andreas, Völkerrech, Hamburg, 2012.
3. Belik, Mahmut, Türk Boğazlarının Hukuki Statüsü, İstanbul, 1962.
4. Berber, Friedrich, Lehrbuch des Völkerrechts III, München 1977.
5. Bothe, Michael, Friedenssicherung und Kriegsrecht, in: Völkerrecht, Edit. Witstum, Wolfgang Graf, Berlin 2007.
6. Christopher M. Blanchard/Carla E. Humud/Mary Beth D. Nikitin, Armed Conflict in Syria: Overview and U.S. Response, s. 12, in: <https://www.fas.org/sgp/crs/mideast/RL33487.pdf> (27.05.2016)
7. Christopher M. Blanchard/Carla E. Humud/Mary Beth D. Nikitin, Armed Conflict in Syria: Overview and U.S. Response, s.11 in: <https://www.fas.org/sgp/crs/mideast/RL33487.pdf> (27.05.2016)
8. Çelik, Edip, Milletlerarası Hukuk, İkinci kitap, İstanbul, 1987 .
9. Epping, in: Ipsen, Knut, Völkerrecht, München, 2014.
10. Gill, Terry D., "Classifying the Conflict in Syria", International Law Studies, sayı 92, 2016.
11. Goodwin-Gill, "Editorial: Refugees and Security", International Journal of Refugee Law, cilt 11, sayı 1, 1999.
12. Herdegen, Matthias, Völkerrecht, München, 2012
13. ICRC, Syria: ICRC and Syrian Arab Red Crescent Maintain Aid Effort amid Increased Fighting, 17.7.2012, www.icrc.org/eng/resources/documents/update/2012/syria-update-2012-07-17.htm
14. Kempen/Hillgruber, Völkerrecht, München, 2007.
15. Klein, Die Internationalen und die Supranationalen Organisationen, in: Wolfgang Graff Vitzthum Völkerrecht, Berlin 2010.
16. Loescher, "Refugees as Grounds for International Action", in E. Newman and J. van Selm (eds), *Refugees and Forced Displacement: International Security, Human Vulnerability, and the State*, United Nations University Press, Tokyo, 2003.
17. Meray, L. Seha, Devletler Hukukuna Giriş, Ankara, 1968.

18. Nord, Tobias, Rechtsnachfolge bei zwischenstaatlichen Organisationen, Marburg 2009.
19. Schaller, Cristian, Der Bürgerkrieg in Syrien, der Giftgas-Einsatz und das Völkerrecht , in: https://www.swp-berlin.org/fileadmin/.../2013A54_slr.pdf (26.05.2016)
20. Stein/ von Buttler. Völkerrecht, München, 2009.
21. Toluner, Sevim, Milletlerarası Hukuk Dersleri, İstanbul, 1989 .
22. Tobias, Nord, s. 11; Rosenwick, Die Organisation der Vereinten Nationen, in: JuS 1994, s. 1000.

HIRVATİSTAN'DA YAŞAYAN ROMANLARA YÖNELİK TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜK İHLALLERİ

Violations of Basic Rights and Freedoms of the Romany Living in Croatia

Doç. Dr. Selda ÇAĞLAR¹

Geliş Tarihi: 03.08.2016 Kabul Tarihi: 15.11.2016

ÖZET

Siyasal ve tarihsel geçmişine bağlı olarak Hırvatistan'da ırk, etnik köken, dil ve din açısından çok sayıda azınlık topluluk yaşamaktadır. Bu gruplardan biri de toplam nüfusun % 0.4'ünü oluşturan Romanlardır. 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile "ulusal azınlık" statüsünü kazanan Romanlar, görece küçük bir azınlık olmakla birlikte sosyo-ekonomik koşullar ve temel insan hakları bakımından en dezavantajlı etnik gruptur. 2010 Anayasa değişikliği ve Hırvatistan'ın 2013 yılında Avrupa Birliği (AB)'ye üye olması Romanların toplumsal, siyasal ve ekonomik hayata diğerleriyle eşit koşullarda katılımına yönelik hukuki ve siyasal önlemlere hız vermiş, ancak olumsuz yaşam koşullarında kayda değer bir iyileşme sağlanamamıştır.

Bu tespitten hareketle çalışmamızda Hırvatistan'da yaşayan Romanların temel hak ve özgürlüklere erişim bakımından çoğunluk nüfusu ve diğer azınlıklardan farklı olarak karşılaştığı sorunlar, kuşak haklar sistematığı içinde alınan/alınması gerekli hukuki önlemlerle birlikte tartışılmış ve çözüm önerileri getirilmiştir. Bu amaçla Hırvatistan'ın tarafı olduğu Avrupa Konseyi (AK), Avrupa Birliği (AB) ve Birleşmiş Milletler (BM) bünyesinde kabul edilen ilgili sözleşme, ilke ve kararların iç hukuka ne ölçüde yansıtıldığı ulusal mevzuat, bölge ve ülke raporları ile uluslararası sivil toplum kuruluşlarının (NGO) ülke izleme ve araştırma raporlarından elde edilen veriler ışığında değerlendirilmiş, Romanların azınlık hakları profili çıkartılmaya çalışılmıştır. Dört ana başlık olarak planlanan makalede önce diğer toplumsal grupların Romanlara yönelik algı ve tutumlarına yer verilmiş, ardından Romanların siyasal hak ve özgürlükleri ile sosyal, ekonomik ve kültürel haklarını içeren alanlarda ne tür ihlallerle karşılaştıkları önleme ve giderme mekanizmalarıyla birlikte ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hırvatistan, Roman, Azınlık hakları, Siyasal hak ve özgürlükler, Sosyal ve ekonomik hak ve özgürlükler, Kültürel hak ve özgürlükler

ABSTRACT

There are many racial, ethnical, lingual and religious minority groups living in Croatia depending on its political and historical background. One of these groups is the Romany, who constitutes 0.4% of the total population. The Romany had the right of being a "national minority" with the changes in the Constitution in 2010, and is a relatively small and disadvantaged ethnical group in terms of socio-economic conditions and basic human rights. The constitutional change in 2010 and the admittance of Croatia to the European Union (EU) in 2013 sped up the legal and political measures intended for the equal participation of the Romany to social, political and economic life; however, no considerable improvements were made in negative living conditions.

Based on this aspect, the problems experienced by the Romany living in Croatia in having the access to basic rights and freedoms as different from the other minority groups and the majority of the population will be discussed in our study in terms of the legal measures taken/will be taken in Generation Rights Systematics; and solution proposals will be made. For this purpose, the data obtained from the national regulations, regional reports and international NGOs on how the relevant agreements, principles, and decisions to which Croatia is a party and member in the Council of Europe (COE), European Union (EU), and United Nations (UN) are reflected in the domestic legal system; and the Minority Rights Profile of the Romany will be prepared. In the study, which has been planned under four headings, firstly the perceptions and attitudes of the other social groups towards the Romany will be investigated, and then the violations experienced by the Romany in terms of political rights, freedoms, social, economic and cultural rights will be discussed together with the prevention and elimination mechanisms.

Keywords: Croatia, Roma, Minority rights, Political rights and freedoms, Social and economics rights and freedoms, Cultural rights and freedoms.

* Trakya Üniversitesi İ.İ.B.F. Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi, (scaglar@trakya.edu.tr)

GİRİŞ

Hırvatistan, 1918'de (Slovenya, Hırvatistan ve Sırbistan Krallığının birleşmesiyle oluşan) Yugoslav devletinin bir parçası olmuştur. 1941'de bağımsızlığını ilan eden Hırvatistan, 1947 Anayasası ile Hırvatistan Halk Cumhuriyeti adıyla [Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti](#)'nin kurucu ve bileşenleri arasında yer almıştır. 1963-1990 yıllarında Hırvatistan Sosyalist Cumhuriyeti adıyla hüküm süren ülkede, Komünist sistemin çökmesi ile birlikte 1990 da ilk demokratik seçimler yapılmıştır. Haziran 1991'de bağımsızlığını ilan eden ve 8 Ekim 1991'de bağımsız olan Hırvatistan, 4 yıl boyunca süren bir [savaşın](#) içinde kalmıştır. 1995'te Sırp isyancı kuvvetlerini yenilgiye uğratarak askeri yollarla işgal edilen alanların çoğunu geri almıştır. İşgal topraklarının kurtuluşu ve Yugoslav Cumhuriyeti'nin diğer devletleriyle barışçıl bir yeniden entegrasyon ile birlikte 1998 yılında (daha küçük bir ülke alanında) tam bağımsız devlet olmayı başarmıştır. Bu süreçte yaşanan coğrafi bölünmeler nedeniyle ülke hiçbir zaman etnik, din ve dil açısından homojen bir nüfusa sahip olamamıştır. Roman toplumu da, Hırvatistan'da ulusal olarak kabul edilen 22 azınlık topluluğundan biridir. 2010 Anayasa değişikliği öncesi Anayasa'nın Giriş bölümünde 10 tane ulusal azınlık topluluğu sayılmış ve içinde Romanlar yok iken, 2010 değişikliğiyle bu sayı içine Roman azınlıklar da eklenmiş ve ulusal azınlıkların sayısı 22'ye çıkartılmıştır.

Ulusal azınlık statüsünü elde etmek hak ve özgürlüklere erişim bakımından Romanların karşılaştıkları sıkıntıları bir ölçüde azaltacak hukuki ve siyasi tedbirlerin alınmasına yol açmış, ancak alınan önlemlerin yetersizliği ve uygulamadaki sorunlar nedeniyle Romanlar diğer azınlık gruplarıyla eşit bir konuma asla gelememişlerdir. Hırvatistan'ın AB'ye girme sürecinde ve sonrasında Romanlara yönelik ayrımcılık ve dışlama olgusunu ortadan kaldıracak tedbirlere hız verilse de, hem ekonomik hem de sosyal statü açısından zayıf ve dezavantajlı konumlarında anlamlı bir değişiklik gerçekleşmemiştir.

Bu çalışmada, Romanların insan onuruna yaraşır özgür bir yaşam sürdürebilmesini, toplumsal, siyasi, ekonomik ve kültürel yaşama diğer toplum kesimleriyle eşit ve tam olarak katılabilmesini sağlamaya yönelik olarak Hırvatistan devleti tarafından alınan hukuki ve siyasi önlemler incelenecek; Romanların hak ve hizmetlere erişim ve bunlardan yararlanma bakımından diğer azınlık gruplarıyla toplumun geriye kalan kesiminden farklılık arzeden konumu ve bunların hukuki nedenleri araştırılarak, alınması gereken önlemlere ilişkin bir yol haritası belirlenmeye çalışılacaktır.

I. ROMANLARA YÖNELİK TOPLUMSAL TUTUM VE ALGILAR

Hırvatistan'da çoğunluk toplumuna göre Romanlar tembel, hastalık taşıyıcı¹, çocuk kaçıran ve hırsız bir toplumdur. Negatif algılar genelde Roman ailelerin günlük yaşam biçimleri üzerinde yoğunlaşmaktadır. 2009 yılında Göç ve Etnik Çalışmalar Enstitüsü tarafından çoğunluk nüfus ve azınlıklar arasındaki ilişkileri analiz etmek üzere yapılan bir çalışmanın sonuçlarına göre, Hırvat toplumunda oldukça geniş bir kesim azınlıklara karşı etnik önyargı ve yabancı düşmanlığı beslemektedir. Bu algı ve tutum özellikle Roman nüfusa karşı çok yüksektir. Hırvat çoğunluk, Romanları mevcut toplumsal normlara bağlı olmadıkları için eleştirmekte, Romanları kollektif bir kimlik olarak değerlendirip, olumsuz algı ve tutumlarını "tüm Romanları" içeren bir genelleme içinde sürdürmektedirler.² Araştırmaya katılanların bir kısmı, çoğunluk nüfusu tarafından Romanlara karşı geliştirilen olumsuz tutumların Romanların hayatını zorlaştırdığına, ancak onların durumlarını asıl zorlaştıran etkenin yine Romanların kendileri olduğuna inanmaktadır. Katılımcıların çoğu, hükümetin yardım edip etmemesi konusunda bir uzlaşmaya varamamış, ancak Romanların konumlarını iyileştirme amacına yönelik önlemlerin alınmasına yetkililerin dahil edilmesi gerektiği konusunda uzlaşmıştır.³

Romanlara karşı önyargının izleri okul kitaplarında da mevcuttur. Önemli Roman liderlere göre, Hırvat medyasında bazı kuruluşlar Romanları olumsuz yönleriyle ele alan programlarla Roman ve Roman olmayan toplumlar arasındaki olumlu ilişki ve hoşgörü yaratılmasını engellemektedirler. Zagreb'de Barış Araştırmaları Merkezi'nin yabancı göçmenler hakkında yetişkin tutumları üzerine 2013 yılında yaptığı araştırmanın sonuçları göstermiştir ki; Hırvatistan vatandaşlarının % 40'tan fazlası Romanları 'yabancı' olarak görmekte, güvenlik, kültür ve siyaset alanında Hırvatistan için tehlike kaynağı olarak değerlendirmektedir. Bu algılar Romanların etnik veya ulusal kökene dayalı şiddet ve nefret söyleminin en kötü biçimlerine maruz kalmasına da neden olmaktadır.⁴ Şiddet ve nefret söyleminin bir sonraki basamağı olan şiddet eylemlerinin de büyük bölümü Romanlara ilişkin basmakalıp inanç ve

¹ 2010 yılında Zagreb'teki ana otobüs duraklarında "Romanlara dokunmayın, onlar mikroplu" yazan graffitiler yapılmıştır. Bkz. Lynette Šikic'-Mic'anovic', Arthur R Ivatts, Danijel Vojak , Marija Geiger-Zeman (2015), Roma Early Childhood Inclusion+ Croatia Report, Open Society Foundation- Roma Education Fund-UNICEF, p.30.

² Laura Šakaja/Hrvoje Šlezak (2013), The Romani ("gypsies") in The Social Space of Post-Socialist Countries: The Example of Croatia, *The Overarching Issues of the European Space..* Ed. Faculdade Letras Universidade Porto., p. 398

³ Lynette Šikic'-Mic'anovic', Arthur R Ivatts, Danijel Vojak , Marija Geiger-Zeman (2015), Roma Early Childhood Inclusion+ Croatia Report, Open Society Foundation- Roma Education Fund-UNICEF, pp.29-30.

⁴ Universal Periodic Review on Human Rihts in The Republic of Croatia - NHRI REPORT, 2nd cycle, September 2014, pp.4-5

algılardır. Toplumun genelinin gözünde Romanlar “potansiyel suçlu”dur. Bu tür olumsuz algılamalar yüzünden 2012 yılında Skabrnja’da Hırvat çoğunluk ile Roman nüfus arasında şiddetli çatışmalar yaşanmış; yerel halk tarafından kovulan ve fiziksel şiddete maruz kalan Roman aile yerleşim yerlerini terketmek zorunda kalmıştır. Olay Bölge savcılığı ve Ombudsman tarafından yargıya taşınmış, ırk ayrımcılığı suçu işlendiği iddaisıyla belediye başkanı aleyhine suç duyurusunda bulunulmuştur. Lika köyünde yaşanan bir başka olayda da köyün yerel çoğunluğu tarafından Romanların kendi mülklerine izinsiz girdiği ve hırsızlık yaptıkları iddia edilmiş, kendilerini korumak üzere bir çete karargahı oluşturulmuştur.⁵

Hırvat çoğunluğun Roman azınlığa karşı olumsuz tutum ve yargılarını ortadan kaldırmak ve bunun sonucu olarak gelişen ayrımcılıkla mücadele etmek üzere son yıllarda Hırvatistan Cumhuriyeti’nde yasal ve kurumsal mekanizmalar harekete geçirilmiş, Roman toplumunun sosyo-ekonomik ve hukuki statüsünü güçlendirmeye yönelik strateji ve politik eylemlere girilmiştir. 2009 yılında yürürlüğe giren Ayrımcılık Karşıtı Yasa ile ayrımcılığın her türü (açık-kapalı-gizli ayrımcılık gibi) neredeyse tüm zeminlerde yasaklanmış, ayrımcılığın önlenmesi ve giderilmesine ilişkin yargısal ve idari şikayet mekanizmalarıyla birlikte hak arama yolları genişletilmiş, ayrımcılıkla mücadelede görevli kurumlar ve bu kurumlar arasındaki işbirliği ve denetim ayrıntılı olarak hüküm altına alınmıştır. İlgili Yasada ayrımcılık için en tehlikeli zemin olan ırk, etnik ve ulusal kimliğe dayalı ayrımcılıkla mücadele konusuna özel bir önem verilmiş, ilgili tedbirler sayılmıştır. 2013 yılında yürürlüğe giren yeni Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Karşıtı Yasa ve Anayasa hükümleriyle uyumlu bir şekilde ayrımcılık tanımı genişletilerek suç olarak düzenlenmiştir. Aynı Kanun’da ırk, renk, dini inanç, ulusal ya da etnik köken, cinsel yönelim ve toplumsal cinsiyete karşı işlenen suçları nefret suçu olarak tanımlamış ve cezalandırmıştır. 2009 yılında kabul edilen Ücretsiz Yardım Yasası, sosyal ve ekonomik açıdan dezavantajlı kişilerin hak arama olanaklarından yararlanabilmeleri için yapılan adli yardımı kapsam ve miktar açısından genişletmiştir.⁶

Hükümet kabul edilen Ulusal Ayrımcılıkla Mücadele Planı’ndaki önlemleri hayata geçirmek üzere 2008-2013 ve 2011-2013 yıllarına ilişkin iki eylem planı kabul etmiştir. 2011-2013 Ulusal Ayrımcılıkla Mücadele Planının Uygulanmasına Dair Eylem Planı’nda “aile ve sosyal refah”, “eğitim”, “işgücü ve istihdam”, “sağlık”, “ulusal azınlıklar”, yabancılar için koruma”, ayrımcı

⁵ Lynette Škic’-Mic’anovic’, Arthur R Ivatts, Danijel Vojak , Marija Geiger-Zeman (2015), pp.30-31

⁶ International Covenant on Civil and Political Rights Human Rights Committee Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant pursuant to the optional reporting procedure, Third periodic reports of States parties due in 2013, Croatia, CCPR/C/HRV/3, p.4

eylemlerle mücadele ve cezalandırma”, “istatistiki veri toplama”, “hoşgörü”, “medya ve sivil toplum aracılığıyla ayrımcılıkla mücadele” başlıklarına ilişkin alınacak önlemler, uygulayıcı kurumlar ve gerekli bütçe düzenlemiştir. Anayasal Ulusal Azınlık Hakları Yasası’nın uygulanması amacıyla kabull edilen Eylem Planı’nda da eylemler, kampanyalar ve eğitimler aracılığıyla ulusal azınlıkların gelişmesine yönelik olumlu politikaların izlenmesi, gerekli eğitim ve öğretim önlemleriyle birlikte Romanların insan haklarını kullanmaları ve karar mekanizmalarına katılmalarının sağlanması, ulusal ve yerel düzeyde ulusal azınlık mensuplarının istihdamını artırma hedefleri yer almıştır.⁷ 2013-2020 Ulusal Roman Katılım Stratejisi’nde ise bu hedef ve amaçlar Roman azınlığa özgü tedbirlerle düzenlenmiştir. Bu belgede de benzer şekilde, Romanlara yönelik ayrımcılıkla mücadele konusunda kamuoyunda hassasiyet ve farkındalık oluşturmayı amaçlayan kampanya, eğitim ve diğer etkinliklere yer verilmesi, Romanların (vatandaşlık başvuruları ve kimlik belgesi çıkartma gibi) geçerli bir hukuki kimlik elde etmelerine yarayacak bilgilendirme ve eğitim programlarına katılmalarının sağlanması, hukuki statü elde etmeleri için daha hızlı ve etkili çözüm mekanizmaları oluşturulması, ilgili Roman kurum ve temsilcileriyle daha etkin bir işbirliği geliştirilmesi, ayrımcılık yaşağına ilişkin yasal düzenlemelerin devletin tüm kurumları tarafından hayata geçirilmesi ve Romanlara karşı şiddet olaylarının polis marifetiyle azaltılması önlem ve amaçlarına öncelik verilmiştir.

Ancak etnik farklılıklara dayalı toplumsal önyargı ve hoşgörüden uzak negatif tutumların kısa bir sürede değişmesini sağlamak mümkün değildir ve bu durum Hırvatistan için de geçerlidir. Ülke içinde Romanların ağırlıklı olarak yaşadığı bölgelerde yapılan ampirik araştırmalar⁸ ve uluslararası örgütlerin araştırmalarından elde edilen sonuçlar⁹, Hırvatistan’da Romanlara karşı toplumsal ön yargıların düşmanlık boyutuna varabildiğini göstermektedir. Romanlarla toplumun çoğunluğu arasında mekansal mesafenin yanı sıra kişisel ve daha geniş ölçekte toplumsal ilişkilerde görünen farklı anlayış düzeylerini ve yakınlık hislerini kapsayan sosyal mesafe oldukça büyüktür. Romanların kendi gettolarında kendi toplumlarıyla birlikte yaşadığı yerleşim yerleri dışında çoğunluk nüfusuyla karışık yaşanan yerlerde iki toplum arasında sosyal ilişki son derece zayıf olup, düşmanlık ve nefret şeklinde negatif duygularla beslenen ilişkilerdir. Hırvatistan’da iki toplumun hem fiziksel hem de sosyal anlamda birbirine yaklaştırılması, Romanlara karşı ayrımcılık ve dışlama olgusuyla

⁷ ibid., pp.4-6

⁸ Laura Šakaja/Hrvoje Šlezak (2013), The Romani (“gypsies”) in The Social Space of Post-Socialist Countries: The Example of Croatia, *The Overarching Issues of the European Space..* Ed. Faculdade Letras Universidade Porto., p. 398

⁹ Universal Periodic Review on Human Rihts in The Republic of Croatia - NHRI REPORT, 2nd cycle, September 2014, pp.4-5

sadece yasal müeyyideler yoluyla değil, eğitim, sağlık, konut, istihdam ve toplumsal yaşamın tüm alanlarında eşit koşullarda temsil edilmesini, insanca yaşabilmelerini sağlamaya yetecek ölçüde bir bütçe ayrılması, gözetim ve denetimi dahil iyi bir planlama yapılması, topluma bir arada barış ve huzur içinde yaşayabilmenin ortak paydalarının eğitim ve diğer yollar aracılığıyla anlatılması gerekmektedir.

II. SİYASAL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

Hırvatistan 2000 yılında yaptığı anayasa değişikliğiyle yarı başkanlık sisteminden parlamenter hükümet sistemine geçmiştir. Parlamenter rejimlerde kuvvetler ayrılığı esas olmakla birlikte, bu ayrılık sert değildir. Hırvatistan Anayasası'nda da kuvvetler ayrılığı ilkesinin Anayasa ve yasaların öngördüğü şekilde karşılıklı işbirliği ve karşılıklı kontrol ve denge unsurlarını kapsadığı açıkça ifade edilmiştir (m.4/2). Yumuşak kuvvetler ayrılığının sonucu olarak yürütme organı, genel seçimlerle işbaşına gelen yasama organının içinden çıkan, yasama organıyla işbirliği ve karşılıklı kontrol mekanizmaları eşliğinde yetkilerini kullanan bir organdır. Bu durumda seçimler, yasama organı için olduğu kadar yürütme organı için de belirleyici ve etkindir. Yine yürütmenin bir kolu olan yerel idare organlarının da seçimle iş başına geldiği düşünüldüğünde seçimler, halkın siyasete ve yönetime katılmasında ve halk egemenliğinin kullanılmasında en önemli unsur olmaktadır. Siyasal hak ve özgürlükler de bir yanıyla seçim ve temsilin, diğer yanıyla da siyasi iradenin serbestçe oluşmasına aracılık eden ve iktidar amacını güden siyasi partilerin oluşum ve faaliyetleriyle yakından ilgilidir. Bu açıdan bakıldığında, Hırvatistan Anayasası'nda siyasal hak ve özgürlüklerin kullanılmasına aracılık eden siyasal partiler ve seçim sisteminin düzenlenme ve işleyiş biçimi, siyasal hak ve özgürlüklerin kapsamı hakkında da bilgilenmemizi sağlayacaktır.

22 Aralık 1990 tarihinde kabul edilen, 1997, 2000, 2001 ve 2010 yıllarındaki değişikliklerle yürürlükte bulunan Hırvatistan Cumhuriyeti Anayasası'na göre;

- Hırvatistan Cumhuriyeti üniter ve bölünmez demokratik ve sosyal bir devlettir. Egemenliğin kaynağı halktır ve egemenlik özgür ve eşit haklara sahip yurttaşların oluşturduğu topluluk olarak halka aittir. Halk, egemenliğini seçtiği temsilciler aracılığıyla ve doğrudan aldığı kararlar yoluyla kullanır (m.1).
- Özgürlük, eşit haklar, ulusal eşitlik ve cinsiyet eşitliği, barışın tesisi, sosyal adalet, insan haklarına saygı, mülkiyet dokunulmazlığı, doğanın ve çevrenin korunması, hukukun üstünlüğü ve demokratik çok partili sistem, Hırvatistan Cumhuriyeti anayasal düzeninin en yüksek değerleridir ve anayasanın yorumunda gözetilmesi gereken temel ilkelerdir (m.3).

- Hırvatistan Anayasası, diğer hak ve özgürlüklerle birlikte siyasi hak ve özgürlükler bakımından da son derece önemli olan ayrımcılık yasağı ve “kanun önünde eşitlik” ilkesini açık bir dille ifade etmiştir. Buna göre; *Hırvatistan Cumhuriyeti’nde ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka inanç, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum, eğitim, sosyal statü ya da diğer özelliklerine bakmaksızın herkes hak ve özgürlüklerini kullanma hakkına sahiptir ve herkes kanun önünde eşittir* (m.14). Hak ve özgürlükleri kullanma bakımından getirilen bu genel korumaya ilaveten ulusal azınlık üyeleri için de ayrı güvencelere yer verilmiştir. Buna göre (m.15);
- Hırvatistan Cumhuriyetinde tüm ulusal azınlık üyeleri için eşit haklar güvence altındadır. Ulusal azınlıkların eşitliği ve haklarının korunması, organik yasalar için öngörülen usule uygun olarak kabul edilen anayasal yasalar ile düzenlenir.
- Genel oy dışında ulusal azınlık mensuplarının Hırvat Parlamentosuna kendi temsilcilerini seçme hakkının koşulları yasayla belirlenir.
- Tüm ulusal azınlık mensupları, kendi milliyetini açıklama ve ifade etme özgürlüğüne sahiptir. Kendi dillerini ve alfabelerini kullanma ve kültürel özerkliklerini uygulamaya geçirmeleri güvence altındadır.

Siyasal hak ve özgürlükler, kişi hak ve özgürlükleriyle birlikte Anayasa’nın 21-47. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu bölümde siyasi parti kurma ve üye olma hakkının yanı sıra seçme ve seçilme hakkına ilişkin hükümlere de yer verilmiş, siyasal partiler ise Anayasa’nın “Genel Hükümler” başlığını taşıyan ilk bölümünde tek bir madde (m.6) ile hüküm altına alınmıştır. Biz de Anayasa’nın bu sistematığına uyarak Romanların da içinde bulunduğu siyasal parti sistemini, seçme ve seçilme hakkıyla bağlantılı genel ve özel yasal düzenlemeleri inceleyecek, bu sistem içinde Romanların siyasal katılımının payını belirlemeye çalışacağız.

1. Romanların Seçme ve Seçilme Hakkına İlişkin Hukuki Koruma

Hırvatistan Anayasası, siyasal hak ve özgürlüklerin kullanılmasının en önemli aracı sayılan seçme ve seçilme hakkını bir bütün olarak değil, sadece seçme hakkı boyutuyla Anayasa’nın 45. ve 133. maddelerinde düzenlemiştir. Anayasa’nın 45. maddesinde seçim kavramına genel seçimler, Cumhurbaşkanı ve Avrupa Parlamentosu’na üye seçimleriyle ulusal referandumları kapsayan bir anlam yüklenmiştir. Buna göre;

- On sekiz yaşını doldurmuş tüm Hırvat vatandaşları (seçmenler), yasalara uygun olarak Hırvatistan Parlamentosu, Hırvatistan Cumhurbaşkanı ve Avrupa Parlamentosu seçimleriyle ulusal referandum yoluyla karar alma usulüne ilişkin seçimlerde genel ve eşit oy hakkına sahiptir.

- Hırvatistan Parlamentosu seçimlerinde, Hırvatistan Cumhuriyetinde kayıtlı ikametgahı bulunmayan AB vatandaşı seçmenler de hukuka uygun olarak üç temsilci seçme hakkına sahiptir.
- Hırvatistan Parlamentosu, Hırvatistan Cumhurbaşkanı ve Avrupa Parlamentosu seçimleriyle ulusal referandumlarda oy hakkı, gizli oy ve doğrudan seçim ilkelerine göre kullanılacak, Hırvatistan Cumhuriyetinde kayıtlı ikametgahı olmayan seçmenler de ikamet ettikleri yabancı ülkelerde bulunan Hırvatistan Cumhuriyeti diplomatik-konsolosluk ofislerindeki sandıklarda oy kullanacaklardır.
- Aynı şekilde Hırvatistan Cumhuriyetinde kayıtlı ikametgahı bulunan vatandaşlar, seçim esnasında yasa da belirlenen koşullar altında yurt dışında bulunuyorlarsa, oylarını yabancı ülkelerdeki Hırvatistan Cumhuriyeti diplomatik temsilciliklerinde kullanabileceklerdir.

Görüldüğü gibi, Hırvat Anayasası yurt içinde veya dışında bulunan tüm vatandaşları ile ikametgahı bulunmasa da Hırvatistan'da yaşayan yabancılara belli sınırlar dahilinde, Hırvatistan dışında ikamet eden seçmenlerine de diplomatik temsilciliklerde oy kullanma hakkını tanımaktadır. Parlamento üyeleri, idari bölgelerin 12'sinde nispi temsil sistemine göre seçilir. 10 eyaletten 14 temsilci, diaspora seçim bölgelerinden 14 temsilciye kadar, ulusal azınlıkların seçim bölgelerinden ise 8 temsilci seçilebilir. Koltuklar d'Hondt usulüne ve % 5 seçim barajına göre dağıtılır. Hırvat parti sisteminin ayırt edici özelliği, belirli bölgelerin çıkarlarını temsil eden bölgesel partiler ile ulusal azınlıkları temsil eden partilerin de sistemin içinde yer almasıdır. Hali hazırda sisteme kayıtlı 123 siyasal partiden 13'ü Parlamentoda temsil edilmektedir. 2011 seçimleriyle 151 üyesi bulunan Parlamantonun 5 üyesi azınlıkların temsilcisidir.¹⁰

2. Hırvat Parlamentosu Seçim Yasası'na Göre Ulusal Azınlıkların Temsili

2010 yılında Hırvat Parlamentosu Seçim Yasası (The Croatian Parliamentary Elections Act)'nda yapılan değişiklik uyarınca¹¹, 22 ulusal azınlık topluluğu için daha önce tanınan milletvekilliği kotaları şu şekilde dağıtılmaktadır:

- Anayasal Ulusal Azınlık Hakları Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Anayasal Kanun'un (the Constitutional Act Amending the Constitutional National Minority Rights Act -Narodne novine, no. 80/10) yürürlüğe girdiği tarihte Hırvat Cumhuriyeti nüfusunun % 1.5'undan fazla nüfusa sahip ulusal azınlıklar, Parlamentoda en az 3 sandalye ile temsil edileceklerdir.

¹⁰ Croatia Land and People, Editors: Mladen Klemenčić, Ankica Šunjić, Zvonimir Frka-Petešić, The Miroslav Krleža Institute of Lexicography, Zagreb 2013, pp.67-71, http://www.croatia.eu/pdf/Croatia-land_and_people.pdf (5.10.2015)

¹¹ Promulgating The Amendments to The Croatian Parliamentary Elections Act, Croatian Parliament: I hereby promulgate these Amendments to the Croatian Parliamentary Elections Act, as enacted by the Croatian Parliament at its session of 15 December 2010.

- Sırp ulusal azınlık temsilcileri, Hırvatistan Cumhuriyeti topraklarındaki seçim birimlerinde Sırp azınlığın seçmenleri tarafından önerilen aday listelerinde ya da bu azınlık üyelerine parti aday listelerinde yer verilmesiyle seçilecektir.
- Hırvat Cumhuriyeti nüfusunun % 1.5'unun altında nüfusa sahip ulusal azınlıklar, Hırvatistan Cumhuriyetinin tüm topraklarını kapsayacak şekilde özel seçim birimlerinde ulusal azınlıkların kendilerince belirledikleri aday sırasına göre seçilecek 5 milletvekili ile temsil edileceklerdir.
- Parlamentoda temsil edilecek ulusal azınlık üyeleri ve onların alternatifleri için aday belirleme hakkı, ulusal azınlık siyasi partileriyle parlamento üyelerini seçecek seçmenlere aittir.

Kendi beyanlarına dayanarak bir ulusal azınlığa mensup oldukları seçmen listelerinde belirlenen seçmenlere, hem ulusal azınlık adayları hem de normal seçim adayları için oy verme seçeneği tanınmıştır. Bu sistemin sonucu olarak, diğer 10 seçim bölgesinde kullanılacak oylara göre bu seçim bölgelerindeki milletvekilleri daha az sayıda oy ile seçilebilme imkanına sahip olmuşlardır. Anayasa Mahkemesi, Aralık 2010'da Hırvat Parlamentosu'na geçerli nüfus verileri doğrultusunda seçim bölgesi sınırlarının yeniden çizilmesi çağrısında bulunmuş, fakat 2011 seçimleri öncesinde bu çağrının gereğini yerine getirecek herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. OSCE/ODIHR 2011 seçimleri öncesinde verdiği raporunda, seçim bölgesi sınırlarının eşit oy ilkesini güvence altına alacak, uluslararası standartlarla uyumlu ve olumlu örnekleri de göz önünde bulunduracak şekilde yeniden belirlenmesini, 2011 seçimleriyle yeni oluşacak parlamentonun bu meseleyi öncelikle dikkate almasını tavsiye etmiştir. Ardından Anayasa Mahkemesi, 2011 Temmuz'da bu hükmü iptal etmiştir.¹² Bu hükmün iptaliyle Sırp azınlığın lehine, diğer ulusal azınlık mensuplarının temsil hakkının ise aleyhine sonuç üretmesi muhtemel bir uygulamanın önüne geçilmiştir.

Ancak hali hazırda Sırp ulusal azınlığına tanınan 3 temsilcilik kotası, geriye kalan azınlık nüfusuna oranla adaletsiz sonuçlar üretme potansiyeli taşımaktadır. Zira Sırp dışındaki ulusal azınlık nüfusu için ayrılan 5 temsilciğin 21 ulusal azınlık arasında paylaştırılacak olması nedeniyle küçük azınlıklar aralarında işbirliğine gitmedikleri sürece temsil şansını elde edememektedirler. Örneğin 2007 yılına kadar Hırvat Parlamentosu'nda Roman temsilci olmamıştır. 2007 Parlamento seçimlerinde Romanlarla birlikte Avusturyalı, Bulgar, Alman, Yahudi, Romanyalı, Türk, Vallach, Ruthenian ve Ukraynalı azınlıkları da temsil etmek üzere Roman toplumundan Nazif

¹² Office for Democratic Institutions and Human Rights REPUBLIC OF CROATIA PARLIAMENTARY ELECTIONS 4 December 2011, OSCE/ODIHR Limited Election Observation Mission Final Report, Warsaw 3 February 2012

Memedi milletvekili seçilmiştir. Ulusal azınlıkların diğer temsilcilerinin de katılımıyla Roman milletvekili, iktidar partisi Hırvat Demokratik Birliği (HDZ) ile koalisyon anlaşması imzalamıştır. Bu anlaşma, genel olarak ulusal azınlıklara finansal destek sağlanması, seçim yasasında özel seçim haklarının güvence altına alınması, eğitimde ulusal azınlık dilleri ve alfabelerinin kullanımına yönelik yasanın uygulanması, yerel ve bölgesel gelişmeye destek verilmesi, azınlıkların istihdamına yönelik Hükümet Eylem Planı çerçevesinde kamu ve yerel idare birimlerinde ulusal azınlıkların orantılı bir şekilde işe alınması gibi konuları içermektedir.¹³ 2011 Parlamento seçimlerinde yeniden seçilen Nazif Memedi, Romanlarla birlikte yukarıda belirtilen 10 azınlık grubunun da hali hazırdaki tek temsilcisidir.¹⁴

Ulusal azınlıkların siyasal temsili ve siyasi hakları bakımından Hırvatistan'ı diğer ülkelerden ayıran en önemli özelliği, Parlamento seçimlerinde ulusal azınlıklara kota ayırmasıdır. Bu konuda Balkan ülkeleri arasında iki ülkeden biridir (diğeri Kosova'dır). Azınlıklara temsil kolaylığı getiren diğer düzenleme ise, parlamenter seçimlerde geçerli olan %5 ülke barajının ulusal azınlık temsilcilerine uygulanmamasıdır. Ulusal azınlık mensubu adaylar, katıldıkları seçim çevresinde kullanılan çoğunluk oylarla seçilebilmektedirler.¹⁵

3. Roman Kimliğine Dayalı Siyasal Partiler ve Roman Siyaseti

Hırvatistan Anayasası'nda siyasi hak ve özgürlüklerin büyük bölümü bireysel nitelikli, diğer deyişle seçme ve seçilme hakkı bağlamında düzenlenmiştir. Kollektif siyaset yapma araçlarından biri olan siyasal partiler ise, örgütlenme hakkı ve özgürlüğünün bir unsuru olarak değerlendirilmiştir. Siyasal bir hak ve özgürlük olarak parti kurma ve üyelik daha çok Siyasal Partiler Kanunu'nda¹⁶ ele alınmıştır.

Partiler yoluyla siyasete katılım, etnik azınlıklar söz konusu olduğunda daha da önem kazanmaktadır. Çünkü azınlık mensuplarının seçme ve seçilme hakkını kullanarak azınlık kimliklerinden kaynaklanan sorunları ve çözüm yollarını etkili bir şekilde dile getirmesi her zaman mümkün olamamakta ya da anlamlı bir sonuç doğuramamaktadır. Bu durumda etnik partilerin kurulması ve siyasal faaliyetler yoluyla azınlık haklarının korunması ve geliştirilmesi daha

¹³ Protection of the Roma in Croatia, October 2010, p.2 <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201011/20101124ATT00191/20101124ATT00191EN.pdf> (7.10.2015)

¹⁴ The Situation of Roma 2012, Croatia FRANET National Focal Point Social Thematic Study, Croatian Law Centre – Hrvatski pravni centar, p.10

¹⁵ Antonija Petričušić, "The Role of Political Parties in Minority Participation in Croatia" in *Political Parties and Minority Participation*, Friedrich Ebert Stiftung - Office Macedonia, Skopje 2008, p.77

¹⁶ Political Parties Act, Promulgate 7 August 1993

etkili sonuçlar üretebilmektedir. Fakat Hırvatistan'daki Roman toplumunun bu yöntemi hayata geçirdiğini söylemek zordur. Zira halihazırda Romanlar tarafından kurulan iki siyasal parti vardır: Hırvat Roman Partisi (Stranka Roma Hrvatske, Hromani partja tau Hrvatska, ÜS) ve Hırvat Romanlar Demokrat Partisi (Hrvatska romska Demokratska stranka, HRDS). İki siyasal partinin de Parlamentoda temsilcisi bulunmamaktadır. Diğer deyişle Roman partileri parlamentoda temsil edilmemekte, parlamento dışı kalmaktadır. Roman partilerin başarısızlığında Hırvatistan'daki diğer etnik partiler gibi, özellikle kendi etnik gruplarından oy almaya yönelik çalışmalarının, diğer azınlık topluluklarının üyelerini ve çoğunluğa mensup seçmenleri nadiren ya da hiç dikkate almamalarının da payı vardır. Diğer yandan azınlık nüfusu az olan etnik siyasal partilerin ulusal düzeyde etkili siyasi güç üretmesi oldukça zordur. Bu nedenle Romanların bir kısmı, parti programlarında çok kültürlü siyaseti ön plana çıkaran, aday listelerinde farklı etnik geçmişi olan adaylara yer vererek etnik olarak kapsayıcı bir siyasal toplum oluşturmaya çalışan Sosyal Demokrat Parti ve Hırvat Halk Partisi gibi partilere oy vermeyi tercih etmektedirler. Ancak Hırvat siyasi sistemi çoğunluk nüfusunun tercihlerine göre şekillenmektedir. 2011 seçimlerine kadar çoğunluğun tercihi sağcı ve merkez sağcı partilerden yana olmuştur. Son seçimlerde bu tablo değişmiş, Sosyal Demokrat Parti önderliğinde merkez sol partilerin koalisyonuyla hükümet kurulmuştur. Yeni siyasal oluşumda çok kültürlülüğe ve farklılıklara saygıyla yaklaşan sol kökenli partilerin iktidarı ele geçirmesi, siyasal sistemde etnik partilerin ağırlığı düşük olması gerçeğini değiştirmemiştir. Etnik partilerin siyasal arenada etkinliği, genelde koalisyon ortaklığı ve/ya dışarıdan destek pazarlıklarıyla kendi azınlık toplumlarının siyasal çıkarlarını korumaya çalışmaktan ibarettir.¹⁷

4. Anayasal Ulusal Azınlık Hakları Yasası'na Göre Ulusal Azınlıkların Temsili

Anayasa'nın yerel ve bölgesel öz yönetimlerine ilişkin düzenlemeleri içeren 133. maddesi, siyasal hak ve özgürlükler bölümünde yer almamakla birlikte, bu yönetimlerin temsili organlarının seçimle iş başına gelmesi nedeniyle seçme hakkı ile bağlantılı olarak ele alınması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira ilgili maddede yerel ve/ya bölgesel özerkliğe sahip birimlerin temsili organlarının genel, eşit, doğrudan ve gizli oy ile yapılan serbest seçimler yoluyla seçilen üyelerden oluşacağı hüküm altına alınmıştır. Bu maddede ayrıca vatandaşların yasa ve yerel yönetmeliklere uygun olarak toplantılar, referandumlar ve diğer doğrudan karar alma mekanizmaları aracılığıyla yerel idari işlere doğrudan katılabilecekleri belirtilmiştir.

¹⁷ Antonija Petričušić, "The Role of Political Parties in Minority Participation in Croatia", in Political Parties and Minority Participation, Friedrich Ebert Stiftung - Office Macedonia, Skopje 2008, pp.49-86

Anayasa'nın bu hükmünün azınlıklar bakımından yerine getirilmesini düzenleyen yasa, Parlamento tarafından 13 Eylül 2002 tarihinde kabul edilen "Anayasal Ulusal Azınlık Hakları Yasası"dır.¹⁸ Yasa'nın temel hükümler bölümünde, temel insan hak ve özgürlüklerinden oluşan ulusal azınlık mensuplarının hak ve özgürlükleri, Hırvatistan Cumhuriyeti demokratik sisteminin ayrılmaz bir parçası olarak ifade edilmiş, lehine alınacak önlemler dahil bu hak ve özgürlüklerin gerekli destek ve korumadan yararlanacakları taahhüt altına alınmış (m.3/1), temel ilkeler açıklanmıştır. Yasa'nın "Haklar ve Özgürlükler" bölümünde (m.9-m.22), ulusal azınlıkların sosyal, ekonomik, kültürel, siyasi ve kişisel hak ve özgürlükleri ile bunlara ilişkin güvenceler sıralanmış; sonraki bölümde ulusal azınlık konseyleri ve öz yönetim birimlerinde temsilciliklere ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir (m.23-m.34). Aynı zamanda Yasa'yla ulusal azınlıkların kamusal yaşama katılmalarının sağlanması ile hak ve özgürlüklerinin korunması ve yerine getirilmesine ilişkin meseleleri çözüme kavuşturmak, yasal düzenleme teklifleri sunmak ve bunları değerlendirmek üzere Ulusal Azınlık Danışma Kurulu oluşturulmuş (m.35-m.36); hükümet kurumları arasındaki koordinasyon ve gözetim mekanizmaları hüküm altına alınmıştır (m.37-m.42).

Ulusal azınlıkların yerel ve bölgesel özerkliğe sahip birimlerin temsili organlarında temsil edilme hakkı ve bu hakka ilişkin usuller ise, Yasa'nın 20-22. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre;

- Özerk birim nüfusunun %5-15 oranına karşılık gelecek şekilde özerk birimlerin temsil organlarına genel oyla ulusal azınlık mensuplarından minimum bir üyenin seçilmesinden başka, özerk birimlerin temsili organlarına üye seçilmesini düzenleyen yasada aksi öngörülmedikçe, temsil organının üye sayısına bir üyelik eklenerek tüm seçim listelerindeki başarı sıralamasına göre birinci seçilemeyen azınlık üyeleri de seçilmiş farzedilecektir (m.20/2).
- Yerel özerklik biriminin temsili organlarına seçilmek için gerekli olan oy oranına ulaşamazsa, yerel nüfusun minimum %15'ine karşılık gelecek şekilde hesap edilen biçimde temsili organlara seçilecek üyeliklere birer üyelik eklenir, her seçim listesinde orantılı başarı sıralamasında birinci seçilemeyen azınlık üyesi, seçilmiş farzedilir (m.20/3)
- Özerk birimlerinde kullanılan oylarla bu orana da erişilemezse, bu birimin temsil organındaki üye sayısı, temsil hakkı elde etmek için gerekli sayıya arttırılacak ve bu azınlık üyeleri seçilmiş sayılacaktır (m.20/4).

¹⁸ Promulgating The Constitutional National Minority Rights Act, Croatian Parliament: I hereby promulgate the Constitutional National Minority Rights Act, as enacted by the Croatian Parliament at its session of 13 December 2002

Fakat ulusal azınlıkların yerel düzeyde temsiline ilişkin bu hükümler, yerel düzeyde siyasi temsilcilik kazanma konusunda özellikle Romanlar için olumlu sonuç üretmeye yetmemektedir. Yasada öngörüldüğü gibi, şehir ya da belediyeliklerde yaşayan ulusal azınlık nüfusunun oranının nüfusunun %5-15'i arasında olması gerekmektedir ki, aday gösterilebilsin. Çoğu yerel birimde Romanlar, bu nüfus oranına erişememektedirler. Hali hazırda bu koşul 4 belediyede karşılanabilmiştir: Darda (Osijek-Baranja County), Mala Subotica, Orehovica ve Pribislavec (Meğimurje County).¹⁹

Romanların yerel siyasete katılmalarını sağlayan diğer bir yol, Ulusal Azınlık Konseyi'nde temsil hakkı elde edebilmeleridir. Bunun için ulusal azınlıkların yaşadıkları yerel birim nüfusunun %1,5 veya daha fazlası oranında bir nüfusa sahip olması ya da yerel azınlık nüfusunun en az 200 olması gerekmektedir. Özerk bölge seviyesinde ise en az 500 nüfusa ihtiyaç vardır.

Hırvat hükümeti tarafından 2003 yılında kabul edilen Roman Ulusal Programı (National Programme for Roma)'nda²⁰ yer alan ve Romanların yerel ve bölgesel özerk birimlerde yönetime katılmalarının sağlanmasına yönelik taahhüdün yerine getirilmesi amacıyla 17 Haziran 2007 tarihinde yapılan Ulusal Azınlık Konseyi ve temsilcilik seçimlerinde Romanlar, 9 temsilci ve 17 Roman Azınlık Konseyi ile sürecin içinde yer almıştır.²¹ Bu sayı 2014 yılı itibarıyla Roman Azınlık Konseyleri için 17, bireysel üye sayısı ise 11'dir. Fakat Roman Azınlık Konseyleri, temel maliyetlerinin karşılanmasında yerel yönetimlerin sürekli bir destek vermemesi nedeniyle işlevlerini yeterince yerine getirememektedirler. Ayrıca konseylere ilişkin net bir tanım olmaması ya da farklı yorumlara yol açacak şekilde yapılan tanımlamalar, konseylerin danışman rolünün ne olduğu ve nasıl yerine getirileceği konusunda da belirsizlik ve otorite boşluğu yaratmaktadır. Uygulamada ise, yerel birimlerin çoğunda kararların alınmasında Roman toplulukların bir etkisi olmamakta, Konseylerdeki Roman temsilcilerin önerileri yerel makamlar tarafından dikkate alınmamaktadır.²²

Konseylere ilişkin bir diğer sorun, ülke çapında konseyler arasında yaygın bir işbirliği ve koordinasyon ağının bulunmamasıdır. Konseyler aracılığıyla kararlara katılım konusunda bir başka başarısızlık ise, bizzat Romanların eğitim

¹⁹ The Situation of Roma 2012, Croatia FRANET National Focal Point Social Thematic Study, Croatian Law Centre – Hrvatski pravni centar, p.10

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. National Roma Inclusion Strategy From 2013 to 2020, Government of The Republic of Croatia, Zagreb, November 2012, p.19, http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/roma_croatia_strategy_en.pdf (7.10.2015)

²¹ Protection of the Roma in Croatia, October 2010, p.3-4 <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201011/20101124ATT00191/20101124ATT00191EN.pdf> (7.10.2015)

²² Bu nedenlere dayanarak Ulusal azınlık konseylerinin zayıf ve etkisiz kurumlar olduğu tespiti Avrupa Komisyonu'nun ilerleme raporlarında da göze çarpmaktadır. Bkz.

düzelelerinin düşük olmasından ve bu tür platformlarda kendi toplumlarını temsil edebilecek kadar ifade yeteneğine sahip olamamalarından kaynaklanmaktadır.²³ Ulusal azınlıkların kamu idarelerinde, yargıda, yerel hükümetler ve kamusal girişimlerde orantılı olarak temsil hakkı elde edebilmesine yönelik alınan hukuki ve siyasi önlemlerle ilgili olarak Hırvatistan'ın taraf olduğu Ulusal Azınlıkların Korunması Çerçeve Sözleşmesi'nin gözetim organı Danışma Komitesi tarafından verilen tavsiyelerin dikkate alınması gerekmektedir. Özellikle uygulamaların daha sıkı izleme mekanizmasına ve etkili yaptırımlara bağlanması, ulusal azınlık konseylerinin beklenen işlevleri yerine getirmelerini sağlayacak şekilde finansman ve yerel yönetimlerle işbirliğine ilişkin olarak tespit edilen eksiklikleri ortadan kaldırmak amacıyla seçimleri ve ulusal azınlık konseylerinin işleyişini düzenleyen yasal hükümlerin ve idari uygulamaların gözden geçirilmesi üzerinde durulmayı gerektiren konulardır.²⁴

III. SOSYAL VE EKONOMİK HAKLAR VE ÖZGÜRLÜKLER

1. Yoksulluk ve Yoksunluk İçindeki Romanlar

Hırvatistan'da yaşayan Romanlar, sosyalizm sonrası yapılan Balkan ülkelerindeki Romanlara göre refah seviyesi açısından biraz daha iyi görünmektedir. Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (United Nations Development Programme-UNDP) ve Dünya Bankası tarafından yaptırılan araştırma²⁵ ve UNDP tarafından açıklanan "2011 Uluslararası Karşılaştırılabilir Yoksulluk Sınırı" göstergelerine göre Hırvatistan, Roman yoksulluğunun en düşük düzeyde olduğu Macaristan'dan sonra ikincidir. Gelir yoksulluğu (haneye giren para miktarı) ile gelir ve harcamalara göre belirlenen yoksulluk (mutlak yoksulluk profili) açısından ise, en iyi ülke konumundadır.²⁶ Fakat Roman olmayan nüfusla karşılaştırıldığında, Hırvatistan Romanları her iki yoksulluk profili açısından da 5 kat daha yoksuldur. Hane halkı gelir kaynakları açısından bakıldığında, Romanların hane içi geliri büyük ölçüde çocuk parası ve diğer sosyal yardımlardan oluşurken, Roman olmayan diğer nüfusun en önemli gelir kaynağı emeklilik maaşlarıdır. Romanlar için ise emeklilik geliri,

²³ National Roma Inclusion Strategy From 2013 to 2020, Government of The Republic of Croatia, Zagreb, November 2012, pp.32-33, http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/roma_croatia_strategy_en.pdf (7.10.2015)

²⁴ Fourth Report Submitted by Croatia Pursuant to Article 25, Paragraph 2 of The Framework Convention for The Protection of National Minorities, Received on 11 September 2014, ACFC/SR/IV(2014)012 Strasbourg, 1 September 2014, p.30

²⁵ <http://www.eurasia.undp.org/content/rbec/en/home/library/roma/roma-poverty-human-development-perspective/> (8.10.2015)

²⁶ Roma Poverty From a Human Development Perspective, Roma Inclusion Working Papers, UNDP, 2014, pp.23-29, <http://www.eurasia.undp.org/content/dam/rbec/docs/roma%20poverty%20from%20a%20human%20development%20perspective.pdf> (8.10.2015)

toplam gelir içinde %18'lik bir paya sahiptir. Ancak hane içi gelirlerin büyük ölçüde (%58) sosyal transferlerden (emeklilik, sosyal yardımlar, işsizlik ödeneği ve çocuk parası) elde edilmesi bakımından Roman ve Roman olmayan nüfus arasında bir fark bulunmamaktadır. Farklılık, sosyal transferlerin yapısına ilişkindir. Roman olmayan nüfus, hane gelirinin önemli bir bölümünü emeklilik maaşından elde ederken, Romanlar çocuk parası ve diğer sosyal yardımlardan elde etmektedirler. Romanların çok az bir oranı emeklilik geliri elde etmektedir ki; bu hakkı da sosyalist rejim döneminde kazanmışlardır.²⁷

İşsizlik oranları açısından da durum değişmemektedir. Romanlar arasında işsizlik, Roman olmayan nüfusa göre 2 kat fazladır. Kayıt dışı istihdam oranları açısından ise fark çok büyüktür. Roman olmayan erkek-kadın nüfusu bakımından kayıt dışı istihdam oranı sırasıyla % 6 ve % 13 iken Romanlarda % 43 ve % 62'dir. Bu oranlar göstermektedir ki, iş bulabilen Romanlar çoğunlukla düşük ücret karşılığında, iş güvenliği ve sağlığı açısından kötü koşullar altındaki işlerde çalışmaktadırlar. Kayıt dışı istihdamın sağlık ve sosyal güvenlik açısından yarattığı diğer dezavantajları da yaşamaktadırlar.²⁸

Yaşanılan konutlar ve çevresi de, Roman yoksulluğunun hem tetikleyicisi hem de sonucu olarak değerlendirilmektedir. Konut ve barınma, insani gelişimin sosyal, ekonomik ve çevresel boyutuyla ilintilidir ve aynı zamanda sosyal ve ekonomik haklar grubu içinde temel bir insan hakkıdır. Bu nedenle de sosyo-ekonomik yaşam koşulları ve toplumsal yaşam alanlarına katılım ile karşılıklı ve bağımlı etkileşim içindedir. Hırvatistan'da yaşayan Romanlar da ağırlıklı olarak ayrıştırılmış yaşam alanlarında ve kaçak yapılarda, elektrik, su, kanalizasyon ve arıtma sistemlerini içeren altyapı hizmetlerinden, banyo, tuvalet ve mutfak gibi temel ihtiyaç birimlerinden yoksun veya yetersiz konutlarda yaşamaktadırlar. "Roman yerleşimleri" deyiimi, Romanların yaşadığı mahallelerin ayrıştırılmışlığını gösteren önemli bir fenomendir. Bu tür yerleşimler, Hırvatistan'da da düşük standartlara sahip konut ve düzenlenmemiş çevreye işaret etmektedir. UNDP- Dünya Bankası araştırmasından elde edilen verilerde de bu ilişki net olarak ortaya çıkmıştır. Örneğin "uygun konut" standartının bir kıstası olan hane halkında kişi başına düşen oda sayısı, Romanlarda 0.48 iken Roman olmayan nüfus için 1.20'dir. Benzer farklılıklar, fert başına düşen metrekare oranlarında (romanlar ve diğer nüfus için sırasıyla 12.87 ve 35.03), temiz su kaynaklarından (%35.21 ve %4.32) ve gelişmiş sıhhi tesisat donanımından (konut içi tuvalet ve banyo olanaklarından) yoksunluk

²⁷ Laura Šakaja/Hrvoje Šlezak (2013), The Romani ("gypsies") in The Social Space of Post-Socialist Countries: The Example of Croatia, *The Overarching Issues of the European Space..* Ed. Faculdade Letras Universidade Porto., p. 395

²⁸ Roma Poverty From a Human Development Perspective, pp.39-45

(%48 ve %6.30) oranlarında da kendini göstermektedir.²⁹ Romanların %12'si elektrik bağlantısı olmayan, %27'si harap evlerde veya gecekonduda yaşamaktadır.³⁰

Roman yoksulluğu çok boyutlu bir yoksulluktur. Fakat işsizlik/ güvenceli istihdam dışılık ve olumsuz/yetersiz konut ve/ya mahallerde yaşamak, yoksulluğun temel bileşenleri arasındadır ve her iki unsur da Romanların yüzyüze kaldığı yoksunluk ve marjinalleşmenin doğasına uygun bir yoksulluğun hem sebebi hem de sonucudur. Başka bir deyişle, Roman yoksulluğu yalnızca mali kaynaklardan yoksunluk, işsizlik, düşük nitelikli konutlarda yaşama, sosyal hizmetlere zayıf erişim değildir; hem önceki dışlanma deneyimlerinin yansması hem de yoksulluk kısır döngüsünü pekiştirecek gelecekteki mahrumiyetlerin belirleyicisidir. Zira düşük eğitim başarısı ve marjinalleştirmenin bir sonucu olarak Romanlar, bu gün hala kayıtlı istihdam pazarından dışlanmaktadır. Bunun sonucu olarak sosyal statülerindeki zayıflık daha da derinleşmekte, sosyal güvenceden yoksunluk pekiştirilmektedir. Bu nedenle Romanların yoksulluğunu minimize etme gayretlerinin öncelikle dışlanmışlığı ve onun etkilerini ortadan kaldırmaya yöneltilmesi, alınacak yasal, idari, siyasi, ekonomik ve kültürel önlemlerin bütünsel bir yaklaşım içinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

2. Romanların Genel Olarak Ekonomik Statülerini Yükseltmeye Yönelik Alınan Hukuki ve Siyasal Önlemler

Hırvatistan Anayasası hak ve özgürlük kataloğu içinde sosyal ve ekonomik haklara da yer vermiş, bu bağlamda herkesin çalışma hakkı ve özgürlüğüne sahip olduğunu, kendi meslek ve iş seçimini serbestçe yapabileceğini, eşit şartlar altında her iş yerine erişebileceği ve çalışabileceğini kabul etmiştir (m.55). Hırvatistan Anayasası'nı diğer pek çok anayasadan ayıran en önemli özellik ise, çalışmayan ya da çalışamaz durumda olanların ekonomik yaşamlarını da asgari güvencelerle korumuş olmasıdır. Anayasa'nın 58. maddesinde iş göremezlik ya da işsizliğin sonucu olarak temel geçim ihtiyaçlarını karşılayamayacak aciz, sakat, hasta ya da diğer durumdaki kişilerin yardım hakkına sahip oldukları ve bu hakkın devletin teminatında bulunduğu vurgulanmıştır (m.58/1). Aynı şekilde devlet, engellilerin korunması ve sosyal yaşama dahil edilmesine, Hırvat savaş gazileri ve engelli Hırvat savaş gazileri ile dul eş, çocuk ve ailelerinin de korunmasına özel özen gösterecektir (m.58/2-3). Bu hükümler arasından özellikle Anayasa'nın 58/1 hükmünde belirtilen koşullar altında yaşayan çok sayıda Roman azınlığın ekonomik anlamda korunabilmesi güvence altına alınmış olmaktadır.

²⁹ The Situation of Roma 2012, Croatia FRANET National Focal Point Social Thematic Study, Croatian Law Centre – Hrvatski pravni centar, pp.8-9

³⁰ Roma Poverty From a Human Development Perspective, pp.49-51

Hırvatistan Anayasası'nda konut hakkına ilişkin bir hükmün olmaması ise şaşırtıcıdır. Anayasa konutu sadece dokunulmazlık zırhı ile korumuş, konutun sosyal ve ekonomik yaşam içindeki yerini görmezden gelmiştir. Fakat Anayasa'nın 141. maddesinde Anayasanın öngördüğü usule göre yapılan, onaylanan ve yayınlanan uluslararası sözleşmelerin iç hukukun bir parçası ve iç hukuk düzenindeki yasalardan üstün olduğu kabul edilmiştir.

Hırvatistan, iç hukukta Anayasa ve yasalarla uluslararası sözleşmeler tarafından korunan sosyo-ekonomik hak ve özgürlüklerin Romanlar için yerine getirilmesine övgü bir takım siyasal tedbirleri de kabul etmiş ve uygulamaya koymuştur. Bu amaçla 2003 yılından bu yana, Romanların sosyo-ekonomik statüsünü geliştirmek amacıyla istihdam ve konut konularını da içeren çok sayıda ulusal program ve eylem planı geliştirmiş; Avrupa kurumlarının eleştiri ve önerileriyle bu program ve planları revize etmiştir. 2003 yılında Romanlar için Ulusal Program'ın kabulüyle birlikte 2005 yılında Roman Katılımı On Yılı 2005-2015 programına dahil olunmuş, buna bağlı olarak eğitim, sağlık, istihdam ve konut alanlarını kapsayan eylem planı yapılmıştır. Romanların istihdamını arttırmak amacıyla Hırvat Hükümeti, iş arayan Romanların kayıtlı olarak çalıştırılması ve eğitilmeleri ile kamusal işlerde çalıştırılmalarını içeren bir program kabul etmiş, 24 aylık süre için eş finansman desteğini güvence altına almıştır. Hırvat İş Kurumu, bu sürede Romanların özel sektör alanında ve kamusal çalışma programları içinde ücretli çalıştırılmalarına yönelik eş finansman önlemlerini uygulamaya koymuştur. 2010-2011 döneminde mesleki eğitim ve kamuda istihdam sağlanarak Romanların bir kısmı için ücretli çalışma imkanı yaratılmıştır.³¹ Yine Romanların kişisel iş arama planı geliştirmelerine ve kendi iş profillerini tanımlamalarına yönelik yardım sağlanmıştır. 24 aylık süreç içinde 1.294 kişilik bir Roman grubu bu tür bilgilendirme faaliyetlerinden yararlandırılmış, 6500 kişiye kişisel danışmanlık hizmeti verilmiş, 233 kişi de kamusal destekli ücretli işlerde çalışmaya başlamıştır.³² 2012 yılında Roman kadın ve erkeklerin çalışma yaşamına katılmalarını teşvik etmek, Romanlarla işverenler arasında olumlu bir iklim yaratmak ve onları Roman işçi almaya teşvik etmek üzere Hırvat İş Kurumu tarafından istihdam hazırlık programları içerisinde özellikle gençler ve kadınlar için hazırlık eğitimi ve serbest meslek atölyeleri düzenlenmiştir.³³

Hırvatistan hükümeti, Avrupa Konseyi ve AB kurumlarının önerilerini de dikkate alarak Anayasal Ulusal Azınlık Hakları Yasası'nın uygulanmasını,

³¹ National Roma Inclusion Strategy From 2013 to 2020, Government of The Republic of Croatia, Zagreb, November 2012, pp.52-53

³² http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/roma_croatia_strategy_en.pdf (10.10. 2015)

³³ Fourth Report Submitted by Croatia Pursuant to Article 25, Paragraph 2 of The Framework Convention for The Protection of National Minorities, p.28

ulusal azınlıkların özellikle eksiklikleri tespit edilen alanlarda korunmasının güçlendirilmesi amacıyla önceki planları revize ederek 2011-2013 dönemi için yeni bir Eylem Planı kabul etmiştir. Yine bu dönemlerde, vatandaşlığı olmayan Romanların iş bulma konusundaki sıkıntılarını gidermek üzere 2009-2013 yılları arasında yabancı uyruklu 170 Roman'a, Ocak- Eylül 2013'te 34 Roman'a vatandaşlık hakkı verilmiştir. 2009-2013 döneminde 52, Ocak-Eylül 2013 döneminde ise 15 Roman'ın vatandaşlık başvurusu, yabancı ülke uyrukluğundan ayrıldığına kanıtlanması koşuluyla teminat altına alınmıştır.³⁴

Romanların istihdam oranının düşük, işsizlik oranının ise yüksek olduğu Hırvatistan'da bu sorunu hafifletmek için Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP) 2013 Haziran'da Romanların serbest meslek sahibi olabilmelerine yönelik bir inovasyon modeli önermiştir. Sosyal kooperatiflerin Hırvatistan'ın zorlu piyasa ve ekonomik koşulları için oldukça uygun bir model olacağından yola çıkan UNDP, Hırvat işgücü piyasasında hakim olumsuz koşullar göz önüne alındığında Romanların ekonomik bağımsızlık kazanabilmelerinin tek yolunun meslek edindirme kooperatifleri olduğu inancıyla projeler geliştirmiş ve iki kooperatif kurulmasını sağlamıştır. Romanlara informal eğitim aracılığıyla özel mesleki beceriler kazandırılmasına yönelik projelerden ilkinde bir kooperatif kurularak, Kuršanec and Sitnice'de oturan ve uzun süredir işsiz 30 Roman organik ve bio-dinamik tarım konusunda eğitilmiştir. Fakat sürecin karmaşıklığı nedeniyle yerel topluluktan ekolojik üretim yapan çiftçiler ve uzmanlar da Kooperatife üye olarak kaydedilmiş, informal eğitim ve danışmanlık alanında NGO olarak çalışan Autonomous centre – ACT'den de danışmanlık hizmeti alınmıştır. İkinci kooperatif ise Kuršanec bölgesinde yaşayan 17-35 yaş aralığındaki işsiz Roman kadınlara genel mesleki eğitimin yanı sıra ekolojik renklerle ekran baskısı yapabilmelerini sağlayacak profesyonel eğitim vermek üzere kurulmuştur. İstihdama yönelik önemli sosyal becerilerin geliştirilmesini ve kooperatif işletmelerinin nasıl çalıştığını öğretmeyi içeren teorik eğitim bölümü tamamlanmış, iki kooperatif de 2014 Mart'ta üretime başlamıştır. Ayrıca 6 Roman işsiz, serbest meslek edindirme programı çerçevesinde Hırvat Kamu İstihdam Kurumu tarafından formal eğitime alınmıştır.³⁵ UNDP'nin girişimiyle başlatılan bu örgütlenme modeli, işsiz ya da kayıt dışı işlerde çalışan ve sendikal haklara sahip olamayan Romanları yeni kooperatifler kurmaya ve bu yolla iş edinmelerine hizmet edebilecektir.

³⁴ Fourth Report Submitted by Croatia Pursuant to Article 25, Paragraph 2 of The Framework Convention for The Protection of National Minorities, Received on 11 September 2014, ACFC/SR/IV(2014)012, Government of the Republic of Croatia, Fourth Report of the Republic of Croatia on the Implementation of the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Zagreb, July 2014, pp.38-39

³⁵ Roma Communities Find Employment Through Cooperatives, 14 February 2014, <http://www.hr.undp.org/content/croatia/en/home/presscenter/articles/2014/02/14/roma-communities-find-employment-through-cooperatives.html> (20.10.2015)

Roman azınlığın toplumsal yaşamın tüm alanlarında diğer toplumsal kesimlerle eşit olarak yer almasını sağlamaya yönelik en önemli siyasi adım ise, 2013-2020 Roman Katılımı İçin Ulusal Strateji belgesinin kabulüdür. Ulusal Stratejide tanımlanan genel ve özel amaçların uygulanmasına ilişkin başlıklar, 2013-2015 Roman Katılımı İçin Ulusal Stratejinin Uygulanmasına Yönelik Eylem Planı'nda tanımlanmıştır.³⁶ Romanların istihdam yoluyla toplumsal yaşama katılımının sağlanması ve yoksulluklarının azaltılması amacıyla çeşitli önlemlere yer veren 2013-2015 Eylem Planındaki başlıklarla birlikte yukarıda anılan diğer plan ve programların uygulanmasını izlemek üzere yapılandırılan izleme komitelerinde Roman üyelere de yer verilmiş, böylece Romanların üst düzey kurumlarda kararlara katılarak sürece bizzat dahil olmaları sağlanmıştır. En son 4 Temmuz 2013'te Hükümetin aldığı kararla 2013-2020 Roman Katılımı İçin Ulusal Stratejinin Uygulanmasının İzlenmesi Komitesi kurulmuş ve atamalar yapılmıştır. Komite üyelerinden bir kısmı Roman kökenlidir.³⁷

Hırvatistan'ın Roman azınlığını kayıtlı istihdam piyasasına dahil ederek sosyo-ekonomik statülerini geliştirme çabası, son 10 yılda önemli bir mesafe kaydetmekle birlikte, taraf olunan uluslararası sözleşme organları ilgili raporlarda yapılanların yeterli olmadığını beyan etmektedirler. Örneğin, sosyal ve ekonomik hakları düzenleyen Avrupa Sosyal Şartı'nın denetim organı Avrupa Sosyal Haklar Komitesi son raporunda, Hırvatistan'da yasalar ve istihdam politikaları aracılığıyla işgücü piyasasına ilişkin alınan tedbirlerin hedefli, etkin ve düzenli olarak izlenmesi gerektiğine işaret etmiş, istihdam politikalarının yerinde takip edilmesi ve etkinliğinin değerlendirilmesi konusunda uyarıda bulunmuş, bu zeminde istihdam politikası çabalarının işsizlikle mücadele ve istihdamın teşviki bakımından yetersiz olduğu kanaatine vararak Hırvatistan'daki durumun Şart'ın ilgili 1/1 hükmüyle uyumlu olmadığına karar vermiştir.³⁸

Konut alanında ise, Eylem Planında 2010-2011 dönemi içinde yer alan ve 14 ili kapsayan "Roman Yerleşim Yerlerinde Fiziksel ve Çevresel İyileştirme Faaliyetleri İçin İl Programlarının Hazırlanması" başlıklı önlemin uygulanmasına yönelik çalışmalar kapsamında Roman yerleşim yerleri için fiziki plan

³⁶ National Programme of Protection and Promotion of Human Rights for The Period 2013–2016, The Government of the Republic of Croatia Office for Human Rights and National Minority Right, Zagreb, 2013.

³⁷ International Covenant on Civil and Political Rights Human Rights Committee, Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant pursuant to the optional reporting procedure-Third periodic reports of States parties due in 2013 Croatia, CCPR/C/HRV/3, pp.42-43

³⁸ European Social Charter European Committee of Social Rights Conclusions XX-1 (2012) (CROATIA) Articles 1 and 9 of the 1961 Charter and Article 1 of the 1988 Additional Protocol, January 2013, p.4

geliştirilmesini sağlamak amacıyla bu illerdeki yerel yönetimlere finansman yardımı yapılmıştır. ³⁹ Ancak AB hibe programlarının da desteğiyle tüm alt yapısıyla tamamlanan tek yerleşim bölgesi, Roman azınlığın en fazla sayıda yaşadığı bölge olan Meğimurje'dir.⁴⁰ Uygulamayı izlemek üzere Hırvatistan Hükümeti tarafından 4 Temmuz 2013 tarihinde kurulan 2013-2020 Ulusal Roman Katılım Stratejisinin Uygulanmasını İzleme Komisyonu⁴¹ kurulmuş, ancak Komisyon yeni bir oluşum olarak henüz etkili sonuç alacak çalışmalar yürütmemiştir. Bununla birlikte Komisyon kurulduğundan bu yana, Roman azınlığının yaşam koşullarını geliştirmelerine yönelik olarak, okula devam için bir kereye mahsus mali yardım, konut onarımı, çatı tamirati, yangın ve sel hasarı restorasyonu, ciddi hastalıkların tedavisi için gerekli fonların güvence altına alınması konusunda yoğun çaba göstermektedir.⁴²

3. Romanların Sağlık Hakkını Korumaya Yönelik Hukuki ve Siyasal Önlemler

Hırvatistan Anayasası'nda sağlık, "sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı" (m.59) olarak hizmet anlayışı içinde bireysel boyutuyla, "sağlıklı yaşama hakkı" olarak ise insan ve çevre sağlığının bir unsuru olarak düzenlenmiştir (m.70). Anayasa'nın sağlık ile ilgili hükümleri, Sağlık Sigortası Yasası ile birlikte Hırvatistan'ın halk sağlığı politikasının uygulanmasına yasal platform oluşturan, aynı zamanda AB müktesebatının iç hukuka aktarılması ve uygulanması için temel sağlayan Sağlık Yasası'yla açıklığa kavuşturulmuştur. 1993 yılında kabul edilen Yasanın amacı, çevre ve sağlık sorunları ile bunların önlenmesi ve sağlık eğitimleri de dahil olmak üzere, sağlık hizmetlerinin kolayca ve herkesin eşit erişilebileceği bir düzenlemeyle bütünleştirilmesidir. Yasa'ya göre sağlık hizmetleri, halkın ihtiyaç ve öncelikleri gözetilerek süreklilik ve eşitlik temelinde yerine getirilecektir.⁴³

Hırvatistan'da sağlık reformunun bir parçası olarak yürürlüğe konulan bu yasaların yanı sıra sağlık alanında iki stratejik belge kabul edilmiştir; 2006-2011 Ulusal Sağlık Stratejisi ile 2012-2020 Ulusal Sağlık Stratejisi. Birincisi

³⁹ National Roma Inclusion Strategy From 2013 to 2020, Government of The Republic of Croatia, pp.80-82

⁴⁰ Fourth Report Submitted by Croatia Pursuant to Article 25, Paragraph 2 of The Framework Convention for The Protection of National Minorities, Received on 11 September 2014, ACFC/SR/IV(2014)012 Strasbourg, 1 September 2014, p.28

⁴¹ Komisyon'a Hırvatistan Cumhuriyeti kurum ve organlarının temsilcileri ile Roman ulusal azınlık temsilcilerinin eşitliği temelinde atamalar yapılmış, bütçesi tahsis edilmiştir. ibid. p.21

⁴² ibid., pp.21-22

⁴³ Ljubica Žunić, Healthcare in Croatia, University of Split University Department for Health Studies, Trondheim, May 2014, <http://hist.no/attachment.ap?id=26992>, (12.10.2015)

resmi olarak uygulanmamış, diğeri ise uygulamaya girmiştir. 2006-2013 yılları arasında yapılan sağlık reformları, sağlık sisteminin mali istikrarına odaklanmış, katkı paylarının artışı, birikmiş borçların ödenmesi önlemleri üzerinde çalışılmıştır. Bu dönemdeki diğer önemli reformlar, birinci basamak sağlık ile hastane bakımı için yapılan ödeme mekanizmalarında değişiklikler dahil ilaç fiyatlandırma ve geri ödeme reformu ile sağlık hizmetleri alanında özellikle acil tıp hizmetlerine ilişkin değişiklikleri içermektedir. Ancak bu reformların çoğunda ciddi uygulama sorunlarıyla karşılaşmış, bir bölümü ise kısmen uygulanmıştır. 2012-2020 Ulusal Sağlık Stratejisi ise, Hırvat vatandaşları arasındaki eşitsizliğin azaltılması, ortak değer ve ilkelerin yaratılması amacıyla geliştirilmiş bir belgedir.⁴⁴

Hırvatistan sağlık sistemi içinde düzenlenen yasalar ve uygulamalardan Romanlar da içinde buldukları statüye göre yararlanmakta, ancak özellikle zayıf ekonomik koşullar altında yaşayan Romanların Hırvatistan sağlık sistemi içinde kendilerine yer bulamadığı görülmektedir. Roman nüfusun %27.5'inin sağlık sigortası bulunmadığı, %44.5'inin ilaç satın alamadığı ileri sürülmektedir.⁴⁵ 2011 yılında yapılan, Merkez ve Doğu Avrupa bölgesindeki 12 ülkeyi kapsayan ikinci hane halkı araştırması verileri ise, bu bulgulardan farklı sonuçlara varmıştır. 2011 araştırmasına göre Romanların %17.5'i, diğer nüfusun ise %2.6'sı sağlık güvencesinden yoksundur. Veriler arasında farklılığa dayanarak Hırvatistan'da yaşayan Roman nüfusun 1/5- 1/4'ünün sağlık sigortası sisteminden yararlanamadığı söylenebilir. Katkı payı ödemelerini gerektiren Hırvatistan sağlık hizmetlerinden Romaların bir bölümünün yararlanamamasının en önemli nedeni, işsizlik ve marjinalleştirilmenin bir sonucu olarak bu azınlığın içinde bulunduğu ekonomik yoksunluktur. Hırvat vatandaşı ya da sürekli ikamet hakkına sahip yabancı statüsünde olsalar bile Romanların bir kısmı, zorunlu sağlık sigortası payını ödeme imkanına sahip değildir. Etnik olarak ayrıştırılmış veriler bulunmamakla birlikte, bir takım resmi göstergeler Roman toplumunda çocuk ölümlerinin diğer toplumsal kesimlere göre daha yüksek olduğuna işaret etmektedir. Zayıf sağlık koşullarından özellikle Roman kadın ve çocukların daha fazla etkilendiği, bu gruplardaki ölümlerin büyük çoğunluğunun ilaç veya hastane ortamındaki sağlık hizmetlerine erişememekten kaynaklandığı gözlenmiştir. Çünkü Roman çocuk ölümlerinin %63'ü evde gerçekleşmektedir. Hırvat çocuk ölümlerinin ise %95'inin hastanede verilen tedavinin ardından gerçekleştiği belirtilmektedir. Roman kadınlar da sosyo-ekonomik faktörlere bağlı yoksulluk, yetersiz

⁴⁴ Džakula A, Sagan A, Pavić N, Lončarek K and Sekelj-Kauzlaric K. Croatia: Health system review. Health Systems in Transition, 2014; 16(3): 1–162, pp.xxvi-xxvii, http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0020/252533/HiT-Croatia.pdf?ua=1 (13.10.2015)

⁴⁵ <http://www.hr.undp.org/content/croatia/en/home/presscenter/articles/2014/10/24/roma-in-croatia-in-a-multiple-disadvantaged-position.html> (13.10.2015)

beslenme, düşük standartlı konutlarda yaşama ve sağlık hizmetlerine erişememe⁴⁶ nedenlerine bağlı olarak sağlık göstergeleri açısından geriye kalan kadın nüfusuna ve Roman erkeklere göre daha kötü durumdadır. Bu veriler, etnisite ve toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık ve dışlamaların sağlık üzerindeki etkilerini göstermeye yetmektedir.⁴⁷

Romanların sağlık güvencesi ve sağlık hizmetlerine erişimini olumsuz etkileyen bir diğer neden, hukuki statüleridir. Erken dönemli bir çalışmaya göre, Hırvatistan'da yaşayan Romanların yaklaşık %10'u vatandaş değildir. %6-7'si başka ülke vatandaşıdır, %3'ünün ise hiçbir ülkeyle bağı ve kimlik kartı yoktur.⁴⁸ Yukarıda sözü edilen 2011 araştırmasından öğrenildiğine göre, eski Yugoslav ve Çek Cumhuriyetinde yaşayan Romanların bir kısmı ülkeleri bağımsız olduğunda vatandaşlıklarının reddedildiğini bildirmişlerdir. Vatandaşlık yasalarında vatandaşlık tanımının genellikle birçok Roman'ı dışarıda bırakacak şekilde, etnik çoğunluk temelinde yapılıyor olması da Romanların Hırvat vatandaşlığı kazanmalarını önemli ölçüde engellemektedir. Örneğin Hırvat dilini bilme ya da latin alfabesi ile okuyup yazabilme koşulları, eski Yugoslav Cumhuriyetindeki savaştan kaçıp gelen Romanlar için oldukça zorlayıcıdır.⁴⁹ Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu 2012 yılı izleme raporunda, Romanların çoğunun (%25) doğum kayıtları yapılmadığı için kimlik belgelerine ve vatandaşı oldukları ülkelere vatandaşlık belgelerine sahip olmadıklarını; bu durumun eğitim, sağlık, konut ve istihdamı kapsayan sosyal refaha erişim haklarını engellediğini ifade etmiştir. Yine aynı şekilde önemli sayıda vatansız Roman olduğu, tahminen 1000 Romanın fiilen vatansız, 2000 Roman'ın ise tanımlanamayan vatandaşlık nedeniyle vatansızlık riski altında bulunduğu açıklanmıştır.⁵⁰ Bu konularda Komisyon'un önerisi, Romanların kimlik edinmelerinin yasal ve idari koşul ve usullerinin basitleştirilmesi, erişilebilir

⁴⁶ Roman kuruluşlarına göre Hırvatistan'da yaşayan Roman kadınların %40'ünün sağlık sigortası yoktur. Bkz. Lynette Šikic'-Mic'anovic', Arthur R Ivatts, Danijel Vojak, Marija Geiger-Zeman (2015), Roma Early Childhood Inclusion+ Croatia Report, Open Society Foundation- Roma Education Fund-UNICEF, p.43

⁴⁷ Lynette Šikic'-Mic'anovic', Arthur R Ivatts, Danijel Vojak, Marija Geiger-Zeman (2015), p.40; AB tarafından üye ülkeleri kapsayan çerçeve raporda da benzer sonuçlar gözlenebilir. Bkz. Roma Health Report Health status of the Roma population. Data collection in the Member States of the European Union, European Union, 2014, pp.89-91; Sağlık alanında Romanlara yönelik ayrımcılık olgusu için bkz. National Roma Inclusion Strategy From 2013 to 2020, Government of The Republic of Croatia, pp.61-63

⁴⁸ ibid. pp.40-43

⁴⁹ Charlotte Kühlbrandt, Katharine Footman, Bernd Rechel, Martin McKee, "An examination of Roma health insurance status in Central and Eastern Europe", The European Journal of Public Health Advance Access published February 5, 2014, p.2, <http://eurpub.oxfordjournals.org/content/eurpub/early/2014/02/05/eurpub.cku004.full.pdf> (13.10.2015)

⁵⁰ Report by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, following his visit to Croatia from 6 to 9 April 2010, Strasbourg, 17 June, 2010 CommDH(2010)20, para.115, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1636837> (14.10.2015)

kılınması, kimlik belgelerinin önemi konusunda Roman toplumu arasında farkındalık geliştirecek eğitim ve diğer çalışmaların yürütülmesidir. Vatansızlar ve/ya risk altında olanlar için de Hırvatistan'ın Devlet Veraseti ile ilgili olarak Avrupa Konseyi Vatansızlık Önleme Sözleşmesi ile Avrupa Konseyi Vatandaşlık Sözleşmesi'ni imzalaması ve onaylaması önerilmiştir.⁵¹

Sağlık Sigortası Yasası'na göre, Hırvat uyruklu ve Hırvatistan Cumhuriyeti'nde daimi ikamet eden yabancılar, sağlık sigortası olan bir aile üyesi aracılığıyla istihdam temelinde işe başlamasından itibaren 30 gün, eğitimini tamamlanmasının ardından 90 gün içinde sağlık sigortası için başvuruda bulunabilirler. Ancak Hırvatistan hükümetinin bildirdiğine göre, bu uygulama sosyal refah yönetmeliklerine göre yapıldığı için Romanlar genellikle bu gerekçelerle sağlık sigortası için başvuruda bulunmamaktadırlar. Çünkü ya vatandaşlıkları yoktur ya da işsiz yabancı konumunda bulunmaktadır.⁵²

2004 yılının sonundan itibaren Romanlar için, özellikle kadınlara yönelik sağlık eğitimi çalışmaları başlatılmış, çocuklar için aşılama programlarına hız verilmiş, gezici sağlık taramaları yapılmıştır. Bu çerçevede Roman toplumunun sağlığını etkileyen sorunların yerinde tespiti de mümkün olmuştur.⁵³ Roman Katılım On Yılı çerçevesinde yapılan ulusal katılım stratejileri ve eylem planlarında⁵⁴ Romanların sağlık hizmetlerine erişimleri ve uygulamaların izlenmesi dahil çeşitli hedefler yer almış, ancak uygulamada en az gelişme elde edilen alan sağlık olmuştur. Roman katılımına ilişkin ulusal programlarda yer alan istihdam, eğitim ve nispeten konut alanlarında somut gelişmeler yaşanırken, Romanların sağlık hizmetlerinden dışlanmaları olgusunda anlamlı bir azalma görülmemiştir. Hırvatistan'da sağlık güvencesi kapsamı bakımından Romanlarla toplumun geriye kalanları arasında hala derin bir uçurum bulunmaktadır. Roman Katılım On Yılı ilerleme raporlarında da sağlık en az değinilen alandır. Raporlarda Hırvatistan hükümeti Romanların sağlığı yerine neredeyse tamamen enfeksiyon hastalıklarının önlenmesine odaklanmakta, Romanların sağlık sigortası kapsamına alınmasıyla ilgili ise hiç bilgi verilmemektedir.⁵⁵

⁵¹ ECRI REPORT ON CROATIA (fourth monitoring cycle), Adopted on 20 June 2012, Published on 25 September 2012, CRI(2012)45, p.7, pp.31-33

⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. National Roma Inclusion Strategy From 2013 to 2020, Government of The Republic of Croatia, pp.59-61

⁵³ European Social Charter 3rd report on the implementation of the European Social Charter submitted by The Government of Croatia (Articles 11, 13 and 14 for the period 01/01/2005 – 31/12/2007) Report registered at the Secretariat on 17/02/09 CYCLE XIX-2 (2009), RAP/Cha/CRO/III(2009), p.8-36

⁵⁴ Decade of Roma Inclusion 2005-2015 Action Plan, Zagreb, March 2005, pp.41-42; National Roma Inclusion Strategy From 2013 to 2020, Government of The Republic of Croatia, pp.66-69

⁵⁵ ibid.

4. Romanların Düşük Eğitim Statülerinin Yükseltilmesi Çabaları

Hırvatistan'da eğitim 5 seviyede verilmektedir: okul öncesi (preschool), temel (elementary), lise (secondary), yüksek (tertiary) ve yetişkin eğitimi (education of adults). Temel eğitim ilköğretim ve orta öğretimi içine alan 8 yıllık ve zorunlu eğitim sürecidir. 2014 yılında değiştirilen Okul Öncesi Eğitim Kanunu'na göre, 31 Mart 2014 itibarıyla 5 yaşını dolduran tüm çocuklar 1 yıl süreyle okul öncesi eğitim almak zorundadır. 4+4 olarak iki aşamada verilen temel eğitim, ücretsiz ve 6-15 yaşındaki tüm çocuklar için zorunludur. Özel ihtiyaçları olan öğrenciler ise, üç farklı düzende eğitim almaktadırlar: Normal eğitim kurumlarındaki kaynaştırma sınıflarında; normal eğitim kurumlarında, fakat özel eğitim gruplarıyla birlikte ayrı sınıflarda; özel eğitim okullarında. Resmi verilere göre normal okullardan ayrı bir sistem içinde özel eğitim okulunda eğitim gören Roman çocuk bulunmamaktadır. Fakat 2011 yılında BM Kalkınma Programı (UNDP), Dünya Bankası (WB) ve Avrupa Komisyonu (EC)'nin Avrupa bölgesindeki Romanların durumunu tespiti yönelik araştırmasında Hırvatistan'da Roman çocukların %7'sinin özel eğitim okullarında eğitim görmüş ya da hala görmekte olduğu saptanmıştır.⁵⁶

2011 nüfus sayımı verilerine göre Hırvatistan'da yaşayan Roman nüfusun % 45'i 19 yaşın altındadır. Bu oranın % 29'u 0-4 yaş, % 52'si 5-14 yaş, % 19'u 15-19 yaş aralığındadır. Bu demektir ki, Roman toplumunun % 45'i zorunlu eğitim süreci içinde yer almaktadır. Oysa Hırvatistan'da bu yaş aralığındaki çocuk nüfus ortalaması % 15'tir. Roman toplumunda ise çocuk nüfusu, ülke ortalamasının 3 katı oranında yüksektir.⁵⁷ Bu duruma ilaveten mekânsal ve toplumsal ayrıştırma ve dışlanmaya maruz kalan, yoksul, işsiz ve eğitimsiz aile ortamlarında olumsuz sağlık ve konut koşullarında yaşayan Roman çocuklar, eğitime katılım ve devam ile eğitim seviyeleri bakımından genel nüfus ortalamasının çok altındadır. UNDP-WB-EC 2011 araştırmasına göre, okul öncesi eğitime katıldığını beyan eden Romanların oranı, nüfusun geri kalanına göre hayli düşüktür: 0-6 yaş grubundaki Roman çocukların % 40,1'i; 7-14 yaş grubundakilerin % 38,7'si, 15-24 yaş grubundakilerin ise, % 32,5'u okul öncesi eğitime katılmaktadır. Nüfusun geri kalanı için bu oranlar sırasıyla % 63,6, % 51,8, % 61,5'tir. 2012/13 eğitim döneminde okul öncesi eğitime kaydını yaptıran toplam Roman çocuk sayısı 811'dir. Bu sayıya göre Roman çocukların % 40'ı okul öncesi eğitime katılmaktadır. İlköğretime kayıt oranı % 88'dir, ancak

⁵⁶ Advancing the Education of Roma in Croatia REF Country Assessment – 2014, Roma Education Fund, pp.15-16, http://www.romaeducationfund.hu/sites/default/files/publications/cro_country_assesment_2015.pdf (25.10.2015)

⁵⁷ Synthesis Report on RESEARCH in the 5 Project Countries - Belgium, Bulgaria, Croatia, Italy and the U.K. 2014, Drafted by *Vedar Gerogiev* and *Alya Vedar* On the basis of the 5 national reports, Supporting Motivation to Intervene on learning and Experience (SMILE), EU Lifelong Learning Programme.

% 40'ı ilköğretimi tamamlamaktadır. Bu durum Roman çocuklarında okul terk oranlarının çok yüksek olduğunu göstermektedir. Lise eğitimi tamamlayan Roman çocuk oranı sadece % 9'dur. Okuma yazma oranı Avrupa ortalamasının altındadır (% 85). Kırsal kesimde yaşayan Roman çocuklar kentsel alanlarda yaşayan Roman çocuklara göre her düzeyde eğitime çok daha az katılmaktadır.⁵⁸

Eğitime katılan Roman çocuklar ise, ya sadece Roman çocukların eğitim gördüğü ya da çoğunluğunun Roman olduğu sınıflarda eğitim görmektedirler. Hırvat yetkililer Roman çocukların Roman olmayan yaşlılarından ayrı olarak birlikte eğitilmesini, bu çocukların olumsuz yaşam koşulları nedeniyle yaşlılarına göre zihinsel ve ruhsal açıdan daha az gelişmiş olmasına, Hırvat dilini hiç ya da az bilmelerine ve Roman yerleşim yerlerindeki okullara gitmelerine bağlamaktadırlar.⁵⁹ 2007 yılında bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bir başvuru yapılmış; AİHM 2010 yılında verdiği kararında Roman çocuklarının Hırvat diline yeteri kadar hâkim olmamaları nedeniyle sadece Romanlardan oluşan sınıflara yerleştirilmelerini ayrımcılık olarak değerlendirmiş, Hırvatistan'ın Sözleşme'nin eğitim hakkını düzenleyen 1 Nolu Protokol'ünün 2. maddesiyle birlikte ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir.⁶⁰

Bu davanın AİHM önüne gelmesiyle birlikte Hırvatistan hükümeti Eylem Planında ele alınması gereken öncelikleri daha net olarak görmüş, Romanlar için kapsayıcı ve kaliteli eğitim verilmesi konusu politika gündemini etkilemiştir. Bu çerçevede eylem planlarında, Roman çocuklar için ayrı sınıfların kaldırılması, genel eğitim sınıfları içinde entegre eğitim verilmesi ve somut sonuçların izlenmesi, okullarda eksik kalan bilgileri tamamlayıcı sınıflar ve Roman çocukların dil yeterliliğini yükseltmek için özel programlar açılması, yoksul roman öğrencilerin okula devamını sağlamak ve okul terklerini önlemek için sosyal hizmetlerin sürece aktif katılımı da dahil olmak üzere bir çok tedbire yer verilmiştir. Dava devam ederken Hırvatistan hükümeti on beş yaşına kadar ilköğretimi tamamlayamayan Roman çocukların ileri eğitime devam etmelerine imkan sağlayan bir düzenleme yapmış, Roman Eğitim Fonu gibi bölgesel

⁵⁸ Dunja Potočnik, Access to Education and Educational Achievements of Roma Children and Youth in Croatia, http://www.romadecade.org/cms/upload/file/9469_file5_dpotocnik_22042013_en-%255Bcompatibility-mode%255D.pdf (25.10.2015)

⁵⁹ Lilla Farkas (European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field), Report on discrimination of Roma children in education, European Commission Directorate-General for Justice, October 2014, p.17

⁶⁰ **CASE OF ORŠUŠ AND OTHERS v. CROATIA** (*Application no.15766/03*), European Court Of Human Rights Grand Chamber, JUDGMENT STRASBOURG 16 March 2010; Davaya ilişkin yorumlar için bkz. Marc Willers, Recent Developments in EU Anti-discrimination Law Litigating Roma Rights Under EU Law and Experiences From The ECHR, p.8, http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/10_Race_Roma/2011_04_Willers_EN.pdf (25.10.2015)

paydaşlarla birlikte yerel düzeyde kısmen başarılı politika değişikliklerine gitmiştir. 2009 yılında Milli Eğitim Bakanlığı tüm Roman çocukların okul öncesi eğitime katılmalarını sağlamak üzere anaokullarına ulaşım ve yiyeceklerini temin etmeye başlamıştır. Okul öncesi eğitime katılması mümkün olmayan çocuklara da ilköğretime başlamadan bir yıl önce özel bir hazırlık programı sunulmuştur. Bu çocuklar için Hükümet, genellikle ebeveynler tarafından ödenen anaokulu ücretlerini de üstlenmiştir. Yasal zeminde ise, daha önce kabul edilmiş bulunan Anayasal Ulusal Azınlık Hakları Yasası, Hırvatistan Cumhuriyeti'nde Ulusal Azınlıkların Dil ve Alfabelerinin Kullanımı Hakkında Yasa ve Ulusal Azınlık Diliyle ve Harfleriyle Eğitim Yasası'nda değişiklikler yapılmış, 2009 yılında Ayrımcılık Yasası Kanunu yürürlüğe girmiştir. 2010 yılında ilköğretim ve Ortaöğretim Okul Eğitim Kanunu'nda yapılan değişikliklerle, Hırvat dil becerileri yetersiz olan çocuklara eğitim gördükleri okullar tarafından özel yardım sağlaması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Orsus ve Diğerleri kararından sonra AB'ye üyelik girişimlerinin de etkisiyle Hırvatistan Eğitim Bakanlığı Hırvatça konuşmayan çocuklarla göçmen çocuklara okuldaki derslerinden sonra ilave Hırvat dili eğitimi verilmesini kabul etmiş ve finansmanını üstlenmiştir.⁶¹ Hükümet 580 yüksek okul, 23 üniversite düzeyindeki Roman öğrenciye konut, ulaşım ve okul ücretlerini kapsayan burs olanağı sunmuş, 390 Roman çocuğun okul öncesi eğitim masrafları karşılanmıştır.⁶²

Roman çocukların okul öncesi eğitimden başlamak üzere her düzeyde eğitim kurumuna katılımını arttırmaya yönelik tedbirlerin alınmasıyla Roman çocukların eğitime katılımında sayısal bir gelişme yaşanmıştır. Ancak, Romanların ağırlıklı olarak yaşadığı kentlerde, özellikle Meğimurje'de AİHM'nin Orsus kararından sonra kentte sadece Roman çocuklardan oluşan sınıf sayısında artış yaşandığı bildirilmektedir. Yine aynı kentte ilköğretim eğitimi veren bir özel eğitim kurumuna 2013/2014 eğitim yılı verilerine göre kayıtlı 197 öğrencinin %41,12'si Roman'dır. Bu oran çok yüksektir ve Roman çocukların kolaylıkla özel eğitim kurumlarına yönlendirilebildiğini düşündürmektedir.

İlköğretim öğrencileri için Roman dili ve kültürüne göre bir müfredatın henüz akredite edilmemiş olması da ülke çapında genel bir sorundur. Aynı şekilde ülke çapında ilköğretimde okul terk oranları en yüksek düzeyde Roman çocuklarda görülmektedir. 2005 yılı baz alındığında bu güne kadar ilköğretim okullarına kaydolan Roman çocuk sayısı 5 kat artış göstermiş, ancak büyük çoğunluğu 15 yaşına kadar süren 8 yıllık zorunlu eğitim sürecini tamamlayamadan okuldan

⁶¹ Strategies and Tactics to Combat Segregation of Roma Children in Schools *Case studies from Romania, Croatia, Hungary, Czech Republic, Bulgaria, and Greece*, FXB Center for Health and Human Rights Harvard University 2015, pp.47-50

⁶² 2014 Country Reports on Human Rights Practices - Croatia <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=country&docid=559bd57328&skip=0&coi=HRV&querysi=rom a&searchin=fulltext&sort=date> (27.10.2015)

ayrılmıştır. Bilim Eğitim ve Spor Bakanlığı, bu çocukların yeniden kaydının yaptırılmalarını ve Hırvat dilinde eğitim desteği ile genel olarak eksik oldukları konularda ilave sürelerle eğitim verilmesini sağlamak amacıyla bu durumdaki çocuklar hakkında veri toplamaya başlamıştır. Romanların orta öğretim ve yükseköğretime katılımlarını ve devam etmelerini sağlamak için burs, yurt ve diğer eğitim faaliyetleri için maddi destek verme önlemleri de devam etmektedir. Hırvat İş Kurumu da Romanlara mesleki eğitim ve işyerinde eğitim verilmesine yönelik masrafları karşılamaktadır.⁶³

5. Örgütlenme Hak ve Özgürlüğünün Tezahürü Olarak Roman STK'ları

Örgütlenme hakkı ve özgürlüğü ile korunan değer, bir grubun üyelerinin ortak amaçlarını gerçekleştirmek için bir topluluk (collective entity) veya "örgüt" (association) kurma veya buna katılma özgürlüğüdür. Diğer bir deyişle, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kendilerini temsil eden toplu teşekkül oluşturarak bir araya gelme özgürlüğüdür. Bu anlamda örgütlenme özgürlüğü, siyasi parti, sendika, dernek ve vakıf gibi sivil toplum kuruluşları (STK) şeklindeki birçok örgütlenme biçimine koruma sağlamaktadır. Ancak Romanların siyasi partilerle ilişkisi örgütlenmeyi de içerecek şekilde siyasi hak ve özgürlükler bölümünde değerlendirildiği için, bu başlık altındaki açıklamalar Romanların sendikalar ve diğer sivil örgütlenmelerle (dernek/vakıf vb.) hukuki ve uygulamaya dönük ilişkisi üzerine inşa edilecektir.

Hırvatistan Anayasası'nda örgütlenme özgürlüğü, siyasi parti kurma hakkı (m.6) ile ortak çıkarları korumak ya da sosyal, ekonomik, siyasi, ulusal, kültürel ve diğer alanlara ilişkin görüşlerini ortaya koymak üzere sendika ve diğer oluşumlara serbestçe üye olma, üyelikten çıkma ve faaliyet gösterme hakkı (m.43) olarak iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Siyasi partiler, dini topluluklar, sendikalar ve işveren dernekleri dışında kalan dernekler, Dernekler Kanunu'nda⁶⁴; vakıflar ve fonlar Vakıflar ve Fonlar Kanunu'nda⁶⁵; sendikalar ve işveren dernekleri ise İş Kanunu'nda⁶⁶ düzenlenmiştir.

⁶³ Ádám Kullmann, Robert Kushen, Márton Rövid, Orsolya Szendrey, and Violetta Zentai (Editors), "Civil Society Monitoring on the Implementation of the National Roma Integration Strategy and Decade Action Plan in 2012 and 2013" Summary Report, Decade of Roma Inclusion Secretariat Foundation, 2014, p.15, http://www.romadecade.org/cms/upload/file/9772_file1_civil-society-monitoring_summary-report-1.pdf (27.10.2015); Alınan tüm önlem ve gelişmeler için bkz. Progress Report 2014, Decade of Roma Inclusion, pp.5-8, http://www.romadecade.org/cms/upload/file/9811_file7_hr-2014.pdf (28.10.2015)

⁶⁴ Law on Associations, Official Gazette of the Republic of Croatia, No. 88 of October 11, 2001

⁶⁵ Act on Foundations and Funds "Narodne novine"-Official Gazette" No.x 36/95 (1 June, 1995)

⁶⁶ Labour Act (consolidated text), Zagreb, 21 September 2004

Azınlıkların örgütlenmelerine ilişkin düzenlemeler ise Anayasal Ulusal Azınlık Hakları Yasası'nda yer almaktadır. Yasa'nın 7/7 hükmünde ulusal azınlıkların mensup oldukları azınlık gruplarıyla ya da diğer azınlıklarla kişisel organizasyon ve ortak amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik dernek kurabilecekleri ifade edilmiştir. Fakat Yasa, ulusal azınlıkların dernek ya da siyasal parti tipi oluşumlarını değil, merkezi ve yerel yönetimlerde temsil haklarını, ulusal azınlık özerk yönetimleri ile azınlık konseyleri kurma ve buralarda faaliyet gösterme hak ve özgürlüklerini düzenlemiştir. Bu konulara azınlıkların siyasal katılımlarıyla ilgili bölümde değindiğimiz için, bu bölümde Romanların sendika ve derneklerle ilişkileri üzerinde duracağız.

Örgütlenme hakkının sivil toplum alanındaki kullanım biçimlerinden olan dernek çatsı altında birleşme açısından Romanlar, siyasi örgütlenme biçimine göre daha fazla yol almış görünmektedirler. 2014 yılı itibarıyla Hırvatistan'da kayıtlı Roman sivil toplum örgütü sayısı 140'ın üzerindedir. Yerel birimlerde Roman toplumu arasındaki yardımlaşma ve dayanışmayı sağlamaya yönelik dernekler oldukça yaygındır. Romanlar neredeyse yaşadıkları her il ve bölgede bu tür bir dernek kurmuşlardır. Diğerleri, gençlik ve kadınların gelişimi, kültür, sanat, dostluk, sağlık, eğitim, daha iyi yaşam ve gelişme, yaşlılık ve sakatlık, insan hakları ve Roman eğlenceleri konularında faaliyet göstermek üzere kurulmuş dernek ve birliklerdir.⁶⁷ Fakat bunların sadece yarısı faaliyet göstermekte ve sadece bir düzine kadarı finansal ve sürdürülebilirlik açısından güçlü ve oldukça aktif durumdadır. Bunların dışında kalan derneklerin bir kısmı projelerini tasarlama ve uygulama becerisi ve kapasitesinden yoksun olduğu için fon bulamamakta, bir kısmı da ekonomik kriz ve durgunluktan dolayı devlet ve yerel yönetimlerin mali desteğini azaltmasına bağlı olarak mali yetersizlik içindedir. İnsan Hakları Merkezi Roman dernekleri ile işbirliği içinde yaptığı bir çalışmada özellikle eğitilmiş Roman kadınlar ve gençlerin temsili altındaki derneklere Roman sivil toplum kuruluşları (STK) ile devlet organları arasındaki işbirliğinin iyileştirilmesini sağlamaya yönelik genel kural niteliğinde önerilerde bulunmuştur. Önerilerin özü, Roman STK'ların kapasitelerini güçlendirmelerine ve yeni yaklaşımlar geliştirmelerine yardımcı olacak uzun vadeli ve süreklilik gösterecek program ve projeler tasarlamak ve uygulamak için kılavuzlar geliştirmeleri, böylece fon artışı sağlamalarıdır. Ulusal Roman Programı uygulanmaya başladığından bu yana, Roman derneklerinin desteklenmesi ve güçlendirilmesine yönelik çok sayıda faaliyet gerçekleştirilmiştir. Roman derneklerinin kapasitesini geliştirme amacıyla ulusal, yerel ve uluslararası organizasyonlar düzenlenmiş, bu dernekler aracılığıyla Roman toplumunda pozitif değişikliklerin başlatılmasını sağlamaya

⁶⁷ The Situation of Roma 2012, Croatia FRANET National Focal Point Social Thematic Study, Croatian Law Centre – Hrvatski pravni centar, p.10

yönelik aktif tutum takınmalarına destek verilmiştir. Ancak gelinen noktada, beklenen sonuçlar elde edilememiştir.⁶⁸

Devlet yetkilileri de Romanların sosyal, kültürel ve kamusal yaşama katılımlarını arttırarak çoğunluk toplumu ile Romanlar arasındaki mesafeyi azaltmayı amaçladıklarını belirtmekte, bu amaca yönelik daha fazla fon ve kaynak tahsis edileceğinin sözünü vermektedirler.⁶⁹ 2009-2013 yılları arasında Ulusal Azınlıklar Konseyi aracılığıyla merkezi hükümet bütçesinden Roman dernek ve kuruluşlarına toplam 5.572.000,00 kuna devlet yardımı yapılmıştır.⁷⁰ 2014 yılında Ulusal Azınlıklar Ulusal Konseyi, 21 Roman derneği tarafından “Roman ulusal azınlığın sosyal ve kültürel yaşama katılımı” konusunda geliştirilen 32 adet projeyi finanse etmiştir. Ayrıca Konsey devlet bütçesinden elde edilen eş finansman desteğiyle kültürel özerkliği başarmaya yönelik programların yazılması, uygulanması ve rapor haline getirilmesine yardımcı olmak üzere Romanlara work shop eğitimleri düzenlemeye devam etmektedir. Roman sivil toplum örgütleri, uluslararası kültürel ilişkilerini geliştirme, edebi faaliyetler ve kitap satın alınması gibi konularda da Kültür Bakanlığı tarafından sağlanan finansal yardımlarla desteklenmektedirler. Yine 2014 yılında Ulusal Azınlıklar Ulusal Konseyi, İnsan Hakları ve Ulusal Azınlık Hakları Dairesi ile işbirliği halinde Roman Ulusal Azınlıklar Konseyi’nin işlevleriyle ve azınlık sorunlarının medya tarafından ele alınmasına ilişkin konularda Roman STK’ları için seminer ve work shoplar düzenlemiştir.⁷¹ Fakat Roman STK’larının büyük bölümü verilen parasal yardımların nasıl harcandığı konusunda bilgilendirmeye yönelik şeffaf ve açık bir sistem geliştirememiştir. Bu durum da Roman STK’larının başarısızlık sebeplerinden biri olarak gösterilmektedir.⁷²

⁶⁸ National Roma Inclusion Strategy From 2013 to 2020, Government of The Republic of Croatia, Zagreb, November 2012, pp.92-93, http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/roma_croatia_strategy_en.pdf (7.10.2015)

⁶⁹ Lynette Šikić -Mic’anović, Arthur R Ivatts, Danijel Vojak, Marija Geiger-Zeman (2015), Roma Early Childhood Inclusion+ Croatia Report, Open Society Foundation- Roma Education Fund-UNICEF, pp.36-37

⁷⁰ FOURTH REPORT SUBMITTED BY CROATIA PURSUANT TO ARTICLE 25, PARAGRAPH 2 OF THE FRAMEWORK CONVENTION FOR THE PROTECTION OF NATIONAL MINORITIES, Received on 11 September 2014, ACFC/SR/IV(2014)012, pp.138-141; 2009-2010 yıllarında yapılan mali destek için bkz. National Roma Inclusion Strategy From 2013 to 2020, Government of The Republic of Croatia, Zagreb, November 2012, pp.96-100, http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/roma_croatia_strategy_en.pdf (7.10.2015)

⁷¹ Progress Report 2014, Decade of Roma Inclusion, p.19, http://www.romadecade.org/cms/upload/file/9811_file7_hr-2014.pdf (20.10.2015); Diğer kurumsal destek ve yardımlar için bkz. National Roma Inclusion Strategy From 2013 to 2020, Government of The Republic of Croatia, pp.97-100

⁷² Progress Report 2014, Decade of Roma Inclusion, p.3, http://www.romadecade.org/cms/upload/file/9811_file7_hr-2014.pdf (20.10.2015)

Ulusal azınlık derneklerinin kendi aralarında dayanışma ve sivil toplum örgütleriyle işbirliği içinde ortak faaliyetler üretmelerinin sivil toplum ve demokrasinin gelişmesi ile insan haklarının korunması açısından önemi açıktır. Hoşgörüyü yüksek bir siyasal kültür oluşturmak için Romanların siyasal örgütlenmeleri teşvik edilmeli, siyaset Roman adayların bireysel çaba gösterdiği bir alan olmaktan çıkarılmalıdır. Aynı şekilde, egemen toplumun Romanlara karşı geliştirdiği önyargılardan arındırılması, farklılıklara saygı duyan ve farklılığı içeren hoşgörülü bir toplumsal yapı ve kültür oluşturulmasında da Romanların sivil toplum alanında örgütlenmeleri desteklenmeli, ortak faaliyetler üretmeleri sağlanmalıdır. Bu nedenle de, çok ırklı ve çok kültürlü bir toplumda birlikte yaşamının getireceği hassas sorunların milliyetçi tutku ve coşkulardan uzak bir biçimde tartışılması gerekmektedir. Hırvatistan, Romanların da içinde bulunduğu ulusal azınlık gruplarının haklarını gerçekleştirmeye yönelik olarak yasal ve kurumsal zeminlerde ciddi çabalar gösterdiği için bu gün uluslararası camiada saygınlık kazanmış, ulusal azınlıklar sayesinde nüfuzlu ülkelerle sadece kültürel değil, ekonomik olarak da ilişki ve işbirliğini arttırmış bir ülkedir.⁷³ Hırvatistan'ın ulusal azınlıklara yönelik girişimleri, AB üyesi olarak kabul edilmesinde de etkili olmuştur. Ancak Hırvatistan, sosyal, ekonomik, siyasal, kültürel ve diğer alanlarda Roman ulusal azınlığının diğer azınlık grupları ve çoğunluk toplumuyla eşit koşullara sahip olmasını sağlayamamıştır. Ombudsman, Hırvatistan parlamentosu'na verdiği 2014 yılı raporunda Roman Katılımı için Ulusal Strateji'nin amaçlarına erişme konusundaki başarısızlığında önyargıların ve de sorumlu kurumların ihmal ve hareketsizliklerinin önemli payı olduğunu vurgulamış, yerel düzeyde büyük bir mücadele verilmesi gerektiğini dile getirmiştir.⁷⁴

IV. KÜLTÜREL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

1. Genel Bilgi

Romanlar homojen bir grup değildir. Roman kültürü ve gelenekleri içerik ve uygulama açısından belli dönemlere özgüdür. Ayrıca, Roman gelenek ve kültürü onların yaşadıkları toplulukların varsayılan unsurlarından etkilenecek zamanla değişmiştir. Yazılı bir tarihlerinin de olmaması nedeniyle Roman gelenekleri bir takım ortak özellikler üzerinden tanımlanmaktadır. Hırvatistan'da yaşayan Romanlar din açısından da homojen bir topluluk değildir. 4 farklı dine bağlıdırlar. Kalderash, Machavaya, Lovari ve Churari olmak üzere dört ana Roman kabilesi vardır. Hırvatistan topraklarının en eski Roman grupları Kalderash, Machavaya, Lovari ve Churari'dir. Onların kendi iç farklılıkları, kendi ulusal kimliklerini

⁷³ Siniša Tatalović, National Minorities and Croatian Democracy Politička misao, Vol. XLIII, (2006), No. 5, pp. 45–59

⁷⁴ Summary Report of the Ombudsman for 2014, p.8

belirlemeyi, geleneksel kùltürlerini korumayı zorlaştırmaktadır. Diğer yandan, Roman kùltürü ve kimliğinin ayırt edici özellikleri ve değerleri, çoğu Roman tarafından yeterince bilinmemektedir. Roman dili de aslında yedi ayrı dil ve çok sayıda lehçeden oluşmaktadır. 2011 nüfus sayımında 14.369 Roman anadilinin Romanca olduğunu belirtmiştir.⁷⁵ Fakat lehçeler bakımından ayrıştırılmış bir bilgi bulunmamaktadır. Araştırmalar Hırvatistan'da bazı Roman topluluklarının atalarının dilini bilmediklerini ve bilenlerin de kullanma alışkanlığına sahip olmadığını, ailelerin bir kısmının kendi dillerini kullanmalarının Hırvat toplumuna hızlı ve eziyetsiz bir şekilde entegrasyona engel olacağına inandığını göstermiştir. Roman diline özgü bir edebiyat, yazılı bir öykünün bulunmamasının da etkisiyle Romanlar tarafından konuşulan çeşitli lehçeler ve sözlü edebiyat arasındaki farklılığın azaltılmasına yönelik olarak, Roman dili ve alfabesinin tutarlılık gösterecek şekilde bir standarta bağlanmasına ihtiyaç duyulmaktadır.⁷⁶

Bütün bu farklılıklara rağmen, Romanlar yine de kültürel gelenekler ve yaşam biçimleri bakımından birbirine çok benzeyen bir topluluktur. Köken olarak Avrupa'dan temelde çok farklı bir kültürel / medeniyet alanına aittirler. Avrupaya gelirken Avrupa nüfusunun yaşam biçimine hiç uymayan örf ve yaşam biçimlerini de beraberinde getirmişlerdir. Çalışma, iş gibi materyalist değerler, aile yapıları ve ilişkileri, eğitim gibi alanlarda toplumun geri kalanından çok farklı tutum ve davranışlar sergilemektedirler. Yaşam ve değer sistemlerindeki ayrışma, toplumun Romanlara karşı güvensiz, klişe ve önyargılı tutum takınmalarına neden olmakta, böylece iki grup arasında derinleşen bir sürtüşme, ortak yaşam oluşturma konusunda isteksizlik ortaya çıkmaktadır.

Hırvatistan'daki Romanların toplumsal yaşamın her alanında olduğu gibi değer sistemleri ve yaşam biçimleri nedeniyle kültürel yaşamdan da dışlandıkları gözlenmektedir. Roman kùltürünün bir parçası olarak Romanlar, günlük yaşam biçimleri, dış görünüşleri, değerleri, kurumlar ve kişilerle ilişkileri, davranış ve tutumları nedeniyle bir alt kùltür olarak nitelendirilmekte ve baskın toplumsal kùltür tarafından aşağılanmaktadır.⁷⁷Hırvatistan

⁷⁵ Hırvatistan'da kayıt altına alınmış nüfus resmi verilerde 16.975 olarak bildirilmekle birlikte, çeşitli kaynaklarda 30.000-40.000 civarında olduğu söylenmektedir. Bu durumda 2011 nüfus sayımında anadilini Romanca olarak bildiren Roman sayısına bakıldığında, Romanların büyük bölümünün kendi dillerini kullandıkları düşünülebilir. Bkz. Cencus of Population, Households and Dwellings 2011, Population by Citizenship, Ethnicity, Religion and Mother Tongue, Croatian Bureau of Statistics, Zagreb 2013, p.10, p.12

⁷⁶ National Roma Inclusion Strategy From 2013 to 2020, Government of The Republic of Croatia, p.95; Lynette Šikic'-Mic'anovic', Arthur R Ivatts, Danijel Vojak, Marija Geiger-Zeman (2015), Roma Early Childhood Inclusion+ Croatia Report, Open Society Foundation- Roma Education Fund-UNICEF, p.27

⁷⁷ ibid., pp.33-34

Anayasası, ulusal azınlıkların kültürel veya başka nedenle dışlanmalarını engellemek üzere ulusal azınlığın insan hak ve özgürlüklerine sahip olmak ve kullanmak bakımından diğerleriyle eşit haklara sahip olduklarını beyan etmiş, ayrımcılığı yasaklamıştır. Ayrıca ulusal azınlıkların dil ve alfabelerini de içeren kültürel özelliklerini sürdürebilmelerini sağlamak adına dil ve alfabelerini kullanma özgürlüğü ve kültürel özerkliklerini güvence altına almıştır (m.15). Herkesin özel ve aile yaşamına, onur ve itibarına saygı duyulacağı ve yasalarla güvence altına alınacağı belirtilerek kültürel yaşamın önemli bir parçası olan aile ve özel yaşam dokunulmaz kılınmıştır (m.35).

Ulusal azınlıkların kültürel haklarının korunmasına ilişkin güvenceler en geniş anlamda 2002 yılında kabul edilen Anayasal Ulusal Azınlık Hakları Yasası'nda yer almıştır.⁷⁸ 2000 yılında kabul edilen Hırvatistan Cumhuriyeti'nde Ulusal Azınlıkların Dil ve Alfabelerinin Kullanımı Hakkında Yasa⁷⁹ ile ulusal azınlık dillerinin özel, kamusal ve resmi alanlarda kullanımına ilişkin düzenlemeler yapılmış; ulusal azınlık dillerinin eğitimde kullanımına ilişkin olarak ise, yine aynı yılda Ulusal Azınlık Diliyle Ve Harfleriyle Eğitim Yasası kabul edilmiştir. 2009 yılında Ayrımcılık Yasası Kanunu yürürlüğe girmiş, Ceza Kanunu'nda ayrımcılık suç olarak düzenlenmiştir.

Hırvatistan, uluslararası hukuk alanında da Ulusal Azınlıkların Korunması Çerçeve Sözleşmesi başta olmak üzere, azınlıkların ve yetki sınırları içinde yaşayan herkesin kültürel haklarını korumaya yönelik pek çok sözleşmenin tarafıdır. Anayasal Ulusal Azınlık Hakları Yasası'nda, Hırvatistan'ın tarafı olduğu Bölgesel Veya Azınlık Dilleri Avrupa Şartı, Ulusal Azınlıkların Korunması Çerçeve Sözleşmesi ve diğer uluslararası sözleşmelere göre dil, din, gelenek ve kültürel miras gibi azınlık kimliğinin birer parçası olan unsurların korunacağı, azınlık kültürlerinin korunması ve gelişmesi için gerekli koşulların sağlanmasına yönelik çaba gösterileceği genel bir hükümlerle taahhüt altına alınmıştır (m.6/2).

2. Anayasal Ulusal Azınlık Hakları Yasası'nda Kültürel Hak ve Özgürlükler

Yasa'nın 7-18. maddelerinde azınlıklara özgü kültürel hak ve özgürlükler ayrı ayrı ifade edilerek yerine getirilmesi konusunda güvenceli bir katalog oluşturulmuştur. Genel hatlarıyla bakıldığında Yasa'nın bu bölümde azınlıkların kültürel haklarına ilişkin şu düzenlemelerin yapıldığı görülür;

⁷⁸ Constitutional Law on The Rights of National Minorities, (Official Gazette no. 155/2002) http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/Legislation__Constitutional-Law-on-the-Rights-NM.pdf (15.10.2015)

⁷⁹ The Law on The Use of Language And Script of The National Minorities in The Republic of Croatia, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(2000\)032-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2000)032-e) (16.10.2015)

Genel Hükümler

- Ulusal azınlıkların kamusal, özel ve resmi alanda kendi dil ve alfabelerini kullanabilmeleri,
- Kendi dil ve alfabelerine göre eğitim görmeleri,
- Kendi nişan ve sembollerini kullanabilmeleri
- Kültürel kaynak ve geleneklerinin korunmasını, kendi kültürlerini ifade, geliştirme ve korumayı kapsayan kültürel özerklik sağlanması,
- Kendi dil ve alfabelerini kullanarak yazılı medya ve kamuoyunu bilgilendirme hizmetlerine erişebilmeleri (haber alma ve yayma hakkı anlamında),
- Hak ve özgürlüklerini kullanmalarını ve varlıklarını tehlikeye atacak eylemlerden korunmaları,

Hak ve Özgürlükler

- Ad ve soyadlarını resmen kaydettirebilme ve kullanabilme hakkı,
- Kullandıkları dilde basılmış kimlik kartlarına sahip olma ve kullanabilme hakkı,
- Nüfusun en az 1/3'ünün ulusal azınlıklardan oluştuğu özerk yönetim birimlerinde azınlık dili ve alfabelerinin resmi zeminde kullanımı bakımından eşitlik
- Özerk yönetim birimlerinde ulusal azınlıkların dil ve alfabelerinin resmi kurumlar önünde ve işlemlerde kullanımına yönelik alınacak yasal ve uygulama tedbirlerinin geliştirilmesi
- Bu birimlerde yer, sokak, cadde adlarının ulusal azınlık dil ve alfabeleri uyarınca düzenlenmesi
- Ulusal azınlıkların kutlama ve tatillerinde nişan ve sembollerini özgürce kullanabilmeleri,
- Resmi törenlerde ulusal azınlıkların nişan ve sembolleri Hırvatistan Cumhuriyeti'nin nişan ve sembolleriyle aynı anda gösterilecek, milli şarkı veya marşları okunacaktır.
- Yerel ve bölgesel özerkliğe sahip yönetim birimleri ulusal azınlığın bayrak ve sembollerinin resmi alanda kullanılmasına ilişkin usul ve esasları tüzüklerinde belirleyeceklerdir.
- Ulusal azınlık üyeleri ulusal ve kültürel kimliklerini görünür kılmak, tanıtmak, korumak ve geliştirmek amacıyla dernek ve vakıflar kurabilir; müze, kütüphane yayıncılık, kültürel ve bilimsel faaliyetlerle ilgili kurumlar oluşturabilir.

- Ulusal azınlıklar tarafından gerçekleştirilecek radyo-televizyon yayıncılığı, eğitim, müze ve kütüphanecilik faaliyetleri ile kamusal enformasyon hizmetleri yasalarla düzenlenir.
- Ulusal, bölgesel ve yerel çapta yayın yapan radyo ve televizyon kuruluşları, ulusal azınlıkların kültürel, dini ve diğer kimlikleri ile ulusal miras ve geleneklerinin tanıtılması ve korunmasını teşvik etmek, azınlık dillerinde ulusal azınlık üyelerini bilgilendirmek için tasarlanmış yayın ve programlar geliştirmek, özerk azınlık yönetimlerinin çalışmaları ve görevleri hakkında bölgedeki ulusal azınlık üyelerini bilgilendirmekle görevlidir. Kamuyu bilgilendirmeye yönelik hizmet veren (basın, radyo ve televizyon) tüzel kişiler, ulusal azınlık kurum ve kuruluşlarının kendilerine yönelik programların oluşturulmasına katılmalarını sağlamakla yükümlüdür.
- Ulusal azınlıkların sahibi olduğu radyo-televizyon kuruluşları tarafından yapılacak azınlık programlarının finansmanına devlet bütçesi ile yerel ve bölgesel özyönetim birimlerinin fon ve bütçelerinden ne ölçüde katkı verileceği, ulusal azınlık konseylerinin önerisi üzerine uzman yerel ve bölgesel öz yönetim birimleri tarafından ya da Ulusal Azınlıklar Konseyi'nin önerisi üzerine Hırvatistan Hükümeti tarafından belirlenecektir.
- Azınlık dilinde radyo, televizyon ve basım yoluyla ulusal azınlık üyelerinin bilgi ve haber alma haklarının güvence altına alınabilmesi için ulusal azınlık üyeleri, azınlık özerk yönetimleri ve azınlık kuruluşlarının kamusal bilgi faaliyetleri ile olan ilişkisi yasalarla düzenlenecektir.

Romanların geleneksel kültürünü korumak ve Roman ulusal azınlık için kültürel özerkliğin ön koşullarını yaratmak üzere 2004 yılından bu yana her yıl devlet bütçesinden ödenek ayrılmaktadır. Ayrıca bu amaca yönelik Ulusal Azınlıklar Konseyi, Devlet Kurumları, yerel ve bölgesel kurumlar, AB ve diğer uluslararası fonlar tarafından da destek verilmektedir. Ulusal Azınlıklar Konseyi ödenekleri, koreograf ve öğretmenlere, müzik aletleri ve halk kostümlerinin edinimine ve diğer programlara yapılan harcamalarda, daha açık deyişle geleneksel Roman kültürünü finanse etmek için kullanılmaktadır.⁸⁰ Kültürel alana ilişkin bir başka gelişme ise, 2008 yılında Roman dilinin yok olmasının önlenmesi ve her düzeyde okur-yazarlığı ve Romanların eğitimini teşvik amacıyla Veljko Kajtazi tarafından ilk Romanca-Hırvatça ve Hırvatça-Romanca Sözlüğün yayınlamış olması, ikincisinin ise 2010 yılında Hırvatistan Başbakanı'nın desteğiyle yayınlanmasıdır.

⁸⁰ Protection of the Roma in Croatia, October 2010, pp.4-5, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201011/20101124ATT00191/20101124ATT00191EN.pdf> (16.10.2015)

Anayasal Ulusal Azınlık Hakları Yasası'nın uygulanmasıyla ilgili olarak 2011-2013 dönemini kapsayan bir eylem planı kabul edilmiştir. Yasanın ulusal azınlıkların hak ve özgürlüklerini korumaya ilişkin tüm alanları, eylem planında yer almıştır. Bu dönemde Hırvat Parlamentosu da "Dünya Roman Dili" etkinliklerinin düzenlenmesine, Zagreb Üniversitesinde Roman dili, edebiyatı ve kültürünü içeren kurslar açılmasına, Uluslararası Roman Soykırım Kurbanlarını Anma Günü" nün kutlanmasına destek vermiştir.⁸¹

En üst düzeyde uygulanma başarısı olarak gösterilen "Romanlar İçin Ulusal Program", kabul edildiği 2003 yılından bu yana oldukça uzun bir zaman geçmesine rağmen, sadece 2/3'lük bölümü uygulanabilmiştir. Medyada azınlıkların temsili ya da ulusal azınlık gruplarının sahip olduğu yazılı ve görsel medyanın etkinliği konusunda ise pek yol alınamamıştır. Hala ana akım medya, ulusal azınlıklara yönelik açık veya gizli ayırıcı dil kullanmaya devam etmekte⁸², azınlık programlarına ise çok az yer vermektedir. 2011-2012 dönemine ilişkin hazırlanan bir gölge rapora göre, o döneme kadar kamusal radyoda azınlık sorunlarına yönelik sadece iki program yapılmıştır. Hırvat Televizyonunda da aynı şekilde bu konuya özgü iki program gösterilmiştir. Bu sorumluluğun en azından devlet yayın kuruluşu tarafından tam olarak yerine getirilmesini sağlamak için Hükümet Hırvat Radyo Televizyonu ile 2013-2017 dönemini kapsayan bir anlaşma imzalamıştır.⁸³ Ancak Ombudsman 2014 raporunda, televizyon kuruluşlarının azınlık dilinde yayın yapma yükümlülüğünü yerine getirmediğini beyan etmiştir. Raporda, Hırvat televizyonunun azınlıklar konusunda uzman gazeteci ve yayımcı sayısı ile beraber, eğitim ve azınlık dillerindeki programlarla azınlıklar için yapılan program payını arttırması, ulusal azınlık üyelerini bilgilendirmeye yönelik programların yayın planının hazırlanmasında Ulusal Azınlıklar Konseyi ile doğrudan ve sürekli ilişki içinde bulunulması önerilmiştir. Ombudsman, radyo programlarının ise sayısının hala yetersiz olduğunu, ancak radyo istasyonlarının yine de yasal yükümlülüklerini yerine getirdiğini ifade etmiştir.⁸⁴

⁸¹ National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21 Croatia, Human Rights Council Working Group on the Universal Periodic Review Twenty-second session 4–15 May 2015, A/HRC/WG.6/22/HRV/1, p.16

⁸² Antonija Petričušić, Promoting Ethnic Pluralism in Croatia: Institutions, Participation and Representation, <http://bib.irb.hr/prikazi-rad?rad=482290> (16.10.2015)

⁸³ National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21 Croatia, Human Rights Council Working Group on the Universal Periodic Review Twenty-second session 4–15 May 2015, A/HRC/WG.6/22/HRV/1, p.15

⁸⁴ Summary Report of the Ombudsman for 2014, Zagreb, 31 March 2015, p.7, <http://www.ombudsman.hr/index.php/en/documents-3/ombudsman-s-reports/finish/15-ombudsman-s-reports/648-summary-annual-report-for-2014>

Ombudsmanın da dile getirdiği bu sorunların kaynağında bu konuya özgü yasal düzenlemelerde ulusal azınlıklarla ilgili yayınların niceliği ve niteliğine ilişkin bir açıklık bulunmaması yatmaktadır. Ulusal azınlıklara yönelik program yapan ya da haber ve bilgi veren görsel ve işitsel medya kuruluşlarına devlet desteği sağlanması da olumlu bir sonuç üretememiş görünmektedir. Kültürel ve dilsel farklılıkların yansıtılmasında en önemli görevin ana akım medyaya düştüğü açıktır.⁸⁵

Hırvatistan'da 2012 yılında Kamu Yönetimi Bakanı tarafından Hırvatistan Cumhuriyetinde Ulusal Azınlıkların Dil ve Alfabelerinin Kullanımı Hakkında Yasa'nın tutarlı bir şekilde uygulanması için bir yönerge kabul edilmesi de olumlu bir gelişmedir. Yönerge uyarınca, tüm yerel birimlerdeki belge ve işlemler, ulusal azınlıkların dil ve alfabelerini eşit biçimde kullanmaları esasına dayanan haklarını güvence altına alacak şekilde yürütülecektir. Yerel yönetim birimleri tüm çalışmalarını bu şekilde yürütmekle yükümlüdür. 2013 yılının ikinci yarısından itibaren uygulamalar izlenecek, izleme sonuçlarına göre uygun önlemler alınacaktır. Uygulama için geçen süre henüz kısa olduğu için izleme sonuçları hakkında resmi ya da gayri resmi bilgi edinilememiştir.

Ulusal azınlık haklarının korunması ve izlenmesine ilişkin kurumsal yapı üzerinde de değişiklikler yapılmış, Nisan 2013'te bir Hükümet kararnamesi ile İnsan Hakları Kurumu ve Ulusal Azınlıklar Kurumu birleştirilerek İnsan Hakları ve Ulusal Azınlık Hakları Dairesi adıyla tek bir kurum oluşturulmuştur. Yeni kurumun temel görevi, Ombudsmanın yıllık raporlarındaki önerileri izlemek ve Ombudsmanın önerilerine uygun olarak gerçekleştirilecek faaliyetlere ilişkin raporlar hazırlamaktır. Böylece, diğer başvurularla birlikte ulusal azınlık üyelerinden gelen şikayetlere ilişkin Ombudsmanın'ın getirdiği çözüm ve önerilerle insan haklarının gelişmesine yönelik öneri ve raporlarının hayata geçirilip geçirilmediğinin izlenmesi, insan hakları sorunlarının kademeli bir yapı içinde bir kez de bu Daire tarafından ele alınması mümkün olabilecektir.⁸⁶ Ancak 2014 raporunda Ombudsman, İnsan Hakları ve Ulusal Azınlık Hakları Dairesi'nin ulusal, yerel ve bölgesel düzeyde Roman Katılımı İçin Ulusal Strateji'de öngörülen tedbirlerin uygulanmasından sorumlu organların eylemlerini hem içerik hem de zamanlama bakımından uyumlu hale getirmesi gerektiğini belirtmiştir.⁸⁷

⁸⁵ ENAR SHADOW REPORT 2011-2012, Racism and related discriminatory practices in Croatia Centre for Peace Studies, pp.34-35, <http://cms.horus.be/files/99935/MediaArchive/publications/shadow%20report%202011-12/Croatia.pdf> (15.10.2015)

⁸⁶ International Covenant on Civil and Political Rights Human Rights Committee Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant pursuant to the optional reporting procedure, Third periodic reports of States parties due in 2013, Croatia, CCPR/C/HRV/3, p.2

⁸⁷ Summary Report of the Ombudsman for 2014, p.9

3. Dini Hak ve Özgürlükler

Hırvatistan Anayasası'nın 41. maddesine göre tüm dini topluluklar yasa önünde eşittir ve devletten ayırdır. Dini topluluklar yasalara uygun olmak kaydıyla kamuya dini hizmet verebilirler, okul, akademi, sosyal ve yardımlaşma kurumları kurabilir ve yönetebilirler. Faaliyetleri devlet tarafından korunmaktadır. Aynı şekilde dini ve diğer inançlarını açığa vurma özgürlüğü ile beraber din ve vicdan özgürlüğü Anayasa'nın güvencesi altındadır (m.40). Bu hak ve özgürlükler Dini Toplulukların Hukuki Statüsü Hakkında Kanun ile düzenlemeye kavuşturulmuştur. İlgili Kanun'da dini cemaatlerin kendi iç organizasyonlarını, idari kurumlarını, hiyerarşik düzen ve yetkilerini, kendilerini temsil edecek kişi ve organlarını, örgüt yapısını, inançlarını açığa vurmanın şekil ve içeriğini, kendi merkezi kurumları ile diğer dini cemaat ve dini derneklerle ilişkilerini ve Hırvatistan Cumhuriyeti Anayasası'nda düzenlenen diğer konuları serbest ve özgürce belirleyebilecekleri kabul edilmiştir. Ancak inanç ve faaliyetleri aracılığıyla kendi üyelerine, diğer vatandaşlara ve dini cemaatlere karşı önyargı oluşturmaz, hoşgörüsüzlüğü yayamazlar. Ayrıca diğer dini cemaatlerin ya da inançsız kişilerin inanç ya da inançsızlıklarını kamusal alanda dışa vurmalarına müdahale edemez; dini hizmetlerini yerine getirme, dini inançlarını dışa vurma usul ve kapsamı yasal düzene, genel ahlaka, yaşama, sağlık ve diğer hak ve özgürlüklere aykırı olamaz.⁸⁸ Anayasal Ulusal Azınlık Hakları yasası'nda da ulusal azınlıkların dini hakları ve pratikleri güvence altına alınmıştır (m.7/5).

Hırvatistan'da Ortodoks ve İslam dini cemaatleri en büyük dini azınlıklardandır. Bu çerçevede 2009-2013 döneminde Merkezi Devlet Bütçesinden en fazla finansal destek alan dini azınlık, Sırp Ortodoks Kilisesi'dir. İkinci sırada yer alan İslam Cemaati'ne verilen yardım miktarı, Sırp Ortodoks Kilisesi'ne ödenen miktarın ¼'ünden daha azdır. Yine de Müslüman cemaatine diğer cemaatlerin 4-18 katı kadar destek yapıldığı görülmektedir.⁸⁹

Hırvatistan'da yaşayan Romanlar, dini inanç ve bağlı oldukları dini topluluklar açısından bölünmüş durumdadır. 2011 nüfus sayımına katılan toplam 16.975 Roman'dan 8.299'u Katolik, 5.039'u Müslüman, 2.381'i Ortodoks dinine bağlı olduğunu bildirmiş; 414'ü bu konuda bilgi vermemiş, 255 Roman ateist olduğunu, 124 Roman ise diğer dinler, hareketler ve felsefi inançlara bağlı olduğunu açıklamıştır.⁹⁰ Görüldüğü gibi Romanların büyük bölümü,

⁸⁸ National Programme of Protection And Promotion of Human Rights For The Period 2013–2016, The Government of the Republic of Croatia Office for Human Rights and National Minority Rights, Zagreb, 2013, p.98.

⁸⁹ FOURTH REPORT SUBMITTED BY CROATIA PURSUANT TO ARTICLE 25, PARAGRAPH 2 OF THE FRAMEWORK CONVENTION FOR THE PROTECTION OF NATIONAL MINORITIES, Received on 11 September 2014, ACFC/SR/IV(2014)012, pp.138-141

⁹⁰ Census of Population, Households and Dwellings 2011, Population by Citizenship, Ethnicity, Religion and Mother Tongue, Croatian Bureau of Statistics, Zagreb 2013, p.17

çoğunluğun kabul ettiği (%86.2) Katolik dinine bağlıdır. Romanlar arasında ikinci yaygın din ise Müslümanlıktır. Bu durumda Müslüman Romanların çifte ayrımcılığa maruz kalmaları mümkündür. Çünkü Hırvat toplumunun sadece %1.47'si Müslümandır. Toplam nüfusun %4.44'ü Ortodokslik kurumuna bağlıdır ve bu grup da Müslüman gruplardan sayıca fazladır. Fakat Romanların dini tercihlerinden dolayı bir ayrımcılığa uğradığı yönünde bir bilgi yoktur. Zaten Hırvatistan'da dini cemaatler kendilerini ulusal kimlikleriyle birlikte ifade etmektedirler (Hırvat Katolik Kilisesi, Boşnak Müslümanlar gibi). Ayrıca toplum içinde yaygın anlayış, Ortodoks Kilisesinin üyelerinin çoğunun Sırp, Katolik Kilisesinin Hırvat, İslamiyet mensuplarının ise Boşnak olduğu yönündedir.

Hırvatistan'da son yıllarda azalmakla birlikte, dini liderlere ve kurumlarına yönelik vandal saldırılara en fazla maruz kalan dini cemaat Sırp Ortodoks Kilisesi'dir.⁹¹ İslam toplumu ise daha şanslı olmakla birlikte Irak İslam Devleti ve Musul'daki Hıristiyan evlerin işaretlenmesi kopyalayan bir olay gerçekleşmiş; 2014 Eylül ayında Dubrovnik İslam toplum merkezine spreyle boyanmış ve Arap harfleriyle "nun," (rahibe) yazılmıştır.⁹² 2013 yılında da Rijeka'da yeni açılan İslam Merkezine taşlı saldırıda bulunulmuştur. Yahudi cemaatine karşı da anti-Semitik grafitiler aracılığıyla, Ortodoks papazlara ise sözlü olarak, mezarlık ve kiliselere ise fiziken saldırıldığı bilgileri resmi kayıtlara geçmiştir. Fakat azınlık dinlerine karşı geliştirilen bu tür taciz ve işlenen suçlar münferit düzeyde ve istisnaidir. Bu tür olaylarla ilgili dini cemaat liderleri tarafından dile getirilen en önemli sorun, polis korumasının yetersiz olduğu, bu tür olaylar karşısında polisin pasif ve ihmali tutum aldığı, saldırganların tespiti ve cezalandırılması konusunda yetkililerin istekli olmadığı ve zaten failerin nadiren cezalandırıldığıdır.⁹³ Zaten Hırvatistan Ombudsmanı da son yıllarda verdiği her raporda azınlıkların ulusal, etnik ya da ırkına dayalı olarak ayrımcılığa uğradığı, bu zeminlere dayalı ayrımcılık vakalarının ise özellikle hukuki statü, eğitim, çalışma, sosyal güvenlik ve sağlık haklarına ilişkin alanlarda gerçekleştiğini sayı ve oranlarla açıklamaktadır.⁹⁴ Dini haklara yönelik ayrımcılık ya da ihlal iddiaları ise toplam şikayet başvuruları içinde oldukça az bir yer kaplamakta, bunların ne kadarının Roman kökenli bireylerce yapıldığı ise bilinmemektedir.

⁹¹ <http://www.state.gov/j/drl/rls/irf/2013religiousfreedom/index.htm#wrapper> (21.10.2015)

⁹² <http://www.state.gov/j/drl/rls/irf/religiousfreedom/index.htm#wrapper> (21.10.2015)

⁹³ Mira Lulic & Nives Mazur Kumric, "Religious Minorities in The Media Space of The Republic of Croatia", pp.109-110

⁹⁴ Universal Periodic Review on Human Rihts in The Republic of Croatia - NHRI REPORT, 2nd cycle, September 2014, pp.4-5; Summary Report of the Ombudsman for 2014, Zagreb, 31 March 2015, <http://www.ombudsman.hr/index.php/en/documents-3/ombudsman-s-reports/finish/15-ombudsman-s-reports/648-summary-annual-report-for-2014>; Report of The Ombudsman to The UN Human Rights Committee Under The International Covenant on Civil And Political Rights, Zagreb, February 2015, pp.4-5; Republic of Croatia Ombudsman Summary Report for 2013, Zagreb, 31 March 2014; Republic of Croatia Ombudsman Summary Activity Report For 2012, Zagreb, March 2013

SONUÇ

Araştırmalar göstermiştir ki; Hırvat çoğunluk, Romanları mevcut toplumsal normlara bağlı olmadıkları için eleştirmekte, Romanları kollektif bir kimlik olarak değerlendirip, olumsuz algı ve tutumlarını “tüm Romanları” içeren bir genelleme içinde surdrmektedirler. Hırvatistan vatandaşlarının % 40’tan fazlası Romanları ‘yabancı’ olarak görmekte, güvenlik, kültür ve siyaset alanında Hırvatistan için tehlike kaynağı olarak değerlendirmektedir. Bu algılar Romanların etnik veya ulusal kökene dayalı şiddet ve nefret söyleminin en kötü biçimlerine maruz kalmasına da neden olmaktadır. Romanlarla toplumsal çoğunluk arasındaki fiziksel ve sosyal mesafenin daraltılması, nefret ve şiddetin önlenmesi ve Romanların sosyo-ekonomik açıdan güçlendirilmesi amacıyla yasal ve idari tedbirler alınmış olmakla beraber, bu çabalar sonuçlarını iyi uygulanmak koşuluyla orta ve uzun vadede gösterecek olup, algı ve tutum değişikliğine yönelik diğer çalışmalarla da desteklenmelidir.

Hırvatistan’da yaşayan Romanların insan hakları açısından durumlarına bakıldığında ise, sosyolojik araştırmalar ve diğer veriler tüm hak kategorilerinde Romanların toplumun geri kalanından çok daha zayıf konumda olduğunu göstermektedir. Sosyo-ekonomik statü açısından güçsüz, örgütlenme bilinci ve isteğinden yoksun bir topluluk olan Romanlar, siyasi örgütlenme ve siyasete katılımda çok düşük oranlarda temsil edilmekte, düşük eğitim düzeyleri ile elverişsiz konut ve mekanlardaki yaşam koşullarına bağlı olarak işgücü piyasasına dahil olamamakta, eğitim, konut, sağlık, sosyal güvenlik gibi alanlardaki insan haklarından yararlanmada diğer azınlık gruplarının gerisinde kalmaktadırlar. İnsan haklarının bir bütün olduğu, tüm hak gruplarının birbirini etkilediği, herbir insan hakkının diğerleriyle birlikte kullanıldığında anlam kazandığı ve etkili sonuçların ancak bu şekilde elde edilebildiği bilinmektedir. Roman toplumu, “insan haklarının bütünselliği” ilkesinin önemini ve bu savın doğruluğunu gösteren somut bir örnek olduğu gibi ayrımcılık olgusunun insan haklarının yerine getirilmesi üzerindeki olumsuz etkilerini de üzerinde barındırmaktadır.

Hırvatistan’da Romanlara yönelik ayrımcılığın sona erdirilmesi ve toplumsal yaşamın tüm alanlarına eşit olarak katılımlarının sağlanması için başta Anayasa olmak üzere Anayasal Ulusal Azınlık Hakları Kanunu ve ilgili diğer düzenlemelerle genel olarak azınlıklara, özel olarak da Romanlara yönelik hukuki tedbirler alınmış, AB ve BM’in mali ve teknik yardımlarıyla uygulamaya ilişkin stratejik plan ve programlar geliştirilmiştir. Ancak bu programların hayata geçirilmesi konusunda ciddi sıkıntıların yaşandığı gözlemlenmektedir. Kaynağında insiyatifin siyasi iradeye terk edilmiş ve büyük lde bütçe imkanlarına bağlı olmasının yattığı düşünülen sıkıntıların aşılması ile Romanların insan onuruna yaraşır bir ortam ve koşullara kavuşması, hak ve özgürlüklerden ayrımsız olarak yararlanabilmesi mümkün olacaktır. Ancak bunun için Roman azınlığın

öncelikle beslenme ve barınma olmak üzere, konut, eğitim, sağlık, sosyal güvenlik, çalışma ve siyasi katılım haklarının yerine getirilmesini teminat altına alacak ilave yasal düzenlemelerin yapılmasına, AB'den aktarılan fonların ve desteğin artırılmasına, toplumsal dışlanmayı önleyecek her türlü tedbirin alınmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

2014 Country Reports on Human Rights Practices - Croatia <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=country&docid=559bd57328&skip=0&coi=HRV&querysi=roma&searchin=fulltext&sort=date> (27.10.2015).

Act on Foundations and Funds “Narodne novine”-“Official Gazette” No.x 36/95 (1 June, 1995)

Ádám Kullmann, Robert Kushen, Márton Rövid, Orsolya Szendrey, and Violetta Zentai (Editors), “Civil Society Monitoring on the Implementation of the National Roma Integration Strategy and Decade Action Plan in 2012 and 2013” Summary Report, Decade of Roma Inclusion Secretariat Foundation, 2014, http://www.romadecade.org/cms/upload/file/9772_file1_civil-society-monitoring_summary-report-1.pdf (27.10.2015).

Advancing the Education of Roma in Croatia REF Country Assessment – 2014, Roma Education Fund, http://www.romaeducationfund.hu/sites/default/files/publications/cro_country_assesment_2015.pdf (25.10.2015).

Antonija Petričušić, Promoting Ethnic Pluralism in Croatia: Institutions, Participation and Representation, <http://bib.irb.hr/prikazi-rad?rad=482290> (16.10.2015).

Antonija Petričušić, “The Role of Political Parties in Minority Participation in Croatia” in *Political Parties and Minority Participation*, Friedrich Ebert Stiftung - Office Macedonia, Skopje 2008.

CASE OF ORŠUŠ AND OTHERS v. CROATIA (*Application no.15766/03*), European Court Of Human Rights Grand Chamber, JUDGMENT STRASBOURG 16 March 2010.

Census of Population, Households and Dwellings 2011, Population by Citizenship, Ethnicity, Religion and Mother Tongue, Croatian Bureau of Statistics, Zagreb 2013.

Charlotte Kühlbrandt, Katharine Footman, Bernd Rechel, Martin McKee, “An examination of Roma health insurance status in Central and Eastern Europe”, *The European Journal of Public Health Advance Access published February 5, 2014*, <http://eurpub.oxfordjournals.org/content/eurpub/early/2014/02/05/eurpub.cku004.full.pdf> (13.10.2015).

COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, An EU Framework for National Roma Integration Strategies up to 2020. http://ec.europa.eu/justice/policies/discrimination/docs/com_2011_173_en.pdf

Constitutional Law on The Rights of National Minorities, (Official Gazette no. 155/2002) http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/Legislation__Constitutional-Law-on-the-Rights-NM.pdf (15.10.2015).

Council of Europe High Level Meeting on Roma Strasbourg, 20 October 2010, "The Strasbourg Declaration on Roma.

Croatia Land and People, Editors: Mladen Klemenčić, Ankica Šunjić, Zvonimir Frka-Petešić, The Miroslav Krleža Institute of Lexicography, Zagreb 2013. http://www.croatia.eu/pdf/Croatia-land_and_people.pdf (5.10.2015).

DECADE OF ROMA INCLUSION PROGRESS REPORT, UNDP, <http://www.undp.org/content/dam/rbec/docs/DORI%20REPORT.pdf> (28.10.2015).

Decade of Roma Inclusion 2005-2015 Action Plan, Zagreb, March 2005, pp.41-42; National Roma Inclusion Strategy From 2013 to 2020, Government of The Republic of Croatia.

Dunja Potočnik, Access to Education and Educational Achievements of Roma Children and Youth in Croatia, http://www.romadecade.org/cms/upload/file/9469_file5_dpocotnik_22042013_en-%255Bcompatibility-mode%255D.pdf (25.10.2015).

Džakula A, Sagan A, Pavić N, Lončarek K and Sekelj-Kauzlarić K. Croatia: Health system review. Health Systems in Transition, 2014; 16(3): 1–162, http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0020/252533/HiT-Croatia.pdf?ua=1 (13.10.2015).

ECRI REPORT ON CROATIA (fourth monitoring cycle), Adopted on 20 June 2012, Published on 25 September 2012, CRI(2012)45.

ENAR SHADOW REPORT 2011-2012, Racism and related discriminatory practices in Croatia Centre for Peace Studies, <http://cms.horus.be/files/99935/MediaArchive/publications/shadow%20report%202011-12/Croatia.pdf> (15.10.2015).

European Social Charter 3rd report on the implementation of the European Social Charter submitted by The Government of Croatia (Articles 11, 13 and 14 for the period 01/01/2005 – 31/12/2007) Report registered at the Secretariat on 17/02/09 CYCLE XIX-2 (2009), RAP/Cha/CRO/III(2009).

European Social Charter European Committee of Social Rights Conclusions XX-1 (2012) (CROATIA) Articles 1 and 9 of the 1961 Charter and Article 1 of the 1988 Additional Protocol, January 2013.

Fourth Report Submitted by Croatia Pursuant to Article 25, Paragraph 2 of The Framework Convention for The Protection of National Minorities, Received on 11 September 2014, ACFC/SR/IV(2014)012 Strasbourg, 1 September 2014.

<http://www.eurasia.undp.org/content/rbec/en/home/library/roma/roma-poverty-human-development-perspective/> (8.10.2015).

<http://www.hr.undp.org/content/croatia/en/home/presscenter/articles/2014/10/24/roma-in-croatia-in-a-multiple-disadvantaged-position.html> (13.10.2015).

http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/roma_croatia_strategy_en.pdf (10.10.2015).

<http://www.state.gov/j/drl/rls/irf/2013religiousfreedom/index.htm#wrapper> (21.10.2015).

International Covenant on Civil and Political Rights Human Rights Committee Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant pursuant to the optional reporting procedure, Third periodic reports of States parties due in 2013, Croatia, CCPR/C/HRV/3.

International Trade Union Confederation (ITUC) Internationally Recognised Core Labour Standards in Croatia Report For The WTO General Council Review of The Trade Policies of Croatia (Geneva, 24 and 26 March, 2010), http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/CLC_Croatia.pdf (20.10.2015).

Labour Act (consolidated text), Zagreb, 21 September 2004.

Law on Associations, Official Gazette of the Republic of Croatia, No. 88 of October 11, 2001.

Laura Šakaja/Hrvoje Šlezak (2013), The Romani ("gypsies") in The Social Space of Post-Socialist Countries: The Example of Croatia, *The Overarching Issues of the European Space..* Ed. Faculdade Letras Universidade Porto.

Lilla Farkas (European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field), Report on discrimination of Roma children in education, European Commission Directorate-General for Justice, October 2014.

Ljubica Žunić, Healthcare in Croatia, University of Split University Department for Health Studies, Trondheim, May 2014, <http://hist.no/attachment.ap?id=26992>, (12.10.2015).

Lynette Šikić-Mićanović, Arthur R Ivatts, Danijel Vojak, Marija Geiger-Zeman (2015), Roma Early Childhood Inclusion Croatia Report, Open Society Foundation- Roma Education Fund-UNICEF.

Marc Willers, Recent Developments in EU Anti-discrimination Law Litigating Roma Rights Under EU Law and Experiences From The ECHR, http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/10_Race_Roma/2011_04_Willers_EN.pdf (25.10.2015).

Mira Lulic & Nives Mazur Kumric, "Religious Minorities in The Media Space of The Republic of Croatia", US-CHINA LAW REVIEW, Vol. 11: 94, 2014.

National Roma Inclusion Strategy From 2013 to 2020, Government of The Republic of Croatia, Zagreb, November 2012, http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/roma_croatia_strategy_en.pdf (7.10.2015)

National Programme of Protection and Promotion of Human Rights for The Period 2013–2016, The Government of the Republic of Croatia Office for Human Rights and National Minority Right, Zagreb, 2013. (7.10.2015).

National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21 Croatia, Human Rights Council Working Group on the Universal Periodic Review Twenty-second session 4–15 May 2015, A/HRC/WG.6/22/HRV/1.

Office for Democratic Institutions and Human Rights REPUBLIC OF CROATIA PARLIAMENTARY ELECTIONS 4 December 2011, OSCE/ODIHR Limited Election Observation Mission Final Report, Warsaw 3 February 2012.

Promulgating The Amendments to The Croatian Parliamentary Elections Act, Croatian Parliament: I hereby promulgate these Amendments to the Croatian Parliamentary Elections Act, as enacted by the Croatian Parliament at its session of 15 December 2010.

Political Parties Act, Promulgate 7 August 1993.

Progress Report 2014, Decade of Roma Inclusion, http://www.romadecade.org/cms/upload/file/9811_file7_hr-2014.pdf (28.10.2015).

Promulgating The Constitutional National Minority Rights Act, Croatian Parliament: I hereby promulgate the Constitutional National Minority Rights Act, as enacted by the Croatian Parliament at its session of 13 December 2002.

Protection of the Roma in Croatia, October 2010, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201011/20101124ATT00191/20101124ATT00191EN.pdf> (7.10.2015)

Report by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, following his visit to Croatia from 6 to 9 April 2010, Strasbourg, 17 June, 2010 CommDH(2010)20, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1636837> (14.10.2015).

Report of The Ombudsman to The UN Human Rights Committee Under The International Covenant on Civil And Political Rights, Zagreb, February 2015.

Republic of Croatia Ombudsman Summary Report for 2013, Zagreb, 31 March 2014.

Republic of Croatia Ombudsman Summary Activity Report For 2012, Zagreb, March 2013.

Roma Communities Find Employment Though Cooperatives, 14 February 2014, <http://www.hr.undp.org/content/croatia/en/home/presscenter/articles/2014/02/14/roma-communities-find-employment-through-cooperatives.html> (20.10.2015).

Roma Poverty From a Human Development Perspective, Roma Inclusion Working Papers, UNDP, 2014, pp.23-29, <http://www.eurasia.undp.org/content/dam/rbec/docs/roma%20poverty%20from%20a%20human%20development%20perspective.pdf> (8.10.2015)

Roma Health Report Health status of the Roma population. Data collection in the Member States of the European Union, European Union, 2014.

Savez crkava "Riječ života" and Others v. Croatia, Application No. 7798/08, Strasbourg, December 9, 2010 (Final, March 9, 2011). [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102173#{"itemid":\["001-102173"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102173#{) (22.10.2015).

Siniša Tatalović, National Minorities and Croatian Democracy *Politička misao*, Vol. XLIII, (2006), No. 5.

Selda Çağlar, "Avrupalı Romanların Hak Arayışları: Ayrımcılığa Karşı Hukuksal Mücadele", in: *Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları*", Editör: Selda Çağlar, Beta, İstanbul 2010, s.33-112.

Strategies and Tactics to Combat Segregation of Roma Children in Schools *Case studies from Romania, Croatia, Hungary, Czech Republic, Bulgaria, and Greece*, FXB Center for Health and Human Rights Harvard University 2015.

Summary Report of the Ombudsman for 2014, Zagreb, 31 March 2015, <http://www.ombudsman.hr/index.php/en/documents-3/ombudsman-s-reports/finish/15-ombudsman-s-reports/648-summary-annual-report-for-2014>

Synthesis Report on RESEARCH in the 5 Project Countries - Belgium, Bulgaria, Croatia, Italy and the U.K. 2014, Drafted by *Vedar Gerogiev* and *Alya Vedar* On the basis of the 5 national reports, Supporting Motivation to Intervene on learning and Experience (SMILE), EU Lifelong Learning Programme.

The Law on The Use of Language And Script of The National Minorities in The Republic of Croatia, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(2000\)032-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2000)032-e) (16.10.2015).

The Situation of Roma 2012, Croatia FRANET National Focal Point Social Thematic Study, Croatian Law Centre – Hrvatski pravni centar.

Universal Periodic Review on Human Rihts in The Republic of Croatia - NHRI REPORT, 2nd cycle, September 2014.

ROBOT HUKUKU*

Robot Law

Yrd. Doç. Dr. Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL¹

Geliş Tarihi: 03.08.2016 Kabul Tarihi: 02.09.2016

ÖZET

Robotlar günlük hayatımızda pek çok alanda kullanılmaktadır. Gelecekte robotların kullanımı daha da artacaktır. Tıp alanında, askeri alanda, sanayide, ev içinde hasta, yaşlı ve çocuk bakımında robotlar giderek daha yaygın şekilde kullanılacaktır. Robot kullanımının kuşkusuz işgücü, zaman ve masraftan kurtarıcı yönü olmakla birlikte beraberinde hukuki problemler gündeme gelecektir. Özellikle robotların fiillerinin sonuçlarından sorumluluk konusunda, mahremiyetin ve güvenliğin korunması konusunda, fikri mülkiyet hakları bakımından ve etik açıdan robotlar ile ilgili sorunlar çıkabilecektir. Ülkemizde henüz robotlara ilişkin kanuni düzenlemeler bulunmamaktadır. Bununla birlikte durum öyle gösteriyor ki yakın zamanda bu hususta ya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması şeklinde ya da robotlara ilişkin özel kanunlar çıkarılarak hukuki düzenlemeler yapılmasına ihtiyaç olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Robot, Yapay Zekâ, Sayborg, Sürücüsüz Otomobil, İnsansız Hava Aracı

ABSTRACT

In many areas of daily life robots are already being used and in the future their use will increase. We will see robots being widely used in the fields of medicine, in the military and in industry; in the care of patients, the elderly and children, as well as performing general work tasks around the home. Definitely the use of robots will save on workforce costs and time but inevitably, legal issues will ensue. Problems expected to arise will concern responsibility relating to the robots' behaviours, protection of privacy and security, intellectual property rights and ethics. At present, our country has no regulation relating to robots, but it is clear that there is going to be a need to either amend existing regulations or enact special codes specific to robots.

Keywords: Robot, Artificial Intelligence, Cyborg, Driverless Car, Drone

GİRİŞ

Robotlar, robotbilimin (*robotics*) ve teknolojinin gelişmesi ile birlikte hayatımızda daha fazla yer edinecektir. 2022 yılı itibarıyla pek çok kişinin kendine ait kişisel bir robotu olacağı tahmin edilmektedir². Robotlar insan hayatını kolaylaştırmakta, zor ve tehlikeli işleri insanlar yerine yapabilmektedir.

¹ Dokuz Eylül Üniversitesi Öğretim Üyesi. Yazar bu makalenin yazılması sırasında katkıda bulunan Sayın Doç.Dr. Murat Volkan DÜLGER'e ve Sayın Maureen EDWARDS'a teşekkür eder. The author would like to thank to Assoc.Prof.Dr. Murat Volkan DÜLGER and Mrs. Maureen EDWARDS for their contributions to this article.

² **RICHARDS, Neil M.**, "How should the law think about robots?", *We Robot 2012, Inagural Conference on Legal and Policy Issues Relating to Robotics*, April 21-22, 2012, University of Miami School of Law, s.12, http://robots.law.miami.edu/wp-content/uploads/2012/03/RichardsSmart_HowShouldTheLawThink.pdf (Erişim 02.11.2015).

Örneğin günlük hayatımızda evi süpüren ve eşyalara çarpmayan süpürge robotlar, askeri alanlarda mayınları askerlerin yerine bulabilen ya da ateş altındayken dahi keşif yapabilen ve düşmanı ayırt edebilen robotlar, çocuklara veya yaşlılara bakabilen robotlar, sürücüsüz otomobiller bulunmaktadır. Robotlar gelecekte bunların dışında daha pek çok alanda kullanılacaktır. Robotların kullanımının artması hukuki sorunları da beraberinde getirecektir. Robotların birbirleri ile etkileşimi ve robotların insanlarla etkileşimi hukuki bakımından da sonuçlar doğurabilecektir.

I. ROBOT KAVRAMI

Robotlar ile ilgili hukuki sorunlara değinmeden önce robot kavramının ne olduğunu açıklamakta fayda vardır. Robot terimi ilk kez 1920 yılında Çek bir yazarın tiyatro oyununda kullanılmıştır³. Oyunda robotlar bir fabrikada köle olarak çalışan yapay insanlar olarak tasvir edilmiştir. *Roboti* kelimesi Çek dilinde esaret ve angarya kelimelerini ifade etmektedir⁴. İngilizce’de *roboticist* olarak geçen kelime ise Türkçe’ye robotbilimci olarak çevrilebilir. Bu kelime de ilk defa 1941 yılında yazar *Isaac ASIMOV* tarafından kullanılmıştır⁵. Türk Dil Kurumu’nun sözlüğünde robot “*belirli bir işi yerine getirmek için manyetizma ile kendisine çeşitli işler yaptırılabilen otomatik araç*” şeklinde tanımlanmaktadır⁶. Robotbilim (*robotics*) ise robotların tasarımı, yapımı için kullanılan bilimsel yöntemleri inceleyen bilim ve teknik şeklinde tanımlanmaktadır⁷.

Robotun tanımının ne olduğu hususunda değişik açıklamalar yapılabilir. Ayrıca burada bir aracın/aygıtın robot olarak nitelendirilmesinde yapıldığı malzemenin önemi var mıdır sorusu da akla gelebilir. Robot mutlaka metalden yapılmış olmak zorunda değildir; organik malzemelerden de robot yapılabilir. Robotların insan görünümlü olması şart değildir. Doktrinde robotun tanımını *RICHARDS*, biyolojik anlamda canlı olmayan ancak hem fiziksel hem de zihinsel faaliyet sergilemek üzere oluşturulmuş sistem olarak tanımlamaktadır. Buna göre robot fiziksel olarak hareket edebilen, ne yapılması ile ilgili kararlar alabilen bir makinedir. Bu tanım sadece yazılıma dayalı olan ve fiziksel olarak faaliyet göstermeyen yapay zekâyı kapsam dışında tutmaktadır. Robotu

³ Carel Čapek tarafından yazılan oyunun adı R.U.R.’dur. R.U.R., Rossum’s Universal Robots kelimelerinin kısaltmasıdır. Rossum’un Evrensel Robotları anlamına gelen oyunun adında geçen Rossum insanlığa hizmet etmek üzere robot üreten şirkettir. <http://www.thefreedictionary.com/robot> (Erişim 02.11.2015).

⁴ **RICHARDS**, s.3-4.

⁵ **ASIMOV, Isaac**, “Liar!”, *Astounding Science Fiction*, May 1941 (RICHARDS, s.4, dn.5). Liar isimli hikâye ASIMOV’un daha sonra yayınlanan I, Robot isimli kitabında da yer almıştır. **ASIMOV, Isaac**, I, Robot, Great Britain 1950, s.92 vd.

⁶ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5639ed0033c2a6.99064349 (Erişim 04.11.2015).

⁷ <http://tr.oldict.com/robotbilim/> (Erişim 04.11.2015).

oluşturan sistem akıllı bir bilgisayar yazılımı ile veya uzaktan bir insanın kontrol etmesi sureti ile yönetilebilir⁸. Birleşmiş Milletler'in 2005 Robotbilim Raporu'nda robotun genel bir tanımı verilmiştir. Buna göre robot, kısmen veya tamamen otonom olarak işleyen yeniden programlanabilen bir makinedir. Örneğin, üretim işlemleri için kullanılan endüstriyel robotlar veya insanlara hizmet veren robotlar bu şekildedir⁹.

Uygulamada özellikle sanayide kullanılan örneğin otomobil fabrikalarında otomobil parçalarını birleştiren, ağır parçaları kaldıran ya da başka surette işçilere kolaylık sağlayan makineler bulunmaktadır. Ancak *RICHARDS* bu makineleri fiziksel olarak faaliyet gösterebildikleri halde zihinsel faaliyet gösterememeleri nedeni ile robot tanımına dâhil etmemektedir. Çünkü bu sistemler sürekli aynı hareketi dış dünyada ne olduğuna aldırmadan tekrarlamaktadır. Örneğin kayan üretim bandındaki otomobilin çeşitli noktalarına kaynak yapan bir makine önündeki bantta hiç otomobil olmasa da kaynak yapma faaliyetine devam etmektedir¹⁰. Yukarıdaki robot tanımına uyan hem fiziksel faaliyet gösteren hem de karar alabilen robota örnek olarak yazar iRobot Şirketi'nin ürettiği Roomba marka süpürgeleri göstermektedir. Bu süpürgeler yüzeyi temizlemek için evin içinde dolaşmakta ancak bir engelle karşılaştığında karar verebilmektedir. Süpürge engele çarpmamak için yönünü değiştirebilmektedir. Herhangi bir insanın süpürgeyi kontrol etmesine gerek bulunmamaktadır¹¹. Bunun gibi basit robotların dışında daha karmaşık işler yapan robotlar da bulunmaktadır. Örneğin askeri alanda bombaların etkisiz hale getirilmesinde kullanılan ya da ateş altındayken keşif yapabilen robotlar bulunmaktadır¹². Bu robotlar da savaş alanında düşmanı ayırt edebilmektedir.

⁸ **RICHARDS**, s.5-6; Bot kelimesi ise robot kelimesinin kısaltması olarak kullanılmaktadır. Ancak bot ile internet için kullanılan ve yazılımdan oluşan robotlar ifade edilmektedir. Yani bot fiziksel varlıktan ziyade bir yazılımı ifade etmektedir. **MIDDLEBROOK T. Stephen/MULLER, John**, "Thoughts on Bots: The Emerging Law of Electronic Agents", *The Business Lawyer*, *The Business Lawyer*, Vol.56, November 2000, s.342; Amerika'daki federal kanunların bir derlemesi niteliğindeki *The Code of Laws of the United States of Amerika'nın* 15 numaralı başlığının altında ticaret hukuku kuralları yer almaktadır. Bu başlığın altında 7006 numaralı paragrafta yer alan tanımlarda "*electronic agent*" teriminin tanımı yapılmıştır. Buna göre *electronic agent*, kendi başına bir fiili başlatan veya elektronik kayıtlara veya edimlere cevap vermede kısmen veya tamamen bir insanın gözetimi veya katkısı olmaksızın kullanılan bilgisayar programı veya elektronik ya da başka otomatikleştirilmiş araçlardır. 15 U.S. Code §7006 – Definitions (3) Electronic Agent, madde metninin tamamı için bkz. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/7006> (Erişim 11.11.2015).

⁹ **UN WORLD 2005 ROBOTICS REPORT** (Naklen **PAGALLO, Ugo**, *The Laws of Robots, Law, Governance and Technology Series*, Volume 10, Springer 2013, s.2).

¹⁰ **RICHARDS**, s.6.

¹¹ **RICHARDS**, s.6; <http://www.irobot.com/For-the-Home/Vacuum-Cleaning/Roomba.aspx> (Erişim 04.11.2015).

¹² **GRABIANOWSKI, Ed**, "How Military Robots Work", <http://science.howstuffworks.com/military-robot.htm> (Erişim 09.06.2016).

Yine NASA'nın Mars'a keşif için 2003 yılında gönderdiği robotlar hem dışarıdaki insan operatörlerden emir alabilmekte hem de kendileri engellere çarpmamaya gibi davranışları gösterebilmektedir¹³. Yukarıda örnek olarak verilen robotlar, Roomba marka süpürge hariç onları yöneten kişi dışındaki insanlarla doğrudan herhangi bir etkileşim içinde değildir. Roomba süpürge ise bir insanı cansız bir varlıktan ayırt edememektedir¹⁴.

Doktrinde bir makinenin robot olarak nitelendirilebilmesi için sahip olması gereken özellikler şu şekilde sıralanmaktadır:

- Algılama/hissetme: Robot çevresini algılayabilmelidir, örneğin sesleri, kokuları, ışığı veya dokunmayı/basıncı algılayabilmesi için gerekli sensörler/algılayıcıları taşımalıdır.
- Hareket: Robot bulunduğu ortamda hareket etmelidir. Örneğin tekerlekleri varsa bunları döndürerek, ayakları varsa yürüyerek veya pervanesi varsa bunun çekiş gücü ile hareket etmelidir. Robotun tamamen hareket etmesi söz konusu olabileceği gibi, bir kısmının hareket etmesi de yeterlidir. Örneğin Mars'ta örnek toplayan Sojourner¹⁵, dört tekerlekli ve yüzeyde ilerleyebilen bir robottur. Canadarm¹⁶ ise uzay mekiğine monte edilen bir robot koldur sadece parçaları hareket etmektedir.
- Enerji: Robotun bir güç kaynağının olması gerekmektedir. Robotun güneş enerjisiyle, elektriklerle ya da pille çalışması söz konusu olabilir.
- Zekâ: Robotun zekâyâ sahip olması gerekir. Bu noktada robotun bir programcı tarafından yapılması gereken iş için programlanması gerekmektedir¹⁷.

Görüldüğü üzere robot bir makinedir. Sadece bir yazılımdan ibaret değildir. Dolayısıyla *intelligent agent* denilen ve akıllı yazılım olarak ifade edilebilecek bilgisayar programları tek başına robot değildir. Zira bu programlar bilgi toplayarak veya başka türlü hizmet vermektedir. Program daha önce kendisine verilen parametreler dâhilinde çalışmaktadır. Akıllı yazılımlara kısaca *bot* da denilmektedir¹⁸. Akıllı yazılım uygulamaları İnternet üzerinden bilgi toplayan ve sunan bir yazılım uygulamasıdır. Örneğin müşterilere yardım için oluşturulmuş bir akıllı yazılım müşterilerden gelen telefonlara cevap verebilir. Müşteri bir

¹³ <http://mars.nasa.gov/mer/home/> (Erişim 22.06.2016).

¹⁴ Örnekler ve daha geniş açıklama için bkz. **RICHARDS**, s.7-10.

¹⁵ <http://www.robothalloffame.org/inductees/03inductees/mars.html> (Erişim 15.12.2015).

¹⁶ http://www.ieee.ca/millennium/canadarm/canadarm_technical.html (Erişim 15.12.2015).

¹⁷ **HUMBER, A.B./DESHMUKH, P.A./KADAM, M.S.**, "The Review of Articulated R12 Robot and Its Industrial Applications", International Journal of Research in Engineering & Technology, Vol.2, Issue 2, Feb 2014, s.113-114.

¹⁸ <http://searchcio.techtarget.com/definition/intelligent-agent> (Erişim 21.11.2015).

soru sorduğunda akıllı yazılım veritabanından veya İnternet'ten de araştırarak cevap verebilir. Akıllı yazılımlara bir örnek olarak akıllı web tarayıcısı programı verilebilir. IBM web tarayıcısı İnternet'te ziyaret edilen siteleri izleyerek kullanıcının ziyaret sıklığına ve ihtiyacına göre bu sitelere yer işareti koyabilir, kullanıcının ziyaret ettiği sayfalar güncellendiğinde bu durumu kullanıcıya bildirir, çevrimdışı olduğunda da okunabilmesi için sayfaları bilgisayara indirebilir. Yine kişisel alışveriş asistanları şeklinde de akıllı yazılımlar olabilir. Kişisel alışveriş asistanları kullanıcının ihtiyaçlarına ve tercihlerine göre istediği bir ürünü bulabilir. Bir doğum günü, yıldönümü ya da indirim olduğunda bunu kullanıcıya hatırlatabilir¹⁹.

Bir robotun yapay zekâya sahip olması söz konusu olabilir. Yapay zekânın üzerinde anlaşılması tek bir tanımı olmamakla birlikte, yapay zekâ insanın düşünce sürecinin yeniden inşa edilmesi şeklinde ifade edilmektedir. Yani yapay zekâ insanın düşünsel yeteneklerine sahip bir insan yapımı makinedir²⁰. Yapay zekâ ve akıllı yazılım tek başına robot değildir, sadece programdır²¹. Mevcut açıklamalar ışığında robot kavramı şu şekilde tanımlanabilir: Robot, fiziksel olarak hareket edebilen, otonom veya yarı otonom bir makinedir. Robotun bir çeşit zekâya sahip olması gerekmektedir. Ancak bunun yapay zekâ düzeyinde olması şart değildir. Yani bir robotta yapay zekâ veya akıllı yazılım olabilir ancak bu şart değildir. Buna göre önündeki engeli hissedip duran kendi kendine çalışan bir süpürge robottur. Ancak fabrikada önüne ne gelirse gelsin perçin atan bir kol robot değildir. Çünkü önündeki bant boş mu, önünde insan mı araç mı var fark etmemektedir. Bir masaüstü bilgisayar, bir fotokopi makinesi, bir akıllı telefon içinde pek çok program olabilmesine rağmen fiziksel olarak hareket edemeyen makineler olduğundan robot değildir.

¹⁹ **TRAN, Hanh/TRAN, Thoavy**, "Intelligent Agent", http://groups.engin.umd.umich.edu/CIS/course.des/cis479/projects/agent/Intelligent_agent.html (Erişim 14.12.2015); **BAYAMLIOĞLU**, akıllı yazılımlara tüzel kişi statüsünün tanınması gerektiğini ifade etmiştir. Otonom faaliyet gösterebilen sistemleri sadece bir eşya olarak kabul etmenin ve sahiplerinin sorumluluk doğuran eylemlerinin ortaya çıkmasını beklemenin sonradan tazmini güç problemleri ortaya çıkarabileceğini de yazar belirtmektedir. **BAYAMLIOĞLU, Emre**, "Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme", Uğur Alacakaptan'a Armağan, Derleyen Mehmet Murat İncooğlu, 1.B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s.139.

²⁰ <http://searchcio.techtarget.com/definition/AI> (Erişim 17.12.2015); <https://www.techopedia.com/definition/190/artificial-intelligence-ai> (Erişim 17.12.2015).

²¹ IBM tarafından geliştirilen Ross isimli yapay zekâ avukatlara yardımcı olması için hazırlanmış bir yazılımdır. Robot değildir. http://www.ntv.com.tr/teknoloji/ilk-robot-avukat-goreve-basliyor,0cvqy_XBnUesBjsVu1izQQ, Yayınlanma tarihi 16.05.2016, (Erişim 22.06.2016).

II. ROBOTLAR ve GENEL OLARAK SEBEP OLABİLECEKLERİ SORUNLAR

A. Genel Olarak

Robotların gerek birbirleriyle gerekse insanlarla etkileşimlerinden hukuki sorunlar doğabilir. Örneğin insansız hava araçlarının (*drone*) havada çarpışması ve bundan zarar doğması ya da bir ev robotunun komşunun robotuna ya da çocuğuna zarar vermesi durumunda zararın tazmini ve sorumluluk ile ilgili sorunlar çıkacaktır. Yine otonom ve öldürücü etkiye sahip silahlar taşıyan robotların kullanımı, savaş hukuku ve ceza hukukunu ilgilendiren sorunlar doğurabilir. Da Vinci gibi robot cerrahların fiillerinden ise sözleşmeden doğan sorumluluk ve objektif sorumluluk ile ilgili sorunlar çıkabilir²². Bundan başka robot işçilerin fiillerinden doğan sorumluluk ve bu fiiller neticesinde ortaya çıkan zararın tazmin edilmesine ilişkin sorunlar doğabilir²³.

Robotların birden fazla amaç için üretilmeye başlanmaları ile önceden hangi amaçla kullanılacaklarının bilinmesi zorlaşacaktır. Bu da yasal düzenlemelerin yapılması ve tüketicilerin korunması ile ilgili sorunları beraberinde getirecektir. Yine robotların insanların günlük hayatında daha fazla yer alması, ev kullanıcılarının artması ile birlikte kullanımlarına ilişkin daha detaylı bilginin ve açıklamanın kullanıcılara verilmesi gerekecektir. Zira ev kullanıcıları, teknik kişiler kadar dikkatli ve bilgili olamayacaklardır. Robotların giderek daha fazla otonom(özerk-*autonomous*) hale gelmeleri nedeni ile herhangi bir sorun oluştuğunda sorumluluğun kime ait olduğunun tespiti zorlaşacaktır. Burada üreticinin mi, yazılımcının mı, yanlış talimat verdiği için kullanıcının mı veya hepsinin birden mi sorumluluğu söz konusu olacaktır sorusu gündeme gelecektir²⁴.

A. Mahremiyet/Gizlilik ve Güvenlik İle İlgili Sorunlar

Robotların kullanımı ile ilgili doğabilecek hukuki sorunların başında mahremiyet/gizlilik ve güvenlik ile ilgili sorunlar sayılabilir. Robotlar çevrelerindeki durumu duyargaları/sensörleri ile algılayabilir, işleyebilir ve kaydedebilir. Robotlar, insanların giremeyecekleri yerlere girebilir ve insanların göremediklerini görebilir. Robotlar insanlar tarafından gözetleme için kullanılabilir²⁵. Robotlar özellikle güvenlik, seyahat ve pazarlama alanlarında

²² PAGALLO, s.XII.

²³ Örneğin Almanya'da bir otomobil fabrikasında bir robot bir işçiyi kavrayıp metal plakaya çarpmak suretiyle ölümüne sebebiyet vermiştir. <http://www.theguardian.com/world/2015/jul/02/robot-kills-worker-at-volkswagen-plant-in-germany> (Erişim 26.05.2016).

²⁴ RICHARDS, s.13.

²⁵ CALO, M. Ryan, "Robots and Privacy", Robot Ethics, The Ethical and Social Implications of Robotics, Editors Patrick Lin, George Bekey, Keith Abney, MIT Press 2012, s.1, file:///D:/ROBOTICS/04_CALO-Robot%20and%20Privacy.pdf (Erişim 03.06.2016).

gözetleme için kullanılmaktadır. Robotlar korunan alanlara girebilir. Evde kullanılan bir robot o evde yaşayan kişiler hakkında dışarıya bilgi aktaracak şekilde programlanabilir. Robotların bilgisayar korsanları(*hacker*)²⁶ tarafından saldırılara uğraması söz konusu olabilir. Evde kullanılan bir robotun bilgisayar korsanları tarafından saldırıya uğraması halinde, bilgisayar korsanlarının ulaştığı sadece klasörler ve belgeler değil doğrudan evin içindeki kişiler ve evdeki nesnelere²⁷. Yine sürücüsüz otomobillerin uzaktan bilgisayar korsanları tarafından kontrolünün ele geçirilmesi ve otomobillere kaza yaptırılması mümkündür. Bu otomobillerin sürücünün gittiği rotayı, nerede ne kadar zaman durduğunu, sürücünün trafikteki davranış alışkanlıklarını kaydetmesi ve nesnelere İnterneti teknolojisiyle bulut veya başka bir yere aktarması mümkündür. Bütün bunlar hem mahremiyetin korunması hem de güvenlik ile ilgili sorunlar doğurabilecektir²⁸.

Robotların askeri alanda gözetleme için kullanılması mümkündür. Örneğin devasa büyüklükteki insansız hava araçları (*drone*) fark edilmeden günlerce havada kalarak üzerinde bulunduğu çok geniş alandaki faaliyetlerle ilgili bilgileri aktarabilir. Daha küçük olan insansız hava araçları geniş alanlarda dolaşarak herhangi bir hareket tespit etmesi durumunda üsse haber verebilir²⁹.

B. Etik Sorunlar

Robotların tamamen otonom hale getirilmesi ve robotlara bağımsız olarak insanları öldürme kabiliyeti kazandırılması, robotların davranışlarının nasıl yönetileceği ve robotlara ne kadar serbesti verilebileceği sorunlarını doğurmaktadır ki buna robot etiği denilmektedir. Bu konu hâlihazırda robotların ev kullanımının giderek yaygınlaşması ve insan görünümündeki robotların artması nedeniyle de gündemdedir³⁰.

1942 yılında bilim kurgu yazarı *Isaac ASIMOV*, Runaround isimli hikâyesinde Robotbilim ile ilgili bir hukuk kuralı niteliğinde olmamakla birlikte temel prensip sayılabilecek üç kural ileri sürmüştür. Buna göre birinci kural bir robotun bir

²⁶ *Hacker* ya da bilgisayar korsanı, bir bilgisayar sistemine bilgi edinmek, bilgileri çalmak, bilgilere zarar vermek gibi amaçlarla yetkisiz olarak giren kişidir. <http://www.merriam-webster.com/dictionary/hacker> (Erişim 17.02.2016); <http://www.webopedia.com/TERM/H/hacker.html> (Erişim 17.02.2016).

²⁷ **CALO**, s.2.

²⁸ **PEPPETT, Scott**, "Regulating the Internet of Things: First Steps Toward Managing Discrimination, Privacy, Security and Consent", *Texas Law Review*, Vol.93, s.85 vd.; **BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru**, "Nesnelerin İnternetinin Hukuki Yönden İncelenmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2015, C.17, S.2, s.122.

²⁹ **CALO**, s.3.

³⁰ **SAWYER, Robert J.**, "Robot Ethics", *Science*, Vol.318, www.sciencemag.org, Yayınlanma tarihi 16.11.2007 (Erişim 11.11.2015).

insana zarar veremeyeceği ya da hareketsiz kalmak suretiyle de bir insanın zarar görmesine mahal veremeyeceğidir. İkinci kural uyarınca bir robot insanlar tarafından verilen emirlere, bu emirler birinci kurala ters düşmediği sürece, itaat etmek zorundadır. Üçüncü kural ise bir robotun birinci ve ikinci kurala ters düşmediği sürece kendi varlığını korumak zorunda olduğuna ilişkindir³¹. *ASIMOV*, 1985 yılında yayınladığı *Robotlar ve İmparatorluk (Robots and Empire)* isimli kitabında ise sıfır numaralı kuralı eklemiştir. Buna göre bir robot insanlığa zarar veremez ve hareketsiz kalmak suretiyle de insanlığın zarar görmesine izin veremez³².

1947 yılında *Jack WILLIAMSON* daha basit ilkeler öne sürmüştür. Buna göre robotlar hizmet ve itaat edecek ve insanları zarar görmekten koruyacaktır³³.

Robotlar her ne kadar nasıl programlandılarsa öyle davranacaklarsa da uygulamada her zaman istenilen sonuçların ortaya çıkması söz konusu olmayabilir. Bu nedenle yapılacak hukuki düzenlemelerde bu durumun dikkate alınması gerekmektedir. Örneğin Güney Kore Ticaret Bakanlığı bünyesinde bir Robot Etiği Bildirgesi (*South Korean Robot Ethics Charter*) çıkarılarak robotların fonksiyonlarına ilişkin etik prensipler belirlenmiştir³⁴. Avrupa Robotbilim Araştırma Ağı (*the European Robotics Research Network*) robot etiği konusunda izlenecek prensipleri şu şekilde belirtmektedir: insan haysiyeti ve insan hakları, eşitlik ve hakkaniyet, yarar ve zarar, kültürel farklılıklara saygı ve çoğulculuk, ayrımcılığın yapılmaması, otonomi ve bireysel sorumluluk, aydınlatılmış onam, mahremiyet/gizlilik, yardımlaşma ve dayanışma, sosyal sorumluluk, faydaların paylaşılması, doğaya karşı sorumluluktur³⁵.

Robotların askeri amaçlar için ve insanlara zarar verecek şekilde kullanılması nedeni ile Amerika Birleşik Devletleri de robot etiği hususunda harekete geçmiştir. Robotların sorumluluğu ve hakları konusu ilk defa Amerika Birleşik Devletleri'nde tartışılmaya başlanmıştır. İlk defa 1979 yılında Michigan'da görülen bir davada jüri, bir robot tarafından öldürülen kişinin ailesine 10 milyon Amerikan Doları ödenmesi yönünde görüş belirtmiştir³⁶.

Mevcut hukuki düzenlemeler insanı özne olarak kabul etmektedir. Ancak, robotlarda yapay zekânın kullanılması ve böylelikle robotun öğrenebilir hale gelmesi mümkün olduğundan robotun bilinçli olarak yaptığı hareketlerden sorumlu olması dolayısıyla hukuk nazarında bir özne kabul edilmesi sonucuna doğru gidebilecek etik tartışmalar gelecekte artacaktır. Bu itibarla son dönemde

³¹ **ASIMOV.**

³² **PAGALLO**, s.23.

³³ **WILLIAMSON, Jack**, *With Folded Hands*, Fantasy Press, 1947.

³⁴ **SOUTH KOREAN ROBOT ETHICS CHARTER 2012**, <https://akikok012um1.wordpress.com/south-korean-robot-ethics-charter-2012/> (Erişim 11.11.2015).

³⁵ **EURON**, *Robotethics Map*, January 2007, s.10-11, http://www.roboethics.org/index_file/Roboethics%20Roadmap%20Rel.1.2.pdf (Erişim 14.11.2015).

³⁶ **SAWYER.**

ahlaki değerleri olan makineler üretme gayreti dikkate değerdir³⁷. Özellikle savaş alanında kullanılan robotlara doğru ve yanlış kavramları öğretilmeye çalışılmaktadır³⁸. Doktrinde ileride gelişmiş otonom robotların sözleşmeler hukuku açısından sorumluluğu söz konusu olabilirse de ceza hukuku açısından mahkemede hâkim önüne çıkarılması ve suçlu bulunmalarının mümkün olmayacağı belirtilmektedir³⁹.

Robotların tamamen otonom olabilmesi, yapay zekâlı robotların öğrenebilmesi nedeniyle robotların haklara sahip olup olmayacakları hem hukuki hem etik olarak tartışmalıdır. Mevcut anayasalardaki temel hakların insanlar için hazırlanmış olması karşısında robotların hak sahibi olmalarının mümkün olmadığı savunulabilir. Ancak tamamen otonom, öğrenebilen, insana özgü duygusal, ahlaki özelliklerin de programlarla eklendiği yapay zekâlı ve hatta birebir insan görünümlü robotlar üretildiğinde bu kadar kesin olarak robot hakları söz konusu olamaz denemeyecektir⁴⁰. Doktrinde *CALO* robotların ve yapay zekâ sistemlerinin insan ile eşya arasında yeni bir hukuk öznisi kategorisi oluşturabileceğini belirtmektedir⁴¹. Nitekim *cyborg* (*cybernetic* ve *organism* terimlerinin birleşimidir) denilen insan ve robot karışımı sibernetik organizmalar⁴² da insan ile eşya arasında yeni bir hukuk öznisi kategorisi oluşturmaya adaydır. Cyborg ya da telaffuzuyla ifade etmek gerekirse sayborg vücut fonksiyonları teknolojik aygıtlarla desteklenmiş veya kontrol edilen insanları ifade eder. Örneğin robotik bir kola sahip insan, tamamen yapay bir kalp ile yaşayan insan, beyninin dışarıdaki bir aygıt ile iletişim kurmasını sağlayan implantların kullanıldığı insan sayborga örnek oluşturur⁴³. Dolayısıyla hukuken insan, eşya ve robota ek kategoriler de oluşturulması gerekebilecek, belki de bunlardan bir tanesini sayborglar teşkil edecektir.

³⁷ **McDONALD, Coby**, "The Good, The Bad and The Robot: Experts are Trying to Make Machines be Moral", *California Magazine/Just In*, <http://alumni.berkeley.edu/california-magazine/just-in/2015-06-08/good-bad-and-robot-experts-are-trying-to-make-machines-be-moral> (Erişim 22.11.2015).

³⁸ **PAGALLO**, s.26.

³⁹ **PAGALLO**, s.19.

⁴⁰ **UK OFFICE OF SCIENCE and INNOVATIONS HORIZON SCANNING CENTRE OPINION 2006**, (Naklen **RAYA, Jones**, *Personhood and Social Robotics*, Routledge, New York 2016).

⁴¹ **CALO**, s.57.

⁴² <http://whatis.techtarget.com/definition/cyborg> (Erişim 08.08.2016).

⁴³ <http://www.innovateus.net/science/what-cyborg> (Erişim 08.08.2016); Yapay zekânın insanda da kullanılması yönünde çalışmalar vardır. Bir insanın beynindeki bilgilerin ve anıların kaydedilip depolanmasının yani insan hafızasının yedeklenmesinin ileride mümkün olabileceği ifade edilmektedir. **O'CALLAGHAN, Jonathan**, "Company Plans to Resurrect Humans With Artificial Intelligence By 2045", <http://www.iflscience.com/brain/company-plans-resurrect-humans-artificial-intelligence-2045-0/> Yayınlanma tarihi 25.11.2015 (Erişim 08.08.2016); İnsan dışında yaşayan herhangi bir organizma da sayborg olabilir. Örneğin hayvanların da vücut fonksiyonları teknolojik aygıtlarla yerine getirilebilir. <http://www.differencebetween.net/technology/difference-between-cyborg-and-robot/> (Erişim 11.08.2016).

Bir insanın bir robota sahip olması yani bir makine üzerindeki anayasa tarafından da korunan mülkiyet hakkı olması o insana robot üzerinde istediği gibi davranabilmesi yetkisini vermekte midir sorusunun cevabı çok net değildir. Buna göre bir insan sahip olduğu robota kötü davranabilir mi, mülkiyet hakkı bu konuda robotun sahibine sınırsız bir yetki vermiş sayılabilir mi, hatta bir robota kötü davranılması karşısında diğer insanlar örneğin çocuklar bundan nasıl etkilenir, böyle bir davranış etik midir soruları da gündemdedir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan Boston Dynamics Şirketi'nin ürettiği Atlas isimli insansı/insan görünümlü (*humanoid*) robotun testleri sırasında görevli tarafından sopa ile itilerek yere düşürülmesi, robot yerden kendisi kalktıktan sonra tekrar itilerek yere düşürülmesi ve bu durumun birkaç kez tekrar etmesi ve bu görüntülerin İnternet'te yayınlanmasından sonra kamuoyunda bir insana kötü muamele uygulanması ile bir robota uygulanmasının izlenmesi durumunda bunun insanlarda aynı etkiyi oluşturduğu, aynı stres seviyesinin görüldüğü yönünde görüşler belirtilmiştir⁴⁴. Nitekim doktrinde *DARLING*, insan görünümlü robotlara kötü davranan insanların tıpkı diğer insanlara veya hayvanlara kötü davranan insanlar gibi algılanmalarının mümkün olduğunu belirtmektedir⁴⁵.

Aslında sadece insansı/insan görünümlü robotların değil yapay zekâ sistemlerine yönelik olarak da insanların duygusal olarak tepkiler göstermeleri söz konusu olabilmektedir. İnsanların robotları canlı gibi değerlendirmelerinde hareket etmeleri etkili olabilir. Ancak yapay zekâ sistemlerinin adeta canlı gibi algılanmalarının nedeni konuşmalarıdır⁴⁶. Dolayısıyla antropomorfizm yani insan niteliklerinin başka bir varlığa aktarılması⁴⁷ söz konusu olduğunda insanlar konuşma özelliğini hareket etme kabiliyetinden daha fazla insanlık ile birleştirmektedir⁴⁸.

⁴⁴ **CHOW, Denise**, "Boston Dynamics' New Atlas Robot Can't Be Pushed Around", Yayınlanma tarihi 24 Şubat 2016, <http://www.livescience.com/53825-atlas-robot-video-boston-dynamics.html> (Erişim 26.05.2016).

⁴⁵ **DARLING, Kate**, "Extending Legal Rights to Social Robots", We Robot Conference, University of Miami, April 2012, s.11 vd., http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2044797 (Erişim 02.06.2016).

⁴⁶ 2013 tarihli bir sinema filmi Her, yapay zekâ işletim sistemine duygusal olarak bağlanan bir insan ile ilgilidir. Burada konuşabilme özelliğine sahip bir yazılım bulunmaktadır. Ancak filmdeki sadece yazılımdır, bir robot değildir. Annapurna Pictures, Aralık 2013, <http://www.annapurnapics.com/main/#films> (Erişim 01.06.2016).

⁴⁷ Andropomorfizm, felsefede insan biçimcilik anlamına gelmektedir. www.tdk.gov.tr (Erişim 01.06.2016).

⁴⁸ **HEATH**, Antik Yunan'da insanlarla hayvanları ayıran en önemli farkın konuşma kabiliyeti olduğunu belirtmektedir. **HEATH, John**, *The Talking Greeks: Speech, Animals and the Other in Homer, Aeschylus, and Plato* 1, 2005 (Naklen **BALKIN, Jack B.**, "The Path of Robotics Law", *California Law Review*, The Circuit, 6-2015, s.56).

Robotların fiziksel zarar verme kapasitesinin bulunması haksız fiil hukuku ve ceza hukuku bakımından sorumluluğun tespit edilmesini ilgilendirmekteyse de burada hukuki sorumlulukla ilgili problemler dışında sosyal ilişkiler bakımından da sonuçlar doğabilecektir. Bir robot ne kadar çok insan görünümündeyse/ insana benzerse, insanlar robotun sahibinden ziyade robotu suçlamaya meyilli olacaklardır. Ayrıca bir gözetim sisteminde robotların yer alması insanlarda izlendikleri şeklindeki hislerini daha da artıracaktır. İnsanlar insan görünümlü robotlarının bütünlüğünün korunması için herhangi bir alete gösterdiklerinden daha fazla çaba göstereceklerdir. Ayrıca insanlar insan görünümlü robotlarını yitirmeleri durumunda duygusal olarak daha fazla etkileneceklerdir⁴⁹.

Robotların otonomluğunun artması ile birlikte tartışılan konulardan bir tanesi de robotların kendi kendilerini tamir etmeye haklarının olup olmayacağı ile ilgilidir. Örneğin üç boyutlu yazıcı teknolojisi ile pek çok nesne üretilebilmektedir. Bir üç boyutlu yazıcı kendi parçalarını basabilir yani yazıcı kendi kendini üretebilir⁵⁰. Tıpkı bu teknolojideki gibi robotlar da kendilerini tamir edebilmeli midir veya robotlar yine kendileri gibi robotlar üretebilmeli midir sorusu gündeme getirilebilir. Pratik açıdan bakılırsa zaten hâlihazırda ameliyat yapan, otomobil üreten robotlar vardır. Bunların gelişen teknolojiyle kendilerini tamir etme veya kendileri gibi robotlar üretmeye doğru gidebilecekleri öngörülebilir⁵¹. Burada etik açıdan tartışılması gereken sorun robotun kendini tamir etmesi ya da robotun kendi kendini üretmesi ya da klonlamasının insanın aleyhine olup olmayacağı ile ilgilidir. Dolayısıyla üretimde, algoritmaların bu temel ilke gözönüne alınarak hazırlanması gerekmektedir.

Hukuki yönü de olmakla birlikte etik açıdan tartışılan başka bir konu robotların insanlarla evlenmesine izin verilip verilmeyeceği ile ilgilidir⁵². Futurama isimli gelecekte geçen bir dizinin hazırlayıcılarından olan aynı zaman da hukukçu da olan *VERON*, dizide robotların insanlarla evlenme hakkının olmadığını zira insanların belli bir yaşam süresi olduğunu belirtmiştir⁵³.

⁴⁹ **CALO, Ryan**, “Robotics and the Lessons of Cyberlaw”, California Law Review, Volume 103, 2015, s.547-548.

⁵⁰ **BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru**, “Üç Boyutlu Yazıcıların Fikri Mülkiyet Hukukuna Etkileri”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2014, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.107.

⁵¹ **CHOI, Charles Q.**, “Damaged Robot Can Heal Itself in Less Than 2 Minutes”, Yayınlanma tarihi 27 Mayıs 2015, <http://www.livescience.com/50988-damaged-robot-heals-itself.html> (Erişim 26.05.2016).

⁵² **GRAY, Richard**, “Would you marry a robot? Artificial Intelligence Will Allow People to Find Lasting Love With Machines, Expert Claims”, Yayınlanma tarihi 12.02.2016, <http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-3366228/Would-MARRY-robot-Artificial-intelligence-allow-people-lasting-love-machines-expert-claims.html> (Erişim 26.05.2016).

⁵³ **VERRONE, Patrick**, “Bender’s Law with Patrick Verrone”, Stanford Law School, We Robot 2013, Yayınlanma tarihi 29.04.2013, <https://www.youtube.com/watch?v=nAF1zrk9bc> (Erişim 26.05.2016).

Hâlihazırdaki kanuni düzenlemelere bakıldığında böyle bir durum hukuken mümkün değildir. Bununla birlikte robot üretim teknolojisindeki ve yapay zekâ alanındaki gelişmeler ve insan ömrünün süresinin tıbbi teknolojilerin gelişmesiyle uzaması gelecekte bu konu ile ilgili tartışmaları gündeme getirebilir⁵⁴.

C. Robotların Fiillerinden Sorumluluk İle İlgili Sorunlar

Bir robotun fiili neticesinde ortaya ceza ve borçlar hukukunu ilgilendiren sonuçlar çıkabilir. Burada sorumluluğun hukuken kime ait olacağına tespit edilmesi gerekmektedir. Robotların tehlikeli hayvan olarak veya robotların kullanımı tehlikeli faaliyet olarak kabul edilirse kusursuz sorumluluğa ilişkin kurallar uygulama alanı bulacaktır. Sözleşmeler bakımından ise akıllı yazılım (*intelligent agent*) programları sayesinde kurulan sözleşmelerde objektif sorumluluk kuralları uygulanmakta ve bu makinelerin davranışlarından adına hareket ettikleri kişiler sorumlu tutulmaktadır. Haksız fiiller bakımından robotlar söz konusu olduğunda objektif sorumluluk, hayvanların, çocukların veya çalışanların davranışlarından kusursuz olarak sorumlu olmaya ilişkin kurallara benzetilerek uygulama alanı bulmaktadır. Bununla birlikte robotbiliminin gelişmesi ve daha da karmaşık hale gelmesiyle sadece robotlara özgü hukuki düzenlemelerde artış görülecektir⁵⁵. Nitekim yapay zekâsı sayesinde karar verebilen robotların fiillerinden sorumluluk konusunda düzenlemelere ihtiyaç olabilecektir. Örneğin yapay zekâyâ sahip bir robot çocuk bakıcısının, bir robot oyuncuğun, bir robot şoförün, bir robot işçinin verdiği zararın söz konusu olduğu durumlar sayılabilir. Doktrinde *POSNER* mevcut çocukların, hayvanların ve çalışanların fiillerinden kusursuz sorumluluğa ilişkin düzenlemelere yeni kusursuz sorumluluk hallerinin eklenmesi gerektiğini belirtmektedir⁵⁶.

Bir robotun başka bir kişiye ait robota zarar vermesi durumunda ya da bir robotun bir insana zarar vermesi durumunda bundan robotun sahibi kusursuz olarak sorumlu tutulabilir. Ancak burada robotun sahibinin kurtuluş kanıtı getirebilmesi mümkün olmalıdır. Robotun sahibi zararın doğmaması için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulabilir. Örneğin bir robotun düzenli olarak teknik ve fiziksel bakımının yapılması, virüs programlarının güncellenmesi, robotun İnternet'e bağlı olarak kullanılması durumunda zararlı yazılımların robota yüklenmemesi, robotun kaydettiği bilgilerin İnternet

⁵⁴ **GAUDIN, Sharon**, "Researcher: Humans will love, marry robots by 2050", Computerworld, Yayınlanma tarihi 31.10.2007, <http://www.computerworld.com/article/2539809/computer-hardware/researcher--humans-will-love--marry-robots-by-2050.html> (Erişim 24.06.2016).

⁵⁵ **PAGALLO**, s.XIV.

⁵⁶ **PAGALLO**, s.16.

üzerinden alınmaması için gerekli önlemlerin alındığının ispat edilmesi gerekir. Bu anlamda robot sahibinin gerekli özeni göstermesi gerekir. Bir kişinin gerekli her türlü tedbiri aldığı nasıl tespit edileceği konusunda ise standartlardan yararlanılabilir. Bu anlamda robot üretiminde uyulması gereken standartlar oluşturulması ve kanuni düzenlemelerle standartların desteklenmesi, ayrıca tüketicilerin bilinçlendirilmesi sağlanırsa, alınan tedbirlerin yeterli olup olmadığının ve tazminatların miktarının tespitinde mahkemelere kolaylık sağlanabilir. Burada ayrıca İnternet'teki büyük ölçekli sistem sorunlarının ve genel virüs saldırılarının mücbir sebep sayılması ile ilgili konular da gündeme gelebilir⁵⁷.

Herhangi bir işin yapılmasında robot kullanımında sorumsuzluk anlaşmalarının yapılmasının (muafiyete ilişkin hükümler) mümkün olup olmadığı da tartışmalıdır⁵⁸. Örneğin robot kullanılarak yapılan bir ameliyatta robot hatasından hekimin veya hastanenin sorumlu olmayacağına ilişkin hükümler geçerli olacak mıdır ya da çocuk bakımı için evde kullanılacak bir robotu kiraya veren işletme sahibinin sözleşmeye koyacağı sorumsuzluk kaydı geçerli olacak mıdır? Burada sorumsuzluk anlaşması yapılabileceği düşünülebilirse de, yapay zekâ teknolojisindeki gelişmeler ve robotlardaki otonomluğun artması nedeniyle ileride mevcut kanuni düzenlemeler yeterli olmayabilecektir. Örneğin, 2005 yılında bir ameliyat sırasında hata uyarısı vermesi üzerine doktorlar robot kolu (da Vinci ameliyat robotu) düzeltmek istemişlerdir. Ancak robotun buna imkân vermemesi üzerine doktorlarca aradan 45 dakika geçtikten sonra robot tamamen kapatılır. Hasta ameliyat sonrasında ağrıları devam ettiğinden hem hastaneye hem de robot üreticisine dava açar⁵⁹. Burada hem doktorların, hem hastanenin, hem robot üreticisinin, hem de yazılımcının sorumluluğu söz konusu olabilir. Doktorların robotun kullanımında gerekli tüm hususlara dikkate etmiş olmaları durumunda hastanenin işletme sahibi olarak sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Örneğin ameliyat sırasında robotun işleminin kesintiye uğraması elektrik kesintisi nedeniyle olmuşsa hastanenin kesintisiz güç kaynağına sahip olmaması nedeniyle ya da robotun düzenli olarak bakımının yapılmamış olması nedeniyle sorumluluğu olacaktır. Yine üreticinin eğer robottaki sorun bir üretim hatasından kaynaklanıyorsa sorumluluğu olacaktır. Aynı şekilde eğer sorun robottaki yazılım ile ilgiliyse burada yazılımı hazırlayanın da sorumluluğu gündeme gelecektir.

Objektif sorumluluk tehlikeli olabilecek tüm robotik uygulamaların tasarımında, üretiminde ve kullanımında söz konusu olabilir. Tehlikelilik

⁵⁷ BAYAMLIOĞLU, s.135.

⁵⁸ PAGALLO, s.33.

⁵⁹ PAGALLO, s.34-35.

makinelerin de tıpkı haksız fiil hukukunda orta zekâlı bir insanın öngörülebilir zararı önlemesi gibi davranmasını gerektirmektedir. Objektif sorumlulukta kurtuluş kanıtı getirilmek suretiyle sorumluluktan kurtulmak mümkündür. Nasıl ki çocukların davranışlarından ev başkanının kusursuz sorumluluğunun olduğu durumlarda ev başkanının zararın meydana gelmemesi için her türlü özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmesi mümkündür, potansiyel olarak tehlikeli ürünler üretenler de bunlarla ilgili açık kanuni düzenlemelere uyduklarını ve detaylı resmi hukuki yol gösterici evrakı hazırladıklarını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir⁶⁰.

Objektif sorumluluğa ilişkin kuralların savaş hukuku alanında da uygulama alanı bulması söz konusu olabilir. Buna göre eğer robotlar kendilerine verilen parametrelerin dışında çalışırlarsa bundan üreticiler sorumlu olacaktır. Robotların orantısız güç kullanmaları durumunda ise savaş hukuku uyarınca bundan robotları yöneten komutanlar veya siyasi otoriteler sorumlu olacaktır. 2010 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda *Philip ALSTON*'un da belirttiği üzere bir drone tarafından ateşlenmiş bir füzenin, bir asker tarafından ateşlenmiş silahtan veya başka bir silahtan farklı yoktur. Hangi silah olursa olsun bunların kullanımının savaş hukukuna uygun olması gerekir. Savaş alanlarında robotların giderek daha yaygın olarak kullanılması karşısında askeri idareciler ve siyasi otoritelerin bu makinelerin kararlarından/fiillerinden sorumluluğu söz konusu olmaya devam edecektir⁶¹.

Robotların İnternet üzerinden birbirleriyle haberleşmeleri ya da bulut teknolojisi sayesinde buluttan robotlara ve robotlardan buluta bilgi aktarımı mümkündür. Robotların sürekli olarak İnternet'e bağlanacak olması ve değişik kaynaklardan sürekli bilgi ve yeni programlar alacak olması ile devasa bir interaktif robot ağı oluşturabilir. Örneğin sürücüsüz otomobiller bu ağda sürekli olarak birbirlerine yerel yol durumu hakkında bilgi aktarabilir. İşletim sistemine ilişkin düzenli güncellemeler otomobilin sahibinin haberi olmaksızın her bir araca indirilebilir⁶². Burada robotların buluta bağlanması da söz konusu olabilir. Bu durumda robotlar sürekli olarak diğer robotlar ve yapay zekâ sistemleri ile iletişim ile güncelleneceklerdir. Merkezi veya merkezi olmayan kaynaklardan sürekli bilgi akışı gerçekleşecektir. Bu durum elbette güvenlik problemlerinin yanında kaza durumunda sorumluluğun paylaşılmasını daha karmaşık hale getirecektir. Burada sorun robotların ya da yapay zekâ sistemlerinin önceden öngörülemeyen davranışlarıyla ilgilidir⁶³.

⁶⁰ **PAGALLO**, s.34.

⁶¹ **PAGALLO**, s.59.

⁶² **BOEGLIN, Jack**, "The Costs of Self Driving Cars: Reconciling Freedom and Privacy with Tort, Issue Liability in Autonomous Vehicle Regulation", *Yale Journal of Law and Technology*, Volume 17, Issue1, 2015, s.190.

⁶³ **BALKIN**, s.54.

Öngörülemezlik durumu algoritmaların karmaşıklığıyla da ilgilidir⁶⁴. Ancak öngörülemezliğin tek nedeni bu değildir. Bunun dışında, inovasyon, dijital sistemlerin gelişimi, verilerin kolaylıkla akışı kendi kendine öğrenen ve interaktif olan sistemlerin önceden neler getireceğinin tahmin edilmesinin zor olmasıdır. Bu itibarla robotlar nedeniyle ortaya çıkan zarardan sorumluluk konusunda pratikte uygulanabilir kurallara ihtiyaç olacaktır⁶⁵.

Bir robotu başkasına zarar vermek üzere programlayan kişi kusurludur. Ancak bazen açık bir zarar verme niyetinin olmaması veya zararın oluşacağına ilişkin bilgi olmaması söz konusu olabilir. Bu durumda ihmal gündeme gelebilir. Burada her yeni teknolojide zararın oluşmasının öngörülebilir olup olmadığı düşünülebilir ya da kusursuz sorumluluk gündeme gelebilir. Ancak doktrinde böyle bir yaklaşımın gelişen bir alanda yenilikleri bastıracağı ve ceza hukuku bakımından uygun bir çözüm olmayacağı ifade edilmektedir⁶⁶.

Robotlarda kullanılan yazılımlarda pek çok kişinin çalışması ve katkısı söz konusu olabilir⁶⁷. Robotların yazılımlarında yanlışlıklar olması ve bunun sonucunda öngörülemeyen sonuçların ortaya çıkması mümkündür. Birçok kişinin birlikte geliştirdiği yazılımlardaki hataların tespit edilmesi zordur. Yapay zekâ programlarının kendi kodlarını değiştirmeyi öğrenmeleri de mümkün olduğundan sorumluluğun kimde olduğunun tespit edilmesi daha da zorlaşmaktadır⁶⁸.

Robotların suç işlemek amacı ile kullanılması mümkündür. Robotlar bireyin suç işlemesi için bir araç olabilir⁶⁹. Ortaya çıkan suç nedeniyle duruma göre programcılar, üreticiler veya robot kullanıcılarının sorumluluğu söz konusu olabilir⁷⁰. Ayrıca suç işlemek için üretilmemiş bir robotun üretimindeki veya kullanımındaki ihmal nedeniyle bir suç ortaya çıkabilir⁷¹.

⁶⁴ **CALO**, *Robotics and the Lessons of Cyberlaw*, s.533.

⁶⁵ **BALKIN**, s.55.

⁶⁶ **BALKIN**, s.52.

⁶⁷ **ZITTRAIN, Jonathan L.**, *The Future of the Internet and How to Stop It*, Yale University Press, New Haven&London 2008, s.67, <https://dash.harvard.edu/handle/1/4455262> (Erişim 28.05.2016).

⁶⁸ **BALKIN**, s.53.

⁶⁹ **HALLEVY, Gabriel**, *When Robots Kill: Artificial Intelligence Under Criminal Law*, University Press of New England 2013 (Naklen, **MATTHEWS, Dylan**, "How to Punish Robots When They Inevitably Turn Against Us", Interview with Gabriel Hallevy, Yayınlanma tarihi 5 Mart 2013, <https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2013/03/05/how-to-punish-robots-when-they-inevitably-turn-against-us/> (Erişim 12.07.2016)).

⁷⁰ **PAGALLO**, s.69.

⁷¹ **PAGALLO**, s.53-54.

D. Fikri Mülkiyet Hukuku İle İlgili Sorunlar

Bir robotun donanımı buluş niteliğindeyse patent ile korunabilirken, robota yüklenen yazılımların da telif hakları ile korunması söz konusu olabilir. Bunun dışında otonomluk derecesine göre bir robotun kendisinin buluş yapması, tasarım yapması ya da bir yazılım üretmesi söz konusu olabilir. Dolayısıyla burada hak sahibinin kim olacağına belirlenmesi ile ilgili sorunlar yaşanabilir. Robotun bir buluş ya da bir eser ortaya çıkarması durumunda mevcut kanunlar ışığında robotun bu sonuçlar bakımından hak sahibi olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir. Avrupa Adalet Divanı'nın bu husustaki bir kararında robotun telif hakkı sahibi olamayacağı zira bunun için fikri bir yaratım olması gerektiği dolayısıyla bir insanın fikri üretiminin olması gerektiği ifade edilmiştir⁷². Bu kararda bir eser olabilmesi için insanın entelektüel çalışmasının sonucunda ortaya çıkması gerektiği belirtilmiştir. Ancak bu karara karşılık şöyle bir eleştiri getirilebilir: Robotlar da insanın entelektüel çalışmasının neticesinde ortaya çıkan bir donanım ve yazılım bütünü olduğuna göre robotun ortaya çıkardığı sonuç aslında dolaylı olarak insanın entelektüel çalışması sonucunda ortaya çıkmaktadır.

Bir robotun ortaya çıkardığı eserde insanın kısmen katkısı olabilir. Bu durumda eser sahibi hem robot hem insan birlikte olabilir mi sorusu gündeme gelmektedir. Burada da çeşitli görüşler gündeme gelebilir. Robottaki yazılımın yaratıcısının burada hak sahibi olacağı düşünülebilir. Yazılıma finansal olarak yatırım yapan kişi ya da kuruluşun da eser sahibi olması düşünülebilir. Robotların hak sahibi olabilmesi için hukuk nazarında bir kişiliğe sahip olması gerekmektedir. Ayrıca burada robotlara hak tanınmasının hakkaniyete uygun olup olmadığı veya makul olup olmadığı da tartışılabilir. Doktrinde robotlara veritabanları üzerinde sui generis hak tanınmasının gerekliliği tartışmalıdır⁷³. Robotların ortaya çıkardığı eserler ile ilgili olarak doktrinde *BALKIN* mevcut kanunlara uygun olarak ivaz karşılığında eser yaratılması olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir⁷⁴.

⁷² **EUROPEAN COMMISSION LEGAL SERVICE**, C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening, judgment of 16 July 2009, http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/08c005_en.pdf (Erişim 13.06.23016).

⁷³ **DE COCK BUNING, Madeleine**, "Is the EU Exposed on the Copyright of Robotic Creations?", *Robotics Law Journal*, November 2015, http://www.cier.nl/wp-content/uploads/2015/10/MdeCockBuning-Copyright-and-robotisc-robotics-law-journal_03_november_2015.pdf (Erişim 13.06.2016); **BAYAMLIOĞLU**, s.138.

⁷⁴ **BALKIN**, s.58; "İngiliz ve Amerikan hukukları, işverenin hukukları, işverenin çalışanın görevini ifası sırasında yarattığı eserler üzerinde doğrudan doğruya mali hak sahibi (hatta Amerikan hukukunda eser sahibi) olmasını öngörmüşken, Alman ve İsviçre hukuklarında doğrudan doğruya bir mali hak sahipliği veya kanuni temlik öngörülmemiştir." **OKUTAN NILSSON, Gül**, "Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tüzel Kişinin Eser Sahipliği Sorunu", Uğur Alacakaptan'a Armağan, Derleyen Mehmet Murat İnceoğlu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. B., İstanbul 2008, s.483-484.

III. ROBOTLAR İLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER

Robotlar ile ilgili hukuki düzenlemelerin yapılmasında robotların nasıl algılanacağı önem taşımaktadır. Robotların hukuki açıdan nasıl değerlendirileceği onlar hakkında hukuki sorunların çözümünde yön gösterici olacaktır. Robotlar birer sanal çalışan ya da sanal evcil hayvan veya sanal çocuk gibi değerlendirilebilir mi yani robotlar neye yakın kabul edilmelidir sorusunun cevabı robotlar hakkındaki hukuki sorunların çözülmesinde belirleyici olacaktır. Robotların kişisel bilgisayar veya oyun sistemi gibi değerlendirilmesi de söz konusu olabilir⁷⁵.

Yeni teknolojilere ilişkin hukuki düzenlemeler genellikle önceden var olan başka bir kavramın yeni şekli olarak değerlendirilmek suretiyle yapılmaktadır. Özellikle otonom robotların hukuk düzeni tarafından nasıl algılanacağı ve düzenleneceğinin önemi büyüktür. Ancak otonom robotlara tamamen geçilmeden önceki süreçte hukuk düzeninin yarı-otonom robotları yöneten insanları nasıl değerlendireceği ve bu kişilere ilişkin hukuki düzenlemelerin nasıl olacağı da önem arz etmektedir⁷⁶.

Robotların mutlaka insan görünümünde (*android*⁷⁷) olması şart değildir. Doktrinde *RICHARDS* robotlar ile ilgili hukuki düzenlemeler yapılırken onlara insanlara ilişkin özellikler atfedilmesinin tehlikeli olacağını belirtmektedir. Robotlar karmaşık ve yazılımlar kullanan birer aygıttır. Robotlarda otonomluk özelliği arttıkça giderek robota verilen komutlar ile (*input*) robotun davranışları (*output*) arasındaki bağlantının şekillendirilmesi zorlaşacaktır. Ancak her halükarda robotlar görünümü ile insana benzetilse ve insana ilişkin özellikler aktarılsa da birer makinedir ve burada ön planda tutulması gereken robotun şekli değil robotu oluşturan sistemlerin fonksiyonudur ve hukuki düzenlemeler de bu yön dikkate alınarak yapılmalıdır⁷⁸.

⁷⁵ **RICHARDS**, s.18-19.

⁷⁶ **RICHARDS**, s.19.

⁷⁷ İngilizcesi *anthropomorphic* olan Türkçeye antropomorfik olan çevrilen kavramın birinci anlamı insan dışı varlıklara insana özgü özellikler atfedilmesi şeklindedir. İkinci anlamı ise insan dışındaki bir varlığın insana benzeyen şekilde yapılmasıdır. <http://www.merriam-webster.com/dictionary/anthropomorphic> (Erişim 07.11.2015); <http://www.yourdictionary.com/anthropomorphic> (Erişim 07.11.2015). Dış şekli insana benzeyen robotlara bu nedenle antropomorfik/insansı/android (*humanoid robot*) robotlar denmektedir.

⁷⁸ **RICHARDS**, s.21-22; İnsanların, yapılan sosyal deneylerde insana benzeyen ve insan gibi davranan robotlara diğer görünümdeki robotlara nazaran daha farklı reaksiyonlar verdikleri tespit edilmiştir. **HARING, Kerstin Sophie/SILWERA-TAWIL, David/MATSUMOTO, Yoshio/MELONAKI, Mari/WATANABE, Katsumi**, "Perception of an Android Robot in Japan and Australia: A Cross-Cultural Comparison", *Social Robotics: 6th International Conference, ICSR 2014, Sdney, NSW, Australia October 27-29, 2014 Proceedings*, Springer International Publishing, Switzerland 2014, s.167.

Robotlarla ilgili hukuki düzenlemeler henüz daha başlangıç aşamasındadır. Özel olarak robotlara ilişkin hukuki düzenlemeler henüz sayıları az olmakla birlikte mevcuttur. Bunlardan bir tanesi 2011 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin Nevada Eyaletinde sürücüsüz robot otomobillere ilişkin hukuki düzenlemedir⁷⁹. Bu düzenleme Nevada Ulaştırma Dairesi'ne otonom vasıtaların denenmeleri, güvenlik testlerinden geçirilmeleri ve yola çıkmasına izin verilmesi hususunda yetki vermektedir. Sürücüsüz otomobiller, yapay zekâ, GPS (küresel konumlama sistemi-*global positioning system*) ve lazer gibi sensörler/algılayıcılar kullanmaktadır. Bu düzenleme uyarınca bir otonom vasıta, onu işletecek bir insanın aktif katılımı olmaksızın yapay zekâ, sensörler ve kendi kendine gidebilmesi için dünya çapında (global) konum belirleme sistemini kullanan motorlu araçtır⁸⁰. Kanun metninde yapay zekânın da tanımı yapılmıştır. Buna göre yapay zekâ, insan davranışlarını bir makinenin kopyalaması veya taklit edebilmesi için bilgisayarların ve ilgili donanımların kullanılmasıdır⁸¹.

Tamamen otonom olan sistemler ile uzaktan kontrol edilebilen sistemler (*teleoperated*) arasında hukuki açıdan bir ayrım yapılması gerekmektedir. Robotta bulunan yazılım ile birlikte uzaktan robota komut gönderen bir insanın olması durumunda robot ne tam olarak otonom ne de tam olarak uzaktan idare edilir durumdadır. Bu durumda sorumluluk robotu yöneten kişi de mi olacaktır veya ne ölçüde bu kişinin sorumluluğu olacaktır sorusu gündeme gelmektedir. Robota komut veren kişinin doğru komutu verdiği ancak robotun komutu yerine getirmede yanlışlık yapması durumunda ne olacağı da cevaplanması gereken başka bir sorudur. Örneğin ev kullanımı için hazırlanmış bir robotun kötüniyetli kişilerden uzaktan komut alması durumunda mahremiyetin ihlali ile ilgili sorunlar gündeme gelebilecektir. Burada hem robotun sahibinin hem de robota uzaktan komut veren kişinin durumuna ilişkin hukuki düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır⁸².

Robotik uygulamaların askeri alanda kullanılması durumunda savaş hukukunu tanımlayan ve uluslararası insancıl hukukun çerçevesini çizen 1907 La Hay Konvansiyonu'nun, 1949 Cenevre Konvansiyonları'nın ve 1977 ek protokollerinin dikkate alınması gerekir. İnsansız hava araçlarının sivil

⁷⁹ http://www.leg.state.nv.us/Session/76th2011/Bills/AB/AB511_EN.pdf (Erişim 05.11.2015).

⁸⁰ Madde metninin şu şekildedir: Assembly Bill No. 511–Committee on Transportation, Section 8(b) “Autonomous vehicle” means a motor vehicle that uses artificial intelligence, sensors and global positioning system coordinates to drive itself without the active intervention of a human operator”.

⁸¹ (b) “Autonomous vehicle” means a motor vehicle that uses artificial intelligence, sensors and global positioning system coordinates to drive itself without the active intervention of a human operator.”

⁸² RICHARDS, s.23.

alandaki kullanımı ile ilgili olarak ise 1948 Uluslararası Sivil Havacılık Şikago Konvansiyonu'nun ve Avrupa'da da Avrupa Birliği 216/2008 sayılı Tüzüğü'nün dikkate alınması gerekir. İnsansız su yüzeyi ve sualtı araçlarının sivil alanda kullanılması ile ilgili olarak deniz hukuku alanındaki 1972 IMO COLREGs Konvansiyonu'nun göz önünde tutulması gerekir⁸³.

2005 Dünya Robotbilim-Birleşmiş Milletler Raporu ve Avrupa Ekonomik Komisyonu, ameliyat yapan ya da eğitimde kullanılan robotlar gibi daha çok barış zamanı robotları üzerine yoğunlaşmaktadır. Oysaki bunların dışında insansız yer araçları gibi başka robotlar da bulunmaktadır⁸⁴.

IV. TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM ve ÖNERİLER

Türk hukukunda robotlara ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından insansız hava araçları ile ilgili talimat çıkarılmıştır⁸⁵. İnsansız Hava Aracı Sistemlerinin Ayrılmış Hava Sahalarında Operasyonlarının Usul ve Esaslarına İlişkin Talimat, 18/11/2005 tarihli ve 5431 sayılı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a ve 14.10.1983 tarihli 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'na dayanılarak hazırlanmıştır. Talimat, Türk Hava Sahası'na ayrılmış hava sahalarında uçacak sivil insansız hava araçları, ilgili sistemleri, bunları işletecek olan işletmeleri, bu işletmelerde görev alacak personeli, pilotları, insansız hava araçları uçuş ekibini ve verilecek hava trafik hizmetlerini kapsamaktadır. Azami kalkış kütlesi 4 kilogramdan ve azami hızı saatte 50 kilometreden daha az olan ve azami irtifası yer yüzeyinden 100 metreyi geçmeyen insansız hava araçları bu Talimat'ın kapsamı dışındadır (m.2). Talimat'ta insansız hava aracı (İHA) *"spor veya eğlence amacıyla kullanılan model uçaklar hariç, içinde insan olmadan motor gücü ile uçuş yapabilen ve bir kontrol bağlantısı ile İHA pilotu tarafından kontrol edilen veya otonom operasyonu İHA pilotu tarafından planlanarak takip edilen hava aracı"* şeklinde tanımlanmıştır (m.4(1)(ş)).

Talimatta insansız hava aracı işleticisi yani insansız hava aracı sahibi gerçek veya tüzel kişilerin sorumlulukları da düzenlenmiştir. Buna göre, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından uçuşa elverişlilik belgesi veya özel uçuş izin belgesi verilen insansız hava araçlarının kaydı tutulur. Kayıtlarda hangi belgelerin aranacağı 5.maddede sayılmıştır. Bunlardan özellikle insansız hava aracı sahibine ait güvenlik soruşturma belgesi, insansız hava aracı sahibinin iletişim bilgileri belgesi ve bakım sorumluluğuna dair bildirim belgesi öne çıkmaktadır. Zira bu belgeler insansız hava aracı işletilmesinde güvenliğinin ve gizliliğinin sağlanması bakımından önemlidir. İnsansız hava araçları ayrıca uçuşa

⁸³ PAGALLO, s.10.

⁸⁴ PAGALLO, s.15.

⁸⁵ Talimat metni için bkz. <http://web.shgm.gov.tr/doc5/sht-ih.a.pdf> (Erişim 22.06.2016).

elverişlilik hususunda genel emniyet standardını sağlamalıdır. İnsansız hava araçları uçuşa elverişlilik hususunda uygulanabilir konularda insanlı hava araçları ile eşdeğer emniyet ve güvenlik standartlarına sahip olmalıdır.

Talimat'ın 6.maddesi uyarınca insansız hava araçlarının operasyonları, insanlı hava araçlarının operasyonları kadar emniyetli olacak, aynı kategoriye denk düşen insanlı hava araçlarının operasyonlarında olduğu gibi, havadaki ya da yerdeki insanlara ya da mülklere karşı risk teşkil etmeyecektir. Görüldüğü üzere insansız hava araçlarının uçurulmasında gerek güvenlik ve gerekse gizliliğin ihlal edilmesi durumunda araçları işletenler sorumlu olacaklardır. Ayrıca insansız hava araçlarını işletenler bu araçların bakımlarının, güncellemelerinin yapılmasından da sorumludur. Talimat'ın 7.maddesi maddesi uyarınca insansız hava aracı işleticileri, 15.11.2005 tarih ve 25994 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türk Hava Sahasında Uçuş Yapan Türk ve Yabancı Sivil Hava Araçlarının Yaptırması Gereken Üçüncü Şahıs Mali Mesuliyet Sigortası Yönetmeliği'ne göre geçerli bir sigortalı olmadan uçuş yapamazlar. Bundan başka işleticilerin bu araçların terör saldırılarında veya kamunun güvenliğini tehlikeye düşürecek herhangi bir yasadışı eylemde kullanılmasını önlemek amacıyla sistemlerinin dışarıdan müdahalelere karşı güvenliğini sağlamakla yükümlüdür. İnsansız hava araçlarının askeri yasak sahalar ve askeri birliklere 5 mil ve daha yakın mesafeden uçuş planlaması durumunda; icra edilecek uçuşlara ilişkin olarak; araçların ve uçuş esnasında taşıyacağı faydalı yüklerin teknolojik özellikleri, rota, irtifa, uçuş zamanı ve uçuş bölgesi koordinatlarını içerecek şekilde gerekli bilgileri, doğal afetler gibi acil durumlar haricinde en az 15 gün öncesinden, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Genelkurmay Başkanlığı ile koordine eder. Talimat'ın 13.maddesi uyarınca uçuşlarda, diğer hava araçları ile ayırmayı sağlamak ve çarpışmayı önlemek insansız hava aracı pilotunun sorumluluğundadır. Bu madde ileride insansız hava araçlarının kargo teslimatında kullanılması ve yaygınlaşması durumunda çarpışmaların da artacak olması nedeniyle önemlidir. Tıpkı karayollarında trafik kazalarında olduğu gibi insansız hava araçlarının havada çarpışmalarında da sorumluluğun kimde olduğunun tespit edilmesi gerekecektir. Kargo gibi hafif yükleri taşıyan insansız hava araçlarında yükün zarar görmesi durumunda zararın kimin tarafından karşılanacağını tespiti önem kazanacaktır⁸⁶. İnsansız hava araçlarının çarpışmasında hava şartları da etkili olabileceğinden işleticilerin insansız hava araçlarının özelliklerine göre uygun olmayan hava şartlarında bu araçları uçurmamaları gerekir. Nitekim Talimat'ın, 19.maddesinde insansız hava araçlarının uygun buzlanma önleyici

⁸⁶ Paket teslimatında drone kullanımının test uçuşları yapılmıştır. **GERSHGORN, Dave**, "We Now Know Where Amazon Will Be Testing Their Delivery Drones", Popular Science, Yayınlanma tarihi 01.02.2016, <http://www.popsoci.com/we-now-know-where-amazon-will-be-testing-their-delivery-drones> (Erişim 22.06.2016).

ve buz giderici sistemlere sahip olmadıkları sürece, buzlanmanın oluşabileceği şartlara sokulmayacağı düzenlenmiştir.

İnsansız hava araçlarının günlük hayatta gerek bireysel kullanımının gerekse ticari kullanımının artması ile birlikte zarar doğuran çarpışma, izinsiz sahalara girme, gizlilik ve güvenlik ihlallerinin artması da söz konusu olacağından ileride bu hususlara ilişkin ayrı bir özel kanuni düzenleme yapılması düşünülebilir.

Henüz Türkiye’de bulunmamakla birlikte yakın gelecekte sürücüsüz otomobillerin de kullanılmaya başlanması halinde Karayolları Trafik Kanunu’nda ve özellikle trafik sigortası ile ilgili düzenlemelerde değişiklikler yapılması gerekecektir⁸⁷. Bunun dışında Türk Borçlar Kanunu’nda kusursuz sorumluluk hallerine robotlarla ilgili hüküm eklenmesi gündeme gelebilir. Yine Türk Medeni Kanun’undaki ev başkanının sorumluluğuna robotlarla ilgili bir ekleme yapılması düşünülebilir.

Robotlar günlük hayatımızda ev robotu, sürücüsüz otomobil, insansız hava aracı şeklinde farklı türlerde yer alabilir. Türk Ceza Kanunu’ndaki suçların ve özellikle bilişim⁸⁸ suçlarının robotlar tarafından veya robotlar aracılığıyla işlenmesi mümkündür. Robotun uzaktan zararlı yazılımlar gönderilmek suretiyle sahibinin haberi dahi olmadan kötünietli kişilerce zarar vermek üzere kullanılması ihtimal dâhilindedir. Robotun insana özgü birtakım özellikleri taşımaması suç işlemesini kolaylaştırabilir. Örneğin hırsızlık suçu bakımından robotun parmak izi bırakmaması, termal kameralardan gizlenebilmesi, özel hayatın gizliliğinin ihlalinde görüntü kaydedebilen bir robotun kaydettiği videoları İnternet üzerinden anında yayınlatabilmesi veya buluta gönderebilmesi burada sayılabilir. Bu nedenle hukuki düzenlemelerde teknik konular da dikkate alınmalıdır. Robotun yönetimini ele geçiren kötünietli kişilere ulaşamaması ya da sahibinin kusurunun olmaması söz konusu olabilir. Ayrıca yapay zekaya sahip robotların suç işlemesi durumunda kimin cezalandırılacağı ile ilgili sorunlar çıkabilir. Robotun suç işlemesi durumunda robotun sahibinin herhangi bir kusurunun olmadığı, üretimde ve programlamada da hiçbir hatanın olmadığı tespit edildiğinde mevcut düzenlemelere göre sadece gerçek kişilere ceza verilebileceğinden ortada sorumlu tutulabilecek kimse bulunmamaktadır. Ancak ileride insan ve eşya dışında hukuk özneleri kategorilerinin oluşturulmasıyla robotların ve/veya

⁸⁷ **AHİ, Gökhan**, “KITT Gerçek Oldu, Sürücüsüz Otomobiller Yolda”, Digitalage, Yayınlanma tarihi 09.06.2016, <http://digitalage.com.tr/makale/kitt-gercek-oldu-surucusuz-otomobiller-yolda/> (Erişim 22.06.2016).

⁸⁸ Bilişim suçları hakkında detaylı bilgi için bkz. **DÜLGER, Murat Volkan**, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 6.B., Seçkin Yayınevi, Ankara 2015; İnternet kullanımıyla ilgili ceza hukuku sorunları için bkz. **ÖZBEK, Veli Özer**, “İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2002, C.4, S.1, s.101 vd.

sayborgların belki faaliyetlerine son vermek, belki de imha etmek şeklinde cezalandırılmaları mümkün olabilecektir.

Robotların kameraları aracılığıyla görüntüleri ve sensörleri aracılığıyla sesleri kaydetmeleri mümkün olduğundan ileride herhangi bir olay ile ilgili delil gerektiğinde robotların kayıtlarının mahkemelerde delil olarak kullanılması gündeme gelebilecektir. Burada elbette robotların haczi, robota el konulması mümkün müdür gibi sorular da akla gelebilir. Ayrıca bazı kavramların yeniden tanımlanması gerekebilecektir. Örneğin hukuka uygunluk nedenlerinden meşru müdafaa kavramı bir robotun kendisine zarar vereceğini düşündüğü bir insana zarar vermesi durumu için robotlar açısından gözden geçirilebilir. Görüldüğü üzere robotlarla ilgili ceza hukukunu, borçlar hukukunu, medeni hukuku, fikri mülkiyet hukukunu, ticaret hukukunu, iş hukukunu, icra ve iflas hukukunu, anayasa hukukunu, savaş hukukunu⁸⁹ ilgilendiren pek çok sorun bulunmaktadır. Tüm bunların bir makalede incelenmesi elbette imkân dâhilinde değildir. Ancak bunların dile getirilmesi, bu alanda gerek mevzuat çalışmalarının gerekse akademik çalışmaların yapılması açısından belki bir başlangıç teşkil edebilir. Robotların yaygınlaşması milli kanunlardaki değişikliklerin yanı sıra bazı milletlerarası sözleşmelerin yapılmasını da gerektirecektir. Özellikle sınırötesi uçan dronelar, savaş alanlarında kullanılan robotlar ile ilgili olarak birtakım milletlerarası sözleşmelerin ileride gündeme gelmesi söz konusu olabilir.

Robotlar giderek daha da fazla hayatımızda yer alacaktır. Robotlar ile ilgili hukuki sorunlar da bu durumla doğru orantılı olarak artış gösterecektir. Robotlar ve robot teknolojisi ile ilgili hukuki düzenlemelerin yapılmasında siber hukuk alanında yaşanan süreçlerden yararlanılabilir⁹⁰.

Sürücüsüz otomobiller kısa zamanda yaygın bir şekilde kullanılmaya başlanacak ve Türkiye'ye de gelecektir. Bu durumda sürücüsüz otomobiller için özel yollar inşa edilmesi düşünülebilirse de⁹¹ daha kolay olan Karayolları Trafik

⁸⁹ Robotlar ve savaş hukuku hakkında detaylı bilgi için bkz. **LIN, Patrick/BEKEY, George/ABNEY, Keith**, "Robots in War: Issues of Risk and Ethics", in Ethics and Robotics, Editors R.Capurro and M. Nagenborg, AKA Verlag Heidelberg, 2009, s.49 vd.

⁹⁰ **RICHARDS**, s.24.

⁹¹ Uçan otomobiller üzerinde de çalışılmaktadır. 2018 yılı itibarıyla uçan otomobiller havada görülebilecektir. **O'HARE, Ryan/ZOLFAGHARIFARD, Ellie**, "Flying Cars are Just Two Years Away: Terragugia Claims Its TF-X Will be Ready to take to the Skies by 2018", <http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-3454461/Flying-cars-just-TWO-years-away-Terragugia-claims-TF-X-ready-skies-2018.html>, Yayınlanma tarihi 19.02.2016 (Erişim 08.08.2016); Uçan otomobiller ülkemize geldiğinde hem sivil havacılık mevzuatının, hem sigortacılık mevzuatının, hem de Karayolları Trafik Kanunu'nun yeniden ele alınması gerekecektir. Dronelerin, uçan otomobillerin, sürücüsüz otomobillerin olduğu bir trafikte trafik kurallarının da gözden geçirilmesi gerekir.

Kanunu'nu değiştirip bu araçları mevcut trafikte kullanmanın yolunu aramaktır. Dolayısıyla sürücüsüz otomobiller başta olmak Türk hukukunda robotlar ile ilgili özel düzenlemeler gündeme gelecektir. Bununla birlikte Türk Standartları Enstitüsü'nün robot üretiminde ve ithalatında uyulması gereken standart kuralları hazırlaması gerekecektir. Ayrıca tüketicilerin bilinçlendirilmesi, toplumda farkındalık yaratılması, bilişim ve teknoloji hukuku eğitimi kapsamında hukuk fakültelerinde ve mühendislik fakültelerinde (bilgisayar, elektronik, mekatronik, yazılım mühendisliği bölümleri başta olmak üzere) robotlar ile ilgili fırsatların ve sorunlu olabilecek hususların hukuki açıdan anlatılması gerekmektedir.

SONUÇ

Robotlar günlük hayatımızda, çalışma hayatında, savaş alanlarında, uzay araştırmalarında ve diğer alanlarda giderek daha yaygın bir şekilde kullanılacaktır. Hukuki düzenlemelerin teknolojideki gelişmeleri takip etmesi nedeniyle robotlar alanında da benzer bir yol izlenecektir. Ancak önceden bazı konuların gündeme alınması gerekebilir. Örneğin ülkemizde sürücüsüz otomobillerin trafiğe çıkabilmesi için öncelikle hukuki altyapının oluşturulması, Karayolları Trafik Kanunu'nun değiştirilmesi veya sürücüsüz otomobillere yönelik ayrı bir düzenlemenin yapılması, sigorta mevzuatının güncellenmesi gerekecektir.

Robotlar ile ilgili ceza hukukuna, tazminat hukukuna, güvenlik ve mahremiyete ilişkin sorunlar mevcut kanunların yorumlanmasıyla kısmen çözülebilirse de gelecekte otonom ve yapay zekâya sahip robotların artmasıyla birlikte robotlara ilişkin ayrı kanunlara, etik kurallara ve standartlara ihtiyaç olacaktır. Robotlara ilişkin kanuni düzenlemelerin hukukçuların felsefe, psikoloji, sosyoloji ve teknik alanlarda uzman kişilerle işbirliği ile hazırlamaları daha isabetli olacaktır. Ancak burada unutulmaması gereken aşırı müdahaleci ve sıkı düzenlemelerin teknoloji ile ilgili her alanda olduğu gibi gelişmeleri ve yenilikleri azaltacağı veya engelleyeceğidir. Hukuki düzenlemeler ve eğitimden başka tüketicilerin bilinçlendirilmesi ve toplumda farkındalığın artırılması yönüne çalışmalar yapmak gerekmektedir. Ayrıca robotlar ile ilgili politik, etik, ekonomik, teknoloji felsefesi⁹² açısından da kuralların oluşturulmasına da gerek olacaktır⁹³.

⁹² Teknoloji felsefesinin “*zanaat çalışmalarının bilgisine duyulan sevgi*” şeklindeki tanımı için bkz. **URAL, Mustafa Nuri**, “Antik Yunan’da Teknik: Teknoloji Felsefesi Tarihine Genel Bir Bakış”, *Mavi Atlas*, 4/2015, s.139, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/gumusmaviatlas/article/view/5000113818/5000105890> (Erişim 16.11.2015).

⁹³ **PAGALLO**, s.7.

KAYNAKLAR

AHI, Gökhan, “KITT Gerçek Oldu, Sürücüsüz Otomobiller Yolda”, Digitalage, Yayınlanma tarihi 09.06.2016, <http://digitalage.com.tr/makale/kitt-gercek-oldu-surucusuz-otomobiller-yolda/> (Erişim 22.06.2016).

ASIMOV, Isaac, I, Robot, Great Britain 1950.

BALKIN, Jack B., “The Path of Robotics Law”, California Law Review, The Circuit, 6-2015, s.45-60.

BAYAMLIOĞLU, Emre, “Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, Derleyen Mehmet Murat İnceoğlu, 1.B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s.131-140.

BOEGLIN, Jack, “The Costs of Self Driving Cars: Reconciling Freedom and Privacy with Tort, Issue Liability in Autonomous Vehicle Regulation”, Yale Journal of Law and Technology, Volume 17, Issue 1, 2015, s.172-203.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, “Nesnelerin İnternetinin Hukuki Yönden İncelenmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2015, C.17, S.2, s.113-139.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, “Üç Boyutlu Yazıcıların Fikri Mülkiyet Hukukuna Etkileri”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2014, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.101-147.

CALO, M. Ryan, “Robots and Privacy”, Robot Ethics, The Ethical and Social Implications of Robotics, Editors Patrick Lin, George Bekey, Keith Abney, MIT Press 2012, file:///D:/ROBOTICS/04_CALO-Robot%20and%20Privacy.pdf (Erişim 03.06.2016).

CALO, Ryan, “Robotics and the Lessons of Cyberlaw”, California Law Review, Volume 103, 2015, s.513-564 (Robotics and the Lessons of Cyberlaw).

CHOI, Charles Q., “Damaged Robot Can Heal Itself in Less Than 2 Minutes”, Yayınlanma tarihi 27 Mayıs 2015, <http://www.livescience.com/50988-damaged-robot-heals-itself.html> (Erişim 26.05.2016).

CHOW, Denise, “Boston Dynamics’ New Atlas Robot Can’t Be Pushed Around”, Yayınlanma tarihi 24 Şubat 2016, <http://www.livescience.com/53825-atlas-robot-video-boston-dynamics.html> (Erişim 26.05.2016).

DARLING, Kate, “Extending Legal Rights to Social Robots”, We Robot Conference, University of Miami, April 2012, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2044797 (Erişim 02.06.2016).

DE COCK BUNING, Madeleine, “Is the EU Exposed on the Copyright of Robotic Creations?”, *Robotics Law Journal*, November 2015, http://www.cier.nl/wp-content/uploads/2015/10/MdeCockBuning-Copyright-and-robotisc-robotics-law-journal_03_november_2015.pdf (Erişim 13.06.2016).

DÜLGER, Murat Volkan, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 6.B., Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.

EURON, *Robotethics Map*, January 2007, http://www.robethics.org/index_file/Roboethics%20Roadmap%20Rel.1.2.pdf (Erişim 14.11.2015).

GAUDIN, Sharon, “Researcher: Humans will love, marry robots by 2050”, *Computerworld*, Yayınlanma tarihi 31.10.2007, <http://www.computerworld.com/article/2539809/computer-hardware/researcher--humans-will-love--marry-robots-by-2050.html> (Erişim 24.06.2016).

GERSHGORN, Dave, “We Now Know Where Amazon Will Be Testing Their Delivery Drones”, *Popular Science*, Yayınlanma tarihi 01.02.2016, <http://www.popsci.com/we-now-know-where-amazon-will-be-testing-their-delivery-drones> (Erişim 22.06.2016).

GRABIANOWSKI, Ed, “How Military Robots Work”, <http://science.howstuffworks.com/military-robot.htm> (Erişim 09.06.2016).

GRAY, Richard, “Would you marry a robot? Artificial Intelligence Will Allow People to Find Lasting Love With Machines, Expert Claims”, Yayınlanma tarihi 12.02.2016, <http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-3366228/Would-MARRY-robot-Artificial-intelligence-allow-people-lasting-love-machines-expert-claims.html> (Erişim 26.05.2016).

HARING, Kerstin Sophie/SILWERA-TAWIL, David/MATSUMOTO, Yoshio/MELONAKİ, Mari/WATANABE, Katsumi, “Perception of an Android Robot in Japan and Australia: A Cross-Cultural Comparison”, *Social Robotics: 6th International Conference, ICSR 2014, Sdney, NSW, Australia October 27-29, 2014 Proceedings*, Springer International Publishing, Switzerland 2014.

HUMBER, A.B./DESHMUKH, P.A./KADAM, M.S., “The Review of Articulated R12 Robot and Its Industrial Applications”, *International Journal of Research in Engineering & Technology*, Vol.2, Issue 2, Feb 2014, s.113-118.

LIN, Patrick/BEKEY, George/ABNEY, Keith, “Robots in War: Issues of Risk and Ethics”, in *Ethics and Robotics*, Editors R.Capurro and M. Nagenborg, AKA Verlag Heidelberg, 2009, s.49 vd.

MATTHEWS, Dylan, “How to Punish Robots When They Inevitably Turn Against Us”, Interview with Gabriel Hallevy, Yayınlanma tarihi 5 Mart 2013, <https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2013/03/05/how-to-punish-robots-when-they-inevitably-turn-against-us/> (Erişim 12.07.2016)).

McDONALD, Coby, “The Good, The Bad and The Robot: Experts are Trying to Make Machines be Moral”, California Magazine/Just In, <http://alumni.berkeley.edu/california-magazine/just-in/2015-06-08/good-bad-and-robot-experts-are-trying-make-machines-be-moral> (Erişim 22.11.2015).

MIDDLEBROOK T. Stephen/MULLER, John, “Thoughts on Bots: The Emerging Law of Electronic Agents”, The Business Lawyer, The Business Lawyer, Vol.56, November 2000.

O’CALLAGHAN, Jonathan, “Company Plans to Resurrect Humans With Artificial Intelligence By 2045”, <http://www.iflscience.com/brain/company-plans-resurrect-humans-artificial-intelligence-2045-0/> Yayınlanma tarihi 25.11.2015 (Erişim 08.08.2016).

O’HARE, Ryan/ZOLFAGHARIFARD, Ellie, “Flying Cars are Just Two Years Away: Terragugia Claims Its TF-X Will be Ready to take to the Skies by 2018”, <http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-3454461/Flying-cars-just-TWO-years-away-Terrafugia-claims-TF-X-ready-skies-2018.html>, Yayınlanma tarihi 19.02.2016 (Erişim 08.08.2016).

OKUTAN NILSSON, Gül, “Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tüzel Kişinin Eser Sahipliği Sorunu”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, Derleyen Mehmet Murat İnceoğlu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1.B., İstanbul 2008, s.469-500.

ÖZBEK, Veli Özer, “İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2002, C.4, S.1, s.101-158.

PAGALLO, Ugo, The Laws of Robots, Law, Governance and Technology Series, Volume 10, Springer 2013.

PEPPETT, Scott, “Regulating the Internet of Things: First Steps Toward Managing Discrimination, Privacy, Security and Consent”, Texas Law Review, Vol.93, s.85-176.

RAYA, Jones, Personhood and Social Robotics, Routledge, New York 2016.

RICHARDS, Neil M., “How should the law think about robots?”, We Robot 2012, Inagural Conference on Legal and Policy Issues Relating to Robotics, April 21-22, 2012, University of Miami School of Law, http://robots.law.miami.edu/wp-content/uploads/2012/03/RichardsSmart_HowShouldTheLawThink.pdf (Erişim 02.11.2015).

SAWYER, Robert J., “Robot Ethics”, Science, Vol.318, www.sciencemag.org (Erişim 11.11.2015).

TRAN, Hanh/TRAN, Thoavy, “Intelligent Agent”, http://groups.engin.umd.umich.edu/CIS/course.des/cis479/projects/agent/Intelligent_agent.html (Erişim 14.12.2015).

URAL, Mustafa Nuri, “Antik Yunan’da Teknik: Teknoloji Felsefesi Tarihine Genel Bir Bakış”, *Mavi Atlas*, 4/2015, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/gumusmaviatlas/article/view/5000113818/5000105890> (Erişim 16.11.2015).

URAL, Mustafa Nuri, “Antik Yunan’da Teknik: Teknoloji Felsefesi Tarihine Genel Bir Bakış”, *Mavi Atlas*, 4/2015, s.136-144, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/gumusmaviatlas/article/view/5000113818/5000105890> (Erişim 16.11.2015).

VERRONE, Patrick, “Bender’s Law with Patrick Verrone”, Stanford Law School, We Robot 2013, Yayınlanma tarihi 29.04.2013, <https://www.youtube.com/watch?v=nAfFlzrk9bc> (Erişim 26.05.2016).

WILLIAMSON, Jack, *With Folded Hands*, Fantasy Press, 1947.

ZITTRAIN, Jonathan L., *The Future of the Internet and How to Stop It*, Yale University Press, New Haven&London 2008, <https://dash.harvard.edu/handle/1/4455262> (Erişim 28.05.2016).

YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ

http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/08c005_en.pdf (Erişim 13.06.2016).

<http://searchcio.techtarget.com/definition/intelligent-agent> (Erişim 21.11.2015).

http://www.ieee.ca/millennium/canadarm/canadarm_technical.html (Erişim 15.12.2015).

<http://www.irobot.com/For-the-Home/Vacuum-Cleaning/Robomba.aspx> (Erişim 04.11.2015).

http://www.leg.state.nv.us/Session/76th2011/Bills/AB/AB511_EN.pdf (Erişim 05.11.2015).

http://www.leg.state.nv.us/Session/76th2011/Bills/AB/AB511_EN.pdf (Erişim 06.11.2015).

<http://www.merriam-webster.com/dictionary/anthropomorphic> (Erişim 07.11.2015).

http://www.ntv.com.tr/teknoloji/ilk-robot-avukat-goreve-basliyor,0cvqy_XBnUesBjsVu1izQQ (Erişim 22.06.2016).

<http://www.robothalloffame.org/g/inductees/03inductees/mars.html> (Erişim 15.12.2015).

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5639ed0033c2a6.99064349 (Erişim 04.11.2015).

- <https://akikok012um1.wordpress.com/south-korean-robot-ethics-charter-2012/> (Erişim 11.11.2015).
- <http://www.differencebetween.net/technology/difference-between-cyborg-and-robot/> (Erişim 11.08.2016).
- <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/7006> (Erişim 11.11.2015).
- <http://www.theguardian.com/world/2015/jul/02/robot-kills-worker-at-volkswagen-plant-in-germany> (Erişim 26.05.2016).
- <http://www.thefreedictionary.com/robot> (Erişim 02.11.2015).
- <http://tr.oldict.com/robotbilim/> (Erişim 04.11.2015).
- <http://www.yourdictionary.com/anthropomorphic> (Erişim 07.11.2015).
- <http://searchcio.techtarget.com/definition/AI> (Erişim 17.12.2015).
- <http://www.webopedia.com/TERM/H/hacker.html> (Erişim 17.02.2016).
- <http://www.annapurnapics.com/main/#films> (Erişim 01.06.2016).
- www.tdk.gov.tr (Erişim 01.06.2016).
- <http://mars.nasa.gov/mer/home/> (Erişim 22.06.2016).
- <http://web.shgm.gov.tr/doc5/sht-ih.pdf> (Erişim 22.06.2016).
- <http://whatis.techtarget.com/definition/cyborg> (Erişim 08.08.2016).
- <http://www.innovateus.net/science/what-cyborg> (Erişim 08.08.2016).
- <http://www.merriam-webster.com/dictionary/hacker> (Erişim 17.02.2016).

TAŞINMAZ SATIŞINDA HASARIN GEÇİŞİ

Passing of Risk on Sale of Real Estate

Yrd. Doç. Dr. Emrah KULAKLI*

Geliş Tarihi: 08.09.2016 Kabul Tarihi: 14.12.2016

ÖZET

Satış sözleşmesinde hasarın geçişi sorununa ulusal ve uluslararası birçok mevzuat farklı şekillerde yaklaşmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise konuyu, taşınır ve taşınmaz satışı olarak ikili bir ayrıma tâbi tutarak ele almıştır. Taşınmaz satışı özelinde taşınmazın tapuda tescili anında alıcıya teslimi ile teslimin tescilden sonraki bir zamanda yapılmasının kararlaştırıldığı haller, hasarın alıcıya geçişi hususunda farklı sonuçlar doğurmaktadır. İnceleme konumuz, her iki ihtimale bağlı olarak taşınmaz satış sözleşmesinde hasarın alıcıya geçişi ve buna bağlı sonuçlar teşkil etmektedir.

Bu bağlamda, öncelikle konumuzun temelini oluşturan “borç ilişkisinde hasar” ve “hasarın geçişi” kavramlarına değinilmiştir. Ardından taşınmaz satışında hasarın geçişine ilişkin kanunda yer alan genel ve istisnai düzenlemelere ilişkin açıklamalara ve düzenlemeye ilişkin eleştirilere yer verilmiştir. Sonuç kısmında ise öncelikle hasarın geçişine bağlı olarak doğan genel sonuçlar üzerinde durulmuştur. Ayrıca hasara bağlı olarak birtakım yarar ve yükümlülüklerin alıcıya geçişine ilişkin açıklamalar yapılmış, mevzuatta yer alan dayanakları ile birlikte somut birtakım örneklendirmeler üzerinden bu hususa da ışık tutulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hasar, Hasarın Geçişi, Türk Borçlar Kanunu, Taşınmaz Satışı, Yarar, Yükümlülük.

ABSTRACT

Many national and international regulations have approached in various ways to the problem of passing of risk on sale contract of real estate. Turkish Code of Obligations, numbered 6098, handled the situation in two parts; sale of real estate and movable property. In sale of real estate, making decisions about delivering the real estate to buyer while it's registered on title deed or having the delivery done after the registration process, create different results on passing of risk to the buyer. Our subject of study is passing of risk to the buyer on sale contract of real estate and consequences of it on both possibilities.

In this context, first, concepts of “risk on debt relationship” and “passing of risk” are mentioned. Then, critiques about general and exceptional arrangements in the law about passing of risk on sale of real estate and their explanations are given place to. Conclusion part lays emphasis on general consequences of passing of risk. Also it is tried to sort this situation out through definitions made about transfer of some benefits and obligations to the buyer regarding the risk, and some tangible exemplifications based on regulations.

Keywords: Risk, Passing of Risk, Turkish Code of Obligations, Sale of Real Estate Sale, Benefit, Obligation.

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.
ekulakli@medipol.edu.tr

GİRİŞ

Hasarın geçişi meselesi, satış sözleşmelerinde tarafların sözleşme ile amaçladıkları karşılıklı menfaatlerini doğrudan etkileyen bir husus olarak karşımıza çıkar. Uluslararası mevzuatlarda (CISG. m. 66 ilâ 70) da düzenlenmiş olan hasarın geçişi, TBK.'da satış sözleşmelerine ilişkin m. 208'de düzenlenmiştir.

Hasarın geçişi, sözleşmenin kurulması ile edimin ifası arasındaki zaman diliminde gerçekleşir. Hukuk sistemleri bu soruna farklı çözümler getirmiştir. Söz gelimi Roma ve Pandekt Hukukunda hasar, sözleşmenin kurulması anından itibaren alıcıya yüklenmiştir. Nitekim 818 sayılı eBK. ile 6098 sayılı TBK. arasında hasarın alıcıya geçişi hususundaki en önemli fark da buna ilişkindir.

Türk Borçlar Kanunu'nda, eBK.'dan farklı olarak, hasarın alıcıya geçişi taşınır ve taşınmaz satışı için ayrı ayrı ele alınmıştır. Taşınmaz satış sözleşmelerinde hasarın alıcıya geçişi sorunu ise her şeyden önce ifa imkânsızlığı sebebiyle TBK. m. 136 kapsamında ele alınır. Zira taşınmaz satış sözleşmesinde edim konusu kural olarak parça borcu niteliğinde olduğundan, TBK. m. 136 borcu sona erdirmekle birlikte taraflar arasında hasarın geçişi sorununu da çözüme kavuşturur. Bununla birlikte TBK. m. 208, hasarın geçişi sorununu satış sözleşmelerine ilişkin özel olarak ele almaktadır. Ayrıca TBK. m. 245 hükmü ise, taşınmaz satış sözleşmelerinde hasarın geçişine ilişkin istisnaî bir düzenlemeye yer vermektedir. Şu halde TBK. m. 208, TBK. m. 136'ya nazaran özel hüküm; TBK. m. 245'e göre ise, genel hüküm mahiyetindedir.

Çalışmamızda öncelikle “hasar” kavramı ve “ hasarın geçişine” ilişkin açıklamalara yer verilecektir. Ardından taşınmaz satışında hasarı düzenleyen genel ve istisnai nitelikteki TBK. hükümleri ele alınacak, bu çerçevede yorumlara yer verilecektir. Son olarak ise elde edilen sonuçlar ve bu sonuçlara bağlı olarak değerlendirmeler ortaya koyulacaktır.

I. HASAR VE HASARIN GEÇİŞİ KAVRAMLARI

A. Hasar

Hasar kavramına, ulusal ve uluslararası birçok mevzuatta rastlamak mümkündür. Hukuki zeminde ele alındığında hasar kavramı, sözlük anlamından¹ farklı bir şekilde *geniş* ve *dar* olarak iki şekilde anlaşılmaktadır. Geniş anlamı ile hasar, bir eşyanın borç ilişkisine konu olup olmamasından veya bir insan fiilinden kaynaklanıp kaynaklanmamasından bağımsız bir şekilde zarar görmesi/telef olması anlamında kullanılmaktadır². Bu anlamıyla oluşan

¹ Güncel Türkçe Sözlük, Ara: Hasar, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&view=gts, (Çevrimiçi) 26 Eylül 2016.

² AKINTÜRK, Turgut, **Satım Akdinde Hasarın İntikali**, Ankara 1966, s. 21; ALTAY, Sabah, **Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi**, İstanbul 2008, s. 4 vd.; ACAR, Hakan, **Uluslararası**

eşyaya ilişkin hasara başta malik olmak üzere aynı hak sahipleri katlanacaktır (*casum santit dominus*)³. Dar anlamı ile ise hasar, borç ilişkisine konu olan eşyanın, sözleşmenin kurulması ile ifası arasında geçen zamanda ortaya çıkan ve taraflara isnat edilemeyecek sebeplerle edimin hiç veya gereği gibi yerine getirilememesine sebep olan olgunun doğurduğu olumsuz sonuçlara sözleşmenin hangi tarafının katlanacağına ilişkindir⁴. Bu anlamda hasar eşya ile değil, borç ilişkisi ile ilgilidir. Çalışmamız, dar anlamdaki hasarın taşınmaz satış sözleşmesi ile ilgili sonuçlarını konu almaktadır.

Hukukî anlamı ile “*hasar*” ile kastedilen, sözlük anlamından farklı olarak gerçekleşmiş bir olumsuz sonuç değil, bu olumsuzluğun gerçekleşmesi ihtimalidir⁵. Nitekim hasarın geçişi anında edimde bulunan olumsuzluklar genel olarak TBK. m. 112 vd. hükümleri çerçevesinde kötü ifa, satış sözleşmesinde ise ayıp olarak nitelendirilir ve buna ilişkin TBK. m. 219 vd. hükümleri uygulama alanı bulması sonucunu doğurur⁶. Soyut anlamı itibarıyla mevcut bir olumsuz sonucu ifade eden hasar teriminin kanun koyucu tarafından TBK’da benimsenmiş olması doktrinde eleştirilmektedir⁷. Bu görüşlerin ortak noktası, hukukî bir kavram olarak “*hasar*” teriminin, kastedileni ifade etmekte yetersiz olduğudur. Buna karşılık yazarlar tarafından önerilen terimler arasında “*tehlike*”⁸, “*risk*”⁹, “*hasar riski*”¹⁰ kavramları öne çıkmaktadır. “*Hasar*” teriminin sakıncalı ve yetersiz olduğuna ilişkin görüşe katılmakla birlikte, incelememizde

Satışlarda Hasar Riskinin Geçişi, İstanbul 2009, s. 3; ORUÇ, Murat, **Satış Sözleşmesinde Riskin Geçişi**, İstanbul 2015, s. 8 vd.; YENİCE, A. Özge, **Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Konvansiyonu (CISG) Hükümleri Işığında Gönderme Satımı**, İstanbul 2015, s. 53.

³ SCHÖNLE, Herbert, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Teilband V/2a: Kauf und Schenkung, Erste Lieferung, Art. 184-191 OR**, Peter Gauch (Hrsg.), 3. Auflage, Zürich 1993, Art.185 N. 16; KOSTKIEWICZ, Kren, in: **OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht (Orell Füssli Kommentar)**, Jolanta Kren Kostkiewicz / Peter Nobel / Ivo Schwander / Stephan Wolf (Hrsg.), 2. Aufl., Orell Füssli Verlag, Zürich, 2009, Art.185 N.3.

⁴ TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuk Özel Borç Münasebetleri, C. I**, Ankara 1969, s. 56; NOMER, Haluk Nami / ENGİN, Baki İlkay, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I**, İstanbul 2015, s. 67; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 2015, s. 46; YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**; İstanbul 2014, s. 68; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I**, İstanbul 2013, s. 29; ACAR, s. 4; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “*Satış Sözleşmesinde Hasar ve Yararın İntikali*”, **Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan**, İstanbul, s. 363; ALTAY, s. 7; YENİCE, s. 54 vd.; ORUÇ, s. 28 ve s. 12 dp. 30.

⁵ ORUÇ, s. 22.

⁶ Yargıtay 13. HD., T. 01.07.2013, E. 2013/13389, K. 2013/18038 sayılı kararından: “... *Yarar ve hasarın geçişi anında ayıbın varolması halinde, satıcı sorumludur.*” (Karar için bkz. Kazancı Bilişim – İċtihat Bilgi Bankası); YENİCE, s. 52; ORUÇ, s. 23.

⁷ NOMER / ENGİN, s. 68.

⁸ TUNÇOMAÇ, Kenan, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II**, İstanbul 1977, s. 65.

⁹ ORUÇ, s. 27.

¹⁰ ACAR, s. 5.

bu tartışmalara¹¹ değinmeyeceğimizi ve kanunda yer alan düzenlemeden uzaklaşmamak adına “hasar” ve “hasarın geçişi” terimlerini tercih edeceğimizi belirtmekle yetiniyoruz.

Sözleşmenin kurulması ile ifası arasındaki zaman diliminde edimin hiç veya gereği gibi yerine getirilememesi sonucunu doğuran durumun ortaya çıkması halinde oluşan hasara kimin katlanacağı sorunu *edim hasarını* ifade eder¹². Edimin ifasına engel olan duruma rağmen satıcının hala borcunu ifa etmekle yükümlü olup olmadığı sorunu *maddi edim hasarı*, maddi edim hasarı alıcıya geçtikten sonra tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alıcının kendi edimini ifa etmekle yükümlü olup olmadığı sorunu ise *karşı edim hasarıdır*¹³. Dolayısıyla her şeyden önce karşı edim hasarının ortaya çıkması için tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin varlığının yanı sıra maddi edim hasarının da alıcıda olması gerekir¹⁴. Zira maddi edim hasarı alıcıya geçmeden karşı edim hasarı söz konusu olmayacaktır¹⁵. Karşı edimin konusunu paranın oluşturduğu hallerde, buna *bedel hasarı* da denilmektedir¹⁶. Bedel hasarı ifadesini, satış sözleşmesine konu malın alıcıya teslim edilmemesine rağmen alıcının bedeli ödemek zorunda kalması olarak anlamak gerekir; çünkü hasar ancak satış sözleşmesine konu mala ilişkin olabilir¹⁷. Satılanı hiç ya da gereği gibi elde edemeyen alıcı karşı edimi olan bedeli buna rağmen satıcıya ödemesi gerekiyorsa bedel hasarı alıcıda, bedeli ödemekten kurtuluyor ve olumsuz ekonomik sonuçlara satıcı katlanıyorsa bedel hasarı satıcıdadır¹⁸.

B. Hasarın Geçişi

Borç ilişkisinde edimin konusunu oluşturan şey üzerinde ortaya çıkması muhtemel olumsuzlukları ifade eden hasarın taraflar arasında yer değiştirmesi, sözleşmenin kurulması ile ifası arasında söz konusu olabilir¹⁹. Dolayısıyla sözleşme kurulmadan önce hasar henüz doğmaz. Satıcı edim borcunu yerine

¹¹ Konu ile ilgili doktrinde öne sürülen kavramlar ve mukayeseli hukukta yer alan kavramlar ışığındaki tartışmalar için bkz.: ORUÇ, s. 22 vd.; ACAR, s. 4 vd..

¹² YAŞAR, Tanju Oktay, **Übergang der Leistungsgefahr bei den internationalen Kaufverträgen, unter Berücksichtigung von Incoterms und WKR**, Universität Bern, Diss., Ankara 1998, s. 3 vd.; SCHÖNLE, Art.185 N.17; OFK/KREN KOSTKIEWICZ, Art.185 N.3.

¹³ BUCHER, Eugen, **Obligationenrecht, Besonderer Teil**, 3. erweiterte Aufl., Schulthess, Zürich 1988, s. 81; SCHÖNLE, Art.185 N.18-31; GÜMÜŞ, s. 30; ALTAY, s. 31 vd..

¹⁴ NOMER / ERGİN, s. 74; ALTAY, s. 15.

¹⁵ SCHÖNLE, Art.185 N. 17.

¹⁶ ALTAY, s. 11; EREN, s. 48; ORUÇ, s. 33; YENİCE, s. 59.

¹⁷ AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara 2014, s. 73.

¹⁸ AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 65; ORUÇ, s. 34; ŞAMLI, Kübra Yetiş, “*Borçlar Kanunu ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali*”, **iÜHFİM, C. LXV, S. 1**, İstanbul 2007, s. 306.

¹⁹ GÜMÜŞ, s. 30.

getirdikten sonra ise artık hasar sorunu ortadan kalkar. Zira bundan sonra ortaya çıkan hasarlar, TBK. m. 136 ve m. 208'den bağımsız olarak eşyaya ilişkin hasar anlamında malike ait olacaktır²⁰. Bu anlamda borca ilişkin hasar, eşyaya ilişkin hasarın aksine dinamik bir kavramdır ve doğacak olumsuzluklara katlanma yükümlülüğü, kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesiyle birlikte sözleşmenin bir tarafından diğer tarafına geçer²¹. İşte bu noktada, sözleşmenin taraflarının hasara hangi andan itibaren katlanacağı ise “hasarın geçişi” meselesini gündeme getirecektir. Bir başka ifadeyle hasarın geçişi, borcun doğumu ile ifası arasındaki süreçte, edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda ortaya çıkacak olumsuz ekonomik sonuçlara katlanma yükümlülüğünün sözleşmenin bir tarafından diğerine geçişini ifade etmektedir²².

Türk Borçlar Kanunu m. 136, hasarın geçişi meselesini düzenleyen genel hüküm niteliğindedir. Hükmün ilk fıkrasında, “borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer” denilmek suretiyle, borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsızlaştığı hallerde borçlunun ifa yükümlülüğünden kurtulacağı kabul edilmiştir²³. Dolayısıyla, tek tarafa veya eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde maddi edim hasarı alacaklıya aittir²⁴. Buna karşın tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kusursuz ifa imkânsızlığı sebebiyle borcun sona ermesi halinde ise karşı edim hasarı borçluya ait olacaktır: “Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder (TBK. m. 136/II c.I).” Buna göre borcunu ifa yükümlülüğünden kurtulan borçlu, karşı edimi de kaybeder. Örneğin eser sözleşmesi gereği imal edilen edim konusu şey teslim edilmeden önce telef olursa yüklenicinin eseri teslim borcu sona erer; buna karşılık ücret ve giderleri de talep edemez (TBK. m. 483)²⁵. Bir başka ifadeyle maddi edim hasarı alıcıda iken, karşı edim (bedel) hasarı da yüklenicidedir. TBK. m. 136/II c.II hükmü gereği tarafların bu kuralın aksini kararlaştırması mümkün olduğu gibi, kanun tarafından aksinin düzenlenmiş olduğu hallerde de TBK. m. 136/II c.I'de yer alan genel hüküm uygulanmaz.

²⁰ NOMER / ERGİN, s. 70.

²¹ ORUÇ, s. 11.

²² SCHÖNLE, Art.185 N.37; ORUÇ, s. 35.

²³ GÜMÜŞ, s. 31; NOMER / ERGİN, s. 70; YENİCE, s. 108.

²⁴ TANDOĞAN, s. 57; ŞAMLI, s. 307; ÖZDEMİR; s. 364; ALTAY, s. 13 vd..

²⁵ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 70.

Türk Borçlar Kanunu. m. 136/II c.II'de²⁶ yer alan hükme istinaden düzenlenmiş TBK. m. 208 hükmü ise satış sözleşmelerine ilişkin düzenlenen özel bir hüküm niteliğindedir. Bu hükme göre taşınır satış sözleşmelerinde hasar kural olarak zilyetliğin devri, taşınmaz satış sözleşmelerinde ise tescil ile alıcıya geçer. TBK m.245'te ise, taşınmaz satışları için bir özel hükme daha yer verilmiş ve taşınmazın tesliminin tescilden sonra olmasının kararlaştırıldığı durumlarda, teslim ile birlikte hasarın alıcıya geçeceği kabul edilmiştir.

Hasarın geçişi anını taraflar, sözleşme ile de kararlaştırabilirler (TBK. m. 136/II). Bir başka ifadeyle buna ilişkin yasal düzenlemeler emredici hüküm niteliğini haiz değildirler. Sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmadığı takdirde ise sözleşmenin türüne uygun kanuni düzenlemelere göre hasarın geçiş anı tespit edilecektir²⁷. Borç ilişkilerinde hasarın geçişi, sözleşmenin konusuna göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Nitekim kanun koyucu, TBK. m. 136'da yer alan genel hükmün yanı sıra, taşınır satışı (TBK. m. 208), taşınmaz satışı (TBK. m. 208/I - 245), hizmet sözleşmesi (TBK. m. 408 - 409), eser sözleşmesi (TBK. m. 483 - 485 - 486), yayın sözleşmesi (TBK. m. 498 - 499), adi ortaklık sözleşmesi (TBK. m. 621, TTK. m. 126) için farklı düzenlemelere yer vermiştir.

II. HASARIN ALICIYA GEÇTİĞİ AN

A. Kural: Tescil (TBK. m. 208/I)

“Satılan eşyanın teslimi ile birlikte, (satılan) eşyanın beklenmedik hal dolayısıyla ortadan kalkması ve kötüleşmesi tehlikesi (hasar) alıcıya intikal eder” diyen BGB § 446²⁸, hasarın geçişi meselesinde taşınır ve taşınmaz ayrımı yapmamış; her ikisini de *“şey (Sache)”* kavramı çatısı altında toplamıştır. *“Özel durumlar ya da anlaşmalar bir ayrıklık oluşturmadıkça, sözleşmenin kurulması ile nesnenin yarar ve tehlikesi iktisap edene geçer”* diyen OR. Art. 185'te²⁹ de

²⁶ TBK. m. 136/II c.II: *“Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.”*

²⁷ AKKANAT, Halil *“Gefahrtragung beim internationalen Versandungskauf nach UN-Kaufrecht”*, *Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul*, Vol. 35, No.52, İstanbul 2003, s. 269; ORUÇ, s. 36; ÖZDEMİR, s. 367.

²⁸ *“BGB § 446: “Satılan eşyanın teslimi ile birlikte, (satılan) eşyanın beklenmedik hal dolayısıyla ortadan kalkması ve kötüleşmesi tehlikesi (hasar) alıcıya intikal eder. Alıcı teslimden itibaren yararlarına hak kazanır ve eşyanın masraflarına katlanır. Alıcının, teslim almada temerrüdü hali de teslim ile aynı sonucu doğurur.”* Çeviri için bkz. ÇETİNER, Bilgehan, *“Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yasar ve Hasarın İntikali İle Satıcının Ayrıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”*, *İÜHF.M., C. LXVII, S. 1-2*, İstanbul 2009, s. 98.

²⁹ *“İsviçre Borçlar Kanunu (OR.) Art. 185: B. Yarar ve Tehlike: Özel durumlar ya da anlaşmalar bir ayrıklık oluşturmadıkça, sözleşmenin kurulması ile nesnenin yarar ve tehlikesi iktisap edene geçer. Bununla birlikte, satılan nesne yalnız çeşidiyle belli ise ayrıca ayırt edilmiş olması ve başka bir yere gönderilmesi gerekliyse gönderme için teslim edilmiş olması zorunludur.*

benzer bir yaklaşım izlenmiş ve taşınır-taşınmaz eşya ayrımı yapılmaksızın, “şey (Sache)” kavramı üzerinden bir düzenlemeye gidilmiştir. OR. Art. 185, eBK. m. 183’e kaynaklık ettiğinden, mülga mevzuatımızda da böyle bir ayrım bulunmamaktaydı. Ne var ki, TBK.’da hasarın geçişi meselesi, taşınır ve taşınmaz ayrımı gözetilerek kaleme alınmıştır. Hükmün gerekçesinde ise bu değişikliğin nedeni açıklanmış değildir. Bununla birlikte, kanun koyucunun TBK. m. 208/1 hükmü ile hasarın geçişi bakımından taşınır ile taşınmaz satışını birbirinden ayırmasının temelinde yatan saikin, tapuda tescil ile birlikte taşınmazın tesliminin de aynı anda gerçekleşeceği düşüncesi olduğu söylenebilir³⁰.

6098 sayılı TBK.’nın konuya ilişkin getirdiği düzenlemeye geçmeden önce, eBK. m.183’ün kabul ettiği sistemi ana hatlarıyla ifade etmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Biraz evvel de belirtildiği üzere, eBK. m.183’te, konu taşınır ve taşınmazlar bakımından aynı şekilde ele alınmıştır. Buna göre, sözleşmenin kurulması ile birlikte hasarın alıcıya geçeceği kabul edilmiştir (eBK. m.183). 818 sayılı eBK.’nın yürürlüğü döneminde, sözleşme prensibinin benimsendiği bu hüküm yoğun eleştirilere maruz kalmıştır³¹. Ancak inceleme konumuz olan taşınmazlar bakımından bu prensibin çok da etkili olmadığını söylemek mümkündür. Zira taşınmazların devrine ilişkin sözleşmelerin resmi şekilde yapılma zorunluluğu ve böylece alıcının mülkiyeti de kazanması karşısında, sözleşme prensibinden uzaklaşılmaktaydı. Öte yandan, teslimin geciktirilmesi halinde hasarın teslimle geçeceğinin kabul eden eBK m.216 da, sözleşme prensibinin mahsurlarının taşınmazlar bakımından hissedilmemesini sağlayan bir diğer hüküm idi.

Bu yönüyle değerlendirildiğinde, 818 sayılı eBK. ile 6098 sayılı TBK. düzenlemeleri arasında önemli bir farkın bulunmadığı söylenebilir. Diğer bir

Geciktirici bir koşulla kurulmuş sözleşmelerde, satılan nesnenin yarar ve tehlikesi ilkin koşulun meydana gelmesi ile iktisap edene geçer.” Çeviri için bkz. BECKER, H., İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, II. Bölüm - Çeşitli Sözleşme İlişkileri: m. 184-551 (Çev.: DURA, A. Suat), Ankara 1993, m. 185..

³⁰ NOMER / ERGİN, s. 165.

³¹ Nitekim TBK. m. 208 hükmünün gerekçesinde bu durum şu şekilde yer almıştır: “Türk – İsviçre Borçlar Kanununda, satılanın mülkiyetinin, borçlandırıcı işlem niteliğindeki satış sözleşmesinin kurulduğu anda değil, tasarruf işlemi niteliğindeki zilyetliğin devri veya tescil işleminin gerçekleştiği anda alıcıya geçtiği halde, onun, henüz malik olmadığı bir malın hasarına katlanmak ve bedeli ödemek zorunda bırakılması, hakkaniyete aykırı görülerek, öğretilde haklı olarak eleştirilmektedir.” Hükümle ilgili açıklamalar ve hükme yöneltilen eleştiriler için ayrıca bkz. TANDOĞAN, s. 58 vd.; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 73 vd.; AKINTÜRK, s. 110 vd.; NOMER / ENGİN, s. 75 vd.; EREN, s. 49 (dp. 69); AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 66 vd.; ÇETİNER, s. 98; ATAMER, Yeşim M., “Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı: Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK. m. 183’ün Farklı Okunması Gereği” (Hasarın İntikali), Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’a Armağan, İstanbul 2000, s. 133 vd.; GÜMÜŞ, s. 32; ALTAY, s. 123; ACAR, s. 32; ŞAMLI, s. 313; ORUÇ, s. 41 vd.; YENİCE, s. 111.

ifadeyle, taşınır satışlarındaki hasarın geçişi meselesinde köklü bir değişikliğe gidilen yeni düzenlemede, taşınmazlar için konu önceki düzenlemeye paralel şekilde ele alınmıştır. Gerçekten TBK. m.208/l'de, “*kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayırık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir*” denilmek suretiyle, hasarın geçişi kural olarak taşınır satışlarında *zilyetliğin devrine*³², taşınmaz satışlarında ise *tescile* bağlı kılınmıştır. Hükümdeki tescil ifadesinden anlaşılması gereken, mülkiyetin devrini sağlayan kurucu tescildir³³. Buna karşın sebebe bağlılık ilkesinin gereği olarak, yolsuz tescil ile geçerli bir mülkiyet devri söz konusu olmayacağı gibi, hasar da alıcıya geçmez³⁴.

Türk Borçlar Kanunu m. 208/l hükmüne göre hasarın geçişi için mülkiyetin devrine ilişkin sözleşmenin yapılmış olması yeterli değildir. Dolayısıyla, örneğin noterde yapılan borçlandırıcı işlem niteliğindeki taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri hasarın alıcıya geçişini sağlamaz³⁵. Taşınmazlar bakımından hasarın geçişi, tapuda yapılan *tasarruf işlemi* niteliğindeki tescil ile gerçekleşir. Fakat hukukumuzda taşınmaz satışı tapu memuru tarafından tescille mündemice bir şekilde gerçekleştirildiğinden, taşınmaz satış sözleşmeleri bakımından bu ayırımın pratik bir önemi yoktur. Taşınmazın ihtiyarî açık artırmaya konu edilmesi halinde ise, borçlandırıcı işlem ile tasarrufi işlem birbirinden ayrılır. Bu durumda açık artırmanın sonuçlanması ile birlikte satış sözleşmesi (borçlandırıcı işlem) kurulmuş olur, tescil (tasarruf işlemi) ise daha sonra yapılır. Bu durumda hasarın, TBK m. 208/l uyarınca tescille alıcıya geçeceği kabul edilmelidir³⁶.

Satış sözleşmelerinde hasarın geçişine ilişkin TBK. m. 208 hükmü, “*sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayırık hâller dışında*” uygulama alanına sahiptir. Bir başka ifadeyle satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin düzenlemenin aksi kararlaştırılabilir³⁷. Ayrıca, taraflarca aksi kararlaştırılmamış olsa dahi *kanundan veya durumun gereğinden* kaynaklanan hallerde de hasarın geçişi genel kuraldan ayrılacaktır. Ayrıca ifade etmek gerekir ki satış sözleşmesi hükümleri kapsamında düzenlenen hasarın geçişine ilişkin hükümler TBK. m.

³² Zilyetliğin devri teslimle olabileceği gibi, eşya üzerindeki hâkimiyeti sağlayan araçların alıcıya teslimi ile zilyetliğin hükmen, havale yoluyla veya kısa elden alıcıya teslimi anında taşınır satış bakımından hasarın geçişi sağlanacaktır. Bkz. EREN, s. 51.

³³ NOMER / ENGİN, s. 164.

³⁴ EREN, s. 51; NOMER / ENGİN, s. 164.

³⁵ ATAMER, *Hasarın İntikali*, s. 138 (dp. 25); GÜMÜŞ, s. 34.

³⁶ AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 294.

³⁷ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 78.

283³⁸ hükmünün atfıyla mal değişim sözleşmelerine, TBK. m. 621/III³⁹ hükmü atfıyla adi ortaklığa katılım payına ilişkin borçlara ve TTK. m. 126⁴⁰ hükmü atfıyla ticari ortaklığa aynı sermaye koyma borçlarına da uygulanır⁴¹.

Türk Medeni Kanunu m. 705 hükmü uyarınca taşınmaz mülkiyetini kazanılması kural olarak tescille olacağından, taşınmazlar bakımından hasar mülkiyet ile birlikte alıcıya geçecektir. Fakat genel olarak tescilin sonuçlarını düzenleyen TMK. m. 1022/II hükmü⁴² karşısında, belgelerin tamamlanmış olması koşuluyla tescil talebinin yevmiye defterine kayıt tarihi itibarıyla hüküm doğuracağı, dolayısıyla hasarın da alıcıya bu andan itibaren geçeceği kabul edilmelidir⁴³.

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında tescilin kural olarak kurucu olduğuna ve TMK. m. 1022/II hükmü uyarınca yevmiye defterine kayıt anı itibarıyla hüküm doğuracağına yukarıda değinilmişti. Buna karşın, taşınmaz mülkiyetinin tapu dışı bir yolla kazanıldığı hallerde hasarın geçişinin hangi anda gerçekleşeceği ile ilgili bir hüküm yer almamaktadır. Dolayısıyla, TMK. m. 705/II hükmünde yer alan taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma ve kanunda öngörülen diğer hallerde hasarın hangi anda alıcıya geçtiğinin tespiti gerekmektedir. Türk

³⁸ “Satış sözleşmesine ilişkin hükümler, mal değişim sözleşmesine de uygulanır; buna göre taraflardan her biri, vermeyi üstlendiği şey bakımından satıcı, kendisine verilmesi üstlenilen şey bakımından alıcı durumundadır (TBK. m. 283).”

³⁹ “Bir ortağın katılım payı, bir şeyin kullanılmasından oluşuyorsa kira sözleşmesindeki; bir şeyin mülkiyetinden oluşuyorsa satış sözleşmesindeki hasara, ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır (TBK. m. 621/III).”

⁴⁰ “Her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak şartıyla, Türk Medeni Kanununun tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile bu Kısımda hüküm bulunmayan hususlarda Türk Borçlar Kanununun adı şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanır (TTK. m. 126).” Bu hukuki ilişkide aynı sermaye koymayı taahhüt eden ortak satıcı, ortaklık ise alıcı olarak değerlendirilmeli TBK. m. 621/III hükmünün atfı ile TBK. m. 208 vd. hükümleri uygulanmalıdır.

⁴¹ ORUÇ, s. 67.

⁴² Yargıtay 12. HD., T. 22.12.2014, E. 2014/3144, K. 2014/31064 sayılı kararından: “... TMK. m. 1022/II’ye göre, aynı haklar kütüğe tescil ile doğar. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise “...Tescilin etkisi, kanunen öngörülen belgeler isteme eklenmiş veya geçici tescil halinde belgelerin uygun zamanda tamamlanmış olması koşulu ile yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinden başlar.” düzenlemesi yer almaktadır.

Somut olayda takip borçlusunun şikayetçiye taşınmaz hissesini tapuda 17.7.2009 tarih ve 19243 yevmiye ile sattığı, satışın ise çok sonra 5.12.2012 tarihinde tapuda tescil edildiği görülmektedir.

Tescilin etkisi yukarıda açıklanan yasa hükmü uyarınca satışın yevmiye defterine kayıt tarihinde başlayacağından taşınmazın hissesinin mülkiyeti şikayetçi üçüncü kişiye satışın yevmiye defterine işlendiği tarih olan 17.7.2009 tarihinde geçmiştir” Karar için bkz. Kazancı Bilişim – İċtihat Bilgi Bankası”

⁴³ GÜMÜŞ, s. 33; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 240.

kanun koyucusu, sözleşme prensibini neden terk ettiğini hükmün gerekçesinde şu şekilde açıklamaktadır: *“Türk-İsviçre Borçlar Kanununda, satılanın mülkiyetinin, borçlandırıcı işlem niteliğindeki satış sözleşmesinin kurulduğu anda değil, tasarruf işlemi niteliğindeki zilyetliğin devri veya tescil işleminin gerçekleştiği anda alıcıya geçtiği hâlde, onun, henüz malik olmadığı bir malın hasarına katlanmak ve bedeli ödemek zorunda bırakılması, hakkaniyete aykırı görülerek, öğretide haklı olarak eleştirilmektedir.”* Kanaatimizce, hükmün gerekçesindeki bu ifadeler hareket noktası olarak kabul edilmeli ve mülkiyetin nakli ile hasarın geçişi arasında bir uyum gözetilerek sonuca varılmalıdır. Dolayısıyla, alıcının TMK. m. 705/II uyarınca mülkiyeti kazandığı durumlarda, mülkiyet ile birlikte hasarın da alıcıya geçtiği kabul edilmelidir. Bu anlamda TBK. m. 208/I hükmünde yer alan tescil ifadesinin, açıklayıcı tescili değil; kurucu tescili kapsadığı ifade edilebilir⁴⁴.

Diğer yandan taşınmaz satışlarına ilişkin olarak TBK. m. 208 hükmü, yalnızca tapuya kayıtlı taşınmazların satışını esas almaktadır. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlara ilişkin olarak ise hasar, Yargıtay kararları esas alınacak olursa taşınmazın zilyetliğinin devriyle birlikte alıcıya geçecektir⁴⁵.

B. İstisna: Teslim (TBK. m. 245)

Taşınmaz satışında hasarın geçişine ilişkin genel kural TBK. m. 208/I hükmü olmakla birlikte, kanun koyucu TBK. m. 245'te özel bir düzenlemeye yer vermiştir⁴⁶. Anılan hüküm ile, hasarın tescil ile alıcıya geçeceği yönündeki

⁴⁴ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 240; GÜMÜŞ, s. 49.

⁴⁵ YİBK., T. 09.10.1946, E. 1946/6, K. 1946/12: *“Bir kimsenin kanunlar uyarınca henüz malik olmadığı tapuda kayıtlı olmayan bir gayrimenkulünü başkasına satıp teslim etmesi ileride mülkiyet iktisabına yarıyan o mal üzerindeki fiili tasarruf hakkını, zilyetliğini devre mahmul olduğu ve aynı bir hak olan zilyetliğin her hak gibi devri caiz ve muteber olup resmi şekle tabi bulunmadığı ...”* (Kararın yayınladığı yer için bkz. RG., T. 09.10.1946, S. 12518); Yargıtay 8. HD., T. 14.09.2015, E. 2014/22878, K. 2015/16311: *“Tapuda kayıtlı bulunmayan taşınmazlar TMK. m. 762 hükmüne göre menkul mal niteliğindedir. Aynı kanun m. 763 uyarınca bu gibi malların mülkiyetinin devri zilyetliğin karşı tarafa teslimi ile gerçekleşir”*; Yargıtay 3. HD., T. 01.06.2015, E. 2015/7999, K. 2015/9883: *“Davada, satış tarihinde tapuda kayıtlı bulunmayan taşınmazın davalıdan satın alındığı ileri sürülmüştür. Bilindiği üzere; tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar menkul mal hükmünde olup, zilyetliğin devri suretiyle satış gerçekleşmiş olur”*; Yargıtay 1. HD., T. 31.03.2015, E. 2013/20491, K. 2015/4537 *“... tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlar taşınır mal niteliğindedir. Tapusuz taşınmazlarda zilyetlikten ibaret olan hakkın devri suretiyle yapılan elden başıslama sözleşmeleri hiçbir biçim koşuluna tabi değildir”* (Kararlar için bkz. Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası.); EREN, s. 188; TANDOĞAN, s. 181; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 293; ÖZDEMİR, s. 377.

⁴⁶ Düzenlemeye kaynaklık eden OR Art. 220'nin Suat Dura çevirisi şöyledir: *“E. Yarar ve Tehlike: Taşınmazın alıcı tarafından tesellümü için sözleşme ile belirli bir tarih tespit edildiyse, yarar ve tehlikenin ilkin bu tarihten sonra alıcıya geçeceği kabul edilir.”* Bkz. BECKER, m. 220.

kurala önemli bir istisna getirilmektedir⁴⁷: “*Satılanın tescilden sonraki bir zamanda alıcı tarafından teslim alınması için sözleşmeyle bir süre belirlenmişse, onun yarar ve hasarı, alıcıya teslimle geçer (TBK. m. 245/I)*”. Buna göre, satılan taşınmazın tescilden sonraki bir zamanda alıcı tarafından teslim alınması kararlaştırılmışsa hasarın alıcıya geçişi *tescille değil teslimle* birlikte gerçekleşecektir. Hükümle kanun koyucu, tapuda tescil gerçekleşmiş olsa dahi taşınmaz üzerinde fiili hâkimiyetin kurulmadığı dönemde hasardan alıcının sorumlu tutulmasının menfaatler dengesine uygun olmadığı yönünde düzenleme getirmiştir.

Türk Borçlar Kanunu m. 245/I c.I hükmüyle yapılan istisnaî düzenleme ile aslında TBK. m. 208/I hükmünde taşınır için yer alan genel kurala dönüş söz konusudur. Şöyle ki; kanun koyucu önce TBK. m. 208/I ile hasarın geçişi anını taşınır ve taşınmaz satışları için birbirinden ayırmış, daha sonra ise TBK. m. 245/I hükmü ile teslim anı olarak aynılaştırmıştır⁴⁸. Ancak hemen ifade edelim ki, bu aynılaştırma tescilden sonra teslimin gerçekleştiği durumlara özgüdür. Şayet tescil teslimden önce gerçekleşiyorsa, TBK. m. 208/I’de yer alan kural uyarınca hareket ederek, tescil anında hasarın alıcıya geçtiğini kabul etmek gerekir.

Taşınmazın alıcıya tesliminin tescilden sonraki bir zamanda gerçekleşeceğinin kararlaştırılmasına ilişkin sözleşmelerin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır (TBK. m. 245/II)⁴⁹. Sözleşmeyle kararlaştırılan süre belirli bir vade veya belirli bir tarih olabileceği gibi, belirsiz de olabilir. Fakat sözleşmeyle teslim için belirli bir süre kararlaştırılmış olsa dahi hasar kararlaştırılan sürenin sonunda değil her halükarda teslimle alıcıya geçecektir⁵⁰. Bir başka ifadeyle, teslimin kararlaştırılan süreden önce gerçekleştirilmesi halinde hasar belirlenen vadede değil teslim anında alıcıya geçecektir. Aynı şekilde, kararlaştırılan süreye rağmen taşınmazın alıcıya teslimi daha sonra gerçekleştiği takdirde de hasar sözleşmede öngörülen vadede değil teslimle birlikte alıcıya geçecektir⁵¹. Aynı sonuca belirsiz süre ile yapılmış sözleşmeler için de varmak mümkündür: Örneğin; alıcı adına tapuda tescil edilen bağımsız bölümün tesliminin satıcının tayini şartına tabi kılındığını varsayalım. Bu sözleşmede her ne kadar hasarın geçişi tayin şartına tabi kılınmış ise de, satıcının tayininin çıkması ile birlikte

⁴⁷ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 240.

⁴⁸ Bkz. dp. 32.

⁴⁹ eBK. m.216, süre belirlenmesine ilişkin sözleşmenin geçerliliğini resmi şekilde yapılmış olmasına bağlamaktaydı. Bkz.: BECKER, Md. 220 N. 1; GÜMÜŞ, s. 172.

⁵⁰ AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 294; GÜMÜŞ, s. 172; NÖMER / ERGİN, s. 165.

⁵¹ TBK. m. 245 hükmüne karşılık, taşınmazın tesliminin tescilden sonraki bir zamanda yapılmasının kararlaştırıldığı hallerde hasarın geçişinin teslim daha sonra gerçekleşse dahi sözleşmeyle kararlaştırılan vadede geçeceğini içeren eBK. m. 216 hükmüne ilişkin olarak bkz.: GÜMÜŞ, s. 144.

değil, bağımsız bölümün alıcıya herhangi bir sebeple teslimi ile birlikte gerçekleşecektir. Hatta satıcının, bağımsız bölümü tahliye etmesi halinde dahi teslim anına dek hasar alıcıya geçmeyecektir⁵². Dolayısıyla teslimin tescil anında gerçekleşmediği tüm hallerde hasar teslim anı itibarıyla alıcıya geçecektir. Fakat teslimin alıcı yararına taraflarca belirlenen vadeden sonraya bırakılması halinde, *durumun gereği* vade anında hasarın alıcıya geçtiğini kabul etmek gerekir⁵³.

Türk Borçlar Kanunu m. 245/I c.II ise, satılanın tescilden sonra alıcıya teslim edileceğinin kararlaştırılması halinde hasarın teslimle birlikte geçeceğine ilişkin kuralın “*alıcının satılanı teslim almada temerrüde düşmesi durumunda da uygulanacağını*” düzenlemektedir. Satıcının taşınmazı devretmediği haller için bu hüküm hakkaniyete uygun bir çözüm sunmaktadır. Ne var ki, TBK. m. 245/I c.II hükmü lafzî olarak değerlendirildiğinde, alıcının taşınmazı teslim almada temerrüde düşmesi halinde *ortaya çıkacak olumsuz ekonomik sonuçlara katlanma* riskini satıcının taşımaya devam edeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Satıcının, taşınmazı alıcıya teslim etmek istemesine rağmen alıcının teslim almadığı durumlarda hasara satıcının katlanmaya devam etmesi, TBK. m. 106 vd. ile TBK. m. 118 - 119 hükümlerinde düzenlenen alacaklı temerrüdüne ilişkin genel hükümlerle çelişki içerisindedir⁵⁴.

Hükmün gerekçesinde işaret edilen BGB § 446’ya göre, temerrüde düşen alıcı hem maddi edim hasarını hem de karşı edim hasarı olarak *bedel hasarını* taşıyacaktır. Bir başka ifadeyle taşınmazı teslim almada temerrüde düşen alıcı, satıcının elinde iken taşınmazda hasarın gerçekleşmesi üzerine artık hem taşınmazın teslimini talep edemeyecek (maddi edim hasarı alıcıda olacak) hem de elde edemediği taşınmazın bedelini ödemek zorunda kalacaktır (karşı edim hasarı da alıcıda olacaktır)⁵⁵. Kanun hükümlerinin ifade edilmiş tarzı hükmün yorumlanmasında hareket noktası durumunda ise de hükmün amacı göz ardı edilerek yorum yapılması kabul edilemez⁵⁶. Hükmün amacı tespit edilirken

⁵² Bu durumda satıcının teslim borcunun, tayininin çıktığı anda muaccel olacağı muhakkaktır. Dolayısıyla sözleşme gereği taşınmazın alıcıya tesliminin zamanında yapılmaması satıcıya TBK. m. 112 vd. hükümlerine göre sözleşmeden kaynaklanan talep haklarının yanı sıra TMK. m. 683/II hükümlerine göre mülkiyet hakkından kaynaklanan talep haklarını sağlar. Fakat bu haklar, hasarın geçiş anı ile ilişkilendirilmemelidir.

⁵³ NOMER / ERGİN, s. 165; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 296.

⁵⁴ AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 297.

⁵⁵ ÇETİNER, s. 101; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 297.

⁵⁶ OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk – Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, İstanbul 2014, s. 67; YİBK, 27.03.1957, E. 1957/1, K. 1959/6 (RG. T. 4.2.1959; S. 10194) : “*Kanun hükümlerinin sadece kanunun lafzına göre değil, fakat hem lafzına hem de ruhuna göre tefsir edilmesi ve kanunun yalnız lafzına dayanılarak hükümlerin konuluş maksatlarına aykırı neticelere varılmasına meydan bırakılmaması, bugünkü hukuk ilminin ve tatbikatının ana kaidelerindedir.*”

kanun koyucunun komisyon ve meclis görüşmeleri ile madde gerekçelerinin dikkate alınması, aynı zamanda hükmün diğer hükümlerle ilişkisinin göz önünde bulundurulması gerekir⁵⁷. Bu bağlamda TBK. m. 245'in lafzı, hükmün gerekçesi⁵⁸ ve mehzaz düzenlemeler ile kontrol edilmelidir.

Bu değerlendirme neticesinde, alıcının taşınmazı teslim almada temerrüde düşmesi durumunda, hasarın temerrüt anında alıcıya geçeceği kabulü yerinde olacaktır⁵⁹. Bu sonuç, hem TBK. m. 208/II hükmüyle hem de alacaklı temerrüdüne ilişkin genel hükümlerle uyumludur. Bu itibarla TBK. m. 245/I c.II hükmünün özensiz bir şekilde kaleme alındığını ve gerekçesi ile çeliştiğini ifade etmek mümkündür.

Ayrıca kanun koyucu TBK. m. 245 için hükmün gerekçesinde “hükmün uygulama alanı dardır” ifadesine yer vermekle, hükmün üzerinde durmaya

⁵⁷ OĞUZMAN / BARLAS, s. 73 vd.

⁵⁸ Gerekçe şu şekildedir: “818 sayılı Borçlar Kanununun 216 ncı maddesini karşılamaktadır. Tasarının iki fıkradan oluşan 244 [TBK. m. 245] üncü maddesinde, taşınmaz satışında yarar ve hasarın alıcıya hangi anda geçeceği düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 216 ncı maddesinin kenar başlığında kullanılan “D. Menfaat ve Muhataraya” şeklindeki ibare, Tasarıda “III. Yarar ve hasar” şeklinde değiştirilmiştir. Tasarının 207 [TBK. m. 208] nci maddesinde, taşınmazlarda yarar ve hasarın, “tescil” anında alıcıya geçmesi öngörüldüğü için, 244 [TBK. m. 245] üncü maddesinin uygulama alanı dardır. Kaldı ki, tapu siciline alıcı adına yapılacak tescil, taşınırlarda zilyetlik ve mülkiyetin devri sonucunu doğuran tasarruf işlemi işlevini görmektedir. Maddede, açıklık sağlamak ve öğretilerdeki tartışmaları ortadan kaldırmak amacıyla, “tescilden sonraki bir zamanda alıcı tarafından teslim alınması için sözleşmeyle bir süre belirlenmişse” şeklinde düzeltilmiştir. Böylece, bu olasılıkta yarar ve hasarın alıcıya teslimle geçmesi söz konusu olacaktır. Meselâ, bir konut satışında alıcı adına tescil yapılmış olmakla birlikte, satıcının kendisine yeni bir konut bulması için teslimin altı ay sonra yapılacağı kararlaştırıldığında, bu süre içinde satıcının kusuru olmaksızın konut yanarsa, teslim henüz gerçekleşmediği için hasara satıcı katlanacaktır. Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile, Tasarının 207 [TBK. m. 208] nci maddesinin ikinci fıkrasında taşınır satışlarına benzer biçimde, alıcı, satılanı teslim almada temerrüde düştüğü takdirde, taşınmazın yarar ve hasarının, teslim gerçekleşmişçesine alıcıya geçeceği kabul edilmiştir. Buna benzer bir düzenleme, Alman Medeni Kanununun 446 ncı paragrafında da yer almaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında, uygulama göz önünde tutularak, teslimin tescil tarihinden sonra gerçekleştirilmesine ilişkin sözleşmelerin geçerliliği için âdi yazılı şeklin yeterli olduğu kabul edilmiştir.” Gerekçe metni için bkz. HELVACI, İlhan, **Gerekçeli – Karşılaştırmalı – İçtihatlı – Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun**, İstanbul 2011, s. 475.

⁵⁹ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 69: “... Alıcının, teslim almada temerrüdü hali de teslim ile aynı sonucunu doğurur.”

gerek duymadığı izlenimini uyandırmaktadır. Nitekim hükmün kaleme alınış biçimi de bunu teyit etmektedir. Buna karşın, hükmün uygulama alanı dar olsa dahi bu, özensiz şekilde kaleme alınmasının mazereti ve gerekçesi olamaz.

818 sayılı eBK.'nın konuyu düzenleyen m. 216'nın uygulama alanı da doktrinde tartışmalıydı⁶⁰. Mevcut düzenleme ile bu tartışmaların 6098 sayılı TBK.'nın yürürlüğü döneminde de devam edeceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla, bu tarz bir düzenleme yerine, taşınmaz satışında da genel kurala bağlı kalınarak hasarın geçişi zilyetliğin devrine bağlı kılınmış olsaydı, hüküm tartışmalardan daha uzak bir halde düzenlenmiş olurdu⁶¹.

Sürenin sona ermesine rağmen henüz teslimin gerçekleşmemesi halinde hasarın teslim anına kadar satıcıda olacağına yukarıda değinmiştik. Buna karşın TBK. m. 245/1 çerçevesinde teslimle ilişkin sözleşmeyle kararlaştırılmış süre sona ermeden önce taşınmazın teslim edilmesi halinde hasarın hangi anda alıcıya geçeceği hususu tartışmaya açıktır. Zira bu durumda bir yandan kararlaştırılan teslim yükümlülüğü henüz muaccel olmamıştır; diğer yandan ise taşınmaza ilişkin hem tescil hem de teslim gerçekleşmiştir. Kanaatimizce bu durumda, hasarın geçişine ilişkin genel hükmü içeren TBK. m. 208 hükmü ve TBK. m. 245 hükmünün gerekçesi doğrultusunda, taşınmazın teslimi ile birlikte hasarın da alıcıya geçeceği kabul edilmelidir⁶².

Taşınmazın tescilden önce alıcıya teslim edilmiş olması da bir başka ihtimal olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, henüz tescil işlemlerine başlanmaksızın⁶³ bir konut alıcıya teslim edilmişse, teslimden sonra fakat tescilden önce çıkan yangın nedeniyle konutun kullanılamaz hale gelmesi halinde meydana gelen zarara sözleşmenin hangi tarafı katlanacaktır? Doktrindeki bir görüş⁶⁴ taşınmazın tescilden önce teslim edilmesi halinde hasarın da teslim ile birlikte alıcıya geçeceğini savunurken; bir diğer görüş⁶⁵ ise TBK. m.208/1'in açık hükmü karşısında taşınmazın tescili öncesinde hasarın alıcıya geçmeyeceğini öne sürmektedir. Yukarıda⁶⁶, mülkiyetin nakli ile hasarın geçişi arasında bir uyum gözetilerek sonuca varılması gerektiğinden bahsetmiştik. Kanaatimizce bu meselede de aynı şekilde hareket edilmeli, hükümlerin açık lafzı karşısında, tescil gerçekleşmedikçe, hasarın alıcıya geçmeyeceği yönündeki görüş üstün tutulmalıdır.

⁶⁰ Tartışmalar için bkz.: YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 239 vd.

⁶¹ NOMER / ERGİN, s. 162; ÇETİNER, s. 101.

⁶² Aksi yönde: ARAL / AYRANCI, Özel Borç İlişkileri, s.176. Yazarlar, sözleşmeyle belirlenmiş süre dolmadıkça hasarın alıcıya geçmeyeceği görüşündedirler.

⁶³ "Tescil işlemlerine başlanmaksızın" ifadesi ile kastedilen, tescil talebine ilişkin TMK. m. 1022/II kapsamında bir kaydın henüz yevmiye defterine yapılmamasıdır.

⁶⁴ ÖZDEMİR, s. 377; ÇETİNER, s. 100.

⁶⁵ GÜMÜŞ, s. 145; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 295.

⁶⁶ Bkz. yuk. 2 A.

Son olarak, taşınmaz satışında hasarın alıcıya geçişi ile birlikte taşınmazın bütünleyici parçalarına ilişkin hasarların da alıcıya geçeceğini ifade etmek gerekir. Bu bağlamda, TMK. m. 684/II hükmü gereği bütünleyici parçalar ve TMK. m. 685/III hükmü gereği doğal ürünler ile TMK. 718/II hükmü gereği yapılar, bitkiler, kaynaklara ilişkin hasarlar da alıcıya geçecektir. Taşınmazın eklentisi için ise ikili bir ayrıma gidilmelidir: Taşınmaz ile eklenti arasında TMK. m. 686/II hükmü çerçevesinde bir ilişki mevcutsa, aksi kararlaştırılmadıkça -asıl şey olan- taşınmaza ilişkin tasarruflar eklentisini de kapsayacağından, taşınmaza ilişkin hasar ile birlikte eklentisine ilişkin hasarın da alıcıya geçeceği kabul edilmelidir. Buna karşın, taşınmaz ile bir başka eşya arasında hukuki bir bağ olmamakla birlikte yalnızca görünüşte bir araya getirilmiş iki farklı satış işlemi söz konusuysa taşınmaza ilişkin hasar kural olarak tescil ile, diğer eşyaya ilişkin olarak ise teslimle alıcıya geçer⁶⁷.

III. HASARIN ALICIYA GEÇMESİNİN SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Hasar ister TBK. m. 208 isterse de m. 245 uyarınca alıcıya geçsin, her iki halde de alıcı, hasarın geçişi ile birlikte bedeli ödeme borcu (*bedel hasarı*) altına girer. Bu andan itibaren alıcı, taşınmazın deprem, yangın, sel vd. doğal afetler veya iradî bir fiil; her ne sebeple olursa olsun yok olması veya zarar görmesi halinde kararlaştırılan bedeli satıcıya ödemekle yükümlüdür⁶⁸. Bu andan itibaren artık satıcı yeni bir ifa hazırlığına ya da denemesine girişmek zorunda değildir. Alıcı taşınmazı o haliyle kabul ve satış bedelinin tamamını ödemekle yükümlüdür. Bu söylenenler, hasarın alıcıya geçişinin temel sonucudur.

Ancak belirtmek gerekir ki bedel hasarı alıcıya geçmeden önce edimin ifası imkansızlaşırsa maddi edim hasarına alıcı, bedel hasarına ise satıcı katlanır ve sözleşme tasfiye sürecine girer⁶⁹. Buna göre alıcı taşınmazı talep edemeyecek, buna karşın satış bedelini ödeme borcundan da kurtulacaktır. Diğer taraftan satıcı ise taşınmazı tescil/teslim borcundan kurtulacak, buna karşın taşınmazın bedelini ise talep edemeyecektir. Bu durum, TBK. m. 136/II c.I hükmünün doğal bir sonucudur. Dolayısıyla hasarın alıcıya geçişi ile bedel hasarına satıcının değil, alıcının katlandığı haller kastedilir.

B. Yararların Geçişi

Türk Borçlar Kanunu m. 208 ve m. 245 bağlamında taşınmaz satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin ölçütler ve genel olarak bedel ödeme

⁶⁷ BECKER, Md. 187, N.3 ve Md. 220, N.2.

⁶⁸ ORUÇ, s. 356.

⁶⁹ ORUÇ, s. 322.

borcu yukarıdaki gibi olmakla birlikte, hasarın geçişiyle birlikte taşınmaza ilişkin yararlar da alıcıya geçecektir. Hasar ile eşzamanlı olarak yararın da alıcıya geçmesi, Roma Hukukundan beri gelen «secundum naturam est comoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda» ve «ubi periculum, ibi lucrum» ilkelerinin bir gereğidir⁷⁰. Yarar kavramından ise TMK. m. 685/II anlamında doğal ve hukuki ürünlerin anlaşılması gerekir. Örneğin, kira sözleşmesine konu olan bir taşınmazda, hasarın alıcıya geçmesi ile birlikte “*yarar*” olarak kira bedelleri de alıcıya geçecektir. Nitekim TBK. m. 310/I hükmü de bu yönde düzenleme içermektedir: “*Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur.*” Görüldüğü üzere, kira sözleşmesine konu taşınmazın mülkiyeti her ne sebeple olursa olsun⁷¹ el değiştirdiği takdirde kanun koyucu, yeni maliki (alıcıyı) kira sözleşmesinin tarafı haline getirmektedir. Hatta kanun koyucu, TBK. m. 351 ile yeni malikin kira sözleşmesini feshini belirli şartlara bağlamak suretiyle bu yükümlülüğü pekiştirmiştir. Dolayısıyla; TBK. m. 208 ve 245 çerçevesinde taşınmaz satışında yarar ve hasarın alıcıya geçişi ile birlikte, daha önceki malikin hak, borç ve yükümlülükleri ileriye etkili olarak yeni malike geçecektir. Buna göre; daha önce doğmuş hasarlara satıcı (eski malik) katlanacağı gibi, doğmuş olan kira veya faiz geliri gibi yararlar da satıcıya ait olacaktır. Buna karşın taraflar, hasar ve yararın geçişini birbirinden ayırarak, kanunda öngörülenin aksini kararlaştırabilirler. Örneğin, bedel hasarının alıcıya geçmesine rağmen kira alacağının satıcıda kalmasını ya da tam tersi bir şekilde, taşınmazın zilyetliğinin alıcıya teslimine rağmen hasarın belirli bir süre daha satıcıda kalması yönünde sözleşme yapabilirler⁷².

C. Yükümlülüklerin Geçişi

Taşınmaz satışında hasar ve yararın geçişine bağlı ortaya çıkan sonuçlardan bir diğeri ise taşınmaza ilişkin yükümlülüklerin geçişi hususudur. Gerçekten de taşınmaz satış sözleşmesinin yapılması ile taşınmazın alıcıya teslimi arasında geçen süre içerisinde taşınmaza ilişkin birtakım yükümlülüklerin ortaya çıkması muhtemeldir. Bu durumda, yükümlülükler hangi tarafın katlanacağı sorunu gündeme gelecektir.

⁷⁰ SCHÖNLE, Art. 185 N. 13.

⁷¹ TBK. m. 310/I kapsamında mülkiyetin el değiştirmesi ile kastedilen, hukuki işleme dayalı ve cüzi halefiyet ilkeleri çerçevesinde gerçekleştirilen bir mülkiyet değişikliğidir. Dolayısıyla mülkiyetin el değiştirmesine sebep olan borçlandırıcı işlem satış olabileceği gibi, trampa veya bağışlama da olabilir. Şirket birleşmeleri veya devralınması ile miras yoluyla mülkiyetin el değiştirmesi gibi küllî halefiyet ilkeleri çerçevesinde gerçekleşen devirlerde ise halefler kiralananın mülkiyeti ile birlikte kiraya verenin hak ve borçlarını yükümlendiklerinden, TBK. m. 310/I hükmü kapsamı dışındadırlar. Bkz. YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 422 vd.

⁷² SCHÖNLE, Art. 185 N. 13.

Yükümlülükler sözleşmenin hangi tarafının ne zamandan itibaren katlanacağı sorusuna geçmeden önce özellikle belirtmek gerekir ki bu başlık altında “yükümlülük” kavramı ile kastedilen, kamu otoritesinin zorlaması ile ortaya çıkan birtakım masraflardır⁷³. Bunlara, taşınmaza ilişkin dönemsel olarak ödemekle yükümlü olunan DASK (Doğal Afet Sigortası), Emlak Vergisi, Çevre Temizlik Vergisi gibi yükümlülükler örnek gösterilebilir. Buna karşın yangın, fırtına, sel, fırtına gibi doğal afetlerde taşınmazda oluşacak muhtemel zararların tazmini için yaptırılan ihtiyarî sigorta (kasko) veya satış sebebiyle tahakkuk eden vergiler yükümlülük kapsamında değildir⁷⁴. Ayrıca, satıcının şahsından kaynaklanan birtakım masraf ve cezalar da bu kapsam dışındadır. Çünkü bunların her biri, kamu otoritesinin zorlaması sonucu doğmamış, malikin şahsından ileri gelen birtakım *masraflardır*. Dolayısıyla bu tür masraflar, hasar ve yararın alıcıya geçişinden bağımsız olarak satıcıda kalmaya devam eder⁷⁵. Çünkü bu tür giderler, sözleşmeye konu taşınmazın satışı ile ilişkilendirilemeyeceğinden, yükümlülüğün alıcıya geçişinden bahsetmek de mümkün olmayacaktır⁷⁶.

Yükümlülüğün kapsamına ilişkin yukarıdaki açıklamalarımızdan sonra konuya geriye dönecek olursak; TBK’da satış sözleşmesinde yükümlülüklerin geçişine ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Incoterms A6/a-B6/a’de ve Alman Medeni Kanunu (BGB § 446)’nda ise bu sorun, hasar ile birlikte satılana ilişkin yükümlülüklerin de alıcıya geçmesi şeklinde çözüme kavuşturulmuştur⁷⁷. Mevzuatın İBK’da bununla ilgili bir hüküm bulunmamasıyla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında, bu yükümlülüklerin sağlanan yararın bir karşılığı olduğundan yola çıkılmakta; hasar ve yararın geçişi ile birlikte yükümlülüklerin de alıcıya geçeceği kabul edilmektedir⁷⁸. Kanaatimizce TBK bakımından da taşınmazın hasar ve yarar ile birlikte yükümlülüklerin de alıcıya geçeceğini kabul etmek hakkaniyetli bir çözüm olacaktır⁷⁹. Elbette tarafların, hasar ve yararın geçişi ile yükümlülüklerin geçişi anını birbirinden ayıran farklı bir anlaşma yapmaları mümkündür. Bu durumda yükümlülüğün geçişi, tarafların yaptıkları anlaşma çerçevesinde alıcıya geçecektir.

⁷³ ORUÇ, s. 372.

⁷⁴ ORUÇ, s. 372.

⁷⁵ GIGER, Hans, **Berner Kommentar - Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 216-221 OR , Band/Nr. VI/2/1/3**, Heinz Hausheer (Hrsg.), Bern 1997, Art. 220, N. 31.

⁷⁶ WESTERMANN, in: **Münchener Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band III: Schuldrecht – Besonderer Teil I §§ 433-534, Finanzierungsleasing, CISG, 7. Aufl.**, Verlag C.H. Beck, München, 2016, § 446 BGB, N.5; N. 13.

⁷⁷ MüKoBGB / WESTERMANN, N. 13.

⁷⁸ OFK/ATTESLANDER – DÜRRENMATT, Art. 220, N. 3; BGE 12 III E. 4-a.

⁷⁹ ORUÇ, s. 372.

DASK (Doğal Afet Sigortaları Kurumu) sigortası, ihtiyarî sigorta (kasko) veya satış sebebiyle tahakkuk eden bir vergi değil, tasarruf işleminin gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan ön şart niteliğinde olduğundan, yükümlülüğe örnek olarak gösterilebilir. Bir başka ifadeyle; taşınmaz satış sözleşmesinin yapılabilmesi için öncesinde tamamlanması gereken bir zorunluluktur. Buna göre, Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamındaki bağımsız bölümler, tapuya kayıtlı ve özel mülkiyete tâbi taşınmazlar üzerinde mesken olarak inşa edilmiş binalar, bu binaların içinde yer alan ve ticarethane, büro ve benzeri amaçlarla kullanılan bağımsız bölümler ile doğal afetler nedeniyle devlet tarafından yaptırılan veya sağlanan kredi ile yapılan meskenler, sigorta bedeline, deprem bölgesine ve yapı tarzına göre hesaplanan zorunlu sigorta primi malik veya intifa hakkı sahibi tarafından her yıl ödenir; ayrıca taşınmaza ilişki tescil işlemleri DASK sigortası primi ödenmedikçe tapu müdürlüklerince gerçekleştirilmez⁸⁰. Hasarın geçışı meselesi bağlamında, bu tür yükümlülükler kimin katlanacağı da gündeme gelecektir. TBK'da buna ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, bu tür yükümlülüklerin hangi şekilde paylaşılacağına ilişkin taraflar arasında herhangi bir anlaşma mevcut değilse, hasarın geçişine ilişkin genel hükümlerin kıyasen uygulanması hakkaniyetli olacaktır⁸¹. Bu bağlamda, hasarın geçişinden önceki yükümlülükler satıcının, sonrakilere ise alıcının katlanması gerekir. Dolayısıyla, taşınmaz satışında hasar kural olarak tescille birlikte alıcıya geçeceğinden, *-taraflar arasında aksine anlaşma mevcut değilse-* tescil öncesi doğması sebebiyle bu yükümlülüğe TBK. m. 208/1 hükmüne kıyasen satıcının katlanması gerekecektir. Satılan taşınmazın tescilden sonraki bir zamanda alıcı tarafından teslim edilmesinin kararlaştırıldığı hallerde ise hasar teslimle birlikte alıcıya geçeceğinden yükümlülük de teslimle birlikte alıcıya geçecek; bir başka ifadeyle bu durumda da yükümlülüğe satıcı katlanacaktır. Taşınmazın alıcıya tesliminin tescilden önce gerçekleştirilmesi halinde ise, teslim ile tescil arasındaki sürede doğacak bir yükümlülüğün alıcı tarafından yerine getirilmesi gerekir.

Taşınmazlara ilişkin ele alınabilecek bir başka yükümlülük, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu m. 44 vd. hükümlerine göre tahakkuk ettirilen çevre temizlik vergisidir. Söz konusu kanun m. 44/l'e göre *"belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde bulunan ve belediyelerin çevre temizlik hizmetlerinden yararlanan konut, iş yeri ve diğer şekillerde kullanılan binalar çevre temizlik vergisine tabidir."* Yükümlülüğün geçişine ilişkin yukarıda yer verdiğimiz açıklamalar ışığında denilebilir ki; aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, çevre temizlik vergisine tabi olan taşınmazların satışı halinde, yarar ve hasarın

⁸⁰ Bkz. 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu (18.05.2012 tarih ve 28296 sayılı RG.) m. 1 – 10 – 11/II ve Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimatı (29.12.2012 tarih ve 28512 sayılı RG.) m. 2.

⁸¹ ORUÇ, s. 372.

alıcıya geçişi ile birlikte bu vergiyi ödeme yükümlülüğü de alıcıya geçer. Çevre temizlik vergisini ödeme yükümlülüğü karşı tarafa geçmiş olmasına rağmen bu vergiyi ödeyen satıcı ise, genel hükümlere göre alıcıya rüçû edebilecektir.

Taşınmaza ilişkin yükümlülüklerin yarar ve hasar ile birlikte alıcıya geçeceğine ilişkin kural, özel kanun hükümlerinin varlığı halinde uygulanmaz. Örneğin, 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu m. 30/VIII hükmünde, “*devir ve ferağ yapılan bina ve arazinin, devir ve ferağın yapıldığı yıl ile geçmiş yıllara ait ödenmemiş Emlak Vergisinin ödenmesinden devreden devralan müteselsilen sorumlu tutulurlar. Devralanın mükellefe rücu hakkı saklıdır*” denilmektedir. Görüldüğü üzere kanun koyucu, emlak vergisinin tahsili hususunda idareye, taşınmazın devir yılı ve önceki yıllara ilişkin tahakkuk etmiş emlak vergilerini satıcı ve alıcının her birinden alacağını tahsil etme imkanı sağlamaktadır. Dolayısıyla, yarar ve hasarın geçişinden bağımsız olarak özel kanun hükmü, taşınmazın devir yılı ve önceki yıllara ilişkin tahakkuk etmiş emlak vergilerinden satıcı ile birlikte alıcıyı da yükümlü kılmaktadır. Devirden sonra ise satıcının emlak vergisini ödeme yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Diğer taraftan alıcı, geçmiş dönemlere ilişkin emlak vergilerini ödemek zorunda kaldığı takdirde, yarar ve hasarın kendisine geçmesi anından önceki yılların emlak vergisi ödemelerine ilişkin satıcıya rüçû etme hakkı mevcuttur. Bu durumda taşınmaz satışında yarar ve hasarın geçişi ile yükümlülüklerin de alıcıya geçeceğine ilişkin ölçüt, rüçû talebinde dikkate alınacaktır. Şöyle ki; TBK. m.208 ve m. 245’e kıyasen yarar ve hasarın geçişi ile birlikte yükümlülükler de alıcıya geçeceğinden, alıcının rüçû talebi de bu andan önceki dönem için değerlendirilmelidir.

SONUÇ

Taşınmaz satış sözleşmelerine ilişkin olarak hasarın geçişi bakımından ortaya çıkan genel sonuç, TBK. m. 208 hükmü gereği hasarın, tescil işlemi ile alıcıya geçmesidir. Buna göre, borçlandırıcı işlem niteliğindeki taşınmaz satış sözleşmesinin, resmi şekil şartına tabi olması dolayısıyla tapu memuru tarafından tescille mündemiç bir şekilde gerçekleştirildiği göz önüne alındığında, taşınmaz satış sözleşmeleri bakımından borçlandırıcı işlem – tasarruf işlemi ayırımının bir önem taşımadığını söylemek mümkündür. Bir başka ifadeyle, sözleşmenin kurulması ile edimin ifası arasında geçen zaman arasında ortaya çıkan olumsuz sonuçlara kimin katlanacağı sorunundan; hasar sorunundan söz edilemez. Zira sözleşmenin kurulması ile edimin ifası (tescil) kural olarak aynı anda gerçekleşir.

Taşınmazlarda hasarın geçişi meselesi, esasen tescil ile teslimin farklı anlarda olduğu hallerde ortaya çıkacaktır: TBK. m. 245 hükmüne göre taşınmazın alıcıya tesliminin tescilden sonraki bir zamanda yapılacağı yazılı olarak kararlaştırıldığı hallerde hasarın geçişi *tescille değil teslimle*

gerçekleşecektir. Esasen bu durumda taşınmaz satış sözleşmesi ile tescil yine birbirinden ayrılmamaktadır. TBK. m. 208'in aksine TBK. m. 245 arasındaki fark taşınmazın teslimi hususundadır ki bu, hasarın geçişini istisnaen tescile değil teslimine bağlı kılmaktadır.

Hasarın geçişi ile birlikte alıcı, taşınmazı sözleşmede kararlaştırılan şekilde teslim alamasa dahi satış bedelinin tamamını ödemek zorundadır. Hasarın geçiş anı, yarar ve yükümlülüklerin geçişi bakımından da esas alınmalı ve bu ana göre yarar ve yükümlülükler paylaştırılmalıdır.

KAYNAKÇA

ACAR, Hakan, **Uluslararası Satışlarda Hasar Riskinin Geçişi**, İstanbul 2009.

AKINTÜRK, Turgut, **Satım Akdinde Hasarın İntikali**, Ankara 1966.

AKKANAT, Halil *"Gefahrtragung beim internationalen Versandungskauf nach UN-Kaufrecht"*, **Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul, Vol. 35, No.52**, İstanbul 2003, s. 269 – 281.

ALTAY, Sabah, **Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi**, İstanbul 2008.

ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, **Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri**, 9. Bası, Ankara 2012.

ATAMER, Yeşim M., *"Taşınır Satımı Sözleşmesi" (Taşınır Satımı)*, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (Makaleler - Tebliğler)**, İstanbul 2011, s. 187 – 221.

ATAMER, Yeşim M., *"Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı: Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK. m. 183'ün Farklı Okunması Gereği"* (Hasarın İntikali), **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'a Armağan**, İstanbul 2000, s. 131 – 167.

AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara 2014.

BECKER, Herman, İsviçre **Borçlar Kanunu Şerhi, II. Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde 184 – 551**, Ankara 1993.

BUCHER, Eugen, *Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. erweiterte Aufl.*, Zürich 1988.

ÇETİNER, Bilgehan, *"Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yasar ve Hasarın İntikali İle Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi"*, İÜHF., C. LXVII, S. 1-2, İstanbul 2009, s. 97 – 114.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 2015.

GIGER, Hans, **Berner Kommentar - Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Art. 216 221 OR, **Band/Nr. VI/2/1/3**, Heinz Hausheer (Hrsg.), Bern 1997.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I**, İstanbul 2013.

HELVACI, İlhan, **Gerekçeli – Karşılaştırmalı – İçtihatlı – Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama şekli Hakkında Kanun**, İstanbul 2011.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band III: Schuldrecht – Besonderer Teil I §§ 433-534, Finanzierungsleasing, CISG, 7. Auflage, München 2016.

NOMER, Haluk Nami / ENGİN, Baki İlkay, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I**, İstanbul 2015.

OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk – Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, İstanbul 2014.

OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, OFK - Orell Füssli Kommentar, Jolanta Kren Kostkiewicz / Peter Nobel / Ivo Schwander / Stephan Wolf (Hrsg.), 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich, 2009.

ORUÇ, Murat, **Satış Sözleşmesinde Riskin Geçişi**, İstanbul 2015.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, *“Satış Sözleşmesinde Hasar ve Yararın İntikali”*, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, İstanbul 2012. , s. 355 – 376.

SCHÖNLE, Herbert, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Teilband V/2a: Kauf und Schenkung, Erste Lieferung, Art. 184-191 OR**, Peter Gauch (Hrsg.), 3. Auflage, Zürich 1993.

ŞAMLI, Kübra Yetiş, *“Borçlar Kanunu ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali”*, İÜHF, C. LXV, S. 1, İstanbul 2007, s. 303 – 349.

TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, C. I**, Ankara 1969.

TUNÇOMAĞ, Kenan, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II**, İstanbul 1977.

YAŞAR, Tanju Oktay, **Übergang der Leistungsgefahr bei den internationalen Kaufverträgen, unter Berücksichtigung von Incoterms und WKR**, Universität Bern, Diss., Ankara 1998.

YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**; İstanbul 2014.

YENİCE, A. Özge, **Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Konvansiyonu (CISG) Hükümleri Işığında Gönderme Satımı**, İstanbul 2015.

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE LİMİTED ŞİRKETİN UNSURLARI İLE LİMİTED ŞİRKETLERDE PAY VE ORTAK KAVRAMLARI

The Elements of Limited Company, Concepts of Share and Shareholder According to Turkish Commercial Code Numbered 6102

Yrd. Doç. Dr. Serhan DİNÇ¹

Geliş Tarihi: 12.07.2016 Kabul Tarihi: 07.10.2016

ÖZET

Çalışmada limited şirketin unsurları, limited şirketlerde pay ve ortak kavramları anlatılmaya çalışılacaktır. 6102 sayılı Kanun hükümleri ışığında limited şirketin tanımı yapıldıktan sonra limited şirketin tanımında yer alan unsurlar olan kişi unsuru, ticaret unvanı unsuru, belirli ve sabit bir rakamı ifade eden esas sermaye unsuru, bir ortağın limited şirketin esas sermayesi içindeki sermaye tutarının nominal (itibâri) değerini ifade eden esas sermaye payı unsuru, ortakların sorumluluğu unsuru ve konu unsurunun tanımı yapılacak ve anılan unsurların ek ödeme (6102 s. K. md. 603-605, md. 607) ve yan edim yükümlülükleri (6102 s. K. md. 606, md. 607) kavramlarıyla bağlantıları incelenecektir. Pay kavramı çerçevesinde esas sermaye payı, ortaklık payı, ayrılma payı, tasfiye payı kısaca açıklanacaktır. Ortak kavramı bağlamında kimlerin limited şirkete ortak olabileceği ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Limited Şirketler, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Pay, Ortak.

ABSTRACT

The definition of a limited partnership in the study will be explained. The concept of shareholder in limited partnerships with shares and common concepts will be explained. Turkish Commercial Code Numbered 6102 located elements that person element in the definition of a limited liability partnership after the description of the limited partnership in light trade name element, specific and fixed a figure representing the capital element, nominal partner of the limited partnership, the amount of capital in the share capital of (as applicable), expression value that the capital share of the elements of the definition of the elements and subject elements responsibilities of the partners will be made and additional payment of the aforementioned elements (Art. 603-605, art. 607) and as performance obligations (Art. 606 and 607) will be examined in connection with the concept. Share of capital within the concept of partnership share, leaving the share of the liquidation share will be announced shortly. Who will be a partner in the limited partnership will be discussed in the context of common concepts.

Keywords: Tax evasion, participation, participation of crime, principal, abetting and aiding.

¹ Yrd. Doç. Dr. Serhan Dinç, Bozok Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Bilim Dalı. e-posta: dincserhan@hotmail.com.

1.1. Limited Şirketin Tanımı ve Unsurları

1.1.1. Limited Şirketin Tanımı

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda² doğrudan bir limited şirket tanımına yer verilmemiştir. Ancak "Kavram" başlıklı 573'üncü maddede limited şirketin nitelik ve özellikleri sayılmıştır³. Bu maddeye göre limited şirket, bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulan ve esas sermayesi belirli⁴ olan ortaklıktır⁵. Belirli olan bu sermayenin esas sermaye paylarının toplamından oluştuğu da 573'üncü maddede ayrıca belirtilmiştir. Limited şirketin kanunen yasak olmayan her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabileceği de 573'üncü maddede yer almaktadır⁶. Sermayesi az ve sadece küçük çaplı ticari alanda faaliyette bulunan limited şirketlerin uluslararası ticaret, endüstri, hizmet, sermaye ve finans piyasalarının, sürdürülebilir rekabet

² R.G. No.: 27846, Kabul Tarihi: 13.01.2011, Kanun No.: 6102, Resmi Gazete Tarihi: 14.02.2011. Yürürlük Tarihi: 01.07.2012 Değişiklik: Kanun No. 6335 (Kabul Tarihi: 26.06.2012), Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (R.G. 30.06.2012, 28339).

³ Yıldız, Ş. (2007). *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Şirketler Hukuku*. (1. Baskı). İstanbul: Arıkan Yayınevi, 67, (Limited Şirketler).

⁴ Anonim şirketlerde olduğu gibi, limited şirketin sermayesi belirlidir ve bu sermaye de esas sermaye paylarından oluşur. Ayrıca limited şirkette kayıtlı sermaye sistemi kabul edilmemiştir. Bunun sebebi az ortaklı limited şirkette sermaye artırımının zaten kolay olması sebebiyle, önemli bir kararı müdürlere bırakmanın doğru olmayacağı düşüncesidir. Onun için limited şirkette sadece klasik sermaye artırımı vardır. Kayıtlı sermaye ve şarta bağlı sermaye yoktur, [Tekinalp, Ü. (2013). *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme*. (3. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 453, (Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku); Bilgili, F., Demirkapı, E. *Şirketler Hukuku*. (8. Baskı). Bursa: Dora Yayıncılık, 326, (Şirketler)].

⁵ Poroy, R., Tekinalp, Ü., Çamoğlu, E. (2005). *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*. (10. Baskı). İstanbul: Arıkan Yayınevi, 897 vd.; Arslanlı, H., Domaniç, H. (1989). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III: Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Hisseli Komandit Şirketler*. İstanbul: Temel Yayınları, 63 vd., (Şerh).

⁶ Limited şirketlerin sigortacılık (sigorta işlemleri kastedilmektedir) yapamayacaklarına dair yasak 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda (R.G. No. : 26552, Kabul Tarihi: 03.06.2007, Kanun No. : 5684, Resmi Gazete Tarihi: 14.06.2007) öngörülen tür zorunluluğu sebebiyle tekrara düşmemek için kanundan çıkarılmıştır, [bkz. 6102 sayılı Kanun Gereğesi, md. 573]. Ancak limited şirketler 5684 s. K. md. 23 hükmüne göre sigorta acenteliği yapabilirler. Ayrıca 5411 sayılı Bankacılık Kanunu md. 7/a hükmü uyarınca bankacılık konusunda limited şirketler kurulamaz.

Bilim komisyonuna hâkim olan görüş ekonomik olmayan amaçlar için derneğin yeterli olduğudur. Buradaki ekonomik amaç hükmünün emredici olduğunu anlamaktayız. Ticaret şirketlerinin en belli başlı gayeleri, geniş anlamda kazanç sağlamak ve daha sonra da bu kazancı kendi ortaklarına paylaşmaktır. Bu sebeple bilimsel veya hayır amaçlı konular için limited şirket kurulamaz, [Doğanay, İ. (2004). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İkinci Cilt, Madde 420-815*. (4. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi, 1378, (Şerh); Bilgili/Demirkapı, Şirketler, 329; Yıldız, *Limited Şirketler*, 83].

gücünü hâiz ve güvenilir aktörleri olmaları hedefi bu sayede sağlanabilir⁷.

Ortaklar, şirket borçlarından sorumlu değildir (6102 s. K. md. 573). Sorumluluklarının sınırlarını önceden anılan hüküm sayesinde bilecek olan kişilerin limited şirkete ortak olarak katılımının daha kolaylıkla sağlanmasının mümkün olabileceği düşüncesindeyiz. Buna karşılık, ortakların sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörüldüyse, çalışma konumuzu da oluşturan, ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlü olacakları hüküm altına alınmıştır. Böylece sorumlulukların bilinmesinde 6102 sayılı Kanun'da 6762 sayılı Kanun'a nazaran açıklık sağlanmıştır. Sayılanlar dışında şirketin veya diğer ortakların ya da alacaklıların ortaktan herhangi bir talepte bulunmaya hakkı yoktur⁸.

Limited şirket "*Kavram*"ı başlıklı 573'üncü madde incelendiğinde kurucuların kişiliği, ticaret unvanı, esas sermayenin niteliği, esas sermaye payları, ortaklığın amaç ve konusu unsurlarına yer verildiği görülmektedir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan⁹ farklı olarak ortak sayısı bakımından tek kişilik limited şirketin kurulmasına da olanak tanınmıştır¹⁰; ayrıca ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri de açıkça kanuna alınmıştır.

Limited şirketin tüzel kişiliğe sahip olduğuna ise 573'üncü maddede değinilmemiştir. 6102 s. K. md. 125/ f. 1'de "*Ticaret şirketleri tüzel kişiliği hâizdir*" ifadesiyle bu husus belirtildiği için tekrara yer verilmeye kanun koyucu tarafından gerek duyulmamıştır¹¹. Dolayısıyla ticaret şirketi¹² olmasından

⁷ Tekinalp, Ü. (2005). Zorunlu Hedefler Bağlamında TTK. Tasarısı'nda Anonim Şirkete İlişkin Kuramsal ve Dogmatik Düzen. *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 4, 14, (Kuramsal ve Dogmatik Düzen); Pulaşlı, H. (2009). Limited Şirketler Hukukundaki Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar. *Batider.*, XXV (2), 2009, 38, (Güncel Gelişmeler).

⁸ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 445. Ancak ortakların alacaklılar tarafından takip edilemeyeceğinin tek istisnası 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un (Kanun No. : 6103, Kabul Tarihi: 14.01.2011, Resmi Gazete Tarihi : 01.07.2012) 24 (3). maddesidir. Bu hükme göre, ortaklar cârî hesabının tasfiye süresi geçtikten sonra ortağın tasfiye etmediği bakiye ile sınırlı olmak üzere limited şirket alacaklıları ortağı takip edebilir.

⁹ R.G. No. : 9353, Kabul Tarihi: 29.06.1956, Kanun No. : 6762, Resmi Gazete Tarihi: 09. 07. 1956.

¹⁰ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 445; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *a.g.e.*, 873; Meier-Hayoz, A., Forstmoser, P., (2007). *Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen*. (10. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag AG., 3 N. 47 ff. Ein Personen- GmbH, 1 N. 6 ff.; 10 N 125; 18 N. 29, 136.

¹¹ Bkz. 6102 sayılı Kanun Gereğesi, md. 573.

¹² 6102 s. TTK'da düzenlenen ve tüzel kişiliği bulunan şirketlere ticaret şirketleri denilmektedir. Ticaret şirketlerinin türleri 6102 sayılı Kanun'da belirlenmiştir. Buna göre, kolektif şirket (TTK. md. 211-303), komandit şirket (TTK. md. 304-328), anonim şirket (TTK. md. 329-563), sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket (md. 564-572) ve limited şirket (TTK. md. 573-

dolayı limited şirket de tüzel kişiliğe sahiptir¹³. Tüzel kişilik sıfatı ticaret siciline tescil ile kazanılır (6102 s. K. md. 588/ f. 1). Sonuç olarak, limited şirket özel hukuk bakımından ortakların kişiliğinden farklı, tek bir kişi sayılan varlık olarak kabul edilir¹⁴. Limited şirket özel hukuk tüzel kişisidir¹⁵.

Sonuç olarak, yukarıdaki açıklamaların ışığında limited şirket aşağıdaki şekilde tanımlanabilir: Limited şirket bir veya daha fazla gerçek ya da tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında yasak olmayan her türlü ekonomik amaç ve konular için kurulabilen, esas sermayesi belirli olup esas sermaye payı kıymetli evrak niteliğinde olmayan senetlere bağlanabilen¹⁶, ortakların sorumlulukları taahhüt ettikleri esas sermaye payları ve şirket sözleşmesinde yer alması koşulu ile ek ödeme ve yan edim yükümlülükleriyle sınırlı olan tüzel kişiliğe sahip bir ticaret ortaklığıdır¹⁷.

1.1.2. Limited Şirketin Unsurları

Limited şirketin tanımında temel unsurlar olarak kişi unsuru, ticaret unvanı unsuru, belirli ve sabit bir rakamı ifade eden esas sermaye unsuru, bir ortağın limited ortaklığın esas sermayesi içindeki sermaye tutarının nominal (itibârî) değerini ifade eden esas sermaye payı unsuru, konu ve müşterek gaye unsurlarının karşımıza çıkmakta olduğunu belirtmiştik¹⁸. Buna göre 573'üncü maddede yapılan limited şirket tanımında değinilen unsurların niteliğinin ise aşağıdaki şekilde olduğunu söylemek mümkündür¹⁹:

644) ticaret şirketleridir. Ayrıca Kooperatifler Kanunu'nda (R.G. No. : 13195, Kabul Tarihi: 24.04.1969, Kanun No.: 1163, Resmi Gazete Tarihi: 10.05.1969) düzenlenen kooperatif şirketler de ticaret şirketidir.

¹³ Tüzel kişiler sosyal hayatta bireylerin dağınık güçlerini bir araya toplayan onları koruyan, uğraş alanlarını genişleten ve insanların tek başlarına gerçekleştiremeyecekleri birey üstü amaçları gerçekleştiren amaç birlikleridir. Kazanç paylaşma amacı güden özel hukuk tüzel kişilerine şirket denir.

¹⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *a.g.e.*, 99.

¹⁵ Zevkili, A. (1992). *Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku*. (3. Baskı). Ankara: Savaş Yayınları, 543 vd.; Dural, M., Öğüz T. (2006). *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku*. (8. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 199-200, (Özel).

¹⁶ Yıldız, *Limited Şirketler*, 102; Moroğlu, E. (2009). *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler*. (6. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 348, (Değerlendirme ve Öneriler).

¹⁷ Yıldız, *Limited Şirketler*, 69; Moroğlu, *Değerlendirme ve Öneriler*, 257; Arslanlı/Domanıç, Şerh, 63 vd.

¹⁸ Çevik, O. N. (2003). *Limited Ortaklıklar Hukuku ve Uygulaması*. (4. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınevi, 76, (Limited); Eriş, G. (2010). *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Cilt 3*. (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 3283.

¹⁹ Çevik, O. N. (2002). *Uygulamada Ortaklıklar Hukuku*. (3. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınevi, 611, (Ortaklıklar); Pulaşlı, H. (2014). *Şirketler Hukuku Şerhi, C. II*. (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, 1999, (Şerh); Tekil, F. (1974). *Ortaklıklar Hukuku, 3. Cilt: Limited Ortaklıklar ve Kooperatifler*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Matbaası, 25 vd.; Pulaşlı, H. (2012). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Yeni Ortaklıklar Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 983, (Yeni Ortaklıklar Hukuku Genel Esaslar); Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *a.g.e.*, 873.

1.1.2.1. Kişi Unsuru

Limited şirketlerde ortak sayısı (gerçek veya tüzel kişi²⁰) en az 1²¹ en çok 50 olabilir (md. 573/ f. 1 ve md. 574/ f. 1)²². 6102 sayılı Kanun'da tek kişilik limited şirket bir gereksinim olarak görülmüştür²³. Avrupa Birliği hukukuna²⁴ uyum sağlamak amacıyla 6102 sayılı TTK'ya tek kişi limited şirket yapısı alınmıştır. Ayrıca tek kişi limited şirket yapısı uygulamadaki bazı görünüşte ortaklarla kurulan limited şirketlerden doğan kötüye kullanmalara da engel olup²⁵

²⁰ Limited şirkete ortak olabilecek kişiler için kanunda aranan tek özellik ortakların gerçek veya tüzel kişi niteliği taşımasıdır, [Bilgili/Demirkapı, Şirketler, 326; Arslanlı, H. (1962). *Ticaret Kanunu Şerhi, Limited Şirketler Birinci Kısım: (Madde 503-517)*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 28, (Şerh); Çevik, Limited, 76].

²¹ 6762 sayılı Kanun'da ise tek kişi limited şirkete izin verilmemiştir. Şirket kurulduktan sonra, ortakların sayısı bire inerse limited şirket infisah etmez (6762 s. TTK. md. 504, f. 2) ama ortaklardan birinin ya da alacaklıların isteği üzerine mahkemece şirketin feshine karar verilir, (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *a.g.e.*, 873). Yargıtay da 6762 sayılı Kanun kapsamında bunu tatbik etmektedir, [Yargıtay 11. HD. 25/9/1985 gün ve 3521/4788 sayılı kararı için bkz. Doğanay, Şerh, 1457; 11. HD. 29. 11. 1991 E. 3056/ K. 6358, Pulaşlı, H. (2005). *Şirketler Hukuku Temel Esaslar*. (3. Baskı). Adana: Karahan Yayınevi, 436, (Şirketler Hukuku Temel Esaslar)]. 6102 sayılı Kanun'da ise ortak sayısı bire düşerse fesih davası tehdidi ile karşılanılmaktadır. Bu durumda artık 574. madde uygulanacaktır. Buna göre şirketin tek kişilik şirkete dönüştüğü müdürler tarafından tescil ve ilân ettirilmelidir. Dolayısıyla şirketin devamlılığının sağlanmasına olumlu olarak hizmet etmektedir, [Bilgili/Demirkapı, Şirketler, 328; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*,153; Karahan, S. (Editör). (2012). *Şirketler Hukuku*. Konya: Mimoza Yayınları, 774, (Şirketler Hukuku)].

²² Yıldız, *Limited Şirketler*, 70; Arslanlı, Şerh, 26. Azami sınırın yani 50 ortak sayısının aşılması durumunda ya ortak sayısı 50'nin altına çekilmeli ya da şirket tür değiştirerek anonim şirkete dönüşmelidir.

²³ Benzer şekilde Alman hukukunda da tek kişilik limited şirket bir gereksinim olarak görülmüştür, (Altmeppen, H., Roth, G. (2012). *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Kommentar*. (7. Auflage). München: Verlag C.H. Beck oHG, § 1 40 ff.). Sermaye şirketlerine ilişkin üç tanımlayıcı özelliğe tek ortaklı limited şirket de sahiptir. Oy, kâr, rüçhan, tasfiye payı, bedelsiz payları edinme hakları kanunen sermayeye katılma ölçüsüne tâbidir; ortaklık malvarlığıyla sınırlıdır, limited şirketin borçları dolayısıyla ortaklar takip edilemez. Limited şirket sözleşmesinde öngörülmüşse ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini tek ortak da yerine getirmeye mecburdur, özkaynak yerini tutan ödünç rejimi tek ortağa da uygulanır. Tek ortağın birden fazla esas sermaye payı olabilir; tek ortak da ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yüklenabilir.

²⁴ Gellis, M. (2008). *Kommentar zum GmbH- Gesetz*. (7. Auflage). Wien: Linde Verlag, 20; Schmidt, K. (1991). *Gesellschaftsrecht*. (2.Auflage). Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG., 1020; Craig, P., Gráinne, B. (2003). *EU Law Text, Cases, and Materials*. (3. Edition). London: Oxford University Press, 793; Yücel, Ö. (1997). Avrupa Topluluğu Şirketler Hukukunda Yer Alan Tek Ortaklı Sınırlı Sorumlu Özel Şirketler ve Türk Hukukundaki Durum. *Ankara Barosu Dergisi*, 3, 96.

²⁵ Moroğlu, *Değerlendirme ve Öneriler*, 136-137; Tekinalp, Ü. (2007). Tarihi Gelişim İçinde Tek Ortaklı Şirketler Sorunsalı ve Türk Hukukunun Bu Konudaki Açılımı. *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Vedat Kitapçılık*, 581, (Tek Ortaklı Şirketler); Şehirli Çelik, F. H. (2007). Hukukun

perdeyi kaldırma kuramının²⁶ uygulanmasına da yardım edebilir²⁷. Yine tek bir kişinin tam olarak güven duymadığı ancak kanunen yanına bir ya da birden fazla kişiyi de alması mecbur tutularak limited şirket kurması yolu böylece kaldırılmış olmaktadır. Tek bir kişinin sadece kendisinin Türkiye'ye yatırım yapmasının da yolu bu sayede açılmış olmaktadır. Tedbirli bir tacir olarak tam olarak güven duymadığı (bir yabancı olarak başka bir ülkede yatırım yapabilir ve bu yüzden ortaklık kuracağı kişiye tam bir güven duymalı, bütün kriz ve pazar şartlarını değerlendirmeli, değişiklikleri en kısa zamanda tespit etmeli ve gerekli tedbirleri almalıdır) kişi ya da kişilerle şirket kurma mecburiyeti kaldırılmış olmaktadır²⁸. Anılan durumun da Türkiye'yi güçlü ve iş hayatında başarılı olan yabancı yatırımcılar²⁹ için yatırım yapılabilir bir ülke durumuna getirebileceğini düşünmekteyiz.

1.1.2.2. Ticaret Unvanı Unsuru

6102 sayılı Kanun md. 43'e göre limited şirketlerin ticaret unvanlarının çekirdek kısmı anonim şirketlerde olduğu gibi şirketin işletme konusuyla³⁰

Ekonomik Gerçekliğe Yanıtı: Tek Kişilik Şirketler. *Batider*, XXIV (1), 163 vd.; Dural/Öğüz, Özel, 204; Schmidt, *a.g.e.*, 1022 vd.

²⁶ Perdeyi kaldırarak sorumlu kılma bir ticaret şirketinin özellikle anonim şirket ve limited şirketin tüzel kişilik perdesini dikkate almadan, onu adeta yok sayarak perdenin altındaki ortakları yani pay sahiplerini, şirketin borçlarından sorumlu tutmak demektir. Burada şirket tüzel kişiliği kötüye kullanılmaktadır. Perdeyi kaldırma kuramının dayanakları, bir taraftan dürüstlük kuralı (MK md. 2), diğer taraftan hiç kimsenin bir hukuk kuralının arkasına sığınarak onu amacı dışında kullanamayacağıdır. Perdeyi kaldırarak sorumlu tutulmanın 6102 s. TTK. açısından dayanakları ise 338 (2), 371 (6), 408 (3), 574 (1), 616 (3), 629 (2) maddeleridir, [Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 689-692; İngiliz ve Alman hukuku için bkz. Gower, L. (1979). *Gower's Principles of Modern Company Law*. (4. Edition). London: Stevens and Sons Publishing, 112- 136; Priester, H. J., Mayer, D. (1996). *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung*. (1. Auflage). München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung,1043].

²⁷ Bkz. 573. madde gerekçesi. Bu gerekçeye biz de katılmaktayız. Uygulamada tek bir kişinin hâkimiyet sağladığı veya baskın olduğu ama 6762 s. Kanun gereği bir veya birden çok görünüşte ortakla şirket ilişkisine girmek zorunda kalan ve perdenin arkasında sadece bir kişinin ya da bir grubun olduğuna sıkça rastlanmaktaydı ve bu kişi ya da kişiler tüzel kişilik perdesine sığınarak takipten kurtulmaktaydı, (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *a.g.e.*, 98).

²⁸ Biz tacirin seçeceği ortağının ticari geçmişini tam olarak tanımamasının tedbirli ve öngörülü tacir kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Tedbirli ve öngörülü hareket ayrıca ortakların haklarının kullanılmasında ve borçlarının ifasında da geçerlidir, [Toksall, B. (1986). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*. (1. Baskı). Ankara: Sevinç Matbaası,199].

²⁹ Yabancıların limited şirket ortağı olması konusunda herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Ancak şirket sözleşmesinde ortakların vatandaşlığına ilişkin açıklamaların bulunması gerekmektedir. Ayrıca bu yabancıların Türkiye'de oturma izninin bulunması gerekmektedir, (Bilgili/Demirkapı, *Şirketler*, 328; Yıldız, *Limited Şirketler*,83).

³⁰ Limited şirketin ticaret unvanı konu ticaret unvanıdır. Bu sebeple şirketin işletme konusunun unvanında gösterilmesi gerekir, (Bilgili/Demirkapı, *Şirketler*, 332).

“limited” ve “ortaklık” ya da “şirket” kelimelerinden oluşur. Böylece ortaklığın türü üçüncü kişiler tarafından açıkça anlaşılmış olmaktadır. 6102 sayılı TTK. 46’ncı maddeye göre ek alınabilir³¹. Şirket türünü gösteren ibare “Ltd. Şti.” veya “LtdO.” gibi kısaltılarak yazılabilir. Kısaltma yapılamayacak durum ise TTK. md. 43/ f. 2’de gösterilmiştir. Buna göre, gerçek bir kişinin ad ve soyadı limited şirketin unvanında yer alıyorsa şirket türünü gösteren ibareler baş harflerle veya başka bir şekilde kısaltma yapılarak yazılamaz³². Anılan hüküm şirket ile unvanında yer alan kişiyi üçüncü kişilerin karıştırmaması, ortada şirket olmadığı izlenimi oluşturmamak için konulmuştur. Üçüncü kişiler ilk bakışta bir gerçek kişinin varlığını kısaltma sebebiyle görebilirler. Bu durumun tersine limited şirket unvanında bir tüzel kişinin ismi kullanılmış ise, şirket türünü belirtmek üzere kullanılacak ifade için bir kısıtlama yoktur³³. Burada karıştırma olasılığı görülmemiştir. Anılan hususta 6102 sayılı Kanun bugüne kadar uygulanan düzenden ayrılmamış, İsviçre Borçlar Kanunu’nun aksine ve Alman Limited Ortaklıklar Kanunu ile uyum halinde bir sınırlama yapmaksızın kural olarak tüm tüzel kişilerin limited şirkete ortak olabilmesine olanak tanımıştır³⁴. Limited şirketlerin sayısının Türkiye’de artmasının teşvik edildiği bu düzenlemeye biz de; küçük sermayenin üretime katkısının sağlanması, şahsi tasarrufların ülke ekonomisine dâhil edilmemesi sebebiyle israf edilmesinin önlenmesi, kişilerin kazançlarının kurulacak limited şirketler sayesinde artması düşünceleriyle olumlu olarak bakmaktayız³⁵.

1.1.2.3 Esas Sermaye Unsuru

Limited şirketin esas sermayesi belirli olup bu sermaye ortak veya ortaklarca taahhüt edilen esas sermaye paylarının toplamından oluşmaktadır³⁶. Nakdi

³¹ Ayhan, R., Özdamar, M., Çağlar, H. (2014). *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. (7. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 233; Ülgen, H., v.d., *Ticari İşletme Hukuku*. (3. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 319.

³² Karahan, S. (2011). *Ticari İşletme Hukuku*. (22. Baskı). Konya: Mimoza Yayınevi, 134, (Ticari İşletme); Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, a.g.e., 874.

³³ Çevik, *Ortaklıklar*, 613.

³⁴ Bkz. 573. madde gerekçesi. Alman GmbHG “Zweck” başlıklı Art. 1’de “...durch eine oder mehrere Personen...” ifadesiyle 6102 s. K. md. 573 (1) ile paralellik arz etmektedir, (Altmeppen/Roth, a.g.e., 20). Hâlbuki “Begriff” başlıklı İsviçre BK.. md. 772 ile İsviçre Tasarısı’nda “... ein oder mehrere Personen oder Handelsgesellschaften” ifadesi 573. madde ile farklılık arz etmektedir, [Handschin, L., Truniger, C. (2006). *Die neue GmbH*. (2. Auflage)]. Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 30; von Steiger, W.(1965). *Das Obligationenrecht, 5. Teil c. Art. 772- 827: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Bundesgesetz vom 30 März 1911/ 18 Dezember 1936*. (1. Auflage). Zürich: Schulthess & CO. AG. Verlag, 59; Priester/Mayer, a.g.e., 8).

³⁵ Aynı görüşte Meier-Hayoz/Forstmoser, a.g.e., § 18 Nr. 98-103.

³⁶ Siffert, R.,Fischer, M. P., Petrin, M. (2008). *GmbH-Recht*. (1. Auflage). Bern: Hrsg. Baker/McKenzie, Art. 772, Nr. 14.

sermaye Türk Lirası taahhüt edilerek ve ödenerek yerine getirilir³⁷. Aynı sermaye taşınırsa güvenilir bir kimseye tevdi, taşınmazsa şerh yoluyla teminat altına alınmalıdır³⁸. Esas sermaye belirli ve sabit bir rakamı ifade eder³⁹. 6102 sayılı TTK. sisteminde limited şirketin esas sermayesi en az 10 000 TL'dir (md.580/ f. 1)⁴⁰. Bu tutar Bakanlar Kurulu'nca on katına kadar arttırılabilir, (md. 580). Böylece şirketin niteliği ve esas sermayesi anonim şirketlerde olduğu gibi belirlenmiş ve kanun değişikliklerinden kaçınmak amacıyla Bakanlar Kurulu'na esas sermayeyi belirli oranda arttırabilme yetkisi açıkça tanınmıştır. Esas sermayenin en az tutarı olan 10 000 TL. ileride azaltma yoluyla bu miktardan aşağıya 592'nci madde gereğince indirilemez⁴¹. Esas sermaye tutarı, sabit bir rakam olarak esas sözleşmede TTK. md. 576/ f. 1 (c) gereği açıkça belirtilir⁴².

1.1.2.4. Esas Sermaye Payı Unsuru

Esas sermaye payı⁴³, bir ortağın limited şirketin esas sermayesi içindeki

³⁷ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 464.

³⁸ Buna karşın hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar ise sermaye olamaz. Vadesi gelmemiş alacaklar anonim şirketlere de sermaye olarak konulamaz, (Bilgili/ Demirkapı, *Şirketler*, 330; Yıldız, *Limited Şirketler*, 90; Karahan, *Şirketler Hukuku*, 113; 6102 s. K. Genel Gereğesi, No. 113).

³⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *a.g.e.*, 903; Yıldız, *Limited Şirketler*, 76; Karahan, *Şirketler Hukuku*, 542.

⁴⁰ Yıldız, Ş. (2005). Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Anonim ve Limited Şirketlere İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi. *BTHAE.*, 13-14 Mayıs, 95, (Anonim ve Limited).

⁴¹ Şirket sözleşmesinde yer alan ek ödeme yükümlülüğü tamamen ödenmedikçe, limited şirketin borca batık bilânçosunu iyileştirmek amacıyla esas sermayesini azaltması mümkün değildir. Bu sebebin dışında kalan esas sermaye azaltmalarında ise ek ödeme yükümlülüğünün tamamen ödenmesi şartına gerek yoktur, (Yıldız, *Limited Şirketler*, 128). Dolayısıyla azaltma kararı almanın şartı şirket sözleşmesinde ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin bir düzenlemenin hiç bulunmaması veya öngörülen ek ödemelerin tamamen ödenmesi zorunluluğudur.

⁴² Yıldız, *Limited Şirketler*, 87; Pulaşlı, Şerh, 2186; Pulaşlı, *Yeni Ortaklıklar Hukuku Genel Esaslar*, 990. 6762 sayılı TTK. md. 516 ve 517'ye göre ise limited şirketin sermayesi de, anonim şirkette olduğu gibi esas sermayedir. Esas sermaye miktarı md. 506/ f. 3'e göre sabit bir rakam olarak esas sözleşmede yazılır ve md. 516'ya göre esas sözleşme usulüne uygun olarak değiştirilmedikçe değişmez. Esas sermaye sisteminde, limited şirketin kuruluşu sırasında esas sözleşmede gösterilmesi gerektiği gibi asgari sınırı vardır ve değiştirilmesi de özel şartlara bağlı tutulmuştur. Esas sermaye limited şirkette paylara bölünmüş değildir. Bu özellik 6762 sayılı Kanun'da düzenlenen limited şirketin anonim şirketten farkını oluşturur. 6762 s. TTK. md. 503/ f. 2'ye göre limited şirket sermayesi için kıymetli evrak niteliğini haiz hisse senedi çıkarılamaması da bu özelliğin bir sonucudur. Anonim şirket hisse senedi, paylara bölünmüş sermayeyi temsilen tedavül etme imkânına sahip bulunmaktadır. Limited şirket esas sermayesi 6762 s. K. md. 507/ f.1'e göre en az beşbin (5.000) TL. olmak zorunda olup ileride azaltma yoluyla da 5.000 TL'den aşağı indirilemezdi. Esas sermaye miktarı bakımından herhangi bir üst sınır yoktur, [Arslan, İ. (2010). *Şirketler Hukuku Bilgisi*. (14. Baskı). Konya: Mimoza Yayınevi, 341; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Temel Esaslar*, 438; Poroy/ Tekinalp/Çamoğlu, *a.g.e.*, 875].

⁴³ Bir ortak birden çok esas sermaye payına sahip olabilir. 6762 sayılı Kanuna hâkim "bir ortak bir esas sermaye payı" ilkesi terk edilmiştir. Bu yeniliğin kapsamlı sonuçları vardır: (a)

sermaye tutarının nominal (itibâri) değerini ifade etmektedir. Her ortak, limited şirketin esas sermayesine, esas sermaye payı ile katılır. Limited şirkette ortak sayısı kadar esas sermaye payı bulunur ve esas sermaye paylarının birbirine eşit olması gerekmez.. 6102 sayılı Kanun'un 573'üncü maddesinde düzenlemesini bulan "esas sermaye payı" unsuru, 6762 sayılı Kanun'un 518'inci maddesinin ilk fıkrasından farklılık arz eden bir değişikliktir⁴⁴. 6762 sayılı Kanun md. 518/ f. 1'de "konulması taahhüt edilen sermaye" yanında, ondan farklı anlam taşıyan "sermaye payı" kavramına yer verilmişti. Yine anılan maddede "sermaye payı"nın "konulması taahhüt edilen sermayeye göre tayin olunacağı" hükmüne yer verilmişti⁴⁵. 6102 sayılı Kanun md. 573'te yer alan değişiklik ise terim yönünden önemli bir değişikliktir ve anılan kavram açısından terim birliği "esas sermaye payı" adıyla 573'üncü madde sayesinde sağlanmıştır.

1.1.2.4.1. Esas Sermaye Payının Senede Bağlanması

Esas sermaye pay senetleri, ispat aracı şeklinde veya nama yazılı olarak düzenlenir (6102 s. K. md. 593/ f. 2). Payı temsil eden bu senedin üzerinde, pay sahibinin önem taşıyan bazı yükümlülüklerinin ve payın devrine ilişkin sınırlandırmaların bulunması öngörülmüştür⁴⁶. Paylar için nama yazılı

Payın devredilmesi ve bir kısmının bağışlanması için bölünmesine gerek yoktur. (b) Haciz, rehin, intifa haklarını bir esas sermaye payına yükleyip, tüm ortaklığın aynı sınırlamaya tabi tutulması sakıncası bertaraf edilebilir. (c) Oyda sınırlama, ek ödeme ve yan edim yükümlülüğü bir paya özgülenebilir. (d) Bir pay imtiyazlı olabilir, (Arslanlı, Şerh, 116; Yıldız, *Limited Şirketler*, 113).

⁴⁴ 6762 sayılı Kanun'a göre ise limited şirkette esas sermaye payı, ortağın şirkete koyacağı asgari sermaye miktarını gösterir ve bu da nakitle ifade olunur. Limited şirkette sermaye, birbirine eşitliği zorunlu olmayan, en az 25 TL. veya bunun katları (50, 75 veya 100 TL.) biçiminde olması gerekir. Her ortağın sermaye payı bölünmez bir bütündür. Bölünme asgari sermaye miktarı olan 25 TL.'nin üzerinde olması kaydıyla, devir ve miras halinde mümkündür. Örneğin ortaklardan (A)'nın şirkette 200 TL.'lik payı varsa, her payın değeri 25 TL.'den aşağı olmamak kaydıyla, bu miktar devir için veya miras halinde bölünebilir. Örneğin dört mirasçı varsa her birine 25 TL.'lik pay verilmek suretiyle 200 TL.'lik payın bölünmesi mümkündür. Buna "bir ortak bir pay" ilkesi denir. Limited şirkette esas sermaye payı ile ortaklık (üyelik) payı farklı kavramlardır. Limited şirkette her ortak ancak bir paya sahip olabilir. Bu itibarla, limited şirkette esas sermaye pay ile değil, ortak sayısı ile bölünmek esasına dayanır. Pay senetlerinde olduğu gibi, sermaye payı da (hissedarların esas sermayeye iştirak miktarı) nominal (itibâri) bir değer taşır. Ortaklık (üyelik) payı her ortağın limited şirketin sermayesi içindeki sermaye miktarının nominal değerini değil, şirketteki hakların ve yükümlülüklerinin tamamını, yani yönetime, kâra, tasfiye mevcuduna katılmayı ifade eder, (Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Temel Esaslar*, 439).

⁴⁵ Bkz. 573. md. gerekçesi.

⁴⁶ Bilgili/Demirkapı, *Şirketler*, 395. Her iki senette de eğer getirilmişse, ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin, ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak şekilde düzenlenmiş rekabet yasağının ve limited şirket sözleşmesinde öngörülmüş önerilmeye muhatap olma, ön alım, geri alım ve alım haklarının açıkça belirtilmesi gereklidir, (6102 s. K. md. 593/ f.

senet çıkarılabileceğine ilişkin bu hüküm 6102 sayılı Kanun'un getirdiği yeniliklerdendir. Payı temsilen çıkarılan bu senetler, anonim şirketlerdeki pay senetlerinin özelliklerine sahip değildir. Senet çıkarılmış olsa bile payın devri şirketin iznine bağlıdır⁴⁷. Ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri şirket sözleşmesinde zorunlu tutulduysa anılan yükümlülüklerin ayrıca nama yazılı senetlerde açıkça belirtilmesi gerekir. Bu zorunluluk durumu 6102 sayılı TTK. md. 593/ f. 2'de yer almaktadır. Ayrıca bu durum, 6102 s. TTK.'nın 6762 sayılı TTK.'dan farklılık gösteren bir yeniliğidir. Bu yeni düzenleme, pay senedinin şirket sözleşmesi ile ilişkisini de bize açıkça göstermektedir.

Esas sermaye payı, esas sermayenin itibâri değerinin diğer paylara eşit olması şart olmayan bölümünü oluşturur. Esas sermaye payı paylara bölünmüş sermayenin bir birimi olmadığı için her payın itibâri değeri değişiktir. Bir esas sermaye payının itibâri değeri en az yirmibeş lira veya katları olabilir. Pay itibâri değerini aşan bir değerle yani primli olarak da çıkarılabilir⁴⁸. Limited şirketin durumunun iyileştirilmesi, yani zararların dışarı atılması, eski payların amorti (itfa) edilmesi için gerekli ise bu değerın altına inilebilir. Bir ortağın birden fazla payı olabilir ya da esas sermaye payı birden fazla ortağa ait olabilir⁴⁹. Esas sermaye paylarının bedelleri, 6102 sayılı Kanun md. 583/ f. 5 gereği nakit veya ayın olarak veya bir alacağın takası yoluyla yahut sermaye artırımında olduğu gibi, serbestçe kullanılacak özkaynakların esas sermayeye dönüştürülmesi yoluyla ödenir. Bu kayıtların senetlerde yazılı olması açıklığı sağlamak amacıyla hizmet eder. Aynı kayıtların esas sermaye payının devrinde, devir sözleşmesine yazılması zorunluluğu da aynı amaca yöneliktir⁵⁰. 6102 s. TTK. md. 595/ f.1'de devir sözleşmesinde, ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin, rekabet yasağı ağırlaştırılmışsa veya tüm ortakları kapsayacak biçimde genişletilmişse bu hususun, önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları ile sözleşme cezasına ilişkin koşulların da belirtilmesi gerektiğini düzenlemiştir⁵¹. Ancak md. 595/ f.1'deki koşullar sözleşmede yer almıyorsa, bunun yaptırımına ilişkin bir kural getirilmemiştir. Anılan yükümlülükler rekabet yasağına ilişkin limited şirket sözleşmesi hükümleri uygulanamaz. Ayrıca anılan senetlerdeki bu husustaki kayıtlar üçüncü kişilere ileri sürülemez. 6102 sayılı Kanun'un 577'nci

2). Bu kayıtları içermeyen senet geçersizdir. Bu kayıtların senetlerde yazılı olması açıklığı sağlamak amacıyla hizmet eder. Aynı kayıtların esas sermaye payının devrinde, devir sözleşmesine yazılması zorunluluğu da aynı amaca yöneliktir.

⁴⁷ Pulaşlı, *Yeni Ortaklıklar Hukuku Genel Esaslar*, 991; Demirkapı, E. (2008). *Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri*. (1. Baskı). İzmir: Güncel Yayınevi, 5 vd., (Payın Devri).

⁴⁸ Aytaç, Z. (1988). *Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri*. (1. Baskı). Ankara: BTHAE.,186.

⁴⁹ Yıldız, *Limited Şirketler*, 165.

⁵⁰ Siffert/Fischer/Petrin; *a.g.e.*, Art. 785, No. 2; Schmidt, *a.g.e.*, 872.

⁵¹ Bilgili/Demirkapı, *Şirketler*, 338; Yanlı, V. (2003). *Limited Şirketlerde Payın Şirket Tarafından Edinilmesinde Şekil*. *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, 1, 1673 vd.; Yıldız, *Limited Şirketler*, 139.

maddesindeki kayıtlarda ticaret sicili olumlu etkisini göstermez. Dolayısıyla anılan kayıtlar 6102 sayılı Kanun'un 36'ncı maddesinden yararlanamaz.

6102 sayılı TTK'nın 583'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, limited şirket sözleşmesinde esas sermaye paylarının itibârî değerleri en az yirmibeş Türk Lirası olarak belirlenebilir. Buna karşılık 6102 sayılı Kanun limited şirketin durumunun iyileştirilmesi amacıyla bu değer altına inilmesine izin vermiştir (6102 s. K. md. 583/f.1). Limited şirketin esas sermayesini temsil eden paylar farklı itibârî değerlere de sahip olabilir (6102 s. K. md. 583/f. 2). Esas sermaye paylarının değerlerinin yirmibeş Türk Lirası veya bunun katları olması gerekir (6102 s. K. md. 583/f. 3).

Limited şirkette esas sermaye payı, bazı hakların belirlenebilmesi ve kullanılabilmesi amacıyla hesabi olarak bölünür. Payın hesaben bölünmesi, payın verdiği oy hakkının hesaplanmasına⁵² ve kâr payının belirlenmesine, rüçhan hakkı oranının belirlenmesine⁵³, tasfiye veya yıllık kâr payının bölüşülmesine, ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin uygulanmasına hizmet eder⁵⁴. Dolayısıyla esas sermaye payı ile ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri birbirlerine bağlı kavramlardır⁵⁵.

1.1.2.4.2 Esas Sermaye Payının Senede Bağlanması ile Ek Ödeme ve Yan Edim Yükümlülüğünün İlişkisi

6102 sayılı Kanun'un getirdiği yeniliklerden birisi esas sermaye payının senede bağlanabilmesidir. Payın senede bağlanması iki türlü yapılabilir: 1) Payın ispat aracı olarak senede bağlanması (6102 s. K. md. 593/ f. (2)). 2) Payın nama yazılı bir senede bağlanması (6102 s. K. md. 593/ f. (2))⁵⁶. Pay, ispat aracı olarak

⁵² Pay sahipleri, genel kurulda oy haklarını paylarının toplam itibari değeriyle orantılı olarak kullanma hakkına sahiptir, (Karahan, Şirketler Hukuku, 630; Yıldız, *Limited Şirketler*, 174).

⁵³ Rüçhan hakkı sayesinde pay sahibi, esas sermayeye katılma oranının aynı kalmasını sağlayarak malvarlıksal haklarındaki azalma nedeniyle ortaya çıkacak maddi kayıplara karşı korunur ve aynı zamanda pay sahibinin oy hakkı, dolayısıyla yönetimdeki etkinliği korunur. 6102 sayılı Kanun'a göre şirket sözleşmesinde veya artırma kararında aksi öngörülmemişse her ortak esas sermaye payı oranında esas sermayenin artırılmasına katılma hakkını haizdir. Buna göre ortaklar rüçhan haklarını kullanmadan diğer ortaklar veya üçüncü kişiler yeni payları satın alamazlar. Rüçhan hakkını kullanıp kullanmamak ortakların takdirine bırakılmıştır, [Karahan, Şirketler Hukuku, 617-618; Moroğlu, E. (2003). *Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı*. (2. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi, 131 vd., (Anonim); Bahtiyar, M. (1996). *Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı*. (1. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi, 17].

⁵⁴ Bilgili/Demirkapı, Şirketler, 349; Pulaşlı, Şerh, 2188; Nussbaum, M., Sanwald, R., Scheidegger, M. (2007). *Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht*. (1. Auflage). Bern: Cosmos Verlag, Art. 793, Nr. 4; Yıldız, *Limited Şirketler Hukuku*, 88.

⁵⁵ Karahan, Şirketler Hukuku, 806.

⁵⁶ Esas sermaye payını içeren nama yazılı senet çıkarılması, paya devir ve dolayısıyla dolaşım kolaylığı sağlamaz. Sadece ispatı ve gereğinde payın devrinde bazı kolaylıklar sağlar, (bkz.

senede bağlanmış ve anılan senette ek ödeme ve yan edim yükümlülüğü varsa bu yükümlülüklerin açıkça belirtilmesi gerekir (6102 s. K. md. 593/ f. 2). Aynı şekilde pay nama yazılı bir senede bağlanmışsa ve anılan senette ek ödeme ve yan edim yükümlülüğü varsa bu yükümlülüklerin açıkça belirtilmesi gerekir. “Bu kayıtlar niçin senette yazılı olmalıdır?” sorusuna da cevap bulunmalıdır. *Tekinalp'e* göre bu kayıtların senetlerde yazılı olması açıklığı sağlamak amacıyla hizmet eder. Yine yazara göre açıklığın sağlanması amacıyla aynı kayıtların esas sermaye payının devrinde, devir sözleşmesine yazılması gerekir⁵⁷. Şirket sözleşmesinde devredilen paya ek ödeme yükümlülüğü bağlanmış ancak bu ek ödeme yükümlülüğü devir sözleşmesinde yer almamışsa bu durumda hangi yaptırımın uygulanabileceği tartışılabilir. Bu durumda yapılan devir sözleşmesinin geçersiz olduğunu kabul etmek gerekir⁵⁸.

1.1.2.5 Konu Unsuru

Limited şirket, kanunen yasak olmayan her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabilir⁵⁹ (md. 573/ f. 3). Ancak sigortacılık (6762 s. K. md. 503 f. 2; Sigortacılık Kanunu md. 3)⁶⁰ ve bankacılık (Bankacılık Kanunu⁶¹ md. 7 (a)) faaliyeti ile uğraşamazlar⁶². Ayrıca bir holdingin limited şirket olarak

6102 s. K. md. 593/ f. 2 gerekçesi).

⁵⁷ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 369.

⁵⁸ Honsell, H., Vogt, P. N., Watter, R. (2012). *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*. (4. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, Art. 774, No.4; Demirkapı, *Payın Devri*, 218; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalınca Hazırlanan Görüş. (2005). *Batider*, XXIII (2), 235-236; Yargıtay 11. HD. 12.06.2001 T. ve E.2001/3564, K. 5388, Doğanay, Şerh, 1415.

⁵⁹ 6762 s. K. md. 503/ f. 3'e göre ise limited şirketler, anonim şirketler gibi (md. 271), kanunlarda yasaklanmamış her türlü iktisadi maksat ve konularda faaliyette bulunmak için kurulabilirler. Ancak, sigortacılık (md. 503/f. 3) ve bankacılık yapamazlar (4491 sayılı Bank. K. md. 7/ f. 2a). Şirketin haklardan yararlanma ehliyeti de, esas sözleşmede yazılı bulunan, işletme maksat ve konusu ile sınırlıdır. Konu dışı işlemler hukuken yok sayıldıklarından, şirketi bağlaması da söz konusu olmaz, (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *a.g.e.*, 877; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Temel Esaslar*, 441). Hem şirketle ticari münasebete giren kimseleri korumak ve hem de bunların mevzu dışı muamele yapmalarını peşinen önlemek bakımından, şirketin iştiğal konusunu açık ve kesin bir şekilde belirten, müteamel bir ibarenin şirketin unvanında yer almış olması, sınırlı ehliyet sisteminin gerektirdiği bir sonuçtur, (Doğanay, Şerh, 1385). Şirketin esas sermayesi de tıpkı iştiğal konusu gibi, sicile tescil ve ilâna tabidir, (6762 s. K. md. 515). Keza, esas sermayenin artırılması ve eksiltilmesi de ancak sözleşmenin değiştirilmesi ile mümkün olur, (6762 s. K. md. 513-517, 539/f. 1; Doğanay, Şerh, 1386).

⁶⁰ R.G. No. : 26552, Kabul Tarihi: 03.06. 2007, Kanun No. : 5684, Resmi Gazete Tarihi: 14.06.2007.

⁶¹ R.G. No. : 25983, Kabul Tarihi: 19.10.2005, Kanun No. : 5411, Resmi Gazete Tarihi: 01.11. 2005.

⁶² Bazı işlemlerin yapılabilmesi (bankacılık, özel finans kurumu, aracı kurum, döviz alım – satımı, genel finans şirketleri, bağımsız dış denetleme, sigortacılık) zaten anonim şirketlere

kurulamayacağını da belirtmek gerekir. Holding⁶³ anonim şirket olarak kurulur⁶⁴. Şirket sözleşmesinde şirketin işletme konusunun nelerden ibaret olduğu açıkça gösterilmelidir (md. 576/ f. 1 (b))⁶⁵. Limited şirket, 6102 sayılı Kanun md. 125/ f. 2 hükmü uyarınca, Türk Medeni Kanunu'nun⁶⁶ 48'inci maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilir⁶⁷.

1.2 Limited Şirkete Uygulanacak Hükümler

Limited şirketlere dair işlerde uygulanacak hükümler ve uygulama sırası aşağıda gösterilen şekildedir: Mevzuatta yer alan emredici hükümler, limited şirket sözleşmesi hükümleri, 6102 sayılı Kanun md. 573-644⁶⁸, 6102 sayılı Kanun

tanınmıştır ve özel mevzuatta düzenlenmiştir, (Arslan, *a.g.e.*, 343; Bilgili/Demirkapı, *Şirketler*, 329). Dolayısıyla 6102 sayılı Kanun'da sigortacılık faaliyetinin belirtilmemesi ve tekrara gerek duyulmaması bize göre genel norm (*lex generalis*) ve özel norm (*lex specialis*) hiyerarşisi açısından da isabetli olmuştur, (Edis, S. (1987). *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*. (3. Baskı). Ankara: AÜHF. Yayınları, 60).

⁶³ Holding, tröst (tekelleşme) kurma amacıyla gerçekleştirilen şirketler topluluğunu ifade eden bir terimdir. Holdinglerin amacı; başka şirketlerin sermayelerine katılmak, onlara ortak olmak yolu ile kendi sermayelerine kâr sağlamaktır. Bir şirket grubu içinde söz sahibi olan şirket ana şirket; sermaye yatırılan şirketlere de bağlı şirket ya da yavru şirket denir. 6102 s. K. md. 195/ f. 4'e göre hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, anılan hâkim şirketle birlikte şirketler topluluğunu oluşturmaktadır. Burada hâkim şirketler, ana şirket konumundadır. Yine burada bağlı şirketler yavru şirket konumundadır.

⁶⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *a.g.e.*, 877.

⁶⁵ Yıldız, *Limited Şirketler*, 87.

⁶⁶ R.G. No. : 24607, Kabul Tarihi: 22.11.2001, Kanun No. : 4721, Resmi Gazete Tarihi: 08.12.2001, Yürürlük Tarihi: 01. 01. 2002.

⁶⁷ Zevkililer, *a.g.e.*, 533 vd.; Pulaşlı, Şerh, 2198.

⁶⁸ 6102 sayılı Kanun limited ortaklığı "*Ticaret Şirketleri*" başlıklı ikinci kitabının altıncı kısmında düzenlemiştir. Altıncı kısım beş bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm "*Tanım ve Kuruluş*" başlığını taşımaktadır, (md. 573-588). İkinci bölüm "*Şirket Sözleşmesinin Değiştirilmesi*" başlıklıdır, (md. 589-592). Üçüncü bölüm ortakların hak ve borçlarını düzenlemektedir, (md. 593-615). Ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri 603-607. maddelerde, üçüncü bölüm içinde yer almaktadır. Dördüncü bölüm ortaklığın organları başlıklıdır, (md. 616-635). Beşinci bölüm ise "*Sona Erme ve Ayrılma*" başlıklıdır ve bu konuları ele almaktadır, (md. 636-644).

6102 sayılı Kanun'un limited şirketlere ilişkin hükümlerinin büyük çoğunluğunun emredici olduğu 579. maddede açıkça belirtilmiştir. Anılan maddeye göre "*Şirket sözleşmesi, bu kanunun limited şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça cevaz verilmişse sapabilir*". 577. maddede yer almamakla birlikte, emredici olan hükümler, sorumluluğa (6102 s. K. md. 573, 602), ortak sayısının üst tavanına (6102 s. K. md. 574), ekonomik amaca (6102 s. K. 573) sermaye paylarının gruplara ayrılmasına ve imtiyazlara (6102 s. K. md. 576 (1); yazılı şekle (6102 s. K. md. 575), zorunlu içeriğe (6102 s. K. md. 576), bağımsız denetime (Limited şirkette ayrı bir denetim organı bulunmaz. Ortaklığın denetimi bir veya daha fazla bağımsız denetçi tarafından gerçekleştirilir. 6102 s. K. 635), finansal raporlamaya (6102 s. K. md. 610), ek ödemelere (6102 s. K. md. 603), yan edim yükümlülüklerine (6102 s. K. md. 606), sermayenin korunmasına (6102 s. K. md. 128, 578,

md. 124-210 (ticaret şirketleri genel hükümler), Türk Medeni Kanunu'nun tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri (md. 47-51), 6102 sayılı Kanun'da hüküm yoksa 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun⁶⁹ adı şirket hükümleri (6098 s. B.K. md. 620/ f. 2), 6102 sayılı TTK.'daki diğer hükümler, ticari örf ve âdet⁷⁰ (6102 s. K. md. 1/ f. 2), genel hükümler (6102 s. K. md. 1/ f. 2). Şirket sözleşmesinde yer alması mümkün olabilecek bilinçli ya da bilinçsiz boşluklar⁷¹ ya da muhtemel eksiklikler borçlar hukuku yardımıyla tamamlanır⁷². Ayrıca kanunda ve sözleşmede bulunma ihtimali olan boşluklar dürüstlük kuralına dayanan tamamlayıcı bir yorumla giderilir. Söz konusu boşluğun doldurulmasında dürüstlük kuralını ve güven teorisini esas alacak olan hâkim, "*Taraflar, sözleşmenin kurulması sırasında uyuşmazlık çıkabileceğini ve sözleşmede bu konuda bir boşluk olduğunu öngörmüş olsalardı dürüst ve mâkul düşünen kişiler olarak hangi çözüm üzerinde anlaşmış olurlardı?*" sorusunun cevabını araştıracaktır⁷³.

1.3 Limited Şirketlerde Pay ve Ortak Kavramı

1.3.1 Payın Tanımı

Pay ya da hisse kavramı, sermaye şirketlerine özgü olan önemli ve temel bir kavramdır. Limited şirketler yönünden pay terimi birbirinden farklı nitelikte iki ayrı anlama gelecek şekilde kullanılır. Birinci anlamı ile pay, şirket esas sermayesinin belirli hisselerle bölünmüş kısımlarını yani miktarlarını ifade eder. Bu anlamı ile pay, "*esas sermaye payı*"⁷⁴, "*temel katılma payı*"⁷⁵ olarak

581, 582, 583 (5), 601, 609, 611) ilişkindir.

⁶⁹ R. G. No. : 27836, Kabul Tarihi: 11.01.2011, Kanun No. : 6098, Resmi Gazete Tarihi: 04.02.2011. Yürürlük Tarihi: 01.07.2012.

⁷⁰ Ülgen, v.d., *a.g.e.*, 97 vd.

⁷¹ Boşluk kavramından gerekli düzenlemedeki eksiklik anlaşılmaktadır. Bilinçli boşluk hukuki sorunun bilerek düzenlenmemesi durumunda söz konusu olur. Bilinçli olmayan boşluk ise bilmeden boşluk bırakılması durumunda söz konusu olur, [Egger, A., Escher, A., Haab, R., Oser, H. (1948). İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, Md. 1-89. (çev.Volf Çernis). (2. Baskı). Ankara: Yeni Cezaevi Basımevi, 65-66, (Kişinin Hukuku); Edis, *a.g.e.*, 63, 133; Eren, F. (2012). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. (14. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 475].

⁷² Aynı görüşte Eren, *a.g.e.*, 237, 475; Egger, A., Arnold, E., Robert, H., Oser, H. (1948). İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Kişinin Hukuku İkinci Kısım Tüzel Kişiler, Md. 52-89. (çev.Volf Çernis). (1. Baskı). Ankara: Yeni Cezaevi Basımevi, 16, (Tüzel Kişiler); Schmidt, *a.g.e.*, 838. Borçlar hukuku kişiler arasındaki borç ilişkilerini düzenler. Borçlar hukuku borç ilişkilerinin doğum kaynaklarını, borcun sona erişini, borca aykırı davranmanın ve haksız fiillerin hukuki sonuçlarını, borcun doğum kaynaklarından biri olan sözleşmelerin kuruluşunu ve sözleşme türlerini düzenleyen mamelek hukukunun en önemli dalıdır.

⁷³ Kocayusufpaşaoğlu, N. (1968). *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*. (1. Baskı). İstanbul: Garanti Matbaası, 13, (Güven).

⁷⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *a.g.e.*, 875, N. 164.

⁷⁵ Arslanlı, Şerh, 29.

adlandırılır. Bir anlamda limited şirketin maddi ve parasal boyutunu oluşturur. Birinci anlamıyla pay, limited şirketin maddi boyutunu oluşturan ve şirket esas sermayesinin belirli hisselerle bölünmüş miktarını ifade eden bir kavram olarak tanımlanabilir. İkinci anlamı ile pay, bir ortağın bu sıfatla sahip olduğu hak ve borçların tümü ve bu tümü ifade eden “*pay sahipliği (ortaklık) mevkii*” olarak tanımlanabilir⁷⁶. Bu anlamıyla pay daha geniş, edime ilişkin bir boyut ve çap kazanmaktadır. Edime ilişkin bir boyut ve çap kazandığı için ek ödeme yükümlülüğü ve yan edim yükümlülüğü bu ikinci anlamdaki pay kavramıyla bağlantılıdır. Anılan yükümlülükler bu anlamdaki payın bir parçasını oluşturur⁷⁷.

1.3.1.1 Esas Sermaye Payı

“*Esas sermaye payı*” anlamı ile pay, ortağın esas sermayeye iştirakinin miktarını ifade eder. Sermaye şirketlerinde, şirket sözleşmesinde belirli bir meblağ ile belirtilen esas sermaye kısımlara ayrılır, ortaklar kısımlara ayrılmış bu esas sermayeye taahhütlerine göre (6102 s. K. md. 583) iştirak ederler. Ayrılan bu kısımlar, anonim şirketlerde pay (6102 s. K. md. 484), limited şirketlerde esas sermaye payı olarak adlandırılmıştır. Limited şirket, esas sermayeyi ortak sayısına bölmek sistemi üzerine oturtulmuştur⁷⁸. Bir ortak birden fazla esas sermaye payına sahip olabilir (md. 583/ f. (3)). Limited şirkette pay konulan sermayeyi gösterir ve esas sermayenin bir parçasını oluşturur. Limited şirkette esas sermaye payı, bazı hakların belirlenebilmesi ve kullanılabilmesi amacıyla hesabî olarak bölünür. Payın hesaben bölünmesi; payın verdiği oy hakkının hesaplanması⁷⁹, temettünün belirlenmesi⁸⁰, ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin uygulanması konularına hizmet eder. Payın hesaben bölünme oranına göre ortakların ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin kapsamı belirlenir⁸¹.

6102 sayılı Kanun’un 583’üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, limited şirket sözleşmesinde esas sermaye paylarının itibârî değerleri en az yirmibeş Türk Lirası olarak belirlenebilir. Buna karşılık kanunda limited şirketin durumunun iyileştirilmesi amacıyla bu değer altına inilmesine izin verilmiştir (6102 s. K. md. 583/ f.1). Bu izin, şirketi bir anlamda ayakta tutmak için alınan kanuni bir tedbirdir⁸².

⁷⁶ Çevik, *Limited*, 211; Yıldız, *Limited Şirketler*, 79.

⁷⁷ Wicke, H. (2011). *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG.)*, *Kommentar*. (2. Auflage). München: Verlag C.H. Beck, § 14, Nr. 2; Nussbaum/Sanwald/Scheidegger, *a.g.e.*, Art. 784, Nr. 1.

⁷⁸ Tekil, *a.g.e.*, 5; Pulaşlı, *Yeni Ortaklıklar Hukuku Genel Esaslar*, 983; Eriş, *a.g.e.*, 3283.

⁷⁹ Karahan, *Şirketler Hukuku*, 799.

⁸⁰ Doğanay, İ. (1975). Limited Şirketlerde Ortaklık Payının Bir Başkasına Devredilmesi Koşulları Nedir? *Batider*, VIII (2), 87, (Limited).

⁸¹ 583. madde gerekçesi.

⁸² Honsell/Vogt/Watter, *a.g.e.*, Art. 774, No.1.

Esas sermaye paylarının itibarî değerleri 583'üncü maddenin 2'nci fıkrasına göre farklı olabilir. Ancak, esas sermaye paylarının değerlerinin yirmibeş Türk Lirası veya bunun katları olması şarttır. Bir esas sermaye payının vereceği oyun, 618'inci madde uyarınca itibarî değere göre hesaplanması, esas sermaye payının bölünmesi değildir⁸³. Aynı hüküm bir hakkın veya yükümlülüğün itibarî değere göre belirlendiği durumlar için de geçerlidir. 583'üncü maddenin 4'üncü fıkrasına göre esas sermaye payları itibarî değerden veya bu değeri aşan bir bedelle çıkarılabilir. 5'inci fıkraya göre ise esas sermaye payının bedeli şirket sözleşmesinde öngörüldüğü şekilde, nakit veya ayın olarak veya bir alacağın takası yoluyla yahut sermaye artırımında olduğu gibi, serbestçe kullanılacak özkaynakların esas sermayeye dönüştürülmesi yoluyla ödenir.

Limited şirkette haklar ve borçlar esas sermaye payına bağlıdır. Bu sebeple ortağın ortaklık payı, sahip olduğu esas sermaye payına göre belirlenir. Dolayısıyla ortağın esas sermaye payı ne kadar çok olursa, şirketten elde edeceği yarar da o kadar büyük olacaktır⁸⁴.

1.3.1.2 Ortaklık Payı

Ortaklık payı, sermaye payından farklı bir kavramdır. Ortaklık payı ortak ile şirket arasında, ortak olmaktan doğan bütün hukuki ilişkilerin ifadesidir⁸⁵. Bu hukuki ilişki doğrudan doğruya kişilere bağlanmıştır. Ortaklık payı ortağın şirketteki haklarının ve yükümlülüklerinin tamamını yani yönetime, kâra, tasfiye mevcuduna katılmayı, ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini ifade eder⁸⁶. Dolayısıyla ortaklık payı ile ek ödeme ve yan edim yükümlülüğü birbirleriyle bağlantılıdır. Bu anlamda ortaklık payı her ortağın limited şirketin sermayesi içindeki sermaye miktarının itibarî değerinden farklıdır. Ortağın payı, esas sermayedeki miktarı ne kadar olursa olsun bölünmez. Ancak bu kuralın bir istisnası devir veya miras hâllerinde payın bölünmesinin mümkün olmasıdır⁸⁷. Ortaklık payının tespit edilmesi amacıyla senet düzenlenebilir ancak bu senetler sadece ispat vasıtası olarak kullanılabilir. Limited şirketlerde ayrıca

⁸³ Karahan, Şirketler Hukuku, 799.

⁸⁴ Ayan, Ö. (2004). *Limited Ortaklıklarda Azınlık Pay Sahiplerinin Genel Kurulu Toplantıya Çağırma, Gündeme Madde Eklenmesini İsteme ve Sorumluluk Davası Açma Hakları*. (1. Baskı). İzmir: Güncel Yayınevi, 4.

⁸⁵ Yıldız, *Limited Şirketler*, 79; Topuz, G. (2009). *Hisse Haczi ve Satışı*. (1. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 268; Erdem, E., Göksoy, Y. (2000). Limited Şirkette Payın Rehni. *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını*, 571; Dönmez, M. (2011). *Anonim ve Limited Şirketlerde Hisse Haczi ve Paraya Çevrilmesi*. (4. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 126.

⁸⁶ Yanlı, *a.g.m.*, 674; Yeniocak, U. (2009). *Anonim ve Limited Şirket Hisselerinin Haczi*. (1. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 79.

⁸⁷ Berzek, A. N. (1995). Limited Ortaklıkta Payın Cebri İcra Yolu ile Ele Geçmesi. *Yaklaşım Dergisi*, 29, 51; Göç, D. (1997). Limited Şirkette Payın Miras ve Karı-Koca Mallarının İdaresi Hâllerinde İntikali. *Yaklaşım Dergisi*, 57, 100; Arslanlı/Domaniç, Şerh, 334.

ortaklık payına ilişkin olarak eşitlik ilkesi söz konusudur⁸⁸. Eşitlik ilkesi, bütün ortaklık paylarının değil aynı kategoriye ait payların aynı koşullar altında eşit işleme tâbi tutulmalarını, hak ve borçlara sahip olmalarını ifade etmektedir⁸⁹. Eşitlik ilkesinin aynı kategoriye ait ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri için de olması gerektiğini düşündüğümüzü de belirtmemiz gerekmektedir⁹⁰.

1.3.1.3 Ayrılma Payı

Ortak, şirketten ayrıldığı ya da çıkarıldığı takdirde, esas sermaye payının gerçek değerine uyan ayrılma payını isteme hakkına sahiptir. Şirket sözleşmesinde öngörülen ayrılma hakkı dolayısıyla, ayrılma payı farklı bir şekilde düzenlenebilir (6102 s. K. md. 641). Ayrılma payının hesaplama şekli konusunda şirket sözleşmesinde hükümler yer alabilir. Ayrılma payı konusunda anlaşma sağlanmadıysa mahkeme ayrılma payının hesaplanması konusunda karar verecektir⁹¹. Ayrılma payı; şirket kullanılabilir bir özkaynak üzerinde tasarruf ediyorsa, ayrılan ortağın esas sermaye payları devredilebiliyorsa, esas sermaye ilgili hükümlere göre azaltılmışsa ayrılma ile muaccel olur (6102 s. K. md. 642/ f. 1). Ayrılan ortağın ayrılma payının ödenmeyen kısmı, şirkete karşı, bütün alacaklılardan sonra gelen bir alacak oluşturur. Bu konu, yıllık raporda kullanılabilir özkaynak tutarının tespiti ile muaccel olur (6102 s. K. md. 642/ f. 3).

1.3.1.4 Tasfiye Payı

6102 s. K. md. 643'e göre, anonim şirketlerin tasfiye payına ilişkin 6102 s. K. md. 543 hükmü limited şirketler için de geçerlidir. Tasfiye payı hakkı vazgeçilmez bir hak değildir. Ortakların tasfiye payı imtiyazlı paylar tanınarak sınırlandırılabilir. Esas sermaye payının limited şirketin kuruluşu ve sermaye artırımının tescilinden önce ifa edilmesi gerekir. Tasfiye payı itibari değere göre ödenmelidir. Bu ödemede prim dikkate alınmaz. Tasfiye payı net malvarlığına (borçların ve ortakların sermaye taahhütlerinin ödenmesinden sonra kalan tutara) göre hesaplanır. Tasfiye payı 6102 s. K. md. 543/ f. 2'de öngörülen sürenin geçmesinden sonra ödenir. Ancak mahkemenin bu süreden daha

⁸⁸ Özel hukuka egemen olan ilkelere biri eşitlik ilkesidir, [Özsunay, E. (1982). *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*. (5. Baskı). İstanbul: Der Yayınları, 205].

⁸⁹ Önal, B. S. (2008). *Limited Ortaklıklarda Ortakların Sorumluluğu*. (1. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, 60; Karahan, Şirketler Hukuku, 794; Omağ, M. K. (1986). Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi. *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1 (1), 1-8; Yıldız, Ş. (2004). *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi*. (1. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 92-97, (Eşit İşlem); Dural/ Ögüz, Özel, 12; Eren, a.g.e., 17.

⁹⁰ Aynı düşüncede Canaris, C. W., Schilling, W., Ulmer, P. (1995). *Handelsgesetzbuch Großkommentar, Erster Band Einleitung § 1-104*. (4. Auflage). Berlin-New York: Walter de Gruyter, § 59 Rdnr.193, Rdnr. 258, (Großkommentar).

⁹¹ Bilgili/ Demirkapı, Şirketler, 426.

önce tasfiye payının ödenmesine karar vermesi mümkündür. Bu durumda mahkemenin belirlediği süre itibara alınır. Ödenmesine karar verilen tasfiye payı şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça para olarak ödenir⁹².

1.3.2 Ortak Kavramı

Limited şirkette esas sermaye payına sahip olan kişilere ortak denilmektedir. Ortaklık mevkiini pay oluşturmamaktadır. Bunun aksine ortaklık mevkiini paya sahip olan kişiler oluşturur. Ortak terimi geniş ve dar olarak iki anlam taşımaktadır. Geniş anlamı ile ortak, birlikte iş yapan ve müşterek menfaatlerle birbirine bağlı olan kişilerden her biridir. Dar anlamda ortak ise anonim, kollektif, komandit, kooperatif ve limited şirkete katılan kişilerdir⁹³. Dolayısıyla şahıs veya sermaye şirketlerine katılan her kişiye dar anlamda ortak denilmektedir.

Limited şirkete gerçek ve tüzel kişiler ortak olabilir. Limited şirkete ortak olabilecek kişiler için 6102 sayılı Kanun'da aranan tek özellik, ortakların gerçek veya tüzel kişi niteliği taşımasıdır (6102 s. K. md. 573/ f. 1). Şirket sözleşmesine konulacak hüküm ile limited şirkete ortak olacak kişilerin belirli niteliklere sahip olması kaydı konulabilir⁹⁴ ve bu belirli nitelikte olan ortaklara niteliklerine uygun olarak yükümlülükler yüklenebilir. Örneğin süt üretimiyle ilgili olarak faaliyet gösterecek limited şirkette ortağın süt üretiminde en az 10 yıllık tecrübeli olma şartı şirket sözleşmesine konulabilir ve bu ortağa belirli bir sürede ortaklığa süt temin etmesi bir yan edim olarak getirilebilir⁹⁵.

“*Limited şirketlerde ortak, ne zaman ortak sıfatını kazanacaktır ?*” sorusunun da cevaplanması gerekir. Limited şirkette ortak sıfatı kuruluşta (6102 s. K. md. 585-588) veya sermaye artırımlarında⁹⁶ (6102 s. K. md. 590-591) esas sermaye payının taahhüdüyle aslen; esas sermaye payının devralınması (6102 s. K. md. 595); miras, eşler arası mal rejimleri ve cebri icra yoluyla⁹⁷ (6102 s. K. md. 596) devren kazanılabileceği gibi birleşme (6102 s. K. md. 136-

⁹² Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 505.

⁹³ Önal, *a.g.e.*, 25; Çevik, *Limited*, 241.

⁹⁴ Örneğin öğrenim şartı, iş deneyimi şartı konulabilir, (Pulaşlı, *Yeni Ortaklıklar Hukuku Genel Esaslar*, 983; Çevik, *Limited*, 75; Eriş, *a.g.e.*, 3283; Önal, *a.g.e.*, 25).

⁹⁵ Ayrıca bkz. Kılıçoğlu, A. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 754; Eren, *a.g.e.*, 1120.

⁹⁶ Bilgili/Demirkapı, *Şirketler*, 391-392.

⁹⁷ Cebri icra mükellefiyetini yerine getirmeyen borçlunun devlet gücü aracılığıyla zorla borcunu yerine getirmeye mecbur edilmesidir. Cebri icra, aynen teslim yoluyla olabileceği gibi bedel ödenmesi şeklinde de ortaya çıkar, [Bilgili/Demirkapı, *Şirketler*, 417; Yıldız, *Limited Şirketler*, 136; İmregün, O. (2000). *Bilirkişi Raporları (1985-1986)*. (1. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000, 161; Domaniç, H. (1988). *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*. (1. Baskı). İstanbul: Temel Yayınları, 1326, (Anonim Şirketler)].

158)⁹⁸, bölünme (6102 s. K. md. 159 – 179)⁹⁹ ve tür değiştirme (6102 s. K. md. 180-190) gibi yapı değişiklikleri ile de elde edilir¹⁰⁰. Dolayısıyla ortaklık sıfatı aşağıdaki durumlarda kazanılabilir: Kurulmuşta, sermaye artırımında esas sermaye payının taahhüt edilmesinde, esas sermaye payının devralınmasında, yapı değişiklikleri gerçekleştirildiğinde.

Şirket kurulurken sermaye payı koyma taahhüdünde bulunarak şirket sözleşmesini (6102 s. K. md. 575) imzalayanlar kurulmuşta ortak olmuşlardır. Kurucu ortakların sermaye paylarında değişiklik olmadan sermayenin arttırılması suretiyle şirkete yeni ortak alınması hâlinde de, ortak olma mümkündür. Bu hâllerde, sözleşmenin sermaye miktarını belirleyen maddesi değiştirilir. Kurulmuştan sonra şirkete giren ortaklar sözleşmede öngörülmemişse, yönetici ortak durumunu kazanamazlar¹⁰¹. Bu yola asli iktisap da denilir¹⁰². Burada diğer bir şahsın aracılığına ihtiyaç olmaksızın bir malın mülkiyeti elde edilmektedir. Bir şirkette ise, ortaklık payının aslen kazanılması ortaklık hak ve sıfatının hiçbir hak sahibinden devir, miras gibi devir ve intikal işlemi olmaksızın doğrudan iktisap edilmesidir¹⁰³. Aslen iktisap beş hâlde olur. Buna göre ortaklık payı; kurulmuşta (6102 s. K. md. 585), sermaye artırımında (6102 s. K. md. 590-591), şirketin tür değiştirmesinde (6102 s. K. md. 180-189), ortaklıkların birleşmesinde (6102 s. K. md. 136-158)¹⁰⁴, şirketin bölünmesinde (6102 s. K. md. 159-179) işlemlerin tamamlanmasıyla aslen iktisap edilmiş olur. Aslen kazanmanın söz konusu olduğu beş hâlde de ticaret siciline tescil

⁹⁸ 6762 sayılı Kanun'a göre limited şirketler sadece limited şirketlerle birleşmeleri mümkün iken, 6102 sayılı Kanun ile birlikte limited şirketler diğer sermaye şirketleriyle, kooperatiflerle ve devralan şirket olmaları şartıyla kollektif ve komandit şirketlerle birleşebilmektedirler, (Yasaman, H. (2003). Şirketlerin Birleşmesi ve Bölünmesi. *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.*, I, 696; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, a.g.e., 108-122).

⁹⁹ Tekinalp, Ü. (2004). Bölünmenin Bugünkü Maddi Hukuk Cephesi. *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin Yayıncılık*, 548-550, (Bölünme).

¹⁰⁰ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 489; Taşdelen, N. (2012). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma, Çıkarılma ve Fesih*. (1. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 164; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, a.g.e., 126; Kendigelen, A. (2011). *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık,, 133; Schmidt, a.g.e., 861.

¹⁰¹ Tekil, a.g.e., 66; Çevik, *Limited*, 241; Pulaşlı, *Yeni Ortaklıklar Hukuku Genel Esaslar*, 1014; Önal, a.g.e., 29.

¹⁰² Türk Hukuk Kurumu. (1998). *Türk Hukuk Lügâtı*. (4. Baskı). Ankara: Başbakanlık Basımevi, 157.

¹⁰³ Arslanlı/Domaniç, Şerh, 334.

¹⁰⁴ Yasaman, a.g.m., 700; Türk, H. S. (1986). *Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi*. (1. Baskı). Ankara: BTHAE., 21; Mimaroğlu, S. K. (1972). *Ticaret Hukuku, İkinci Cilt, İşletme Hukuku, Ticaret Ortaklıkları Hukuku (Ortaklıklar Hukukuna Giriş-Genel Hükümler, Kollektif ve Komandit Ortaklıklar)*. (1. Baskı). Ankara: BTHAE.,132-133.

gerekir¹⁰⁵. Tescil kurucu anlamdadır; diğer bir deyişle ortaklık payının aslen iktisabı, ticaret siciline tescil ile gerçekleşir¹⁰⁶.

Devren kazanma şirketin, bir ortakdan devir alma yoluyla kazanılmasıdır¹⁰⁷. Limited şirketler hukukunda ortakların sahip oldukları ortaklık payı kanunen devredilebilir nitelikte bir haktır. Şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemişse esas sermaye payının devri için ortaklar genel kurulunun onayı şarttır¹⁰⁸. Şirket sözleşmesinde devir için şirketin onayı aranmayacağı ve devrin 595'inci maddede öngörülen şekilde yapılmasıyla gerçekleşeceği kararlaştırılabilir¹⁰⁹.

Ortaklık sıfatını aslen iktisap edenlerden veya daha sonraki sahiplerinden payı devralmak suretiyle edinmeye devren kazanma denilmektedir¹¹⁰. Burada pay, esas sermaye payı anlamında kullanılmaktadır. Payın devri, hak ve borçlarıyla bir bütün oluşturan hukuki bir ilişkinin intikalini yani geçişini ifade eder¹¹¹. Bu sebeple, ek ödeme ya da yan edim yükümlülüğü üstlenilmişse payın devri durumunda bu yükümlülükler de devralan ortağa bu yükümlülükleri bilmesi ve kabul etmesi şartıyla geçer¹¹². Devralan ortak eğer bu yükümlülükleri bilmiyorsa anılan yükümlülükler payı devralan ortağa geçmez. Ortaklar arasında payın geçişi, 6102 sayılı Kanun md. 595 ve md. 596'da belirtilen durumlarda (devir, miras, eşler arasındaki mal rejimi ve icra) söz konusudur¹¹³. Esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı şekilde yapılır ve tarafların imzaları noterce onanır (6102 s. K. md. 595/f.1). Devir sözleşmesinde, şirket sözleşmesinde bu yükümlülüklerden biri ya da her ikisi de kararlaştırılmışsa, ek ödeme ya da yan edim yükümlülüklerine ilişkin koşullar 6102 sayılı Kanun md. 595/f.1 gereği belirtilir. 595'inci madde devralan kişinin menfaatine hareket etmiştir. Bu yükümlülüklerin şirket sözleşmesine açıkça yazılması gereği ortaklık payını devralan kişinin yükümlülüklerinin neler olduğunu bilmesi gerekir. Payı devreden kişi, payı devralan kişiyi ek ödeme

¹⁰⁵ Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Aynı Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ md. 4, R.G. 31.10.2012, S. 28453.

¹⁰⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *a.g.e.*, No.1660b, 885; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Temel Esaslar*, 1038.

¹⁰⁷ Öz, T. (1988). Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri. *İÜHF.M.*, 52 (1-4), 357.

¹⁰⁸ Karahan, *Şirketler Hukuku*, 796; Schmidt, *a.g.e.*, 909.

¹⁰⁹ Pulaşlı, *Şerh*, 2215; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *a.g.e.*, 105.

¹¹⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *a.g.e.*, 476.

¹¹¹ Tekil, *a.g.e.*, 30; Bilgili/Demirkapı, *Şirketler*, 414-417; Yanlı; *a.g.m.*, 675; Arslanlı/Domaniç; *Şerh*, 219; Türk, A. (1999). Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri. *Yaklaşım*, 78, 107, (Ortaklık Payının Devri); Öz, *a.g.m.*, 364; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *a.g.e.*, 89.

¹¹² Bilgili/Demirkapı; *Şirketler*, 414; Schmidt, *a.g.e.*, 872.

¹¹³ Önal, *a.g.e.*, 29; Pulaşlı, *Şerh*, 2215; Pulaşlı, *Yeni Ortaklıklar Hukuku Genel Esaslar*, 1015; Çevik, *Limited*, 241; Bilgili/Demirkapı, *Şirketler*, 413; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar*, No. 1660c., 886.

ya da yan ödeme yükümlülüğü konusunda açıkça bilgilendirmelidir¹¹⁴. Şirket sözleşmesinde ek ödeme veya yan edim yükümlülükleri öngörüldüğü takdirde, devralanın ödeme gücü şüpheli görüldüğü için ondan istenen teminat verilmemişse, genel kurul şirket sözleşmesinde hüküm bulunmasa bile 6102 sayılı Kanun md. 595/ f. 6 gereği onayı reddedebilir. Şirket sözleşmesinde ek ödeme ve yan edim yükümlülüğü bulunduğu takdirde, şirketi korumak amacıyla devralanın ödeme gücünün şüpheli olduğu hâllerde genel kurulun onayını güvence verilmesine bağlamasına olanak sağlamıştır. Güvence verilmezse genel kurul, sözleşmede hüküm bulunmasa bile onayı reddedebilir.

Limited şirkette ortaklık sıfatının kaybedilmesi sonucunda ortaklık ilişkisinin sona ermesi, çıkma veya çıkarılma şeklinde iki yolla gerçekleşir¹¹⁵. Çıkma ve çıkarılma farklılık gösteren iki ayrı durumdur. Çıkma durumu, 6102 sayılı Kanun md. 638'de düzenlenmiştir¹¹⁶. Çıkma, ortağın kendi iradesiyle limited şirkette ayrılmasıdır¹¹⁷. Çıkma isteği bozucu yenilik doğuran haklardandır. Çıkma, tek taraflı bir irade beyanı ile gerçekleşir¹¹⁸. Şirket sözleşmesi, ortaklara şirketten çıkma hakkını tanıyabilir. Bu hakkın kullanılması belirli şartlara bağlanabilir (6102 s. K. md. 638/f.1). Çıkma ortağın şirket ile ilişkilerini çözen ve kanun ile şirket sözleşmesinin yüklediği görev ve yükümlülükleri sona erdiren bir işlemdir¹¹⁹. 6102 sayılı Kanun md. 638'e göre şirket sözleşmesi, ortaklara şirketten çıkma hakkını tanıyabilir¹²⁰ ve şirketten çıkma hakkının kullanılmasını belirli şartlara bağlayabilir¹²¹. Bunlar, çıkmanın şirkete bildiri, çıkmanın

¹¹⁴ Bkz. 595. madde gerekçesi.

¹¹⁵ Doğanay, Şerh, 1487; Erdil, E. (2010) Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma. (1. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 65 vd.; Üçışık, G. (2003). Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması. Prof. Dr. Fahman Tekil'in Anısına Armağan, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 189-207; Bilgili/Demirkapı, Şirketler, 415.

¹¹⁶ Baştuğ, İ. (1966). *Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması*. (1. Baskı). İzmir: İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını, 1 vd.

¹¹⁷ Sanwald, R. (2009). *Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH*. Zürich: Dike Verlag AG., 47; Schmidt, a.g.e., 888.

¹¹⁸ Schmidt, a.g.e., 889.

¹¹⁹ Yıldız, *Limited Şirketler*, 161; Sanwald, a.g.e., 52; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, a.g.e., 927; Baştuğ, a.g.e., 5.

¹²⁰ Karahan, *Şirketler Hukuku*, 620. Çıkma hakkıyla beraber 6102 sayılı Kanun md. 641-642 ayrılma akçesini, 6762 sayılı Kanun'un aksine, açıkça düzenlenmiştir. Ortak şirketten ayrıldığı takdirde, esas sermaye payının gerçek değerine uyan ayrılma akçesini isteyebilir. Böylece çıkan ortağın menfaati korunmuştur, (Handschin/Truniger, a.g.e., 295; Demirkapı/Yıldırım, İsviçre, 462). Gerçek değer neye göre belirleneceği hususu öğreti ve yargı kararlarına bırakılmıştır, [Dirikkan, H. Ö. (2005). *Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı*. (1. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 112 vd.; Yıldız, *Limited Şirketler*, 165]. Yıldız, gerçek değerden bilanço değerinin anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Aynı görüşte Sanwald, a.g.e., 92; Taşdelen, a.g.e., 208; Baştuğ, a.g.e., 29 vd.; Kendigelen, a.g.e., 25; Moroğlu, *Değerlendirme ve Öneriler*, 84.

¹²¹ Sanwald, a.g.e., 38; Demirkapı, *Payın Devri*, 339; Baştuğ, a.g.e., 51; Tekil, a.g.e., 65.

süresi gibi sınırlamalar olabilir¹²². Bu sebeple, ek olarak şirket sözleşmesine getirilen hükümler ortağın şirketten çıkmasını belirginleştirmektedir. Ayrıca limited şirketin her ortağı haklı sebeplerin varlığında şirketten çıkmasına karar verilmesi için dava açılabilir (6102 s. K. md. 638/f.2). Mahkeme çıkma istemi üzerine, dava süresince, davacının şirketten doğan hak ve borçlarından bazılarının veya tümünün dondurulmasına veya davacı ortağın durumunun teminat altına alınması amacıyla diğer önlemlere¹²³ karar verebilir. Bu kapsamda, dava süresince ek ödeme ya da yan ödeme yükümlülüğünden doğan borçlar da mahkeme tarafından dondurulabilir¹²⁴. Bu konuda mahkeme 6102 s. K. md. 638/f.2 hükmü gereği, istem üzerine karar verecektir. Çıkma iradesi sonucunda limited şirket ile hiçbir ortaklık bağı kalmamış bir kimsenin, ortağa ait hakları kullanması ve borçları yerine getirmesi söz konusu olamaz¹²⁵. 638'inci maddede düzenlenen çıkma müessesesi ile ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri arasında bu açıklamaların sonucunda teminat alma kararı yönünden bir ilişki görülmektedir. Ayrıca ortaklık, çıkan ortağın ortaklık yükümlülüklerini bu kapsamda ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini tespit etmek zorundadır.

Çıkarılma, ortağın iradesi bu durumun aksini istese de şirketten ilişığının kesilmesidir¹²⁶. Çıkarılma, ortağın isteği dışında ve fakat onun neden olduğu bir eylem dolayısıyla gerçekleşir. 6102 sayılı Kanun md. 640'ta iki tür çıkarılma durumu düzenlenmiştir¹²⁷. Şirket sözleşmesinde bir ortağın genel kurul kararı ile şirketten çıkarılabileceği sebepler açıkça öngörülebilir¹²⁸.

¹²² Erdil, *a.g.e.*, 25.

¹²³ Örneğin mahkeme hak ve borçları teminat altına alabilir. Borçlar teminat altına alınabileceği için ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri de bu sebeple hâkim tarafından teminat altına alınabilir. Bu önlem, yükümlülük ya da yükümlülüklerin kısmen ya da tamamen dondurulması şeklinde olabilir. Bu konuda takdir mahkemeye verilmiştir. Mahkeme somut olayın gereklerine göre kararını verecektir, (Sanwald, *a.g.e.*, 345).

¹²⁴ Bilgili/ Demirkapı, *Şirketler*, 423; Sanwald, *a.g.e.*, 345.

¹²⁵ Taşdelen, *a.g.e.*, 197.

¹²⁶ Bilgili/ Demirkapı, *Şirketler*, 424; Sanwald, *a.g.e.*, 36.

¹²⁷ Yıldız, *Limited Şirketler*, 181.

¹²⁸ Dirikkan, *a.g.e.*, 216; Taşdelen, *a.g.e.*, 209; Demirkapı/Bilgili, *Şirketler*, 339; Karahan, *Şirketler Hukuku*, 796; Arslanlı/Domanıç, *Şerh*, 769; Baştuğ, *a.g.e.*, 59-60. Haklı sebepleri ortaklar limited şirket sözleşmesinde istedikleri gibi belirleyebilirler. Haklı sebep olarak en çok kullanılabilen hâller şunlardır: Limited şirketin kötü yönetimi, birkaç yıl ard arda zarar edilmesi, kârlılığın düşük olması, bazı ortakların borçlarını ifa etmemeleri, limited şirketin bazı ortakların ve/veya üçüncü kişilerin menfaati için kullanılması, bir ortağın, şirketin idare işlerinde veya hesaplarının tutulması hususunda ortaklığa ihanet etmiş olması, bir ortağın kendisine düşen görevleri yerine getirmemesi ve bunu itiyat haline getirmesi, bir ortağın kişisel menfaatleri uğrunda şirketin ticaret unvanını veya mallarını kötüye kullanmış olması, ortağın uğradığı daimi bir hastalık ve diğer bir sebepten dolayı üstüne aldığı şirket işlerini yapmak için lüzumlu kabiliyet ve ehliyetini kaybetmesi gibi hâller ortağı çıkarma yönlerinden haklı sebebi oluşturabilir. Haklı sebebe dayanılarak ortağın çıkarılması hakkında

Çıkarma sebebi şirket sözleşmesinde açıkça yer almalıdır. Örneğin ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin de yükümlü ortak ya da ortaklar tarafından yerine getirilmemesi durumunda da şirketten çıkarılabileceği hükmü şirket sözleşmesine konulabilir. Çıkarma kararına karşı ortak, kararın noter aracılığıyla kendisine bildirilmesinden itibaren üç ay içinde iptal davası açabilir.

Çıkarılmanın 640'ıncı maddede düzenlenen ikinci türü ise şirketin istemi üzerine ortağın mahkeme kararıyla haklı sebebe dayanılarak şirketten çıkarılmasıdır¹²⁹.

Mahkeme tarafından verilen karar, sadece sebebin haklı olup olmadığını ve şirketin verdiği kararın usulüne uygunluğunu denetimden ibaret olmayıp tarafların menfaatlerini değerlendirmek suretiyle ortak, çıkarılmak istenen ortak ve diğer ortaklar yönünden en iyi çözümün bulunmasıdır¹³⁰. Haklı sebeple çıkarma durumunda, ortak sıfatı mahkeme kararının kesinleşmesi ile sona erecektir. Madde 638/ f. 2 gereğince ortaklık sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler, ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri de dâhildir¹³¹. Ortağın çıkarılması mahkeme kararının kesinleştiği tarihte gerçekleşir¹³². Bu nedenle çıkarma kararının kesinleştiği ana kadar ortak sıfatına bağlı hak ve yükümlülükler devam eder¹³³.

ortaklar genel kurulunda karar alınması gerekir. Bu karar aleyhine iptal davası açılabilir gibi, böyle bir davranış ortağa, şirketten çıkma için haklı bir sebep yaratmış olur, [Schmidt, *a.g.e.*, 915; Arslanlı/Domaniç, Şerh, 681-682, Çevik, *Limited*, 242 vd.; Pulaşlı, Şerh, 2250; Karayalçın, Y. (1973). *Ticaret Hukuku, İkinci Cilt: Şirketler Hukuku*. Ankara: Sevinç Matbaası, 384; Pulaşlı, *Yeni Ortaklıklar Hukuku Genel Esaslar*, 983; Eriş, *a.g.e.*, 3283; Bilgili/Demirkapı, *Şirketler*, 422; Öcal, A. (2003). *Limited Şirketin Haklı Sebeplerle Mahkeme Kararıyla Sona Erdirilmesi*. Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, *Turhan Kitabevi*, 222; Dirikkan, *a.g.e.*, 41]. Şirket sözleşmesine çıkarılma sebepleri yönünden hükümler konularak bir taraftan şirkete, kendisi yönünden önemli olan sebeplerin varlığında şahsında bu sebepler gerçekleşen ortağı şirketten çıkarma ve istediği ortamı yaratma hakkı tanınmış diğer taraftan da ortaklar açısından hukuk güvenliği sağlanmıştır. Ortaklar hangi hâllerde şirketten çıkarılacaklarını bilerek davranışlarını bu duruma göre belirleyeceklerdir.

¹²⁹ Handschin/Truniger, *a.g.e.*, 222; Sanwald, *a.g.e.*, 328; Başbuğ, *a.g.e.*, 45; Öcal, *a.g.m.*, 224; Helvacı, M. (1995). İki Kişilik Limited Ortaklıkta Haklı Sebeple Ortaklıktan Çıkma ve Yargıtay'ın Görüşü Hakkında Bazı Düşünceler. *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, IX (1-3), 372, (İki Kişilik) ; Dirikkan, *a.g.e.*, 66.

¹³⁰ Schmidt, *a.g.e.*, § 35 IV 3c.; Uçar, S. (1996). *Tüm Şirketlerde Fesih ve Tasfiye, Kurulması-Faaliyetleri, Çıkma ve Çıkarılma Halleri, Dağılıma Sebepleri*. (1. Baskı). İstanbul: Kazancı Yayınları, 372; Pulaşlı, *Yeni Ortaklıklar Hukuku Genel Esaslar*, 1046.

¹³¹ Bilgili/ Demirkapı, *Şirketler*, 425.

¹³² Başbuğ, *a.g.e.*, 52; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar*, 929; Karayalçın, *a.g.e.*, 386.

¹³³ Üçışık, *a.g.m.*, 203.

SONUÇ

Çalışma neticesinde aşağıdaki sonuçlara ulaşmak mümkündür:

1. Limited şirket bir veya daha fazla gerçek ya da tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında yasak olmayan her türlü ekonomik amaç ve konular için kurulabilen, esas sermayesi belirli olup esas sermaye payı kıymetli evrak niteliğinde olmayan senetlere bağlanabilen¹³⁴, ortakların sorumlulukları taahhüt ettikleri esas sermaye payları ve şirket sözleşmesinde yer alması koşulu ile ek ödeme ve yan edim yükümlülükleriyle sınırlı olan tüzel kişiliğe sahip bir ticaret şirkettir.

2. Limited şirketin tanımında temel unsurlar olarak kişi unsuru, ticaret unvanı unsuru, belirli ve sabit bir rakamı ifade eden esas sermaye unsuru, bir ortağın limited şirketin esas sermayesi içindeki sermaye tutarının nominal (itibâri) değerini ifade eden esas sermaye payı unsuru, konu ve müşterek gaye unsurları karşımıza çıkmaktadır.

3. 6102 sayılı Kanun md. 43'e göre limited şirketlerin ticaret unvanlarının çekirdek kısmı anonim şirketlerde olduğu gibi şirketin işletme konusuyla¹³⁵ "limited" ve "ortaklık" ya da "şirket" kelimelerinden oluşur. Böylece şirketin türü üçüncü kişiler tarafından açıkça anlaşılmış olmaktadır.

4. Limited şirketin esas sermayesi belirli olup bu sermaye ortak veya ortaklarca taahhüt edilen esas sermaye paylarının toplamından oluşmaktadır¹³⁶. Nakdi sermaye Türk Lirası taahhüt edilerek ve ödenerek yerine getirilir. Aynı sermaye taşınırsa güvenilir bir kimseye tevdi, taşınmazsa şerh yoluyla teminat altına alınmalıdır.

5. Esas sermaye payı, bir ortağın limited şirketin esas sermayesi içindeki sermaye tutarının nominal (itibâri) değerini ifade etmektedir. Her ortak, limited şirketin esas sermayesine, esas sermaye payı ile katılır. Limited şirkette ortak sayısı kadar esas sermaye payı bulunur ve esas sermaye paylarının birbirine eşit olması gerekmez.

6. Payın senede bağlanması iki türlü yapılabilir: 1) Payın ispat aracı olarak senede bağlanması, (6102 s. K. md. 593/ f. (2)). 2) Payın nama yazılı bir senede bağlanması (6102 s. K. md. 593/ f. (2)): Pay, ispat aracı olarak senede bağlanmış ve anılan senette ek ödeme ve yan edim yükümlülüğü varsa bu yükümlülüklerin açıkça belirtilmesi gerekir.

¹³⁴ Yıldız, *Limited Şirketler*, 102; Moroğlu, E. (2009). *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler*. (6. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 348, (Değerlendirme ve Öneriler).

¹³⁵ Limited şirketin ticaret unvanı konu ticaret unvanıdır. Bu sebeple şirketin işletme konusunun vanda gösterilmesi gerekir, (Bilgili/Demirkapı, *Şirketler*, 332).

¹³⁶ Siffert, R., Fischer, M. P., Petrin, M. (2008). *GmbH-Recht*. (1. Auflage). Bern: Hrsg. Baker/McKenzie, Art. 772, Nr. 14.

7. Limited şirket, kanunen yasak olmayan her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabilir (md. 573/ f. 3). Ancak sigortacılık (6762 s. K. md. 503 f. 2; Sigortacılık Kanunu md. 3) ve bankacılık (Bankacılık Kanunu md. 7 (a)) faaliyeti ile uğraşamazlar.

8. Limited şirketler yönünden pay terimi birbirinden farklı nitelikte iki ayrı anlama gelecek şekilde kullanılır. Birinci anlamı ile pay, şirket esas sermayesinin belirli hisselerle bölünmüş kısımlarını yani miktarlarını ifade eder. Bu anlamı ile pay, “esas sermaye payı”, “temel katılma payı” olarak adlandırılır. İkinci anlamı ile pay, bir ortağın bu sıfatla sahip olduğu hak ve borçların tümü ve bu tümü ifade eden “pay sahipliği (ortaklık) mevki” olarak tanımlanabilir.

9. Ortaklık payı, sermaye payından farklı bir kavramdır. Ortaklık payı ortak ile şirket arasında, ortak olmaktan doğan bütün hukuki ilişkilerin ifadesidir¹³⁷. Bu hukuki ilişki doğrudan doğruya kişilere bağlanmıştır. Ortaklık payı ortağın şirketteki hakların ve yükümlülüklerin tamamını yani yönetime, kâra, tasfiye mevcuduna katılmayı, ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini ifade eder.

10. Ortak, şirketten ayrıldığı ya da çıkarıldığı takdirde, esas sermaye payının gerçek değerine uyan ayrılma payını isteme hakkına sahiptir. Şirket sözleşmesinde öngörülen ayrılma hakkı dolayısıyla, ayrılma payı farklı bir şekilde düzenlenebilir.

11. 6102 s. K. md. 643’e göre, anonim şirketlerin tasfiye payına ilişkin 6102 s. K. md. 543 hükmü limited şirketler için de geçerlidir. Tasfiye payı hakkı vazgeçilmez bir hak değildir. Ortakların tasfiye payı imtiyazlı paylar tanınarak sınırlandırılabilir. Esas sermaye payının limited şirketin kuruluşu ve sermaye artırımının tescilinden önce ifa edilmesi gerekir.

12. Ortaklık sıfatı kuruluşta, sermaye artırımında esas sermaye payının taahhüt edilmesinde, esas sermaye payının devralınmasında, yapı değişiklikleri gerçekleştiğinde kazanılır.

13. Limited şirkette ortaklık sıfatının kaybedilmesi sonucunda ortaklık ilişkisinin sona ermesi, çıkma veya çıkarılma şeklinde iki yolla gerçekleşir. Çıkma ve çıkarılma farklılık gösteren iki ayrı durumdur. Çıkma durumu, 6102 sayılı Kanun md. 638’de düzenlenmiştir. Çıkma, ortağın kendi iradesiyle limited şirketten ayrılmasıdır.

14. Çıkarılma, ortağın iradesi bu durumun aksini istese de şirketten ilişkisinin kesilmesidir. Çıkarılma, ortağın isteği dışında ve fakat onun neden olduğu bir

¹³⁷ Yıldız, *Limited Şirketler*, 79; Topuz, G. (2009). *Hisse Haczi ve Satışı*. (1. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 268; Erdem, E., Göksoy, Y. (2000). *Limited Şirkette Payın Rehni*. Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını*, 571; Dönmez, M. (2011). *Anonim ve Limited Şirketlerde Hisse Haczi ve Paraya Çevrilmesi*. (4. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 126.

eylem dolayısıyla gerçekleşir. 6102 sayılı Kanun md. 640'ta iki tür çıkarılma durumu düzenlenmiştir. Şirket sözleşmesinde bir ortağın genel kurul kararı ile şirketten çıkarılabileceği sebepler açıkça öngörülebilir. Çıkarılmanın 640'ıncı maddede düzenlenen ikinci türü ise şirketin istemi üzerine ortağın mahkeme kararıyla haklı sebebe dayanılarak şirketten çıkarılmasıdır. Haklı sebeple çıkarma durumunda, ortak sıfatı mahkeme kararının kesinleşmesi ile sona erecektir.

KAYNAKÇA^{138*}

Altmeppen, H., Roth, H. G. (2012). *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Kommentar*. München: Verlag C.H. Beck oHG, 1359.

Arslan, İ. (2010). *Şirketler Hukuku Bilgisi*. Konya: Mimoza Yayınevi, 352.

Arslanlı, H., Domaniç, H. (1989). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III, Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar (TTK md. 475-484), Limited Ortaklıklar (TTK md. 503-556)*. İstanbul: Temel Yayınları, (Arslanlı/Domaniç, Şerh), 848.

Arslanlı, H. (1962). *Ticaret Kanunu Şerhi, Limited Şirketler Birinci Kısım: Madde 503-517*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 274, (Arslanlı, Şerh).

Ayan, Ö. (2004). *Limited Ortaklıklarda Azınlık Pay Sahiplerinin Genel Kurulu Toplantıya Çağırma, Gündeme Madde Eklenmesini İsteme ve Sorumluluk Davası Açma Hakları*. İzmir: Güncel Yayınevi, 193.

Ayhan, R., Özdamar, M., Çağlar, H. (2014). *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 430.

Aytaç, Z. (1988). *Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 228.

Bahtiyar, M. (1996). *Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı*. İstanbul: Beta Yayınevi, 198.

Baştuğ, İ. (1966). *Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması*. İzmir: İzmir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını, 108.

Berzek, A. N. (1995). Limited Ortaklıkta Payın Cebri İcra Yolu ile Ele Geçmesi. *Yaklaşım Dergisi*, 29, 50-52.

Bilgili, F., Demirkapı, E. (2012). *Şirketler Hukuku*. Bursa: Dora Yayıncılık, 488.

¹³⁸ * Birden çok eserinden yararlanılan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

Canaris, C. W., Schilling, W., Ulmer, P. (1995). *Handelsgesetzbuch Großkommentar, Erster Band: Einleitung § 1-104*. Berlin-Newyork: Walter de Gruyter, 849, (Canaris/Schilling/Ulmer, Großkommentar).

Canaris, C. W. (2006). *Handelsrecht*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 543, (Canaris, Handelsrecht).

Craig, P., de Búrca, G. (2003). *EU Law Text, Cases, and Materials*. London: Oxford University Press, 1241.

Çelik Şehirli, F. H. (2007). Hukukun Ekonomik Gerçekliğe Yanıtı: Tek Kişilik Şirketler. *Batider*, XXIV (1), 163-216.

Çevik, O. N. (2003). *Limited Ortaklıklar Hukuku ve Uygulaması*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 946, (Çevik, Limited).

Çevik, O. N. (2002). *Uygulamada Ortaklıklar Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 1244, (Çevik, Ortaklıklar).

Demirkapı, E. (2008). *Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri*. İzmir: Güncel Yayınevi, 544.

Dirikkan, H. Ö. (2005). *Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 173.

Doğanay, İ. (1975). Limited Şirketlerde Ortaklık Payının Bir Başkasına Devredilmesi Koşulları Nedir? *Batider*, VIII (2), (Doğanay, Limited).

Doğanay, İ. (2004). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İkinci Cilt: Madde 420-815*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1200, (Doğanay, Şerh).

Dönmez, M. (2011). *Anonim ve Limited Şirketlerde Hisse Haczi ve Paraya Çevrilmesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 522.

Dural, M., Öğüz, T. (2006). *Türk Özel Hukuku, Cilt II: Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 359.

Edis, S. (1987). *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*. Ankara: AÜHF. Yayınları, 417.

Egger, A., Escher, A., Haab, R., Oser, H. (1948). İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Kişinin Hukuku İkinci Kısım Tüzel Kişiler, Md. 52-89 (çev.Volf Çernis). Ankara: Yeni Cezaevi Basımevi, 188, (Egger/Escher/Haab/Oser, Tüzel Kişiler).

Egger, A., Escher, A., Haab, R., Oser, H. (1948). İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, Md. 1-89 (çev.Volf Çernis). Ankara: Yeni Cezaevi Basımevi, 403, (Egger/ Escher/Haab/Oser, Kişinin Hukuku).

Erdem, E., Göksoy, Y. (2000). Limited Şirkette Payın Rehni. *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını*, 571-623.

- Erdil, E. (2010). *Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 270.
- Eren, F. (2012). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1333.
- Eriş, G. (2010). *Açıklamalı – İċtihatlı Türk Ticaret Kanunu, 3. Cilt: 372-677. Maddeler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 3904.
- Forstmoser, P., Meier-Hayoz, A. (2007). *Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen*. Bern: Stämpfli Verlag AG., 806.
- Gellis, M. (2008). *Kommentar zum GmbH-Gesetz*. Wien: Linde Verlag, 952.
- Gower, L. (1979). *Gower's Principles of Modern Company Law*. London: Stevens and Sons Publishing, 770.
- Göç, D. (1997). Limited Şirkette Payın Miras ve Karı-Koca Mallarının İdaresi Hâllerinde İntikali. *Yaklaşım Dergisi*, 57, 99-107.
- Handschin, L., Truniger, C. (2006). *Die neue GmbH*. Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 436.
- Honsell, H., Vogt, P. N., Watter, R. (2012). *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2900.
- İmregün, O. (2000). *Bilirkişi Raporları. (1985-1986)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 488.
- Karahan, S. (Editör). (2012). *Şirketler Hukuku*. Konya: Mimoza Yayınları, 944, (Karahan, Şirketler Hukuku).
- Karahan, S. (2011). *Ticari İşletme Hukuku*. Konya: Mimoza Yayınevi, 379, (Karahan, Ticari İşletme).
- Karayalçın, Y. (1973). *Ticaret Hukuku, İkinci Cilt: Şirketler Hukuku*. Ankara: Sevinç Matbaası, 664.
- Kendigelen, A. (2011). *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 657.
- Kılıçoğlu, A. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 899.
- Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R., Arpacı, A. (2008). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 774, (Kocayusufpaşaoğlu, v.d., Borçlar).
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (1968). *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*. (1. Baskı). İstanbul: Garanti Matbaası, 166, (Kocayusufpaşaoğlu, Güven).

Mimaroğlu, S. K. (1972). *Ticaret Hukuku, İkinci Cilt: İşletme Hukuku, Ticaret Ortaklıkları Hukuku (Ortaklıklar Hukukuna Giriş-Genel Hükümler, Kollektif ve Komandit Ortaklıklar)*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 338.

Moroğlu, E. (2003). *Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı*. İstanbul: Beta Yayınevi, 417, (Moroğlu, Anonim).

Moroğlu, E. (2009). *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 446, (Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler).

Nussbaum, M., Sanwald, R., Scheidegger, M. (2007). *Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht*. Bern: Cosmos Verlag AG., 385.

Omağ, M. K. (1986). Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi. *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, I (1),1-8.

Öcal, A. (2003). Limited Şirketin Haklı Sebeplerle Mahkeme Kararıyla Sona Erdirilmesi. Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Turhan Kitabevi, 215-226.

Önal, B. S. (2008). *Limited Ortaklıklarda Ortakların Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 192.

Öz, M. T. (1988). Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri. *İÜHF.M.*, 52, 1-4, 345-386.

Özsunay, E. (1982). *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*. İstanbul: Der Yayınları, 260.

Poroy, R., Tekinalp, Ü., Çamoğlu, E. (2005). *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*. İstanbul: Arıkan Yayınevi, 1059.

Priester, H. J., Mayer, D. (1996). *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1379.

Pulaşlı, H. (2005). Şirketler Hukuku Temel Esaslar. Adana: Karahan Yayınevi, 543, (Pulaşlı, Şirketler Hukuku Temel Esaslar).

Pulaşlı, H. (2009). Limited Şirketler Hukukundaki Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar. *Batider.*, C. XXV, S. 2, s. 37-54, (Pulaşlı, Güncel Gelişmeler).

Pulaşlı, H. (2014). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. II*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, (Pulaşlı, Şerh).

Pulaşlı, H. (2012). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Yeni Ortaklıklar Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1176, (Pulaşlı, Yeni Ortaklıklar Hukuku Genel Esaslar).

- Sanwald, R. (2009). Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH. Zürich: Dike Verlag AG., 635.
- Schmidt, K. (1991). Gesellschaftsrecht. Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 1627.
- Siffert, R., Fischer, M. P., Petrin, M. (2008). GmbH- Recht. Bern: Hrsg. Baker/McKenzie, 422.
- Taşdelen, N. (2012). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma, Çıkarılma ve Fesih. Ankara: Yetkin Yayınları, 291.
- Tekil, F. (1974). Şirketler Hukuku, Üçüncü Cilt: Limited Ortaklıklar ve Kooperatifler. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Matbaası,150.
- Tekinalp, Ü. (2004). Bölünmenin Bugünkü Maddi Hukuk Cephesi. Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin Yayıncılık, 548-550, (Tekinalp, Bölünme).
- Tekinalp, Ü. (2007). Tarihi Gelişim İçinde Tek Ortaklı Şirketler Sorunsalı ve Türk Hukukunun Bu Konudaki Açılımı. Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Vedat Kitapçılık, 579-610, (Tekinalp, Tek Ortaklı Şirketler).
- Tekinalp, Ü. (2005). Zorunlu Hedefler Bağlamında TTK Tasarısı'nda Anonim Şirkete İlişkin Kuramsal ve Dogmatik Düzen. Hukuki Perspektifler Dergisi, 4, 13-21, (Tekinalp, Kuramsal ve Dogmatik Düzen).
- Tekinalp, Ü. (2013). Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 726, (Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku).
- Toksal, B. (1986). Türk Ticaret Kanunu Şerhi. Ankara: Sevinç Matbaası, 899.
- Topuz, G. (2009). Hisse Haczi ve Satışı. Ankara: Yetkin Yayınları, 316.
- Türk Hukuk Kurumu. (1998). Türk Hukuk Lûgatı. Ankara: Başbakanlık Basımevi, 582.
- Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalınca Hazırlanan Görüş. (2005). Batider., XXIII (2), 213-248.
- Türk, A. (1999). Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri. Yaklaşım, 78, 106-112.
- Türk, H. S. (1986). Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi. Ankara: BTHAE., 256.
- Uçar, S. (1996). Tüm Şirketlerde Fesih ve Tasfiye, Kurulması- Faaliyetleri, Çıkma ve Çıkarılma Halleri, Dağılıma Sebepleri. İstanbul: Kazancı Yayınları, 474.

- Üçışık, G. (2003). Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkartılması. Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 189-207.
- Ülgen, H., Teoman, Ö., Helvacı, M., Kendigelen, A., Kaya, A., Nomer Ertan, F. (2009). Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 708.
- von Steiger, W. (1965). Das Obligationenrecht, 5. Teil c. Art. 772- 827: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Bundesgesetz vom 30 März 1911/ 18 Dezember 1936. Zürich: Schulthess & CO. AG. Verlag, 609.
- Wicke, H. (2011). Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar. München: Verlag C. H. Beck Verlag, 674.
- Yanlı, V. (2003). Limited Şirketlerde Payın Şirket Tarafından Edinilmesinde Şekil. Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Beta Yayınevi, I, 673-693.
- Yasaman, H. (2003). Şirketlerin Birleşmesi ve Bölünmesi. Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., I, 695-715.
- Yeniocak, U. (2009). Anonim ve Limited Şirket Hisselerinin Haczi. Ankara: Yetkin Yayınları, 102.
- Yıldız, Ş. (2005). Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Anonim ve Limited Şirketlere İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler- Tartışmalar, BTHAE., 85-121, (Yıldız, Anonim ve Limited).
- Yıldız, Ş. (2004). Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 240, (Yıldız, Eşit İşlem).
- Yıldız, Ş. (2007). Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Şirketler Hukuku. İstanbul: Arıkan Yayınevi, 293, (Yıldız, Limited Şirketler).
- Zevkliler, A. (1992). Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku. Ankara: Savaş Yayınları, 1026.

ANAYASA MAHKEMESİNİN VERGİLENDİRME ALANINDAKİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ*

Evaluation of Individual Applications Decisions in the Field of Taxation of Constitutional Court

Öğr. Gör. Esra UYGUN - Prof. Dr. Adnan GERÇEK**

Geliş Tarihi: 03.08.2016 Kabul Tarihi: 31.10.2016

ÖZET

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolu, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halk oylaması ile kabul edilip, “6216 Sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun” un 23 Eylül 2010 tarihli Resmî Gazete’ de yayımlanması ile yürürlüğe girmiştir.

Bireysel başvuru yolu, Türkiye Cumhuriyet Anayasası’nda yer alan temel hak ve özgürlüklerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında olan herhangi birinin kamu gücünün bir işlem ya da eylemi sonucunda ihlal edilmesi durumunda başvurulabilecek yardımcı nitelikte olağanüstü bir hak arama yoludur. Bireysel başvuru yolu yeni bir dava yolu olmamakla birlikte daha önceden verilmiş olan karar ve işlemlerin verilmiş aşamasında hukuka aykırı davranılıp davranılmadığı açısından inceleme yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin vergi ile ilgili verdiği kararların sistematik olarak tasnif edilmesi ve başvuru kararlarının durumunu ele almayı amaçlayan bu çalışmada 23 Eylül 2012 - 4 Ağustos 2016 tarihleri arasında verilen kararlar incelenmiştir. Vergi alanında yapılan başvurularda en çok adil yargılanma hakkının ihlal edildiği görülmektedir. Diğer ihlal kararı verilen haklar ise mülkiyet hakkı, anayasal hakların ihlali, eşitlik ilkesi ve hukuk devleti ilkesi ihlali ile ilgilidir.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi, Vergi Uyuşmazlıkları, Vergi Cezaları

ABSTRACT

Individual application to the Constitutional Court in Turkey, adopted by referendum on 12 September 2010 and law no 6216, 23 September 2010 official gazette published and also entered into force.

Individual application, the European Human Rights of fundamental rights and freedoms embodied in the Constitution of the Republic of Turkey within the scope of the Convention In case of a transaction or result in a violation of any of the actions that can be applied supplementary public power is an extraordinary legal remedies. Previously individual application made a decision that, although there is no way a new trial in the administration and operation of the step makes investigation in terms of whether we behave unlawfully treated.

In this study, the Constitutional Court’s decision on the systematic classification of the tax between September 23, 2012 and August 4, 2016 date and intends to address the status of the application decision. For applications made in the area of taxation, it is observed that most violations of the right to a fair trial. The other decision violated the rights of property rights, constitutional rights violation is related to the principle of equality and the rule of law infringement.

Keywords: Tax evasion, participation, participation of crime, principal, abetting and aiding. Individual application, the Constitutional Court, tax disputes, tax penalties

* Bu makale Esra Uygun tarafından hazırlanan ve danışmanlığını Prof. Dr. Adnan Gerçek’in yaptığı; 2015 yılında Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde yaptığı “Vergilendirme Alanında Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunun Değerlendirilmesi ve Bursa İlinde Bir Araştırma” başlığı ile kabul edilen yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

** Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Zile Meslek Yüksek Okulu, Finans, Bankacılık ve Sigortacılık Bölümü, Maliye Programı Öğretim Görevlisi, esra.uygun@gop.edu.tr.

*** Uludağ Üniversitesi, İİBF Maliye Bölümü Öğretim Üyesi, agercek@uludag.edu.tr.

GİRİŞ

Tarihsel süreç içerisinde, insanların sahip oldukları hakların korunması gerektiği tüm dünyada kabul görmüş bir gerçektir. İşte bu hakları koruma noktasında devlet kavramı ön plâna çıkmıştır. Devlet, var oluşu gereği bazı amaçlar üstlenmiştir. Devletin aslı amaçlarından biri temel hak ve özgürlükleri sosyal, siyasal ve ekonomik engelleri ortadan kaldıracak şekilde belirlemektir. Dolayısıyla bu özgürlüklerin öncelikle kamu gücü tarafından ihlâl edilmesini önlemek ve oluşabilecek temel hak ve özgürlük ihlallerini ortadan kaldırmak amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu geliştirilmiştir.

Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halk oylaması ile kabul edilip, "6216 Sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun" un 23 Eylül 2010 tarihli Resmi Gazete' de yayımlanması ile yürürlüğe girmiştir. Bireysel başvuru yolu Anayasa'da yer alan haklardan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında olan herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edilmesi durumunda başvurabilecek ikincil nitelikte ve olağanüstü bir hak arama yoludur.

Ülkemizde vergi, Anayasa'nın vergi ödevi başlıklı 73'üncü maddesinde düzenlenmiştir. İşte Anayasa ve Anayasa Mahkemesi ile "vergi" kavramı bu noktada kesişmektedir. Bu sebeple, Anayasa'da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerden herhangi birinin ihlal edilmesi durumunda Anayasa'da güvence altına alınmış olan "vergi ödevi" konusunda birtakım uyumsuzluklar meydana gelebilir.

Nitekim vergilendirme işlemleri ve bunlara ilişkin davalarda; mülkiyet hakkı, adil yargılanma hakkı, etkili başvuru hakkı, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı, aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama, seyahat özgürlüğü gibi hakların veya anayasal ilkelerin ihlali söz konusu olabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin vergi ile ilgili verdiği kararların sistematik olarak tasnif edilmesi ve başvuru kararlarının durumunu ele almayı amaçlayan bu çalışmada 23 Eylül 2012 – 4 Ağustos 2016 tarihleri arasında verilen kararlar incelenmiştir. Bu tarihler arasında 32 adet karar verilmiş olup bunların 20 tanesinde ihlal olduğuna dair karar verilmiştir. Vergi alanında yapılan başvurularda en çok adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği görülmektedir. Diğer ihlal kararı verilen haklar ise, anayasal hakların ihlali, eşitlik ilkesi ve hukuk devleti ilkesi ihlali ile ilgilidir.

1. BİREYSEL BAŞVURU YOLU UYGULAMASI

A. Bireysel Başvuru Yolu Kavramı ve Kapsamı

Kanunların anayasaya uygunluk denetiminin yapıldığı anayasa yargısının kişilere doğrudan bir koruma sağlamasının yarattığı eksiklik, onların bir

hak ihlâli durumunda bizzat Anayasa Mahkemesi'nden hukukî koruma talebinde bulunmalarına imkân sağlayan bireysel başvuru yoluyla giderilmeye çalışılmıştır¹. Bireysel başvuru yoluyla temel hak ve özgürlüklerin hukukî olarak korunması, Anayasa Mahkemesi tarafından anayasal düzenin korunmasının dolaylı bir sonucu olmaktan çıkmış ve doğrudan Anayasa Mahkemesi'nin koruma alanına girmiştir².

Bireysel başvuru yolu, temel hak ve özgürlükleri kamu gücünün bir işlem ya da eylemi neticesinde ihlâl edilen kişilerin başvurabilecekleri bir kanun yolu olup, ikincil ve yardımcı nitelikte olağanüstü bir hukukî yoldur³. Kılınç, bireysel başvuruyu temel hak ve özgürlükleri yasama, yürütme ve yargı organlarının işlemleri tarafından ihlâl edilen kişilerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yolu olarak tanımlamaktadır⁴. Bir başka ifade ile bireysel başvuru yolu; adli, idari ve askeri yargının kararlarında ve kamu gücünün işlem ve eylemlerinde, ihmal suretiyle yaptığı müdahalelerde söz konusu ihlal iddiasının araştırılarak insan hak ve özgürlüklerinin yargılanmasıdır⁵.

Bireysel başvuru yoluna başvurabilmek için Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında olan herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlâl edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılabilir. Öte yandan, başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir⁶.

Tüm bu açıklamalardan hareketle bireysel başvurunun yolunun temel özelliklerini şunlardır⁷.

- Anayasal bir kanun yoludur,
- İkincil nitelik taşır,
- Temel hak ve özgürlüklerinin ihlâlini engellemek amacıyla kabul edilmiştir,
- Kural olarak kamu gücü işlemlerine karşı yapılır,
- Olağanüstü bir kanun yolu ve hukukî bir süreçtir.

¹ Ece Göztepe, "Anayasa Şikayeti", **AÜHF Yayınları No:530**, AÜHF Döner Sermaye Yayınları No:45, Ankara 1998, s.3.

² Cem Duran Uzun, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolu (Anayasa Şikayeti)", Seta Analiz, SETA-Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı, Şubat 2012, s.5.

³ Öykü Didem Aydın, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, Y. 2011, S. 4, s. 125.

⁴ Bahadır Kılınç, "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", **Anayasa Yargısı**, C. 25, 2008, s. 23.

⁵ Melek Acu, "Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C.110, 2014, s.404.

⁶ M. Yavuz Sabuncu ve Selin Esen, "Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", Anayasa Mahkemesi'nin 42. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No: 5, Ankara, 2004, s. 229.

⁷ Tahsin Erdinç, "Karşılaştırmalı Olarak Türk Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikayeti)", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y:6, S:20, Ocak 2015, s.104.

B. Bireysel Başvuru Yolunun Konusu ve Şartları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne, bireysel başvuru yolu açıldığından beri Türk vatandaşlarının yoğun başvurusu olmuş ancak Mahkeme davaların büyük çoğunluğunda Türkiye aleyhine karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye aleyhine alınan kararları azaltmak amacıyla ülkemizde de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu uygulanmasının getirilmesi düşünülmüş ve temel hak ve özgürlük ihlallerini iç hukukta ortadan kaldırılması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye aleyhine verilen kararların azaltılması amaçlanmıştır⁸.

Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında yer alan temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlâl edilmiş olması bireysel başvuru yolunun konusunu oluşturmakla birlikte bireysel başvuru yolu kapsamındaki haklar ve ilgili maddeleri aşağıda tablo halinde verilmiştir.

Tablo 1: Bireysel Başvuru Konusu Olan Hak ve Özgürlükler

Temel Hak ve Özgürlükler	İHAS ve Anayasa Maddesi	Temel Hak ve Özgürlükler	İHAS ve Anayasa Maddesi
Yaşama hakkı	İHAS md. 2; Anayasa md. 15/2, 17/1, 38/9	İşkence yasağı	İHAS md. 3; Anayasa md. 17/3
Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı	İHAS md. 4; Anayasa md. 18	Özgürlük ve güvenlik hakkı	İHAS md. 5; Anayasa md. 19
Adil yargılanma hakkı	İHAS md. 6; Anayasa md. 36	Suç ve cezaların kanuniliği	İHAS md. 7; Anayasa md. 15/2, 38/1
Özel hayata, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı	İHAS md. 8; Anayasa md. 20, 21, 22	Düşünce, din ve vicdan hürriyeti	İHAS md. 9; Anayasa md. 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32
Toplantı ve örgütlenme hürriyeti	İHAS md. 11; Anayasa md. 33, 34, 51, 53, 54, 68,69	Evlenme ve aile kurma hakkı	İHAS md. 12; Anayasa md. 41
Etkili bir hukuki yola başvurma hakkı	İHAS md. 13; Anayasa md. 36, 37, 40	Ayrımcılık yasağı	İHAS md. 14; Anayasa md. 10
Mülkiyet hakkı ve mülkiyetin korunması	İHAS 1. pro. md. 1; Anayasa md. 35, 46, 47	Eğitim ve öğrenim hakkı	İHAS 1. pro. md. 2; Anayasa md. 42
Serbest seçim hakkı	İHAS 1. pro. md. 3; Anayasa md. 67		

Kaynak: Tablo tarafımca oluşturulmuştur.

⁸ Musa Sağlam, "Bireylerin Anayasa Mahkemesi'ne Başvurusu (Bir Reform Önerisi), **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 60, 2005, s. 163.

Öte yandan yasama işlemleri ile düzenleyici idarî işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamamakla birlikte Anayasa Mahkemesi Kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvuru yolunun konusuna dahil edilmemiştir⁹.

Anayasanın 148. maddesi ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesine göre bireysel başvurunun maddi şartları aşağıdaki gibidir¹⁰.

- Başvurucunun kişisel ve güncel hakkının doğrudan etkilenmiş olması gerekir. Bireysel başvuru yoluna yalnızca başvuru anında mevcut olan temel hakkın ihlalden doğrudan etkilenen kişi gidebilir.
- Başvurunun anayasal açıdan önem taşıyor olması gerekir. Anayasal önem kriteri ile Anayasa Mahkemesi, temel hakları korumada esas görevin genel mahkemeleri ait olduğunu, Anayasa Mahkemesi'nin rolünün Anayasa'yı yorumlamak, temel ilkeleri belirlemek ve genel mahkemelerin bu konudaki uygulamasını gözetmek olduğunu ifade etmektedir.
- Öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmiş olmalıdır. Bununla kastedilen şudur ki başvuruda bulunacak kişinin öncelikle hakkını diğer yargı organları ile aramış ve bir sonuç elde edememiş olmasıdır. Diğer yargı organları önünde usulüne uygun biçimde ileri sürülmeyen bir ihlal iddiasının bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi halinde olağan kanun yollarının tüketilmediği gerekçesi ile kabul edilmez ve reddedilir¹¹.
- Söz konusu ihlalin, herhangi bir kişi tarafından değil bir kamu gücü tarafından yapılmış olması gerekir.
- Bireysel başvuruya medeni hakları kullanma yetkisine sahip olan bütün gerçek ve tüzel kişiler yapabilir. Ancak kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru yapmasına imkân tanınmamıştır. Ayrıca yabancılara da bireysel başvuru yapma hakkı tanınmamıştır.
- Bireysel başvuruda bulunacak kişinin, Anayasa veya İHAS tarafından güvence altına alınan bir temel hak ve hürriyetleri ihlâl edilmiş olmalıdır.

⁹ Tuncay Songör ve Ayla Songör, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolu Açıldı", **Yaklaşım**, Yıl: 20, Sayı: 239, Kasım 2012. s. 300.

¹⁰ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 9.Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2010, s.430.; Hüseyin Ekinci ve Musa Sağlam, 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, T.C. Anayasa Mahkemesi, http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/66_Soru.pdf,(22.06.2015).

¹¹ Recep Kaplan, "Vergi Yargılamasında Bireysel Başvuru Öncesinde Tüketilmesi Gereken Kanun Yolları", **Vergi Dünyası**, S.386, Ekim 2013, s.147-156.

Bireysel başvuru yolunun şekil şartları ise aşağıdaki gibidir¹²:

- Olağan kanun yolları tüketildikten sonra; başvuru yolu kabul edilmişse ihlâlin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Yargı kararı ya da idarî işlemlere karşı yapılacak başvurularda süre, olağan kanun yolunun tüketilmesinden itibaren; kanuna karşı yapılacak başvurularda ise, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren süre işlemeye başlar¹³.
- Bireysel başvuru, Kanun'da ve İçtüzükte belirtilen şartlara uygun biçimde İçtüzük ekindeki ve Mahkemenin internet sitesinde yayımlanan başvuru formu ya da başvuru forumunda bulunması gereken bütün bilgileri içeren ve aynı formatta olan bir dilekçe ile Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan yapılabileceği gibi diğer mahkemeler ya da yurt dışı temsilcilikler aracılığıyla yapılabilir.

2. BİREYSEL BAŞVURU YOLUNUN VERGİLENDİRME ALANINDA UYGULANMASI VE BİREYSEL BAŞVURU YOLU KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Bireysel Başvuru Yolunun Vergilendirme Alanında Uygulanması

Kamusal ihtiyaçların finansmanında devlet hukukî zorunluluk altında vergi alma yetkisine sahiptir. Devletin vergilendirme yetkisinin temelinde ise, egemenlik kavramı yatmaktadır. Devlet, egemenlik gücüne dayanarak kişilerden zorunlu ve karşılıksız bir yükümlülük olan vergiyi alabilmektedir.

Bu egemenlik gücünün kaynağı ise, Anayasa'dır. Vergi ödevi, Anayasa'nın 73'üncü maddesinde; temel hak ve özgürlükler kısmının siyasî hak ve ödevler bölümünde kanunilik, eşitlik, malî güç ve vergi yükünün dengeli ve adaletli dağılımı ilkeleri esas alınarak düzenlenmiştir. Buna göre vergi kamu giderlerinin finansmanını sağlamak amacıyla kanun ile konulur ve mükellefin malî gücüne göre, toplumun her kesiminden alınır. Devletin vergilendirme yetkisinin sınırı aynı zamanda kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırını oluşturduğundan bu yetkinin keyfi şekilde kullanılmasını önlemekte temel hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Hukuku'nda yer alan vergilendirme ilkeleri ise¹⁴;

- Kamu yararı ve genel menfaat ilkesi,
- Yasallık ilkesi,
- Adil denge ve orantılılık/ölçülülük ilkesi,
- Hukuki güvenlik ve istikrar ilkesidir.

¹² Şenol Kocaer, "AİHM Kararları Çerçevesinde Vergi Davalarında Bireysel Başvuru Yolu" **Vergi Dünyası**, S.393, Mayıs 2014, s.37.

¹³ Ece Göztepe, Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 25, 2011, s. 26.

¹⁴ Yunus Şengöz, "Vergi ve Vergi Cezaları İçin Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Bulunulabilir Mi?", **Vergi Sorunları**, S. 308, Mayıs 2014, ss. 68-69.

Adil denge, kamu yarar ve menfaatlerin kişilere temel haklarının gerekleri arasında âdil bir denge kurulmasıdır. Orantılılık ve ölçülülük ise, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başvuru aracının ulaşılmak istenen amaca uygun, gerekli ve orantılı olmasıdır. Bu açıdan ölçülülük ilkesi genel olarak vergilendirme yetkisinin aşırı kullanılmasını önlemek için sınırlama aracı olarak değerlendirilebilir¹⁵.

Hukukî güvenlik, kişilerin hukukî ilişkilerinde tâbi olacakları hukuk kurallarını önceden bilmeleri; hukukî istikrar ise, bu kurallara dayanılarak kazanılan hakların korunacağına dair güvence verilmesidir.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru şartlarını vergi özelinde incelediğimizde şu noktalar karşımıza çıkar. Gelir idaresi tarafından ikmalen veya re'sen tarh edilen vergiler ve kesilen cezalar sebebiyle hukuka aykırılık iddiasıyla açılan davalardan sonuç elde edilmezse, diğer kanun yollarının tüketilmesi sonucunda sadece hukuka aykırılık gerekçesiyle bireysel başvuru yoluna gidilmesi mümkün değildir. Bu durumda mükelleflerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlâl edilmiş olması aranmaktadır. Vergilendirme ile ilgili işlem ve davalar sırasında temel hak ve özgürlüklere bağlı olarak mükelleflerin haklarının ihlali söz konusu olabilir. Dolayısıyla, vergilendirme ile ilgili işlem ve davalarda; olağan idari ve kanun yollarının tüketilmesinden sonra, Anayasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki Protokollerde güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden ortak koruma alanına giren hakların ihlâl edildiği iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabilmektedir¹⁶.

Anayasa'da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru sırasında kişilerin iddia edebilecekleri temel hak ve özgürlükler; özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı, hak arama özgürlüğü ve başvuru hakkı, ayrımcılığa uğramama hakkı, âdil yargılanma hakkı (yargı yerinin bağımsızlığı, yargılamanın adil ve aleni olması, yargılamanın makûl sürede yapılması, masumiyet karinesi ve savunma hakları, mahkemeye başvurma hakkı, çekişmeli yargılama ilkesi, silahların eşitliği ilkesi, susma hakkı, aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı), seyahat özgürlüğü, hukuk devleti ilkesi, kanunilik ilkesi, öngörülebilirlik ilkesi, belirlilik ilkesi, kanun önünde eşitlik ilkesi ve ölçülülük ilkesi olarak sıralanabilir¹⁷.

¹⁵ Adnan Gerçek ve Feride Bakar, "Mükellef Haklarının Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Korunmasının Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Metin TAŞ'a ARMAĞAN (Ed. Adnan Gerçek ve Fatih Saraçoğlu), Gazi Kitabevi, Ankara, 2015, s. 15.

¹⁶ Gerçek ve Bakar, s.19.

¹⁷ Mehmet Cengiz Uzun, "Vergi Açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", **Vergi Sorunları Dergisi**, S.235, Nisan 2008, s.194-204.

B. Vergilendirme Alanında Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi

Gelir idaresi tarafından ikmalen veya re'sen tarh edilen vergiler ve kesilen cezaların hukuka aykırı oldukları iddiasıyla açılan davalardan bir sonuç elde edilmemesi durumunda hukuka aykırılık gerekçesiyle bireysel başvuru yoluna başvurulması mümkün değildir. Çünkü bireysel başvuru yoluna temel hak ve özgürlüklerin ihlâl edilmesi durumunda başvurulabilmektedir¹⁸.

Ancak vergilendirme ile ilgili işlem ve davalar sırasında temel hak ve özgürlüklere bağlı olarak mükellef haklarının ihlali söz konusu olabilir. Dolayısıyla, vergilendirme ile ilgili işlem ve davalarda; olağan kanun yollarının tüketilmesinden sonra, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ekli Protokollerde güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin ihlâlî iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabilir.

Günümüze kadar yapılan bireysel başvurular incelendiğinde bireysel başvuru konusu yapılan vergi uyuşmazlıkları ise aşağıdaki gibidir¹⁹:

- Sahte belge kullanımı,
- Tefecilik dolayısıyla vergilendirme,
- Faaliyetin Katma Değer Vergisi konusuna girip girmediği,
- Katma Değer Vergisi İstisna uygulamaları,
- Gümrük Tarife İstatistik Pozisyonu numarası uyuşmazlığı,
- Özel usulsüzlük cezaları,
- Üç kat vergi ziyai cezası,
- Vergi oranı ve miktarının yanlış uygulanması,
- Vergi tekniği raporunun tebliğ edilmemesi,
- KOD²⁰ uygulaması,
- Batık bankalardan elde edilen gelirlerinin vergilendirilmesi,
- Anayasa Mahkemesi iptal kararı üzerine ücretlilerin geçmişe dönük vergi iadesi talepleri,
- Banka munzam sandık katkı payının vergilendirilmesine ilişkin uyuşmazlıklar,
- Şirket vergi borçlarından sorumluluk

¹⁸ Gerçek ve Bakar, s. 19.

¹⁹ Abdullah Tekbaş, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ve Vergi Konulu Bireysel Başvuruların Değerlendirilmesi", **30. Maliye Sempozyumu**, 20-24 Mayıs 2015, Antalya.

²⁰ KOD Uygulaması, Vergi idaresince sakıncalı ya da şüpheli bazı durumları tespit edilen mükellefleri izlemek amacıyla "olumsuz mükellefler listesi" olarak adlandırılan, ancak "kod listesi" olarak bilinen bir uygulamadır. Bu uygulamaya göre, İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri KDV Grup Müdürlüğüne bağlı "KDV Takip Birimi" tarafından Türkiye'de otomasyona geçmiş vergi dairelerinde olumsuzlukları bulunan mükelleflerin çeşitli kriterlere göre sınıflandırılmasıdır. Bu suretle oluşan listeler Vergi Daireleri Otomasyon Projesi kapsamında veri tabanına aktarılmaktadır.

Öte yandan, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ekli Protokollerde yer alan temel hak ve özgürlüklerden, mülkiyet hakkı, âdil yargılanma hakkı, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı, etkili başvuru hakkı, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, seyahat özgürlüğü gibi konularda vergilendirme ile ilgili ihlaller söz konusu olmakla birlikte en çok başvuru âdil yargılanma hakkı ile ilgili olmuştur.

6216 sayılı Kanunla 23 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe giren bireysel başvuru yoluna 4 Ağustos 2016 tarihi itibarıyla toplam 66195 başvuru yapılmıştır. Bu başvurulardan 43201 tanesi karara bağlanmıştır. Ancak bunlardan sadece 1339 tanesi hakkında ihlâl kararı verilmiştir²¹. Günümüze kadar, vergilendirme ile ilgili 32 adet karar bulunmakta olup bunların 20 tanesi hakkında ihlal kararı verilmiştir.

B.1. Kabul Edilemezlik Kararlarının Değerlendirilmesi

Herkes, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapma hakkına sahip olmakla birlikte yapılan başvuruların gerekli şartları taşımadığı durumlarda reddedilmesi de mümkündür. Kabul edilemezlik kararları, başvuru şartlarına ilişkin ve esasa ilişkin olmak üzere ikili ayrıma tâbi tutulup incelenecektir.

B.1.1. Başvuru Şartlarına İlişkin Kabul Edilemezlik

Bireysel başvuru şartlarına uyulmaması nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilemezlik kararı üç gerekçe ile verilebilir. Bunlar, zaman bakımından yetkisizlik, olağan kanun yolları tüketilmeden bireysel başvuruda bulunulması ve bireysel başvurunun söz konusu ihlâlden doğrudan etkilenen kişi tarafından yapılmaması yani kişi bakımından yetkisizliktir.

6216 sayılı Kanun'un geçici 1/8 maddesinde "Mahkeme, 23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi ancak 23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihaî işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvuruları inceleyebilir. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin zaman bakımından yetkisi için kesin bir tarihin belirlenmesi ve Mahkemenin yetkisinin geçmişe yürür şekilde uygulanmaması hukuk güvenliği ilkesinin gereği olarak düşünülebilir²².

6216 sayılı Kanun'un 45/2'inci maddesi "ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir" şeklindedir. Buna göre bireysel başvuru yoluna başvurabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir.

²¹ Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru İstatistikleri, www.anayasa.gov.tr (25.04.2016).

²² AYM, B.Y. B. No. 2012/73, KT. 03.03.2013, m.17.; www.anayasa.gov.tr, (15.08.2015)., AYM, B.Y. B. No. 2012/51, KT. 25.12.2012, m.18., www.anayasa.gov.tr, (15.08.2015).

6216 sayılı Kanun'un 46/1 maddesinde "bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir." ifadesini içermektedir. Buna göre bireysel başvuru usulünde, idarî yargı yerlerinde olduğu gibi menfaat ihlâlî başvuru yapmak için yeterli görülmemiş olup, ihlâlî yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl nedeniyle kişisel ve güncel hakkı doğrudan etkilenenlere bireysel başvuru hakkı tanınmıştır²³. Dolayısıyla başvuru haklarının etkin şekilde korunmasını talep ederken, başvurunun doğrudan hak ihlâlîne maruz kalan kişi tarafından yapılması gerekir.

B.1.2. Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik

Bireysel başvuruda esasa ilişkin olarak verilen kabul edilemezlik kararlarının da üç temel gerekçesi vardır. Bunlardan birincisi, iddianın yargılamanın sonucuna ilişkin olduğundan açıkça dayanaktan yoksun olması; ikincisi, idarî işlem niteliğinde karar verilmesi talep edildiğinden açıkça dayanaktan yoksun olması ve son olarak savunulacak bir iddia olmadığından konu bakımından yetkisiz bulunmasıdır.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda esasa ilişkin iddialardan en önemlisi yargılamanın sonucuna ilişkin olduğu için açıkça dayanaktan yoksun bulunmasıdır. Bu iddianın dile getirildiği davalarının tamamı âdil yargılanma hakkı ile ilgili olmuştur²⁴. Bireysel başvuruya konu davalardaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyuşmazlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden âdil olup olmaması, bireysel başvuru incelenmesinde değerlendirmeye tâbi tutulamaz. Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler ihlâl edilmediği sürece ve açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddî ve hukukî hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Bu çerçevede derece mahkemelerinin delilleri takdirinde bariz takdir hatası veya açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesi'nin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz²⁵. Bu hususta Anayasa Mahkemesi'nin örnek bir kararı bulunmaktadır. Başvurucu, adına vergi ve vergi cezası salınması nedeniyle kanun önünde eşitlik ve mülkiyet haklarının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Yapılan incelemeler sonucu ortaya çıkan değerlendirme aşağıdaki gibidir²⁶:

²³ AYM, BBY, B. No. 2013/5554, KT. 06.02.2014, m. 30., www.anayasa.gov.tr, (15.08.2015).

²⁴ Gerçek ve Bakar, s.24.

²⁵ AYM, BBY, B. No. 2012/1027, KT. 12.02.2013, m. 26; www.anayasa.gov.tr, (15.08.2015)., AYM, BBY, B. No. 2013/596, KT. 08.05.2014, m. 35., www.anayasa.gov.tr, (15.08.2015).

²⁶ AYM, BBY, B. No. 2013/2420. KT. 14.01.2014, m. 31-32., www.anayasa.gov.tr, (15.08.2015).

“Adil yargılanma hakkı bireylere dava sonucunda verilen kararın değil, yargılama sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetleme imkânı verir. Bu nedenle bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikayetlerin incelenmesi için başvurucunun yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediği, bu çerçevede yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunamadığı ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddiaların derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gerekçesiz olduğu gibi, mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurlardan değerlendirilmeye alınmamış eksiklik, ihmal ya da açık keyfilikçe ilişkin bir bilgi ya da belge sunmuş olması gerekir. Somut olayda başvurucunun, yargılama sürecinin hakkaniyete aykırı olduğuna dair bir bilgi ya da belge sunmamış olup, mahkemece verilen kararın içeriğinin adil olmadığı şikayetini dile getirdiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, başvurucu tarafından ileri sürülen iddiaların kanun yolu şikayeti niteliğinde olduğu, derece mahkemesi kararının açık bir keyfilik de içermediği anlaşıldığından başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.”

Bireysel başvuru yolunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu ekli Protokollerde ve Anayasa'da güvence altına alınan hangi hak veya hakların ihlâl edildiği ve bunların gerekçelerinin neler olduğu ortaya konulmadan, sadece idarî işlem niteliğinde karar verilmesi talebinde bulunulması “açıkça dayanaktan yoksun olması” şeklinde değerlendirmekte ve kabul edilmemektedir. Dolayısıyla bireysel başvuru yolu olağan kanun yollarının bir uzantısı olarak görülmemekte ve bu kanun yollarında meydana gelen adaletsizlik tekrarlanmamalı, bunun yerine hangi hakkın ihlâl edildiği somut olarak ortaya konularak bilinçli davranılmalıdır²⁷.

B.2. İhlâl Kararlarının Değerlendirilmesi

Vergilendirme alanında yapılan bireysel başvurular incelendiğinde 11 adet adil yargılanma hakkı ve 9 adet mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine dair karar bulunduğu görülmektedir. Bunlarla ilgili aşağıda detaylı açıklama yapılmıştır.

B.2.1. Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Hak İhlâli Kararlarının Değerlendirilmesi

Adil yargılanma hakkı ile ilgili 3 konuda ihlal kararı verilmiştir. Bunlar makûl sürenin ihlâl edilmesi, mahkemeye erişim hakkının engellenmesi ve karar gerekçelerinin ayrıntılı olmaması nedeniyle ilgilidir.

²⁷ Gerçek ve Bakar, s.25.

B.2.1.1. Makûl Sürede Yargılanmaya İlişkin Hak İhlâli Kararlarının Değerlendirilmesi

Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan makûl sürede yargılanma hakkına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde değinilmiştir. Buna göre herkes makûl sürede yargılanma hakkına sahiptir. Makûl süre sınırının getirilmesinin amacı, bütün hak arayanları yargılama işlemlerinin uzamasına karşı korumak ve kişinin uzun yargılama süreçlerinden etkilenmesini önlemektir. Makûl süre değerlendirilmesinde, sürenin başlangıcı kural olarak, uyuşmazlığı kurala bağlayacak yargılama sürecinin işletilmeye başlandığı tarih olarak kabul edilir.

Bireysel başvuru yolunda makûl sürede yargılanma yapılmadığı gerekçesiyle âdil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine ilişkin sekiz adet karar verilmiştir. Bu kararlara göre makûl sürede yargılanma hakkı, âdil yargılanma hakkının kapsamında olduğu, ayrıca davaların en az giderle ve en kısa sürede sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirten Anayasa'nın 141'inci maddesinin de makûl sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmıştır²⁸.

Davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurunun davanın hızlı sonuçlandırılmasındaki menfaatin niteliği gibi hususlar, bir davanın süresinin makûl olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması gereken kriterlerdir²⁹. Bu kriterlerin değerlendirilmesi sonucunda, mükellefler tarafından yapılan başvurularda, uyuşmazlığın çözümünde başvurucu dilekçeleri ve davalı idare savunmaları dışında yargılama mercilerince herhangi bir araştırmaya gidilmemiş olmasına rağmen, derece mahkemelerindeki incelemelerin 10 yıl 8 ay³⁰ kadar süren örneklerin olması, şikâyete konu yargılamada makûl sürenin aşılmış olduğu görülmüştür. Bu nedenle Anayasa'nın 36'ncı maddesinde güvence altına alınan makûl sürede yargılanma hakkının ihlâl edildiğine karar verilmiştir³¹.

²⁸ Gerçek ve Bakar, s.27.

²⁹ AYM, BBY, B. No: 2012/13, KT. 02.07.2013, m. 41-45., www.anayasa.gov.tr, (15.08.2015).

³⁰ AYM, BBY, B. No: 2013/4553, K.T.16.04.2015, m. 73., www.anayasa.gov.tr, (24.09.2015).

³¹ Gerçek ve Bakar, s.27.

Tablo 2: Makûl Sürenin İhlâl Edildiğine Dair Verilen Bireysel Başvuru Kararları

B. No	Başvuru Konusu	Gereke	Sonuç
2013/596	Tarh edilen Katma Değer Vergisi ve vergi ziyai cezası için açılan iptal davasının reddi	Yargılama süresi 4 yıl 1 ay olması	Makûl sürede yargılanma hakkı ihlâl edilmiştir
2013/431	Vergi Usul Kanunu'na muhalefet suçuyla yargılanma süresinin makûl süreyi aşması	Yargılama süresi 7 yıl 2 ay olması	Makûl sürede yargılanma hakkı ihlâl edilmiştir (Manevî tazminat)
2013/4553	İhtirazî kayıtla verdiği beyanname üzerinden Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi tahakkuk ettirilme işleminin iptali için açtığı davada verilen karar	Yargılamanın süresi 10 yıl 8 ay olması	Makûl sürede yargılanma hakkı ihlâl edilmiştir
2013/5016	Vergi Dairesi tarafından Motorlu Taşıtlar Vergisi tahsili için mâliki olduğu aracın satılması işleminin iptal davasında hak ihlâli yapılması	Yargılamanın süresi 5 yıl 10 ay olması	Makûl sürede yargılanma hakkı ihlâl edilmiştir (Manevî Tazminat)
2013/2264	Tarh edilen Katma Değer Vergisi, vergi ziyai cezasına ilişkin açılan davada verilen karar	Yargılamanın süresi 8 yıl 20 gün olması	Makûl sürede yargılanma hakkı ihlâl edilmiştir
2013/1949	Adına düzenlenen ödeme emrine karşı açtığı davanın reddedildiği ve yargılamanın makûl sürede sonuçlanmaması	Yargılamanın 7 yıl sürmesi	Makûl sürede yargılanma hakkı ihlâl edilmiştir
2013/4324	Başvurucu, sahte fatura kullandığı iddiasıyla adına yapılan vergi ziyai cezası tarhiyata karşı açtığı davanın reddedildiği ve yargılamanın makûl sürede sonuçlandırılmaması	Yargılamanın 7 yılı aşkın bir sürede tamamlanması	Makûl sürede yargılanma hakkı ihlâl edilmiştir
2013/6941	Türkiye İmar Bankası T.A.Ş.'nin yetkisiz olarak devlet iç borçlanma senedi satışında devletin sorumluluğunun bulunması ve zararın tazmini için açılan davanın dava devam ederken çıkarılan kanuna dayanılarak reddedilmesi nedeniyle oluşan hak ihlalleri	Yargılamanın 9 yılı aşkın bir sürede tamamlanması	Makûl sürede yargılanma hakkı ihlâl edilmiştir

Kaynak: Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru Kararları menüsünden mükellef hakları ile ilgili kararlar tarafımızca tespit edilmiştir. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>,(25.06.2016).

B.2.1.2. Mahkemeye Erişim Hakkı İhlal Kararlarının Değerlendirilmesi

Adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkı, bir uyumsuzluğu mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyumsuzluğun etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. (B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52)³². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemeye etkili erişim hakkını “*hukukun üstünlüğü*” ilkesinin temel unsurlarından biri olarak kabul etmekte ve mahkemeye etkili erişim hakkının, mahkemeye başvuru konusunda tutarlı bir sistemin var olmasını ve dava açmak isteyen kişilerin mahkemeye ulaşmada açık, pratik ve etkili fırsatlara sahip olmasını gerektirdiğini ifade etmektedir. Bu sebeple hukuki belirsizliklerin ya da uygulamadaki belirsizliklerin tarafların mahkemeye erişimine zarar verdiği durumlarda bu hakkın ihlâl edildiğine karar verilmektedir (*Geffre/Fransa*, B. No: 51307/99, 23/1/2003, § 34)³³.

Mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine dair iki adet karar verilmiş olup bunlar aşağıda tablo halinde verilmiştir.

Tablo 3: Mahkemeye Erişim Hakkının İhlâline Dair Bireysel Başvuru Kararları

B. No	Başvuru Konusu	Gerekeçe	Sonuç
2013/5949	Tarih edilen vergi ziyai cezalı Gelir Vergisi'nin tahsili için düzenlenen ödeme emrinin iptali istemi ile açılan davada yapılan hak ihlâlleri	Mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi	Yeniden yargılanma için ilgili mahkemeye gönderilme
2013/7698	Emlak Vergisi tahakkukuna ve dayanağı olan takdir komisyonu kararına karşı açılan davanın ehliyet yönünden reddedilmesi	Mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi	Yeniden yargılanma için ilgili mahkemeye gönderilme

Kaynak: Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru Kararları menüsünden mükellef hakları ile ilgili kararlar tarafımızca tespit edilmiştir. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>,(25.06.2016).

B.2.1.3. Karar Gereçeklerinin Ayrıntılı Olmaması

Anayasa'nın 36'ncı maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve âdil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Anılan maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, Anayasa'nın 40'inci maddesi uyarınca diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir³⁴. Bu bağlamda Anayasa'nın, devletin

³² Gerçek ve Bakar, s.26.

³³ Gerçek ve Bakar, s.26.

³⁴ E.2013/64, K.2013/142, K.T. 28.11.2013. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>.(15.08.2015).

işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmesi gerektiğini ifade eden 40. maddesinin de, âdil yargılanma hakkının kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır. Bunun yanında Anayasa’da âdil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriğinin, Sözleşme’nin ‘Adil yargılanma hakkı’ kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 22)³⁵. Karar gerekçelerinin ayrıntılı olmaması nedeniyle 1 adet ihlâl kararı verilmiş olup bunlar aşağıda tablo halinde verilmiştir.

Tablo 4: Karar Gerekçelerinin Ayrıntılı Olmaması Nedeniyle Bireysel Başvuru İhlâl Kararları

B. No	Başvuru Konusu	Gerekçe	Sonuç
2013/7847	Motorlu Taşıtlar Vergisi tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emirlerine karşı açılan davanın esasa ilişkin iddialarının karşılanmaksızın reddedilmesi	Verilen karar gerekçelerinin ayrıntılı olmaması	Yeniden yargılanma için ilgili mahkemeye gönderilme

Kaynak: Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru Kararları menüsünden mükellef hakları ile ilgili kararlar tarafımızca tespit edilmiştir. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>,(25.06.2016).

B.2.2. Mülkiyet Hakkına İlişkin İhlâl Kararlarının Değerlendirilmesi

Mülkiyet hakkı ile ilgili 2 konuya dayanarak ihlal kararı verilmiştir. Bunlar öngörülebilirlik ölçütüne uyulmaması ve ölçülülük ilkesine uyulmaması nedeni ile ilgilidir. İhlâl kararlarının durumları aşağıda açıklanmıştır.

B.2.2.1. Öngörülebilirlik Ölçütüne İlişkin Mülkiyet Hakkı İhlâli Kararlarının Değerlendirilmesi

Bireysel başvuru yolunda belirlilik ve öngörülebilirlik ölçütlerine aykırı işlem yapıldığı için mülkiyet hakkının ihlâl edildiği konusunda altı adet karar verilmiştir. Bu kararlardan birine göre vakfa ödenen katkı paylarının ücret olarak kabul edilip vergilendirilmesine ilişkin işlemlerin öngörülebilir kanunî dayanağının bulunmadığı gerekçesiyle Anayasa’nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlâl edildiği kabul edilmiştir.

Verginin kanuniliği ilkesinin düzenlendiği Anayasa’nın 73’üncü maddesi hükmü ile vergi mükellefi bakımından vergisel yükümlülüklerin belirliliği ve öngörülebilirliği ölçütleri bağlamında mükelleflerin hukuki güvenliği sağlanmak istenmiştir. Söz konusu ölçütler mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin kanunla

³⁵ AYM, BBY, B.No: 2013\5949, KT. 12.03.2015, m. 46., www.anayasa.gov.tr, (15.08.2015).

yapılması zorunluluğunun alt ölçütleridir. Verginin belirli ve öngörülebilir olması, vergiye ilişkin hükümlerin açık ve anlaşılır olmasını gerektirmekte olup Anayasa'nın 73/3.maddesi ile Türk hukukunda vergisel yükümlülüğün mutlaka kanunla konulmasını zorunlu tutan Anayasa hükmünün, vergi yoluyla mülkiyet hakkına yönelik müdahaleler karşısında kişilere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre daha üst düzey bir koruma sağladığı söylenebilir³⁶.

Anayasa'nın 35'inci maddesinde olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1. Protokolde de mülkiyet hakkının mutlak bir hak olmadığı ve kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilceği belirtilmiştir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre, mülkiyet hakkını sınırlamaya yönelik müdahalelerin meşru sayılabilmesi için belli ölçütleri içermesi gerekir (*James ve Diğerleri / Birleşik Krallık B. No: 8793/79, 21.02.1986, & 37*)³⁷ Buna göre müdahale kamu yararı amacıyla yapılmalı (*Beyeler / İtalya, B. No:33202/96, 05.11.2000, &111*)³⁸, hukuka dayalı olmalı (*Iatridis / Yunanistan, B. No: 31107/96, 25.03.1999, &58; Sporrong ve Lönnroth / İsveç, B. No: 7152/75, 23.09.1982, & 69*)³⁹ ve ölçülü olmalıdır (*Ashingdane / Birleşik Krallık, B. No: 8225/78, 28/5/1985, § 57; Sporrong ve Lönnroth / İsveç, B. No: 7152/75, 23/9/1982, § 69*)⁴⁰.

Bu durumda mülkiyet hakkına vergi yoluyla yapılan müdahalede kamu yararı bulunup bulunmadığı; müdahalenin hukuka dayalı olup olmadığı ve ölçülü olup olmadığı konularında incelenmesi gerekir. Bu yüzden, mülkiyet hakkının ihlâl edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna gideceklerin savunmalarının dayanaklarından birisi olarak Anayasa'nın 73'üncü maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesinin alt ölçütleri olan ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik ölçütlerine uyulmadığını kullanabilirler⁴¹.

Dolayısıyla mülkiyet hakkına vergi yoluyla müdahale yapılabilmesi için öngörülebilirlik ölçütünün sağlanması gerekir. Belirlilik ve öngörülebilirlik ölçütlerine aykırı işlem yapıldığı ve vergilemede hukuk kurallarının yorum ve uygulamasının öngörülemez nitelikte olması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlâl edildiği konusunda 6 adet karar verilmiştir.

³⁶ AYM, BBY, B.No: 2013\5949, KT. 12.03.2015, m. 46., www.anayasa.gov.tr, (15.08.2015).

³⁷ Gerçek ve Bakar, s.28.

³⁸ Gerçek ve Bakar, s.28.

³⁹ Gerçek ve Bakar, s.28.

⁴⁰ Gerçek ve Bakar, s.28.

⁴¹ Gerçek ve Bakar, s.29.

Tablo 5: Öngörülebilirlik Ölçütüne İlişkin Verilen Bireysel Başvuru İhlâl Kararları

B. No	Başvuru Konusu	Gereççe	Sonuç
2014/6192	Çalışanlarına menfaat sağlamak için kurulan vakfın şubeleri itibariyle yaptığı katkı payı ödemelerinin ücret olarak kabul edilip tarh edilen Gelir Vergisi ve Damga Vergisi ile kesilen vergi ziyai cezalarına karşı açılan davanın reddi	Yargılama sırasında hukuk kurallarının yorum ve uygulamasının “öngörülemez” nitelikte olması sebebiyle mülkiyet hakkı ihlâli vardır.	Tahsil edilen tutarın tahsil tarihi itibariyle yasal faiziyle birlikte tazminat olarak ödenmesi
2013/3245	Vergi ve vergi ziyai cezası kesilmesi ile hak ihlâli yapılması	Yargılama sırasında hukuk kurallarının yorum ve uygulamasının “öngörülemez” nitelikte olması sebebiyle mülkiyet hakkı ihlâli vardır.	Yeniden yargılanma için ilgili mahkemeye gönderilme
2013/3244	Başvuru, vergi ve vergi cezası salınması işlemine karşı açılan davanın reddedilmesi nedeniyle Anayasa’nın 10’uncu maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesinin ve 35’inci maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının ihlâl edilmesi	Yargılama sırasında hukuk kurallarının yorum ve uygulamasının “öngörülemez” nitelikte olması sebebiyle mülkiyet hakkı ihlâli vardır.	Yeniden yargılama için ilgili mahkemeye gönderilme
2013/3241	Vergi mükellefi sıfatıyla başvurucu adına vergi ziyai cezası kesilmesi ile hak ihlâli yapılması	Yargılama sırasında hukuk kurallarının yorum ve uygulamasının “öngörülemez” nitelikte olması sebebiyle mülkiyet hakkı ihlâli vardır.	Yeniden yargılanma için ilgili mahkemeye gönderilme
2013/3246	Vergi mükellefi sıfatıyla başvurucu adına vergi ziyai cezası kesilmesi ile hak ihlâli yapılması	Yargılama sırasında hukuk kurallarının yorum ve uygulamasının “öngörülemez” nitelikte olması sebebiyle mülkiyet hakkı ihlâli vardır.	Yeniden yargılanma için ilgili mahkemeye gönderilme
2014/6193	Çalışanlarına menfaat sağlamak için kurulan vakfın şubeleri itibariyle yaptığı katkı payı ödemelerinin ücret olarak kabul edilip tarh edilen Gelir Vergisi ve Damga Vergisi ile kesilen vergi ziyai cezalarına karşı açılan davanın reddi	Yargılama sırasında hukuk kurallarının yorum ve uygulamasının “öngörülemez” nitelikte olması sebebiyle mülkiyet hakkı ihlâli vardır.	Tahsil edilen tutarın tahsil tarihi itibariyle yasal faiziyle birlikte tazminat olarak ödenmesi

Kaynak: Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru Kararları menüsünden mükellef hakları ile ilgili kararlar tarafımızca tespit edilmiştir. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>,(25.06.2016).

B.2.2.2. Ölçülülük İlkesine İlişkin Mülkiyet Hakkı İhlâl Kararlarının Değerlendirilmesi

Bireysel başvuru yolunda “ölçülülük” ilkesine aykırı olarak kişilerin mülkiyetten mahrum bırakılması ile kamu yararı arasında adil denge kurulmadığından mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin üç adet karar verilmiştir. Bu kararlara göre Anayasa’nın 13.maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi gereği kişilerin mülklerinden mahrum bırakılmaları halinde elde edilmek istenen kamu yararı ile mülkünden mahrum bırakılan bireyin hakları arasında adil bir denge kurulmaması halinde mülkiyet hakkının ihlal edildiği kabul edilmektedir.

Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı mevcut mal, mülk ve varlıkları koruyan bir güvencedir (Bkz. B. No: 2012/636, 15/04/2014, & 36-37). Alacak hakkı, mülkiyet hakkı kapsamında kişilerin temel haklarından. Asıl alacağa bağlı fer’i bir hak olan faiz alacağı da hak sahibine maddi bir menfaat sağlaması sebebiyle ekonomik bir değer olarak Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı kapsamında olup, asıl alacağa bağlı faiz talebi de bu hakkın sağladığı güvenceden yararlanabilir⁴². Vergi adı altında tahsil edilen ve mahkemelerce fazla veya yersiz olduğuna karar verilen tahsilatların iadesinde tahsilat ve iade arasında geçen sürede iade edilen bedelin enflasyon karşısında değerinde meydana gelen aşınmayı ve bu sürede kişilerin bu bedellerden yararlanamamaları nedeniyle meydana gelen zararlarını telafi etmek ve gerçek karşılığını geri ödeyebilmek amacıyla, bu bedellere faiz veya enflasyon farkı işletilmesi mümkündür⁴³.

İdarece vergi adıyla fazla ve yersiz tahsil edilen ve Mahkeme kararıyla iadesine karar verilen bedellerin ödenmesinde faiz uygulanmaması, alacaklı-borçlu ilişkisinin alacaklı aleyhine ve idare lehine bozulmasına yol açtığı, başvuruçunun üzerine haklı gösterilemeyecek şekilde orantısız ve aşırı yük bindiği ve ulaşılmak istenen kamu yararı ile başvuruçunun mülkiyet hakkı arasında kurulması gereken adil dengenin bozulduğu sonucuna ulaşılmış olup, Anayasa’nın 35’inci maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir⁴⁴.

Dolayısıyla mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yoluna gidecek mükelleflerin savunmalarının dayanaklarından birisi olarak da Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer alan “ölçülülük ilkesinin” ihlal edildiği ve kamu yararı ile bireyin hakları arasında da adil bir denge kurulmadığı kullanılabilir⁴⁵.

⁴² AYM, BBY, B.No: 2013\28, KT. 25.02.2015, m. 36., www.anayasa.gov.tr, (15.08.2015).

⁴³ AYM, BBY, B.No: 2013\28, KT. 25.02.2015, m. 45., www.anayasa.gov.tr, (15.08.2015).

⁴⁴ AYM, BBY, B.No: 2013\6361, KT. 06.05.2015, m. 36., www.anayasa.gov.tr, (15.08.2015).

⁴⁵ Adnan Gerçek ve Feride Bakar, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Sonucunda Alınan

Ölçülülük ilkesine aykırı olarak kişilerin mülkiyetten mahrum bırakılması ile kamu yararı arasında adil denge kurulmadığından mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin üç adet karar verilmiştir.

Tablo 6: Ölçülülük Ölçütüne İlişkin Verilen Bireysel Başvuru İhlâl Kararları

B. No	Başvuru Konusu	Gerekçe	Sonuç
2013\1993	İhtirazî kayıtla verilen gümrük beyannamelerinden fazladan tahakkuk ettirilen Gümrük Vergisi ve Katma Değer Vergisi'nin faizleriyle birlikte geri istenmesi için açılan davada faiz talebinin reddi	Kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasında kurulması gereken adil dengenin sağlanamaması	Yeniden yargılanma yapılması için ilgili mahkemeye gönderilmesi
2013\6361	İhtirazî kayıtla verilen gümrük beyannameleri üzerinden fazladan tahakkuk ettirilerek ödenen Gümrük Vergisi ve Katma Değer Vergisi'nin faizleriyle birlikte geri ödenmesi için açtığı davada, fazladan tahsil edilen kısmın iadesine karar verilmesine rağmen faiz isteminin reddedilmesi	Kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasında kurulması gereken adil dengenin sağlanamaması	Yeniden yargılanma yapılması için ilgili mahkemeye gönderilmesi
2013\28	İhtirazî kayıtla verilen gümrük beyannameleri üzerinden fazladan tahakkuk ettirilerek ödenen Gümrük Vergisi ve Katma Değer Vergisi'nin faizleriyle birlikte geri ödenmesi için açtığı davada, fazladan tahsil edilen kısmın iadesine karar verilmesine rağmen faiz isteminin reddedilmesi	Kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasında kurulması gereken adil dengenin sağlanamaması	Yeniden yargılanma yapılması için ilgili mahkemeye gönderilmesi

Kaynak: Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru Kararları menüsünden mükellef hakları ile ilgili kararlar tarafımızca tespit edilmiştir. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>,(25.06.2016).

B.3. İhlâl Kararlarının Sonuçları

Vergi konulu yapılan bireysel başvurularda adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkının ihlâl edilmiş olmasına dayanılarak 20 adet ihlâl kararı verilmiştir. Adil yargılanma hakkının ihlâl edilmiş olma gerekçeleri makûl sürenin ihlâli, mahkemeye erişim hakkının ihlâl edilmiş olması ve karar gerekçelerinin ayrıntılı

Kararların Mükellefler Açısından Sonuçları”, **13.Uluslararası Türk Dünyası Sosyal Bilimler Kongresi**, Tam Metin Bildiri, 28 Ekim - 1 Kasım 2015, Bakü.

olmamasıdır. Mülkiyet hakkı ihlâl gerekçeleri ise, öngörülebilirlik ölçütüne ve ölçülülük ilkesine uyulmamasıdır.

Söz konusu hak ihlallerini ortadan kaldırmak için manevi tazminat verilmekle birlikte tahsil edilen vergi ve vergi ziyai cezalarının faizi ile birlikte geri ödenmesi hükmedilebilir ya da yeniden yargılama yapılmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilebilir.

Esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlâl edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlâl kararı verilmesi hâlinde ihlâlin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.

Tespit edilen ihlâl bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlâli ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir⁴⁶.

SONUÇ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ortak koruma alanında yer alan temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlâl edilen kişilerin başvurabileceği ikincil nitelikte ve olağanüstü bir kanun yolu olarak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu 2012 yılından itibaren uygulamaya başlanmış olup, her geçen gün yaygınlaşarak hukuk sisteminde yerini almaktadır.

23 Eylül 2012 - 4 Ağustos 2016 tarihleri arasında kişilerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin vergiyle ilgili ihlali konusunda 32 adet başvuru yapıldığı görülmüştür. Yapılan başvuruların bir kısmı bireysel başvuru için gerekli şartlara uyulmamasından dolayı 3 temel gerekçeye dayanarak kabul edilemezlik kararı verildiği görülmüştür. Söz konusu gerekçeler zaman bakımından yetkisizlik, olağan kanun yolları tüketilmeden bireysel başvuruda bulunulması ve kişi bakımından yetkisizliktir. Kişi bakımından yetkisizlik ile kastedilen bireysel başvurunun doğrudan mağdur olan kişi tarafından yapılmamasıdır.

Diğer taraftan bireysel başvuru yolunda esasa ilişkin olarak verilen kabul edilemezlik kararları da 3 gerekçeye dayandırılmıştır. Bunlar iddianın yargılamanın sonucuna ilişkin olduğundan açıkça dayanaktan yoksun olması,

⁴⁶ AYM, BBY, B.No: 2013\3241, KT.16.12.2015, www.anayasa.gov.tr.(15.08.2015).

idari işlem niteliğinde karar verilmesi talep edildiğinden açıkça dayanaktan yoksun olması ve savunulabilir bir iddia olmadığından konu bakımından yetkisiz bulunmasıdır.

Anayasa Mahkemesi tarafından kişilerin iddia ettiği temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği yönünde verilen kararlarda yargılamanın makul sürede tamamlanmaması durumunda adil yargılanma hakkının ihlal edildiği, kanunilik ilkesinin alt ölçütleri olan “ulaşılabilirlik” ve “öngörülebilirlik” kriterlerine uyulmadığı hallerde mülkiyet hakkının ihlal edildiği ve “ölçülülük” ilkesine aykırı olarak kişilerin mülkiyetten mahrum bırakılması ile kamu yararı arasında adil bir denge kurulmadığından mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönünde kararlar verilmiştir.

Yapılan inceleme sonucunda ihlâl kararı verilen bireysel başvurularda üç hüküm verilmiştir. Bunlar, söz konusu hak ihlalinin etkilerini ortadan kaldırmak amacı ile manevi tazminat ve tahsil edilen vergi ve vergi ziyayı cezalarının faizi ile birlikte geri ödenmesidir. Ayrıca hukuka uygun olmadan yapılan yargılamanın iptali ve yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesi konusunda hükümler bulunmaktadır.

Bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunacak mükelleflerin olağan kanun yollarını tüketilmiş olmalarına ve doğrudan hak ihlâline maruz kalan kişi tarafından başvurunun yapılmasına dikkat etmeleri gerekmektedir. Ayrıca yapacakları başvurularda idari işlem sonucunun hukuka aykırı olduğu noktasından itiraz yerine; yargılamanın makul sürede yapılmadığı, mahkemeye erişim hakkının engellendiği veya karar gerekçelerinin ayrıntılı olmadığı gibi adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçeleri üzerinde yoğunlaşmalarında yarar vardır. Diğer taraftan bireysel başvuruda ileri sürülebilecek itiraz konuları vergilemede öngörülebilirlik ve ölçülülük ilkelerinin uyulmaması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği noktasında olabilir. Dolayısıyla mükellefler tarafından vergileme alanında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluyla yapılacak itirazlarda olumlu sonuçlar alınabilmesi için özellikle mükellef haklarının ihlaline yol açan konulara odaklanmalıdır.

KAYNAKÇA

ACU. Melek, “Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.110, 2014, s.404.

AYDIN, Öykü Didem. “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, Y. 2011, S. 4.

ERDİNÇ, Tahsin. “Karşılaştırmalı Olarak Türk Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikayeti)”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y:6, S:20, Ocak 2015.

EKİNCİ. Hüseyin ve Musa Sağlam, 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, T.C. Anayasa Mahkemesi, http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/66_Soru.pdf,(22.06.2015).

GERÇEK, Adnan ve Feride Bakar. “Mükellef Haklarının Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Korunmasının Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Metin TAŞ’a ARMAĞAN (Ed. Adnan Gerçek ve Fatih Saraçoğlu)**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015.

GERÇEK. Adnan ve BAKAR. Feride, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Sonucunda Alınan Kararların Mükellefler Açısından Sonuçları”, **13.Uluslararası Türk Dünyası Sosyal Bilimler Kongresi**, Tam Metin Bildiri, 28 Ekim-1 Kasım 2015., Bakü.

GÖZLER. Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 9.Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2010.

GÖZTEPE Ece, “Anayasa Şikayeti”, AÜHF Yayınları No:530, AÜHF Döner Sermaye Yayınları No:45, Ankara 1998.

GÖZTEPE, Ece. Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 25, 2011.

GÖZTEPE, Ece. “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, **Türkiye Barolar Birliği Yayınları**, Ankara, 2011.

KAPLAN. Recep, “Vergi Yargılamasında Bireysel Başvuru Öncesinde Tüketilmesi Gereken Kanun Yolları”, **Vergi Dünyası**, S.386, Ekim 2013.

KILINÇ, Bahadır. “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, **Anayasa Yargısı**, C. 25, 2008.

KOCAER, Şenol. "AİHM Kararları Çerçevesinde Vergi Davalarında Bireysel Başvuru Yolu", **Vergi Dünyası**, S. 393, Mayıs 2014.

SABUNCU, M. Yavuz ve Selin Esen. "Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", Anayasa Mahkemesi'nin 42. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No: 5, Ankara, 2004.

SAĞLAM, Musa. "Bireylerin Anayasa Mahkemesi'ne Başvurusu (Bir Reform Önerisi)", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 60, 2005.

SONGÖR, Tuncay ve Ayla Songör. "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolu Açıldı", **Yaklaşım**, Yıl: 20, Sayı: 239, Kasım 2012.

ŞENGÖZ, Yunus. "Vergi ve Vergi Cezaları İçin Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Bulunulabilir Mi?", **Vergi Sorunları**, S. 308, Mayıs 2014.

TEKBAŞ. Abdullah, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ve Vergi Konulu Bireysel Başvuruların Değerlendirilmesi", **30.Maliye Sempozyumu**, 20-24 Mayıs 2015, Antalya.

UZUN. Cem Duran, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolu (Anayasa Şikayeti)", **Seta Analiz**, SETA-Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı, Şubat 2012, s.5.

UZUN. Mehmet Cengiz, "Vergi Açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", **Vergi Sorunları Dergisi**, S.235, Nisan 2008, s.194-204.

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru İstatistikleri, www.anayasa.gov.tr (04.08.2016).

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2012/73, Karar Tarihi: 05.03.2013.

Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2012/829, Karar Tarihi: 05.03.2013.

Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/4413, Karar Tarihi: 21.11.2013.

Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/2420, Karar Tarihi: 14.01.2014.

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/5028, Karar Tarihi: 14.01.2014.

Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/5554, Karar Tarihi: 06.02.2014.

Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/5660, Karar Tarihi: 20.03.2014.

Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/596, Karar Tarihi: 08.05.2014.

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2012/1123, Karar Tarihi: 26.06.2014.

Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2014/505, Karar Tarihi: 17.07.2014.

Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2014/6192, Karar Tarihi: 12.11.2014.

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2014/431, Karar Tarihi: 17.11.2014.

Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/3245, Karar Tarihi: 11.12.2014.

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/28, Karar Tarihi: 25.02.2015

Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/2264, Karar Tarihi: 26.02.2015.

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/5949, Karar Tarihi: 12.03.2015.

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2014/72, Karar Tarihi: 25.03.2015.

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/4553, Karar Tarihi: 16.04.2015.

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/5016, Karar Tarihi: 16.04.2015.

Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/1993, Karar Tarihi: 06.05.2015.

Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/6361, Karar Tarihi: 06.05.2015.

Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/2041, Karar Tarihi: 10.06.2015.

Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/1949, Karar Tarihi: 24.06.2015

Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/4324, Karar Tarihi: 07.07.2015

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/3244, Karar Tarihi: 07.07.2015

Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/5053, Karar Tarihi: 07.07.2015

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2014/6193, Karar Tarihi: 15.10.2015.

Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/3246, Karar Tarihi: 16.12.2015.

Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/3241, Karar Tarihi: 16.12.2015.

Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/6941, Karar Tarihi: 06.01.2016.

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/7698, Karar Tarihi: 18.02.2016.

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/7847, Karar Tarihi: 09.03.2016.

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2013/9585, Karar Tarihi: 09.03.2016

TAKDİRE DAYALI TARHİYATLARDA SİSTEM ELEŞTİRİSİ VE REFORM İHTİYACI

A Criticism of System and Need for Reform in Discretionary Assessments

Dr. Osman SARIASLAN¹

Geliş Tarihi: 12.07.2016 Kabul Tarihi: 23.09.2016

ÖZET

Vergilendirme usulleri içerisinde devlet kudretinin en ilkel haliyle kullanıldığı süreç takdir sürecidir. Çağdaş vergilendirme biçimi olan beyan sisteminin sigortası olarak kurgulanan takdir sürecinin en önemli aktörleri ise takdir komisyonlarıdır. Bu komisyonların oluşumu, görev ve yetkileri yasal düzeyde belirlenmek suretiyle hem vergi adaleti hem de hukuki güvenliğin tesisi amaçlanmıştır. Ancak gelişen ve değişen dünya koşulları ile temel hak ve hürriyetlerde yaşanan paradigma dönüşümü, takdir müessesesini ve bu müessesenin en önemli aktörü olan takdir komisyonlarının etkinliğinin sorgulanmasına neden olmuştur. Özellikle de konuyla ilgili yargı kararları bu durumu somut bir şekilde ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bu çalışmada, takdire dayalı tarhiyatlarda takdir komisyonlarının demokratik toplum düzeni ve günümüz hukuk değerleriyle bağdaşmayan iş ve işlemlerine işaret edilip; bu işlemlerden ötürü acil reform ihtiyacı duyulan hususlarda öneri ve değerlendirmelerde bulunmak amaçlanmıştır. Çalışmanın kurgulandığı temel zemin ise, takdir komisyonlarının kararlarına dayalı yapılan tarhiyatlara karşı açılan davalarda verilen yargı kararlarının oluşturduğu içtihat alanıdır.

Anahtar Kelimeler: tarhiyat, takdir, takdir komisyonu, reform

ABSTRACT

Among the forms of taxation, the process of discretion is the process in which the power of state is used in its most primitive way. Established as an assurance of the declaration system, a contemporary form of taxation, the process of discretion keeps the commissions of discretion as the most important actor of its. The establishment of both justice of taxation and legal security is aimed providing that the formation, duty and jurisdiction of these commissions are determined on legal base. However, with the changing and developing world conditions, the paradigm shift in basic rights and liberties has caused to the questioning of the process of discretion along with its most important part, commissions of discretion. Especially, the judicial decisions concerning the case reveal this situation tangibly. Therefore, in this study, the first aim is to point out the works and transactions in discretionary assessments of the commissions of discretion which do not comply with democratic order of society and modern-day law values and the second one is to make suggestions and offers about the matters in need of urgent reform because of these transactions. The basic core of the study is the jurisdiction created by judicial decisions for the suits brought against assessments based on the decisions of the commissions of discretion.

Keywords: assessment, discretion, commission of discretion, reform

¹ Anayasa Mahkemesi Raportörü (Eski Vergi Mahkemesi Başkanı)

GİRİŞ

Vergi sistemimizin benimsediği beyan esasına göre mükellef ödeyeceği vergiyi kendisi beyan etmektedir. Bu beyan, matrahın beyanı olup doğrudan ödenecek verginin beyanı değildir. Tarh işlemi idare tarafından beyan edilen matrah üzerinden yapılmaktadır. Sistemin işleyişi genel olarak bu olmakla birlikte; bu sisteme gönüllü uyum göstermeyen ya da beyanında eksik ve hatalar bulunan (ya da bulunduğu varsayılan) kişilerin vergilendirilmesi ve bu yolla vergi adaletinin sağlanması amacıyla, hukukumuzda beyan sisteminin sigortası niteliğinde bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlar 213 sayılı Vergi Usul Kanununda (VUK) düzenlenen *yoklama, inceleme ve takdirdir*.

Yoklama ve inceleme müesseseleri, beyan sisteminin doğru ve etkin işleyişini sağlamaya yönelik ve merkezinde “denetim ve kontrol” olan süreçlerdir. Bu süreçlerin sonunda vergi kanunlarına aykırılık tespit edilmiş ve aykırılık matrah farkına işaret ediyorsa buna göre (tarhiyat dâhil) gerekli işlemler yapılmaktadır. Herhangi bir aykırılık tespit edil(e)memesi halindeyse herhangi bir işlem yapılmamaktadır.

Takdir ise, doğrudan vergilendirme maksadına yöneliktir. Öyle ki takdir, beyan esasındaki vergilendirme süreçleri göz önünde bulundurulmak suretiyle beyan sisteminin aksayan (veya aksatılan) ya da yetersiz kaldığı noktalarda vergi adaletinin sağlanması için başvuru bir “kabul” sürecidir. Temelinde varsayım bulunmaktadır. Sistemsel gereklilikler üzerine inşa edilmiştir. Bu gerekliliklerin ilki bazı servet ve gelir unsurlarının vergi değerlerinin saptanması maksadına yönelikken² ikincisi kişilerin beyan dışı bıraktıkları gelirlerinin vergilendirilmesine ilişkindir. Dolayısıyla vergi hukukunda takdir kişinin vergilendirilmesine ilişkin hazırlık sürecinde kişilerin beyanı yerine geçen bir irade ikamesidir. Yani takdir sürecinde, çağdaş vergilendirme anlayışının bir yansıması olan beyanın yerine ilgili kişilerin iradesi dışında bir değer yahut matrahın, kamu gücü kullanılarak tespiti söz konusudur. Bu haliyle takdir, devlet egemenliğinin en ilkel haliyle tezahür ediş şeklidir.

Bununla beraber devlet egemenliğinin ve kişilerin mülkiyet hakkının kesiştiği bir alanda işlev gören takdir süreci VUK'ta çok detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu kapsamda VUK, takdirin yalnızca takdirin maksadına göre

² Örneğin VUK'un 72/2 ve 3. maddelerine göre oluşturulan komisyonlarca yapılan takdirler, yine bu cümleden olmak üzere; aynı Kanunun 42. maddesine göre oluşturulan “ortalama kâr hadlerinin” tespiti; aynı Kanunun 46. maddesine göre “zirai kazanç ölçütlerinin tespiti”; aynı Kanunun mükerrer 49. maddesine göre “emlak vergisine ait bedel ve değerlerin tespiti”; aynı Kanunun 267. maddesine göre “emsal bedel ve emsal ücretin tespiti”; aynı Kanunun 298. maddesi uyarınca Kanunun üçüncü kitap birinci kısım ikinci bölümünde düzenlenen” iktisadi işletmelere ait kıymetlerin değerlendirilmesine” ilişkin takdir işlemleri yapılacak bazı vergisel işlemler için birer zorunluluktan kaynaklanmaktadır.

oluşturulacak komisyonlar tarafından yapılacağı, bu komisyonların kimlerden teşekkül edeceği, görev ve yetkilerini açıkça düzenlemiştir. Böylece takdir komisyonları, oluşumu, görev ve yetkileri Kanunla belirlenmiş yasal bir organ olarak karşımıza çıkmaktadır.

Takdir müessesesinin ve buna ilişkin komisyonların yasal hüviyetlerine rağmen bu sürece dayalı tarhiyatlardan birçok idari ve yargısal uyuşmazlık çıkmaktadır. Anılan uyuşmazlıkların büyük bir kısmı takdir komisyonlarının fiili uygulamaları ve mali idarenin bu komisyonlarla ilgili bakış açısından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla takdir müessesesinin ve komisyonların saygınlığı ve etkinliğinin artırılması; kişilerin anayasal düzeyde sahip oldukları hukuki güvenlik ve mülkiyet hakkı başta olmak üzere diğer vergisel haklardan gereği gibi yararlanabilmeleri adına bu komisyonların yapısında, iş ve işlemlerinde ve tabi ki mali idarenin takdir komisyonlarına olan bakış açısında bir değişim ya da reform kaçınılmaz olmuştur.

Bu gereksinim üzerine hazırlanan çalışmanın ilk bölümünde, takdir fonksiyonunun özgülendiği amaç olan tarhiyattan ve buna ilişkin usul ve süreçlerden bahsedilerek takdir komisyonları ile söz konusu işlemler arasındaki bağ ortaya konulmaya çalışılacaktır. İkinci bölümde genel hatlarıyla takdir komisyonları incelenecek, bunların yapısı, görev ve yetkileri ve konumuz açısından özellik arz eden hususlarına değinilecektir. Üçüncü bölümde matrah takdir ederken takdir komisyonlarının sıkça eleştirilen uygulamaları özellikle yargı kararlarına yansıyan yönleriyle ortaya konulacak. Dördüncü bölümde ise sorunlu uygulamalara ilişkin getirilen çözüm önerileri sunulacaktır.

1. TARHIYATIN MAHİYETİ VE İNŞA SÜREÇLERİ

1.1. Genel Olarak Tarh İşlemi

Tarh, kelime anlamı olarak çıkarma, ıtrah etme, bir sayıdan diğerini çıkarma, belirleme anlamlarına gelmektedir³. Verginin tarhı ise, VUK'un 20. maddesinde, vergi alacağıнын kanunlarında gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak bu alacağı miktar itibariyle tespit eden idari muamele olarak tanımlanmıştır. Kanunda yer alan “muamele” kelimesinin güncel dilde karşılığı işlemdir. Verginin tarhı kural olarak idarece yapılmaktadır⁴. Bu nedenle “tarh” ya da “tarhiyat” idari bir işlemidir.

³ Ali Şafak, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, Temel Yayınları, İstanbul, 1996, s. 591

⁴ Sadık Kırbaş, **Vergi Hukuku, Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2006, s. 99

Bu kapsamda tarh işlemi idari işlem kuramı⁵ çerçevesinde ele alındığında şu nitelikleri ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki tarh işlemi, vergi borcunun ne zaman doğduğu yanıtı ile ilgili olduğundan ve kural olarak vergi borcu, vergiyi doğuran olayla oluştuğuna göre vergilemede inşai (yapıcı) işlem vergiyi doğuran olayken; tarh işlemi yükümlülerin ödeyecekleri miktarı saptaması nedeni ile *belirtici işlem* niteliğindedir⁶. Böylece vergiyi doğuran olayın meydana gelmesi ile ortaya çıkan vergi borcu, tarh işlemi ile miktar olarak belirlenmektedir⁷. İkincisi, tarh işlemi bireysel işlemler içerisinde yer alan ve sadece bireysel hukuki durumlar doğuran ya da bireysel hukuki durumlarda değişiklik yaratan, kişiden kişiye değişen *sübjektif işlem* sınıflandırmasında yer alır⁸. Üçüncüsü yine tarh işlemi yararlandırıcı-yükümlendirici işlem ayrımında *yükümlendirici* bir işlemdir. Kişi tarh işlemi ile birlikte belirlenen vergiyi ödeme yükümlülüğü altına girer. Son olarak, tarh işlemi hazırlayıcı veya ön işlem-asli işlem ayrımında *asli işlem* komundadır. Belirli bir idari sürecin sonunda tesis edilen ve kesin yürütülmesi gereken bir işlemdir⁹.

Dolayısıyla vergi tarhi, vergi alacağının kanunlarında gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak bu alacağı miktar itibarıyla tespit eden, belirtici, sübjektif, yükümlendirici, asli bir idari işlemdir.

Vergiyi doğuran olayın meydana gelmesinden sonra verginin tarh edilmesine giden süreç ise vergi hukukumuzda, muhtelif şekillerde olabilmektedir. Diğer bir anlatımla vergiyi doğuran olayın meydana geldiği an ile vergilendirmenin gerçekleştiği tarh anına kadar, vergilendirme rejimine bağlı olarak muhtelif usuli işlemler yapılmaktadır. Bu işlemler en genel hatlarıyla şu şekilde ifade edilebilir.

- Vergiyi doğuran olay nedeniyle kişinin akım gelirinde veya servet unsurlarında oluşan pozitif fark için beyanname vermesi;
- Bu beyanda gider ve indirimlerden hareketle bir matrah belirlenmesi;
- Beyan edilen matrah üzerinden tarhiyat yapılmasıdır.

Ancak vergiyi doğuran olaydan sonra yapılması gereken işlemler ilgisi tarafından yapılmaz ise yine yasa gereği verginin ziya uğramaması adına mali

⁵ İdari işlemin kuramsal analizi için bkz. Celal Erku, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, ss. 9-163

⁶ İşlemin inşai ve belirleyici olmasının farklılık arz eden yönleri için bkz. Bahtiyar Akyılmaz, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2000, s. 54-55

⁷ Şükrü Kızılot, Metin Taş, **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, 4.b., Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 68

⁸ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2002, s. 222

⁹ Bekir Baykara, **Teori ve Pratik Yönleriyle Vergi ve Vergi Ceza Hukuku**, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, İstanbul, 2008, s. 8

idare tarafından *kişinin beyanının yerine geçecek usuller* işletilerek tek yanlı matrah belirlemesi yapılarak bu matrah üzerinden tarh işlemi tesis edilip ilgisine tebliğ edilmektedir. İdarenin kişinin yerine geçerek vergilendirme süreci içinde gerçekleştirdiği usuli işlemler ile bu işlemleri yapacak merciler, kişilerin lehine hukuki güvence oluşturması bakımından Kanunla düzenlenmiştir.

1.1. Matrahın Tespiti Ekseninde Tarhiyat Usulleri

Tarhiyat usulleri VUK'un 1. kitabının 2. kısmında düzenlenmiştir. Burada matrahın tespitine ilişkin tahrir (yazma/yazdırma) usulü¹⁰, götürü usul¹¹, beyan usulü ile temelinde ihbarname olan (re'sen, ikmalen ve idarece) tarh usulleri yer almaktadır. Ancak meri mevzuata göre bu usullerden yalnızca ikisine göre matrah tespit edilmekte ve bunlara dayalı vergilendirme yapılmaktadır. Bunlardan ilki Türk Vergi Sistemine egemen olan beyan usulüdür. Bu usule *beyan esas* da denilmektedir.¹² Bu usulde aktif süje mükelleftir. İkinci usul ise beyan kuralının mükelleflerce yerine getirilmediği ya da eksik yerine getirildiği durumlarda uygulanan tarh usullerini içeren ve ilgisine ihbarname ile bildirildiği için de *ihbarname esas* diye anılan usuldür.¹³ Bu ikinci usul VUK'ta öngörülen üç şekilde tespit edilen matrahlar üzerine inşa edilmektedir. Bunlar beyan dışı bırakılan matrahın, idarenin yetkili organları eliyle re'sen tespiti ile eksik beyan edilen matrahın ikmal edilmesi ve son olarak da matrahın bizzat idarece belirlenmesi usullerini ihtiva etmektedir.

1.1.1. Beyanname Esası

Beyan üzerine yapılan tarh; Türk Vergi Hukuku'nda benimsenen genel vergilendirme usulüdür. Burada ilgili kişi (mükellef) vergiye konu gelirinin vergiye esas alınacak miktarını idareye yasalarda gösterilen şekil ve zamanda beyan etmektedir. Beyan edilen matrah üzerinden idare tarafından tarh ve eş zamanlı olarak tahakkuk işlemi yapılmaktadır. Günümüzde beyanların çoğu elektronik ortamda kabul edildiğinden yapılan tarh ve bu tarh işlemine dayalı düzenlenen tahakkuk fişleri (tahakkuk işlemi) yine elektronik ortamda tanzim ve tebliğ edilmektedir.

¹⁰ Tahrir Usulü 29.07.1970 tarihli 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 41/3. maddesi uyarınca 01.03.1972 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır.

¹¹ Matrahın götürü usule göre tespitini öngören 213 sayılı Kanununun 40. maddesi 26.12.1993 gün ve 3946 sayılı Kanununun 38. maddesi ile ilga edilmiştir.

¹² Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce, Adnan Gerçek; **Vergi Hukuku**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2010, s. 144.

¹³ Açıklamalar için bkz. Akif Karaca, Mehmet Şafak; "Vergilemede İhbarname Esası", http://www.muhasabetr.com/ulusalbasin/haber_oku.php?haber_id=17457, (24.05.2016)

Beyan usulünde, vergiyi doğuran olayın vuku bulmasından, bu olaydan kaynaklı vergi matrahının (olayına özgü) indirim ve giderler de dikkate alınıp somut bir şekilde belirlenip idareye bildirilmesine kadar tüm usuli işlemler ilgili mükellef tarafından yapılmaktadır. Yalnızca tarh işlemi idare tarafından ve beyanın kabulünden sonra tesis edilmektedir. Ayrıca beyan usulünde tarh işlemi ile birlikte tahakkuk işlemi aynı anda gerçekleştirilmektedir. Bu uygulama, mükellefin kendi saptadığı matrah üzerine yapılacak tarh işlemine karşı kural olarak bir itirazının bulunmayacağı kabulüne dayanır¹⁴. Öyle ki VUK'un 378 maddesinin ikinci fıkrasında, mükelleflerin beyan ettikleri matrahlara ve bu matrahlar üzerinden tarh edilen vergilere karşı dava açamayacakları düzenlenmiştir.¹⁵

Türk Vergi Sistemi'nde gelir vergisi, kurumlar vergisi, veraset ve intikal vergisi, katma değer vergisi gibi başlıca vergilerde beyan usulü benimsenmiştir. Çağdaş vergilendirme yöntemi olarak benimsenen beyan usulü mükellef ile idare arasında objektif iyi niyet kurallarına dayanmaktadır. Bu usulde ilgilinin kendi vergi matrahını doğru beyan edeceği kabul edilmektedir. Ancak kişi gerçek matrahını gizleme ve/veya eksik bildirme saikiyle hareket ederse; bu kez beyanda bulunan kişinin aktif olduğu usulden idarenin aktif olduğu sürece geçilmekte ve kişinin ödeyeceği verginin matrahı kişiden bağımsız haricen tespit edilmektedir. Bu takdirde belirlenen matrah ve buna bağlı yapılan tarh işlemi ilgisine bir ihbarnameyle tebliğ edilmektedir.

1.1.2. İhbarname Esası

İhbarname esası¹⁶ ya da ihbarname kuralı ise, ikmalen, re'sen ve idarece tarh edilen vergilerin hukuken varlık kazanabilmeleri ve ilgilinin hukukunda sonuç doğurabilmeleri için ihbarname ile tebliğ olunması lüzumu üzerine kuruludur. Bu durum, VUK'un 30/3. maddesiyle aynı Kanununun 34. maddesinin hükümleri gereğidir.¹⁷

¹⁴ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan; **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 97

¹⁵ 213 sayılı VUK'un Dava Konusu başlıklı 378. maddesinin 2. fıkrası: *"Mükellefler beyan ettikleri matrahlara ve bu matrahlar üzerinden tarh edilen vergilere karşı dava açamazlar. Bu Kanunun vergi hatlarına ilişkin hükümleri mahfuzdur."*

¹⁶ İhbarname esası ile ilgili olarak bkz. Nedim Tolga Süer, "İhbarname Esası" **Vergi Dünyası**, Yıl:30, Sayı:354, Şubat 2011, ss. 69-76. Ancak yazar burada, ihbarname esasını sadece re'sen ve ikmalen vergi tarhına özgülemiş olmanın yanı sıra konuyu ihbarnamenin ekinde bulunması gereken ve matraha ilişkin bilgilerin yer aldığı rapor ve takdir kararlarının ekli olup olmaması noktasında da ele almıştır.

¹⁷ 213 sayılı Kanunun mükerrer 30/3. maddesi: *"Bu şekilde tarh olunan vergilerle cezalarına ilişkin ihbarnameler bir taraftan, mükellefin bilinen adresine posta ile yollanır; diğer taraftan mükellefin adını, soyadını, hesap numarasını, işini, adresini tarh edilen verginin ve kesilen cezanın miktar ve cinsini gösterir bir ilan vergi dairesinin ilan koymaya mahsus mahalline*

Bu kapsamda ihbarname esasında, ilgilinin ödemesi gereken verginin matrahı, idarenin tasarrufuyla muhtelif şekillerde başlatılan süreçlerin sonunda belirlenmektedir. Bu belirlemeden sonra ihbarname ile tarh işlemi yapılmakta ve ilgisine yine aynı Kanunun 93 ve 109. maddelerinde düzenlenen usullere göre tebliğ edilmektedir.¹⁸ Beyan usulünde kabul edilen mükellefin aktif olduğu süreçler bu usulde bulunmamaktadır. Aksine, ihbarname esasında matrah tespit sürecinin aktif süjesi idaredir. Dolayısıyla idare burada, vergilendirmeye ilişkin işlemleri (zamanaşımı hükümlerini de dikkate alarak) en başından yani vergiyi doğuran olayın tespitinden bu olaya ilişkin (varsa) gider/indirim kurallarının da uygulanması suretiyle matrahın oluşturulmasına; oluşturulan matrah üzerinden tarh işleminin yapılmasına, yapılan tarhın ilgisine tebliğ edilip tahakkuk ettirilmesine kadar tüm süreçleri kendisi yönetmektedir.

Bu çerçevede ihbarname esas, kişilerin vergilendirmeye gönüllü uyum göstermemeleri halinde idareye vergi adaletini sağlamak için yasalarla verilmiş vergilendirme yetkisinin tezahür ediş şeklidir. Yukarıda da ifade edildiği üzere ihbarname esasına göre tesis edilen tarh işlemleri üç tür *matrah belirleme* yöntemi üzerine bina edilmektedir. Bunlar matrahın ikmalen, re'sen ve idarece belirlenmesi suretiyle yapılan tarhiyatlardır.

1.1.2.1. Matrahın İkmali Üzerine Tarh

Söz konusu yöntemlerden ilki daha önce mükellef tarafından beyan edilen matrahın ikmal edilmesidir. Burada beyan edilen matrah üzerinden yapılan tarh işleminden sonra ortaya çıkan veya idarece saptanan fark matrahlar için yapılan tarh işlemi söz konusudur. Bu usul VUK'un "ikmalen vergi tarhi" başlıklı 29. maddesinde, her ne şekilde olursa olsun bir vergi tarh edildikten sonra bu vergiye müteallik olarak meydana çıkan ve defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak miktarı tespit olunan bir matrah veya matrah farkı üzerinden alınacak verginin tarh edilmesi olarak tanımlanmıştır.

Buna göre tamamlayıcı niteliğiyle ön plana çıkan ikmalen tarh işleminin yapılabilmesi için ilk önce mükellef hakkında yapılmış bir tarh işleminin bulunmasının yanı sıra matrah ya da matrah farkının, defter, kayıt ve belgelere

asılır." Aynı kanunun 34. maddesi: "İkmalen ve re'sen tarh edilen vergiler 'İhbarname' ile ilgililere tebliğ olunur. Nev'i ve doğuşu ayrı olan vergiler için ayrı ihbarname kullanılır." Ancak belirtmek gerekir ki 213 sayılı Kanunun mükerrer 30/3. maddesinde idarece yapılan tarh işleminin, ihbarname ile tebliğinin yanı sıra ayrıca idarenin ilan asmaya mahsus mahallinde ilan edileceği şartı ile ihbarname kuralına fazladan şekil şartı öngörülmüştür.

¹⁸ Bu hususta bkz. Ertuğrul Sadıç, Vergi Uyuşmazlıklarında Tebligat, Samsun Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Samsun, 2016, ss. 19-87. Ayrıca vergi hukukunda tebliğde yapılan hatalar ve yargının görüşü için bkz. Ahmet İnneci, Neslihan Çoşkun Karadağ; "Vergi Usul Kanuna Göre 'Tebliğ'de yapılan Hatalar ve Yargının Konuya Bakışı", **Maliye Dergisi**, Sayı: 169, Temmuz-Aralık 2015, ss. 55-69

yahut kanuni ölçütlere dayanılarak saptanmış olması gerekir. Bu şartlar dahilinde belirlenen matrah üzerinden yapılan ikmalen tarh işlemi VUK'un 34. maddesinin amir hükmü gereğince bir ihbarname ile ilgisine tebliğ edilir¹⁹.

1.1.2.2. Matrahın Re'sen Tespiti Üzerine Tarh

Matrahın re'sen tespitini ilgili kişinin ödeyeceği verginin ölçütü olan matrahın kanuni ölçülere dayanılarak kısmen ya da tamamen saptanmasına olanak bulunmayan hallerde ve zamanında beyanname verilememesi gibi bir kısım yasal koşullar gerçekleştiğinde, ikmalen tarhiyatta olduğu gibi, idare veya diğer yetkili organlar eliyle belirlenmesi şeklinde ifade etmek mümkündür. Nitekim VUK'un 30. maddesinde re'sen tarh şu şekilde tanımlanmıştır: "Vergi matrahının tamamen veya kısmen defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitine imkan bulunmayan hallerde takdir komisyonları tarafından takdir edilen veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlarca düzenlenmiş vergi inceleme raporlarında belirtilen matrah veya matrah kısmı üzerinden vergi tarh olunmasıdır." Aynı maddenin 3. fıkrasında ise hangi hallerde, vergi matrahının tamamen veya kısmen defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitinin mümkün olmadığı kabul edileceği bentler halinde gösterilmiştir²⁰.

¹⁹ 213 sayılı VUK'un "ihbarname esası" başlıklı 34. maddesi: "İkmalen ve re'sen tarh edilen vergiler 'İhbarname' ile ilgililere tebliğ olunur. Nevi ve doğuşu ayrı olan vergiler için ayrı ihbarnameler kullanılır."

²⁰ 213 Sayılı Vergi Usul Kanununun 30. maddesinin 3. fıkrası: "Aşağıdaki hallerden herhangi birinin bulunması durumunda, vergi matrahının tamamen veya kısmen defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitinin mümkün olmadığı kabul edilir.

1. Vergi beyanname kanuni süresi geçtiği halde verilmemişse,
2. Vergi beyanname kanuni veya ek süreler içinde verilmekle beraber beyanname vergi matrahına ilişkin bilgiler gösterilmemiş bulunursa,
3. Bu kanuna göre tutulması mecburi olan defterlerin hepsi veya bir kısmı tutulmamış veya tasdik ettirilmemiş olursa veya vergi incelenmesi yapmaya yetkili olanlara her hangi bir sebeple ibraz edilmezse,
4. Defter kayıtları ve bunlarla ilgili vesikalar, vergi matrahının doğru ve kesin olarak tesbitine imkan vermeyecek derecede noksan, usulsüz ve karışık olması dolayısıyla ihticaca salih bulunmazsa.
5. (Mülga bent: 22/07/1998 - 4369 82 md.)
6. (Ek bent: 30/12/1980 - 2365/4 md.) Tutulması zorunlu olan defterlerin veya verilen beyannamelerin gerçek durumu yansıtmadığına dair delil bulunursa.
7. (Mülga bent: 07/01/2003 - 4783 S.K./8. md.)
Harcama ve tasarrufların vergiye tabi tutulmuş veya vergiye tabi olmayan kazançlardan sağlandığı kanıtlanamayan kısmı, harcama ve tasarrufun mevcudiyetinin tespit edildiği dönemden bir önceki dönemde elde edilmiş ve vergisi ödenmemiş kazanç olarak ilgili dönem (...) matrahının takdirinde dikkate alınır.
8. (Ek bent: 24/06/1994 - 4008/2 md.) Bu Kanunun mükerrer 227 nci maddesi uyarınca 3568 sayılı Kanuna göre yetki almış meslek mensuplarına imzalatırma mecburiyeti getirilen

Re'sen vergi tarhında da idarece belirlenen matrah ve bu matrah üzerinden yapılan tarhiyat ihbarname ile ilgisine tebliğ edilmektedir.

1.1.2.3. Matrahın İdarece Belirlenmesi Üzerine Tarh

Matrahın idarece belirlenmesi, re'sen ve ikmalen tarhiyat usulünün geçerli olmadığı bir kısım durumlarda matrahın idare tarafından saptanmasıdır.²¹ Öyle ki bu şekilde belirlenen matrah üzerine yapılan tarh işlemi VUK'un "Verginin İdarece Tarhı" başlıklı mükerrer 30. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: "29 uncu ve 30 uncu maddeler dışında kalan hallerde, mükelleflerin verginin tarhı için vergi kanunları ile muayyen zamanlarda müracaat etmemeleri veya aynı kanunlarla kendilerine tahmil edilen mecburiyetleri yerine getirmemeleri sebebiyle zamanında tarh edilemeyen verginin kanunen belli matrahlar üzerinden idarece tarh edilmesidir."

VUK'un mükerrer 30. maddesinin ikinci fıkrasına göre matrahın idarece belirlenmesinde dayanak aynı Kanunun 131. maddesinde düzenlenen yoklama fişidir.²² Buna göre yoklamada elde edilen bilgi ve bulgulara göre idare bir tutanakla (konuyla ilgili diğer yasa hükümlerini de gözeterek) matrah belirlemesi yaparak ilgisine ihbarname ile tebliğ etmektedir.²³

beyanname ve ekleri imzalatılmızsza veya tasdik kapsamına alınan konularda yeminli mali müşavir tasdik raporu zamanında ibraz edilmezse",

²¹ Öncel, Kumrulu, Çağan; a.g.e. s. 99

²² Matrahın doğrudan idarece belirlenip yine idare tarafından yapılan "idarece tarh" usulü, 1961 tarihli 213 sayılı VUK'un ilk halinde yer almamaktaydı. 1963 yılında 205 sayılı Kanunun 2. maddesi ile vergi sistemimize girmiştir. Bu yöntemle idareye çok ciddi bir vergilendirme yetkisi tanınmıştır. Zira re'sen ve/veya ikmalen tarhiyat işlemlerinde vergilendirme yetkisi vergi dairesine ait ise de vergilendirilecek matrahın belirlenmesi doğrudan vergi dairesinin yetkisinde değildir. Öyle ki vergilendirilecek matrah, hiyerarşik silsilesinin dışında olan takdir komisyonları aracılığıyla veya yetkili kişilerin tahdiden belirlendiği yöntem ve usulleri kanunda gösterilen vergi incelemesine göre tespit edilmektedir. Oysaki idarece tarh işleminde yoklama da yoklamaya ilişkin matrah farkına da ve tabii ki bu farka ilişkin tarhiyatı da yapacak olan da aynı vergi dairesidir. Yani vergi dairesi, bu usule göre yapacağı tarhiyatta başkaca hiçbir organın kararına veya rapora dayanmaksızın kendi yaptığı yoklamanın neticesine göre matrah belirlemektedir.

²³ Bu durum tarh işlemine karşı açılacak davalarda özellik arz etmektedir. Zira mükerrer 30. maddenin 5. fıkrasında, kişinin tarh işlemine karşı dava açma süresinin adrese tebliğ söz konusu ise bu tebliğin tarihinden itibaren değilse ilan askı tutanağının tarihinden itibaren işlemeye başlayacağını düzenlenmiştir. Bu durum, bir yönüyle ilgilinin dava açma süresini etkilerken bir yönüyle de idare tarafından, "idarece tarh yöntemi" uygulanarak tespit edilen matrah üzerinden yapılan tarh işleminin, hukuk alemine doğması ve ilgilinin hukukunda sonuç doğurması için yapılması gereken yasal şekil şartlarını düzenlenmesi bakımından önemlidir.

1.2. Matrah Tespitinde Uygulanan Yasal Süreçler

Tarh işlemi ya ilgilisi tarafından beyan edilen matrah ya da idare tarafından harekete geçilmek suretiyle muhtelif yöntemlere dayalı olarak tespit edilen matrah üzerinden yapılmaktadır. Beyan üzerine yapılan tarh işleminde kişinin beyanı esas alındığından bu usulde idarenin aktif olarak yürüttüğü bir matrah belirleme süreci bulunmamaktadır. Ancak beyan edilemeyen ya da eksik beyan edilen matrahların tespiti noktasında idarece Kanunla kendisine verilen yetkiler ekseninde matrah belirleme süreçleri yürütülmektedir. Bu süreçler sonunda kişi hakkında re'sen, ikmalen ya da idarece tarh işlemleri yapılmaktadır. VUK'ta düzenlenen tarh işlemelerinin dayanağında yer alan usuli süreçler ise şunlardır:

- Vergi incelemesi
- Yoklama
- Takdir komisyonu kararları

1.2.1. Vergi İncelemesi

Vergi incelemesi en genel tanımı ile mükellef hesaplarının gerçeği yansıtır yansıtmadığının araştırılmasıdır.²⁴ Vergi incelemesi, vergi sistemimizin ana omurgasını oluşturan beyan usulünün adil bir şekilde işletilmesi maksadına matuf, kişinin vergiye konu edilecek matrahını doğru beyan edip etmediğinin belirli süre ve şekillere göre idarece denetlenmesi olarak da tanımlanabilir.²⁵ Ayrıca vergi incelemesi sadece kayıtlı mükelleflerin denetlenmesi olarak da ifade edilemez. Zira vergi incelemesi aynı zamanda kayıtlı olmayan mükelleflerin ortaya çıkarılıp bunların şayet verginin konusuna giren faaliyetleri varsa ve bu faaliyetlerden ötürü matrah oluşuyorsa bunların vergilendirilmesi amacına da hizmet eder.²⁶ Bu nedenle vergi incelemesi, vergi mükellefi olsun ya da olmasın ilgili kişinin, kanunların vergi bağladığı yasal ve yasal olmayan faaliyetlerinden ötürü ödeyecekleri vergileri tespit eden, beyan edilip ödenen vergilerin (olması gereken) gerçek durumu yansıtır yansıtmadığını kontrol eden ve mali idare tarafından belirli bir kamu gücüne dayalı olarak belirli kurallara göre yapılan araştırma ve yerine göre denetleme faaliyetidir.

Öte yanda vergi incelemesi, doğası gereği, idarenin mükellef üzerinde kullandığı ya da kullanması muhtemel bir baskı aracıdır. Bu nedenle vergi

²⁴ Ahmet Erol, **Vergi İncelemesi & Mükellef Hakları**, İstanbul SMMM Odası, İstanbul, 2010, s. 20

²⁵ Vergi İncelemesinin amacına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Adil Nas, "Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi" **AÜHFD**, 61 (4) 2012, s.1309-1310

²⁶ Benzer şekilde vergi incelemesi, vergiyi doğuran olay kanunlarla yasaklanmış bir faaliyete ilişkin olsa dahi bunların ortaya çıkarılması ve vergilendirilmesinin sağlanmaktadır. Tefecilik faaliyetinin vergilendirilmesi gibi.

incelemesi Kanunda sıkı usuli kurallara bağlanmıştır. Kimlerin vergi incelenmesi yapmaya yetkili olduğundan incelemenin amacına, incelemenin nerede ve ne şekilde yapılmasından inceleme başlanmadan yapılması gerekenler ile bitirildiğinde yapılması gerekenlere kadar birçok konu kanunla düzenlenmiştir.²⁷

Vergi incelemesi kural olarak bir rapor ile sonlandırılır. Yani incelemenin sonunda yapılan incelemede elde edilen bilgi ve bulgular ile varılan sonuç (veya sonuçlar) bir raporla tespit edilmektedir. Bu rapor doğrultusunda ilgili idare gerekli işlemleri yapmaktadır. Bu bir tarh işlemi olabileceği gibi devreden zarar veya KDV indirimlerinin değiştirilmesi/düzeltilmesi şeklinde de olabilmektedir.²⁸

1.2.2. Yoklama

Yoklama, VUK'un 127. maddesinde, mükellefler ve mükellefiyetle ilgili maddi olayları, kayıtları ve mevzuları araştırmak ve tespit etmek şeklinde tanımlanmıştır.²⁹ Aynı Kanunun 128. maddesinde, yoklama yapmaya yetkililer, vergi dairesi müdürleri, yoklama memurları, yetkili makamlar tarafından yoklama işi ile görevlendirilenler, vergi incelemesine yetkili olanlar, gelir uzmanları olarak ifade edilmiştir.

Yoklama yasa gereği her zaman yapılabilir ve yoklamanın ne zaman yapılacağı ilgiliye haber verilmez.³⁰ Yoklama sonucu tutanak niteliğinde olan "yoklama fişine" geçirilmektedir. Bu fişler yoklama yerinde iki nüsha tanzim olunarak tarihlenir, bulunursa nezdinde yoklama yapılan veya yetkili adamına imza ettirilir; bunlar bulunmaz veya imzadan çekinirlerse keyfiyet fişe yazılır ve yoklama fişi polis, jandarma, muhtar veya ihtiyar meclisi üyelerinden birine imzalatılır.³¹ Yoklama fişlerinin birinci nüshası yoklaması yapılan şahıs veya yetkili adamına bırakılır. Bunlar bulunmazsa bilinen adresine 7 gün içinde posta ile gönderilir.³²

²⁷ Vergi İncelemesi 213 sayılı Vergi Usul Kanununun "Vergilendirme" başlıklı birinci kitabının "Yoklama ve İnceleme" başlıklı yedinci kısmının "İnceleme" başlıklı ikinci bölümünde ve 134 ve 141. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

²⁸ Vergi inceleme sürecine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Nas, a.g.m. s. 1315-1330

²⁹ Yoklamaya ilişkin diğer açıklamalar için bkz. Öncel, Kumrulu, Çağan, a.g.e. s. 99-100

³⁰ 213 sayılı VUK'un 130. maddesi, "Yoklama her zaman yapılabilir.

Yoklamanın ne zaman yapılacağı ilgiliye haber verilmez"

³¹ 213 Sayılı VUK'un 131. maddesi, "Yoklama neticeleri tutanak mahiyetinde olan 'yoklama fişine' geçirilir.

Bu fişler yoklama yerinde iki nüsha tanzim olunarak tarihlenir, bulunursa nezdinde yoklama yapılan veya yetkili adamına imza ettirilir; bunlar bulunmaz veya imzadan çekinirlerse keyfiyet fişe yazılır ve yoklama fişi polis, jandarma, muhtar veya ihtiyar meclisi üyelerinden birine imzalatılır."

³² 213 Sayılı VUK'un 132. maddesi, "Yoklama fişlerinin birinci nüshası yoklaması yapılan şahıs veya yetkili adamına bırakılır. Bunlar bulunmazsa bilinen adresine 7 gün içinde posta ile gönderilir."

Yoklama (fişi), yukarıda ifade edilen fonksiyonlarının yanı sıra matrahın tespiti sürecinde yalnızca idarece tarh usulünde kullanılan bir vergi hukuku aracıdır.

1.2.3. Takdir Komisyonları

İlk önce ifade etmek gerekir ki takdir komisyonları, uygulamadaki genel kanaatin aksine, birer idari organ değildirler. Takdir komisyonları, kişilerin mülkiyet haklarında negatif anlamda sonuç doğuran vergilendirme sürecinin bağımsız, objektif ve adil bir şekilde sonuçlandırılması için taraf temsilcilerinin görev aldığı Kanunla oluşturulmuş karma komisyonlardır. Bu yönleriyle yarı idari niteliktedirler. Öyle ki takdir komisyonu kararlarına karşı vergi dairesinin idari yargıda (vergi mahkemesinde) dava açma hakkı bulunmaktadır.³³

VUK'a bakıldığında takdir komisyonları katılımcı ve adil bir vergi sisteminin teminatı olarak kurgulanmıştır. Ancak uygulamada bu pek mümkün olmamış, komisyonlar idarenin etki ve güdümünden çıkamamışlardır. Türk Vergi Sisteminde vergi incelemesi oranının düşük olması³⁴ vergi kayıp ve kaçığı ile mücadelede bu komisyonlara ziyadesiyle müracaatı gerekli kılmaktadır. Bu da takdir komisyonu kararlarıyla belirlenen matrahlar üzerinden yapılan re'sen ve/veya ikmalen tarh işlemlerinin oldukça büyük bir yekun teşkil etmesine sebep olmaktadır. Bu işlemlerin büyük bir kısmı -maalesef- kendinden beklenen hukuki tatmini sağlamaktan uzak kalmaktadır. Bu durum da takdir komisyonlarına dayalı tarhiyatlarda, matrahın tespiti noktasında ciddi eleştirilere sebebiyet vermekte ve bu hususlara ilişkin hukuka aykırılıkların giderilmesi için yargıya müracaatları artırmaktadır.

Sonuç olarak takdir komisyonları yasal yetkileri, ifa etikleri görev ve idareye zamaşımı noktasında sağladığı pratik fayda nedeniyle Türk Vergi Sisteminde yaygın olarak kullanılmaktadır.

2. BEYANA DAYALI VERGİ SİSTEMİNİN “YIPRANMIŞ” SİGORTASI: TAKDİR KOMİSYONLARI

Türk Vergi Hukukunda re'sen ve ikmalen vergi tarh edilmesi işleminin en önemli aktörlerinden takdir komisyonlarının kuruluş ve görev ve yetkileri

³³ 213 sayılı Vergi Usul Kanununun “Vergi Mahkemesine Dava Açmaya Yetkili Olanlar” başlıklı 377. maddesinin 2. fıkrası: “*Vergi dairesi tadilat ve takdir komisyonlarınca tahmin ve takdir olunan matrahlara karşı vergi mahkemesinde dava açabilir.*”

³⁴ Vergi Denetim Kurulu 2014 yılı faaliyet raporuna göre, Türkiye’de 2014 yılında genel vergi inceleme oranı %2.24’dür. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı **Faaliyet Raporu 2014** http://www.vdk.gov.tr/File/?path=ROOT%2FDocuments%2FDosya%2FVVK+2014+Y%C4%B1%C4%B1+Faaliyet+Raporu_1102.pdf. (10.05.2016)

VUK'ta belirlenmiştir. Takdir komisyonları anılan Kanunun "Vergilendirme" başlıklı birinci kitabının "Takdir, Zirai Kazançlar ve Özel Komisyonları" başlıklı dördüncü kısmının "Takdir Komisyonu" başlıklı birinci bölümünde 72 ile 76. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Takdir komisyonu kararı ile kişilerin ödeyeceği verginin matrahının, tarhiyatı yapan idareden "bağımsız" bir organ tarafından belirlenmesinin amaçlandığı düşünüldüğünde, takdir müessesesi ve takdir komisyonlarının önemi ortaya çıkmaktadır.

2.1. Takdir Komisyonlarının Mahiyeti

Takdir Komisyonları; VUK'un 72/1. maddesine göre illerde defterdarın, ilçelerde malmüdürünün (müstakil vergi dairesi olan ilçelerde ilgili vergi dairesi müdürünün) veya bunların tevkil edecekleri memurların başkanlığı altında ilgili vergi dairesinin yetkili iki memuru ile seçilmiş iki üyeden kurulur. Anılan maddenin 2. ve 3. fıkralarında ise arsa ve arazilere ait asgari ölçüde birim değerlerinin tespitiyle görevli takdir komisyonlarının oluşum biçimleri ayrıca gösterilmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında belirtilen takdir komisyonları "matrah eksenli" diğerlerinin ise "değer eksenli" olarak ifade etmek mümkündür.³⁵ Zira VUK, takdir komisyonlarını genel bir kavrayışla ve fakat yapılacak takdirin mahiyetine göre dizayn etmiştir. Dolayısıyla Kanunda, yapılacak takdir işlemine göre komisyonların ne şekilde ve kimlerden teşekkül edeceği ayrı ayrı düzenlenmiştir.³⁶

Takdir komisyonu üyeleri, takdirin konusuna göre farklılık arz etmekle birlikte Kanunda doğrudan belirlenmiş üyelerin yanı sıra yine Kanunda belirtilenlerin arasından seçilen üyelerden oluşmaktadır. Bunlar VUK'un 73. maddesine göre seçilmektedir.³⁷

³⁵ Turgut Candan, **Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, s. 148

³⁶ Bu doğrultuda takdir komisyonlarından arsalarla ait asgari ölçüde birim değerlerinin tespitiyle yetkili olanlar, belediye başkanı ve tevkil edeceği memurun başkanlığında belediyenin yetkili bir memuru ile tapu sicil müdürü veya tevkil edeceği bir memur ve ticaret odasınca seçilmiş bir üye ile ilgili mahalle ve köyün muhtarından; araziye ait asgari birim değerlerinin tespitiyle yetkili olanlar ise valinin başkanlığı altında, defterdar, Tarım ve Köyişleri Bakanlığı il müdürü ile il merkezlerindeki ticaret ve ziraat odalarından birer üyeden oluşmaktadır.

³⁷ 213 Sayılı Kanunun "Üyelerin Seçilmesi" başlıklı 73. maddesi: "*Üyeler, tüccarlar için ticaret odasınca, diğer sanat ve meslek erbabı için bunların mensup oldukları mesleki teşekküllerce kendi üyeleri arasından veya hariçten seçilir. Bu teşekküller, Takdir Komisyonu Başkanının yazılı talebi üzerine en geç bir ay içinde iki asil ve iki yedek üye seçmeye mecburdurlar. Bu mecburiyet zamanında yerine getirilmezse üyeler mahallin en büyük mülkiye amiri tarafından seçilir.*

Komisyon toplantılarını mükellefin sanat veya meslek bakımından bağlı veya ilgili olduğu teşekkülden, servet takdiri işlerinde ise yalnız Ticaret Odasından seçilen üyeler (Arsalara ait asgari ölçüde birim değerlerinin tespiti sırasında ticaret odasından seçilen üyelerden biri yerine ilgili mahalle veya köyün muhtarı) iştirak eder. Ticaret Odası ve mesleki

Ayrıca VUK'un 73/3. maddesi uyarınca takdir komisyonlar kendilerine tahsis edilen dairede, böyle bir daire yoksa vergi dairesinde toplanır ve keyfiyet bir tutanakla tespit olunur. Kanuna göre takdir komisyonları daimi veya geçici olurlar. VUK'un 72. maddesine göre takdir komisyonlarının kurulacağı yerler ile komisyonların çalışma usul ve esaslarını belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir. Yine aynı madde hükmü çerçevesinde daimi komisyon bulunmayan yerlerde takdir işleri geçici komisyonlar tarafından görülmektedir.

Şüphesiz, komisyonların kimlerden teşekkül edeceği ve hangi usullere göre karar alacağına Kanunla düzenlenmiş olması bir rastlantı değildir. Bilakis kişilerin hukukunda ciddi sonuçlar doğuran, mülkiyet hakkının hilafını hüküm ihtiva eden kararlara karşı kişilere tanınan önemli bir hukuki güvencedir. Öyle ki takdir komisyonlarının üyelerinin kimler olduğu, ne şekilde belirleneceği ve kararların oluşumu Kanunla ortaya konulduğundan burada meydana gelecek bir hukuka aykırılık takdir işlemini, takdir işleminin geçersiz olması da buna dayalı diğer işlemleri geçersiz kılacaktır³⁸.

Ayrıca belirtmek gerekir ki mali idarenin ajanları ile mükelleflerin temsilinin katılımıyla teşekkül ettirilen takdir komisyonları, demokratik bir görünüm arz etmelerinin yanı sıra idari hiyerarşi içerisinde yer almazlar ve her hangi bir vesayet denetimine tabi değildirlir³⁹.

teşekkül bulunmayan yerlerde bunlar tarafından seçilecek üyeler, yukarıdaki esaslara göre belediyeler tarafından seçilir.

Komisyonlar kendilerine tahsis edilen dairede, yoksa, vergi dairesinde toplanır ve keyfiyet bir tutanakla tesbit olunur."

³⁸ Danıştay Üçüncü Dairesinin 18.02.1987 gün ve E:1986/787 K:1987/495 sayılı kararı; 05.06.1986 gün ve E:1986/391 K: 1986/1523 sayılı kararı; 11.02.1986 gün ve E:1984/3019 K:1096/437 sayılı kararı ve 05.02.1986 gün ve E:1984/1954 K:1986/354 sayılı kararlarında takdir komisyonlarının teşekkülü ve karar alması noktasında Kanunda belirlenen şekil kurallarına uyulmamış olması nedeniyle bunlara dayalı olan tarh işlemlerinin de hukuka aykırı olduğu ortaya konulmuştur.

³⁹ 213 sayılı Kanununun 72. maddesinin 1, 2, ve 3. fıkraları: "Takdir Komisyonu; illerde defterdarın, ilçelerde malmüdürünün (müstakil vergi dairesi olan ilçelerde ilgili vergi dairesi müdürünün) veya bunların tevkil edecekleri memurların başkanlığı altında ilgili vergi dairesinin yetkili iki memuru ile seçilmiş iki üyeden kurulur.

Arsalara ait asgari ölçüde birim değer tespitinde takdir komisyonu; belediye başkanı veya tevkil edeceği memurun başkanlığı altında belediyenin yetkili bir memuru ile defterdarın, vergi dairesi başkanlığı bulunan yerlerde ise vergi dairesi başkanının görevlendireceği iki memur, tapu sicil müdürü veya tevkil edeceği bir memur ve ticaret odasınca seçilmiş bir üye (ilgili olduğu arsalarla ilişkin takdir komisyonlarına organize sanayi bölgesini temsilen bir üye) ile ilgili mahalle ve köyün muhtarından kurulur.

Araziye ait asgari ölçüde birim değer tespitinde takdir komisyonu, valinin başkanlığı altında defterdar, Tarım Orman ve Köyşleri Bakanlığı il müdürü ile il merkezlerindeki ticaret ve ziraat odalarından seçilmiş birer üyeden kurulur."

Ayrıca bkz. Candan, a.g.e., s. 150

2.2. Takdir Komisyonlarının Görevleri

Takdir komisyonunun görevleri, yukarıda ifade edildiği gibi özgülendikleri maksada göre değişmektedir. Nitekim VUK'un 74. maddesinde yer alan takdir komisyonlarının görevleri bu iki temel ayrıma göre belirlenmiştir. Bu kapsamda VUK'un 72. maddesinin 1. fıkrasına göre kurulan ve doğrudan vergilendirme sürecine ilişkin *matrah eksenli* takdir komisyonlarının görevleri şunlardır:

- Yetkili makamlar tarafından istenilen matrah ve servet takdirlerini yapmak
- Vergi Kanunlarında yazılı fiyat, ücret veya sair matrah ve kıymetleri takdir etmek;

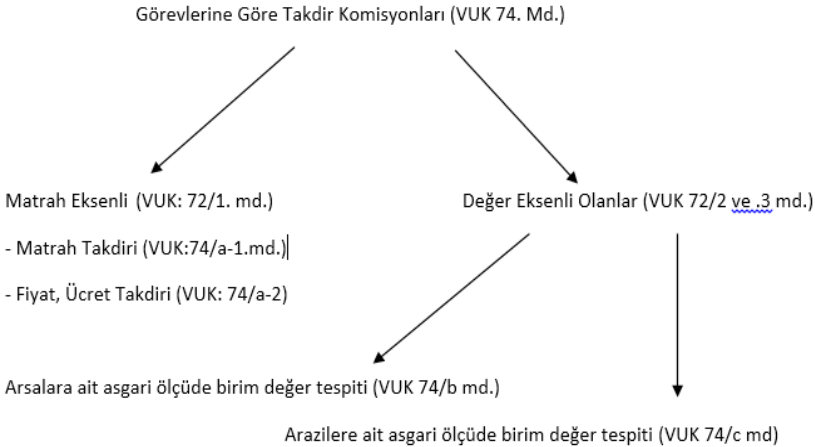
72. maddenin 2. fıkrasına göre kurulan vergilendirme süreciyle dolaylı teması olan *değer eksenli ilk* takdir komisyonlarının görevleri ise;

- 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 29. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca arsalarda için her mahalle ve arsa sayılacak parsellenmemiş arazide her köyün cadde, sokak veya değer bakımından farklı bölgeleri (Turistik bölgelerde değer bakımından farklı olanlar ilgili valilerce tespit edilecek pafta, ada veya parsel) itibarıyla asgari ölçüde birim değer tespit etmekle

72. maddenin 3. fıkrasına göre kurulan yine *değer eksenli ikinci* takdir komisyonlarının görevleri ise;

- 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 29. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca her il veya ilçe için arazinin cinsi (Kıraç, taban ve sulak) itibarıyla asgari ölçüde birim değer tespit etmektir.

Buna göre VUK'ta düzenlenen takdir komisyonlarını şu şekilde ifade etmek mümkündür.



2.3. Takdir Komisyonlarının Yetkileri

Takdir komisyonları, VUK'un kendisine verdiği görevleri yerine getirirken yine aynı Kanunla kendisine verilmiş bazı yetkileri kullanır. Hatta bu yetkileri kullanmak zorundadır. Zira vergi yargısı çoğu kez bu yetkiler kullanılmaksızın yapılan takdir işlemi ile bu işlem üzerine bina edilen vergilendirme işlemi dayanak yokluğu ve eksik inceleme gerekçesi ile iptal etmektedir⁴⁰.

VUK takdir komisyonlarının yetkilerini, komisyonların mahiyetlerini gözeterek düzenlemiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere bu yetkiler VUK'un "Komisyonun Yetkileri" başlıklı 75. maddesi ile bu maddenin 3. fıkrasında yer alan atıf nedeniyle "Yetki" başlıklı ve esasen "Tahrir Komisyonları" için verilen yetkileri düzenleyen aynı Kanunun 79. maddesinde düzenlenmiştir.⁴¹

İlk olarak takdir komisyonları, VUK'ta yer alan inceleme yetkisine haizdirler. Bu yetki VUK 72/1. maddesine göre oluşturulmuş *matrah eksenli* takdir komisyonlarına özgüdür ve Kanunun 75/1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bu komisyonlar, bir vergi incelemesinde vergi inceleme elemanın sahip olduğu tüm yetkilere sahiptir. Yine 75. maddenin 2. fıkrasında VUK 72/1. maddesine göre teşekkül ettirilen komisyonların, servetleri ve sınaî hakları, telif hakları ve imtiyazları, madenleri, mücevheratı, eski eserleri ve sanat eserlerini değerlemede bilirkişiye müracaat edebileceği düzenlenmiştir.⁴²

⁴⁰ Vergi Dava Daireleri Kurulunun 07.05.2004 gün ve E:2004/17 K:2004/16, yine Vergi Dava Daireleri Kurulunun 03.10.2003 gün ve E:2003/252 K:2003/369; Danıştay Üçüncü Dairesinin 26.12.2002 gün ve E:2001/1148 K:2002/4535; Danıştay Dördüncü Dairesi 28.02.2000 gün ve E:1999/1904 K:2000/779 sayılı kararları.

⁴¹ 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 41/3. maddesi ile 01.03.1972 tarihinden itibaren Tahrir Komisyonları kaldırılmıştır. Ancak bu komisyonlara verilen yetkiler aynı zamanda VUK 72/2 ve 3. hükümlerine göre oluşturulan takdir komisyonlarına da verildiğinden tahrir komisyonlarına verilen yetkileri düzenleyen 79. madde halen meridir. Bu kapsamda 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 79. maddesi: "*Tahrir komisyonları:*

1. *İradı veya kıymeti tahmin edilecek binaları ve araziye gezebilirler;*

2. *Mükelleflerden ve kiracılardan gayrimenkulün genel durumu, kullanım tarzı, kira veya hasılat miktarı ve tahmine yarıyacak sair lüzumlu malumatı isteyebilirler;*

3. *Lüzumlu gördükleri malumatı, muhtar ve ihtiyar meclisleri, ticaret ve tarım odaları, belediyeler ve noterler gibi resmi veya yarı resmi teşekküllerle özel teşekküller ve şahıslardan isteyebilirler;*

4. *Fabrika, değirmen ve imalathanelerin iratlarının takdirinde içlerinde bulunan sabit istihsal tesislerinin kıymetlerini tesbit için lüzum gördükleri takdirde bilirkişiye müracaat edebilirler.*

Çalışma saatleri dışında veya tatil günlerinde, bina ve arazi, bunları işgal edenlerin muvafakati olmaksızın gezilemez. Binaların gezilmesi sırasında, komisyon başkanı ve üyeleri, ev halkının rahatsız edilmemesine dikkat etmeye mecburdurlar."

⁴² Candan, a.g.e., s. 151. Konuya bilirkişiye müracaat ekseninde bakıldığında; hem 72/1 hem de 72/3 ve 3. Maddelerine göre teşekkül ettirilen takdir komisyonları bu yetkiye haizdirler.

İkinci olarak VUK 72. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına göre oluşmuş *değer eksenli* takdir komisyonları ise, 75. maddenin 3. fıkrasındaki göndermeden ötürü VUK 79. maddesinde düzenlenen yetkilere sahiptirler. Bu kapsamda bu komisyonlar, keşif yapabilirler, mükelleften, kiracıdan, muhtar ve ihtiyar meclisleri, ticaret ve tarım odaları belediyeler ve noterler gibi resmi ya da yarı resmi kuruluşlar ile özel kişi ve kuruluşlardan bilgi isteyebilirler. Yine fabrika, değirmen ve imalathanelerin iratlarının takdirinde içlerinde bulunan sabit istihsal tesislerinin kıymetlerini tespit için lüzum gördükleri takdirde bilirkişiye müracaat edebilirler.

2.4. Takdir Komisyonlarının Kararlarının Hukuki Niteliği

Takdir komisyonları VUK'un 89. maddesinde⁴³ belirtilen esaslar çerçevesinde toplanır ve karar alırlar. Buna göre üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve çoğunlukla karar verirler. Komisyon kararları, Kanunla verilen görevlerin yerine getirilmesi amacıyla ve kamu gücü kullanılarak komisyon başkan ve üyelerinin aynı yöndeki iradelerinin birleşmesi ile alınmaktadır. Bu nedenle idare hukuku bağlamında kolektif karar niteliğindedir. Kararların alınışında vergi idaresinin ve vergi mükellefinin iradesi dikkate alınmaz bu nedenle komisyon kararları tek yönlü idari işlem mahiyetindedirler. Takdir komisyonları başka bir idarenin hiyerarşisi içerisinde yer almadığı gibi başka bir kurumun vesayet denetimini de tabi değildir. Bu nedenle komisyon kararları kesindir. Vergi daireleri, takdir komisyonu kararlarını uygulamamak, değiştirmek, kaldırmak iptal etmek veya yeniden görüşülmek üzere geri gönderme yetkisine sahip değildir. Komisyon kararları bu yönüyle vergi idaresi için bağlayıcıdır. Diğer bir ifadeyle takdir komisyonu kararları vergi dairesi için lazımlı icradır. Komisyon kararlarının bu özelliği bazı durumlarda mükellefler için de geçerlidir. Örneğin emlak vergisinde arsa ve araziye ait asgari birim değerlerinin tespitinde, ilgililer takdir komisyonu tarafından tespit edilen değerlerin altında bir beyanda bulunamazlar.⁴⁴

Ancak kural olarak takdir komisyonu kararları mükellefler için hazırlık niteliğindedir. Bu nedenle doğrudan idari davaya konu edilemezler. Dolayısıyla vergi daireleri tarafından doğrudan takdir komisyonu kararlarına karşı

⁴³ 213 sayılı VUK'un 89. maddesi: "Bu kısımda yazılı komisyonlar üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve çoğunlukla karar verirler. Oyların eşitliği halinde başkanın bulunduğu taraf çoğunlukta sayılır."

⁴⁴ Candan, a.g.e., s. 153. Öte andan 213 sayılı Kanunun mükerrer 49. maddesinde yer alan ve emlak vergisine esas alınacak bedel ve değerlerin tespitine ilişkin takdir komisyonu kararlarına karşı açılacak idari davaları açma ehliyetine sahip kişilerin sınırlandırıldığı madde hükmünün Anayasa Mahkemesinin 31.05.2012 tarih ve E:2011/38 ve K:2012/89 sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine, anılan kararlara karşı konuyla ilgili 2577 sayılı Kanun ehliyeteye ilişkin hükümlerine göre tespit edilecek kişiler tarafından iptal davası açılabilmektedir.

açılan davaların esasını incelenirken; mükelleflerin açtıkları ve doğrudan takdir komisyonu kararlarının iptali talebini içeren idari davaların esasını incelenmemektedir.⁴⁵

Ayrıca takdir komisyonu kararında bulunması gereken şekle ilişkin unsurlar yine Kanunla düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, VUK'un takdir komisyonunun düzenlendiği birinci kitap dördüncü kısımda değil de Kanunun verginin tarh ve tahakkukunu düzenleyen birinci kitap ikinci kısmında yer alan 31. maddesinde düzenlenmiştir.⁴⁶

2.5. Takdir Komisyonlarına Sevk Halinde Zamanaşımının Durması

Bilindiği üzere vergi hukukumuzda beş yıllık bir tarh zamanaşımı söz konusudur.⁴⁷ VUK'un "Zamanaşımı Süreleri" başlıklı 114. maddesinin 1. fıkrasında, vergi alacağına doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergiler zamanaşımına uğrayacağı hüküm altına alınmıştır.

Anılan maddenin 2. fıkrasında ise: *"Şu kadar ki vergi dairesince matrah takdiri için takdir komisyonuna başvurulması zamanaşımını durdurur. Duran zamanaşımı mezkur komisyon kararının vergi dairesine tevdiini takip eden günden itibaren işlemeye devam eder"* hükmü yer almaktaydı. Ancak Anayasa Mahkemesinin 15.10.2009 gün ve E:2006/124 K:2009/146 sayılı kararıyla zamanaşımının durma süresinin belirsizliğinin, makul ve adil bir sürenin bulunmaması, vergi dairesince matrah takdiri için başvurunun

⁴⁵ Taşınmazın haczen satışına esas olmak üzere alınan kıymet takdiri kararının hazırlık işlemi olduğu hk. Danıştay Üçüncü Dairesi 21.05.1998 gün ve E:1997/2422 K:1998/1795 sayılı kararı. Aynı şekilde takdir komisyonu kararlarının hazırlık işlemi olduğundan bahisle verilen incelenmeksizin ret kararı Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 20.05.2014 gün ve E:2011/6042 K:2014/2759 sayılı kararı ile onanmıştır.

⁴⁶ 213 sayılı VUK'un 31. maddesinin 3. fıkrası: *"Bu kapsam takdir kararlarında aşağıda yazılı malumat bulunur:*

1. Kararın sıra numarası;
2. Kararın tarihi;
3. Mükellefin soyadı ve adı (Tüzel kişilerde unvanı);
4. Mükellefin açık adresi;
5. Takdirin ilgili bulunduğu vergi;
6. Takdirin ilgili bulunduğu vergilendirme dönemi;
7. Takdir edilen matrah;
8. Takdirin müstenidatı ve takdir hakkında izahat."

⁴⁷ Takdir Komisyonlarına havale edilen mükellefler için zaman aşımının belirsiz süreli olarak durmasını öngören 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 112/4. maddesi, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen 15.10.2009 gün ve E:2006/124 K:2009/146 sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine, konu 6009 sayılı Kanununun 8 ve 16. maddelerine göre yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenlemeye göre takdir komisyonuna havale edilen mükellefler için tarh (tebliğ) zaman aşımı en fazla bir yıl süre ile duracaktır.

sırf zamanaşımını durdurmak için keyfi olarak kullanılmasında güvence sağlamayacağı gibi yükümlüye vergi tahsilâtının geciktiği süre kadar gecikme zammı ve faizi uygulanacak olması da yükümlünün vergi yükünü artırarak haksız sonuçlar doğmasına neden olabileceği; zamanaşımı hükümlerindeki açıklık, sadece zamanaşımı süresinin, başlangıç ve bitişinin yasada gösterilmesiyle kendisini göstermeyeceği; vergilemede hukuksal kararlılığın sağlanması amacıyla getirilen zamanaşımını durduran nedenlerle, durma süresinin ve duran zamanaşımının işlemeye başlama tarihinin de açık, belirgin, somut ve öngörülebilir olması, keyfiliğe izin vermemesi yasallık ve hukuk devleti ilkesinin gereği olduğu gerekçesi ile iptal edilmiştir⁴⁸.

Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda yasama organınca 6009 sayılı “Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile konu hakkında düzenleme yapılmış ve anılan Kanununun 8. maddesi ile 213 sayılı Kanununun 114. maddesinin 2. fıkrası “*Şu kadar ki, vergi dairesince matrah takdiri için takdir komisyonuna başvurulması, zamanaşımını durdurur. Duran zamanaşımı mezkûr komisyon kararının vergi dairesine tevdiini takip eden günden itibaren kaldığı yerden işlemeye devam eder. Ancak işlemeyen süre her hâl ve takdirde bir yıldan fazla olamaz.*” şeklinde değiştirilmiştir.

Mevcut duruma göre VUK 72/1. maddesine göre oluşturulan komisyonlar tarafından matrah belirleninceye kadar geçen sürenin (en fazla) bir yılı zamanaşımının oluşması noktasında dikkate alınmayacaktır.⁴⁹

Dolayısıyla takdir komisyonunda geçen bir yıllık süre zamanaşımının hesaplanmasında dikkate alınmayacak olması idare açısından takdir müessesesini, vergi incelemesine nazaran daha tercih edilebilir kılmaktadır. Zira takdir komisyonuna sevk, zamanaşımı karşısında idareye bir yıllık süre avantajı sunmaktadır. Bu da takdir komisyonlarına sevk işlemlerinin oldukça fazla olmasının yanı sıra özü itibarıyla incelemeye konu edilmesi gereken hususların da takdire sevkine neden olmaktadır.⁵⁰

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi kararının tam metni için bkz. 08.01.2010 gün ve 27456 sayılı Resmi Gazete

⁴⁹ Konu hakkında bkz. Osman Sariaslan, “Takdir Komisyonuna Dayalı Tarhiyatlara İlgili Olarak 6009 Sayılı Kanunla Getirilen Düzenlemelerdeki Anayasaya Aykırılık Sorunu”, **Yaklaşım**, S. 228, Aralık 2011, ss. 302-307

⁵⁰ Örneğin sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullandığı Form BA-BS analizinden tespit edilen mükellefler söz konusu indirimlerinin reddi için takdir komisyonuna sevk edilmektedir. Ancak bu süreç sonunda yapılan takdir işlemine dayalı olan tarhiyatlar vergi yargısı tarafından iptal edilmektedir. Nitekim İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin 31.10.2013 gün ve E:2013/879 K:2013/2446 sayılı kararı ile Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 14.02.2013 E:2012/10457 K:2013/580 sayılı onama kararı.

3. SİSTEM ELEŞTİRİSİ: TAKDİR SÜRECİNE İLİŞKİN SORUNLU UYGULAMALAR

Matrahın takdir komisyonları tarafından belirlenme sürecine ilişkin düzenlemelerin yıllar öncesine ait olması, günümüz koşullarında, hem sistemsel hem de uygulama bazlı birtakım sorunları da beraberinde getirmektedir.⁵¹ Bu sorunlar söz konusu takdir müessesesinin ve bunun için oluşturulan komisyonlarının etkinliğinin sorgulanmasını da beraberinde getirmektedir.

Bu kapsamda beyan dışı bırakılan vergi matrahlarının tespitinde görevli takdir komisyonlarının vergi sistemimizde fevkalade önemli bir yere sahip oldukları yukarıda ifade edilmeye çalışılmıştı. Bu önem çağcıl bir anlayışla beyan esasını benimseyen VUK'un takdiri, beyan esasının sigortası olarak kurgulamasından kaynaklanmaktadır.⁵² Takdir komisyonlarına önemli görevler verilmesi ve buna bağlı geniş yetkilerle donatılması bu nedenledir.

Bununla birlikte VUK'un 1961 yılı başında yayımlanmasından sonra takdir komisyonlarının idare tarafından algılanma ve uygulanma biçimi, Kanunun lafzında çizilen çerçeve ile örtüşmemiştir. Kanunun yayımından günümüze takdir komisyonları yarı bağımsız idari organ olma pozisyonlarını giderek kaybetmişlerdir. Artık mevcut algı ve uygulamadaki pratik takdir komisyonlarının birer idari organa dönüştükleri şeklindedir. Dolayısıyla komisyonlarının mevcut işleyişinin hem kuruluş felsefelerinde kendilerine biçilen rolle hem de günümüz demokratik gereklilikleriyle örtüşmemesi nedeniyle komisyonlarda reform yapılması gereği ortaya çıkmıştır.

Bunun yanı sıra günümüzde, başta temel hak ve özgürlüklerde yaşanan gelişmeler, yönetimde şeffaflık ve hesap verilebilirlik gibi kavramların oluşturduğu paradigma değişimi söz konusu reform çağrısının mahiyetini belirlemektedir. Bu çerçevede;

⁵¹ Şerafettin Aksoy, matrah takdirine ilişkin hususta dört sakınca üzerinde durmaktadır. Bunlardan ilki matrahın objektif esaslardan ziyade sübjektif değer yargılarına göre ve maliye memurlarının hazineci tavırlarından ötürü matrahların olması gerekenden çok fazla belirlenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. İkinci olarak matrahın maddi gerçeklere uygun bir şekilde takdir edilmesi mükellefin açık veya birçok bilgi ve vesikalarının incelenmesini gerekli kılmakta bu da mali psikoloji açısından sorun teşkil etmektedir. Üçüncü olarak takdir komisyonunda görevli kişilerin siyasi Saiklerle hareket etme riski taşımaları ve takdir işleminin bir politik baskı aracına dönüşme imkânının bulunması söz konusudur. Dördüncü ve son olarak ise yapılan matrah takdirinin hatalı olduğu savıyla tarh işlemine karşı mükelleflerin itiraz etmeleri veya bunlara dayalı dava açmaları halinde idari takdiri yürütmeleri zor olmaktadır. Bkz. Şerafettin Aksoy, **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 59

⁵² Vergi Usul Kanunu, gelir vergisi kurumlar vergisi gibi temel vergi yasaları Federal Almanya Cumhuriyeti yasalarından mülhem hazırlanmıştır. Bu konuda bkz. Erol Ulusoy, "Modern Türk Hukukunun Oluşumu ve Gelişimi", <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/Ulusoy.html> (11.04.2016)

- Takdir komisyonu kararlarının mükellefe tebliğ edilen nüshasında başkan ve üyelerinin isim ve unvanlarının belirtilmemesi,
- Takdir komisyonlarının gerekli incelemeleri yapmamaları ve dayanaksız karar vermeleri,
- Takdir komisyonlarının idare tarafından baskılanması ve idarenin güdümünde hazineci bir yaklaşımla hareket etmeleri,
- Takdir komisyonlarının vergi incelemelerine zaman kazandırılması için fonksiyonlarının dışında kullanılması;

birer reform çağrısı olarak karşımıza çıkmaktadır.

3.1. Takdir Komisyonu Kararlarında Başkan ve Üyelerin İsim ve Unvanlarının Belirtilmemesi

Takdir komisyonlarının kimlerden oluşacağı yukarıda ifade edilmişti. Burada asıl vurgulanması gereken husus, takdir komisyonu kararlarının ilgisine tebliğ edilen nüshasında komisyona katılan üyelerin isim ve unvanlarının açıkça yer almamasıdır. Zira takdir komisyonu tarafından matrah belirleme işlemi bir tutanakla yapılmaktadır. Bu tutanağın imzalı olanları idarenin kayıtlarında saklanmaktadır. Buna mukabil tarh işlemiyle birlikte mükellefe tebliğ edilen takdir komisyonu kararında, matrah takdir eden komisyon üyelerinin isimleri ve mesleki unvanları yer almamaktadır.⁵³

Dolayısıyla bu uygulama, matrah takdir edilen kişi açısından hakkında kimlerin hangi sıfatla bir karar aldıklarını bilme noktasında sorunlu bir durum oluşturmaktadır. İlgilisi ve üçüncü kişiler için şeffaflıktan yoksun olan bu durum aynı zamanda matrah takdirinde yer alan kişilere, keyfi davranma, hesap verilebilirlikten uzak hareket etme gibi bazı sakıncalı imkânlar sunmaktadır. Ayrıca bu uygulama, takdir komisyonlarının ciddiyet ve saygınlığını da azaltmaktadır. Nitekim kimin ne sıfatla imzaladığı açık ve net olmayan bir kararın muhatapları nezdinde inandırıcılığı da haliyle tartışmalı olmaktadır.

3.2. Takdir Komisyonu Kararlarında Dayanak Bulunmaması

Takdir komisyonlarına yöneltilen eleştirilerin en başında kararlarının yeterli somut veri içermemesi ve konuyla ilgili tatmin edici dayanaktan yoksun olması gelmektedir. Uygulamada takdir komisyonu kararlarında sıklıkla karşılaşılan matbu hale gelmiş gerekçe/dayanak şu şekilde ifade edilmektedir: “... ilgili dönemde yükümlünün yaptığı işin şekli, işyeri mevki, emsali işi yapan mükelleflerin beyan durumları, teslim ve hizmet bedelleri, hasılatı ödemeleri ve yükümlü lehine olabilecek diğer harici karineler de değerlendirilerek vergi türü itibariyle takdiri istenen dönem matrahının... takdir ve kabulüne

⁵³ Bazı durumlarda yalnızca komisyonda yer alan kişilerin komisyondaki unvanları (başkan, üye, üye, üye şeklinde) yazılmaktadır.

oybirliğiyle karar verildi” Bu şekilde yapılan bir matrah belirleme işleminde takdir komisyonunun, kendisine yasalara tanınmış yetkileri kullandığından söz edilemeyecektir. Bu da haliyle kamu vicdanında karşılık bulmamakta, bu uygulamadan kaynaklı birçok idari dava açılmaktadır. Öyle ki vergi yargısının yaptığı hukuki denetimler neticesinde verdiği birçok iptal kararının gerekçesi dayanak yokluğu sebebine dayanmaktadır.⁵⁴

Kanunkoyucu vergilendirilecek matrahın tespitini vergilendirmeyi yapacak idareden bağımsız komisyonlara vermekle -tartışmasız- bilinçli bir tercih yapmıştır. Bu tercihten ötürüdür ki matrahın gerçeğe en uygun şekilde takdir edilip vergi adaletinin sağlanması için komisyonlara birçok yetki verilmiştir. Dolayısıyla takdir komisyonları matrah belirlerken gerçeğin diğer bir ifadeyle vergiyi doğuran maddi olayın tüm boyutlarını mümkün olduğu kadar ortaya koymak durumundadır. Kanunların kedine verdiği yetkileri kullanmadan ciddi bir araştırma yapılmaksızın matbu gerekçelere dayalı olarak matrah belirlenmesi mülkiyet hakkına pervasız bir müdahale olarak kabul edilmektedir.⁵⁵

Takdir komisyonu kararlarının dayanaksız olması sadece kişilerin mülkiyet hakkına kontrolsüz bir müdahale tehlikesini içermemekte; ayrıca vergilendirmeye ilişkin birçok ilkenin de (vergide adalet, mali güç gibi) görmezden gelinmesi anlamına gelmektedir. Bu kapsamda komisyonlarca her olay kendi doğasında ve mümkün olan tüm detaylarıyla değerlendirilmek suretiyle matrah belirleme işi yapılmalıdır. Vergilendirmeye egemen olan ilkeler⁵⁶ gözetilerek olabildiğince objektif ve belgelendirilebilir bilgi ve bulgulara dayalı olarak matrah takdir edilmelidir.

3.3. Takdir Komisyonlarından Sağlanmak İstenen Kamu Yararının Bertaraf Edilmesi: İnceleme ve/veya Teknik Raporlara Dayalı Matrah Tespiti

İdare bazı uygulamalarıyla takdir komisyonlarına Kanunla tanınan inceleme yetkisini bertaraf etmektedir. Zira bazı durumlarda, kişi görülen lüzum üzerine

⁵⁴ İstanbul 6. Vergi Mahkemesinin 31.12.2014 E:2014/2237 K:2014/3167 sayılı kararı; İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin 28.11.2013 gün ve E:2013/1208 K:2013/2633 sayılı kararını onayan Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 16.06.2014 gün ve E:2014/4931 K:2014/4570 sayılı kararı; Danıştay Dördüncü Dairesinin 15.09.2015 gün ve E:2012/684 K:2015/4177 sayılı onama kararı.

⁵⁵ Nitekim İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin 23/06/2011 günlü ve E:2010/1611, K:2011/2717 sayılı kararıyla; “*takdir komisyonunca kanunla tanınan inceleme ve araştırma yetkisi kullanılmadan soyut ve genel ifadelerle yer verilerek, matrahın dayanağı ve izahı somut olarak belirtilmeden, Vergi Usul Kanununun 31/8 inci maddesine aykırı şekilde matrah takdir edildiği*” gerekçesine dayalı olarak tarhiyatın iptaline karar verilmiştir. Bu karar Danıştay Dördüncü Dairesinin 01.10.2015 gün ve E:2012/8 K:2015/4249 sayılı kararı ile onanmıştır.

⁵⁶ Vergilendirme ilkeleri için bkz. Gözde Erkin, “Vergilendirme Yetkisinin Tabi Olduğu Anayasal İlkeler”, **Anakara Barosu Dergisi**, Sayı: 3, Yıl:2012, ss. 240-245; Osman Sariaslan “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Vergilendirme İlkeleri” **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, S.105, Eylül 2012, ss. 19-29

ilk önce vergi incelemesine sevk edilmekte; ancak incelemenin uzun bir süre gerektirmesi⁵⁷ veya sevkini beş yıllık zamanaşımına yakın bir zamanda gerçekleşmiş olmasından ötürü vergi inceleme elemanının talebiyle ilgilinin takdir komisyonuna sevkini sağlanmaktadır. Kişinin dosyası takdir komisyonunda beklerken hazırlanan rapor takdir komisyonuna sunulmaktadır. Takdir komisyonu sunulan rapordaki verileri aynen kabul etmek suretiyle matrah belirlenmektedir.

Bu uygulamayla görünüşte mükellefin de temsil edildiği varsayılan bir komisyon tarafından belirlenen matrah üzerinden tarhiyat yapılmıştır. Aslında olan ise, usul hükümlerinin şeklen icrasıyla takdir komisyonunun idarenin işlemlerinin yüklenicisi kılınmasıdır. Bu uygulamayla takdir komisyonları yetkilerini kullanmamış ya da kullanamamıştır.⁵⁸ Bu durum kişi ya da mükelleflere, matrahlarının kural olarak *yarı bağımsız bir komisyon tarafından* belirlenmesi suretiyle verilen hukuki güvencenin, fiilen ortadan kaldırılması sonucunu doğurmaktadır. Böylece takdir komisyonlarınca yapılan işlemlerin tümü şekli boyutta kalmaktadır. Matrahın belirlenmesine ilişkin esas incelemeyi ve varsa matrah fakına ilişkin belirlemeyi vergi inceleme elemanı yapmaktadır. Takdir komisyonlarının ise bu uygulama karşısında inisiyatif alamamaktadırlar.⁵⁹ Böylece takdir komisyonları önüne gelen inceleme raporuna göre matrah takdir etmek zorunda bırakılmaktadırlar.

3.4. Takdir Komisyonlarının Zamanaşımının Durdurulması İçin Kullanılması

Uygulamada, hakkında vergi incelemesi yapılmasına karar verilen kişinin inceleneyeceği hesap dönemi tarh (ya da tebliğ) zamanaşımına uğrama

⁵⁷ 213 sayılı Kanunun “İncelemede Uyulacak Esaslar” başlıklı 140. maddesinin 6. fıkrası: *“İncelemeye başlanıldığı tarihten itibaren, tam inceleme yapılması halinde en fazla bir yıl, sınırlı inceleme yapılması halinde ise en fazla altı ay içinde incelemeleri bitirmeleri esastır.”*

⁵⁸ Nitekim bu şekilde belirlenen matrahlar yargı mercilerince kabul edilmemektedir. Örneğin: İstanbul 2. Vergi Mahkemesi 30.05.2013 gün ve E:2013/3053 K:2013/1366 sayılı kararında, *“... Bununla birlikte; incelemeye alınan bir mükellefin daha sonra takdir komisyonuna sevk edilmesi, takdir komisyonuna verilen inceleme yetki ve görevinin inceleme elemanına ikame edilerek burada hazırlanan verilerin takdir komisyonu tarafından mutlak doğru kabul edilerek matrah takdir edilmesi, esasen Kanunun ve Kanunla getirilen yöntemlerin, Kanunun gösterdiği usullerin haricinde ve mükellefin bir kısım haklardan yararlanmasına (zaman aşımı, incelemede tutanak tutulması gibi) engel olunacak şekilde işletilmesi ve bunun sonucunda da cezalı tarhiyatın yapılması sonucunu doğurduğundan bu açıdan da hukuk uygun olmayacaktır”* gerekçesine dayalı olarak iptal kararı verilmiş; bu karar Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 19.12.2013 gün ve E:2013/11506 K:2013/12644 sayılı kararı ile onanmıştır. Ancak aksi yönde verilmiş Danıştay kararları da mevcuttur. Örneğin Danıştay Üçüncü Dairesinin oyçokluğuyla verdiği 03.12.2015 gün ve E:2014/3871 K:2015/8938 sayılı karar.

⁵⁹ Üstelik komisyonun yapısı da böylesi bir tutum için uygun değildir. Zira komisyonun, başkanlık dâhil, çoğunluğu idare temsilcilerinden oluştuğundan bunun için gerekli fiili zemin de bulunmamaktadır.

durumdaysa, ilgili kişi ya idarece yada inceleme elemanının talebiyle takdir komisyonuna sevk edilmektedir. Böylece incelenen hesap dönemi için zamanaşımı VUK 114'ün yeni haline göre bir yıl durdurulmaktadır. Bu da idareye inceleme için bir yıl daha kazandırırken; mükellef için lehine oluşması muhtemel zamanaşımının bir yıllık süresinden mahrum kalması anlamına gelmektedir.

Bu uygulamada, yukarıda da ifade edildiği gibi, takdir komisyonu tarafından hiçbir inceleme ve araştırma yapılmamakta, kişinin tarh dosyası komisyonda bekletilmektedir. Mükellefin hesaplarının incelenmesi ise inceleme elanı tarafından yapılmakta ve bulunan matrah farkının takdir edilmesi için rapor takdir komisyonuna tevdi edilmektedir. Takdir komisyonu gelen rapordaki veriler uyarınca matrah farkı kendisi tarafından bulunmuş gibi takdir işlemi yapmaktadır. Takdir edilen matrah tarhiyatın yapılabilmesi için vergi dairesine gönderilmekte, vergi dairesi de gerekli tarh işlemi yaparak ve dayanağına da takdir komisyonu kararını ekleyerek⁶⁰ ihbarname ile mükellefe tebliğ etmektedir.

Böylece idare, vergi incelemesi sürecinde durmayan zamanaşımının idari bir manevrayla durdurmaktadır. Bulunan matrah farkı her ne kadar vergi incelemesine dayalı ise de son kertede kararı alan merci takdir komisyonu olduğundan vergilendirme takdir komisyonu prosedürüne göre yapılmaktadır. Dolayısıyla burada iki ayrı vergilendirme yönteminin birlikte kullanılması söz konusudur. Bu durum ilk anda bir sorun teşkil etmiyormuş gibi görünse de olaya mükellef hakları ekseninde bakıldığında ortada ciddi bir sorun olduğu

⁶⁰ İdare, kimi zaman tarhiyatın müsdenidatı olan takdir komisyonu kararlarını ihbarnameye eklememektedir. Bu durum vergi yargısı tarafından esasa müessir şekil noksanlığı kabul edilmekte ve tarhiyatın iptaline karar verilmektedir. Bu konuda bkz. Danıştay Dördüncü Dairesinin 02.03.2016 gün ve E:2012/4167 K:2016/854 sayılı kararı, yine aynı Dairenin 07.04.2016 gün ve E:2016/37 K:2016/1543 sayılı kararı, benzer şekilde Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 21.10.2015 gün ve E:2012/7690 K:2015/10968 sayılı kararı; İstanbul 6. Vergi Mahkemesinin 29.12.2014 gün ve 2014/1471 K:2014/3062 sayılı kararı. Bu kararın gerekçe kısmı şöyledir: “Yukarıda değinilen mevzuat hükümleri ile dava dosyasına ekli bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden; davacı adına yapıla cezalı tarhiyatların takdir komisyonu kararlarına dayalı olarak yapıldığı, takdir komisyonu kararlarının ise tebliğ edilen ihbarnamelere eklenmediği, tebliğ evrakının incelenmesinden anlaşılmıştır. Oysa 213 sayılı Kanunun yukarıda değinilen 35. maddesinin son fıkrasında takdir komisyonunun kararı üzerine tarh edilen vergilerde hem takdir komisyonu kararının hem de re’sen takdiri gerektiren inceleme raporunun birer sureti ihbarnameye ekleneceği hükmüne amirdir. Dolayısıyla dayanağında takdir komisyonu kararı bulunan tarhiyatlarda, bu kararların da ihbarname ile tebliği yasal bir zorunluluktur.

Bu durumda; davacı adına yapılan cezalı tarhiyatlarda; dayanağı takdir komisyonu kararının tebliğ edilmemiş olması, kişilerin adil yargılanma çerçevesinde savunma hakları hilafına esaslı bir şekil noksanlığı oluşturduğundan hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” Bu karar Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 29.09.2015 gün ve E:2015/8176 K:2915/9112 sayılı kararı ile onanmıştır.

anlaşılacaktır. Zira idare tarafından vergi inceleme süreci ile takdir sürecinin tek bir vergilendirme işlemi için bir ve beraber işletilmesi, dolayısıyla vergide kanunilik ilkesi hilafına olacak şekilde Kanunda olmayan usule göre vergilendirme yapılması söz konusudur.⁶¹ Başka bir anlatımla bu uygulamayla inceleme ve takdir sürecinin idarenin lehine olan yanları birlikte kullanılarak kişiler vergi kanunlarında olmayan bir usule göre vergilendirilmekte ve bu yolla da mükellef lehine oluşması muhtemel zamanaşımı engellenmektedir.⁶²

4. TAKDİR KOMİSYONLARINDA REFORM

Yukarıda ifade edilmeye çalışıldığı gibi idarenin tahakküm edici anlayışı ile takdir komisyonlarının günümüz koşullarına ayak uyduramayan sistem sorunları nedeniyle birçok tartışmalı tarhiyat işlemi tesis edilmektedir. Bu uygulama, takdir komisyonlarından sağlanmak istenen kamusal yararın gerçekleşmemesinin yanı sıra vergi adaletini sağlayamadıklarına ilişkin takdir komisyonu kararlarına karşı kamuoyunda yaygın bir kanaat oluşturmaktadır. Bu da haliyle takdir komisyonuna dayalı olarak yapılan tarh işlemlerine karşı açılan davaların sayısını artırmaktadır.

Dolayısıyla takdir komisyonlarının vergi dairelerinin istediği gibi yönlendirebildiği bir “arka bahçe” imajından kurtarılması ve asıl işlevlerini icra edecekleri saygınlık düzeyine kavuşturulmaları gerekmektedir. Bunun için hem mevzuat hem de zihniyet değişikliği elzem görünmektedir. Bu kapsamda takdir komisyonlarının Kanunla kendilerine verilen işlevleri daha demokratik, daha katılımcı, adil ve hukuka uygun bir şekilde yerine getirmeleri için “ilk ve öncelikli olarak” aşağıda tespit edilen hususlar dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

4.1. Takdir Komisyonlarının Yapısında Reform

Takdir komisyonlarının daha demokratik, daha katılımcı ve daha bağımsız kişilerden oluşması sağlanmalıdır. Mevcut duruma göre VUK’un 72/1. maddesine göre illerde defterdarın, ilçelerde malmüdürünün (müstakil vergi

⁶¹ Ancak hemen ifade etmek gerekir ki vergi yargısı idarenin bu uygulamasına verdiği kararlar ile izin vermemektedir. İstanbul 2. Vergi Mahkemesi 30.05.2013 gün ve E:2013/3053 K:2013/1366 sayılı kararı ile bu kararı onayan Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 19.12.2013 gün ve E:2013/11506 K:2013/12644 sayılı kararı.

⁶² Burada vergi incelemesinin takdir komisyonu tarafından değil de vergi inceleme elemanı tarafından yapılmış olmasından ötürü tarh zamanaşımının durdurmayacağı görüşüyle verilmiş yargı kararları mevcuttur. Diyarbakır Vergi Mahkemesinin 07.07.2015 gün ve E:2014/1319 k:2015/677 sayılı kararı. Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 10.06.2013 gün ve E:2013/2134 k:2013/5969 sayılı kararı. Yine Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 2012/9726 K:2013/5028 sayılı kararı. İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin 27.05.2014 gün ve E:2013/2878 K:2014/1262 sayılı kararını onayan Danıştay Dördüncü Dairesinin 16.04.2015 gün ve E:2014/6899 K:2015/1772 sayılı kararı.

dairesi olan ilçelerde ilgili vergi dairesi müdürünün) veya bunların tevkil edecekleri memurların başkanlığı altında ilgili vergi dairesinin yetkili iki memuru ile seçilmiş iki üyeden oluşmaktadır. Bu iki üye VUK'un 73. maddesine göre seçilmektedir. Buna göre üyeler, tüccarlar için ticaret odasınınca, diğer sanat ve meslek erbabı için bunların mensup oldukları mesleki teşekküllerce kendi üyeleri arasından veya hariçten seçilmektedir.

Görüldüğü üzere takdir komisyonlarında idareyi temsil eden üyeler çoğunlukta olduğu gibi başkanlığını ilgili vergi dairesi (ya da mal müdürü) yahut da onun tevkil edeceği kişi yapmaktadır. Vergilendirme işlemlerinin belirli idari süreçleri içermesi ve ilgili mükellef gibi birçok mükellefin beyan bilgilerine sahip olan idarenin komisyonda temsil edilmesi muhakkak ki elzemdir. Ancak başkanlığını idarenin yaptığı ve iki üyenin de başkanın hiyerarşik olarak etkileyebileceği memurlardan oluşması; kararlarının da oy çokluğu ile alınabiliyor olması nedeniyle takdir komisyonlarında, idarenin mükelleflere nazaran daha etkin olduğu bir sistem söz konusudur. Bu nedenle idarenin yönlendirmesine ziyadesiyle açık olan bu yapının kişilerin haklarını yeteri kadar gözetmediği, matrahın tespitinde gerekli araştırma ve inceleme özenini göstermediğini ileri sürmek oldukça iyimser bir yaklaşım olacaktır. Dolayısıyla takdir komisyon kararlarına dayalı tarhiyat, her halükarda idarenin yüzde yüz etkin olduğu bir sürecin sonunda ve idarenin inisiyatifi ile belirlenen matraha dayanmaktadır.

Bu durum çerçevesinde takdir komisyonlarının oluşumu yeniden ele alınması gerekmektedir. İdarenin takdir komisyonunu istediği şekilde yönlendirdiği ayrıcalıklı pozisyonu ortadan kaldırılmalıdır. Takdir komisyonlarının kamusal bir hizmet görmeleri ve verdikleri kararın kamu kudretini temsil etmesi adına başkanlık edecek kişinin yine idareden bir yetkili olması kabul edilebilir. Lakin idareden seçilen iki "memur" üyenin yerine üniversitelerin ilgili bölümlerinden veya mali müşavirler arasından belirlenmesi daha uygun olacaktır.

4.2. Takdir Komisyonlarının Toplantı Yerlerinde Reform

213 sayılı Kanununun 73. maddesinin son fıkrası da takdir komisyonlarının "kendilerine tahsis edilen dairede" toplanmasını öngörmüş; bunun mümkün olmadığı durumlarda vergi dairesinde toplanmalarına ise cevaz vermiştir. Yani kural takdir komisyonlarının vergi dairesinden bağımsız bir yerde toplanmasıdır. Vergi dairesinde toplantı yapılması ise istisnadır. Oysaki uygulamada istisna kural haline gelmiştir. Zira takdir komisyonları mevcut uygulamaya göre vergi dairesi içinde faaliyet göstermektedirler.

Dolayısıyla komisyonların bağımsız niteliklerini ön plana çıkaracak fiziki imkânı kavuşturulması gerekir. Bu kapsamda komisyonların Kanununun öngördüğü anlamda başka bir yerde (dairede) toplanmaları sağlanmalıdır.

Böylece maksadının ve işlevinin önceden belli ve idarenin kullanımına tahsisli bir binan içinde yürütülen takdir faaliyetinin bağımsızlığına gölge düşmesinin önüne geçilmiş olunacaktır. Aynı şekilde komisyonların yazı işleri de ayrı bir birim tarafından yürütülmelidir.

4.3. Takdir Komisyonlarının Kararları Somut Verilere Ve İncelemelere Dayanmalı ve Karar Formatı Değişmelidir

Takdir komisyonlarının karar formatı mevcut haliyle araştırma ve inceleme hususlarını içermemektedir. Kişi hakkında yapılan matrah farkının nereden kaynaklandığı ya da hangi kalemin matraha ne şekilde dâhil edilip/edilmediği, matrahın hesaplanış ve bulunuş yöntemleri kararlarda yer almadığı gibi bulunan farkın dayandırıldığı yasa hükümleri kararlarda tartışılmamaktadır.

Takdir komisyonları çok basit ve indirgemeci bir mantıkla ve çoğu kez matbu ifadelerle dayalı matrah takdir etmektedirler. Bu da haliyle gerçek durumu tespit etmekten uzak olduğu gibi ilgilisi nezdinde de bir saygınlık oluşturamamaktadır. Bu nedenle takdir komisyonlarının kararları tıpkı vergi inceleme raporları gibi hem maddi olay (olayları) hem de yasa hükümlerini tartışan, gerekli gördüğü incelemeleri yapmış ve bunları da kararına yansıtmış bir şekilde kaleme alınmalı, karar formatı bu esaslara göre belirlenmelidir.

4.4. Takdir Komisyonlarının Bağımsız Nitelikleri Ön Plana Çıkarılarak İdarenin Tesir Alanından Uzaklaştırılması Gereği

Takdir komisyonlarının idarenin tesir alanından ve tahakkümünde olması, komisyonların hem yapısal hem takdir komisyonlarına hâkim olan kurumsal bilinç hem de mali idarenin bu komisyonları idari bakış açısıyla konumlandırması ile alakalı bir durumdur. Komisyonların yapısından kaynaklı hususlar yukarıda ifade edilmeye çalışılmıştı. Burada mali idareye hâkim olan takdir komisyonu algısının değiştirilmesi ve takdir komisyonlarının kendi idraklerine varmaları lüzumu üzerinde durulacaktır. Zira uygulamada takdir komisyonları vergi idaresi tarafından zamanaşımının durdurulması imkânı veren bir organizasyon ya da vergi incelemesi karşısında bağımsızlığı olmayan bir idari yapı olarak kabul edilmektedir. Bu algının oluşmasına neden olan kurumsal mirasın ve zihniyetin değişmesi gerekmektedir. Bu da ancak takdir komisyonlarının yeniden ele alındığı yasal ve idari düzenlemeler ile mümkün olabilecektir.

Budoğrultuda yapılacak yasal düzenlemelerle mali idarenin etkinlik düzeyinin sadece yasal koşulların varlığı halinde takdire sevk olarak sınırlandırıldığı bir sistem oluşturulmalıdır. Takdir komisyonlarının vergilendirme süreci içindeki önemini altını çizen hem komisyonun kendisi hem idare hem de mükellef nezdinde saygınlığı olan bir yapı inşa edilmelidir.

Vergi incelemesi ile takdir süreci birbirilerinden net bir şekilde ayrılmalı; zamaşımı müessesinin yalnızca özgülendiği takdir komisyonlarına dayalı tarhiyatlarda geçerli olacağı hususu mevzuatta açıkça ifade edilmelidir.

SONUÇ

Türk Hukuk Düzeninde vergilendirme süreci mükelleflerin kendi beyanları üzerine inşa edilmiştir. Beyan edilen matrahlar üzerinden idare tarafından tarh işlemi yapılarak vergilendirme gerçekleştirilmektedir. Ancak bazı durumlarda kişilerin eksik ya da hatalı beyanda bulunmaları söz konusu olabilmektedir. Kanunkoyucu böylesi tutumların olabileceğini öngörerek sistemin ana omurgasını oluşturan “beyan esasını” korumak ve mükellefler arasındaki vergi adaletini sağlamak adına sistemin sigortası olabilecek bazı müesseseler ve süreçler öngörmüştür. “Takdir” yoklama ve vergi incelemesiyle birlikte beyan sisteminin en önemli sigortası konumundadır. Türk Vergi Usul Hukukunun bel kemiği olan VUK, takdirin mahiyetine göre iki takdir işleminden söz etmektedir. İlki doğrudan vergilendirme sürecine ilişkin matrah takdiriye ikinci değer takdiridir.

Öte yandan takdir işlemi doğrudan idare tarafından değil mükellef ve idare temsilcilerinden oluşan bir komisyon tarafından yapılmaktadır. Bu nedenle takdir müessesesinin en önemli kurumu şüphesiz takdir komisyonlarıdır. Ancak komisyonlar karma yapılarına rağmen; kendinden bekleneni vermekten uzak bir işlev görmektedirler. Zira vergi takdir komisyonlarına dayalı birçok tarhiyat işlemi vergi yargısının önüne taşınmaktadır.

Vergi yargısı, takdir komisyonlarına dayalı tarhiyatları, matrah tespitinde gerekli araştırma ve incelemenin yapılamaması, takdir komisyonlarının idarenin güdümünde davranarak hareket etmesi, takdir komisyonlarının fonksiyonlarının dışında karar almalarına zorlanması şeklinde özetlenebilecek gerekçelerle iptal etmektedir. Buna rağmen beyan sisteminde takdir mekanizmasının gerekliliği tartışmasızdır. Ancak bu sistemin mevcut uygulamalarından kaynaklı sorunlarının giderilmesi için takdir komisyonlarının ve bu komisyonlara olan idari yaklaşım biçiminin yeniden ele alınması da diğer bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Son olarak çalışmanın dördüncü başlığında ortaya konulan öneriler ekseninde, takdir bir gereklilik ise bunun günümüz şartlarına göre yeniden dizayn edilmiş komisyonlar eliyle yapılması ise başka bir gerekliliktir. Ayrıca bu komisyonların idarenin güdümünden ve yönlendirmesinden kurtarılması ve Kanunda oluşturulmak istenen karma ve geniş tabanlı temsil kabiliyeti yüksek bir sistemin hayata geçirilmesi gerekir.

KAYNAKÇA

AKSOY Şerafettin, **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999

AKYILMAZ Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2000

BAYAKARA Bekir, **Teori ve Pratik Yönleriyle Vergi ve Vergi Ceza Hukuku**, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, İstanbul, 2008

CANDAN Turgut, **Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006

ERKİN Gözde, "Vergilendirme Yetkisinin Tabi Olduğu Anayasal İlkeler", **Anakara Barosu Dergisi**, Sayı: 3, Yıl:2012, ss. 235-249;

ERKUT Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990

EROL Ahmet, **Vergi İncelemesi & Mükellef Hakları**, İstanbul SMMM Odası, İstanbul, 2010

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2002

İNNECİ Ahmet, ÇOŞKUN KARADAĞ Neslihan; "Vergi Usul Kanuna Göre 'Tebliğ'de yapılan Hatalar ve Yargının Konuya Bakışı", **Maliye Dergisi**, Sayı: 169, Temmuz-Aralık 2015, ss. 55-69

KARACA Akif, ŞAFAK Mehmet; "Vergilemede İhbarname Esası", http://www.muhasabetr.com/ulusalbasin/haber_oku.php?haber_id=17457, (24.05.2016)

KIRBAŞ Sadık, **Vergi Hukuku, Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar**, 17.b., Siyasal Kitabevi, Ankara, 2006

KIZILOT Şükrü, TAŞ Metin; **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, 4.b., Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2011

NAS Adil, "Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi" **AÜHFD**, 61 (4) 2012:1307-1336

ÖNCEL Mualla, KUMRULU Ahmet, ÇAĞAN Nami; **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005

SADIÇ Ertuğrul, Vergi Uyuşmazlıklarında Tebligat, Samsun Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Samsun, 2016

SARIASLAN Osman "Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Vergilendirme İlkeleri" **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, S.105, Eylül 2012, ss. 19-29

SARIASLAN Osman, “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Vergilendirme İlkeleri” **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, S.105, Eylül 2012, ss. 19-29

SARIASLAN Osman, “Takdir Komisyonuna Dayalı Tarhiyatlarla İlgili Olarak 6009 Sayılı Kanunla Getirilen Düzenlemelerdeki Anayasaya Aykırılık Sorunu”, **Yaklaşım**, S. 228, Aralık 2011, ss. 302-307

SÜER Nedim Tolga, “İhbarname Esası” **Vergi Dünyası**, Yıl:30, Sayı:354, Şubat 2011, ss. 69-76

ŞAFAK Ali, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, Temel Yayınları, İstanbul, 1996

ŞENYÜZ Doğan, YÜCE Mehmet, GERÇEK Adnan; **Vergi Hukuku**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2010

ULUSOY Erol, “Modern Türk Hukukunun Oluşumu ve Gelişimi”, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/Ulusoy.html> (11.04.2016)

Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı **Faaliyet Raporu 2014** http://www.vdk.gov.tr/File/?path=ROOT%2FDocuments%2FDosya%2FVDK+2014+Y%C4%B1%C4%B1+Faaliyet+Raporu_1102.pdf. (10.05.2016)

Anayasa Mahkemesinin 31.05.2012 gün ve E:2011/38 ve K:2012/89 sayılı kararı

Anayasa Mahkemesinin 15.10.2009 gün ve E:2006/124 K:2009/146 sayılı kararı

Vergi Dava Daireleri Kurulunun 07.05.2004 gün ve E:2004/17 K:2004/16 sayılı kararı

Vergi Dava Daireleri Kurulunun 03.10.2003 gün ve E:2003/252 K:2003/369 sayılı kararı

Danıştay Üçüncü Dairesinin 18.02.1987 gün ve E:1986/787 K:1987/495 sayılı kararı

Danıştay Üçüncü Dairesinin 05.06.1986 gün ve E:1986/391 K: 1986/1523 sayılı kararı

Danıştay Üçüncü Dairesinin 11.02.1986 gün ve E:1984/3019 K:1096/437 sayılı kararı

Danıştay Üçüncü Dairesinin 05.02.1986 gün ve E:1984/1954 K:1986/354 sayılı kararı

Danıştay Üçüncü Dairesinin 26.12.2002 gün ve E:2001/1148 K:2002/4535 sayılı kararı

Danıştay Üçüncü Dairesi 21.05.1998 gün ve E:1997/2422 K:1998/1795 sayılı kararı

Danıştay Üçüncü Dairesinin 03.12.2015 gün ve E:2014/3871 K:2015/8938 sayılı kararı

Danıştay Dördüncü Dairesinin 02.03.2016 gün ve E:2012/4167 K:2016/854 sayılı kararı

Danıştay Dördüncü Dairesinin 07.04.2016 gün ve E:2016/37 K:2016/1543 sayılı kararı

Danıştay Dördüncü Dairesinin 15.09.2015 gün ve E:2012/684 K:2015/4177 sayılı kararı

Danıştay Dördüncü Dairesinin 28.02.2000 gün ve E:1999/1904 K:2000/779 sayılı kararı

Danıştay Dördüncü Dairesinin 01.10.2015 gün ve E:2012/8 K:2015/4249 sayılı kararı

Danıştay Dördüncü Dairesinin 16.04.2015 gün ve E:2014/6899 K:2015/1772 sayılı kararı

Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 16.06.2014 gün ve E:2014/4931 K:2014/4570 sayılı kararı

Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 14.02.2013 gün ve E:2012/10457 K:2013/580 sayılı kararı

Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 20.05.2014 gün ve E:2011/6042 K:2014/2759 sayılı kararı

Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 19.12.2013 gün ve E:2013/11506 K:2013/12644 sayılı kararı

Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 21.10.2015 gün ve E:2012/7690 K:2015/10968 sayılı kararı

Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 29.09.2015 gün ve E:2015/8176 K:2015/9112 sayılı kararı

Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 19.12.2013 gün ve E:2013/11506 K:2013/12644 sayılı kararı

Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 10.06.2013 gün ve E:2013/2134 k:2013/5969 sayılı kararı

Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 22.05.2013 gün ve E:2012/9726 K:2013/5028 sayılı kararı

İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin 31.10.2013 gün ve E:2013/879 K:2013/2446 sayılı kararı

İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin 28.11.2013 gün ve E:2013/1208 K:2013/2633 sayılı kararı

İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin 23.06.2011 günlü ve E:2010/1611, K:2011/2717 sayılı kararı

İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin 30.05.2013 gün ve E:2013/3053 K:2013/1366 sayılı kararı

İstanbul 2. Vergi Mahkemesi 30.05.2013 gün ve E:2013/3053 K:2013/1366 sayılı kararı

İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin 27.05.2014 gün ve E:2013/2878 K:2014/1262 sayılı kararı

İstanbul 6. Vergi Mahkemesinin 31.12.2014 gün ve E:2014/2237 K:2014/3167 sayılı kararı

İstanbul 6. Vergi Mahkemesinin 29.12.2014 gün ve 2014/1471 K:2014/3062 sayılı kararı

Diyarbakır Vergi Mahkemesinin 07.07.2015 gün ve E:2014/1319 k:2015/677 sayılı kararı

KAMU GÖREVLİLERİYLE İLGİLİ İDARİ DAVALARDA ADİL YARGILANMA HAKKININ UYGULANABİLİRLİĞİ

Pellegrin'den (1999) Baka'ya (2016) İHAM Perspektifi

*The Applicability of the Right to Fair Trial to Administrative Cases Regarding
the Public Servants:*

The ECtHR's Perspective From Pellegrin (1999) to Baka (2016)

Dr. Emre AKBULUT¹

Geliş Tarihi: 24.08.2016 Kabul Tarihi: 04.09.2016

ÖZET

Türkiye'nin taraf olduğu ve Anayasa'nın 90. maddesi gereğince iç hukukta kanun hükmünde bulunan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6/1. maddesine göre herkes, "medeni hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde" adil yargılanma hakkına sahiptir. Ancak madde metninde geçen "medeni" ibaresi, ülkemizde idare mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıklarda Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilir olup olmadığı hususunda tereddüt uyandırmaktadır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Büyük Dairesi, 1999, 2007 ve 2016 yıllarında verdiği üç ayrı kararı ile kamu görevlileriyle ilgili idari uyuşmazlıklar bakımından söz konusu tereddüdü giderebilecek bazı prensipler benimsemiştir. Bu bağlamda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin söz konusu üç kararı ile ortaya konulan prensipler ve bu prensiplerin Türk idare Hukukuna etkileri bu makalenin konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Adil yargılanma hakkı, kamu görevlileri, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlık, idari dava, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

ABSTRACT

Pursuant to article 6/1 of the European Convention on Human Rights to which Turkey is a party and which has the force of law according to Article 90 of the Constitution, everyone is entitled to a fair trial in the determination of his civil rights and obligations. However the notion of "civil" mentioned in the article causes a hesitation whether the article 6 of the Convention is applicable to disputes under the competence of the administrative courts in our country. With its three different judgments delivered in 1999, 2007, and 2016, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights adopted some principles which might take that hesitation away. In this context the principles laid down by the said three judgments of the European Court of Human Rights and these principles' effects to the Turkish Administrative Law are the subjects of this article.

Keywords: The right to fair trial, public servants, dispute concerning civil rights and obligations, administrative case, European Court of Human Rights

¹ İdari hâkim, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde "seconded lawyer";
emreakbulut@yahoo.com

I. GİRİŞ

Hakların sadece teorik düzlemde tanındığı, onları gerçekleştirmeye yönelik etkili usûl kurallarının öngörülmediği sanal bir hukuk sisteminin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır. Zira elde edilemeyen, fiilen kullanılmayan, diğer bireylere ve idari otoritelere karşı ileri sürülemeyen bir hakkın hukuk metinlerinde yazılı olmasının maddi dünyada karşılığı ve dolayısıyla insanlar için önemi bulunmayacaktır. Bu nedendir ki hukuk bilimi, hakların varlığını ve içeriğini inceleyen maddi hukuk konularının yanı sıra bu haklara erişimi temin eden yolların niceliğini ve niteliğini irdeleyen şekli hukuk konularını da bünyesinde barındırmaktadır.

En geniş anlamda “*nasıl bir yargılama*” sorusuna cevap teşkil eden şekli hukuk kurum ve kavramları, normatif bakımdan her bir yargı kolunda (adli, idari, askeri) farklılık göstermektedir. Ancak “*adil yargılanma hakkı*”, değişik yargı kolları bakımından yürürlükte bulunan farklı usul kurallarına Anayasa ve insan hakları hukuku bağlamında sınır çizmekte, anılan kuralların tümü açısından geçerli bir üst norm oluşturmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesi uyarınca kanun hükmünde olan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin² 6. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan adil yargılanma hakkı, esasen “*mahkemeye erişim hakkı, çelişmeli yargılama hakkı, silahların eşitliği ilkesi, gerekçeli karar hakkı, makul sürede yargılanma hakkı*” gibi çok sayıda hak ve güvenceyi kapsamına alan bir çerçeve hak niteliğindedir.³ Adil yargılanma hakkının ve kapsamına aldığı güvencelerin anlamları, gereklilikleri ve uygulanma koşulları da İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin⁴ kararları ile şekillenmektedir.

İç hukukta belirli bir yargı kolunun görev alanına giren belirli bir uyuşmazlık türüne ait davalarda Sözleşme'nin 6. maddesinin ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı güvencelerinin uygulanabilmesinin ön koşulu, şüphesiz, söz konusu uyuşmazlık türünün Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında kabul edilebilmesidir. Dolayısıyla 6. madde kapsamında bulunmayan bir uyuşmazlıkta, mahkemeler nezdinde adil yargılanma hakkı ile ilgili Sözleşme güvenceleri ileri sürülemeyecektir.

² Anılan sözleşme için çalışmanın bundan sonraki kısımlarında “İHAS” kısaltması veya “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi” ve “Sözleşme” ibareleri kullanılacaktır.

³ Adil yargılanma hakkının kapsamına aldığı haklar ve güvencelerin gerek İHAS gerekse Anayasa açısından detaylı analizi için bkz. Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, in: Sibel İnceoğlu (editör), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 1. Bası, Ankara: Şen Matbaa, 2013, syf.209 vd.

⁴ Anılan mahkeme için çalışmanın bundan sonraki kısımlarında “İHAM” kısaltması ve “Mahkeme” ibaresi de kullanılacaktır.

Hukukumuzda idare mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıkların Sözleşme'nin 6/1. maddesi kapsamında bulunup bulunmadığı, madde metninde geçen “*medeni haklara ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlık*” ibaresi nedeniyle tereddüt uyandırmaktadır. Bu tereddüt idare mahkemelerinin dava yükünün önemli bir kısmını oluşturan “*kamu görevlileri ile kamu kurumları arasında ortaya çıkan personel hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar*” bakımından da geçerlidir. Konuya ilişkin İHAM kararları incelendiğinde ise İHAM'ın, özellikle Büyük Daire kararları ile konuyu netleştirmeye çalıştığı ve adil yargılanma hakkının kamu personeli ile ilgili idari uyuşmazlıklarda uygulanabilirliği bakımından hukuki öngörülebilirliği tesis edecek bazı prensipler benimsediği gözlenmektedir.

Bu çerçevede çalışma ile Sözleşme'nin 6. maddesinin adil yargılanma hakkının uygulanabilirliği konusunda öngördüğü genel sistem ve İHAM'ın konu hakkında temel prensipler belirlediği üç ayrı kararı üzerinde durularak; konuya ilişkin Mahkeme içtihadının en güncel hâli ve kamu görevlileriyle ilgili idari uyuşmazlıklarda adil yargılanma hakkının uygulanabilir olup olmadığı belirlenirken -bugün itibariyle- esas alınması gereken ölçütlerin neler olduğu ortaya konulacaktır. Ayrıca çalışmanın sonunda, “*İHAM'ın konuyla ilgili kararlarının Türk İdare Hukuku açısından ne ifade ettiği?*” sorusu da cevaplandırılmaya çalışılacaktır.

II. SÖZLEŞME'NİN 6. MADDESİNİN 1. FIKRASI ve KAMU GÖREVLİLERİ

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin “*adil yargılanma hakkı (right to a fair trial – droit à un procès équitable)*” başlığını taşıyan 6. maddesi, 3 fıkradan oluşmaktadır. Bunlardan 2. fıkrada ceza hukukunun temel prensiplerinden biri olan masumiyet karinesi, 3. fıkrada da şüpheli ve sanığın ceza soruşturması/ kovuşturması sürecinde sahip olduğu haklar düzenleme altına alınmıştır. Aynı maddenin 1. fıkrasında ise “*Her şahsın gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar gerek cezai alanda kendisine karşı yöneltilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan, kanunî, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının mâkul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni şekilde dinlenilmesini isteme hakkına sahip olduğu*” ve “*hükmün alenî olarak verileceği*”⁵ öngörülmüş, ayrıca yargılamanın aleniliğine getirilebilecek kısıtlamaların koşulları düzenlenmiştir.

İHAS'ın 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının kural olarak ceza mahkemeleri nezdinde görülen davaları ilgilendirdiği ve anılan hükümlerin iç hukukumuzda

⁵ 19.03.1954 günlü, 8662 sayılı Resmî Gazete'de (6366 sayılı Kanun'un ekinde) yayınlanan resmî çeviriden alınmış, orijinal metinde yer alan bazı kelimeler günümüz Türkçesi'ndeki karşılıkları ile değiştirilmiştir.

idari davalar bakımından uygulama alanı bulmasının zor olduğu⁶ belirtilebilecektir. Aynı maddenin 1. fıkrasında yer alan ve suç isnadıyla ilgili olanların yanı sıra “*medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin*” uyuşmazlıklar açısından da kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede makul süre içerisinde âdil ve kamuya açık şekilde yargılanma hakkını güvence altına alan hüküm ise, Mahkeme'nin geliştirdiği otonom yorum prensibinin⁷ sonucu olarak, idari davaları da -belli koşullar dahilinde- 6. maddenin kapsamına dahil etmiş bulunmaktadır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarına göre, ceza davaları dışındaki herhangi bir uyuşmazlığın (ulusal hukuk düzeninde idari davalara konu olanlar da dahil olmak üzere) Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası kapsamında değerlendirilebilmesi için iki koşul bir arada gerçekleşmeli; bu kapsamda, “*iç hukukta tanınan veya en azından tanındığı ileri sürülebilen bir hakka ilişkin uyuşmazlık söz konusu olmalı*” ve “*söz konusu hak medeni nitelik taşımalı*”dır.⁸

Bu noktadan anlaşılacağı üzere Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası, Sözleşme'ye taraf olan Devletlerin iç hukukunda var olmayan yeni bir hak öngörmemekte⁹, sadece iç hukukta mevcut olan haklarla ilgili uyuşmazlıkların

⁶ Ancak bu zorluk imkânsızlık olarak nitelendirilmemelidir. Zira somut olayın koşullarına göre, iç hukukumuzda idare mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıklarda her iki fıkranın da uygulama alanı bulması olasıdır. Örneğin İHAM, ilkokul öğretmeni iken hakkında başlatılan ceza kovuşturması ertelenen başvurucunun aynı eylemler nedeniyle görevine son verilmesine ilişkin idari işleme karşı açtığı davada İdare Mahkemesince verilen kararı, (kararda geçen “başvurucunun isnad edilen suçu işlediği”ne ilişkin ifade nedeniyle) Sözleşme'nin 6. maddesinin 2. fıkrasına aykırı bulmuştur. Bkz. Çelik (Bozkurt) v. Turkey, 12.04.2011, Başvuru No:34388/05.

Yine Mahkeme yakın tarihli bir kararında, polis emrine uymama ve kanuna aykırı gösteri yürüyüşüne katılma nedeniyle yürütülen **idari** soruşturmada, başvurucunun Sözleşme'nin 6/3. maddesinde öngörülen ücretsiz hukuki yardım hakkından yararlandırılması gerektiğine karar vermiştir. Bkz. Mihaylova v. Russia, 19.11.2015, Başvuru No: 46998/08.

⁷ Otonom yorum prensibi, İHAS metninde geçen hukukî terimlerin İHAM tarafından, Sözleşmecî devletlerin iç hukuklarından bağımsız şekilde tanımlanmasını ve yorumlanmasını ifade etmektedir. Sözleşmecî devletlerin Sözleşmede yer alan garantileri dolanmalarını engelleme saikiyle geliştirilen otonom yorum prensibinin doğuşu ve gelişimi hakkında bkz. George Letsas, A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights, 1. Bası, New York: Oxford University Press, 2009, syf.40 vd.

⁸ Kutova v. Ukraine, 02.04.2013, Başvuru No:2581/05; Smiljan Pervan v. Croatia, 04.03.2014, Başvuru No:31383/13, prg.33; Fazia Ali v. The United Kingdom, 20.10.2015, Başvuru No:40378/10, prg.53. Ayrıca bkz. Francis G. Jacobs, Robin White, Clare Ovey, The European Convention on Human Rights, 5. Bası, New York: Oxford University Press, 2010, syf.247, 253.

⁹ “6. maddenin 1. fıkrası, medeni hak ve yükümlülükler açısından Sözleşmecî devletlerin maddî hukukunda belli bir içeriği garanti altına almaz ...” Fayed v. The United Kingdom, 21.09.1994, Başvuru No:17101/90, prg.65; “Mahkeme (İHAM), 6. maddenin 1. fıkrasının yorumlanması yoluyla ilgili devlette hukuki temeli olmayan maddî bir hak yaratamaz”

çözümleme süreci bakımından bir takım usulî güvenceler sağlamaktadır.¹⁰ Dolayısıyla eğer iç hukukta (en azından varlığı dava konusu edilebilir şekilde) tanınan bir hak yok ise, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen garantilerden yararlanılması söz konusu olmayacaktır.¹¹ Diğer bir ifadeyle 6/1. maddenin uygulanması açısından gündeme gelen "*iç hukukta tanınan veya en azından tanındığı ileri sürülebilen bir hakka ilişkin uyuşmazlık söz konusu olmalı*" koşulu bakımından otonom yorum prensibi geçerli değildir ve bu konuda İHAM, -aksini gerekli kılan güçlü sebepler var olmadıkça- iç hukuk kuralları ile bu kuralların yerel mahkemelerce yorumlanma şekline bağlıdır.¹²

Kamu görevlileriyle ilgili herhangi bir idarî uyuşmazlığın Sözleşme açısından "*iç hukukta tanınan -veya tanındığı ileri sürülebilen- bir hakka ilişkin uyuşmazlık olma*" koşulunu gerçekleştirip gerçekleştirmediği belirlenirken diğer uyuşmazlıklardan farklı bir değerlendirme yapılmasını gerektiren özel bir durum bulunmamaktadır. Bu kapsamda İHAM içtihatlarında ortaya konulduğu şekliyle "*iç hukukta dayanağı olan herhangi bir hakkın varlığına, kapsamına veya icra şekline ilişkin gerçek ve ciddi nitelikteki her türlü uyuşmazlık*"¹³ – idarî nitelikli olup olmamasına bakılmaksızın- Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının uygulanması bakımından aranılan bu ilk koşulu sağlamış sayılacaktır.

Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasının uygulanması noktasında genelde idari davalar özelde de kamu görevlileriyle ilgili idari uyuşmazlıklar açısından önem arz eden asıl konu, anılan fıkranın uygulanmasıyla ilgili ikinci koşula ilişkindir. Zira bu tür uyuşmazlıkların doğrudan veya dolaylı olarak kamu hizmetlerinin yürütümüyle ve kamu gücü kullanımıyla bağlantılı oldukları dikkate alındığında, bunların 6. madde anlamında "*medeni*" bir hak veya yükümlülüğe ilişkin olmadıkları ileri sürülebilecektir.

Bu çerçevede öncelikle belirtilmesi gereken husus, Sözleşme'de geçen "*medeni*" ibaresinin ilgili devletin iç hukukundaki sınıflandırmaya bağlı bir terim olmayıp, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukuku'nun otonom bir kavramı olduğudur.¹⁴ Bunun anlamı herhangi bir uyuşmazlığın Sözleşme'nin

Roche v. The United Kingdom, 19.10.2005, Başvuru No:32555/96, prg.117; Fazia Ali v. The United Kingdom, prg.54.

¹⁰ Piero Leanza, Ondrej Pridal, The Right to a Fair Trial, Article 6 of the European Convention on Human Rights, 1. Bası, The Netherlands: Kluwer Law International, 2014, syf.35.

¹¹ Leanza, Pridal, syf.42.

¹² Masson and Van Zon v. The Netherlands, 28.09.1995, Başvuru No:15379/89, prg.49; Roche v. The United Kingdom, prg.120.

¹³ Benthem v. The Netherlands, 23.10.1985, Başvuru No:8848/80, prg.32; T.P. and K.M. v. The United Kingdom, 10.05.2001, Başvuru No:28945/95; Smiljan Pervan v. Croatia, prg.33.

¹⁴ Nuala Mole, Catharina Harby, The Right to a Fair Trial, A Guide to the Implementation of Article 6 of the ECHR, Human Rights Handbooks No.3, 2. Bası, Belgium: Council of Europe, 2006, syf.11, König v. Germany, 28.06.1978, Başvuru No:6232/73, prg.88.

koruması altında bulunan “*medeni*” nitelikteki hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklardan olup olmadığını yerel makamların (yasama ve yargı organları) değil, bizzat İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin belirleyecek olmasıdır. Zira aksi durumda İHAS'ın 6/1. maddesi Sözleşme'ye taraf olan her bir devletin ülkesinde farklı şekilde uygulanabilecek¹⁵ ve iç hukuktaki sınıflandırmayı değiştirmek suretiyle devletler, Sözleşme'nin hangi olaylara uygulanacağını doğrudan kendileri belirleyebileceklerdir. Dolayısıyla İHAM, önündeki başvurularda 6. madde anlamında “*medeni*” hak ve yükümlülüklerle ilişkin bir uyuşmazlığın söz konusu olup olmadığını değerlendirirken iç hukuk kurallarını dikkate almakla birlikte kendisini iç hukuktaki sınıflandırma ile bağlı görmemekte;¹⁶ iç hukukta medeni haklara ilişkin olarak kabul edilmeyen, mesela “*idari*” olarak nitelendirilen bir uyuşmazlığın da “*medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin*” bir uyuşmazlık olduğuna ve 6. maddenin 1. fıkrası kapsamında bulunduğuna karar verebilmektedir.¹⁷

Sözleşmenin 6. maddesinde geçen “*medeni*” ibaresinin ne anlama geldiği konusunda İHAM içtihatlarından hareketle genel geçer bir tanım yapılabilmesi mümkün görünmemektedir. Bunun sebebi konu hakkındaki kararlarında İHAM'ın soyut ve her uyuşmazlıkta uygulanabilecek nitelikte genel bir tanım yapmaktan kaçınmasıdır.¹⁸ Bu çerçevede İHAM, önündeki her somut başvuruyu kendine özgü koşulları çerçevesinde değerlendirmekte ve başvurunun konusunu oluşturan iç hukuk uyuşmazlığının medeni nitelikteki bir hak veya yükümlülük açısından “*belirleyici*” nitelik taşıdığı hallerde, söz konusu uyuşmazlığın -iç hukukta idari olarak sınıflandırılabilir- Sözleşme'nin 6/1. maddesi kapsamında olduğu sonucuna ulaşmaktadır.¹⁹

¹⁵ Jacobs, White, Ovey, syf.248, Leanza, Pridal, syf.36.

¹⁶ David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates, Carla Buckley, Law of the European Convention on Human Rights, 3. Bası, Oxford: Oxford University Press, 2014, syf.379, Letsas, syf.43.

¹⁷ Örneğin Türk Hukuku'nda idari nitelikli bir uyuşmazlık türü olan kamulaştırma izni ve yapılaşma yasağı, İHAM'ın 1982 tarihli *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* kararında “*medeni haklara*” ilişkin bir uyuşmazlık olarak kabul edilmiştir. Bkz. *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 23.09.1982, Başvuru No:7151/75, 7152/75, prg.79-83. Örneklerin çoğaltılması mümkündür. Yakın tarihli bir örnek olarak Mahkeme 2014 yılı sonunda verdiği *Emel Boyraz v. Turkey* kararında, kamu görevlisi olarak atanan ancak kamu görevlisi olma koşullarını taşımadığı gerekçesiyle göreve başlatılmayan başvuruçunun iç hukukta idare mahkemeleri nezdinde çözümlenen uyuşmazlığını “*medeni*” haklara ilişkin bir uyuşmazlık olarak değerlendirmiş ve başvuruyu 6. madde açısından da incelemiştir. *Emel Boyraz v. Turkey*, 02.12.2014, Başvuru No:61960/08.

¹⁸ Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, syf.379.

¹⁹ Leanza, Pridal, syf.31. *Ringeisen v. Austria*, 16.07.1971, Başvuru No:2614/65, prg.94; *König v. Germany*, prg.90; *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 23.06.1981, Başvuru No:6878/75, 7238/75, prg.46, 47.

Diğer taraftan iç hukuktaki uyuşmazlıkların hangi hallerde “medeni” hak ve yükümlülüklerle ilişkin kabul edileceği konusundaki İHAM içtihadının, kamu görevlileri ile bünyesinde çalıştıkları kamu kurumları arasında çıkan idari uyuşmazlıklar açısından daha somut ve teknik veriler sunduğu gözlemlenmektedir. Zira İHAM Büyük Dairesi’nin 1999 tarihli *Pellegrin* ve 2007 tarihli *Vilho Eskelinen* kararlarında “*kamu görevlilerine ilişkin idari uyuşmazlıkların hangi hallerde 6. madde kapsamında kabul edileceği*” sorusu ele alınmış ve bu soruya, benzer nitelikli tüm uyuşmazlıklarda uygulanabilecek genel bazı kriterlerin belirlenmesi suretiyle cevap verilmiştir. Son olarak 2016 yılı Haziran ayında verilen *Baka v. Hungary*²⁰ kararıyla da bu kriterlerin geçerliliği İHAM Büyük Dairesi önünde tekrar test edilmiştir. Bu çerçevede çalışmanın izleyen bölümleri söz konusu üç kararın ve bu kararlarla ortaya konulan ilkelerin ele alınmasına ayrılmıştır.

III. PELLEGRIN KARARI: EGEMENLİĞİN KULLANILMASINA KATILMA KRİTERİ

İHAM’ın 1999 yılında verdiği *Pellegrin v. France*²¹ kararında, kamu görevlilerinin çalışma hayatına ilişkin olarak idare ile kamu görevlileri arasında yaşanan uyuşmazlıklarda Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrasının uygulama alanı bulup bulmayacağı, diğer bir ifadeyle bu tür uyuşmazlıkların anılan madde kapsamında “*medeni hak ve yükümlülüklerin belirlenmesiyle ilgili uyuşmazlık*” şeklinde nitelendirilip nitelendirilmeyeceği ele alınmıştır.

Pellegrin v. France kararı, konu hakkında (yeni) bir kriter belirlenmesi ihtiyacının bizzat İHAM tarafından dile getirilmesi, sorunun Büyük Daire tarafından detaylı şekilde irdelenmesi ve kararla -Mahkeme’nin önceki içtihatlarından farklı doğrultuda- benimsenen yeni kriterin, 2007 yılına kadar konuyla ilgili uyuşmazlıkların çözümünde belirleyici olması sebebiyle oldukça önemlidir. Ancak Pellegrin kararının aktarılmasından önce İHAM’ın 1999 yılı öncesinde konuyu ne şekilde değerlendirdiğinin üzerinde durulması, şüphesiz Pellegrin kararının öneminin ve etkilerinin daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

A. Pellegrin Kararı Öncesinde İHAM’ın Konuya Yaklaşımı

1999 yılından önce verdiği kararları incelendiğinde İHAM’ın, kamu görevlileriyle kamu otoriteleri arasında gündeme gelen uyuşmazlıklara Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrasının uygulanıp uygulanmayacağını “*uyuşmazlığın niteliği*” ölçütüne göre belirlediği söylenebilecektir. Bu bağlamda İHAM anılan dönemde, eğer uyuşmazlık ağırlıklı olarak ekonomik nitelik taşıyorsa, özel hukuk rejimine bağlı olarak çalışanların benzer nitelikli

²⁰ Baka v. Hungary, İHAM Büyük Daire (Grand Chamber), 23.06.2016, Başvuru No:20261/12.

²¹ Pellegrin v. France, İHAM Büyük Daire (Grand Chamber), 08.12.1999, Başvuru No:28541/95.

uyuşmazlıklarından önemli farklılıklar içermiyorsa ve kamu otoritelerinin takdir yetkilerini kullanmalarına ilişkin değilse bu uyuşmazlığın medeni hakların belirlenmesine ilişkin olduğunu ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının korumasından yararlanacağını kabul ederken; kamu görevine girmeye, görevde yükselmeye ve kamu görevine son verilmesine ilişkin uyuşmazlıkların ise 6. maddenin kapsamı dışında olduğunu belirtmekteydi.

Örneğin İHAM'ın 1992 yılında verdiği *Francesco Lombardo v. Italy*²² kararına konu olan olayda kamu görevlisi iken yakalandığı hastalığı müteakip normal emeklilik prosedürü çerçevesinde emekli olan başvurucu, sonradan hastalığının görevinden kaynaklandığını ileri sürerek idareye başvurmuş ve bu nedenle emekli maaşının arttırılmasını istemiştir. Başvurucunun talebinin kısmen reddedilmesi üzerine yargıya taşınan uyuşmazlığın uzun süre çözülmemesi üzerine İHAM'a müracaat eden başvurucu, İHAS'ın 6. maddesinin 1. fıkrası kapsamındaki makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anılan başvuruda İHAM, "davanın tamamen kamu hukuku sınırları içerisinde kaldığı" yolundaki hükümet savunmasına itibar etmemiştir. Mahkeme'ye göre, yasalardan kaynaklanan bir yükümlülük olan emekli maaşı ödemesi takdir yetkisinin kullanımına ilişkin bir konu olmadığından ve uyuşmazlıkta devlet bir özel hukuk işvereni ile benzer konumda bulunduğundan, başvurucunun "gerekli koşulları yerine getirmesi durumunda arttırılmış emekli maaşı alma hakkı" 6. madde anlamında medeni bir hak olarak kabul edilmelidir.²³

Benzer şekilde 1993 yılında verdiği *Massa v. Italy* kararında da İHAM, emekli kamu görevlisi olan başvurucunun, yine emekli kamu görevlisi iken vefat eden eşinin emekli aylığının kendisine bağlanması istemli başvurusunun reddi üzerine Sayıştay'da (*Court of Audit*) açtığı davanın İHAS'ın 6. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini incelemiştir. Mahkeme'ye göre; "Kamu görevlilerinin işe alınmaları, kariyerleri ve hizmetlerinin sonlandırılması ile ilgili uyuşmazlıklar genel kural olarak 6. maddenin 1. paragrafının kapsamı dışındadır. ... bakılmakta olan uyuşmazlık, devletin yürürlükteki yasalara uygun olarak bir kamu görevlisinin eşine intikal eden emekli aylığı ödeme yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Devlet bu yükümlülüğü yerine getirirken takdir yetkisi kullanmamaktadır ve bu bağlamda özel hukuk hükümlerine tâbi bir çalışma akdinin tarafı olan işverene benzetilebilecektir. Bu yüzden başvurucunun intikal eden emekli aylığı hakkı 6. maddenin 1. paragrafı anlamında medeni bir haktır ve bu yüzden söz konusu madde görülmekte olan davada uygulanabilirdir."²⁴

²² Francesco Lombardo v. Italy, 26.11.1992, Başvuru No:11519/85.

²³ Francesco Lombardo v. Italy, prg.16-17

²⁴ Massa v. Italy, 24.08.1993, Başvuru No:14399/88, prg.26.

1997 yılında verdiği *Neigel v. France*²⁵ kararında ise İHAM, kamu görevlisi olan başvurucu ile çalıştığı kamu idaresi arasında çıkan ve iç hukukta idare mahkemesi önüne taşınan uyuşmazlığın İHAS'ın 6/1. maddesi kapsamında bulunmadığına karar vermiştir. Anılan karara konu olan olayda kamu görevlisi olan başvurucu üç yıl ücretsiz izin kullandıktan sonra eski görevine dönmek istemiş, idare ise aynı görev unvanında boş kadro bulunmadığını gerekçe göstererek başvurucunun ücretsiz izne devam ettirilmesi yönünde işlem tesis etmiştir. Başvurucu "göreve geri döndürülmesi ve alamadığı maaşları nedeniyle kendisine tazminat ödenmesi" istemiyle idareye yaptığı başvurunun reddedilmesi üzerine idare mahkemesinde dava açmış; idare mahkemesinde açtığı davada verilen ret kararı kesinleştikten sonra da İHAM'a müracaat ederek, Sözleşme'nin 6/1. maddesi kapsamındaki makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. İHAM, "... kamu görevlilerinin göreve atanmaları, kariyerleri ve görevlerine son verilmesiyle ilgili uyuşmazlıklar kural olarak 6/1. maddenin kapsamı dışındadır. ... Başvurucu tarafından ileri sürülen uyuşmazlık, açıkça başvurucunun göreve atanmasıyla, kariyeriyle ve görevine son verilmesiyle ilgilidir. Bu nedenle uyuşmazlık 6. maddenin 1. paragrafı anlamında medeni bir hakka ilişkin değildir. Başvurucunun göreve yeniden atanmış olsaydı alabileceği maaşlarının ödenmesi talebine ilişkin olarak ise Mahkeme not etmektedir ki, idare mahkemesi tarafından böyle bir tazminatın ödenmesine hükmedilmesi, öncesinde yeniden atanma talebinin reddedilmesinin hukuka aykırı bulunmasına doğrudan bağlı bulunmaktadır. Bu yüzden 6. maddenin 1. paragrafı bakılmakta olan davada uygulanmaz."²⁶ gerekçesinden hareketle başvuruyu reddetmiştir.

Özetle, 1999 yılı öncesinde kamu görevlilerine ilişkin idari uyuşmazlıklar ile Sözleşme'nin 6. maddesi arasındaki ilişkiye İHAM'ın yaklaşımı, "göreve atanmaya, kariyere ve göreve son vermeye ilişkin uyuşmazlıkların Sözleşme'nin 6. maddesinin (adil yargılanma hakkının) kapsamı dışında olduğu; bu kategorilere girmeyen, idarenin özel hukuk işvereni ile benzer konumda bulunduğu ve takdir yetkisine sahip olmadığı uyuşmazlıkların ise medeni hak ve yükümlülükler kapsamında adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerden yararlanabileceği" biçiminde okunabilecektir. 1999 yılında ise Mahkeme'nin *Pellegrin v. France* kararı ile bu yaklaşım değişmiş ve yerini, egemenliğin kullanılmasına katılma (kamu hukukundan kaynaklanan yetkileri kullanma) kriterine bırakmıştır.

²⁵ Neigel v. France, 17.03.1997, Başvuru No:18725/91.

²⁶ Neigel v. France, prg.43-44.

B. Pellegrin Kararı (1999)

Pellegrin kararına konu olan olayda başvurucu, 1989 yılında Fransa Yardımlaşma ve Geliştirme Bakanlığı (*Le ministère français de la Coopération et du Développement*) ile bakanlığın deniz aşırı işbirliği programında istihdam edilmek üzere hizmet sözleşmesi imzalamış bir Fransız vatandaşıdır. Anılan hizmet sözleşmesi kapsamında Ekvator Ginesi Ekonomi, Planlama ve Ticaret Bakanı'nın teknik danışmanı olarak görevlendirilen başvurucunun sorumlulukları, 1990 yılına ait (Gine) devlet yatırım bütçesinin hazırlanması ve üç yıllık kamu yatırım programının hazırlanmasına katkı sunulması şeklinde belirlenmiştir. Yaşanan bazı anlaşmazlıklar sebebiyle Gine yetkilileri başvurucuyu istihdam etmek istemeyip Fransa'ya geri göndermişlerdir. Daha sonra başvurucunun aynı program kapsamında, bu kez Gabon'da istihdam edilmesi gündeme gelmiş; ancak yapılan sağlık muayenesi neticesinde deniz aşırı ülkelerde görev yapabilmek için gereken koşulları taşımadığının anlaşılması üzerine, 15 Mart 1990 tarihi itibarıyla başvurucunun görevine son verilmiştir.²⁷

Başvurucu, görevine son verilmesine ilişkin idarî işlemin iptali istemiyle 16 Mayıs 1990 tarihinde Paris İdare Mahkemesi'nde dava açmış, 22 Aralık 1992 tarihinde de görevine son verilmesi işleminden kaynaklanan maddi ve manevi zararlarının giderimi için tazminat talebinde bulunmuştur. 25 Eylül 1997 tarihinde Paris İdare Mahkemesi, başvurucunun idari işlemin iptali ve tazminat ödenmesi yönündeki her iki talebini reddetmiştir. 1998 yılında, henüz davalarıyla ilgili kanun yolu incelemesi devam ederken başvurucu İHAM'a müracaat etmiş ve iç hukuktaki yargılamanın makul süre içerisinde sonuçlandırılmadığı gerekçesiyle, Sözleşme'nin 6. maddesiyle güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.²⁸

Başvurucunun ihlal iddiasının esastan incelenebilmesi için başvuru konusu olayın Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında bulunması (*compatibility ratione materiae*), yani ortada "*başvurucunun medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili bir uyuşmazlığın*" var olması gerektiğinden; İHAM kararında öncelikle 6. maddenin uygulanabilirliği sorunu üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda Mahkeme, kamu görevlileriyle ilgili (kamu görevine ilişkin) uyuşmazlıklarda 6. maddenin 1. paragrafının hangi hallerde uygulanabileceğine ilişkin eski içtihatlarını özetleyip, bu içtihatların '(kısmen) belirsizlik içerdiği, keyfi uygulamalara kapı araladığı ve bazı noktalarda şüphe uyandırdığı' saptamasını²⁹ yaptıktan sonra, konu hakkında yeni bir kriter geliştirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

²⁷ Bkz. Pellegrin v. France, prg.8-16.

²⁸ Bkz. Pellegrin v. France, prg.17-35.

²⁹ Pellegrin v. France, prg.60.

Kararın devamında bu yeni kriterin çalışanın görev ve sorumlulukları referans alınarak belirlenecek “fonksiyonel” bir kriter olması gerektiğini vurgulayan İHAM, kamu görevlileriyle ilgili uyuşmazlıklarda adil yargılanma hakkının uygulanabilirliği konusunda referans alınacak ölçütü şu şekilde belirlemiştir: “Mahkeme not etmektedir ki, her ülkenin kamu hizmeti sektöründe belirli kadrolar kamu yararına ilişkin sorumluluk üstlenilmesini veya kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerin icrasına katılımı gerektirmektedir. Bu yüzden bu gibi kadrolarda bulunanlar devletin egemenlik yetkisinin bir parçasını kullanmaktadır. Dolayısıyla devlet bu görevlilerden özel bir güven ve sadakat bağı istemekte meşru bir menfaate sahiptir. Diğer taraftan, bu ‘kamu yönetimi’ boyutuna sahip olmayan diğer kadrolar açısından böyle bir menfaat bulunmamaktadır. Bu nedenle Mahkeme sadece, görevleri kamu hizmetine özgü faaliyetler niteliğinde olan kamu çalışanları tarafından ileri sürülen uyuşmazlıkların, bu kimseler devletin veya diğer kamu kuruluşlarının genel menfaatlerinin korunmasından sorumlu şekilde kamu otoritesinin muhafızı olarak hareket ettikleri sürece, Sözleşme’nin 6/1. maddesinin kapsamı dışında bırakılmasına karar vermektedir. Bu tür faaliyetlerin açık bir örneği, silahlı kuvvetler ve polis tarafından yerine getirilenlerdir. Uygulamada Mahkeme, her bir davada, -ona (kadroya) bağlı görev ve sorumlulukların niteliği ışığında-başvurucunun kadrosunun doğrudan veya dolaylı olarak kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerin veya devletin ya da diğer kamu kuruluşlarının genel menfaatlerini korumak için tasarlanmış görevlerin icrasına katılmayı gerektirip gerektirmediğini araştıracaktır. ... Sonuç olarak Mahkeme (konu hakkında) fonksiyonel bir kriter oluşturmak istediği için, **idari otoriteler ile kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerin kullanımına katılmayı gerektiren kadroları işgal eden çalışanlar arasındaki hiçbir uyuşmazlık, 6/1. maddenin uygulanmasını gündeme getirmeyecektir.** .. Emekli olmuş çalışanlar kendileri ile (idari) otoriteler arasındaki özel bağı sonlandırdıkları için, emekli maaşları (emekliliğe ilişkin malî haklar) ile ilgili uyuşmazlıklar her durumda 6/1. maddenin kapsamı içinde olacaktır. ...”³⁰

Görüldüğü üzere 1999 yılı itibariyle Mahkeme’nin konu hakkında belirlediği kritere göre kamu görevlileriyle ilgili bir uyuşmazlığın 6. madde kapsamında medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin bir uyuşmazlık olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği, uyuşmazlığın niteliğine göre değil kamu görevlisinin

³⁰ Pellegrin v. France, prg.64-67. İtalik olmayan kısımlar kararın orjinalinde bulunmamaktadır. Kalın yazılı kısım kararın orjinalinde normal şekilde yazılmıştır. Kararın devamında İHAM başvurusunun görevlerinin kendisine, kamu finansmanı alanında yani devletin egemenlik yetkisini kullandığı bir alanda önemli sorumluluklar yüklediğini, bunun kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerin ve devletin genel menfaatlerinin korunması için tasarlanan görevlerin icrasına doğrudan katılımı gerektirdiğini belirtmek suretiyle, olayda 6/1. maddenin uygulanamayacağına karar vermiştir. prg. 70, 71.

kadrosuna bağlı görev ve yetkilere göre belirlenecektir.³¹ Bu kapsamda eğer kadronun uhdesinde bulunan yetkiler kamu hukukundan kaynaklanan yetkiler ise ve/veya kadroya bağlı görevler devletin genel menfaatlerinin korunmasına yönelik görevler ise, bu kadroda görev yapan kamu görevlilerinin devletin egemenlik yetkisinin kullanımına katıldıkları ve bu görevliler ile idare arasında göreve ilişkin olarak gündeme gelen uyuşmazlıkların Sözleşme'nin 6/1. maddesinin kapsamı dışında kaldığı kabul edilecektir.

Belirtilmelidir ki İHAM Pellegrin kararında bu kriteri belirlerken, büyük ölçüde Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Avrupa Ekonomik Topluluğu Sözleşmesi'nin 48. maddesinin 4. fıkrasına³² ilişkin yorumundan yararlanmış ve aynı kararda Avrupa Komisyonu'nun anılan maddenin uygulanmasına yönelik olarak yayınladığı 18 Mart 1988 tarihli tebliğinden alıntılar yapmıştır.³³ Dolayısıyla Avrupa Komisyonu'nun anılan tebliğinde belirtilen örnekler, İHAM tarafından belirlenen “*devlet egemenliğinin kullanımına katılma/kamu hukukundan kaynaklanan yetkileri kullanma*” kriteri ile somut olarak hangi kadroların kastedildiğinin anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Buna göre silahlı kuvvetler ve polis kadroları ile kamu düzeninin korunmasına yönelik görev icra edilen diğer kadrolar, yargı erkinin kullanılmasına ve vergi yönetimine ilişkin kadrolar, diplomatik kadrolar ve bakanlıklara, bölgesel ve yerel yönetimlere, merkez bankalarına ve diğer kamu kurumlarına ait olup mevzuat hükümlerinin hazırlanması, uygulanması ve uygulanmasının denetlenmesi gibi görevlerin icra edildiği kadrolar “*devlet egemenliğinin kullanımına katılan*” kadrolar kapsamında kabul edilecektir. Bu çerçevenin dışında kalan

³¹ Benzer yönde; Sejal Parmar, Vilho Eskelinen v Finland: The Further Extension of ECHR Article 6 to Disputes Concerning Civil Servants, European Human Rights Law Review, Issue 4, 2007, syf.442.

³² 25 Mart 1957 tarihli Avrupa Ekonomik Topluluğu Sözleşmesi'nin 48. maddesinin 1. fıkrası çalışanların Topluluk içerisinde serbest dolaşımı (Topluluk üyesi devlet vatandaşlarının diğer üye devlet sınırları içerisinde serbestçe çalışabilmesi) esasını benimsemekte; aynı maddenin dördüncü fıkrası ise, bu madde hükümlerinin kamu yönetimindeki istihdamda geçerli olmayacağını hükme bağlamaktadır. Avrupa Birliği Adalet Divanı (o dönemdeki adıyla Avrupa Topluluğu Adalet Divanı) 17 Aralık 1980 tarihli *Comission of the European Communities v. Kingdom of Belgium* kararında, 48. maddede yer alan kamu yönetimi alanına ilişkin istisnanın, kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerin kullanımına ve Devletin genel menfaatlerinin korunması için öngörülen görevlerin icrasına doğrudan veya dolaylı olarak katılımı gerektiren kadrolar bakımından geçerli olduğunu hükme bağlamıştır. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_3_antlasmalar/1_3_1_kurucu_antlasmalar/1957_treaty_establishing_eec.pdf, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 17 Aralık 1980 tarihli kararının tam metni için bkz. http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/ (Case No:C-149/79)

³³ Inceoğlu'na göre bu durum, İHAM'ın Avrupa Haklar Anayasasını koruyan bir tür Avrupa Anayasa Mahkemesi olmaya soyunduğunun göstergesidir. Sibel Inceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı – Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, 2. Bası, İstanbul: Beta, 2005, syf.49.

toplu taşıma, elektrik, doğalgaz, hava ve deniz taşımacılığı, radyo, televizyon, posta ve iletişim gibi ticari niteliği de bulunan hizmetlerin yürütümüne katılan çalışanlar, sağlık sektöründe görev yapanlar, devlete ait eğitim kurumlarında görevli eğitimciler ve askeri amaçlı olmayan araştırma faaliyetlerinin yürütümünde istihdam edilen görevliler gibi, esasen özel sektörde bulunan pozisyonlara benzer kadrolarda görev yapan kamu çalışanları “*devletin genel menfaatlerinin korunması için tasarlanmış görevleri icra etme/devlet egemenliğinin kullanımına katılma/kamu hukukundan kaynaklanan yetkileri kullanma*” kriterlerinin kapsamı dışında değerlendirilecektir.³⁴

Bu başlık altında son olarak Pellegrin kararındaki karşı oy yazısına da değinmek faydalı olacaktır. Zira *Pellegrin v. France* kararı 4’e karşı 13 oyla alınmış, kararda yer alan karşı oy yazısında ise İHAM’ın 8 yıl sonra (2007 yılında) benimseyeceği yeni görüşle benzerlik içeren argümanlar savunulmuştur.³⁵ Bu çerçevede Pellegrin davasında çoğunluk görüşüne katılmayan hakimler, karşı oy yazılarında (diğer hususların yanı sıra) “*Sözleşme’ye taraf çok sayıda devletin kamu görevlileriyle ilgili uyumsuzlukları iç hukukta yargılama konusu edilebilir duruma getirdiklerini, ayrımcılığın engellenmesi için bu tür yargılamalarda kamu görevlilerine sağlanacak güvencelerin mantıken diğer yargılamalarla aynı olması gerekeceğini, bu konuda Sözleşme organlarının yerel mahkemelere nazaran daha düşük güvenceler benimsemesinin şaşırtıcı olduğunu, işini ve gelirini kaybeden davacının bu konuda başvuru yapabildiği mahkemeden davasının makul süre içerisinde sonuçlandırılmasını istemeye hakkı olduğunu*”³⁶ belirtmişlerdir.

C. Pellegrin İçtihadının Uygulanma Dönemi (1999-2007)

Mahkeme’nin 1999-2007 yılları arasında verdiği birçok kararında Pellegrin kararı ile ortaya konulan ilkeyi uyguladığı ve kamu görevlileri ile kamu idareleri arasında gündeme gelen uyumsuzlukların Sözleşme’nin 6/1. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini, “*devletin genel menfaatlerinin korunmasından sorumlu olma ve kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerin kullanımına katılma*” kriterlerine göre belirlediği gözlemlenmektedir.

Örneğin 2000 yılında verdiği *Frydlender v. France* kararında Mahkeme, Fransa Ekonomi Bakanlığı ile imzaladığı hizmet sözleşmesi çerçevesinde Fransa’nın Washington Büyükelçiliği’nde teknik danışman olarak görev yapan başvurucunun sözleşmesinin sona erdirilmesini, Pellegrin kararında belirtilen

³⁴ Bkz. Pellegrin v. France, prg.40 ve 66.

³⁵ Harris, O’Boyle, Bates, Buckley, syf.387.

³⁶ Pellegrin v. France, Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, Fischbach, Casadevall and Thomassen, prg.6-7.

ilkelerden hareketle Sözleşme'nin 6/1. maddesi kapsamında medeni haklara ilişkin bir uyuşmazlık olarak kabul etmiştir. Bu noktada başvurunun temel görevinin “*bazı (Fransız) ürün kategorilerinin ihracatını kolaylaştırmak ve teşvik etmek üzere resmi ve yarı resmi kurumlar ile bireysel ihracatçı ve ithalatçılara danışmanlık yapmak ve yardım etmek olduğuna*” dikkat çeken Mahkeme, başvurunun görece düşük düzeydeki sorumluluklarının devletin genel menfaatlerinin korunması için tasarlanmış görevler kapsamında olmadığını ve kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerin kullanılmasını içermediğini belirtmiştir.³⁷

Mahkeme'nin 2001 tarihli *Stanczuk v. Poland*³⁸ kararında ise İçişleri Bakanlığı'na bağlı Güvenlik Birimi'nin gizli servisinde polis memuru olarak çalışan başvurunun görevine son verilmesinden kaynaklanan uyuşmazlık, Sözleşmenin 6. maddesi çerçevesinde medeni haklara ilişkin bir uyuşmazlık olarak kabul edilmemiştir. Zira Mahkeme'ye göre başvurunun kadrosu, -doğası gereği- kamu hukukundan kaynaklanan devlet yetkilerinin kullanımını gerektirmektedir ve devletin genel menfaatlerinin korunmasına yönelik görev ve sorumluluklar içermektedir.

Yine 12.04.2006 tarihinde verdiği *Martinie v. France* kararında da Mahkeme, bir orta okulda muhasebeci olarak görev yapan başvurunun kadrosuna bağlı görev ve sorumlulukları dikkate alarak, bunların kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerin kullanılmasını ve devletin genel menfaatlerinin korunmasını içermediğini belirtmiş ve iç hukukta “başvurunun usulüne uygun olmayan ödemeler yaptığı gerekçesiyle mali açıdan sorumlu tutulması” şeklinde ortaya çıkan uyuşmazlığın Sözleşme'nin 6/1. maddesinin kapsamında olduğu sonucuna ulaşmıştır.³⁹

Görüleceği üzere Pellegrin kararıyla ortaya konulan kriterler, benimsedikleri 1999 yılından 2007 yılına kadar verilen ve kamu görevlileriyle ilgili idari uyuşmazlıklara Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilirliği konusunun ele alındığı İHAM kararlarına esas oluşturmuştur. 2007 yılında ise söz konusu kriterlerin yerini Büyük Daire'nin bir başka kararı ile benimsenen yeni ölçütler -*Eskelinen kriterleri*- almış ve Pellegrin kararı ile ortaya konulan ilkeler uygulanma kabiliyetini kaybetmiştir.

³⁷ Frydlender v. France, 27.06.2000, Başvuru No:30979/96, prg.38-41.

³⁸ Stanczuk v. Poland, 14.06.2001, Başvuru No:45004/98.

³⁹ Martinie v. France, 12.04.2006, Başvuru No:58675/00, prg.26-30.

IV. VILHO ESKELINEN KARARI: 2 AŞAMALI TEST

1999 yılında verilen Pellegrin kararı ve anılan kararlar kamu görevlilerine ilişkin idari uyuşmazlıklar açısından benimsenen “devletin genel menfaatlerinin korunmasına yönelik görev ve sorumluluklar içeren veya kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerin kullanımına katılmayı gerektiren kadrolarda çalışma” kriteri, İHAM Büyük Dairesi tarafından 2007 yılında verilen *Vilho Eskelinen and Others v. Finland*⁴⁰ kararı ile gözden geçirilmiş ve anılan kararlar birlikte Mahkeme, konu hakkında yeni bir kriter benimsemiştir.

A. Vilho Eskelinen Kararı

Vilho Eskelinen and Others v. Finland kararına konu olan olayda başvuru, Finlandiya'nın Sonkajärvi bölgesinde görev yapan beş polis memuru ile bir büro görevlisidir. Başvurular 1986 yılında imzalanan toplu sözleşme ile ülkenin uzak bölgelerinde görev yapan memurlar için öngörülen ödenekten yararlanmakta iken, 1988 yılında imzalanan yeni toplu sözleşme hükümleriyle ‘uzak bölge ödeneği’ kaldırılmıştır. Bununla birlikte başvuru memurlarının maaşlarının azalmaması için aynı toplu sözleşme hükümleriyle başvuru memurlarına ek ödeme yapılması kararlaştırılmıştır. 1 Kasım 1990 tarihinde Sonkajärvi bölgesindeki polis merkezinin Iisalmi bölgesindeki polis merkeziyle birleştirilmesi üzerine başvuru memurlar, 1988 tarihli toplu sözleşme hükümleriyle aldıkları ek ödemeden de yoksun kalmışlardır. İçişleri Bakanlığı Polis Birimi başvuru memurlarının maaşında meydana gelen azalma nedeniyle Maliye Bakanlığı'ndan yeni bir ek ödeme yapılması talebinde bulunmuşsa da, Maliye Bakanlığı bu istemi reddetmiştir. Başvuru memurlar maaşlarında meydana gelen kaybın tazmin edilmesi için önce bölge idare kuruluna başvurmuşlar, başvurularının 4 yıl sonra reddedilmesi üzerine de idare mahkemesinde dava açmışlardır. İdare mahkemesi davayı, Yüksek İdare Mahkemesi de başvuru memurların temyiz talebini reddetmiş; başvuru memurlar uyuşmazlıklarıyla ilgili kesin hükme (bölge idare kurulu süreci de dahil olmak üzere) yaklaşık 7 yıl 1 ay sonra ulaşabilmişlerdir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne müracaat eden başvuru memurlar, iç hukukta gerek yargılamanın uzun sürmesi, gerekse hiç bir makam tarafından duruşma yapılmaması sebebiyle adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.⁴¹

Söz konusu davada Finlandiya Hükümeti, uyuşmazlık konusu edilebilecek bir hakkın “varlığı”na ve “sivil niteliği”ne itiraz ederek somut olayda Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanamayacağını ileri sürmüştür. Bunun üzerine İHAM Büyük Dairesi başvuruyu 6. maddenin uygulanabilirliği noktasında incelemiş, bu kapsamda başvuru memurların iç hukukta ileri sürebilecekleri bir hakkın var

⁴⁰ Vilho Eskelinen and Others v. Finland, İHAM Büyük Daire (Grand Chamber), 19.04.2007, Başvuru No:63235/00.

⁴¹ Bkz. Vilho Eskelinen and Others v. Finland, prg.10-21.

olduğu tespitini yaptıktan sonra *Pellegrin* kararı çerçevesinde bu hakkın sivil nitelik taşıyıp taşımadığını ele almıştır. Mahkeme'ye göre somut uyuşmazlık, *Pellegrin* kararı ile benimsenen fonksiyonel kriterin uygulamada anormal sonuçlar doğurabileceğini göstermektedir. Zira *Pellegrin* kararı uyarınca, polis memuru olan ve bu nedenle kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerin kullanımına katılan beş başvuru 6. maddenin 1. fıkrasında öngörülen güvencelerden yararlanamayacak iken; büro görevlisi olan başvuru, herhangi bir kamusal yetki kullanmadığı için anılan madde kapsamındaki garantilerden faydalanacaktır. Oysa maddi uyuşmazlık başvuru sahiplerinin tamamı açısından aynıdır.⁴² Ayrıca İHAM'a göre *Pellegrin* kriteri uygulamada, -arzu edildiği gibi- bir hukuki öngörülebilirlik temin edilebilir de değildir.⁴³

Bu gerekçelerden hareketle *Pellegrin* kararıyla ortaya konulan içtihadın gözden geçirilmesi gerektiği sonucuna ulaşan Mahkeme, kamu görevlilerinin çalışma hayatına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "*Mahkeme, belirli personel kategorileri söz konusu olduğunda mahkemeye erişimi kontrol etme konusunda devletin menfaati olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte bireysel menfaatlerin arka planda kalmasını gerektiren, devlet egemenliğine ilişkin takdir yetkisi kullanımına ilişkin kamu hizmeti alanlarını açık bir şekilde belirlemek öncelikle sözleşmeciler devletlere, özellikle de bu konuda yetkili ulusal yasama organına düşmektedir; Mahkeme'ye değil. Mahkeme denetleyici rolünü ikincillik prensibine⁴⁴ tâbi olarak icra etmektedir. Eğer bir iç hukuk sistemi mahkemeye erişimi kısıtlıyorsa Mahkeme, uyuşmazlığın gerçekten 6. madde güvencelerine istisna uygulanmasını haklı kılacak nitelikte olup olmadığını kontrol edecektir. Eğer (iç hukuk sistemi mahkemeye erişimi) kısıtlamıyorsa, o zaman sorun kalmayacak ve 6. maddenin 1. fıkrası uygulanacaktır.*"⁴⁵

Yine Mahkeme'ye göre, " ... davalı devletin Mahkeme önünde, 6. maddede öngörülen korumanın dışında tutulması bakımından başvuru sahibinin kamu görevlisi statüsüne dayanabilmesi için iki koşulun yerine getirilmesi gerekmektedir. İlk olarak Devlet, ulusal hukukunda uyuşmazlık konusu kadro

⁴² Vilho Eskelinen and Others v. Finland, prg.51.

⁴³ Bkz. Vilho Eskelinen and Others v. Finland, prg.52-55.

⁴⁴ İkincillik prensibi (*principle of subsidiarity*) pozitif dayanağını Sözleşme'nin 1., 13. ve 35. maddelerinde bulan ve özetle, Sözleşme kapsamındaki hakların korunmasında birincil rolün ulusal makamlara ait olmasını ifade eden bir ilkedir. Bu ilkeye göre İHAM'ın insan haklarının korunması konusundaki fonksiyonu, ulusal makamların konuyu değerlendirmelerinden sonra bu makamların kararlarının ikinci derecede denetimini yapmak şeklinde ifade edilebilecektir. Bkz: Karen Reid, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 4. Bası, London: Sweet & Maxwell, 2012, syf.57.

⁴⁵ Vilho Eskelinen and Others v. Finland, prg.61. Parantez içinde yazılı kısımlar kararın orijinalinde bulunmamaktadır. Kalın yazılı kısımlar kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır.

veya personel kategorisini açıkça mahkemeye erişimin kapsamı dışında bırakmış olmalıdır. İkinci olarak bu kapsam dışı bırakma, Devletin menfaatine yönelik objektif gerekçeler çerçevesinde haklı gösterilebilir olmalıdır. Bu noktada başvuruçunun kamu hukukundan kaynaklanan yetki kullanımına katılan bir sektör veya birimde çalıştığı olgusu, tek başına belirleyici değildir. Kapsam dışı bırakmanın haklı gösterilmesi açısından, uyumsuzluk konusu kamu görevlisinin kamusal yetki kullanımına katıldığını veya Mahkeme'nin Pellegrin'deki ifadesiyle, kamu görevlisi ile işveren Devlet arasında özel bir güven ve sadakat bağının var olduğunu ortaya koymak Devlet için yeterli olmayacaktır. Bunun yanı sıra Devletin, uyumsuzluğun konusunun Devlet gücünün kullanılmasıyla ilgili olduğunu veya (devlet ile kamu görevlisi arasındaki güven ve sadakat ilişkisine dayalı) özel bağı gündeme getirdiğini de göstermesi gerekecektir.”⁴⁶

Görüldüğü üzere 2007 yılında Mahkeme, kamu görevlileri ile kamu otoriteleri arasında gündeme gelen uyumsuzlukların 6. maddenin 1. fıkrası anlamında “medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzluk” olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğinin belirlenmesi noktasında Pellegrin kararıyla ortaya konulan ilkeyi önemli ölçüde değiştirmiş ve konu hakkında iki aşamalı yeni bir ölçüt benimseyerek, 6. maddenin uygulama alanını genişletmiştir.⁴⁷ Bu bağlamda iç hukuktaki herhangi bir uyumsuzluğun, tarafı kamu görevlisi olduğu gerekçesiyle “medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzluk” kapsamı dışında kabul edilebilmesi için öncelikle iç hukukta bu uyumsuzluk bakımından mahkemeye erişimin **açıkça** yasaklanmış olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle kamu görevlilerinin iç hukukta, ulusal mahkemeler önünde dava konusu edebildikleri hiçbir uyumsuzluk, bu uyumsuzluğun “kamu hizmetine ilişkin olduğu” ya da “tarafının kamu görevlisi olduğu” gerekçesiyle İHAS'ın 6/1. maddesinin uygulama alanı dışında bırakılamayacaktır.

İHAM nezdindeki başvuruya konu uyumsuzluk açısından iç hukukta mahkemeye erişimin (dava hakkının) açıkça kısıtlandığı ortaya konulduktan sonra gündeme gelecek ikinci aşamada ise bu kısıtlılık olgusu, “somut uyumsuzluğun niteliği” açısından “haklı görülebilirlik” testinden geçirilecektir. Bu testin uygulanmasında, **başvuruçunun hangi kamu hizmetinin yürütümünde veya hangi kadroda çalıştığı değil, kamu görevlisi ile idare arasındaki somut uyumsuzluğun niteliği** göz önünde bulundurulacak ve “uyumsuzluğun özünün kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerin kullanılmasıyla ilgili olup olmadığı” sorusuna cevap aranacaktır. Bu soruya olumlu yanıt verilemediği hallerde davalı

⁴⁶ Vilho Eskelinen and Others v. Finland, prg.62. Parantez içinde yazılı kısımlar kararın orijinalinde bulunmamaktadır.

⁴⁷ Hatta Parmar'a göre Vilho Eskelinen kararı, kamu görevlileriyle ilgili uyumsuzluklarda 6. maddenin uygulanacağı konusunda bir varsayım öngörmektedir. Buna göre Sözleşmeciler Devletler, ancak kararda belirtilen iki kriterin gerçekleştiğini ortaya koyarak bu varsayımı bertaraf edebileceklerdir. Parmar, syf.444.

devletin, başvurusunun kamu görevlisi niteliğinden yani devlet ile başvuru arasında özel güven ve sadakat bağından hareketle “mahkemeye erişim hakkını sınırlandırma” olgusunu haklı gösteremediği sonucuna ulaşılabacaktır. Bu durumda da başvurusunun, yine Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen tüm usulî güvencelerden yararlandırılması gerekecektir.

B. Vilho Eskelinen İçtihadının Uygulama Alanı

19.04.2007 tarihinde verilen *Vilho Eskelinen ve Diğerleri* kararından sonra İHAM, kamu görevlileri ile kamu makamları arasında çalışma hayatına ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda adil yargılanma hakkının uygulama alanı bulup bulmayacağını söz konusu kararında ortaya koyduğu iki koşula göre değerlendirmiştir. Buna göre Mahkeme, kamu görevlileri tarafından Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurularda “iç hukukta tanınan -veya tanındığı ileri sürülebilen- bir hakka ilişkin gerçek ve ciddi bir uyuşmazlığın var olduğu” tespitini yaptıktan sonra, söz konusu uyuşmazlığın medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin bir uyuşmazlık olup olmadığını *Eskelinen* içtihadıyla ortaya konulan iki kriterden hareketle belirlemiştir.

Burada üzerinde durulması gereken önemli bir nokta, *Eskelinen* içtihadı sonrasında Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında “medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin bir uyuşmazlığın” varlığı belirlenirken uyuşmazlık konusu hakkın veya yükümlülüğün konusu ve niteliği artık bir önem taşımamaktadır. Diğer bir ifadeyle eğer iç hukukta tanınan bir hak varsa ve bu hakka ilişkin ciddi nitelikte bir uyuşmazlık söz konusu ise, bu uyuşmazlığın medeni haklara ilişkin olup olmadığı sadece *Eskelinen* kararına konu “mahkemeye erişimin açıkça yasaklanmış olması” ve “bu yasaklamanın somut uyuşmazlığın niteliğine göre haklı gösterilebilmesi” kriterleri doğrultusunda belirlenecektir. Söz konusu iki kriterden en az birinin gerçekleşmemiş olduğu her durumda, -kamu personeline ilişkin uyuşmazlığın konusu ne olursa olsun- İHAS anlamında medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin bir uyuşmazlığın varlığı kabul edilecektir.

Bu kapsamda örneğin *Juricic v. Croatia* kararında Mahkeme, bir idare mahkemesi hâkiminin Anayasa Mahkemesi üyeliği için yaptığı başvuru sonrasında Parlamento tarafından üye seçilmemesine ve diğer bir adayın Anayasa Mahkemesi üyesi olarak belirlenmesine ilişkin uyuşmazlığı dahi Sözleşme'nin 6/1. maddesi kapsamında medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin bir uyuşmazlık olarak değerlendirmiştir.⁴⁸ Zira Hırvatistan hukuku, başvuru hâkime anılan Parlamento kararına karşı dava açma yolunu kapatmamıştır ve dolayısıyla olayda, *Eskelinen* içtihadı ile ortaya konulan iki koşuldan “iç hukukta mahkemeye erişimin açıkça yasaklanmış olması” koşulu gerçekleşmemiştir.⁴⁹

⁴⁸ Juricic v. Croatia, 26.07.2011, Başvuru No:58222/09.

⁴⁹ Juricic v. Croatia, prg.53-58.

Eskelinen kararından sonra verdiği diğer bir kararında⁵⁰ ise Mahkeme, somut olayda *Eskelinen* içtihadına konu iki koşulun aynı anda gerçekleştiğine kanaat getirerek, başvuruyu Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin bir uyumsuzluk olarak kabul etmemiştir. Söz konusu karara konu olan olayda, Türkiye'de cumhuriyet savcısı olarak görev yapan başvurucu disiplin hukukuna aykırı bazı eylemler gerçekleştirdiğinden bahisle meslekten ihraç edilmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre Türk Hukuku başvurucunun şikayetine konu işleme (Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına) karşı mahkemeye erişimi açık bir şekilde engellediği ve uyumsuzluğun konusu (yani bir savcının meslek içinde gerçekleştirdiği iddia edilen hukuka aykırı eylemleri nedeniyle görevinden alınması) doğrudan devlet yetkilerinin kullanılmasına ilişkin olduğu için, somut olayda *Eskelinen* kriterleri aynı anda gerçekleşmiştir. Dolayısıyla söz konusu başvuruda Mahkeme, Sözleşme'nin 6/1. maddesine ilişkin başvurucu şikayetini kabul edilemez bulmuştur.⁵¹

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 2007 yılından sonra verdiği ve *Eskelinen* içtihadıyla belirlenen kriterlerden hareketle 6. maddenin uygulanabilirliğini belirlediği kararlara verilecek örneklerin artırılması mümkündür. Bu örneklerin ortak noktası, kamu görevlileriyle ilgili idari uyumsuzlukların medeni haklara ilişkin uyumsuzluk olarak kabul edilip edilmeyeceği belirlenirken, “mahkemeye erişimin açıkça yasaklanmış olması” ve “bu yasaklamanın somut uyumsuzluğun niteliğine göre haklı gösterilebilmesi” kriterlerinin (*Eskelinen* kriterlerinin) esas alınmasıdır. Söz konusu örneklerin en önemlisi ise, gerek oldukça güncel olması gerekse Büyük Daire tarafından verilmesi sebebiyle 2016 tarihli *Baka* kararıdır.

V. ESKELINEN İÇTİHADININ SAĞLAMASI; BAKA KARARI

2016 yılının Ağustos ayı itibariyle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, *Eskelinen* kararı ile ortaya koyduğu ilkeleri değiştiren yeni bir karar almamıştır. Dolayısıyla kamu görevlileriyle ilgili idari uyumsuzlukların hangi hallerde Sözleşme'nin 6/1. maddesi kapsamında kabul edileceği konusunda Mahkeme'nin *Eskelinen* içtihadı yol gösterici olmaya devam edecektir.

⁵⁰ Nazsız v. Turkey, 26.05.2009, Başvuru No:22412/05 (Partial Decision).

⁵¹ Nazsız v. Turkey. Benzer şekilde *Sükut v. Turkey* kararında da Mahkeme, bir astsubayın disipline aykırı davranışları nedeniyle meslekten ihraç edilmesine ilişkin uyumsuzluğun Sözleşme'nin 6/1. maddesi kapsamında olmadığına karar vermiştir. Zira Türk Hukuku Yüksek Askeri Şûra kararlarına karşı mahkemeye başvurulmasını açıkça yasaklamıştır. Diğer taraftan başvurucu ile devlet arasındaki özel güven ve sadakat ilişkisi uyumsuzluğun merkezinde olduğu için, davalı devlet mahkemeye erişimin engellenmesini haklı göstermiş sayılmalıdır. *Sükut v. Turkey*, 11.09.2007, Başvuru No:59773/00.

Bununla birlikte İHAM Büyük Dairesi, Macaristan Yargıtay Başkanı'nın görevine son verilmesine ilişkin bir başvuru üzerine “*kamu görevlileriyle ilgili idari nitelikli uyuşmazlıklarda adil yargılanma hakkının uygulanabilirliği*” sorununu tekrar ele almış ve konuya ilişkin güncel yaklaşımını 23.06.2016 tarihinde verdiği *Baka* kararı⁵² ile kamuoyuna duyurmuştur. Bu bağlamda söz konusu karar, *Eskelinen* içtihadı ile ortaya konulan prensiplerin geçerliliği ve uygulanma biçimleri bakımından sağlama testi işlevi görmektedir.

Çalışmanın bu kısmında *Baka* başvurusu üzerine İHAM İkinci Dairesi ile İHAM Büyük Dairesi tarafından verilen kararlar aktarılacak ve *Baka* kararının kamu görevlileriyle ilgili idari uyuşmazlıklarda adil yargılanma hakkının uygulanabilirliğine olası etkileri irdelenmeye çalışılacaktır.

Baka Kararı

İHAM nezdindeki *Baka v. Hungary* başvurusunda başvuru, 17 yıl İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde ulusal hâkim olarak görev yaptıktan sonra Budapeşte İstinaf Mahkemesi üyeliği yapan ve 2009 yılında Macaristan Parlamentosu tarafından 6 yıllığına Macaristan Yüksek Mahkemesi (Yargıtay) başkanlığı görevine seçilen bir yargıçtır. Yargıtay Başkanı olması sebebiyle kanunen Ulusal Adalet Konseyi'ne de başkanlık eden başvuru, Mahkemelerin Yapılanması ve Yönetimi Kanunu uyarınca yargı erkini ilgilendiren yasa tasarıları hakkında düşünce bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu kapsamda başvuru, 2011 yılı içerisinde yargıyı ilgilendiren 4 farklı yasa tasarısı hakkında düşünce açıklamış ve tasarıları eleştirmiş; sonradan yasalaşan bu tasarılarından biri hakkında ise Anayasa Mahkemesi'nde dava açarak yasanın iptal edilmesini sağlamıştır.

Macaristan'da Parlamento 2011 yılında yeni bir anayasa kabul etmiştir.⁵³ Yeni Anayasa'ya göre Macaristan'ın en yüksek yargısal organı Kúria (Macaristan Yargıtayı'nın tarihsel adı) olacak, Ulusal Adalet Konseyi'nin yerini de Ulusal Yargı Ofisi alacaktır. Anayasa'da yer alan geçiş hükümleri doğrultusunda eski Anayasa zamanında Yargıtay'a ve Ulusal Adalet Konseyi'ne ait olan görev ve yetkilerden adli nitelikte olanlar Kúria'ya, mahkemelerin idaresine ilişkin olanlar ise Ulusal Yargı Ofisi'ne geçecek, ayrıca yeni Anayasa'nın yürürlüğe girmesi üzerine Yargıtay Başkanı'nın ve Ulusal Adalet Konseyi başkanı ile üyelerinin görevleri sona erecektir.

⁵² Baka v. Hungary, İHAM Büyük Daire (Grand Chamber), 23.06.2016, Başvuru No:20261/12.

⁵³ 1949 tarihli eski Anayasa'yı yürürlükten kaldıran ve 01 Ocak 2012 tarihinden itibaren yürürlükte bulunan yeni Macaristan Anayasası'nın İngilizce tam metni için bkz. https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2011.pdf, erişim tarihi:18.11.2015

Yeni Anayasa'da yer alan geçiş hükümleri doğrultusunda Yargıtay Başkanı (ve aynı zamanda yasa gereği Ulusal Adalet Konseyi Başkanı) olan başvurusunun bu görevi, yeni Anayasa'nın yürürlüğe girdiği 1 Ocak 2012 tarihinde yani normal görev süresinin bitmesinden yaklaşık 3 yıl önce sona ermiştir. 2011 yılında yapılan bir başka yasa değişikliği ile öngörülen yeni koşullar neticesinde başvuru Kúria Başkanı seçilebilme yeterliliğini de kaybetmiş ve 2011 yılı Aralık ayında Macaristan Parlamentosu Kúria'nın yeni başkanını seçmiştir. Tüm bu süreç sonunda Kúria'da hukuk dairesi üyesi (yargıç) olarak meslek hayatına devam eden başvuru, Yargıtay (yeni Kúria) Başkanlığı görevine bir Anayasa hükmü ile son verildiği için göreve son verme işlemine karşı iç hukukta dava açamamış⁵⁴; Sözleşme'nin 6. ve 10. maddelerinin ihlal edildiği gerekçesiyle İHAM'a müracaat etmiştir.⁵⁵

İHAM İkinci Dairesi Baka başvurusunu 6. madde açısından incelerken, öncelikle anılan maddenin uygulanabilirliği üzerinde durmuştur. Zira Macaristan Hükümeti "*Eskelinen kararında ortaya konulan her iki kriterin de somut olayda gerçekleştiği*"ni belirterek, Sözleşme'nin 6. maddesinin Baka başvurusunda uygulanamayacağını ileri sürmüştür. Macaristan Hükümeti'ne göre, başvurusunun görevine son verilmesi Anayasa'nın geçici hükmü ile gerçekleştiği için bu tasarrufa karşı normal idari işlemler gibi dava açılmayacağı açıktır. Diğer taraftan Yüksek Mahkeme başkanı olan başvurusunun kadrosu doğası gereği kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerin kullanımına ve devletin genel menfaatlerinin korunması için öngörülen görevlerin icrasına ilişkin olduğundan; başvurusunun mahkemeye erişiminin kısıtlanması objektif ölçütler temelinde haklı kılınabilir niteliktedir.⁵⁶

İHAM İkinci Dairesi davalı hükümetin kabul edilebilirlik itirazını değerlendirirken Mahkeme'nin konuya ilişkin önceki içtihadını tekrarladıktan sonra, *Eskelinen* kararıyla ortaya konulan kriterler çerçevesinde olayda 6. maddenin 1. fıkrasının uygulanabilir olup olmadığını incelemiştir.

Bu çerçevede Mahkeme (İkinci Daire), *Eskelinen* testindeki birinci koşulun yerine getirilmiş kabul edilebilmesi için iç hukukun mahkemeye erişim hakkını **açık bir şekilde** kısıtlamış olması gerektiğini vurgulamış ve Macaristan'da Yüksek Mahkeme başkan ve üyelerinin mesleki uyumsuzluklarında dava açma hakkını

⁵⁴ Aynı süreçte normal görev süresinin bitiminden önce görevine son verilen Yüksek Mahkeme Başkan Yardımcısı ise, görevine anayasa hükmü ile değil yasa hükmü ile son verildiği için Macaristan Anayasa Mahkemesi nezdinde anayasa şikayeti başvurusunda bulunabilmiştir. Yüksek Mahkeme Başkan Yardımcısı'nın bu başvurusu Anayasa Mahkemesi tarafından 8'e karşı 7 oyla reddedilmiştir. Baka v. Hungary, İHAM İkinci Daire, prg.46.

⁵⁵ Karara konu olan maddi olay hakkında detaylı bilgi için bkz. Baka v. Hungary, İHAM İkinci Daire, 27.05.2014, Başvuru No:20261/12, prg.7-31.

⁵⁶ Bkz. Baka v. Hungary, İHAM İkinci Daire, prg.63.

genel olarak kısıtlayan açık (somut) bir yasa hükmü olmadığı, başvuru mahkemeye erişiminin, görevine Anayasa hükmü ile son verildiği için -bu hukuki tasarrufun niteliği gereği- kısıtlandığı tespitini yapmıştır. Mahkeme'ye göre, (bunu doğrudan öngören somut bir hukuk normu olmaksızın) Yüksek Mahkeme başkanlığı görevine Anayasa hükmü ile son verilmesi nedeniyle dava açamayan başvuru mahkemeye erişim hakkı **açıkça** kısıtlanmış kabul edilemeyeceğinden; somut olayda Eskelinen testinin birinci koşulu gerçekleşmiş değildir ve bu nedenle İHAS'ın 6/1. maddesi "uygulanabilir" niteliktedir.⁵⁷

Belirtilmelidir ki İHAM İkinci Dairesi, somut olayda 6. maddenin uygulanabilirliğiyle ilgili olarak Eskelinen testinin sadece 1. koşulu bakımından değil, bu koşulun yerine getirildiği varsayımından hareketle 2. koşulu bakımından da değerlendirme yapmıştır. İHAM'a göre; "... *ulusal yasal çerçevenin başvuru mahkemeye dava açma hakkını açıkça reddettiği ve bu yüzden Eskelinen testinin ilk koşulunun karşılandığı farzedilse bile Mahkeme, .. başvuru mahkemeye dava açma hakkından mahrum bırakılmasının haklı gösterilemediğini düşünmektedir. ... Bakılmakta olan davada Hükümet, başvuru mahkemeye Yüksek Mahkeme Başkanlığı görevinin erken sona erdirilmesine ilişkin uyuşmazlık konusunun, 6. madde garantilerinden hariç tutulmayı objektif şekilde haklı kılacak bir tarzda Devlet yetkisi kullanılmasıyla bağlantılı olduğunu gösteren hiçbir argüman ileri sürmemiştir. Bu bağlamda Mahkeme, Yüksek Mahkeme eski başkan yardımcısının başvurudan farklı olarak, görevine erken son verilmesine karşı Anayasa Mahkemesi'nde dava açabilmiş olmasına önem atfetmektedir.*"⁵⁸

Baka başvurusunda İHAM İkinci Dairesi tarafından 27.05.2014 tarihinde verilen karar sonrası Macaristan Hükümeti tarafından karara itiraz edilmiş ve başvuru, Sözleşme'nin 43. maddesi uyarınca⁵⁹ Büyük Daire'ye havale edilmiştir.

İHAM Büyük Dairesi konu hakkındaki kararını 23.06.2016 tarihinde vermiş ve kararında, kamu görevlisi olan başvuru mahkemeye son verilmesine ilişkin uyuşmazlığın adil yargılanma hakkı kapsamında kabul edilip edilmeyeceğini *Eskelinen* kriterleri çerçevesinde etraflıca incelemiştir. Bu bağlamda Büyük Daire, somut olayda başvuru mahkemeye iç hukukta ileri sürebileceği bir hakka⁶⁰ dair

⁵⁷ Baka v. Hungary, İHAM İkinci Daire, prg.74-76.

⁵⁸ Baka v. Hungary, İHAM İkinci Daire, prg.77.

⁵⁹ Sözleşme'nin 43. maddesi gereğince, davanın Sözleşmenin veya ekli Protokollerinin uygulanması veya yorumlanması bakımından önemli bir probleme işaret etmesi durumunda ya da genel önemi haiz ciddi bir soruna ilişkin olması halinde, taraflardan birinin daire kararından itibaren 3 ay içerisinde ileri süreceği talep üzerine başvuru Büyük Daire'ye havale edilebilecektir. Mahkeme'nin karar organları ve Büyük Dairenin fonksiyonu üzerinde aşağıda ayrıca durulacaktır.

⁶⁰ Mahkeme'ye göre 2009 yılında 6 yıllık bir süre için Macaristan Yüksek Mahkeme

gerçek ve ciddi nitelikte bir uyuşmazlık bulunduğu tespitini yaptıktan sonra, bu uyuşmazlığın medeni haklara ilişkin bir uyuşmazlık olarak nitelendirilmesi bakımından şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “Eskelinen testinin ilk koşulu yani ulusal hukukun başvuru sahibi personel kategorisi veya kadrosu bakımından mahkemeye erişimi açıkça kısıtlayıp kısıtlamadığı noktasında Mahkeme not etmektedir ki, Mahkeme'nin bu koşulun yerine getirildiğini kabul ettiği az sayıdaki davada mahkemeye erişimin uyuşmazlık konusu kadro bakımından kısıtlanması net ve sarih. ... Mahkeme, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce tartışma konusu kadronun sahibi olan başvuru sahibinin mahkemeye erişim hakkından açıkça mahrum bırakılmamış olması sebebiyle, görülmekte olan davanın yukarıda anılan davalardan ayrı tutulması gerektiği kanaatindedir. Aksine (somut olayda, Macaristan'da) iç hukuk, bir mahkeme yöneticisinin görevinden alınmasına izin verilen kısıtlı hallerde mahkemeye erişim hakkını açıkça tanıdı; görevinden alınan mahkeme yöneticisi Hizmet Mahkemesi -Service Tribunal- nezdinde görevinden alınmasına itiraz edebilmekteydi. ... Ne var ki başvuru sahibinin mahkemeye erişimi şikayet konusu tedbirin bizzat kendisi tarafından, yani Yüksek Mahkeme Başkanlığı görevinin erken sona erdirilmesinin 1 Ocak 2012'de yürürlüğe giren Mahkemelerin Teşkilatı ve Yönetimi Kanunu'nun geçici maddelerine dahil edilmesiyle engellenmiştir. Bu durum başvuru sahibini söz konusu müdahaleye Hizmet Mahkemesi nezdinde itiraz etmekten alıkoymuştur ... Ayrıca, görevi Mahkemelerin Teşkilatı ve Yönetimi Kanunu'nun geçici maddeleriyle yasal düzeyde sona erdirilen Yüksek Mahkeme Başkan Yardımcısı'ndan farklı olarak başvuru sahibinin görevine son verilmesi, 1 Ocak 2012'de yürürlüğe giren Anayasa'nın geçici hükümlerinde de öngörülmüştür. Bu kendine özgü koşullar çerçevesinde başvuru sahibi, Yüksek Mahkeme Başkan Yardımcısı'ndan farklı olarak, görevine son verilmesine ilişkin yasal hüküm aleyhine Anayasa Mahkemesi nezdinde anayasa şikayetinde de bulunamamıştır. Yukarıda aktarılan değerlendirmeler ışığında Mahkeme, bu davanın kendine özgü koşulları çerçevesinde, başvuru sahibine ilgili şikayet konusu tedbirin alındığı tarihte değil daha öncesinde iç hukukta mahkemeye erişimin kısıtlanıp kısıtlanmadığını belirlemesi gerektiği görüşündedir. Aksinin kabulü, başvuru sahibinin hakkına müdahale oluşturduğu iddia edilen şikayet konusu tedbirin aynı zamanda başvuru sahibinin mahkemeye erişiminden alıkonulmasına da yasal dayanak oluşturabileceği anlamına gelecektir. Bu ise sözleşmecî devletlere, sadece kamu görevlileriyle ilgili bireysel tasarrufları yargısal denetime tâbi olmayan kanun maddelerine eklemek suretiyle, bu tasarruflar bakımından mahkemeye erişimi kısıtlama imkânı vererek kötüye kullanımların yolunu açacaktır. Gerçekten Mahkeme vurgulamaktadır ki, somut bir olayda ulusal mevzuatın mahkemeye erişimi Sözleşme'nin 6/1. maddesi bakımından

Başkanlığı'na seçilen başvuru sahibi, Macaristan Hukuku çerçevesinde bu süre boyunca görevden alınmamasını isteme hakkına sahiptir. Baka v. Hungary, İHAM Büyük Daire, prg.107-109.

herhangi bir etkiye sahip olacak şekilde kısıtlayabilmesi için, söz konusu kısıtlama hukukun üstünlüğü ile bağdaşır olmalıdır. Sözleşme'nin önsözünde açıkça zikredilen ve tüm Sözleşme maddelerine içkin olan bu kavram, diğerlerinin yanı sıra, herhangi bir müdahalenin kural olarak genel uygulaması olan bir hukuki araca dayanmasını gerektirir. Başvurucunun davası ile ilgili olarak Venedik Komisyonu da doğrudan belli bir kişiyi hedef alan kanunların hukukun üstünlüğüne aykırı olduğunu vurgulamıştır. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, başvurucunun görevine son verilmesinin hukuka aykırılığı iddiasına dayanan bir şikayet bakımından ulusal hukukun mahkemeye erişimi açıkça engellediğini kabul edememektedir. Bu yüzden Eskelinen testinin birinci koşulu yerine getirilmiş değildir ve 6. madde medeni haklara ilişkin başlığı altında uygulanabilir. 6. maddenin uygulama dışı kalabilmesi için iki koşulun (bir arada) gerçekleşmesi gerektiğinden Mahkeme, Eskelinen testinin ikinci koşulunun karşılanıp karşılanmadığını incelemeyi gerekli görmemektedir. ...”⁶¹

Görüleceği üzere İHAM Büyük Dairesi, İkinci Daire'den farklı olarak, Eskelinen kriterlerinden birincisi olan “iç hukukta mahkemeye erişimin açıkça engellenmesi” kriteri bakımından iki önemli tespitte bulunmuştur. Buna göre İHAM nezdinde yapılan başvuruya konu uyuşmazlık bakımından iç hukukta dava açma hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığı, söz konusu uyuşmazlığın ortaya çıktığı tarihe göre değil, öncesine göre belirlenecektir. Buna göre iç hukukta hakka ilişkin uyuşmazlık çıkmadan önce mahkemeye erişimin açıkça kısıtlanmadığı hallerde, örneğin mahkemeye erişimin başvurucunun hakkına müdahale oluşturan yasal norm ile kısıtlandığı durumlarda, Eskelinen kriterlerinden birincisi gerçekleşmemiş sayılacak ve Sözleşme'nin 6/1. maddesi bu uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulacaktır.

Baka kararında Büyük Daire'nin ortaya koyduğu bir diğer önemli husus, iç hukukta mahkemeye erişimin açıkça engellenmiş sayılabilmesi için söz konusu engellenmenin genel bir nitelik taşıması gerektiğidir. Mahkeme'ye göre bu, hukukun üstünlüğü ilkesinin gereğidir. Dolayısıyla belirli bir şahsa yönelik, genellik özelliği taşımayan normlarla mahkemeye erişimin kısıtlanması, Eskelinen kriterlerinin gerçekleşmesi bakımından yeterli sayılamayacaktır.

B. Baka Kararının Önemi

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 26. maddesine göre İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin karar organları tek hâkim, üç hâkimden oluşan komiteler, daireler ve Büyük Dairedir. Bu organlar Mahkeme nezdindeki başvuruları önem derecesine göre karara bağlamaktadır. Örneğin Mahkeme'ye yapılan başvurulardan detaylı bir inceleme gerektirmeksizin

⁶¹ Baka v. Hungary, İHAM Büyük Daire, prg.112-118, Parantez içinde yazılı kısımlar kararın orijinalinde bulunmamaktadır.

kabul edilebilirlik koşullarını taşımadığı anlaşılan başvurular tek hâkim tarafından reddedilebilecektir. (m.27) Ya da Mahkeme'nin yerleşmiş içtihadının bulunduğu konularda başvurular üç hâkimden oluşan komiteler tarafından sonuçlandırılabilir. (m.28) Mahkeme nezdinde yapılan başvurular hakkında tek hâkim veya komite tarafından herhangi bir karar verilmediği hallerde de, başvuruların gerek kabul edilebilirliğinin gerekse esasının karara bağlanması konusunda daireler yetkili olacaktır. (m.29)

İHAM Büyük Dairesi ise herhangi bir başvuruyu inceleyen dairenin Büyük Daire lehine yargılamadan çekilmesi ya da dairelerce verilen kararlar üzerine taraflardan birinin yaptığı itirazın yerinde görülmesi durumunda başvuruları inceleyecektir. (m.31) Bu bağlamda daireler, önlerindeki başvurunun Sözleşme'nin yorumunu etkileyecek çok önemli bir hukuki sorunu ilgilendirdiği hallerde ya da belli bir başvuruda ulaştıkları sonucun Mahkeme'nin aynı konuda vermiş olduğu diğer bir kararla çeliştiği hallerde Büyük Daire lehine yargılamadan çekilebileceklerdir.⁶² (m.30) Diğer taraftan dairelerce verilen kararlara 3 aylık süre içerisinde taraflardan biri itiraz ettiği takdirde bu itiraz, Büyük Daire'nin 5 hâkimden oluşan paneli tarafından incelenecek ve başvurunun Sözleşme'nin yorumunu ve uygulanmasını etkileyen önemli bir hukuki probleme ilişkin olduğu ya da genel olarak önemi bulunan ciddi bir sorunu ilgilendirdiği hallerde kabul edilecektir. (m.43)

Görüleceği üzere Büyük Daire, İHAM'ın diğer organlarından farklı olarak ancak istisnai durumlarda başvuruların inceleneceği bir karar organıdır. *Baka* başvurusunda olduğu gibi daire kararı üzerine konunun Büyük Daire tarafından tekrar incelendiği durumlarda, ortada Sözleşme'nin yorumu ile ilgili veya genel anlamda çok önemli bir hukuki sorunun var olduğu (Mahkeme tarafından böyle bir sorunun varlığının kabul edildiği) açıktır.

Diğer taraftan belli bir konu hakkında İHAM Büyük Dairesi tarafından belirlenen temel prensiplerin bulunduğu hallerde, Mahkeme'nin diğer karar organlarının kural olarak bu ilkelere aykırı karar veremeyecekleri ve söz konusu prensiplerin ancak yeni bir Büyük Daire kararı ile değiştirilebileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla belli bir hukuki sorun hakkında İHAM Büyük Dairesi tarafından verilen kararları, söz konusu sorun ile ilgili olarak gelecekte İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin nasıl uygulanacağını belirleyen ve -aksi bir diğer Büyük Daire kararı ile ortaya konulana kadar- konuyla ilgili Sözleşme hukukunun ne olduğunu ortaya koyan kararlar şeklinde nitelendirmek yanlış olmayacaktır.

⁶² Yukarıda ayrıntılarına yer verilen *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* kararında başvuru 4. Daire'ye tevzi edilmiş; ancak 4. Daire, -tarafların itiraz etmemesi üzerine- Sözleşme'nin 30. maddesine dayanarak Büyük Daire lehine yargılamadan çekilmişti. *Vilho Eskelinen and Others v. Finland*, prg.10

İşte Büyük Daire'nin 23.06.2016 tarihli *Baka v. Hungary* kararı, kamu görevlileri ile kamu kurumları arasında gündeme gelen idari nitelikli personel hukuku uyuşmazlıklarının hangi durumlarda Sözleşme'nin 6/1. maddesi anlamında “*medeni*” haklara ilişkin kabul edileceğini ortaya koyan en güncel ilke karardır. Söz konusu karar ile Mahkeme'nin **2007 tarihli Eskelinen kararında belirtilen kriterlerin hâlen geçerli olduğu** ortaya konulmuş, ayrıca *Eskelinen* kararına konu birinci kriterin yorumlanma şekli bakımından yeni bazı prensipler benimsenmiştir.

Buna göre, bir kamu görevlisi ile kamu kurumu arasında gündeme gelecek personel hukuku uyuşmazlığı **kural olarak** Sözleşme'nin 6/1. maddesi kapsamında medeni haklara ilişkin bir uyuşmazlık kabul edilecek ve kamu görevlisi bu uyuşmazlıkta adil yargılanma hakkına ilişkin Sözleşme güvencelerinden yararlanacaktır. Bu kuralın aksi, ancak iki koşulun bir arada gerçekleşmesi durumunda geçerli olabilecektir. Bu koşullar;

*i- uyuşmazlık konusunu oluşturan hak veya yükümlülük açısından ilgili kamu görevlisinin mahkemeye erişiminin iç hukukta **açıkça** kısıtlanmış olması (Eskelinen), bu kısıtlamanın söz konusu hakka veya yükümlülüğe ilişkin olarak kamu kurumu ile kamu görevlisi arasında uyuşmazlık ortaya çıkmadan **önce** var olması (Baka) ve yine söz konusu kısıtlamanın dayanağının genel nitelik taşıması, belli bir şahsa yönelik olarak ihdas edilen özel bir norm olmaması (Baka) ve*

ii- ilgili kamu görevlisi açısından mahkemeye erişimin kısıtlanmasının, kamu görevlisi ile idare arasındaki somut uyuşmazlığın niteliği göz önünde bulundurularak haklı gösterilebilmesidir. (Eskelinen) Dolayısıyla aktarılan iki koşuldaki herhangi birinin gerçekleşmediği ya da birinci koşul bakımından *Baka* kararıyla ortaya konulan ilkelere aykırılığın olduğu her durumda kural uygulanacak ve uyuşmazlığın idari niteliği gerekçe gösterilerek, ilgili kamu görevlisinin adil yargılanma hakkı güvencelerinden yararlanması engellenemeyecektir.

İHAM'ın kamu görevlilerini yakından ilgilendiren her iki kararının Türk İdare Hukuku'na yansımalarının olması da kaçınılmazdır. Bu çerçevede söz konusu kararlardan hareketle belirtilmelidir ki, idari yargı mercilerinde derdest bulunan kamu görevlileriyle ilgili tüm davalarda Sözleşme'nin 6. maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkı gereklerinin uygulanması gerekmektedir. Zira *Eskelinen* kararı ile ortaya konulan ve *Baka* kararı ile de teyit edilen kriterler gereğince, iç hukukta mahkemeye erişimin mümkün olduğu kamu görevlileriyle ilgili hiçbir uyuşmazlıkta, davacının kamu görevlisi niteliğinden veya uyuşmazlığın kamu hukukuna ilişkin özelliklerinden hareketle 6. madde güvencelerinin uygulama alanı bulmayacağı ileri sürülemeyecektir.

İHAM'ın *Eskelinen* ve *Baka* içtihatlarının Türk İdare Hukuku açısından önem arz eden diğer bir yönü ise, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından çeşitli zamanlarda çıkarılan ve belli kadrolardaki kamu görevlilerinin tamamının görevine aynı anda son verilmesini öngören kanun hükümlerine ilişkindir.⁶³ Zira bu gibi hallerde söz konusu kamu görevlileri, görevlerine bir idari işlem ile değil de yasa kuralı ile son verildiği için, görevlerine son verilmesine karşı idare mahkemeleri nezdinde dava açmamaktadır.⁶⁴ Bu durum ilk bakışta *Eskelinen* kararına konu koşullardan birincisinin, yani “*iç hukukta uyumsuzluğun dava konusu edilmesinin açıkça kısıtlanması*” şartının yerine getirildiği izlenimini uyandırmaktadır. Ne var ki görevden alınma gerçekleşmeden önce iç hukukta var olmayan dava açma kısıtının sonradan, uyumsuzluk konusu tasarrufla aynı anda ortaya çıkması (yani söz konusu tasarrufun idari işlem yerine yasa konusu yapılması), Mahkeme'nin *Baka* kararında belirttiği ilkeler doğrultusunda yeterli kabul edilemeyecektir. Bunun sonucunda görevine yasa hükmü ile son verilen

⁶³ Örneğin 652 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye 14.03.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6528 sayılı Kanun'la eklenen geçici 10. maddenin 8. fıkrası, anılan kanun hükmünün yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla görev süresi 4 yıl ve daha fazla olan okul müdürlerinin görevlerinin maddede öngörülen tarih itibarıyla başka bir işleme gerek kalmaksızın sona ereceğini öngörmekteydi.

⁶⁴ Belirtmek gerekir ki, uygulamada Danıştay bu gibi yasa hükümleriyle görevlerine son verilen kamu görevlilerinin de görevlerine ilişkin işlemin iptali istemiyle idare mahkemeleri nezdinde dava açabilecekleri kanaatindedir. Bkz. Danıştay 2. Dairesi, 09.04.2015, E.2014/9009 K.2015/4060. Karara <http://www.aktifegitimsen.org.tr/> internet sitesinden, 01.07.2016 tarihinde ulaşılmıştır. Ne var ki bu gibi hallerde –“*başka bir işleme gerek kalmaksızın*” ibareleriyle birlikte kaleme alınan- yasa metinleri gereği, ortada görevden alma şeklinde bir idari işlemin olmadığı çok açıktır. Anayasa gereği idarilik vasfı olmayan yasama organı tasarruflarının idare mahkemelerinde dava konusu edilemeyeceği de izâhtan varestedir. Bu çerçevede bir ilk derece mahkemesi kararında 652 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici 10/8. maddesine ilişkin olarak isabetle belirtildiği gibi; “... *yasama fonksiyonu, yasama organı olan parlamento tarafından kural olarak kanun biçiminde yapılan norm koyma faaliyetidir. ... yürürlükteki 2709 sayılı Anayasa'da (87., 88. ve 89. maddelerde) öngörülen kanun anlayışı “şekli anlamda kanun” esası olup; öğretilerde, hukukumuzda geçerli olan kanun anlayışının “şekli anlamda kanun” olduğu kabul edilmektedir. ... Şekli anlamda kanun anlayışı bakımından ise davacının müdürlük görevine son veren kuralın bir “idari işlem” değil “kanun hükmü” olduğu açık bulunmaktadır. ... “yasama organı olan parlamento tarafından -şekli anlamda- kanun biçiminde yapılan norm koyma faaliyeti” sonucunda ihdas edilen, diğer bir ifadeyle fonksiyonel açıdan yasama tasarrufu niteliğinde bulunan bir kuralın sonucu olarak meydana gelen “davacının müdürlük görevinin sona erdirilmesine ilişkin işlem”in fonksiyonel açıdan bir idari işlem olarak nitelendirilebilmesine de olanak bulunmamaktadır. Bu durumda davacının müdürlük görevine son verilmesi bakımından organik anlamda idareye izafe edilebilir bir irade bulunmadığı ve yasama fonksiyonunun kullanılması sonucunda meydana gelen göreve son verilmesi durumunun fonksiyonel açıdan bir idari işlem olarak kabulünün de mümkün olmadığı anlaşılmakla; ortada bir idari işlem bulunmaksızın, bir kanun hükmünün doğurduğu sonucun iptali istemiyle açılan bu davanın esasının incelenemeyeceği ...” Eskişehir 2. İdare Mahkemesi, 10.03.2015, E.2014/1126, K.2015/255, Karar yayınlanmamıştır.*

ve bu nedenle Anayasa gereği göreve son verme işleminin iptali istemiyle iç hukukta idari dava açamayan kamu görevlileri, yasanın yürürlüğe girmesinden önce, görevden alınma şeklinde tesis edilen işlemlere karşı dava açmalarının iç hukukta mümkün olması sebebiyle *-görevlerine devam etmelerinin iç hukukta ileri sürülebilir bir hak oluşturduğunun İHAM tarafından kabul edilebilmesi koşuluyla-* İHAM nezdinde Sözleşme'nin 6. maddesine dayalı şikayetlerini ileri sürebileceklerdir.

VI. SONUÇ

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne taraf olması sebebiyle Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlüklerin Türkiye'nin yetki alanındaki tüm bireylere tanınması, ülkemizin uluslararası taahhütleri kapsamındadır. Diğer taraftan İHAS 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesi gereğince kanun hükmünde olduğundan ve aynı konudaki ulusal bir kanunla çatışması halinde uygulanma önceliğine sahip bulunduğu,⁶⁵ Türk mahkemeleri yargılama yaparken Sözleşme hükümlerini de dikkate almak durumundadırlar. Bu gereklilik İHAS'ı sadece anayasa hukukunun veya insan hakları hukukunun konusu olmaktan çıkarmış; maddi ve şekli hukuka ilişkin yerel tüm normların Sözleşme ile uyumu bakımından, diğer hukuk disiplinlerinin de ilgi alanına dâhil etmiştir.

İHAS'ın 6. maddesinde güvence altına alınan âdil yargılanma hakkı, kişilerin mahkemeye erişiminden mahkemenin uyuşmazlık hakkında nihai kararı vermesine ve bu kararın infaz edilmesine kadar yargılama sürecinin geçirdiği tüm evrelerde kişilerin sahip olmaları gereken asgari hakları düzenlemektedir. Dolayısıyla söz konusu hak, diğer yargı kollarının yanı sıra idari yargı açısından da son derece önemlidir. Ancak bu hakkın idare mahkemeleri nezdinde derdest bulunan uyuşmazlıklarda uygulanabilirliği, 6. maddenin 1. fıkrasında geçen "medeni hak ve yükümlülük (*civil rights and obligations*)" kavramı nedeniyle tereddüt uyandırmaktadır. Bu kapsamda kamusal makamlar tarafından kamu hizmetlerinin yürütümüne ilişkin olarak ve kamu gücü kullanılarak tesis edilen tek yanlı ve icraî nitelikli işlemlerin yargılama konusu edildiği idare mahkemelerindeki uyuşmazlıkların kamusal yönünün ağır bastığı ve bu uyuşmazlıkların hiçbir şekilde medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin olmadığı ileri sürülebilecektir.

Ne var ki İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin konuya yaklaşımı bu doğrultuda değildir. Her şeyden önce Mahkeme, Sözleşmede geçen "medeni

⁶⁵ Sözleşme'nin Türk normlar hiyerarşisindeki konumu hakkında bkz. Selami Demirkol, Emre Akbulut, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Dayanılarak Türkiye'de Yapılan Anayasa ve Yasa Değişiklikleri (2000-2013), 1. Bası, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2015, syf.5-21.

hak ve yükümlülükler” kavramını geniş yorumlamakta ve geliştirdiği otonom yorum prensibinden hareketle bir hakkın “medeni” nitelikte olup olmadığını belirlerken hakların iç hukuktaki tasnifi ile kendisini bağlı görmemektedir. Bunun sonucu olarak İHAM, iç hukukta kamu hukukunun konusu olarak nitelendirilen idari uyuşmazlıkları da bazı durumlarda 6. madde (adil yargılanma hakkı) kapsamında değerlendirebilmektedir. Kamu görevlileri ile kamu otoriteleri arasında kamu personel hukukuna ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklar da bu kapsamdaki uyuşmazlık türlerinden biridir.

Bu çerçevede İHAM, kamu görevlileriyle ilgili idari uyuşmazlıkların adil yargılanma hakkının kapsamı içerisinde kabul edilebilmesi için bazı koşullar belirlemiş, bu koşullar zaman içerisinde Mahkeme içtihadıyla birlikte çeşitli değişikliklere uğramıştır. Mahkeme ilk olarak 1999 yılında, *Pellegrin* başvurusunda verdiği Büyük Daire kararı ile konuyu etraflıca ele almış ve gelecekte verilecek benzer kararlar için emsal oluşturacak genel ilkeler belirlemiştir. Buna göre eğer ilgili kamu görevlisine ait kadronun bünyesinde bulunan yetkiler kamu hukukundan kaynaklanan yetkiler ise ve/veya bu kadroya bağlı görevler devletin genel menfaatlerinin korunmasına yönelik görevler ise, söz konusu kamu görevlisinin devletin egemenlik yetkisinin kullanımına katıldığı kabul edilecek ve bu kamu görevlisi ile idare arasında göreve ilişkin olarak gündeme gelen tüm uyuşmazlıklar, Sözleşme'nin 6/1. maddesinin kapsamı dışında kabul edilecektir.

Pellegrin kararı ile belirlenen bu ilke, İHAM Büyük Dairesi'nin 2007 yılında verdiği *Eskelinen* kararıyla büyük ölçüde değişmiştir. *Eskelinen* kararının konu açısından getirdiği en önemli yenilik, iç hukukta dava konusu edilebilen hiçbir uyuşmazlığın 6. maddenin kapsamı dışında değerlendirilemeyecek olmasıdır. Yine *Eskelinen* kararına göre, iç hukukta kamu görevlisinin mahkemeye erişiminin kısıtlandığı hallerde de uyuşmazlığın 6. madde kapsamı dışında görülebilmesi için, mahkemeye erişimin kısıtlanması olgusunu Sözleşmeciler devletin (somut uyuşmazlığın niteliğinden hareketle) haklı göstermesi gerekecektir.

İHAM'ın konu hakkındaki en güncel kararı ise yine Büyük Daire tarafından verilen 23.06.2016 tarihli *Baka* kararıdır. Mahkeme bu kararında, kamu görevlileriyle ilgili idari uyuşmazlıklarda adil yargılanma hakkının uygulanması bakımından *Eskelinen* kararı ile benimsenen iki kriterin halen geçerli olduğunu belirtmiştir. Bunun yanı sıra mahkeme, *Eskelinen* kararına konu birinci kriter olan “mahkemeye erişimin açıkça yasaklanması” ölçütünün gerçekleşmiş sayılabilmesi bakımından iki yeni prensip benimsemiştir. Buna göre 6. maddenin uygulanması noktasında sadece iç hukukta uyuşmazlığın çıkmasından önce var olan ve genel nitelikli kurallara dayanan mahkemeye erişim kısıtlamaları sonuç doğuracak, bu nitelikleri taşımayan bir kısıtlama adil yargılanma hakkının uygulanabilirliği bakımından dikkate alınmayacaktır.

Son olarak belirtilmelidir ki, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kamu görevlilerini yakından ilgilendiren *Eskelinen* ve *Baka* kararlarının Türk İdare Hukuku'na önemli etkileri bulunmaktadır. Bu çerçevede Anayasa'nın 90. maddesinde yer alan emredici kural, söz konusu kararlarla ortaya konulan prensiplerin idare mahkemeleri nezdinde açılan kamu personel hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda dikkate alınmasını; Türkiye'nin uluslararası taahhütleri de, aynı prensiplerin kamu personel hukukuna ilişkin kanun metinlerinin kaleme alınmasında göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir.

BİBLİYOGRAFYA

DEMİRKOL Selami, AKBULUT Emre. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Dayanılarak Türkiye'de Yapılan Anayasa ve Yasa Değişiklikleri (2000-2013), 1. Bası, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2015.

HARRIS David, O'BOYLE Michael, BATES Ed, BUCKLEY Carla. Law of the European Convention on Human Rights, 3. Bası, Oxford: Oxford University Press, 2014.

JACOBS Francis G., WHITE Robin, OVEY Clare. The European Convention on Human Rights, 5. Bası, New York: Oxford University Press, 2010.

İNCEOĞLU Sibel. Adil Yargılanma Hakkı, in: Sibel İnCEOĞLU (editör), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 1. Bası, Ankara: Şen Matbaa, 2013, syf.209-286.

İNCEOĞLU Sibel. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı – Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, 2. Bası, İstanbul: Beta, 2005.

LEANZA Piero, PRIDAL Ondrej. The Right to a Fair Trial, Article 6 of the European Convention on Human Rights, 1. Bası, The Netherlands: Kluwer Law International, 2014.

LETSAS George. A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights, 1. Bası, New York: Oxford University Press, 2009.

MOLE Nuala, HARBY Catharina. The Right to A Fair Trial, A Guide to the Implementation of Article 6 of the ECHR, Human Rights Handbooks No.3, 2. Bası, Belgium: Council of Europe, 2006.

PARMAR Sejal. Vilho *Eskelinen v Finland*: The Further Extension of ECHR Article 6 to Disputes Concerning Civil Servants, European Human Rights Law Review, Issue 4, 2007, syf.441-449.

REID Karen. A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 4. Bası, London: Sweet & Maxwell, 2012.

İŞE İADE KARARLARI VE İCRA EDİLEBİLİRLİĞİ

Reemployment Decisions and Their Perform Ability

Arş. Gör. Emre KARABACAK*

Geliş Tarihi: 12.07.2016 Kabul Tarihi: 23.11.2016

ÖZET

Bu çalışmada, uygulamada ve öğretide tartışmalı olan, işe iade kararlarının niteliği ve icra takibine konu edilebilmesi inceleme konusu yapılacaktır. Yargıtay uygulaması ve doktrindeki görüşler üzerinden problem yaratan noktalara değinilecektir. İşe iade davası sonucunda verilecek kararlar, bu kararların niteliği ve ilamlı icra takibine doğrudan konu edilip edilemeyecekleri doktrindeki farklı görüşler ve yerleşik uygulama üzerinden incelenmeye çalışılacaktır. Bu noktada, kararların niteliği üzerindeki tartışmalar ve nedenleri de ele alınmaya çalışılacaktır. Bununla birlikte, iş güvencesi hükümlerinin amacı doğrultusunda, işe iade kararlarının, ilamlı icra takibine konu edilip edilememesi noktasında yaşanan sorunlar ile olası çözüm önerileri üzerinde durulacaktır.

İş güvencesi hükümlerinin getiriliş amacı doğrultusunda, işe iade davalarına ilişkin hüküm ve uygulanış şekli her zaman tartışma ve eleştiri konusu olmuştur. Umarız ki bireysel iş uyuşmazlıklarına ilişkin getirilmesi planlanan zorunlu arabuluculuk uygulamasıyla bu sorunlar yargılamaya dahi taşınmaksızın barışçıl olarak çözümlenebilir. Bu yeni sistemin işe iade davalarında eleştirilen, problem yaratan ve tartışılan noktalara da çözüm olmasını diliyoruz.

Anahtar Kelimeler: İşe iade, icra, fesih, iş sözleşmesi, tespit hükmü, eda hükmü.

ABSTRACT

In this essay, reemployment decisions' qualification and perform ability which stirs up troubles so often in doctrine and practice, will be examined. Troubled points will be mentioned via views of doctrine and Supreme Court's executions. Reasons of arguments about reemployment decisions' qualification and perform ability, will be tackled. In addition to this, in the direction of job security rules' purpose, problems and possible solutions about reemployment decisions' not entreating to enforcement proceeding with judgement, will be mentioned.

In the light of job security dams' aim, sentence of reemployment cases and its performing have been criticized and discussed about. Hopefully, obligatory arbitrator system which is planned to brought in Turkish positive law for individual labor dispute, could solve that disputes as peacefully even they were not brought away to proceeding. Wish that, this new system could be a solution for criticized and discussed points on reemployment cases.

Keywords: Reemployment, perform ability, rescission, labor contract, declaratory judgment, constitutive judgment.

* Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.
e-posta: emrekarabacak@anadolu.edu.tr

GİRİŞ

ILO normları ışığında getirilen¹ iş güvencesi hükümleriyle, iş ilişkisinin mümkün olduğunca sürdürülebilmesi ve işçinin işine keyfi nedenlerle sona verilememesi amaçlanmaktadır².

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin üç tür fesihle sona erdirilebileceği İş Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bunlar iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi (m. 18), işçi tarafından haklı feshi (m. 24) ve işveren tarafından haklı nedenle feshi (m. 25)'dir. İşçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli nedene dayanma zorunluluğu kanunda düzenlenmese de, işçi tarafından yapılan bildirimli fesih (istifa) her durumda geçerli bir nedene dayalı feshin sonuçlarını doğuracaktır³.

Haklı neden, iş sözleşmesinin devamının beklenemeyeceği durumlarda söz konusu olur ve iş sözleşmesi derhal sona erdirilir. Haklı nedenler, geçerli sebeplere göre daha ağır olmakla birlikte kanunda sınırlı olarak sayılmaktadır (m. 24-25). Geçerli nedenler ise, haklı neden kadar ağır olmamakla birlikte, yine de iş ilişkisinin devamının beklenemeyeceği durumlar ortaya çıkartan ve sınırlı olarak sayılamayan fesih sebepleridir (m. 18). Geçerli nedenle fesihte, ihbar süreleri verilerek veya bu süreler ait ücret peşin olarak ödenerek iş sözleşmesi sona erdirilir. İhbar süreleri verildiğinde bu süreler içerisinde iş sözleşmesi birtakım farklarla devam eder⁴.

İşe iade davaları, iş güvencesi kapsamında bulunan işçilerin iş sözleşmelerinin geçersiz sebeple feshedilmesi halinde açabilecekleri davalardır. Bu davada işçi, işverenin fesih nedeni öne sürmediği veya öne sürdüğü fesih nedeninin geçerli olmadığına dayanarak işe iadesini talep edebilir.

A. GENEL OLARAK İŞE İADE DAVALARI

İşçi, iş sözleşmesinin feshinde bir sebep gösterilmediği veya gösterilen fesih nedeninin geçerli veya haklı bir neden oluşturmadığı durumlarda, fesih bildirimine karşı bir ay içerisinde iş mahkemesinde dava açabilir veya işverenle anlaşarak uyuşmazlığı aynı sürede özel hakeme de götürebilir (İK

¹ N. Çelik/N. Caniklioğlu/T. Canbolat, (2014). İş Hukuku Dersleri, s. 285.

² T. Centel, (2013). İş Güvencesi, s. 10; H. N. Gerek, (2010). 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında İş Güvencesi, s. 1; B. Kar, (2005). İş Güvencesi Kavramı, s. 563.

³ E. Manav Özdemir, (2010). İş Hukukunda Geçersiz Feshin Hukuken Geçerli Fesih Sayıldığı Haller, s. 11.

⁴ Fesih türleri ve farkları hakkında daha detaylı bilgi için bkz: A. N. Aktay/K. Arıcı/E. T. Senyen Kaplan, (2011). İş Hukuku, s. 148-192; E. Güven/U. Aydın, (2013). Bireysel İş Hukuku, s. 234-257; F. Korkmaz/N. S. Alp, (2014). Bireysel İş Hukuku, s. 188-221; S. Süzek, (2014). İş Hukuku, s. 568-736; G. Topal, (2008). İş Kanununa Göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması, s. 26-36.

m. 20). Bu dava ile işçi feshin geçersizliğinin tespitini talep etmektedir. Feshin geçersizliğinin tespiti sonunda işe iade talep edildiği için uygulamada bu davalar işe iade davaları olarak adlandırılmaktadır⁵.

İş Kanununun 20. maddesine göre, iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildirimının kendisine ulaştığı andan itibaren bir ay içerisinde işe iade davası açabilir. Bir aylık süre hak düşürücü süre olup mahkemece re'sen gözetilir⁶. Açılacak davanın, basit yargılama usulüne göre⁷ iki ayda sonuçlandırılması ve verilen kararın temyizi halinde Yargıtay'ın da bir ay içerisinde kesin olarak karar vereceği düzenlenmiştir. Ancak bu madde ne kadar iyi niyetle hazırlansa da gerçekçi olmadığı açıktır. Zira iş mahkemelerinin ve Yargıtay'ın iş yükü göz önünde bulundurulduğunda bir yıldan önce sonuçlanan bir yargılama süreci çok istisnai niteliktedir⁸.

İş Kanununun 21. maddesinde de geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları hüküm altına alınmıştır. Buna göre işverenin yaptığı feshin geçersiz veya haksız olduğu anlaşılırsa işveren, işçiyi bir ay içerisinde işe başlatmak zorundadır. İşçinin başvurusu üzerine işveren bir ay içerisinde işçiyi işe başlatmaz ise, işçiye en az dört ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Bunun yanında kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları da ödenecektir. Bu hükümdeki dört aylık ücret ve diğer hakların miktarı, yukarıda değindiğimiz, davanın dört aylık süreçte sonuçlanmasını öngören düzenleme ile paralel bir hükümdür. Ancak bu hüküm uygulamada gerçeklik kazanmamakta; aşağıda değineceğimiz üzere⁹, yargılama süreci daha uzun sürmesine rağmen, işçiye en çok dört aylık ücret tutarı ödenebilmektedir. Bu

⁵ Centel, (2013). a.g.e. s. 137-138; Ö. Eyrenci / S. Taşkent / D. Ulucan, (2016). Bireysel İş Hukuku, s. 203; Süzek, (2014). a.g.e. s. 619; E. Yılmaz, (2010). İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması, s. 47.

⁶ S. Aktepe, (2009). İşe İade Davalarının Medenî Usûl Hukuku İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi, s. 70; T. Canbolat, (2010). İşe İade Kararlarının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı, s. 87; Centel, (2013). a.g.e. s. 135; Ş. Ertürk, (2009). İşe İade Davalarına İlişkin Yasal Düzenleme ve Uygulamanın Yarattığı Sorunlar, s. 947; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, (2016). a.g.e. s. 204; C. İ. Günay, (2013). İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, s. 126; Korkmaz ve Alp, (2014). a.g.e. s. 216; H. Mollamahmutoğlu ve M. Astarlı, (2012). İş Hukuku, s. 930; M. Özkes, (2005). Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, s. 134; P. Soyer, (2005). Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, s. 58; Topal, (2008). a.g.e. s. 134; E. Yılmaz, (2006). İşe İade Davalarında Yargılama Usulü ile İlgili Özellikler, s. 25.

⁷ Kanunda seri yargılama usulünden bahsedilmişse de HMK'nın yürürlüğe girmesiyle HMK m. 316/1-d ve g bentleri ile 447. maddesi gereği basit yargılama usulü uygulanacaktır.

⁸ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, (2016). a.g.e. s. 204,206; Güven ve Aydın, (2013). a.g.e. s. 219; S. Süzek, (2012). Feshin Geçersizliği Davasında Yargılama Süreci ve Ortaya Çıkan Olguların Davaya Etkisi, s. 62; Süzek, (2014). a.g.e. s. 622.

⁹ Bkz. aşağıda d. Boşta Geçen Süreye Ait Ücrete İlişkin Karar Yönünden.

düzenleme ile işçi aleyhine bir durum yaratılmakta; sürecin uzaması işverenin lehine olmaktadır. Bu düzenlemenin, iş hukukunun işçiyi koruma prensibiyle bağdaştığını söylemek pek mümkün değildir.

Bir diğer geçersiz sebeple fesih nedeni de 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinin 3. fıkrasında açıkça düzenlenen sendikal nedenle fesihtir. Anılan düzenlemenin başlığı sendika özgürlüğünün güvencesi olup, anayasal bir hak olan sendika özgürlüğü güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre "İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz".

Bir işçinin 6356 sayılı kanunun 25. maddesine aykırı olarak iş sözleşmesi feshedildiği takdirde geçersiz sebeple fesihten söz edilecektir. Keza işçinin, işverenin sendikal nedenlerden dolayı yaptığı baskılara dayanamayıp iş sözleşmesini feshettiğinde de sendikal nedenle feshin var olduğu kabul edilmelidir¹⁰. Bu durumda iş güvencesi kapsamındaki işçi, yine yapılan feshin haksız olduğuna dayanarak, işe iade davası açabilecektir¹¹. Öte yandan 6356 sayılı kanunun 25. maddesinin 5. fıkrasında sendikal nedenle feshin özel bir yaptırımı da düzenlenmiştir. Buna göre iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçi, işe başlatılmasına veya başlatılmamasına bağlı olmaksızın ayrıca sendikal tazminat talep edebilir. Ancak anılan hükme göre, sendikal tazminata karar verilmesi durumunda ayrıca işe başlatmama tazminatına hükmedilemeyecektir. Sendikal tazminatın miktarı 4857 sayılı kanundaki işe başlatmama tazminatındaki 4-8 aylık ücret tutarı değil; en az işçinin bir yıllık ücret tutarında olacaktır. Bu hükümle kanun koyucu, aynı fiilden dolayı hem sendikal tazminat hem de iş güvencesi tazminatının ödenmesini engellemiş; hem de işçiye, işe iade davası açmasa dahi sendikal tazminat talep etme imkânı getirerek gerçekçi bir seçim imkânı sunmuştur¹². Ancak işçi işe başlatılsa dahi sendikal tazminata hak kazanacakken; işe başlatılmadığı durumda iş güvencesi tazminatı almaksızın yalnızca sendikal tazminata hükmedilmesine ilişkin düzenlemenin, iş ilişkisinin devamını sağlamak için işvereni zorlayıcı bir hüküm olduğu söylenemez¹³. Sendikal tazminatın üst sınırı belli olmamakla birlikte mahkemeler sendikal tazminatı alt sınırdan belirleme eğilimindedirler¹⁴.

¹⁰ E. Başkan, (2013). 6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, s. 83-84.

¹¹ Başkan, (2013). a.g.e. s. 88; Süzek, (2014). a.g.e. s. 647; A. C. Tuncay ve B. Savaş Kutsal, (2015). Toplu İş Hukuku, s. 104.

¹² Anayasa Mahkemesi 22.10.2014 Tarih, E. 2013/1, K. 2014/161 sayılı kararı, (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9d7ecb1c-70c5-4b01-9484-5d6b172a18aa?excLudeGerekce=False&wordsOnly=False>), Erişim Tarihi: 09.09.2016.

¹³ Başkan, (2013). a.g.e. s. 191-192; G. Doğan, (2014). Ayrımcılık Tazminatı Sendikal Tazminat (Dayandıkları Esaslar ve Farklılıkları), s. 379.

¹⁴ Süzek, (2014). a.g.e. s. 649.

İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler, 4857 sayılı kanunun 18. maddesi gereği işe iade davası açamamaktadırlar. Ancak 6356 sayılı kanunun 25. maddesinin 5. fıkrasındaki, sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde, işçilerin 4857 sayılı kanunun 18. maddesine göre dava açabileceklerine ilişkin hüküm Anayasa Mahkemesinin 22.10.2014 tarihli kararıyla kısmen iptal edilmiştir¹⁵. Hükümün son haline göre iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçi, iş güvencesi kapsamında olmasa dahi, feshin geçersizliğinin tespitini ve işe iadesini, 4 aya kadar boşta geçen süreye ait ücretini ve 1 yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminat talep edebilecektir¹⁶. Hatta işçi, ister iş güvencesi kapsamında olsun, ister olmasın, işe iade talep etmese dahi sendikal tazminat talebiyle dava açabilecektir¹⁷.

Anayasa Mahkemesi iptal kararının gerekçesinde, düzenlemenin sendikal özgürlüğü ölçülülük ilkesiyle orantısız olarak kısıtladığını, iş güvencesi kapsamındaki işçilerle iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler arasında eşitlik ilkesine uymayacak şekilde fark yaratıldığını, işçilerin en önemli haklarından olan sendikalaşmanın önüne geçildiğini belirterek, 6356 sayılı kanunun 25. maddesinin 4. fıkrasındaki “feshin dışında” ibaresiyle 5. fıkrasındaki 4857 sayılı kanundaki maddeye işaret eden “18” ibarelerini anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir¹⁸. Anayasa Mahkemesi, söz konusu iptal kararıyla iş güvencesi kapsamındaki işçiler ile iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler arasındaki farkı sendikal nedenle fesih durumu için kaldırmış, böylece maddeyi başlığındaki sendika özgürlüğünün güvencesine daha uygun hale getirmiştir.

B. İŞE İADE DAVALARINDA VERİLEN KARARIN NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

İşe iade davasında işçinin temel olarak talep ettiği husus feshin geçerli olup olmadığının tespitidir¹⁹. İşe iade davasında mahkeme esas hakkında iki tür karar verebilecektir. Feshin geçerli olduğu durumlarda veya ortada bir fesih olmadığı hallerde dava esastan reddedilecektir. Bu durumda verilen hüküm

¹⁵ Anayasa Mahkemesi 22.10.2014 Tarih, E. 2013/1, K. 2014/161 sayılı kararı, (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9d7ecb1c-70c5-4b01-9484-5d6b172a18aa?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>), Erişim Tarihi: 09.09.2016.

¹⁶ B. Uçkan Hekimler, (2015). Anayasa Mahkemesi'nin Sendikal Haklara İlişkin İptal Kararlarının Genel Bir Değerlendirmesi, s. 26.

¹⁷ Baskan, (2013). a.g.e. s. 191; Doğan, (2014). a.g.e. s. 378; Süzek, (2014). a.g.e. s. 648; Tuncay ve Savaş Kutsal, (2015). a.g.e. s. 104; Uçkan Hekimler, (2015). a.g.e. s. 26.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi 22.10.2014 Tarih, E. 2013/1, K. 2014/161 sayılı kararı, (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9d7ecb1c-70c5-4b01-9484-5d6b172a18aa?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>), Erişim Tarihi: 09.09.2016; S. Yorgun, (2016). Anayasa Mahkemesinin 6356 Sayılı Yasaya İlişkin Kararının Sendikal Özgürlükler Boyutuyla Değerlendirilmesi, s. 1186.

¹⁹ Centel, (2013). a.g.e. s. 137; M. Uçum, (2005). İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar, s. 73.

bir tespit hükmüdür ve iş ilişkisi, fesih anından itibaren sona ermektedir²⁰.

Bununla birlikte feshin geçersiz olduğu durumlarda verilecek kararın niteliğine ilişkin tartışmalar da bulunmaktadır. Mahkemenin feshin geçersizliğine karar vermesi bir tespit hükmüdür; ancak mahkeme, iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların ödenmesine de karar vereceği için, bu hükmün niteliği konusunda bazı tereddütler bulunmaktadır.

2. Feshin Geçersizliği Kararı İnşai Nitelik Taşımakta mıdır?

Mahkemeden yeni bir hukuki durum yaratılması, mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi veya mevcut hukuki durumun ortadan kaldırılmasının talep edildiği davalar inşai davalardır (HMK m. 108). İnşai davaların kabulü sonucunda verilen, bir hukuki durumu kuran ya da değiştiren ya da bozan mahkeme kararları da inşai kararlardır²¹.

İnşai karar kavramını açıkladıktan sonra, mahkemece feshin geçersizliği durumunda verilecek hükmün inşai bir nitelik taşıyıp taşımadığı konusu değerlendirilmelidir. Mahkemece feshin geçersizliğinin tespiti halinde, işçinin başvurusu üzerine işveren işçiyi bir ay içerisinde işe başlatmak zorundadır. Ancak yargılama süresinde iş ilişkisinin akıbetinin ne olduğu belirlenmelidir. Zira verilen hükmün inşai bir nitelik taşıdığı öne sürülürse, yargılama süresince iş ilişkisi son bulmuş; mahkemenin hükmü ile birlikte yeniden kurulmuş olmalıdır. Ancak boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların ödenmesine ilişkin açık kanun hükmü, bizi yargılama süresince iş ilişkisinin askıda geçerli olduğu düşüncesine götürmektedir. Öğretide de yargılama süresince, iş ilişkisinin sona ermediği, baştan itibaren devam ettiği savunulmakla birlikte; iş ilişkisinin, ne kadar süre devam edeceğine ilişkin tartışmalar da bulunmaktadır²².

İşe iade kararlarının inşai dava olup olmadığı, dolayısıyla davanın kabulü durumunda verilecek hükmün inşai hüküm olup olmadığının belirlenmesi için önemlidir. İnşai davaların temel özelliklerinin başında, dava konusu yenilik doğuran hakkın kullanılmasının yalnızca dava yoluyla ileri sürülmesine

²⁰ Centel, (2013). a.g.e. s. 151; M. Özkes, (2004). İş Kanunu'nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, s. 493; Özkes, (2005). a.g.e. s. 147; M. Özkes, (2006). İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları, s. 33.

²¹ B. Kuru ve A. C. Budak, (2010). Tespit Davaları, s. 49; E. Önen, (1981). İnşai Dava, s. 166; M. Sungurtekin Özkan, (2004). İnşai Karar ve Özellikleri, s. 560.

²² Centel, (2013). a.g.e. s. 168; E. Kara, (2008). İş Sözleşmesi İşveren Tarafından Geçerli Nedenle Feshi ve Sonuçları, s. 117; Özkes, (2005). a.g.e. s. 148; Süzek, (2014). a.g.e. s. 633; Yılmaz, (2010). a.g.e. s. 48.

bağlanmış olması gelmektedir²³. Ancak işe iade davalarında bu çeşit bir zorunluluk yoktur. Zira işveren, iş ilişkisini, yalnızca fesih bildiriminde bulunmakla sona erdirebilir. Öğretide genel kabul gören görüşe göre de, işe iade davaları sonucunda, feshin geçersizliğinin belirlenmesi ile yeni bir iş ilişkisi kurulmayıp, eski iş ilişkisinin devam ettiği tespit edilmektedir. Mahkemece, yapılan feshin geçersiz olduğuna ilişkin bir karar verilmesi halinde iş ilişkisinin akıbeti öğretide birtakım tartışmalara yol açmıştır. Zira mahkeme, feshin geçersizliğine karar vermekte; ancak iş ilişkisinin devam edip etmemesini birtakım şartlarla birlikte işverenin seçimine bağlamaktadır. İş Kanunu'nun 21. maddesine göre feshin geçersizliğine karar verildiği takdirde mahkeme, işe iadeye karar vermekte; ancak bunun için işçinin kararın tebliğinden itibaren on işgünü içerisinde işverene başvurusu gerekmektedir. Aksi halde geçersiz feshin geçerli hale gelmesi söz konusu olmaktadır. İşçinin başvurusu üzerine işveren de bir ay içerisinde işçiyi işe başlatmak zorunda olduğu belirtilse de, öte yandan işe başlatmama tazminatı ödeyerek, işverene, işçiyi işe başlatıp başlatmamak konusunda bir seçimlik hak tanınmıştır²⁴.

İşverenin bu seçimlik hakkına göre ya başvuruda bulunan işçiyi işe geri almalı ya da iş güvencesi tazminatı ödemelidir. İşveren, işçiyi işe başlatmazsa, iş sözleşmesi feshedilmiş olacak; ancak bu fesih, işe başlatmamaya ilişkin beyanda bulunulduğu tarihte veya bir aylık sürede herhangi bir beyanda bulunulmamışsa bir aylık sürenin sona erdiği tarihte yapılmış kabul edilecektir²⁵. Bu yönüyle işçinin işverene başvurusu kurucu yenilik doğuran bir hak; işverenin işe başlatmama yönünde yapacağı seçim de, bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğindedir²⁶.

Bu noktada mahkemece tespit edilecek feshin geçersizliğinin neyi ifade ettiği konusu da tartışmalıdır. Öğretide kimi yazarlar, bahsedilen geçersizliğin genel anlamdaki geçersizliği ifade etmeyip; feshin, yalnızca haklı nedenden farklı olarak kanuna aykırılığını belirtmek için kullanılan bir ifade olduğunu savunmaktadır. Çünkü genel anlamda geçersizlik kavramıyla feshin hiçbir sonuç doğurmaması, iş ilişkisinin baştan itibaren hiç kesilmemiş gibi devam

²³ Ertürk, (2009). a.g.e. s. 944; Kuru ve Budak, (2010). a.g.e. s. 49; Önen, (1981). a.g.e. s. 50; Sungurtekin Özkan, (2004). a.g.e. s. 544-555

²⁴ Canbolat, (2010). a.g.e. s. 128; Güven ve Aydın, (2013). a.g.e. s. 224; Eyrenci/Taşkent/ Ulucan, (2016). a.g.e. s. 205; Özekes, (2005). a.g.e. s. 155; Süzek, (2012). a.g.e. s. 65; Süzek, (2014). a.g.e. s. 631; Topal, (2008). a.g.e. s. 189; Aksi görüş için bkz. Demir, (2013). a.g.e. s. 352; Kara, (2008). a.g.e. s. 117-118; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, (2012). a.g.e. s. 946; M. Uçum, (2008). İşe iade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları, s. 52; G. Ürcan, (2008). Bireysel ve Toplu İş Hukukunda Tespit Davaları, s. 180.

²⁵ Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, (2011). a.g.e. s. 175; Canbolat, (2010). a.g.e. s. 128; Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat, (2014). a.g.e. s. 321; Kara, (2008). a.g.e. s. 123-124; Ü. Narmanlioğlu, (2014). İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, s. 523; Süzek, (2014). a.g.e. s. 636.

²⁶ Canbolat, (2010). a.g.e. s. 112.

etmesi söz konusu olacakken; burada bahsedilen geçersizlik kavramıyla işçiyi işe başlatma veya başlatmamaya göre farklı sonuçlar bağlandığından genel geçersizlik kavramından farklı bir anlam içerdiği savunulmaktadır²⁷.

Kara, feshin geçersizliği kavramı ile genel anlamda bir geçersizliğin söz konusu olacağını savunmaktadır. Bu durumda iş ilişkisi baştan itibaren tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracak ve işverence işe başlatılmama zamanına kadar devam edecektir²⁸. *Narmanlioğlu*'na göre, mahkeme veya özel hakem kararıyla tespit edilen feshin geçersizliği, kanunda açıkça öngörülmediğinden, Kanun, fesihle sona erdirilen önceki iş ilişkisini önceki şekliyle korumaz. İşçinin başvurusu üzerine işveren işçiyi işe başlatsa bile, yeni iş ilişkisi öncekinin devamı niteliğinde olmayıp eski iş sözleşmesinin hüküm ve şartlarını taşıyan ve işçinin kıdemini saklı tutan yeni bir iş ilişkisi niteliğindedir²⁹.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise İş Kanunu'nun 21. maddesinde bahsedilen geçersizlik kavramı ile genel anlamdaki geçersizlikten bahsedilmemekte; kendine özgü bir geçersizlik hali ortaya çıkmaktadır. Zira buradaki geçersizlik halinde yargının kararıyla doğrudan hüküm ve sonuçlarını doğuran bir geçersizlik hali söz konusu olmayıp; tarafların davranışlarına göre şekillenecek kendine özgü bir geçersizlik hali yaratılmıştır³⁰.

Geçersizlik kararının kapsamının tespiti özellikle kararın inşai nitelik taşıyıp taşımadığı yönünden değerlendirilmesi konusunda önem arz etmektedir. Öğretide, geçersizlik kararına ilişkin yazarların genel olarak birleştiği nokta, geçersizliğin tespitiyle iş ilişkisinin devam ettiği, bozulmuş olan iş ilişkisinin mahkeme kararı ile yeniden kurulmasının söz konusu olmadığı ve dolayısıyla verilen hükmün inşai nitelik taşımadığıdır³¹.

²⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, (2014). a.g.e. s. 319.

²⁸ Kara, (2008). a.g.e. s. 117; açıkça belirtmemekle birlikte Eyrenci/Taşkent/ULucan ve Günay'ın da bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır: bkz. Eyrenci/Taşkent/ULucan, (2016). a.g.e. s. 206; Günay, (2013). a.g.e. s. 128.

²⁹ Ü. Narmanlioğlu, (2010). İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Süresinde İşverene Başvuruda Bulunup Davet Edildiğinde İşe Başlamayan İşçinin Davranışına Bağlı Hukuki Sonuçlar, s. 17, 20; Narmanlioğlu, (2014). a.g.e. s. 522-523.

³⁰ Centel, (2013). a.g.e. s. 162; Ş. Demir, (2013). İş Hukukunda Geçersiz Feshin Sonuçları, s. 345; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, (2012). a.g.e. s. 946; Süzek, (2014). a.g.e. s. 632; Uçum, (2008). a.g.e. s. 45; tam olarak belirtmemekle birlikte Canbolat ve Özbek'in de bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır, bkz. Canbolat, (2010). a.g.e. s. 112,128; M. S. Özbek, (2012). İşe İade Davasında Davacı İşçinin Tedbiren İşe İadesi, s. 15.

³¹ Canbolat, (2010). a.g.e. s. 112,128; Centel, (2013). a.g.e. s. 162; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, (2014). a.g.e. s. 319; Demir, (2013). a.g.e. s. 345; Ertürk, (2009). a.g.e. s. 943-944; Eyrenci/Taşkent/ULucan, (2016). a.g.e. s. 206; Günay, (2013). a.g.e. s. 128; Kara, (2008). a.g.e. s. 117; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, (2012). a.g.e. s. 946; Özkes, (2004). a.g.e. s. 495; Özkes, (2005). a.g.e. s. 137; Süzek, (2014). a.g.e. s. 632; Ürcan, (2008). a.g.e. s. 182; E. Yılmaz, (2010). İşe İade Davasında Verilen Hükmün İcra Takibine Konulması, s. 48; aksi görüş için bkz. Özbek, (2012). a.g.e. s. 14-15.

Mahkeme kararının inşai nitelikte olmadığını belirledikten sonra diğer husus, verilen hükmün eda niteliğinde mi yoksa tespit niteliğinde mi olduğunun belirlenmesine ilişkin tartışmanın giderilmesine ilişkindir. Verilen hükmün eda hükmü olduğunun kabulü halinde doğrudan ilamlı icraya konu edilebilmesi söz konusu olacaktır. Verilen hükmün tespit niteliğinde olduğunun kabulü durumunda da, ancak ilamsız icraya konu edilmesi veya ikinci bir dava aracılığıyla ilamlı icraya konu edilebilmesi mümkün olacaktır. Dolayısıyla verilen hükmün icra edilebilmesi konusunda, niteliğinin belirlenmesi son derece önemlidir.

3. Verilen Kararların Niteliği Bakımından Eda Hükmü – Tespit Hükmü Durumu

a. Feshin Geçersizliği Kararı Yönünden

Mahkeme, yapılan feshin geçersiz bir fesih olduğunu düşünürse, davanın kabulüne hükmedecektir. Yapılan feshin geçerli olmadığı yönündeki karar, niteliği itibariyle klasik bir tespit hükmüdür. Çünkü mahkeme yalnızca feshin geçerli olup olmadığını tespit etmekte, herhangi bir eda hükmü kurmamaktadır. Bu durum mahkemenin feshin geçerli olduğu tespitiyle niteliği bakımından farklılık göstermemektedir.

Bununla birlikte İş Kanunu'nun 21. maddesi feshin geçersizliği kararının tespit niteliğinde olduğunu vurgulamakta ve tespite ilişkin bir takım sonuçlar öngörmektedir. Şöyle ki; feshin geçersizliğinin tespit edilmesiyle beraber; mahkeme, kanun gereği işçinin işe iade edilmesine ve boşta geçen süreye ait ücretin ödenmesine de hükmedecektir. Kanunun, bu tespit hükmüne birtakım neticeler bağlaması bu hükmü eda hükmü haline getirmekte midir? Öğretide bu soruya farklı yanıtlar verilmektedir.

Öncelikle eda ve tespit kararlarının ne anlama geldiğini değerlendirelim. Eda davaları, davalının bir şeyin yapılmasına veya yapılmamasına mahkûm edilmesinin talep edildiği davalardır (HMK m. 105). Eda davaları neticesinde davalının bir şeyi yapmaya veya yapmamaya mahkûm edildiği durumlarda verilen hüküm de eda hükmüdür. Tespit davaları ise, mahkemeden bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun veya bir belgenin sahteliğinin belirlenmesinin talep edildiği davalardır (HMK m. 106/1). Tespit davaları sonucunda mahkemenin bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığını ya da yokluğunu veya bir belgenin sahteliğini belirlediği kararlar da tespit hükmüdür. Buna göre işe iade davalarında mahkemeden talep edilen şeyin ne olduğuna bakmak gerekecektir. İşe iade davaları olarak adlandırılan işçinin açtığı, işverence yapılan feshin itiraz davalarında, mahkemeden asıl talep edilen, feshin geçersizliğinin tespitidir. Bununla birlikte İş Kanunu'nun 21. maddesine göre feshin geçersizliğinin tespiti halinde işveren, işçiyi işe başlatmak zorundadır. Bu durumda mahkeme, feshin geçersizliği halinde işe iade kararı

da vermeli midir? *Süzek*, işçinin işe iade talep etmemesi durumunda dahi, kanunun feshin geçersizliğine doğrudan hüküm bağlaması nedeniyle işe iade kararı verilmesi gerektiğini savunmaktadır³². Bizim de katıldığımız, diğer bir görüşe göre ise kanunun 21. maddesinde mahkemenin feshin geçersizliğine karar verdiği durumlarda, mahkemece ayrıca işe başlatmama tazminatına hükmedileceği belirtilmektedir. Bu durum işe iade kararı verilmesi için bir gereklilik olmayacağı gibi³³, işe iade kararı verilmesi de hatalı olacaktır. Zira işe iade kararı bir emir niteliği taşıyacağından, yani bir eda hükmü olacağından, işverenin işçiyi işe başlatma konusunda bir zorunluluğu olması halinde verilmesi gereken bir karar olacaktır. Ancak kanunda işverene işe başlatma veya iş güvencesi tazminatı ödemek konusunda bir seçimlik hak tanındığı için doğrudan bir eda hükmü verilemeyeceği kanaatindeyiz³⁴. Yargıtay bu konuda istikrarı sağlayamamakta; kimi kararlarında işe iade kararı verirken kimi kararlarında da yalnızca feshin geçersizliğinin tespiti ile yetinmektedir³⁵.

b. İşe İade Kararları Yönünden

Yargıtay ve yerel mahkemelerin işe iade kararının verilmesi gerektiği görüşünü benimsemesi sonucunda şu tartışmalar da gündeme gelecektir: Feshin geçersizliğine ilişkin kararın tespit niteliğinde olduğunu kabul ettiğimize göre; işe iadeye ilişkin karar da tespit niteliğinde olacak mıdır? Yoksa işe iade kararı eda niteliğinde midir?

Eda davaları sonucunda, mahkemeden davalıyı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya mahkûm etmesi istenildiğine yukarıda değinmiştik. Öte yandan eda davasında, mahkeme iddia konusu olaya ilişkin bir hakkın varlığını da tespit etmektedir. Dolayısıyla her eda hükmü, içerisinde bir tespit hükmünü de barındırır ve tespit davası eda davasının öncüsü durumundadır³⁶.

Durum bu olmakla beraber, eda davasında, verilen hükmün sonunda bir kimse, bir şeyi yapmaya veya yapmamaya zorlanabilir ve bu hak icra takibine konu edilebilir. Ancak işe iade davaları sonucunda işçinin işe iadesine karar

³² Süzek, (2014). a.g.e. s. 631; Benzer görüş, A. Duran, (2004). Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesi "Geçersiz Sebep ile Yapılan Feshin Sonuçları", s. 811; Yılmaz, (2010). a.g.e. s. 48.

³³ Yılmaz, (2010). a.g.e. s. 50.

³⁴ Benzer görüş için bkz. Centel, (2013). a.g.e. s. 162; Topal, (2008). a.g.e. s. 189; Yılmaz, (2010). a.g.e. s. 49.

³⁵ Yalnızca feshin geçersizliğine karar verilen kararlar için bkz. Yarg. 9. HD. 25.04.2016 T. 2015/30079 E. ve 2016/10273 K. sayılı kararı; Yarg. 22. HD. 27.04.2016 T. 2016/10557 E. ve 2016/12539 K. sayılı kararı; işe iade kararı verilen kararlar için bkz. Yarg. 9. HD. 14.04.2016 T. 2015/29051 E. ve 2016/9441 K. sayılı kararı; Yarg. 22. HD. 19.04.2016 T. 2016/8778-8780-8782 E. ve 2016/11473-11475-11477 K. sayılı kararları (<https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>).

³⁶ Aktepe, (2009). a.g.e. s. 86; B. Kuru, (2015). *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, s. 132-133. Kuru ve Budak, (2010). a.g.e. s. 69-70.

verilmekle birlikte; işveren işçiyi işe almaya zorlanamayacaktır. Aksi durum, işverenin yönetim yetkisiyle de bağdaşmayacaktır. Kimi zaman kopan iş ilişkilerinin devam etmesi sağlıklı da olmayabilir. Dolayısıyla kanun koyucu bu durumları gözeterek; ancak işçiyi koruma ilkesiyle çok da bağdaşmayacak şekilde, işverene işe başlatma veya iş güvencesi tazminatı ödeyerek, işe başlatmama seçimlik hakkını tanımıştır³⁷. Kanun koyucu işverene tanıdığı bu hakları da, işçinin işverene 10 işgünü içerisinde başvurmasına bağlamıştır. Yani eda hükmünün uygulaması tarafların birtakım davranışlarına bağlanmıştır. Bu durum da bir nevi şarta bağlı hüküm verilmesine yol açacaktır³⁸. Şarta bağlı hüküm verilirken verilemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Öğretideki yazarların büyük çoğunluğu şarta bağlı hüküm verilemeyeceği görüşündedir³⁹. Bizim de katıldığımız bu görüşteki yazarların temel dayanaklarından biri şarta bağlı hüküm verilmesi durumunda, kararın icrası sırasında birden fazla ihtimalin ortaya çıkacak olmasıdır. Bu durumla ilgili de İcra İflas Kanunu'nda herhangi bir düzenleme olmadığı için kararın icrası ya mümkün olmayacak ya da birçok sıkıntı ortaya çıkacaktır. Uygulamada çıkabilecek sorunlar göz önünde bulundurulduğunda feshin geçersizliğinin tespiti davalarında işe iade kararları verilmemeli; verilse dahi bu durumda verilen hükmün, eda hükmü niteliği taşımayacağı ve feshin geçersizliğine ilişkin tespit kararına bağlı bir ikincil tespit niteliğinde olacağı kabul edilmelidir⁴⁰.

c. İş Güvencesi Tazminatı Yönünden

Mahkeme feshin geçersizliğini tespit ettiği durumlarda ayrıca işe başlatmama durumunda ödenecek tazminata da hükmedecektir. Zira İş Kanunu'nun 21/2. maddesinde bu durum açıkça hüküm altına alınmıştır. İşçi, dava açarken iş güvencesi tazminatını talep etmese dahi, mahkeme feshin geçersiz olduğuna karar verdiği durumda işe başlatmama durumunda ödenecek tazminata da hükmedecektir⁴¹. Feshin geçersizliğinin tespiti yanında

³⁷ Canbolat, (2010). a.g.e. s. 128; Güven ve Aydın, (2013). a.g.e. s. 224; Eyrenci/Taşkent/ Ulucan, (2016). a.g.e. s. 205; Süzek, (2012). a.g.e. s. 65; Süzek, (2014). a.g.e. s. 631; Topal, (2008). a.g.e. s. 189; Aksi görüş için bkz. Demir, (2013). a.g.e. s. 352; Kara, (2008). a.g.e. s. 117-118; Mollamahmutoglu ve Astarlı, (2012). a.g.e. s. 946; Uçum, (2008). a.g.e. s. 52; Ürcan, (2008). a.g.e. s. 180.

³⁸ Özkes, (2005). a.g.e. s. 138.

³⁹ C. Akil, (2012). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi, s. 11-14; Kuru, (2015). a.g.e. s. 353; S. Tanriver, (1998). Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu, s. 49; Özkes, (2004). a.g.e. s. 497-498; Özkes, (2005). a.g.e. s. 154; Aksi yönde görüş için bkz. N. Boran Güneysu, (2014). Medenî Usûl Hukukunda Karar, s. 128; İ. E. Postacıoğlu, (1941). Şarta Muallâk Hükümler, s. 114'ten aktaran Boran Güneysu, s. 119.

⁴⁰ Centel, (2013). a.g.e. s. 162; Yılmaz, (2010). a.g.e. s. 48. Karşıt görüş için bkz. Özkes, (2004). a.g.e. s. 495; Özkes, (2005). a.g.e. s. 148.

⁴¹ Aktepe, (2009). a.g.e. s. 87; Güven ve Aydın, (2013). a.g.e. s. 221; Korkmaz ve Alp, (2014). a.g.e. s. 218; Mollamahmutoglu ve Astarlı, (2012). a.g.e. s. 954; Narmanlıoğlu, (2014). a.g.e.

belirlenecek iş güvencesi tazminatının niteliği ve hükümde ne şekilde yer alacağı da tartışmalıdır. Öğretide işverenin işe başlatmaması durumunda ödenecek, en az dört ve en çok 8 aylık ücret tutarındaki tazminatın belirlenmesine ilişkin kararın, yalnızca zararın tespitine yönelik ve dolayısıyla da tespit niteliğinde olduğu görüşü savunulmaktadır⁴². Ayrıca verilecek karar işçinin süresinde başvurusu ve işverenin işe başlatmaması şartlarına bağlı olduğundan, icra marifetiyle takibi sıkıntılı olacaktır. Dolayısıyla iş güvencesi tazminatı, diğer adıyla işe başlatmama tazminatı, yalnızca süre olarak belirlenecek, miktara ilişkin bir belirleme yapılmayacak ve ilamlı icraya konu edilemeyecektir⁴³. Nitekim Yargıtay da işe başlatmama durumunda belirlenecek tazminatın ve boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağının tespit niteliğinde olduğundan miktar belirtmeksizin, yalnızca süre olarak belirlenmesinin yeterli olup icrai nitelikte hüküm kurulmasının yanlış olduğu görüşündedir⁴⁴.

İş güvencesi tazminatının belirlenmesi için esas olacak ölçütlerin ne olacağı da iş güvencesi hükümlerinin getirildiği ilk zamanlarda karışıklığa yol açmışsa da, artık Yargıtay kararları neticesinde uygulamada birlik sağlanmıştır. Buna göre mahkeme işe başlatmama durumunda ödenecek tazminatı belirlerken, her somut olayda fesih nedeni ve işçinin kıdemine göre bir süre tayin edecektir⁴⁵. Bununla beraber feshin sendikal nedene dayanması halinde belirlenecek tazminat işçinin bir yıllık ücretinden az olamayacaktır (STİSK m. 25/4)⁴⁶.

Sendikal nedenle fesihle hükmedilecek sendikal tazminat kararı nitelik olarak iş güvencesi tazminatından farklıdır. Zira burada belirlenecek tazminatın ödenmesi, işçinin başvurusu, işçinin işe başlatılması veya başlatılmamasına göre farklı sonuçlar doğurmamaktadır. 6356 sayılı kanunun 25/5. maddesinde bu durum şu şekilde izah edilmiştir: "...işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata

s. 529; Özekes, (2005). a.g.e. s. 135-136; Soyer, (2005). a.g.e. s. 63; Süzek, (2014). a.g.e. s. 639.

⁴² Aktepe, (2009). a.g.e. s. 87; Centel, (2013). a.g.e. s. 185-186; Demir, (2013). a.g.e. s. 343; Özekes, (2004). a.g.e. s. 495; Özekes, (2005). a.g.e. s. 148; Yılmaz, (2010). a.g.e. s. 49.

⁴³ Süzek, (2012). a.g.e. s. 65-66; aksi görüş için bkz. Duran, (2004). a.g.e. s. 810.

⁴⁴ Yarg. 7. HD. 12.10.2015 Tarih, E. 2015/15303, K. 2015/19011 sayılı kararı; Yarg. 9. HD. 17.03.2016 Tarih, E. 2015/34562, K. 2016/6447 sayılı kararı; Yarg. 22. HD. 08.03.2016 Tarih, E. 2016/4700, K. 2016/6905 sayılı kararı (<https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasilmtemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>; Çelik /Caniklioğlu /Canbolat, (2014). a.g.e. s. 322.

⁴⁵ Mollamahmutoğlu ve Astarlı, (2012). a.g.e. s. 954; Narmanlıoğlu, (2014). a.g.e. s. 528; Özekes, (2005). a.g.e. s. 149; Soyer, (2005). a.g.e. s. 61 - 62; K. Tunçomağ ve T. Centel, (2015). İş Hukukunun Esasları, s. 208; Yılmaz, (2006). a.g.e. s. 26; Yarg. 22. HD. 27.04.2016 T. 2016/10557 E. ve 2016/12539 K. sayılı kararı (<https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasilmtemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>).

⁴⁶ Tazminatın belirlenmesi ve sendikal nedenin varlığı durumunda ödenecek tazminata ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. Ş. Çil, (2008). Kesinleşen İşe İade Davasının Sonuçları, s. 49-53.

karar verilir". Dolayısıyla sendikal nedenle fesih durumunda hükmedilecek sendikal tazminatın icrasında herhangi bir şart bulunmamaktadır. Bu nedenle, işe iade davası açılmaksızın doğrudan sendikal tazminat talep edilen davalarda, işe iadeye ilişkin bir tespit kararı verilmediğinden, hükmedilecek karar, eda hükmü niteliğinde olacaktır⁴⁷. İşe iade davasıyla birlikte sendikal tazminat talep edilen davalarda ise; sendikal tazminatın icrası herhangi bir şarta bağlı olmayacağından, sendikal tazminata ilişkin hüküm likit olarak belirlenmiş, doğrudan icraya konulabilen bir eda hükmü niteliğinde olmalıdır⁴⁸. Ancak Yargıtay bu davalarda da hükmedilen sendikal tazminatın, iş güvencesi tazminatı gibi likit olarak değil, yalnızca süre olarak belirlenmesi dolayısıyla da tespit niteliğinde olduğu görüşündedir⁴⁹.

d. Boşta Geçen Süreye Ait Ücrete İlişkin Karar Yönünden

Mahkemece feshin geçersizliği tespit edildiği durumda, işçinin çalıştırılmadığı döneme ait en çok dört aylık ücretinin ve diğer haklarının da kendisine ödenmesinin hüküm altına alınması gerekir (İş Kanunu m. 21/3). Kanun koyucu bu düzenlemeyi işçinin yargılama sürdüğü dönemde çalıştırılmaması nedeniyle bir mağduriyetle karşılaşmasını önlemek amacıyla getirmiştir. Bu iyi niyetli yaklaşımla beraber kanun koyucunun uygulamaya dönük gerçekçi bir yaklaşım sergilediğini de söylemek mümkün değildir. Zira uygulamada, işe iade davaları dört aydan daha uzun sürmekte; kararlar bir yılı aşan sürelerde kesinleşebilmektedir⁵⁰.

Boşta geçen süreye ait ücret de iş güvencesi tazminatı gibi, talep edilmese dahi hüküm altına alınacaktır⁵¹. Kanun koyucunun bu yaklaşımı kanımızca oldukça yerindedir. Çünkü hükmün işçinin boşta kaldığı sürede bir mağduriyet yaşamasının engellenmesi amacıyla getirildiği göz önünde bulundurulduğunda talep edilmese de boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların ödenmesi yerinde olacaktır.

Boşta geçen süreye ait ücretin belirlenmesinde kıstas alınacak süre, yargılama süresidir. Yargılamanın dört aydan kısa sürmesi halinde mahkeme

⁴⁷ Süzek, (2014). a.g.e. s. 649.

⁴⁸ Aynı yönde bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, (2014). a.g.e. s. 650.

⁴⁹ Yarg. 7. HD. 22.02.2016 Tarih, E. 2016/504, K. 2016/3948 sayılı kararı; Yarg. 9. HD. 30.05.2016 Tarih, E. 2015/31977, K. 2016/12709 sayılı kararı; Yarg. 22. HD. 02.06.2016 Tarih, E. 2016/13392, K. 2016/16033 sayılı kararı (<https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>).

⁵⁰ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, (2016). a.g.e. s. 204,206; Güven ve Aydın, (2013). a.g.e. s. 219; Süzek, (2014). a.g.e. s. 622; Uçum, (2008). a.g.e. s. 46.

⁵¹ Güven ve Aydın, (2013). a.g.e. s. 221; Kara, (2008). a.g.e. s. 131; Korkmaz ve Alp, (2014). a.g.e. s. 219; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, (2012). a.g.e. s. 957; Süzek, (2014). a.g.e. s. 641; alınmaması gerektiğine dair görüş için bkz. Özekes, (2005). a.g.e. s. 136; Soyer, (2005). a.g.e. s. 63.

yargılamanın süresine göre boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların ödenmesine karar verecektir. Ancak mahkemenin dört aydan uzun sürmesi durumunda en çok dört aylık ücret ve diğer haklara hükmedilecektir. Bu sürenin belirlenmesi konusunda hâkime herhangi bir takdir hakkı tanınmamıştır. Zira bu hüküm amir hüküm niteliğindedir⁵².

Boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların ödenmesine ilişkin kararın niteliği de öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlar kanundaki “ödenir” ibaresinden boşta geçen süreye ilişkin kararın eda niteliğinde olduğunu savunmaktadır⁵³. Diğer bir görüş ise Yargıtay uygulamalarından hareketle, boşta geçen süreye ait ücretin miktar olarak değil ay olarak hesaplanmasından dolayı eda hükmü niteliği olmadığı görüşündedir⁵⁴. Ayrıca, yine bu hükmün, işçinin işverene başvurması şartına bağlı olarak icra edilebilmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki kararın kesinleşmesinden ve işçiye tebliğinden itibaren 10 işgünü içerisinde, işçi işverene başvurmazsa fesih geçerli hale geleceğinden bu noktada hükmedilen boşta geçen süreye ait ücret de istenemeyecektir⁵⁵. Mahkemece verilecek hükmün, şarta bağlı olarak verilemeyeceğinden yukarıda bahsetmiştik. Dolayısıyla mahkemece verilen bu hükmün eda niteliğinde olduğunu düşünmek, bazı sorunlara yol açabilecektir. Yargıtay’ın boşta geçen süreye ait ücretin de iş güvencesi tazminatı gibi, miktar olarak hesaplanması yerine, yalnızca süre olarak belirlenmesinin yani icrai nitelik kazandırılmamasının yeterli ve uygun olduğu görüşünde olduğunu yukarıda belirtmiştik.

C. VERİLEN HÜKMÜN İCRA TAKİBİNE KONU EDİLMESİ

Yargıtay, mahkemece yapılan feshin geçersizliği tespitinin ve buna bağlı olarak; işe iade, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklara ilişkin kararların tümünün tespit niteliğinde olduğu görüşündedir. Hükmün, yargılama giderleri ve vekâlet ücreti hakkındaki kısmının eda niteliğinde olduğu tartışmasızdır. Mahkemece bir feshin geçersizliği davasında, davanın kabulü halinde verilecek kararlardan, yalnızca vekâlet ücreti ve yargılama giderlerine ilişkin kısmın eda niteliğinde; diğer tüm kısımların tespit niteliğinde olduğu Yargıtay’ın uygulaması sonucu yerleşmiştir⁵⁶.

Niteliği itibariyle eda hükmü içeren ilamlar ilamlı icraya konu edilebilir⁵⁷. Ayrıca İcra İflas Kanunu’nun 24 ve devamı maddelerinde, hangi ilamların

⁵² Centel, (2013). a.g.e. s. 169; Çil, (2008). a.g.e. s. 54; Kara, (2008). a.g.e. s. 130; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, (2012). a.g.e. s. 957; Yarg. 9. HD. 01.03.2010 Tarih, E. 2010/2982, K. 2010/5326 sayılı kararı.

⁵³ Aktepe, (2009). a.g.e. s. 89; Özekes, (2004). a.g.e. s. 496.

⁵⁴ Demir, (2013). a.g.e. s. 343; Yılmaz, (2010). a.g.e. s. 49.

⁵⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, (2014). a.g.e. s. 321-322; Süzek, (2014). a.g.e. s. 633.

⁵⁶ Özekes, (2006). a.g.e. s. 33-34.

⁵⁷ B. Kuru, (2016). İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, s. 284.

ilamlı icraya konu edilebileceği açıklanmıştır. Buna göre bir menkulün teslimi (m. 24), çocuk teslimi (m. 25), gayrimenkul tahliye ve teslimi (m. 26 vd.), bir işin yapılması veya yapılmaması (m. 30), irtifak hakları (m. 31), para ve teminat verilmesi (m. 32) hakkındaki ilamlar ilamlı icraya konu edilebilecektir.

Feshin geçersizliğinin tespitine ilişkin davalarda, diğer ismiyle işe iade davalarında, mahkemece verilecek hükmün tespit niteliğinde olduğunun Yargıtay ve yerel mahkemelerce kabul edildiğine değinmiştik. Tespit hükümleri de İcra İflas Kanunu uyarınca ilamlı icraya konu olamamaktadır⁵⁸. Dolayısıyla mahkemece verilen feshin geçersizliğinin tespiti, işe iade, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların ödenmesine ilişkin kararlar doğrudan ilamlı icraya konu olamayacaktır. Ancak mahkemece verilecek kararların, yargılama giderleri ve vekâlet ücretine ilişkin kısmı, doğrudan eda hükmü içerdiği için, ilamlı icraya konu olabilecektir⁵⁹. Hükmün bu kısmı İcra İflas Kanunu madde 32 anlamında para ve teminat verilmesi hakkında olduğundan ilamlı icraya konu olabilecek bir karardır.

Sendikal nedenle yapılan fesihlerde hükmedilen sendikal tazminata ilişkin kararların icrasına ayrıca değinmek yerinde olacaktır. Zira bu davalar sonucunda, diğer fesihlerden farklı olarak, sendikal tazminatın ödenmesi herhangi bir şarta bağlı olmamaktadır. Dolayısıyla hükmedilecek sendikal tazminatın da süre olarak değil, likit olarak belirlenmesi ve doğrudan ilamlı icrayla takip edilebilecek hale getirilmesi yerinde olacaktır⁶⁰. Bu uygulama, işçiler açısından süre ve para tasarrufu olacak ve mahkemelerin iş yükünü azaltacaktır. Ancak yukarıda değindiğimiz üzere Yargıtay, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin sendikal nedenle feshi halinde hükmedilecek tazminatın da yalnızca miktar olarak belirlenmesi taraftarı olduğundan, şu durumda verilecek hükmün sendikal tazminata ilişkin bölümü de doğrudan ilamlı icraya konu edilemeyecektir.

Hükmün yargılama giderleri ve vekâlet ücreti haricinde kalan kısmı, ilamsız icraya konu olabilecektir. Zira tespit hükmü İcra İflas Kanunu uyarınca ilamlı icraya konu olabilecek nitelikte bir belge değildir. İlamlı icra yoluyla takip başlatılması halinde borçlunun şikâyeti üzerine (m. 16 vd.) icra emri iptal edilebilecektir⁶¹.

İlamsız icraya konu yapılabilen bu kısım açısından, birtakım sorunlar da

⁵⁸ B. Kuru, (2016). İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, s. 284; Özkes, (2006). a.g.e. s. 34; T. Uyar, (2014). İlama Aykırı Yapılan İcra Takiplerinin İptali, s. 479-480.

⁵⁹ Özbek, yargılama giderleri ve vekâlet ücretinin asıl alacağa bağlı fer'i nitelikte alacaklar olduğunu ve bu nedenle işe iade kararları tahsil edilebilir olmadan yani kesinleşmeden ilamlı icraya konulamayacağını savunmaktadır. Daha detaylı bilgi için bkz. Özbek, (2008). a.g.e. s. 18 vd.

⁶⁰ Aynı yönde bkz. Süzek, (2014). a.g.e. s. 649-650.

⁶¹ Yılmaz, (2010). a.g.e. s. 51.

doğabilecektir. İlamsız icra takibi işverenin itirazı üzerine duracaktır. Bu durumda işçinin takibin devamını sağlamak için başvurabileceği yol olarak itirazın iptali (m. 67) veya itirazın kaldırılması (m. 68) yolları öngörülmüştür. Ancak itirazın kaldırılması yolu işe iade davaları sonucunda verilen tespit hükümleri açısından uygulanabilir bir yol değildir (m. 68/1 ve 68/a). Zira hükümde, alacaklar miktar olarak belirtilmeyip, yalnızca süre olarak belirlendiğinden ve verilen tespit hükmü, yetkili makamlarca verilmiş olsa da kayıtsız şartsız bir borç ikrarını içermediğinden, itirazın kaldırılması için kullanılacak bir belge olmayacaktır⁶². Dolayısıyla işçinin takibe devam edebilmesi için elinde kalan tek yol genel mahkemelerde itirazın iptali davası açmak olacaktır.

İtirazın iptali davasında, işçinin elindeki ilama rağmen, davasının reddi de mümkün olabilecektir⁶³. İşçinin alacağını doğru olarak hesaplayamaması veya işverene başvuruda bulunmaksızın icra takibi yoluna gitmesi durumlarında itirazın iptali davasının kısmen veya tamamen reddi mümkündür. İşçinin işverene başvuruda bulunması, tespit hükmünün geçerliliğini doğrudan etkilediğinden; bu başvuruyu yapmaksızın icra takibine başvurması haklı olarak görülemez. Çünkü işçi 10 işgünü içerisinde işverene başvurmazsa geçersiz sayılan fesih geçerli hale gelecektir (İş Kanunu m. 21/5). İşçinin böyle bir başvuru yapmaksızın icra takibine başvurması durumunda davanın reddi ile birlikte şartları oluşmuşsa kötü niyet tazminatına da mahkûm edilebilir. Ancak bunun için işçinin davasının reddedilmesinin yanında kötü niyetli olması ve borçlu işverenin de talepte bulunmuş olması gereklidir (m. 67/2). Ancak uygulamada genellikle işçi aleyhine kötü niyet tazminatına hükmedilmediği görülmektedir⁶⁴.

Bununla beraber, itirazın iptali davası sonunda haklı görülen işçinin davasının kabulü yanında, işverenin icra inkâr tazminatına mahkûm edilmesi de söz konusu olabilecektir⁶⁵. İcra İflas Kanunu madde 67/2 uyarınca işçinin talepte bulunmuş olması ve itirazın iptali davasının kabul edilmesi halinde, işveren aleyhine icra inkâr tazminatına hükümlenacaktır. Bu durum ilamsız icra takibinin itiraz üzerine durması dezavantajına karşın, işçi lehine bir durum yaratan, olumlu yanı olarak kabul edilebilir. Hatta Özekes, “kötü niyetli işveren aleyhine HUMK madde 421 (HMK m. 329 olarak anlaşılmalıdır) uyarınca vekâlet ücreti olarak asgari ücret tarifesi dışında işçinin avukatıyla yaptığı vekâlet sözleşmesinde öngörülen vekâlet ücretinin ödenmesine de

⁶² Centel, (2013). a.g.e. s. 187; Özekes, (2004). a.g.e. s. 507-508; Özekes, (2006). a.g.e. s. 34; Yılmaz, (2010). a.g.e. s. 51.

⁶³ Özekes, (2006). a.g.e. s. 35.

⁶⁴ Takdire bağlı konular üzerinden işe başlamayan işçi aleyhine kötü niyet tazminatına hükmedilmemesi gerektiğine dair bkz. Centel, (2013). a.g.e. s. 188; işçinin hangi durumlarda kötü niyetli olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin örnekler için bkz. Özekes, (2006). a.g.e. s. 35-36.

⁶⁵ Özekes, (2006). a.g.e. s. 36-37.

karar verilebileceğini” düşünmektedir⁶⁶. Bu durumlar işverenin kötü niyetli olarak itiraz etmesini ve takibi durdurmasını engelleyici hükümler olarak düşünülebilir.

Öte yandan ilamlı icra takibi yolundan faydalanmak isteyen işçi, tespit hükmü ile birlikte yeni bir dava açarak, mahkemenin eda hükmü vermesini de sağlayabilecektir. Bunun için öncelikle işverene başvuruda bulunması ve işverenin işe başlatmama iradesini örtülü ya da açıkça ortaya koyması gerekmektedir. Daha sonra da süre olarak kararlaştırılan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların miktar olarak belirlenmesi ve ödenmesine ilişkin bir dava açılması gerekir. Açılacak bu dava sonunda işçinin elinde doğrudan para ödenmesine ilişkin (İcra İflas Kanunu m. 32 vd.) bir ilam olacak ve bu ilam, ilamlı icraya konu edilebilecektir.

Alacakların ilamlı icra yoluyla takibinin de dezavantajı olarak ikinci bir dava açılması ve sürecin uzaması gösterilebilir. Bununla birlikte, yeni bir dava açmak için ayrıca masraf yapacak olan ve çalışmadığı sürece ücretini alamayan işçi için, bu ikinci dava başvurulması meşakkatli bir süreç olabilecek ve bu durum, usul ekonomisi ilkesiyle bağdaşmayacaktır.

D. SONUÇ OLARAK

İşe iade kararları sonucunda verilen hükmün tespit niteliğinde olması uygulamada birtakım sıkıntılara yol açmaktadır. Özellikle verilen hükmün doğrudan ilamlı icraya konu edilememesi neticesinde işçiler alacaklarının tahsilinde sıkıntılar yaşamakta ve alacaklarını geç tahsil edebilmektedirler.

Özellikle yapılan düzenlemeye göre, verilen hükmün sonuçlarının işçinin, işverene yapacağı işe iadeye ilişkin başvuruya bağlanması ve işçinin işverene başvurmaması durumunda yapılan feshin geçerli hale gelmesine ilişkin düzenleme kanun yapma tekniği ve hukuk mantığıyla bağdaşmamaktadır. Zira mahkemece geçersizliğine karar verilen bir feshin sonradan işçinin davranışına bağlı olarak geçerli olması, sağlıklı bir kanun hükmü değildir.

Öte yandan boşta geçen süreye ilişkin yalnızca dört aylık ücretin ödenmesi de iş hukukunun temel prensibi olan daha güçsüz konumdaki işçinin korunmasıyla bağdaşan bir düzenleme değildir. Çünkü yargılamanın uzaması işverenin lehine olacağından, işveren elinden geldiğince yargılamayı uzatmaya çalışacaktır.

İşçiye koruma temelli iş hukukunda, işçinin yaşayacağı mağduriyetlerin önlenmesi gereklidir. Ancak söz konusu düzenlemede işverene seçimlik hak tanınması, işçinin mağduriyet yaşamaması için işverene başvuruda bulunması ve bu başvuru ile işe davetlerin çoğu zaman samimi olmaması, kanun koyucunun

⁶⁶ Özkes, (2004). a.g.e. s. 506-507.

iş ilişkisinin devam etmesi hakkındaki amacının somutlaştırılmadığının göstergesidir.

Kanun yaparken, maddi konulara ilişkin düzenlemelerde, usul hukukuna ilişkin temellerin göz ardı edildiği ve usul hukukçularından fazla yararlanılmadığı ortadadır. Öncelikle kanun yaparken, maddi hükümlere ilişkin konularda da usul hukukçularından görüş alınmalıdır. Elbette kanun koyucunun tüm ihtimalleri göz önünde bulundurması beklenemez; ancak kanun yapıldıktan sonra ortaya çıkan aksaklıkların da gerekli değişiklikler yapılarak giderilmesi gerekmektedir.

Somut inceleme konusunda işe iadeye ilişkin kararlara şüpheye yer bırakmayacak şekilde eda hükmü niteliği kazandırılması ve işverene daha sonradan başvuru yapılması şartına bağlanmaksızın hükme bağlanması ya da seçim hakkının güçsüz konumda bulunan işçiye tanınması, iş güvencesi hükümlerinin getirilmesi amacına daha uygun olacaktır. Böylece işçi, işe iade davalarında, mahkemece verilecek hükmü, doğrudan ilamlı icraya koyabilmeli ve işçinin mağduriyeti giderilmelidir. Zira işe iade davalarının büyük çoğunluğunda yargılama yükü nedeniyle dahi olsa bilirkişi incelemesine gidilmektedir. Gerçekten bilirkişi incelemesine başvurulması gerekli bir hal olan likit tazminat hesabı için bilirkişi incelemesine gidilmeli; bu sayede ikinci bir dava açılması önlenerek mahkemelerin gereksiz yere meşguliyeti engellenmelidir.

Bu noktada öncelikle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasındaki işçinin başvurmaması halinde geçersizliği tespit edilen feshin geçerli hale geleceğine ilişkin hüküm kanundan çıkarılmalıdır. Ardından kanuna yeni bir hüküm getirilerek, yargılamanın başında ihsası reye mahal vermeyecek şekilde, işverene işçiye işe iade edip etmeyeceği hususu sorulmalı; eğer işe iade etmeme kararında bulunursa doğrudan, likit olarak iş güvencesi tazminatına hükmedilmelidir. İşverenin işçiye işe iade etme kararını bildirip, uygun bir süre içerisinde fiilen işe başlatmaması durumunda ise; yine likit olarak belirlenecek alternatif tazminatın yazılı ihtar ile muaccel hale gelmesi sağlanmalıdır. Bu durumda icra müdürlüğü tazminatın muacceliyet şartı olarak yazılı ihtarın varlığına bakacak; eğer ihtar varsa hükmün ilamlı icraya konu edilebilir olduğuna karar verebilecektir. Eğer ki işveren işe başlatmaya hazır olduğunu bildirdiği halde işçi işe başlamazsa; bu durumda işverene devamsızlık neticesinde haklı nedenle derhal fesih imkânı doğacaktır. Ayrıca işçi kötü niyetli olarak, işe başlamadığı halde hükmün tazminata ilişkin kısmını ilamlı icra yoluyla takibe koyması halinde, tazminat genel hükümlere göre iade olunabilecektir. Bu şekilde, mahkemelerin iş yükü önemli ölçüde azalabilecek ve işçilerin de tazminatlarının gecikmesi suretiyle yaşayacakları mağduriyetlerin önüne geçilebilecektir.



YARARLANILAN KAYNAKLAR

Akil, C. (2012). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S. 4, s. 1-18.

Aktepe, S. (2009). İş İade Davalarının Medenî Usûl Hukuku İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Özel Sayı: 2009, s. 63-101.

Aktay, A. N. / Arıcı, K. / Senyen Kaplan, E. T. (2011). İş Hukuku (Yenilenmiş 4. Baskı), Ankara: Gazi Kitabevi.

Baskan, E. (2013). *6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi*. Ankara: Turhan Kitabevi.

Boran Güneysu, N. (2014). *Medenî Usûl Hukukunda Karar*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Canbolat, T. (2010). İş İade Kararlarının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve İstanbul Barosu İş Güvencesi ve İş İade Davaları Semineri*, İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Yayınları, s. 83-134.

Centel, T. (2013). İş Güvencesi. İstanbul: Legal Yayıncılık.

Çelik, N. / Caniklioğlu, N. / Canbolat, T. (2014). İş Hukuku Dersleri (Yenilenmiş 27. Bası). İstanbul: Beta Yayınları.

Çil, Ş. (2008). Kesinleşen İş İade Davasının Sonuçları, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 66 S:1, s. 44-86.

Demir, Ş. (2013). İş Hukukunda Geçersiz Feshin Sonuçları, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/3, s. 339-367.

Doğan, G. (2014). Ayrımcılık Tazminatı Sendikal Tazminat (Dayandıkları Esaslar ve Farklılıkları), *Ankara Barosu Dergisi* 2014/1, s. 361-390.

Duran, A. (2004). Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesi "Geçersiz Sebep ile Yapılan Feshin Sonuçları", *Legal İSGHD*, C. 1 S. 3, s. 809-815.

Ertürk, Ş. (2009). İş İade Davalarına İlişkin Yasal Düzenleme ve Uygulamanın Yarattığı Sorunlar, *Legal İSGHD*, C. 6, S. 23, s. 939-962.

Eyrenci, Ö. / Taşkent, S. / Ulucan, D. (2016). *Bireysel İş Hukuku (7. Baskı)*. İstanbul: Beta Yayınları.

Gerek, H. N. (2010). 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında İş Güvencesi, *TÜHİS*, C. 23, S. 2-3, s. 1-16.

- Günay, C. İ. (2013). İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri (Güncellenmiş 4. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Güven, E. ve Aydın, U. (2013). *Bireysel İş Hukuku (Gözden Geçirilmiş 4. Baskı)*. Eskişehir: Nisan Kitabevi.
- Kar, B. (2005). İş Güvencesi Kavramı, *Legal İSGHD, C.2, S. 6*, s. 559-567.
- Kara, E. (2008). İş Sözleşmesi İşveren Tarafından Geçerli Nedenle Feshi ve Sonuçları, Ankara: Bilge Yayınları.
- Korkmaz, F. ve Alp, N. S. (2014). *Bireysel İş Hukuku (Güncellenmiş 2. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Kuru, B. ve Budak, A. C. (2010). *Tespit Davaları*. İstanbul: XII Levha Yayınları.
- Kuru, B. (2015). *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Kuru, B. (2016). *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Manav, E. (2010). İş Hukukunda Geçersiz Feshin Hukuken Geçerli Fesih Sayıldığı Haller, *Kamu-İş, C. 11 S. 2*, s. 1 - 21.
- Mollamahmutoğlu, H. ve Astarlı M. (2012). İş Hukuku (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Narmanlıoğlu, Ü. (2010). İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Süresinde İşverene Başvuruda Bulunup Davet Edildiğinde İşe Başlamayan İşçinin Davranışına Bağlı Hukuki Sonuçlar, *Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2010, S. 19*, s. 12-27.
- Narmanlıoğlu, Ü. (2014). İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I (Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı), İstanbul: Beta Yayınları.
- Önen, E. (1981). *İnşaf Dâva*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 459.
- Özbek, M. S. (2012). İşe İade Davasında Davacı İşçinin Tedbiren İşe İadesi, *Çalışma ve Toplum, 2012/4*, s. 11-40.
- Özekes, M. (2004). İş Kanunu'nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, *75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Ankara: TBB, s. 479-514.
- Özekes, M. (2005). Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı- İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları*. İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 131-170.
- Özekes, M. (2006). İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları, *Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, S. 4*, s. 32-38.

- Soyer, P. (2005). Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı- İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları*. İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 27-69.
- Sungurtekin Özkan, M. (2004). İnşai Karar ve Özellikleri, *75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Ankara: TBB, s. 553-576.
- Süzek, S. (2012). Feshin Geçersizliği Davasında Yargılama Süreci ve Ortaya Çıkan Olguların Davaya Etkisi, *Legal İSGHD, C. 9, S. 35*, s. 57-75.
- Süzek, S. (2014). İş Hukuku (Yenilenmiş 10. Baskı). İstanbul: Beta Yayınları.
- Tanrıver, S. (1998). Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu, *BATİDER, 1998/30, S. 4*, s. 45-50.
- Topal, G. (2008). İş Kanununa Göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Tuncay, A. C. ve Savaş Kutsal, B. (2015). *Toplu İş Hukuku (4. Bası)*. İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Tunçomağ, K. ve Centel, T. (2015). İş Hukukunun Esasları (7. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Uçkan Hekimler, B. (2015). Anayasa Mahkemesi'nin Sendikal Haklara İlişkin İptal Kararlarının Genel Bir Değerlendirmesi, *Çalışma ve Toplum 2015/4*, s. 11-34.
- Uçum, M. (2005). İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı- İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları*. İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 72-93.
- Uçum, M. (2008). İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları, *Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 11*, s. 43-58.
- Uyar, T. (2014). İlama Aykırı Yapılan İcra Takiplerinin İptali, *Ankara Barosu Dergisi, 2014/2*, s. 477-488.
- Ürcan, G. (2008). *Bireysel ve Toplu İş Hukukunda Tespit Davaları*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi.
- Yılmaz, E. (2006). İşe İade Davalarında Yargılama Usulü ile İlgili Özellikler, *Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, S. 4*, s. 20-31.
- Yılmaz, E. (2010). İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması, *Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010, S. 17*, s. 45-52.
- Yorgun, S. (2016). Anayasa Mahkemesinin 6356 Sayılı Yasaya İlişkin Kararının Sendikal Özgürlükler Boyutuyla Değerlendirilmesi, *Çalışma ve Toplum, 2016/3*, s. 1171-1202.

TÜRK CEZA ÖĞRETİSİ VE UYGULAMASINDA ETKİN PİŞMANLIK

Effective Repentance in Turkish Criminal Doctrine and Practice

Arş. Gör. Mehmet GÖDEKLİ*

Geliş Tarihi: 03.08.2016 Kabul Tarihi: 27.10.2016

ÖZET

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde etkin pişmanlık öğretide ve yargı kararlarında suçun tamamlanmasından sonra failin iradi olarak neticenin gerçekleşmesini önlemesi biçiminde kabul edilmekteydi. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde ise etkin pişmanlık, suçun tüm unsurlarıyla tamamlanmasından sonraki aşamada failin pişmanlık duymasını ifade etmektedir. Bu çalışmada etkin pişmanlığın 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu özelinde nasıl ele alındığı konu edilmektedir. Bu kapsamda öncelikle etkin pişmanlık kavramı, etkin pişmanlığın hukuki niteliği ve etkin pişmanlığın maddi ve manevi unsurları incelenmektedir. Bu inceleme yapılırken mümkün olduğunca öğretideki görüşler ve yargı kararlarından örneklerle yer verilmektedir. Ayrıca çalışmada etkin pişmanlık kurumunun “gönüllü vazgeçme”, “şahsi cezasızlık nedenleri”, “hafifletici nedenler” ve “taksiri indirim nedenleri” ile olan ilişkisi değerlendirilmektedir. Nihayet iştirak halinde işlenen suçlarda etkin pişmanlığa değinilerek bazı değerlendirme ve önerilerle çalışma sonlandırılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Etkin pişmanlık, pişmanlığın maddi unsurları, pişmanlığın manevi unsurları, gönüllü vazgeçme, hafifletici nedenler, cezayı etkileyen şahsi sebep, iştirak.

ABSTRACT

Effective repentance was perceived as in the form of prevention of the result by perpetrator in doctrine and judicial decisions during the period of abolished Turkish Penal Code No. 765. Effective repentance expresses the perpetrator's regret in the next stage after the termination of crime with all elements in period of Turkish Penal Code No. 5237. It is mentioned in this study how was evaluated the effective repentance in period of the Penal Code No. 5237. In this context, firstly, the concept, the legal qualification and the material and moral elements of effective repentance are examined in the study. During this examination are given the place to the opinions in doctrine and examples from judicial decisions as much as possible. Also it is addressed the relationship of the effective repentance with “voluntary abandonment”, “personal reasons affecting the punishment”, “extenuating circumstances” and “matters of discretionary extenuation”. And finally the study is complemented with some evaluations and suggestions by reference to effective repentance in the participation in crimes.

Keywords: Effective repentance, material elements of repentance, moral elements of repentance, voluntary abandonment, extenuating circumstances, personal reason affecting the punishment, participation.

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, mehmetgodekli@gmail.com

GİRİŞ

Kanun yapıcılar, işlediği kötülükten ya da haksızlıktan pişmanlık duyduğunu açıkça belli eden kimselere belli koşullar altında yaptırım uygulamama veya en azından pişmanlık duymayanlara nazaran daha hafif bir yaptırım uygulama yolunu seçmişlerdir. En erken suçun maddi unsurunu oluşturan hareketten sonra ve suç tipinin karakterine bağlı olarak en geç cezanın infazının tamamlanmasından önce ortaya çıkan ve cezanın ya azaltılmasını veya kaldırılmasını sağlayan bir nevi ödüllendirme sistemi olarak pişmanlık ve özelde etkin pişmanlık, günümüzde modern ceza hukuku prensiplerini kabul etmiş bulunan birçok ülkenin hukuk sisteminde yer almaktadır¹.

Pişmanlığın cezalandırmaya etkisi temelde iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki pişmanlığın kanuna bağlı olarak cezayı ya tamamen ortadan kaldırması ya da hafifletmesi; ikincisi ise mahkemenin takdirine bağlı bulunmak kaydıyla cezayı hafifleten bir neden olarak değerlendirilmesidir. Cezayı etkileyen bu nedenlerden ilki kanuni, ikincisi takdiri nedenlerdir. Faildeki pişmanlığın kanuna bağlı olarak cezaya etki ettiği durumlar da kendi içinde ikiye ayrılabilir. Söz konusu kanuni nedenlerden ilki henüz suçun tamamlanması veya neticenin gerçekleşmesi aşamasına varmadan önce failin pişmanlık duyarak failinin zararlı etkilerini gidermesi; bir diğeri ise suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra pişmanlık duyan failin belli süreler içerisinde bu pişmanlığını kanundaki şartlar dâhilinde açığa vurmuş olmasıdır. Türk ceza hukukunun 2005 tarihinden bu yana uygulanagelen mevcut kanuni sisteminde failin lehine etki gösteren söz konusu kanuni cezasızlık veya indirim nedenlerinden birincisine “gönüllü vazgeçme”, ikincisine ise “etkin pişmanlık” adı verilmektedir.

Çalışmamızın konusu münhasıran Türk ceza hukukunda etkin pişmanlık müessesesi, amacı ise bu müessesenin mevcut ceza kanunu döneminde bağımsız bir çalışmada ele alınması gerekliliğinin giderilmesidir. Basit bir

¹ Etkin pişmanlığa ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere Alman CK m. 83a, 306e, 314a, 320, 330b; İtalyan CK m. 56/4, 304, 305, 307, 308, 309; Avusturya CK m. 165a, 167, 183b, 226, 240, 241d, 241g, 243, 245, 247, 291, 292b, 294, 296; İsviçre CK m. 23, 48 ve Rus CK m. 75 hükümleri örnek gösterilebilir. Farklı ülkelerin ceza kanunlarının tam metni için bkz. Legislationline, Criminal Codes, <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>. Çalışmamız ulusal ceza hukuku ve özelde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile sınırlı olduğu için karşılaştırmalı hukuktaki söz konusu düzenlemelerin ayrıntıları incelenmemiştir. Ancak adı geçen ülkelerin ekseriyetinin etkin pişmanlığa ceza kanunlarının özel kısmında yalnız ilgili suç tipine ilişkin cezaya etki eden bir şahsi sebep olarak yer verdiği ifade edilebilir. Bununla birlikte İtalyan Ceza Kanunu'nda failin icra hareketlerini gerçekleştirmekten iradi olarak vazgeçmesi (m. 56/3) ile neticeyi kendi çabalarıyla önlemesi (m. 56/4) arasında hukuki nitelik ve cezaya etki açısından fark bulunmakta; bu fiillerden ilki gönüllü vazgeçme, ikincisi etkin pişmanlık olarak değerlendirilmektedir. İsviçre ve Rus ceza kanunlarının ise etkin pişmanlığı tüm suçlar için geçerli bir genel hüküm olarak düzenlemeyi tercih ettiği görülmektedir.

başlangıçla failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra tehlikeli halini özgür iradesiyle gidermesi şeklinde tanımlanabilecek etkin pişmanlık kurumunun incelendiği bu çalışmada, kanuni şartları açıklanarak leh ve aleyhindeki düşünceler ortaya konulmak suretiyle failin suç sonrası eylemli pişmanlığına değinilmektedir. Bu kapsamda öncelikle etkin pişmanlık kavramının anlamına, öğretide farklı yazarlarca nasıl tanımlandığına, etkin pişmanlığın hukuken ne şekilde nitelendirildiğine ve kavramın 5237 sayılı mevcut Türk Ceza Kanunu² döneminde ceza hukuku düzenimizde nasıl bir yer edindiğine göz atılmaktadır. Daha sonra etkin pişmanlığın maddi ve manevi kurucu unsurları hem öğretide ileri sürülen benzer ve farklı görüşler hem de yakın tarihli Yüksek Mahkeme kararları doğrultusunda gerekçelendirilerek incelenmektedir. Nihayet etkin pişmanlığın benzer birtakım müesseselerden farklılıkları üzerinde durulmakta, iştirak hükümleriyle ilişkisine değinilmekte ve sonuç bölümünde yapılan değerlendirmelerle çalışma sonlandırılmaktadır.

I. ETKİN PİŞMANLIK KAVRAMI

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğü'ne göre "etkin", günlük yaşamda "hareketli, işleyen, çalışan, etkili, faal, aktif, dinamik"; felsefi anlamda ise "fiilde bulunan, etkinlik gösteren, edilgin karşıtı" anlamlarına gelmektedir³. Aynı sözlüğe göre "pişmanlık" kelimesi, pişman olma durumunu yani nedameti; "pişman" ise yaptığı bir işin veya davranışın olumsuz sonucunu görerek üzülüneni yani nadimi ifade etmektedir⁴. Öyleyse halk dilinde etkin pişmanlık denildiğinde, yapılan olumsuz faaliyetten pişmanlık duyulduğunun faal biçimde ve içtenlikle dışa vurulması anlaşılmaktadır.

Etkin pişmanlık kavramı İtalyan hukukunda gönüllü vazgeçmeden ("*desistenza volontaria*") ayrı olarak "*pentimento operoso*", "*ravvedimento attuoso*" veya "*recesso attivo*" kalıplarıyla ifade edilmektedir⁵. Fransız hukukunda zaten işlenmiş olan bir suçun zararlı etkilerinin silinmesi veya azaltılması anlamında kullanılan etkin pişmanlık için "*repentir actif*" kavramı kullanılmaktadır⁶. Keza Alman hukukunda da icra hareketinden veya suçu tamamlamaktan gönüllü vazgeçme ("*Rücktritt*") ile tipiklik ve hukuka aykırılık

² 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Cilt: 1, A-J, TDK Yayınları No: 549, Ankara, 1998, s. 740. Faal (s. 755); çok çalışan, canlı, hareketli, aktif, işler durumunda olan, etkin anlamlarına sahiptir.

⁴ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Cilt: 2, K-Z, TDK Yayınları No: 549, Ankara, 1998, s. 1808. Nedamet (s. 1640) ile pişmanlık eş anlamlıdır. Bir kişinin yaptığı işten dolayı üzüntü duyarak pişmanlık göstermesine nedamet denir. Bkz. Yılmaz Tekin, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Tek Ağaç Yayınları, Ankara, 2007, s. 227.

⁵ Bkz. Antonio Pagliaro, *Il Reato*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2007, s. 361.

⁶ Bkz. Jean-Paul Doucet, *Dictionnaire de Droit Criminel*, Repentir Actif, http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire/lettre_r/lettre_r_rep.htm.

gerçekleştikten sonra cezaya etki eden bir şahsi neden olarak belli özel normlar için düzenlenen etkin pişmanlık ("*tätige Reue*") birbirinden ayrılmaktadır⁷.

Türk hukukunda ise kanundaki adıyla etkin pişmanlık kurumunu açıklamak üzere öğretide "faal nedamet"⁸, "faal pişmanlık"⁹, ya da "eylemler pişmanlık"¹⁰ kavramları kullanılmıştır. Ceza hukuku müessesesi olarak 5237 sayılı TCK dönemindeki adıyla etkin pişmanlık veya 765 sayılı mülga TCK¹¹ dönemindeki adıyla faal nedamet kavramının öğretide birçok tanımı yapılmıştır. Bu tanımlardan bir kısmı, etkin pişmanlığı, neticenin gerçekleşmesinden önceki safhaya özgülerken; diğer bir kısmı 5237 sayılı TCK'nın kabul ettiği sisteme paralel olarak neticenin meydana gelmesini yani suçun bütün unsurlarıyla ortaya çıkmış olmasını esas almaktadır.

Erra'ya göre, failin neticeye kendiliğinden engel olması nedeniyle teşebbüsten dolayı cezalandırılmayı ortadan kaldırmayan ancak yalnızca teşebbüs için saptanmış olan cezanın hafifletilmesi sonucunu doğuran hipoteze faal nedamet denilmektedir¹².

Bayraktar'a göre, failin icra hareketleri esnasında bizzat "*iter criminis*"i silmesi mümkün olduğu gibi, icra hareketlerinden sonra da neticenin meydana gelmesini kendi iradesiyle önleyebilmesi mümkündür. Bu ikinci halde faal nedamet söz edilir¹³.

⁷ Bkz. Johannes Wessels/Werner Beulke/Edmund Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, C. F. Müller, Heidelberg, 2014, s. 279, § 14, kn. 654; Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, Springer Verlag, Berlin, 2015, s. 380, § 9, kn. 224.

⁸ *Yılmaz*'ın hukuk sözlüğünde faal nedamet "*Bir kimsenin suç işledikten sonra pişmanlık duyarak sonucu önlemeye çalışması, örneğin, bir kimsenin öldürmek kasdiyle yaraladığı kişiyi pişmanlık duyarak, ölümden kurtarmak amacıyla hemen hastaneye götürmesi veya onun hayata dönmesi için gerekli faaliyeti göstermesi*" biçiminde tanımlanmıştır. Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 206.

⁹ YCGK, E: 2004/5-167, K: 2004/187, 28.9.2004; YCGK, E: 2004/5-118, K: 2004/168, 21.9.2004. Esat Şener, Hukuk Sözlüğü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 213: "*Bir kimsenin suç işledikten sonra yaptığına nadim (pişman) olarak, onun kötü sonuçlarını ortadan kaldırmak amacı ile hareket etmesi, kötü sonucu önlemeye çalışması nedamet (pişmanlık) demektir. Böyle bir tedbirsizlik suçunu işleyen kimsenin, mahallinde, suçun kötü sonuçlarını bertaraf etmek (yok etmek için) üzere gösterdiği gayret ancak nedamet (pişmanlık) ile hareket ettiğinin delili ve emaresi olur*".

¹⁰ Zeki Hafzoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayınları, Ankara, 2011, s. 344.

¹¹ 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 13.3.1926 tarihli ve 320 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 765 sayılı TCK, 4.11.2011 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 12 nci maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹² Carlo Erra, "*Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme*", Çev: Sahir Erman, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 10, Sayı: 3-4, İstanbul, 1945, s. 681.

¹³ Köksal Bayraktar, "*Faal Nedamet*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 33, Sayı: 3-4, İstanbul, 1968, s. 122.

Artuk'a göre, failin, öldürme kastıyla ateş ettiği kimseyi sonradan pişman olup hastaneye götürmesi ve böylelikle ölüm neticesini engellemesi örneğindeki gibi icra hareketlerini tamamladıktan sonra pişman olarak neticenin meydana gelmesini önlemesine faal nedamet denir¹⁴.

Önder'e göre, fail icra hareketleri ile suç yolunda ilerlerken icra hareketlerini kesebildiği gibi, icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra da neticenin meydana gelmesini önleyebilir. İşte bu son halde faal nedametten söz edilir¹⁵.

Dönmezer/Erman'a göre, faal pişmanlık, icranın bitmesinden sonra failin neticenin gerçekleşmesine kendi elinde olan sebeplerle engel olması haline denir¹⁶.

Soyaslan'a göre, cezasızlık ya da cezada indirim sebebi oluşturan faal nedamet, failin suçun tamamlanmasından sonra vazgeçmesi veya geri çekilmesi, suçun sonucunu önlemesi, suçun neticelerini ortadan kaldırması, fiilinden geri dönmesi, suç konusu malı aynen iade veya tazmin etmesi anlamına gelir¹⁷.

Demirbaş'a göre, failin icra hareketlerini tamamlamasından sonra, neticenin gerçekleşmesine isteyerek engel olması anlamına gelen etkin pişmanlık, ancak tam teşebbüs aşamasında söz konusu olur¹⁸.

Centel/Zafer/Çakmut'a göre, etkin pişmanlık, icra hareketlerini tamamlayan failin suçtan vazgeçerek neticeyi önlemek için çaba göstermesidir¹⁹.

Hafizoğulları/Özen'e göre, icra hareketlerini tamamlayan ve kararını değiştirmesi mümkün olmayan failin sadece neticenin gerçekleşmesini önlemeye çabalamasına eylemli pişmanlık adı verilir²⁰.

Görüldüğü üzere yukarıda yer verilen tanımların çoğunluğu 765 sayılı mülga TCK döneminde ileri sürülen düşüncelerdir. 5237 sayılı TCK döneminde etkin pişmanlığı netice öncesi aşamada tanımlayan istisnai görüşlere de bu grup içerisinde yer verilmiştir. Buna karşılık 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe

¹⁴ Emin Artuk, "Suçun Özel Görünüş Biçimleri", Ceza Hukuku El Kitabı, Beta Yayınları, İstanbul, 1989, s. 253.

¹⁵ Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 406.

¹⁶ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: I, Beta Yayınları, İstanbul, 1997, s. 451.

¹⁷ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 312.

¹⁸ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 424; Timur Demirbaş/Mustafa Ruhan Erdem, Ceza Hukuku Pratik Çalışmaları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 170.

¹⁹ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 464.

²⁰ Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku, s. 344.

girmesinden sonraki dönemde etkin pişmanlığa ilişkin tanımların genellikle kanun dairesinde ve aşağıda bazı örneklerine değinildiği üzere suçun tüm unsurlarıyla tamamlanmasından sonraki aşamayla sınırlı biçimde yapıldığı görülmektedir.

Özgenç'e göre, yeni TCK'nın sisteminde etkin pişmanlık sadece suç tamamlandıktan sonra belli suçlar bağlamında cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebeptir²¹.

Toroslu'ya göre, bazen cezayı azaltan bazen de büsbütün ortadan kaldıran bir etkiye sahip olan etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonra bunun zararlı veya tehlikeli etkilerini ortadan kaldırmaya veya hafifletmeye yönelik aktif bir çaba içine girmeyi ifade eder²².

Hakeri'ye göre, suçun bütün unsurlarıyla tamamlanmasından sonra failin bazı pişmanlık gösteren hareketler yapması durumunda, bu hareketler dolayısıyla faile ceza verilmemesini veya cezasında indirim yapılmasını gerektiren kuruma etkin pişmanlık adı verilir²³.

Zafer'e göre, etkin pişmanlık, failin, suç, netice dâhil bütün unsurları ile tamamlandıktan sonra pişmanlık duyarak, verdiği zararı aynen veya nakden tazmin etmesini veya çalınan eşyanın geri verilmesi ya da kaçırılan kişinin serbest bırakılması örneklerinde olduğu gibi suçundan pişmanlık duyduğunu gösteren bir hareket yapmasını ifade eder²⁴.

Koca/Üzülmez'e göre, gönüllü vazgeçmenin tamamlanmış suçlardaki görünüm şekli olarak nitelendirilebilecek etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonra failin gönüllü olarak neticeyi telafi etmeye yönelik gerçekleştirdiği davranışları ifade etmektedir²⁵.

Öztürk/Erdem'e göre, TCK'nın bazı suçlar bakımından kabul ettiği etkin pişmanlık, suçun tamamlanmış olmasına rağmen failin bazı durumlarda cezasızlık nedeninden bazı durumlarda ise ceza indiriminden yararlanması sonucunu doğuran bir kurumdur²⁶.

²¹ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 454.

²² Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005, s. 269. Aynı yönde bkz. Devrim Aydın, "Suça Teşebbüs", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 55, Sayı: 1, Ankara, 2006, s. 107.

²³ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 485.

²⁴ Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 425-426.

²⁵ Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 394.

²⁶ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 301. Bkz. Mustafa Özen, "Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 3-4, Erzincan, 2009, s. 48.

Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre, TCK'nın sisteminde etkin pişmanlık, suç tamamlandıktan sonra mahiyeti etkin pişmanlığa müsait olan belli suçlar bağlamında cezayı ortadan kaldıran veya indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebeptir²⁷.

Kanımızca salt kavramsal olarak “neticeli suçlarda, icra hareketini tamamlayan failin, meydana gelmesi kendi elinde olan neticeyi özgür iradesiyle önlemesi” etkin pişmanlığı ifade eder. Bu bağlamda etkin pişmanlık hareketten sonra fakat neticeden önce ortaya çıkmalıdır. Ne var ki TCK'da etkin pişmanlık, suçun bütün unsurlarıyla gerçekleşmesinden sonraki sürece özgülenmiştir. Böylece etkin pişmanlığı, mülga TCK döneminde olduğu gibi suç yolunda (*iter criminis*) hareketten sonra fakat neticeden önceki aşamaya münhasır olarak ele almaya devam eden tanımlar, 5237 sayılı TCK ve uygulaması karşısında ancak olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) bağlamında birer doktriner görüşten ibaret kalmaktadır. Nitekim mer'î ceza hukuku düzeninde etkin pişmanlık kavramı, aşağıda incelenmeye çalışıldığı üzere, fiilin suç sonrası zararlı etkilerini –suç bütün unsurlarıyla ortaya çıktıktan sonraki süreçte-gidermeye yani suç sonrası eylemli pişmanlığa indirgenmiş olmaktadır.

II. ETKİN PİŞMANLIĞIN HUKUKİ NİTELİĞİ

5237 sayılı TCK'da etkin pişmanlığın hukuki vasfı konusunda bir açıklamaya 168 inci maddenin gerekçesinde yer verildiği görülmektedir. Malvarlığına karşı suçlarda etkin pişmanlığı düzenleyen TCK m. 168'in gerekçesine göre “Suç tamamlandıktan sonra kişi pişmanlık gösterebilir. Bu durumda, işlenmiş ve tamamlanmış olan suç işlenmemiş hâle artık döndürülemez. Ancak, suç tamamlandıktan sonra, pişmanlık duyarak, gerçekleştirilen haksızlığın neticeleri mümkün olduğunca ortadan kaldırılabilir. Bu düşüncelerle, etkin pişmanlık; hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık ve karşılıksız yararlanma suçlarında cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebep olarak kabul edilmiştir”²⁸. Kanun koyucu etkin pişmanlığın hukuki niteliğine “cezaı etkileyen şahsi sebep” demektedir. Türk hukukunda etkin pişmanlık genel olarak öğretilerde de “cezanın kaldırılmasını veya azaltılmasını gerektiren bir şahsi sebep” olarak ele alınmaktadır²⁹.

²⁷ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 624.

²⁸ Kanunun gerekçesi için bkz. Gürsel Yalvaç, Gerekçeli Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, Adalet Yayınları, Ankara, 2010, s. 262.

²⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 624; Özgüç, Türk Ceza Hukuku, s. 571; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 394; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara, 2013, s. 246; Zeki Hafzoğulları/Muharrem Özen, “Hırsızlık”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 1-2, Ankara, 2008, s. 786.

Etkin pişmanlık, cezayı kaldıran veya azaltan bir şahsi sebep olarak, failin işlemiş olduğu fiilin hukuk düzenine aykırılığını ve gayrimeşru niteliğini etkilememektedir. Suç sonrası pişmanlık duyan failin işlediği fiil yine suç olarak kalmaya devam etmekte, yalnız failin cezalandırılması noktasında pişmanlığın etkisinden söz edilmektedir. Bu nedenle fiilin haksızlık içeriğine etki eden hafifletici nedenler ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli haller ile etkin pişmanlık birbirinden farklıdır. Öğretide etkin pişmanlığın işlenmekte olan bir suçtan vazgeçme anlamına geldiğini savunan yazarlarca, işlenmiş ve tamamlanmış bir suçu yetkili makamlara ihbar etmek şeklinde 5237 sayılı TCK'da etkin pişmanlık adıyla düzenlenen kurumun aslında "suç sonrası pişmanlığı" yansıttığı kabul edilmektedir. Buna göre TCK suç sonrası pişmanlığa yer vermekle bir "cezalandırılabilme şartı" kabul etmiş olmaktadır³⁰. Bu nedenle eğer bir ceza sorumluluğundan söz etmek mümkün değilse etkin pişmanlık hükümlerine gidilmesi olanağı da bulunmamaktadır³¹.

Etkin pişmanlık sebebine yer verilen bazı suç tipleri açısından cezanın bütün sonuçları ile birlikte ortadan kalkacağı kabul edilmiştir. Örneğin TCK m. 184/5 gereğince imar kirliliğine neden olma suçunda etkin pişmanlıktan yararlanan fail hakkında kamu davasının düşeceği, cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağı³² düzenlenmiştir. Bu halde cezanın infaz edilmiş olmasının bir önemi yoktur³³. TCK m. 254'teki rüşvet suçunda etkin pişmanlık ise kanunun

³⁰ Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Toplum Karşı Suçlar, US-A Yayınları, Ankara, 2012, s. 151. Bu durumda şartın gerçekleşmesi suçun ortadan kalkmasını değil, ihbarda bulunmasının ödülü olarak faile ceza verilmemesini sağlamaktadır.

³¹ YCGK, E: 1988/5-220, K: 1988/322, 3.10.1988.

³² Kanunda belirtilen cezanın ortadan kalkması, ceza mahkûmiyetinin bütün sonuçlarıyla ortadan kalkmasını ifade eder. Hafizoğulları/Özen, Toplum Karşı Suçlar, s. 74.

³³ Hakeri, Ceza Hukuku, s. 485; Sedat Bakıcı, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınları, Ankara, 2008, s. 819. Öğretide etkin pişmanlık başlığı altında incelenen (Bkz. Hakeri, Ceza Hukuku, s. 485) TCK m. 230/5, iptal edilmeden önceki haliyle, evlenmeden dinsel tören yaptırnanlar hakkında evlendikleri anda kamu davasının düşeceğini ve cezanın ortadan kalkacağını düzenlemişti. TCK m. 184/5'teki hükme benzerlik taşımakla birlikte, bu mülga düzenlemenin kanımızca etkin pişmanlığın koşullarını bütünüyle taşıdığı söylenemezdi. Zira dinsel tören suçunda resmi nikâhın yapılması davanın düşmesi için yeterli sayılmış, evlenenlerin dinsel tören yaptırnanları nedeniyle pişmanlık duymaları gibi bir şarta kanun maddesinde ve gerekçesinde yer verilmemişti. Bu nedenle dinsel tören suçuna ilişkin düzenlemeyi, suça etki etmeyen ancak cezayı ortadan kaldıran bir şahsi sebep olarak kabul etmek daha isabetli gözükmekteydi. Benzer yönde bkz. Yasemin Baba, Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s. 120-121. Belirtmek gerekir ki, TCK m. 230/5'te yer alan ve dinsel tören suçunu düzenleyen hüküm, Anayasa Mahkemesi tarafından özetle "kişilerin herhangi bir dini tören veya nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşamaları ve çocuk sahibi olmaları, özel hayata saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince suç olarak nitelendirilip cezalandırılmazken, kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırnanlarının suç olarak düzenlenmesinin ölçülülük

gerekçesine göre cezayı ortadan kaldıran şahsi sebep olarak kabul edilmiş olmakla birlikte, işlenmiş olan suç işlenmemiş hale döndürülemeyeceği için rüşvet konusu menfaatin müsadere edilmesi gerekecektir³⁴.

Hukuki vasfının suçu etkilememesinin yani fiilin hukuka aykırılığının ortadan kalkmamasının kanuni neticesi, etkin pişmanlık gösteren fail hakkında hüküm türü olarak beraat kararına değil³⁵, kovuşturma aşamasında “ceza verilmesine yer olmadığı” kararına hükmedilmesinin gerekmesidir. Elbette fail hakkında cezaya hükmolunmaması için etkin pişmanlığın cezayı hafifleten bir neden olarak değil, cezayı kaldıran bir şahsi sebep olarak düzenlenmiş olması şarttır. Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)³⁶’nun 223/4 üncü maddesinin (a) bendi gereğince işlenen fiil suç olma özelliğini devam ettirmekle birlikte, etkin pişmanlık nedeniyle faile ceza verilememesi halinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir. Belirtelim ki etkin pişmanlık dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi halinde, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu (ASK)³⁷’nin 4/1 inci maddesinin (g) bendi uyarınca ilgili kararın adli sicile kaydedilmesi gerekir³⁸. Şayet ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikâyetten vazgeçme veya etkin pişmanlık hallerinden biri varsa Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından adli sicildeki bilgiler silinecek ve arşiv kaydına alınacaktır (ASK m. 9/1-b).

Etkin pişmanlığın hafifletici değil cezayı bütünüyle kaldırıcı kişisel neden olarak düzenlendiği hallerde, CMK m. 171 uyarınca henüz soruşturma evresinde de koşullarının gerçekleşmesi şartıyla Cumhuriyet savcısı tarafından

ilkesine aykırı olduğu” gerekçesiyle ve Anayasa’nın 13, 20 ve 24. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bkz. AYM, E: 2014/36, K: 2015/51, 27.5.2015. Kısaca değinilen söz konusu iptal kararıyla birlikte dinsel törende etkin pişmanlık hükmünün bulunup bulunmadığına ilişkin tartışmaların da sona erdiği ifade edilebilir.

³⁴ İzzet Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 109.

³⁵ Y.8.CD, E: 2014/1171, K: 2014/12580, 15.5.2014.

³⁶ 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), 17.12.2004 tarihli ve 25673 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁷ 25.5.2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu (ASK), 1.6.2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁸ Ancak karşılıksız yararlanma suçunda etkin pişmanlıktan yararlanması dolayısıyla şüpheli, sanık veya hükümlü hakkında verilen kararlar adli sicilde bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. On beş yıl süreyle muhafaza edilen bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından istenmesi halinde verilebilir (ASK m. 6/2). Söz konusu düzenleme TCK m. 168/5’te öngörülen, etkin pişmanlık hükmünden ikiden fazla kez yararlanılamayacağına dair hükmün denetlenmesi amacıyla Adli Sicil Kanunu’na eklenmiştir. Bkz. Y.2.CD, E: 2013/306, K: 2013/4971, 12.3.2013; Y.13.CD, E: 2013/29222, K: 2013/31143, 31.10.2013. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü’ne bildirimde bulunulmaması bozma sebebidir. Bkz. Y.2.CD, E: 2012/12845, K: 2015/16291, 29.9.2015.

kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Madde başlığı Cumhuriyet savcısına kamu davası açmada takdir yetkisi verildiğini açıkça kabul ettiği için, savcı, cezayı kaldıran bir şahsi sebep niteliği taşıyan etkin pişmanlık şartlarının gerçekleştiğini düşünmesi halinde dava açabileceği (iddianame düzenleyebileceği) gibi maddedeki yetkisini kullanarak takipsizlik kararı da verebilir³⁹. Böylece şahsi cezasızlık nedeni olan etkin pişmanlığın, takdirilik sistemi doğrultusunda kamu davasının mecburiliği prensibini sınırlayan, bu ilkenin istisnasını oluşturan bir düzenleme olarak kabul edildiği görülmektedir⁴⁰.

III. ETKİN PİŞMANLIĞIN TÜRK CEZA KANUNU'NDAKİ YERİ

5237 sayılı TCK, etkin pişmanlık kurumuna tüm suçlar için geçerli olduğu kabul edilen bir cezasızlık nedeni olarak yer vermiş değildir⁴¹. Bu nedenle

³⁹ Feyzioğlu, CMK m. 171'in kenar başlığı "Kamu davasını açmada takdir yetkisi" olarak kaleme alınmış ve madde içeriğinde "...Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir" hükmü sevk edilmiş ise de buradaki yetkinin bir takdir yetkisi değil tıpkı yeterli şüphe halinde iddianame düzenleme zorunluluğunda olduğu gibi bir bağlı yetki olduğunu, böylelikle kanun koyucunun 171 inci maddede mecburilik ilkesinden ayrılmadığını, bunun sonucu olarak da cezayı ortadan kaldıran etkin pişmanlık varsa savcının iddianame düzenlememek (kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermek) mecburiyetinde olduğunu savunmaktadır. Yazar, örneğin organ veya dokularını satan kişi hakkında, resmi makamlarca haber alınmadan önce suçluların yakalanmasını kolaylaştırması durumunda, suç oluşsa bile, TCK m. 93/1 uyarınca kovuşturma evresinde ceza verilemediğine göre soruşturma evresinde savcının da iddianame düzenleyememesi gerektiği kanısındadır. Bkz. Metin Feyzioğlu, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 62, Ankara, 2006, s. 41-42.

⁴⁰ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhuğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 65, 681, 690. Öğretide Cumhuriyet savcısının, kamu davasını açmada takdir yetkisini kullanması durumunda, cezayı kaldıran etkin pişmanlık nedeniyle iddianame düzenlenmesinin mi yoksa takipsizlik kararı verilmesinin mi daha yararlı olacağı konusundaki öznel değerlendirmelerini kararın gerekçesinde göstermesi gerektiği düşünülmektedir. Bkz. Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 435.

⁴¹ 765 sayılı mülga TCK'da ise yalnız gönüllü vazgeçme düzenlenmiş; etkin pişmanlığa ise yer verilmeyerek hâkime "cezaya ehliyet ve bunu kaldıran veya hafifleten sebepler" başlığı altında cezayı indirip indirmeme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Bkz. Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 372, Ankara, 1975, s. 79; Hafızoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku, s. 343; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 465; Silvia Tellenbach, Einführung in das türkische Strafrecht, Edition Iuscrim, Freiburg im Breisgau, 2003, s. 49. 765 sayılı Kanun'un etkin pişmanlık ile ilgili olarak 5237 sayılı Kanunla ortak yanı, her iki kanunun da etkin pişmanlığa genel hükümler içerisinde yer vermemiş olmasıdır. Mevcut TCK'da olduğu gibi mülga TCK döneminde de cezayı azaltan bir şahsi sebep olarak etkin pişmanlık içeren düzenlemelere kanunun özel hükümler kitabında yer verildiği görülmektedir. Bununla birlikte 765 sayılı Kanun dönemindeki faal nedametın 5237 sayılı Kanun'un düzenlediği etkin pişmanlıkla büyük farklılıklar taşıdığını da ifade etmek gerekir. Nitekim mülga TCK döneminde yalnızca tam teşebbüs aşamasında mümkün olduğu kabul edilen etkin pişmanlık müessesesinin, failin sorumluluğunun tam teşebbüs

etkin pişmanlığın uygulanabilmesi, onun belirli suç tipleri için kanunda ayrıca kaleme alınmış olması şartına bağlıdır⁴². Bunun sonucu olarak somut olayda etkin pişmanlığın maddi ve manevi unsurları bütünüyle tamamlanmış olsa bile, kanunilik unsuru gerçekleşmediği müddetçe failin nedameti tek başına yeterli sayılamaz. Örneğin soykırım ve insan ticareti gibi uluslararası suçlarda; öldürme, yaralama, işkence, cinsel saldırı gibi kişilere karşı suçlarda; fuhuş, ulaşım araçlarının kaçırılması, ihaleye fesat karıştırma gibi topluma karşı suçlarda; suçu bildirmeme, Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozma, Anayasayı ihlal, yasama organına karşı suç, siyasal veya askeri casusluk gibi millete ve devlete karşı suçlarda, fail eyleminden pişmanlık duysa ve fiilinin zararlı sonuçlarını etkin biçimde giderme yönünde ciddi gayret gösterse bile, bu tür suçlarda pişmanlığı düzenleyen açık kanun hükmü bulunmadığı için failin pişmanlığı –takdiri indirim nedeni sayılma olasılığı dışında- cezaya etki etmeyecektir. O halde hangi suçlarda etkin pişmanlığın mümkün olacağı sorusunun yanıtı kanun koyucunun tekelinde olup mahkemelerin bu konuda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Hareketin gerçekleşmesinden sonra suçun tamamlanmasının veya neticenin ortaya çıkmasının önlenmesi anlamına gelen gönüllü vazgeçmeye ilişkin olarak kanunun genel hükümlerinde açıkça düzenleme yapılmasına rağmen, suç tamamlandıktan sonra veya netice gerçekleştikten sonra failin pişmanlık duyması anlamına gelen etkin pişmanlık hakkında genel bir düzenleme bulunmaması, aşağıda ele alınacağı üzere, öğretide bir kısım yazar tarafından eleştirilmektedir. Hâlbuki 2003 TCK Tasarısı'nın 39 uncu maddesinde etkin pişmanlığın genel bir hüküm olarak düzenlenmiş olduğu görülmektedir⁴³.

aşamasında kalan suça göre belirlenmesi sonucunu ortaya çıkardığı ifade edilmiştir. Bkz. Veli Özer Özbek, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, TCK İzmir Şerhi, Cilt: 1, Genel Hükümler (Madde 1-75), Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 457; Haydar Metiner/E. Ahsen Koç, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Cilt: 1, Ankara, 2008, s. 1087. Örneğin bu dönemde failin mağduru silahıyla vurduktan sonra acıyarak hastaneye kaldırması ve kan vererek hayata dönmesini sağlaması gibi örnekler (Dönmezer/Erman, Cilt: 1, s. 452; Demirbaş, Ceza Hukuku, s. 426), 5237 sayılı TCK'nın aksine, gönüllü vazgeçme değil, etkin pişmanlık olarak dikkate alınmıştır. Ancak 765 sayılı TCK döneminde öğretide failin neticenin ortaya çıkmasını önlemesi yönünden "faal-aktif gönüllü vazgeçme" ya da "tam teşebbüsten gönüllü vazgeçme" kavramlarının kullanılmasının; buna karşılık suçun tamamlanmasından sonra failin zararı tazmin etmesi ya da bazı edimleri yerine getirmesini karşılamak üzere "faal nedamet-pişmanlık" kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağını kabul eden görüşler de ileri sürülmüştür. Bu yönde bir görüş için bkz. Adem Sözüer, Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları No: 134, İstanbul, 1994, s. 246, dn. 355.

⁴² Etkin pişmanlık bazen kanun metninde madde başlığı olarak, bazen madde içerisinde bir fıkra olarak bazen de maddede bu isimle yer almamakla birlikte gerekçede belirtilmektedir. Baba, s. 42.

⁴³ Öğretide "Dönmezer Tasarısı" olarak da anılan 2003 Hükümet Tasarısı'nın genel gerekçesinde, genel etkin pişmanlık haline yer verilmeyle, tasarının benimsediği "mağduru koruma ilkesi"nin etkili biçimde uygulama alanı bulduğundan söz edilmektedir. Bkz.

Tasarı m. 39'un birinci fıkrasının ilk paragrafı şu şekilde kaleme alınmıştır: *“Bir kimse kastettiği cürmün icra hareketlerini bitirmiş olmakla birlikte neticenin meydana gelmemesini sağlamış veya meydana gelen neticeyi tamamen ortadan kaldırmış ise, kanunda ayrı hüküm bulunmayan hallerde 37 nci maddenin birinci fıkrasında⁴⁴ yazılı olduğu şekilde cezalandırılır”⁴⁵. 5237 sayılı TCK'da benzer bir hükme yer verilmese ve her ne kadar özel hükümlerde düzenlenmiş olsa bile, yine de pişmanlık ve tehlikesizlik ifade eden ve sosyal zararı azaltan hareketlerin ödüllendirilmesine yönelik bir hükme yer verilmesinin isabetli olduğu ifade edilmektedir⁴⁶.*

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte mülga kanun dönemindeki etkin pişmanlığa ilişkin tartışmaların sonlandırılması amacıyla gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık konusunda yeni bir sistemin kabul edildiği ve suçun her aşamasında faile geri adım atma olanağı tanındığı söylenmektedir⁴⁷.

Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Sayı: B.02.0.KKG.0.10/101/540/2092, Ankara, 12.5.2003. Tasarı metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>.

⁴⁴ 2003 TCK Tasarısı'nın eksik teşebbüsü düzenleyen 37 nci maddesinin birinci fıkrasında, kanunda ayrı hüküm bulunmayan hallerde, fail hakkında, fiil ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on üç yıldan on beş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan on iki yıla kadar hapis cezası verileceği; diğer hallerde temel cezanın üçte ikisinden beşte dördüne kadarının indirileceği; ancak verilecek cezanın dokuz yıl hapis cezasından fazla olamayacağı kabul edilmiştir.

⁴⁵ 2003 TCK Tasarısı m. 39'un gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: *“Etkin pişmanlık tam teşebbüste icra hareketlerinin tamamlanmış olmasına karşın neticenin meydana gelmemesinin failin elinde olan bir nedene bağlanması veya suçun tamamlandığı hallerde gerçekleşmiş olan neticenin yine failin sarf ettiği çabalar sonucunda tamamen ortadan kaldırılması hallerini kapsamaktadır. Böylece harekete geçerek etkili bir surette neticeyi engelleyip veya bertaraf edip pişmanlığını etkin biçimde ortaya koyan kişinin bu tutumunun semeresiz kalmaması ve netice olarak sosyal savunmanın güçlendirilmesi öngörülmüştür. Uygun bir suç siyaseti, suçlunun yaptığı kötülüğü gidermesi hususunda teşvik edici tedbirlerin getirilmesini öğütler. Şüphesizdir ki, bu çabaların neticesiz kalması yani suçlunun harekete geçmesine karşın neticenin bertaraf edilmemesi hali sadece takdiri bir hafifletici neden sayılabilecektir... Tasarının Özel Kısmı ilişkili maddelerinde özel etkin pişmanlık halleri ayrıca öngörülmüştür. Bu madde ile genel bir etkin pişmanlık hali getirilmektedir. Böylece Türk ceza hukukuna reform niteliğinde yeni bir kurum eklenmiş olmaktadır”*. Bkz. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Sayı: B.02.0.KKG.0.10/101/540/2092, Ankara, 12.5.2003. Biz de 2003 Tasarısı'nın etkin pişmanlıkla ilgili olarak gerekçesine yer verilen söz konusu düzenlemesinin, yenilik getirici niteliğinin yanı sıra gönüllü vazgeçme ile etkin pişmanlığı birbirinden keskin hatlarla ayırmaya yarayan ve kurumları birbiriyle karıştırmayan yapısı nedeniyle mevcut düzenlemeden daha isabetli olduğu görüşündeyiz.

⁴⁶ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 298.

⁴⁷ Adem Sözüer, *“Suç Politikası İlkeleri Bağlamında Türk Ceza Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”*, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004, s. 48.

Kabul edilen yeni sistemde gönüllü vazgeçme, önceki kanun döneminde faal nedamet olarak adlandırılan kurumu da kapsayıcı biçimde genişletilmiştir⁴⁸. Nitekim TCK m. 36 uyarınca *“Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır”*. Böylece 765 sayılı TCK döneminde *“suç öncesi pişmanlık”* olarak adlandırılan kurum ilk kez *“gönüllü vazgeçme”* adı altında kabul edilmiş olmaktadır.

Kanunun gerekçesine göre failin gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biridir. Mülga TCK’da sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında kabul edilen gönüllü vazgeçme, mevcut TCK’da icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin meydana gelmediği olaylar bakımından da öngörülmüştür. Böylece suçun icrası sürecindeki bütün aşamalarda gönüllü vazgeçme mümkün hâle gelmektedir. Yani 765 sayılı TCK döneminde öğretide *“suç öncesi pişmanlık”* olarak adlandırılan durum 5237 sayılı TCK’da gönüllü vazgeçme olarak kabul edilmiş, suç sonrası pişmanlık olarak adlandırılan durum ise etkin pişmanlık adıyla düzenlenmiştir⁴⁹. Ancak yeni düzenlemede icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerekmektedir⁵⁰. Örneğin failin öldürmek amacıyla ağır yaraladığı mağduru otomobiliyle hastaneye kaldırarak ölümüne engel olması halinde gönüllü vazgeçmeden söz edilir⁵¹. Ancak aynı

⁴⁸ Köksal Bayraktar, *“Teşebbüs, İştirak, Suçların Birleşmesi”*, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2008, s. 140; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 620.

⁴⁹ Veli Özer Özbek/M. Nihat Kanbur/Pinar Bacaksız/Koray Doğan/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 450.

⁵⁰ Bkz. Cumhur Şahin/İzzet Özgenç/Adem Sözüer, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt: 1 (Kanunlar), Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 151.

⁵¹ *“Oluşa ve dosya içeriğine göre; amcasının oğlu olan mağdur ile kendine ait evde sohbet ederek meyve yiyen sanığın, çıkan tartışmada mağdurun konuşmalarına sinirlenerek bıçakla mağdurun göğüs ve batin bölgesine 7 kez vurarak, batına ve toraksa nazif olan bıçak darbeleri nedeniyle mağduru hayati tehlike geçirecek şekilde yaraladığı, ancak; etkin pişmanlık göstererek tedavisinin yapılması amacıyla arabasıyla hastaneye götürüp acil servise bıraktığı olayda; Sanığın eylemini tamamlamasına rağmen, kendi çabası ile neticenin gerçekleşmesini önlemeye çalışması ve ölüm sonucunun meydana gelmemesi karşısında; Dairemizin yerleşik uygulamalarına göre, sanık icra hareketlerini tamamlayıp neticenin meydana gelmesini engellediğinden, sanığın eyleminin öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirilmesi gerekmele beraber, 5237 sayılı TCK.’nun 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükmü göz önünde tutularak yaralama suçundan hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde öldürmeye teşebbüs suçundan karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir”* (Y.1.CD, E: 2009/6725, K: 2010/6815, 20.10.2010). Kararda geçen *“etkin pişmanlık göstererek”* ibaresini *“gönüllü vazgeçerek”* şeklinde anlamak gerekir. Zira

örnekte mağdurun olay yerinde ölmesi halinde failin sonradan pişmanlık duyarak sergilediği davranışların onun ceza sorumluluğu üzerine bir etkisi olmayacaktır. Zira ikinci halde pişmanlık ölümden sonra ortaya çıkmaktadır ve kasten öldürme suçunda etkin pişmanlık kanunda açıkça kabul edilmiş değildir.

Belirtmek gerekir ki 5237 sayılı TCK ile birlikte, 765 sayılı TCK döneminde süregelen uygulamaların aksine gönüllü vazgeçmenin faal nedameti de içerecek şekilde geniş kapsamlı biçimde düzenlenmesi doktrinde birtakım eleştirilerin ileri sürülmesi sonucuna yol açmıştır. Örneğin Galatasaray Üniversitesince hazırlanan raporda, bu ayrımın kaldırılmasının önemli sorunlar yaratacağı iddia edilmektedir⁵². Her şeyden evvel müessesenin adı konusunda öğretilerde görüş farklılıkları bulunmaktadır. Kanun koyucu açıkça “etkin pişmanlık” kavramını kullanmasına rağmen, doktrinde bu kurumu açıklamak üzere “eylemlili pişmanlık”⁵³, “suç sonrası pişmanlık”⁵⁴, “suç sonrası etkin cayma”⁵⁵ gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Kaliba ilişkin bu farklılığın yanı sıra muhteviyata yönelik olarak da kanuna getirilen önemli eleştiriler bulunmaktadır.

Demirbaş’a göre, TCK m. 36’da gönüllü vazgeçme adı altında etkin pişmanlığa da yer verilmiş ve aslında hukukumuzda yerleşmiş kavramların karışması sonucunu doğuracak isabetsiz bir düzenleme yapılmıştır. Yazar, TCK m. 36’daki hükmün daha çağdaş olabilmesi için, ya Alman Ceza Kanunu’nun 24/1 inci maddesi ya da Avusturya Ceza Kanunu’nun 16/1 inci maddesinde olduğu gibi etkin pişmanlık durumundaki failin hiç cezalandırılmaması veya en azından İsviçre Ceza Kanunu’nun 22/2 nci maddesinde olduğu gibi hâkime cezayı serbestçe indirebilme yetkisinin verilmesi gerektiğini düşünmektedir⁵⁶.

Hafizoğulları/Özen’e göre, 5237 sayılı TCK gönüllü vazgeçme ile etkin pişmanlığı aynı kurum kabul ederek aynı hükümlere tabi kılmıştır. Yazarlar bu düzenlemenin isabetli olmadığı kanaatindedir. Nitekim gönüllü vazgeçme ve

karara konu olan suçlar etkin pişmanlığın kanunda açıkça düzenlenmiş olma unsurunu taşımadığından pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına müsait değildir.

⁵² Duygun Yarsuvat/Köksal Bayraktar/Necmi Yüzbaşıoğlu, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, Türk Ceza Kanunu Reformu II, Editör: Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 71, Ankara, 2004, s. 299.

⁵³ Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku, s. 344.

⁵⁴ Hafizoğulları/Özen, Toplumla Karşı Suçlar, s. 73. Yazarlara göre (s. 113), “Suçlu ile yapılan pazarlığın pişmanlığı olmaz. Burada olan, Devletin daha çok bir zararı önlemek için daha az bir zarara katlanmasıdır. Dolayısıyla bu, etkin pişmanlık değildir. Biz, bu kuruma, ‘suç sonrası pişmanlık’ demenin daha isabetli olduğunu düşünüyoruz”.

⁵⁵ Sami Selçuk, “Suç Sonrası Etkin Cayma I”, 8.12.2009, http://www.timeturk.com/tr/makale/sami-selcuk/suc-sonrasi-etkin-cayma-i.html#.U1UO01V_trk; Sami Selçuk, “Suç Sonrası Etkin Cayma II”, 22.12.2009, http://www.timeturk.com/tr/makale/sami-selcuk/suc-sonrasi-etkin-cayma-2.html#.U1UPIFV_trk. Yazar (“I”), gönüllü vazgeçmeyi de teşebbüsün evrelerine göre ikiye ayırarak, eksik kalkışma evresinde “edilgin gönüllü vazgeçme”, tam kalkışma evresinde “etkin gönüllü vazgeçme”den söz etmektedir.

⁵⁶ Demirbaş, Ceza Hukuku, s. 427.

etkin pişmanlık kurumları kanunda düzenlenirken, yerleşmiş olan öğreti ve uygulamalar göz önünde tutulmaksızın ve inandırıcı gerekçeler gösterilmeksizin Alman Ceza Kanunu'nun 24 üncü maddesi esas alınarak hareket edilmiştir⁵⁷. Alman Ceza Kanunu'nun TCK m. 36'ya temel alınan 24 üncü maddesinin ilk fıkrası gereğince, *"Her kim, başlamış olan fiilin icra hareketlerine devam etmekten gönüllü olarak vazgeçer veya fiilin tamamlanmasını önlerse, suçta teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Şayet suç vazgeçenin katkısı olmadan tamamlanmış idi ise, fiilin tamamlanmasını önlemek için, gönüllü ve ciddi bir çaba göstermiş olan fail cezalandırılmaz"*⁵⁸. Görüldüğü üzere TCK m. 36 neticenin gerçekleşmesini önleme vurgusunu eklemek dışında Alman Ceza Kanunu hükmünün tekrarından ibarettir. Hâlbuki etkin pişmanlık gerek İtalyan Ceza Kanunu⁵⁹'nda gerekse yukarıda bahsedilen 765 sayılı TCK döneminde gönüllü vazgeçmeden tamamen farklı şekilde ele alınmıştır. *Hafizoğulları/Özen*, kanun koyucunun etkin pişmanlığı gönüllü vazgeçme içerisinde ele almasının suçluluğa prim verme tehlikesinin yanı sıra aynı zamanda geçitli suçlar söz konusu olduğunda içinden çıkılmaz bir karışıklığa yol açacağını düşünmektedir. Örneğin öldürmek istediği kişiyi ağır biçimde yaraladıktan sonra onu hastaneye kaldıran faile, TCK m. 36 gereğince bu kişi öldürmeye teşebbüsten de cezalandırılmayacağına göre, hangi esasa dayanılarak kasten yaralama suçundan ceza verileceği belli değildir. Aynı şekilde cinsel saldırı suçunda vücuda organ veya sair cisim sokma eylemine girişen fail, mağdurun ağlaması üzerine kendi isteğiyle onu bıraktığında tamam olan kısım uyarınca faili hangi esasa dayanarak cinsel saldırı suçunun basit halinden cezalandırmak mümkün hale gelmektedir? Burada ilk örnekte failin kastı öldürmek, ikinci örnekte ise ırza geçmektir. Bununla birlikte kanun faili ilk örnek bakımından yaralamadan ikinci örnek bakımından eski adıyla tasaddiden sorumlu tutmaktadır. Müellifler kanun koyucunun, bu düzenleme ile kusurlu sorumluluk

⁵⁷ Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku, s. 342, dn. 158. Aynı yönde bkz. Önder Tozman, *"Suça Teşebbüs"*, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt: III, Yayına Hazırlayanlar: Eric Hilgendorf/Yener Ünver, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 18, İstanbul, 2010, s. 194.

⁵⁸ Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, Strafgesetzbuch (Alman Ceza Kanunu), Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 20-21. *Jescheck*, Alman hukukunda gönüllü vazgeçmeyi şöyle açıklamaktadır: *"24 üncü maddenin 1 inci fıkrasında eksik teşebbüsten vazgeçme ile, tam teşebbüsten vazgeçme arasında bir ayırım yapılmıştır. Birinci halde, failin icra hareketlerine devam etmeye, serbest iradesiyle son vermesi yeter; ikinci halde ise, fail tipe uygun neticenin gerçekleşmesi için gerekli olan her şeyi yapmış bulunduğundan, suçun tamamlanmasını, yani neticenin meydana gelmesini önlemek mecburiyetindedir"*. Hans-Heinrich Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çev: Feridun Yenisey, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 43.

⁵⁹ Çok az sayıda kanunda etkin pişmanlığa genel bir hüküm olarak yer verildiği görülmektedir. Bkz. Dönmezer/Erman, Cilt: I, s. 451. Bunlardan biri olan İtalyan Ceza Kanunu'nun genel hükümler kısmında zararın giderilmesi boyutuyla tüm suçlar için geçerli bir hüküm olarak etkin pişmanlığa yer verildiği ifade edilmektedir. Selçuk, *"II"*, s. 2.

ilkesine aykırı hareket ettiğini düşünmektedir⁶⁰. Böylelikle gerçekleştirilmesi kast edilmeyen suçlar açısından herhalde kanun koyucu, fiilin iradi olması ve fiille netice arasında nedensellik bağı bulunması şartıyla objektif sorumluluk⁶¹ kabul etmiş olmaktadır⁶².

Donay'a göre, failin suç sonrası verdiği zararı önlemeye yönelik çabasını ortaya koyması, işlenen fiili yetkili makamlara bildirmesi veya suç ortaklarını ele vermesi gibi örneklerde kanunun düzenlemesinin aksine etkin pişmanlık yoktur. Çünkü bütün bu hallerde fail neticenin ortaya çıkmaması için faaliyette bulunmamaktadır⁶³.

Bayraktar'a göre, TCK'nın teşebbüsü düzenleyen 35 inci maddesinde eksik ve tam teşebbüs ayrımı kaldırılmakta, bunun sonucu olarak da gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık ayrımı da düzenleme içinde yer almamaktadır. Teşebbüs ile gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen maddeler arasındaki tutarsızlık tam teşebbüsün hala var olduğu kuşkusunu doğurabilir⁶⁴. Buna göre 35 inci maddede teşebbüse ilişkin ayırım ortadan kaldırıldığı halde, vazgeçmenin her iki türünün de 36 ncı maddede düzenlenmesi bir çelişkiyi ortaya çıkarmaktadır⁶⁵.

Artuk/Çınar'a göre, gönüllü vazgeçme başlıklı 36 ncı madde, failin kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi ifadelerini kullanmakla teorideki etkin pişmanlığı gönüllü vazgeçme olarak kabul etmiş, böylelikle madde başlığı ve içeriği uyumsuz hale geldiği gibi kurum ve kavramlar da birbirleriyle karıştırılmıştır⁶⁶.

Özbek'e göre, etkin pişmanlık ancak neticenin gerçekleşmediği hallerde ortaya çıkabileceğinden, gönüllü vazgeçme başlığı altında kanun koyucunun etkin pişmanlığa yer vermesi yerinde olmamıştır⁶⁷.

⁶⁰ Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku, s. 343. Hâlbuki etkin pişmanlık icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra iradi olarak neticenin gerçekleşmesinin önlenmesi olarak ele alındığında, hareketin yapılmasıyla birlikte neticenin ortaya çıktığı yaralama ve eziyet gibi suçlarda etkin pişmanlığın uygulanması söz konusu olamaz. Bkz. Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayınları, Ankara, 2013, s. 128. Bu yaklaşımın çelişkili olduğu görüşü için bkz. Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 452, dn. 884.

⁶¹ Bu konuda bkz. Muharrem Özen, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US-A Yayınları, Ankara, 1998.

⁶² Bkz. Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku, s. 305-306.

⁶³ Süheyl Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 257.

⁶⁴ Köksal Bayraktar, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı'na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri", Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Editör: Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004, s. 21.

⁶⁵ Tozman, s. 195.

⁶⁶ Mehmet Emin Artuk/Ali Rıza Çınar, "Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler", Türk Ceza Kanunu Reformu II, Editör: Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 71, Ankara, 2004, s. 77.

⁶⁷ Veli Özer Özbek, "Mağduru Koruma ve Mağduriyetin Giderilmesi", Hukuki Perspektifler Dergisi, İstanbul, 2004, s. 123.

*Toroslu/Ersoy'a göre, icra hareketleri tamamlandıktan sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü aşırı bir düzenlemedir*⁶⁸.

*İçel'e göre, yeni TCK gönüllü vazgeçmeyi düzenlerken etkin pişmanlığı da cezasızlık kapsamına almıştır. Yazar, kanun koyucu gönüllü vazgeçme olarak adlandırmasına rağmen, failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra işlemeyi kastettiği suçtan vazgeçerek neticenin meydana gelmesini önlemesini "genel nitelikte etkin pişmanlık" olarak değerlendirmenin daha uygun olacağı kanaatinde*⁶⁹.

Kanaatimizce de 5237 sayılı TCK'da failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra ve fakat neticenin ortaya çıkması anından önce ortaya koyduğu çabaların gönüllü vazgeçme olarak kabulü eleştiriye açıktır. Nitekim mantık kuralları ve adalet prensibi gereğince işlenen suçtan pişman olan kişinin suçu işlemekten henüz başlangıçta vazgeçen kişiden farklı sonuçlara tabi tutulması lazımdır. Gönüllü vazgeçmenin neticeyi de kapsayacak ölçüde genişletilmemesi gerekir; çünkü vazgeçme "harekete ilişkin" bir kavramdır ve yapılmış olan hareketten vazgeçilmesinden değil ancak hareketten dolayı pişman olunmasından söz edilebilir⁷⁰. Örneğin failin terör örgütüne üye olmak için anlaşmaya varmasına rağmen, kendisinin ve sevdiklerinin hayatını tehlikeye atmamak adına örgüte katılmaması halinde gönüllü vazgeçme nedeniyle kendisine ceza verilmemektedir. Aynı örnekte fail örgüte katılsa ve bir yıl eylemsiz kaldıktan sonra herhangi bir sebeple örgütten kaçıp yetkili makamlara sığınsa, başlangıçtan beri örgüt üyesi olmayan kişi ile aynı muameleye tabi tutulmaktadır⁷¹. Keza bir kimseyi silahla kasten yaralayan kişi ile bir başkasını öldürmek kastıyla silahla ateş ettikten sonra ölmesini engelleyici hareketlerde bulunan kişiye uygulanacak muamele de kanuni düzenleme gereğince aynı olmaktadır. Hâlbuki ilk örnekteki failin kastının yoğunluğu ve onun tehlikeliliği, her ne kadar ölüm neticesini önlemiş olsa da ikinci örnekteki failinkinden daha azdır. Bu nedenle kanunun genel hükümlerinde "cezadan indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak" suçun tamamlanmasından önce ortaya çıkan etkin pişmanlığa (genel etkin pişmanlık) açıkça yer verilmesinin, "cezanın

⁶⁸ Nevzat Toroslu/Yüksel Ersoy, *"Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı"*, Türk Ceza Kanunu Reformu II, Editör: Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 71, Ankara, 2004, s. 13.

⁶⁹ Kayıhan İçel, *İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 474; Kayıhan İçel/A. Hakan Evik, *İçel Ceza Hukuku, Genel Hükümler II*, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 260.

⁷⁰ Erra, s. 681-682, dn. 7.

⁷¹ *"Silahlı örgüt üyesi olup kendiliğinden örgütten ayrılarak teslim olan sanığın örgütün faaliyetleri çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak edip etmediği ve yaptığı açıklamaların doğruluğu Emniyet Genel Müdürlüğü'nden sorulup araştırıldıktan sonra hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, 5237 sayılı TCK'nın 221. maddesi hükümlerinin terör suçları için uygulanamayacağından bahisle etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi, kanuna aykırıdır"* (Y.9.CD, E: 2006/7781, K: 2007/4039, 10.5.2007).

kaldırılmasını veya azaltılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak” kabul edilecek ve suçun tüm unsurlarıyla tamamlanmasından sonra uygulanacak olan etkin pişmanlığın (özel etkin pişmanlık) ise yürürlükteki düzenlemede olduğu üzere, kanunun özel hükümlerinde ilgili maddede ayrıca ve suç tipinin özelliklerine uygun şekilde kaleme alınmasının daha isabetli olacağını düşünmekteyiz. Böylece icra hareketlerini tamamlayan ancak neticeyi önleyen fail, gönüllü vazgeçmeden değil etkin pişmanlıktan yararlanacaktır. Bunun yalnız teorik değil pratik bir anlamı da bulunmaktadır. Örneğin fail mağdura öldürmek kastıyla ateş ettikten sonra hastaneye götürüp tedavi ettirse ve mağdurun iyileşmesine neden olsa, TCK m. 36 gereğince tamam olan kısımdan yani olayın gerçekleşme biçimine göre kasten yaralama suçunun temel veya nitelikli halinden sorumlu olacaktır. Oysa bu örnekte icra hareketleri tamamlandıktan sonra kast ortaya çıkamayacağına göre, failin başlangıçtaki kastı yaralamaya yönelik değildir⁷². Bahsedilen örnekte geçitli bir suç bulunmakla birlikte, bu durum kanunun gönüllü vazgeçmeyle faili doğrudan hedeflemediği bir sonuçtan sorumlu tuttuğu çıkarımının yapılmasına engel değildir. Hâlbuki gönüllü vazgeçmenin yanı sıra icra hareketlerini gerçekleştirdikten sonra neticeyi önleyen fail için genel hükümlerde cezayı hafifleten bir kişisel neden olarak etkin pişmanlığın kaleme alınması halinde, yukarıdaki örnekte fail TCK m. 36’nın aksine kasten yaralamadan değil, kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulacak; ancak cezası etkin pişmanlık hükümleri uygulanarak indirilecektir. Böylelikle bir yandan failin fiilinin hukuki nitelemesi isabetli biçimde yapılacak, diğer yandan onun gerçekten neticeden dönme yolunda ortaya koyduğu iradi çabaları da göz önünde tutulmuş olacaktır.

IV. ETKİN PİŞMANLIĞIN UNSURLARI

Kanunda açıkça düzenlenmiş olmak yani uygulanmasına meclis tarafından mutlaka bir “kanun” hükmüyle olanak tanınmak kaydıyla tatbik edilebilen etkin pişmanlığın yapısal unsurlarını, TCK’nın benimsediği sistemden hareketle ve suçun kurucu unsurlarını temel almak suretiyle “maddi” ve “manevi” unsurlar biçiminde ikiye ayırmak mümkündür⁷³. Etkin pişmanlığın maddi

⁷² Bu konuda mülga TCK döneminde öğretilen etkin pişmanlığın tipik örneği olarak sıkça üzerinde durulan “Walter Johnson” hadisesinden bahsedilebilir. 1922 yılının Mart ayında gerçekleşen olayda Genovalı bir kayıkçı, Walter Johnson isimli bir İngiliz denizciyle karadan sandalla gemiye götürülmesine karşılık ödeyeceği ücret konusunda tartışmış, bu tartışma sonunda kayıkçı, Johnson’u denize atmış ancak tam boğulacağı esnada onu ölümden kurtarmıştır. Bkz. Erra, s. 716. Söz konusu örnek, uzun süre gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık arasındaki farkı açıklamakta kullanılmıştır. Ancak 5237 sayılı TCK dönemine uyarlandığında örnekteki fiilin etkin pişmanlık değil gönüllü vazgeçme olarak değerlendirilmesi gerektiği görülmektedir.

⁷³ *Baba* (Etkin Pişmanlık, s. 41 vd.), etkin pişmanlığın unsurlarını “objektif” ve “subjektif” unsurlar olarak ikiye ayırmaktadır. Yazar, kanunun etkin pişmanlığa imkân tanıdığı bir

ve manevi unsurları alternatif değil kümülatif niteliktedir. Bu nedenle suç tipinin özelliklerine göre şüpheli, sanık veya hükümlünün etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için maddi ve manevi unsurların tamamının koşulları sağlanmış olmalıdır.

1. Maddi Unsurlar

Etkin pişmanlığın maddi unsurları, fiile ilişkin olan ve fiilden kaynaklanan unsurlar olup somut olayda kanunilik ilkesine uygun biçimde dışa yansıyan fiziksel nitelikteki unsurlar olarak tanımlanabilir. Bunlar kendi içinde “bir suçun bulunması”, “suçun tamamlanmış olması”, “faildeki pişmanlığın etkin olması” ve “yasal süre içinde pişmanlık duyulması” olarak ayrılabilir.

a) Bir Suçun Bulunması

Etkin pişmanlık hükümleri kural olarak ancak kriminal anlamda suç teşkil eden fiilleri işleyen fail hakkında uygulanabilir. Bu bağlamda teknik anlamda suç dışında kalan hukuka aykırı fiillerde örneğin kabahatlerde teşebbüs hükümlerinin uygulanması kural olarak mümkün olmadığı gibi etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması da söz konusu değildir. Keza disiplin cezası gerektiren fiillerin işlenmesi halinde de failin pişman olduğu gerekçesiyle idari yaptırım uygulanmaması yoluna gidilemez. Teşebbüs ve gönüllü vazgeçme ile etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması bakımından suçlar ve kabahatler arasında bir farklılık bulunmaktadır. Kabahate teşebbüsün cezalandırılmayacağı kuralının tek istisnası kabahate teşebbüsün cezalandırılabilmesinin kanunda açıkça kabul edilmesi halidir. Dolayısıyla ilgili kanunda kabahate teşebbüs ayrıca yaptırıma bağlanmışsa, söz konusu kabahatten gönüllü vazgeçilmesi de örtülü bir şekilde mümkün hale gelmektedir. Nitekim 5326 sayılı Kabahatler Kanunu⁷⁴’nun teşebbüs başlıklı 13 üncü maddesine göre “*Kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak, teşebbüsün de cezalandırılabilmesine dair ilgili kanunda hüküm bulunan haller saklıdır. Bu durumda, Türk Ceza Kanununun suça teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır*”. Hukukumuzda teşebbüs edilebilecek ve gönüllü vazgeçme uygulanabilecek birtakım kabahatlerin bulunduğu görülmektedir⁷⁵.

suçun varlığı, suçun tamamlanması, failden beklenen aktif tutum ve etkin pişmanlığın belli bir muhakeme aşamasında gerçekleşmiş olması şartlarını objektif unsurlar içinde incelemektedir. Failin bizzat gerçekleştirdiği iradi bir davranışın varlığı ve failin suçtan bizzat pişmanlık duyması şartları ise subjektif unsur içerisinde değerlendirilmektedir.

⁷⁴ 30.3.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, 31.3.2005 tarihli ve 25772 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁷⁵ Örneğin 27.10.1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun 239 uncu maddesinin ilk fıkrasında bazı fiillere teşebbüsün tamamlanmış kabahat gibi idari yaptırımla karşılanacağı kabul edilmiştir. Adı geçen hükme göre “*ithalat veya ihracat vergilerinden muaf eşyayı 33*

Kabahatlerde teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye yer veren kimi kanunlarla düzenlenen ve kabahat teşkil eden eylemlere Türk hukukunda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını emreden bazı normların, 5237 sayılı TCK ile birlikte suç ve kabahat ayrımının ortadan kalkmasının bir sonucu olarak ilga edildiğini belirtmek gerekir. Örneğin 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu⁷⁶'nun 5 inci maddesinde kaçakçılık suçları⁷⁷ ve kabahatleri için getirilen etkin pişmanlık düzenlemesi kapsamında 6455 sayılı Kanun'un 66 ncı maddesi ile getirilen düzenleme doğrultusunda kabahatler çıkarılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra verdiği bazı kararlarda, kabahatlerde etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasının olanaklı olduğuna değinmektedir. Belirtmek gerekir ki, hangi suçlar veya kabahatler bakımından etkin pişmanlığın uygulanabileceğine yönelik kesin bir ölçütün henüz başlangıçta saptanması mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle Yüksek Mahkeme, bazı kanunlarla düzenlenen kabahatler açısından etkin pişmanlığa yer verilmemesini bütünüyle kanun koyucunun takdir yetkisi çerçevesinde ele almaktadır. Anayasa Mahkemesi, Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 4.12.1984 tarihli ve 3093 sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Gelirleri Kanunu'nun 6 ncı maddesinde yer verilen ve *"Bu Kanununun 1 inci maddesinde belirtilen cihazların bandrolsüz veya etiketsiz satışını yapan imalatçı veya ithalatçıya Kurum tarafından bandrolsüz veya etiketsiz satılan veya satışa arz edilen her cihaz için cihazın satış bedeli kadar idarî para cezası verilir"* şeklinde kaleme alınan hükmün iptali için yaptığı başvuruyu reddederken etkin pişmanlığa ilişkin gerekçelerin Yüksek Mahkeme'nin inceleme alanı dışında kaldığına hükmetmiştir⁷⁸. Dolayısıyla Türk hukukunda

üçüncü madde hükümleri gereğince belirlenen gümrük kapıları dışında başka yerlerden izinsiz olarak ithal veya ihrac veya bunlara teşebbüs edenlerle, bu tür eşyayı gümrük işlemlerini yaptırmaksızın yurda sokanlar veya çıkarılanlar ile buna teşebbüs edenlerden, söz konusu eşyanın ithalata konu olması halinde, CIF değerinin, ihracata konu olması halinde ise FOB değerinin onda biri oranında para cezası alınır".

⁷⁶ 21.3.2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 31.3.2007 tarihli ve 26479 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁷⁷ Kaçakçılık suçu failinin soruşturma evresi sona erinceye kadar suç konusu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı kadar parayı Devlet Hazinesine ödemesi kanunen zorunlu olup, bu konuda yükümü yerine getirme yönünde aktif çaba gösterilmeyen bir taahhütte bulunulması uygulamada etkin pişmanlık olarak kabul edilmemektedir. Bkz. YCGK, E: 2014/7-64, K: 2015/64, 24.3.2015.

⁷⁸ AYM, E: 2011/22, K: 2012/31, 1.3.2012, RG Tarihi: 13.10.2012, RG No: 28440. Kararın etkin pişmanlıkla ilgili bölümü şu ifadeleri içermektedir: *"İtiraz konusu kuralda, Kurum tarafından verilecek idarî para cezasının, bandrolsüz veya etiketsiz satılan veya satışa arz edilen her cihaz için cihazın satış bedeli kadar olduğu belirtilerek, cezanın üst sınırı gösterilmeden, nispi olarak belirleneceği hükme bağlanmıştır. İtiraz konusu kural ile Kuruma tanınan nispi idarî para cezası verme yetkisinin, kamuda oluşan zararın giderilmesi yanında, caydırıcı olma amacını taşıdığı anlaşılmaktadır. Bu düzenleme anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun*

etkin pişmanlık hükümlerinin uygulandığı suç tipleri açısından genel geçer nitelikte ortak bir özellik saptamak güçtür. Buna karşılık örneğin Alman hukukunda etkin pişmanlığın genelde kalkışma suçu biçiminde düzenlenen ve hukuksal değerler zarar görmesi tehlikesinin ortaya çıkmasının yeterli olduğu suç tipleri için kabul edildiği söylenebilir⁷⁹.

Bununla birlikte fiilin suç teşkil etmesi tek başına yeterli değildir. Fail işlenen fiilden dolayı son derece üzüntü duymuş ve pişman olmuş olabilir. Sadece failin içinde bulunduğu pişmanlık şahsi cezasızlığa yeterli olmadığı gibi genel anlamda da bir cezadan indirim nedeni değildir. Mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıkta faile ilişkin şartların takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınması elbette mümkündür. Etkin pişmanlıkta ise mahkemenin takdirine yer bırakmayacak şekilde kanuni koşulların gerçekleşmesi ve yalnız kanunda belirtilen suçların işlenmesi halinde cezalandırmaya etki eden bir nedenin

takdirinde olup, bu konuda bir belirsizlik bulunmamaktadır. İtiraz başvurusunda, ithalatçı firmalar tarafından malı nihai tüketiciye satacak olan firmaya yapılan satış işleminden sonra, TRT'den bandrol alınması durumu, kusurluluğu azaltan ya da ortadan kaldıran neden olarak nitelendirilerek, itiraz konusu kuralın kusurlulukla ilgili nedenleri düzenlememesi nedeniyle belirlilik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de, itiraz konusu kural ile düzenlenen kabahat fiili, 3093 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirtilen cihazların bandrolsüz veya etiketsiz olarak satılması veya satışa arz edilmesi anında işlenmiş olduğundan, bandrol ya da etiketin söz konusu cihazların satılması ya da satışa arz edilmesinden sonra alınması halinde, kusurluluğu azaltan ya da ortadan kaldıran nedenlerden değil, etkin pişmanlık kavramından söz edilebilir. Zira faildeki iradenin oluşum şartlarını etkileyerek, failin işlediği fiilden dolayı şahsen sorumlu tutulup tutulamayacağı hususuyla ilgili olan yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi kusurluluğu azaltan ya da ortadan kaldıran sebeplerin, fiilin işlendiği anda mevcut olması gerekmekte olup, fiilin işlenmesinden sonra oluşan neticenin ortadan kaldırılması, etkin pişmanlıkla ilgili bir durumdur. Kanun koyucu ceza alanında düzenleme yaparken sahip olduğu takdir yetkisine dayanarak bazı suç ya da kabahatlerde, fail işlendikten sonra etkin pişmanlık gösterilerek işlenen haksızlığın neticelerinin mümkün olduğunca izale edilmesi, azaltılması ya da tamamen ortadan kaldırılması halinde, faile hiç ceza verilmemesini veya cezasında indirim yapılmasını öngörebilmektedir. İtiraz konusu kuralda etkin pişmanlıkla ilgili bir düzenlemeye yer verilmemesi, anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirinde olup, kuralda bu açıdan da bir belirsizlik bulunmamaktadır".

⁷⁹ Bernd Heinrich, Ceza Hukuku, Genel Kısım-I, Editör: Yener Ünver, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, s. 464-465 (Çev: Pinar Bacaksız). Heinrich, Alman hukukunda cezasızlık veya cezadan indirim nedeni olarak kabul edilen etkin pişmanlığa şu örneği vermektedir (s. 464, kn. 709): "Anton rakibi Norbert'in evini yakmak istemektedir. Gece Norbert'in bodrumuna girer, benzine bulanmış bir bez parçasını yakarak tahtadan yapılmış bir kutunun üzerine atar. Kutu hemen ateş alır. Daha sonra Anton evi terk eder. Kısa bir süre sonra Anton pişman olur. Geri döndüğü sırada bodrum çoktan yanmaya başlamıştır. Aşşap kapının çerçevesi de yanmaya başlamıştır (Burada kapının çerçevesi de binanın bir parçası olarak değerlendirilirse, yangın çıkarma suçu tamamlanmış olacaktır). Yanında getirdiği yangın söndürücü ile Anton ateşi söndürür. Burada Al. CK. prg. 306e'de yer alan etkin pişmanlık hükmü yangın çıkartma suçları olan Al. CK. prg. 306 ve 306a için de uygulanabilir niteliktedir. Ancak Al. CK. prg. 303'te yer alan mala zarar verme suçu için etkin pişmanlık hükmü öngörülmediğinden yanan tahta kutu ve zarar gören kapı açısından failin sorumluluğu devam etmektedir".

varlığından söz edilebilir. O halde mevzuatta açıkça belirtilen hallerin dışında etkin pişmanlığın bir rolü olmadığı gibi, kanunda belirtildiği hallerde de etkin pişmanlık ancak ilgili suç tipi veya tipleri açısından etkili olmaktadır^{80, 81}.

Örneğin failin öldürdüğü kişinin cesedini nereye sakladığını veya cinayet aletini nereye gizlediğini açıklaması, ürettiği sahte paraları nerede kullandığını ifade etmesi ya da mağdura hakaret ettikten sonra sözünü geri aldığını ve özür dilediğini beyan etmiş olması etkin pişmanlıktan yararlanması için yeterli değildir⁸². Nitekim hukukumuzda öldürme veya hakaret suçlarında etkin pişmanlık hükümleri uygulanmaz. Ancak bugibi hallerde failin etkin pişmanlıktan yararlanamaması, onun pişmanlığının hiçbir zaman dikkate alınmayacağı anlamına gelmemektedir. Söz gelimi bir insanı kasten öldüren, işkence eden, cinsel saldırıda bulunan, bir başkasını yaralayan, tehdit veya hakaret eden ya da yasak silah taşıyan yahut hakkında etkin pişmanlık öngörülmeyle başka bir suç işleyen failin pişmanlığı en fazla TCK m. 62 gereğince “mahkemenin takdirine bağlı olarak” indirim nedeni sayılabilir.

⁸⁰ Dönmezer/Erman, Cilt: I, s. 452. TCK’da hangi suçlar bakımından etkin pişmanlık hükmü uygulanabileceğine ilişkin tasnif için bkz. İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 489, dn. 68; Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 571-573; Demirbaş, Ceza Hukuku, s. 427; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 465; Metiner/Koç, s. 1087-1088. Alman Ceza Kanunu’nda etkin pişmanlığın öngörüldüğü bazı suç tiplerine ilişkin örnekler için ayrıca bkz. Heinrich, s. 465, kn. 710.

⁸¹ 5237 sayılı TCK’da cezayı kaldıran veya cezadan indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık kurumuna yer verilen ve *numerus clausus* (sınırlı sayım) ilkesi doğrultusunda düzenlenen suçlar şu şekilde sıralanabilir:

- Organ veya doku ticareti suçu (TCK m. 93),
- Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK m. 110),
- Malvarlığına karşı suçlar (Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas, yağma, karşılıksız yararlanma suçları) (TCK m. 168),
- İmar kirliliğine neden olma suçu (TCK m. 184/5),
- Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu ile kullanmak için uyuşturucu madde satın alma, kabul etme veya bulundurma suçu (TCK m. 192),
- Parada sahtecilik suçu ile kıymetli damgada sahtecilik suçu (TCK m. 201),
- Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (TCK m. 221),
- Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu (TCK m. 245/5),
- Zimmet suçu (TCK m. 248),
- Rüşvet suçu (TCK m. 254),
- İftira suçu (TCK m. 269),
- Yalan tanıklık suçu (TCK m. 274),
- Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu (TCK m. 281/3),
- Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu (TCK m. 282/6),
- Muhafaza görevini kötüye kullanma suçu (TCK m. 289/2),
- Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu (TCK m. 293),
- İnfaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokma suçu (TCK m. 297/4)
- Suç için anlaşma suçu (TCK m. 316/2).

⁸² Aydın, s. 107.

b) Suçun Tamamlanmış Olması

5237 sayılı TCK'nın etkin pişmanlığa yönelik düzenlemesine bakıldığında, kanunda etkin pişmanlığın kabul edildiği tüm suçlarda, suçun tüm unsurlarıyla tamamlanması koşulunun arandığı görülmektedir. Örneğin malvarlığına karşı suçlarda etkin pişmanlığı düzenleyen 168 inci maddenin ilk fıkrası uyarınca *"Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine⁸³ kadar indirilir"*. Kanun koyucu "suç tamamlandıktan sonra" ifadesine yer vermek suretiyle teşebbüs aşamasında kalan suçlarda failin etkin pişmanlıktan yararlanamayacağını kabul etmiş olmaktadır⁸⁴. Bu sistemde etkin pişmanlık sadece icra hareketleri bittikten ve suç tamamlandıktan sonra mümkün olabilir⁸⁵. TCK m. 36'nın gerekçesinde de *"Suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra örneğin çalınan eşyanın geri verilmesi veya kaçırılan kişinin serbest bırakılması hâllerinde, artık vazgeçme değil etkin pişmanlık söz konusudur"* denilerek teşebbüs aşamasında kalan suçlarda etkin pişmanlığın olamayacağı açıkça vurgulanmıştır. Bu nedenledir ki icra hareketleri sonrası aktif çaba, "suç sonrası etkin pişmanlık" biçiminde adlandırılmaktadır⁸⁶. Suçun tamamlanıp tamamlanmadığı her bir suç tipi açısından ayrıca değerlendirilmelidir⁸⁷. Suçun tamamlanması anının saptanması halinde, tamamlanma anına kadar gerçekleşen fiiller bakımından ortaya çıkan pişmanlığın, TCK m. 36'nın unsurlarını taşımak kaydıyla gönüllü vazgeçme olarak ele alınması gerekmektedir.

Yargıtay uygulamasında etkin pişmanlık ile teşebbüsün aynı olayda birlikte bulunamayacağı kabul edilmektedir⁸⁸. Örneğin bir davada *"5237 sayılı TCK'nın*

⁸³ Bkz. Y.13.CD, E: 2014/36504, K: 2016/581, 18.1.2016.

⁸⁴ Mehmet Emin Alşahin, Mala Zarar Verme Suçları, Turhan Yayınları, Ankara, 2010, s. 156; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 417. Bu konuda bkz. Y.6.CD, E: 2005/10071, K: 2005/7166, 8.9.2005.

⁸⁵ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 489. TCK sisteminde etkin pişmanlık, suçtan sonraki zararı veya suçun neticelerini ortadan kaldırmak anlamında kullanılmaktadır. Bkz. Bayraktar, *"Teşebbüs"*, s. 140.

⁸⁶ Bkz. Toroslu, Ceza Hukuku, s. 269.

⁸⁷ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 651.

⁸⁸ *"Sanıkların suça konu cüzdanı müştekinin cebinden aldıklarının tanıklar tarafından fark edilerek yakalandıkları, böylece eylemin teşebbüs aşamasında kaldığının anlaşılması karşısında, tamamlanmış suçlarda uygulama imkânı olan ve TCK'nın 168. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri uygulanarak, yazılı şekilde hüküm kurulması..."* (Y.22. CD, E: 2015/10884, K: 2016/2121, 17.2.2016).

168 inci maddesinin suçun tamamlanmasından sonra gerçekleşen etkin pişmanlık durumunda uygulanabileceği, sanığın, müştekinin işyerinden suça konu sigaralarla birlikte çıkararak kaçtığı, müştekinin sanığın peşinden koştuğu, kaçarken sanığın, aldığı sigaraları yere attığı ve kaçmaya devam ettiği, bu kovalama esnasında olayı gören kolluk görevlilerinin olaya müdahale ettiğinin anlaşılması karşısında eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı sanık tarafından henüz sigaraların alınmamış olması nedeniyle...”⁸⁹ etkin pişmanlığın uygulanamayacağına karar verilmiştir. Benzer yönde bir başka kararda suçun tamamlanma anının suç tipine göre saptanması gerektiğinden hareketle “Mağdur A... T...’a yönelik eylem teşebbüs aşamasında kaldığından sanıkların haksız yararı elde edemeden yakalanmış olmaları, diğer mağdur T... B...’ın zararının, soruşturma aşamasında C. Savcısının talimatı üzerine 18.10.2005 gün ve saat 20.00’de düzenlenen tutanakla kolluk kuvvetleri tarafından ve sanıklardan zaptedilen paradan ödenmek suretiyle karşılandığının anlaşılması nedeniyle etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma koşulları oluşmadığı...”⁹⁰ vurgulanmaktadır. Öğretide bazı yazarlarca, henüz tamamlanmamış suçlar açısından eğer ortada doğmuş olan bir zarar varsa faile zararı tazmin etme olanağının tanınması ve teşebbüs aşamasında kalan suçlarda da etkin pişmanlığın kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁹¹.

İlk kez 1853 *Toscana Kanunu*’nda yer verilen “tamamlanmış suç” kavramı, kanunda öngörülmüş olan zorunlu ve en son unsurun gerçekleştiği anı ifade etmektedir⁹². Diğer bir deyişle kanuni tipte yer alan tüm unsurların (hareket, netice, nedensellik bağı, manevi unsur) ortaya çıkması ile birlikte suç tamamlanmaktadır⁹³. Özellikle neticenin gerçekleşmesi suçun tamamlanması açısından önem arz etmektedir⁹⁴. Neticeye göre suçlar tasnifinde karşımıza çıkan bir ayrım sırf hareket suçu ve neticeli suç ayrımıdır⁹⁵. Soyut tehlike suçları aynı zamanda sırf hareket suçlarıdır⁹⁶. Keza sırf ihmal suçlarının da bu gruba girdiği kabul edilir⁹⁷. Hareketin yapılmasıyla tamamlanan, neticenin

⁸⁹ Y.13.CD, E: 2012/1275, K: 2012/9217, 16.4.2012. “Teşebbüs halinde kalmış hırsızlık suçlarında etkin pişmanlık hükmünü düzenleyen TCK’nun 168. maddesinin uygulanamayacağıнын düşünülmemesi, bozmayı gerektirmiştir” (Y.13.CD, E: 2013/24360, K: 2014/27474, 1.10.2014). Keza bkz. Y.2.CD, E: 2014/25578, K: 2014/22377, 30.9.2014.

⁹⁰ Y.11.CD, E: 2010/14415, K: 2010/12674, 8.11.2010.

⁹¹ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökcen/Ahmet Caner Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 4. Cilt, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009, s. 3784.

⁹² Hafızoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku, s. 328.

⁹³ Toroslu, Ceza Hukuku, s. 248; Doğan Soyaslan, Teşebbüs Suçu, Kazancı Yayınları, Ankara, 1994, s. 17.

⁹⁴ Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, Verlag Franz Vahlen, München, 2008, s. 427, kn. 21.

⁹⁵ Bu ayrımı kabul etmeyen bir görüş için bkz. Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 170.

⁹⁶ Önder, s. 176.

⁹⁷ Örneğin yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu (TCK m. 98),

gerçekleşmesine gerek duyulmayan suçlara “sırf hareket suçu”⁹⁸; hareket ile neticenin yer ve zaman veya zaman ve nedensellik bağı bakımından birbirinden ayrıldığı suçlara ise “neticeli suçlar”⁹⁹ adı verilmektedir¹⁰⁰. TCK’nın gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 36 ncı maddesinde failin “suçun tamamlanmasını” veya “neticenin gerçekleşmesini” önlemesi gerekliliğinden bahsedilmesi, sırf hareket suçlarında tamamlanma anının neticeli suçlardan farklı olduğunun ve -bu tür suçlarda netice söz konusu olmayacağından- neticenin gerçekleşmesini önlemenin failden beklenmediğinin kanun koyucu tarafından zımnen kabul edildiği şeklinde yorumlanabilir.

TCK’da neticenin hukuki yani normatif ayrımını çağrıştıran bir düzenlemeye yer verilmemesinin bir sonucu olarak, ceza hukukunda netice denildiğinde, hareketten doğan ve kanunun göz önüne aldığı dış dünyada meydana gelen değişikliğin anlaşılması gerekir¹⁰¹. O halde dış dünyada bir değişikliğin aranmadığı suçlar, salt hareketin gerçekleştirilmesiyle işlenebilecektir. Sırf hareket suçlarına örnek olarak adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs, hakaret, yalan tanıklık gibi suçlar gösterilebilir¹⁰². Aynı şekilde hürriyete karşı suçlar içerisinde tehdit suçu ile cebir suçu da salt hareket suçlarına örnek olarak verilebilir¹⁰³. Öldürme, yaralama, hırsızlık, dolandırıcılık, mala zarar verme gibi sıkça karşılaşılan diğer suç tiplerinde ise hareketten ayrı bir neticenin ortaya çıkması gerekir. Zaten kanunda düzenlenen çoğu suç tipi bir zarar suçu ve aynı zamanda bir netice suçu niteliğindedir.

Sırf hareket suçlarında hareketin yapılmasıyla birlikte suç tamamlanacağı için kural olarak ancak hareket gerçekleştiikten sonra etkin pişmanlık ortaya çıkabilir. Bu halde ayrıca bir neticenin gerçekleşmiş olması beklenmez. Etkin pişmanlığa açıkça yer verilen iftira suçu¹⁰⁴ buna örnek gösterilebilir. Çünkü

görevin gereklerini yerine getirmede ihmal veya gecikme göstermek şeklinde işlenen görevi kötüye kullanma suçu (TCK m. 257/2) yahut suçu bildirmeme, kamu görevlisinin suçu bildirmemesi veya sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçları (TCK m. 278-280) ihmali ve salt hareketle işlenen suçlardır. Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku, s. 328.

⁹⁸ Bu suçlara öğretide “salt hareket suçu”, “şekli suç” veya “neticesi harekete bitişik suç” adı da verilmektedir. Bkz. Kayıhan İçel/Fusun Sokullu-Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih Selami Mahmutoglu/Yener Ünver, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 67; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 133; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 253; Öztürk/Erdem, s. 181, kn. 283; Dönmezer/Erman, Cilt: I, s. 381.

⁹⁹ Bu suçlara öğretide “maddi suç” veya “neticesi hareketten ayrılabilen suç” da denilmektedir. Bkz. Önder, s. 172; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 253; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 75-76.

¹⁰⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 273-274; Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku, s. 200.

¹⁰¹ Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku, s. 202.

¹⁰² Hakeri, Ceza Hukuku, s. 160.

¹⁰³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 381, 397.

¹⁰⁴ İftira suçuna ilişkin etkin pişmanlık hükümlerinin, kanunda ve gerekçesinde açıklık

iftira suçunun basit şekli bir sırf hareket suçu ve aynı zamanda bir tehlike suçu niteliğindedir¹⁰⁵. Örneğin bir haber programına canlı yayına bağlanan fail, işlemediğini bildiği halde bir kamu görevlisi olan ve haberin konusunu oluşturan komşusunun rüşvet aldığına kendisinin bizzat şahit olduğunu ifade ederse, bu beyanda bulunur bulunmaz iftira suçunu işlemiş olacaktır. Burada iftira içeren sözlerin sarf edilmesi ile birlikte suç tamamlanır. Örnek üzerinden gidilecek olursa pişmanlık açısından iki ihtimalle karşılaşmak mümkündür. İftira eden kişi, tamamlanma aşamasından önce sözleri sarf etmekten iradesi ile vazgeçerse yani düşündüklerini ifade etmekten imtina ederse, suç yolunda düşünce aşamasında kalacağı ve icra hareketlerine hiç başlamamış olacağı için zaten suç oluşmaz. Buna karşılık fail iftira niteliği taşıyan sözleri söyledikten yani düşündüklerini ifade etmeyi ve dolayısıyla suçu tamamladıktan sonra, bu andan itibaren soruşturmadan, kovuşturmadan veya hükümden önce ya da iftira ettiği kişinin mahkûmiyetinden veya infazına başlandıktan sonra pişmanlık duyduğunu ifade ederse, TCK m. 269 uyarınca etkin pişmanlıktan yararlanabilir¹⁰⁶.

Etkin pişmanlık açısından önemli olan, suçun tamamlanmış olmasıdır. Tamamlanan bir suçun sona erme aşamasının gerçekleşmemiş olması etkin pişmanlıktan yararlanmaya engel değildir. Diğer bir deyişle kesintisiz suçlarda tamamlanma anı ile sona erme anı farklı zamanlara denk geldiğinden, suçun tamamlanması anından itibaren etkin pişmanlık mümkündür. Kaldı ki bu tür suçlarda sona erme anının beklenmesi kanun koyucu tarafından çoğu zaman zaten aranmamakta veya sona erme ile etkin pişmanlık anı örtüşmektedir.

olmamakla birlikte, normun yasada düzenlendiği yer ve iftira suçuna ilişkin atf dikkate alındığında, failinin iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılacağı belirtilen ve iftira suçunun özel bir görünüm şeklini oluşturan TCK m. 268'deki başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçu açısından da uygulama alanı bulacağı kanısındayız. Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir: *"Gümrük kaçığı sigaraları naklederken yakalanan sanık ...'nin kolluk görevlilerine kendisini kardeşi ... olarak tanıtp, üzerinde taşıdığı ...'a ait nüfus cüzdanını verdiği, daha sonra yapılan üst aramasında üzerinden başka bir nüfus cüzdanının çıkması üzerine gerçek kimlik bilgilerini söylediğinin anlaşılması karşısında; sanık hakkında TCK'nın 269. maddesinde yazılı etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağıının tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi, hükmün bozma sebebidir"* (Y.16.CD, E: 2015/6095, K: 2016/130, 13.1.2016). Aynı yönde bkz. Y.11.CD, E: 2016/460, K: 2016/519, 25.1.2016.

¹⁰⁵ Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pinar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 1032.

¹⁰⁶ *"Sanığın hırsızlık suçu şüphelisi olarak yakalandığında soruşturma ve kovuşturmadan kurtulmak amacıyla kardeşi M.... A... olduğunu söyleyerek iftirasından, mağdur hakkında soruşturmaya başlamadan yargılamadaki ifadesi sırasında gerçeğe dönmesi karşısında hırsızlık suçundan hakkında dava açılıp açılmadığı da araştırılarak TCY'nın 269. maddesinde öngörülen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerekip gerekmediğinin tartışılmaması, yasaya aykırıdır"* (Y.4.CD, E: 2010/23669, K: 2010/15547, 5.10.2010).

Kesintisiz suçların tipik örneği olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda¹⁰⁷ failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için, özgürlüğünden alıkoyduğu mağduru, soruşturma başlamadan önce ve onun şahsına herhangi bir zararı dokunmaksızın¹⁰⁸ kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakması koşulu aranmıştır¹⁰⁹. Bu suç tipinde görüldüğü üzere failin mağduru güvenli bir yerde serbest bırakması ile birlikte hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu sona ermekte hem de aynı anda etkin pişmanlığın uygulanma şartları bütünüyle gerçekleşmiş olmaktadır.

c) Pişmanlığın Etkin Olması

Kurumun adından da anlaşılacağı üzere failin işlemiş olduğu suçtan dolayı yalnızca pişmanlık, üzüntü hatta elem duyması yeterli değildir; aynı zamanda pişmanlığın mevcut, etkili ve aktif olması gerekmektedir. Etkin sözcüğü edilginin karşısı olduğuna göre, failden salt yapmama şeklinde ihmali bir harekette bulunarak ya da pasif kalarak pişmanlık beklemek mantıken mümkün olmaz. Bu cümleden olmak üzere failin pişmanlığını yetkili makamlara belli etmek üzere her halde aktif bir tutum ve çaba içerisine girmiş olması ve kural olarak yapma şeklinde icrai hareketlerle çabasını belli etmesi şarttır. *Özbek'e* göre de failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra vazgeçmiş sayılabilmesi için neticenin gerçekleşmesini aktif bir şekilde önlemesi gerekir¹¹⁰.

Etkin pişmanlığın aktif pişmanlıkla eşdeğer tutulması, gönüllü vazgeçme ile etkin pişmanlık arasındaki farklardan birinin ortaya konulması anlamına gelir. Nitekim icra hareketlerine başladıktan sonra failin kendi iradesiyle hareketi devam ettirmekten imtina etmesi örneğinde olduğu üzere ihmali hareketle gönüllü vazgeçme mümkündür. Fakat etkin pişmanlıkta esasen tamamlanmış olan icra hareketlerinin aynı zamanda kesilmesinden söz edilmesi mümkün olamayacağına göre, malvarlığına karşı suçlarda hem aktif hem de pasif davranışlarla etkin pişmanlığın sergilenebileceğini ileri süren

¹⁰⁷ TCK m. 109'da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mağdurun özgürlüğünün kısıtlandığı anda ve yerde tamamlanmakla birlikte, mahiyeti itibariyle harekete bitişik olan neticenin bir süre devam etmesi gerekir. Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yayınları, Ankara, 2007, s. 84; Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 256. İşte bir süre devam eden söz konusu failin kesintiye uğradığı yani mağdurun tamamen hareket serbestisine kavuştuğu anda ise hürriyetten yoksun kılma suçu sona erer. Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Yayınları, Ankara, 2010, s. 264.

¹⁰⁸ Bkz. Y.14.CD, E: 2012/14794, K: 2014/9957, 16.9.2014.

¹⁰⁹ Öğretide kesintisiz suçlarda etkin pişmanlığın, failin, iradesiyle yani isteyerek temadiye son verdiği anda gerçekleşeceği, bu nedenle "etkin pişmanlık için suç tamamlandıktan sonra mağdurun güvenli bir yerde serbest bırakılması" gerekçesinin isabetli olmadığı ifade edilmektedir. Hafzoğulları/Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 193.

¹¹⁰ *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, s. 578.

görüşlere katılmamaktayız¹¹¹. Gerçekten salt fiilin kesilmesini veya devam ettirilmemesini yeterli görmek suretiyle kimilerince “pasif etkin pişmanlık” olarak değerlendirilen davranışlar, fiilin tamamlanması değil kesilmesi yani yarıda bırakılması söz konusu olduğuna göre, yeni TCK sistematüğinde esasen gönüllü vazgeçmeyi ifade etmektedir.

Bazı hallerde aslında suç tamamlandıktan sonra fail tarafından hareketsiz kalınarak etkin pişmanlığa ilişkin normun fiziksel koşullarının sağlandığı yanılığının ortaya çıkması mümkündür. Oysa örneğin suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda örgüt üyesinin yer değıştiren örgüte katılmaması yahut kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunda failin mağduru yakalama olanağı varken bağılı olan mağdurun kaçmasını yalnızca izlemesi gibi durumlarda hareketsiz kalan kişi salt hareketsiz kalmakla yine etkin pişmanlıktan yararlanamaz. Nitekim suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda failin etkin pişmanlıktan yararlanması için örgütten ayrılmanın yanı sıra yetkili makamlara durumun bildirilmesi şart koşulduğı gibi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda da mağdurun sadece serbest kalması değil fail tarafından güvenli bir yerde serbest bırakılması koşulu aranmıştır¹¹². Aynı şekilde kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunda olduğu gibi mütemadi suç özelliğı gösteren imar kirliliğı yaratma suçunda da failin salt hareketsiz kalması pişmanlık olabilirse de “etkin” olma koşulundan uzaktır. Nitekim TCK m. 184 gereğince failin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde kamu davası açılmayacak, açılmış olan kamu davası düşecek ve mahkûm olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacaktır. Hükmün uygulanması için failin her halde yapıyı hem imar planına ve hem de ruhsata uygun hale “getirmesi” gerekir¹¹³. Bu bağlamda her nasılsa imar planında yapılacak bir değışiklik sonucu yapının “kendiliğinden” hukuka uygun hale gelmesi, failin doğrudan doğruya etkin pişmanlıktan yararlanması sonucunu doğurmamalıdır¹¹⁴. Çünkü pişmanlık iradesi ancak etkin biçimde ortaya konulduğı takdirde yani dış dünyaya yansıyan icrai bir davranışla sergilendiğı ölçüde etkin olabilir.

¹¹¹ Aynı yönde bkz. Baba, s. 57.

¹¹² Baba, s. 57-58.

¹¹³ Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çevreye Karşı Suçlar”, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 659; Hafızoğulları/Özen, Toplumla Karşı Suçlar, s. 73.

¹¹⁴ Aynı yönde bkz. Baba, s. 72. Öğretide Yıldız, maddede geçen “binanın imar planına uygun hale getirilmesi” ifadesinin aynı zamanda imar planının ruhsatsız veya ruhsata aykırı bulunan yapıya uydurulması imkânını da tanıdığını, örneğin imar planı değışikliğı ile kaçak yapıların yasal hale getirilebileceğini ve bu nedenle düzenlemenin kötüye kullanılmaya müsait olduğunu düşünmektedir. Bkz. Ali Kemal Yıldız, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları No: 101, İstanbul, 2007, s. 295.

Pişmanlığın etkin olabilmesi için failden beklenen, birleşme suretiyle çok failli suçlar içerisinde değerlendirilen örgütlü suçlarda örgüt hakkında bilgi vermesi, suçun ve suçluların ortaya çıkmasını kolaylaştırması; iştirak halinde işlense bile tek failli suçlarda ise ya tamamlanan haksızlığın neticelerinin sürdürülmesine müsaade etmemesi ya da haksızlığın zararlı sonuçlarını gidermeye yönelik birtakım eylemlerde bulunmasıdır. Bu minvalde TCK'nın etkin pişmanlığı kabul eden hükümlerinde, aşağıda incelenen ve faildeki pişmanlığın etkin olup olmadığını tespit etmeye yarayan bazı zorunlu ölçütlere yer verilmiştir:

Organ veya doku ticareti suçunda etkin pişmanlığı düzenleyen TCK m. 93 gereğince organ veya dokularını satan kişi hakkında cezaya hükmolunmaması, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırması şartına bağlıdır. Bu ilk halde cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık söz konusudur. Eğer organ veya dokularını satan kişi, doku veya organ ticareti suçu resmi makamlarca haber alındıktan sonra, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek cezanın, yardımın niteliğine göre, dörtte birinden yarısına kadar indirilecektir. Bu ikinci halde ise cezada indirim yapılmasını gerektiren bir kişisel neden olarak etkin pişmanlık karşımıza çıkmaktadır. Failin etkin pişmanlıktan yararlanması için hem suçun ortaya çıkmasına hem de diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardımda bulunması koşulları birlikte aranacaktır. Aslında 93 üncü maddede failin etkin pişmanlık göstermesinden ziyade ceza tehdidi altındaki suçlu tarafından örgütlü suçlulukla mücadelede başarı sağlamak isteyen Devletçe kendisine sunulan çıkar karşısında, etik olmayan bir biçimde suçu kendisiyle birlikte işleyen kişilerin ele verilmesi durumu söz konusudur¹¹⁵.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçuna iştirak eden kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerleri merciine haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini sağlaması halinde TCK m. 192/1 uyarınca hakkında cezaya hükmolunmayacaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrası gereği kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, bu maddeyi kimden, nerede ve ne zaman temin ettiğini merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını ya da uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini kolaylaştırırsa, kendisine ceza verilmeyecektir. Uyuşturucu kullanan kişinin soruşturmadan önce tedavi talep etmesi halinde de cezayı kaldıran etkin pişmanlıktan söz edilir. Bu iki durumda suçun veya suçluların

¹¹⁵ Hafizoğulları/Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s. 118.

ortaya çıkmasına dair gönüllü çaba soruşturma başladıktan sonra gösterilecek olursa, TCK m. 192/3 uyarınca cezadan indirim nedeni olan etkin pişmanlık gündeme gelecektir¹¹⁶. Uygulamada *Yargıtay* uyuşturucu madde suçlarında soruşturma başladıktan sonra failin kendi suçunun ortaya çıkması için gönüllü olarak yardım etmesini yani fiilini itiraf etmesini üçüncü fıkraya göre cezayı hafifleten etkin pişmanlık kapsamında değerlendirmektedir¹¹⁷.

Para ve kıymetli damgada sahtecilik suçunda etkin pişmanlığa yer veren TCK m. 201'de sahte olarak para veya kıymetli damga ya da bunların üretiminde kullanılan alet ve malzemeyi üreten, ülkeye sokan, nakleden, muhafaza eden veya kabul eden kişinin, bu para veya kıymetli damgaları tedavüle koymadan ve resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların üretildiği veya saklandığı yerleri merciine haber vermek koşuluyla ve verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını ve sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların ele geçirilmesini sağlaması halinde hakkında cezaya hükmolunmayacağı kabul edilmiştir¹¹⁸. Kanun koyucu kıymetli damgada ve parada sahtecilik yapan kişinin cezasız kalması açısından failin yalnızca işlenen fiili ve bu fiilden duyduğu pişmanlığı bildirmesini yeterli görmemiş, aynı zamanda diğer suç ortaklarını da ihbar etmek suretiyle pişmanlığının faal olmasını aramıştır.

Kanunda örgütlü suçlarda suçun ortaya çıkmasını sağlayan veya diğer suç ortaklarının ismen belirlenmesine yardımcı olan kişinin etkin pişmanlıktan yararlanacağına yönelik düzenlemeler bulunmaktadır¹¹⁹. Örneğin suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda etkin pişmanlığı düzenleyen TCK m. 221 uyarınca suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu nedeniyle soruşturmaya başlanmadan ve örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden önce, örgütü dağıtan veya verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlayan kurucu veya yöneticiler hakkında cezaya hükmolunmaz (f. 1). Örgüt üyesinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin, gönüllü

¹¹⁶ Bkz. Y.9.CD, E: 2015/3891, K: 2015/6794, 2.11.2015; Y.20.CD, E: 2015/1564, K: 2015/4485, 3.11.2015.

¹¹⁷ "Hakkında yeterli delil bulunmadığı aşamada işletmekte olduğu çay ocağına ait bahçede kutu içerisinde ele geçen uyuşturucu maddenin kendisine ait olduğunu kabul ederek kendi suçunun ortaya çıkmasına hizmet ve yardım eden sanık hakkında etkin pişmanlık hükmünün uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi isabetsizdir" (Y.20.CD, E: 2015/1550, K: 2015/4634, 11.11.2015). Aynı yönde bkz. Y.10.CD, E: 2010/31677, K: 2014/1726, 17.3.2014; Y.9.CD, E: 2015/1399, K: 2015/4651, 16.4.2015; Y.9.CD, E: 2015/8902, K: 2016/163, 18.1.2016.

¹¹⁸ Hafizoğulları/Özen, Toplum Karşı Suçlar, s. 151-152.

¹¹⁹ Öğretide örgütlü suçluluk için getirilen söz konusu düzenlemeler, failin suçun icrasından iradi olarak vazgeçmemesi veya neticeyi isteyerek önlememesi nedeniyle gönüllü vazgeçme ya da etkin pişmanlık olarak değil, bir tür ödüllendirme olarak değerlendirilmektedir. Burada amaç zararı gidermek değil, delil elde etmek üzere kollukla ihbarcı suçlunun işbirliği yapmasıdır. Hafizoğulları/Özen, Toplum Karşı Suçlar, s. 272.

olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz (f. 2). Örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanan örgüt üyesinin, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz (f. 3). Suç işlemek amacıyla örgüt kuran, yöneten veya örgüte üye olan ya da üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin, gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesi halinde, hakkında örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Kişinin bu bilgileri yakalandıktan sonra vermesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı verilecek cezada üçte birden dörtte üçe kadar indirim yapılır (f. 4).

Görüldüğü gibi, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda failin ister cezayı tümüyle kaldıran isterse hafifleten bir şahsi neden olarak etkin pişmanlıktan yararlanması açısından etkinliğin ölçütü, “örgütün dağılmasını veya örgüt mensuplarının yakalanmasını sağlamak” biçiminde tespit edilmiştir. Ayrıca suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda örgüt mensubunun etkin pişmanlıktan yararlanması için örgüt veya örgütün diğer üyeleri tarafından değil, bizzat pişmanlık duyan örgüt mensubu tarafından, kural olarak, örgütün faaliyetleri çerçevesinde yahut örgüt adına, ister tek başına ister iştirak halinde “hiçbir suçun işlenmemiş olması” gerektiğini belirtmek gerekir¹²⁰. TCK m. 221/4 hükmüne dair kanun gerekçesinde de ifade edildiği üzere, örgüt adına suç işlemekle veya işlenen suçta yardım etmekle birlikte örgütü dağıtma imkânından yoksun olan kişinin teslim olduktan veya yakalandıktan sonra “örgütün yapısı veya faaliyetleriyle ilgili bilgi vermesi” ise örgüt suçu özelinde “suç işlememiş olmak” şartının istisnasını oluşturmaktadır¹²¹.

¹²⁰ “5237 sayılı TCK. nun 221. maddesinin uygulanabilmesi için silahlı örgüt tarafından amaç suçun işlenmemiş ya da işlenmesine kalkışılmamış olması gerektiğine ilişkin bir koşul öngörülmediği gözetilmek suretiyle, silahlı örgüt üyesi olan sanığın örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak edip etmediği araştırılıp sonucuna göre anılan Yasanın 221/2. maddesinden yararlanıp yararlanmayacağı tartışıldıktan sonra hukuki durumunun buna göre tayin ve takdiri gerekirken, eksik soruşturma ve yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırıdır” (Y.9.CD, E: 2006/2761, K: 2006/6066, 8.11.2006).

¹²¹ TCK m. 314/3 hükmü karşısında bir terör örgütü üyesinin de “yalnız veya birlikte hiçbir suç işlememiş olmak koşulunu sağlayıp sağlamadığı” ve “eğer suç işlemişse terör örgütünün yapısı ve faaliyetleri hakkında bilgi verip vermediği” konusunda yapılacak araştırma sonucunda pişmanlığın etkinliği tespit edildiğinde, TCK m. 221/1-4’te ifadesini bulan davranışları gerçekleştirmek kaydıyla, örgüt üyesi, kurucusu veya yöneticisi olmaktan dolayı etkin pişmanlıktan yararlanması kanunen mümkün olmakla birlikte, diğer terör suçlarının aksine 6415 sayılı Kanun başta olmak üzere kendine özgü düzenlemelere tabi olan terörizmin finansmanı suçunun failinin etkin pişmanlıktan faydalanması söz konusu değildir. Çünkü suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve silahlı örgüt suçlarının aksine terörün finansmanında etkin

Hafizoğulları'na göre, Türk Ceza Kanunu'nun 93, 201 ve 221 inci maddelerinde yer alan söz konusu düzenlemelerin, bunlar her ne kadar etkin pişmanlık başlığı altında yer alsada aslında hukuki nitelemesinin "suça katılanın ihbarı" olarak ele alınması daha yerindedir. Nitekim "Burada, failin, pişmanlık duyarak failinin neticesini önlemeye çalışması ve işlemeyi kastettiği suçtan değil de o ana kadar işlediği fiil bir suç oluyorsa ondan sorumlu olması durumu yoktur; suçu ve suç ortaklarını ihbar etmesi karşılığında, ceza almaktan kurtulması veya daha az ceza alması durumu vardır. Kurum hem bu bakımdan hem de mertlik kurallarına aykırı bulunarak eleştirilmektedir. Suçlunun itirafçı olması karşılığında cezasız kalması veya daha az ceza ile cezalandırılması biçiminde ödüllendirme, herhalde ilk kez İtalyan ceza hukukunda 'Mafya tipi suçluluk' ile mücadelede 'yararlar dengesi' düşünülerek göz önüne alınıp düzenleme konusu yapılmıştır. Ancak, bugün, mağdura hiçbir şey sağlanmazken, suça ortak olan kişinin itirafının ödüllendirilmesi, özellikle koruma altına alınarak iyi hayat koşullarına kavuşturulması eleştirilmektedir"¹²².

Tek faille işlenebilecek bazı suçlar açısından ise failin, suçun tamamlanması ile ortaya çıkan tehlikeyi veya zararlı etkileri gidermesi koşulu aranmaktadır. Böylelikle en azından failin işlenmeden önceki hale getirilmesine çabalayan fail bir bakıma ödüllendirilmektedir. Örgütlü suçlardaki suç ortaklarının ele geçirilmesini sağlama şartı, örgüt kapsamında işlenmesi gerekmeyen bazı suçlarda failin aynen iade veya tazmin suretiyle zararı gidermesi koşuluna dönüşmektedir. Bu hallerde ortada iade edilmesi veya yokluğu durumunda tazmin edilmesi gereken bir para veya eşya söz konusu olmaktadır. Diğer deyişle suçun maddi konusunun para veya mal olması halinde pişmanlığın etkin olmasının koşulu, iade veya tazmin yoluyla zararın gideriminin sağlanmasıdır. Kanunda iade veya tazmin yoluyla zararın giderilmesinin kabul edildiği başlıca suçlar olarak malvarlığına karşı suçlar, zimmet, rüşvet ve muhafaza görevini

pişmanlığı düzenleyen açık bir kanun hükmü veya atf normu yer almamaktadır. Bu nedenle terörizmin finansmanı suçunda örgüt kurma, örgüte yönetici veya üye olma suçuna ve bu bağlamda işlenen terör suçlarına referansla yahut terör finansörünün TCK m. 221/4'te ifadesini bulan "örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüte bilerek veya isteyerek yardım eden kişi"ye benzetilmesi suretiyle kıyas yoluyla etkin pişmanlık uygulanmasının kabulü mümkün değildir. Bkz. Mehmet Gödeklî, Terörizmin Finansmanı Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2013, s. 253, 294-296. Kanımızca terörizmin finansmanı suçunun, kanunda pişmanlığa açıkça yer verilmemiş olmanın yanında, sırf hareket suçu niteliği taşıması, fakat ondan daha önemlisi pişmanlık duyan failin teröre fon sağlama veya toplama şeklinde gerçekleştirdiği önceki eylemlerinin zararlı etkilerini giderme olanağından neredeyse bütünüyle yoksun olması, TCK'nın yeni sisteminde beliren suç sonrası eylemli pişmanlık hükümlerinin bu suç açısından uygulanamamasının gerekçesini oluşturmaktadır.

¹²² Zeki Hafizoğulları, "Suçla Mücadelede Kolluğa Yardım Etmek", Çağın Polisi Dergisi, Sayı: 94, Ankara, Ekim 2009, s. 6.

kötüye kullanma suçları sıralanabilir¹²³. Kanımızca pişmanlığın etkinliği için, maddi konu üzerindeki giderilmesi gereken zarar hesaplanırken, mağdurun suç konusu malı kullanım ve aşınım değerlerinin bedelden mahsup edilmesi¹²⁴ ancak diğer yandan hem mevcut zararın hem de yoksun kalınan kârın yani mağdurun muhtemel kazanımlarının dikkate alınması gerekir.

TCK m. 168 gereğince malvarlığına karşı işlenen hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas, yağma ve karşılıksız yararlanma suçlarında fail, azmettiren veya yardım edenin bizzat pişmanlık duymasının yanı sıra mağdurun uğradığı zararı da aynen iade veya tazmin suretiyle “tamamen gidermesi” gerekmektedir. Örneğin failin yazı yazmak suretiyle kamu malına zarar verme suçunu işledikten sonra, yazdığı yazıları sildiğini beyan etmesi yeterli değildir; aynı zamanda kamunun fiil nedeniyle uğradığı maddi zarar varsa bunun tespit edilmesi ve nakden karşılanması da gerekir¹²⁵. Yine malvarlığına karşı işlenen bir hırsızlık suçunda pişmanlığın etkinliği için failin çaldığı malın iadesini bizzat sağlamak yönünde gayret göstermesi gerekir; yoksa çalıntı malı satın alan şahsın kim olduğunu kolluk güçlerine bildirmesi yeterli değildir¹²⁶. Bununla birlikte failin zararı tazmin edebilmesi ve dolayısıyla pişmanlığın etkin olabilmesi için her şeyden evvel kendisine bu tazmin olanağının mahkemece tanınmış olması şartı aranmaktadır¹²⁷.

Kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar açısından pişmanlığın etkinliği, zararın tazminine veya eğer mümkünse suçun konusunu oluşturan eşyanın aynen iadesine bağlanmıştır. Nitekim TCK m. 248'e göre kamu görevlisinin zimmetine geçirdiği malı aynen iade etmeksizin veya uğranılan zararı tamamen gidermeksizin pişmanlığının etkinliğinden söz

¹²³ TCK'da kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar içerisinde zimmet ve rüşvet suçları için öngörülen etkin pişmanlık hükümlerine irtikâp suçunda yer verilmediği fark edilmektedir. Öğretide bir görüş zimmet, rüşvet ve irtikâp suçlarının hukuki niteliklerinin birbirine yakın olduğu, bu nedenle irtikâp suçu açısından da kanun koyucunun etkin pişmanlık hükmüne yer vermesi gerektiği düşüncesindedir. Fatih Selami Mahmutoğlu, “TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Editör: Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004, s. 377.

¹²⁴ Y.13.CD, E: 2013/26841, K: 2014/24514, 8.9.2014.

¹²⁵ Y.23.CD, E: 2015/13542, K: 2015/1507, 13.5.2015.

¹²⁶ YCGK, E: 2013/13-626, K: 2015/7, 17.2.2015.

¹²⁷ “Yerel mahkemece mağdurun zararının ve bu zararın hangi aşamada karşılanmak istendiğinin tespit edilerek, bir ödeme noktası tayin edilip, sanıklara zararı giderme imkânı sunulurken sonucuna göre sanıklar hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma şartlarının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi ve sanıkların hukuki durumunun buna göre tayin edilmesi gerekmektedir” (YCGK, E: 2012/6-1524, K: 2013/152, 30.4.2013).

edilemeyecektir¹²⁸. Zimmet suçunda etkin pişmanlık ile kullanma zimmeti¹²⁹ birbiriyle karıştırılmamalıdır. Kullanma zimmetinde fail suç konusunu kullandıktan sonra iade etmek amacıyla almakta, etkin pişmanlıkta ise suç konusunu edinmek amacıyla almakta fakat suçun tamamlanmasından sonra pişman olarak iade etmektedir¹³⁰. Keza TCK m. 254 uyarınca rüşvet suçunda rüşvet alan kamu görevlisinin pişmanlığının göstergesi, rüşvet konusu şeyin soruşturmaya yetkili makamlara¹³¹ aynen teslim edilmiş olmasıdır¹³². Yine TCK m. 289/2 gereğince muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle el konulmuş olan mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunan kişinin, suçun konusunu oluşturan eşyayı kovuşturma başlamadan önce geri vermesi veya bunun mümkün olmaması halinde bedelini ödemesi durumunda pişmanlığının etkin olduğunun kabul edileceği ve cezadan indirim gerektiren şahsi sebepten faydalanacağı düzenlenmiştir.

Kanunun, yukarıda izah edilmeye çalışılan ve failin zararı gidermesini aynen iade veya tazmine bağlayan söz konusu hükümlerinin uygulanmasında failin ilk önce malın bütünüyle iadesini sağlaması, buna olanak bulunmaması halinde ise zararı tazmin etmesi gerekir¹³³. Dolayısıyla failin hem suç teşkil eden fiili

¹²⁸ TCK m. 50/1-b gereğince kısa süreli hapis cezasının, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine çevrilebilir. Bu halde malvarlığına karşı işlenen suçlarda veya zimmet suçunda kısa süreli hapis cezasına mahkûm olan kişi hakkında hangi hükmün uygulanacağı sorunu ortaya çıkabilir. Kanımızca etkin pişmanlıktan yararlanmanın koşulu olarak saptanan bir şartın aynı zamanda cezanın seçenек tedbire çevrilmesine yol açması mümkün gözükmemektedir. Söz gelimi zararı bütünüyle tazmin eden failin cezası indirildikten sonra bir yıldan az bir hapis cezasını gerektiriyorsa iade veya tazmin edilecek zarar kalmadığı için TCK m. 50/1-b uygulanamayacaktır. Ancak bu halde seçenек diğer tedbirlerin uygulanması mümkün olmalıdır. Benzer yönde bkz. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 553-554. Ayrıca bkz. Y.13.CD, E: 2011/9298, K: 2011/3106, 20.10.2011.

¹²⁹ TCK m. 247/3: “Zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilir”.

¹³⁰ Güneş Okuyucu Ergün, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2008, s. 125.

¹³¹ Rüşvet suçunda “yetkili makam” ibaresinden yalnızca adli veya idari soruşturma yetkisine sahip organların değil, aynı zamanda kamu görevlisinin bağlı bulunduğu idari makamların anlaşılması gerektiği görüşü için bkz. Özgenç, İrtikâp, s. 108.

¹³² Öğretide rüşvet alan için TCK m. 254/1’de yer almayan “pişmanlık duyarak” ibaresinin rüşvet veren için TCK m. 254/2’de aranması, eşitlik ve adalet ilkeleri açısından eleştirilmektedir. Ünver, rüşvet suçunun örgütlü olarak işlenmesi dışında etkin pişmanlık hükmünün bu suç kapsamından bütünüyle çıkarılması gerektiğini düşünmektedir. Yener Ünver, “TCK’nda Kamu İdaresine Karşı Suçlar”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt: III, Yayına Hazırlayanlar: Eric Hilgendorf/Yener Ünver, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 18, İstanbul, 2010, s. 572-573.

¹³³ Yener Ünver, Adliye Karşı Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 391.

gerçekleştirmesi hem de pişmanlığını ileri sürerek iade veya tazminden istediği birini tercih etmek suretiyle cezasız kalmasının önüne geçilmiş olmaktadır. Ayrıca etkin pişmanlığın iade veya tazmine bağlandığı hallerde hükmün uygulanabilmesi için iade veya tazminin fiilen ve somut olarak yerine getirilmiş olması gerekir. Diğer bir deyişle iade veya tazmin hususunda fail tarafından taahhütte bulunulması veya ödemeyi konu edinen bir sözleşme imzalanması yahut güvence verilmesi etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için yeterli değildir¹³⁴.

Aynen iade, failin, suç konusu eşyayı, kendi zilyetliği sırasında meydana gelen semereleri ile birlikte, gayri misli eşya niteliğinde ise değiştirmeden ve yapısını bozmadan geri vermesini; misli eşya ise ya olduğu gibi ya da aynı tür ve miktarı yerine ikame etmek suretiyle geri vermesini ifade etmektedir¹³⁵. İade söz konusu olduğunda failin çalınan malı bizzat teslim etmemiş olsa bile, örneğin pişmanlığa dayanan bir ikrarın sonucu olarak malın bulunduğu yeri kolluğa göstermesi halinde de etkin pişmanlıktan yararlanması gerektiği kabul edilmektedir¹³⁶. *Yargıtay*, bir kararında, hırsızlık suçunun failinin, çaldığı malı, çalıntı olduğunu bilen üçüncü kişiye sattıktan sonra, sattığı yeri söyleyerek suç konusu eşyanın mağdura iadesini sağlamış olmasına rağmen, satın alandan elde ettiği parayı kazanç müsaderesine konu edilmek üzere soruşturma makamlarına teslim etmemesi halinde, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanamayacağı sonucuna varmıştır¹³⁷. Belirtelim ki fail/failler tarafından birden fazla suçun işlenmesi ve bu suçlardan her biri için kanunda etkin pişmanlık hükmü sevk edilmiş olması halinde, aynen iadenin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği her suç için ayrı ayrı tespit edilmelidir¹³⁸.

¹³⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 856; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 736; İzzet Özgenç, *Zimmet Suçu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 71. *Yargıtay* aynı görüşte değildir: “Suça sürüklenen çocuğun mahkemede alınan savunmasında, çalışıp zararı gidermek istediğini belirtmesi karşısında; suça sürüklenen çocuğa zararı karşılması için süre tanınip sonucuna göre, hakkında TCK’nın 168. maddesinin uygulanıp, uygulanmayacağı tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir” (Y.13.CD, E: 2014/34952, K: 2016/143, 11.1.2016).

¹³⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 4. Cilt, s. 3784.

¹³⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 579.

¹³⁷ “Dairemizce de benimsenen ve *Yargıtay* CGK’nın 26.03.2013 günlü, 2012/6-1232 esas ve 2013/106 karar sayılı içtihadında belirtildiği üzere, çalınan malın 3. kişiye satılması halinde; 5237 sayılı TCK’nın 168. maddesinin uygulanabilmesi için hırsızlık suçunun failinin, sattığı yeri veya kişiyi söyleyerek çalınan malın, hırsızlık suçunun mağduruna iadesini sağlaması yetmez. Failin bizzat pişmanlık göstererek, satın alan iyiniyetli ise; sattığı yeri veya kişiyi söyleyerek çalınan malın hırsızlık suçunun mağduruna iadesini sağlaması yanında aynen geri verme veya tazmin suretiyle satın alanın zararını da gidermesi, kötü niyetliyse; satın alandan elde ettiği para veya sağladığı menfaati, kazanç müsaderesine konu edilmek üzere soruşturma makamlarına teslim etmesi gerekir” (Y.13.CD, E: 2012/12996, K: 2013/24557, 16.9.2013).

¹³⁸ Bkz. Y.22.CD, E: 2015/11011, K: 2016/2003, 18.2.2016.

Kısmen iade, failin suç konusu eşyayı fiilin gerçekleştiği andaki durumuna göre fiziksel olarak eksik biçimde geri vermesini ifade eder. Aynen iadede suç mağdurunun rızası aranmamasına karşılık, kısmen iadede mağdurun suçun maddi konusunun bu haliyle geri verilmesine ayrıca rıza göstermesi gerekir¹³⁹. Kanun koyucu kısmen iadeyi etkin pişmanlıkta bazı hallerde açıkça kabul etmiştir. Örneğin TCK m. 168/4 gereğince malvarlığına karşı suçlarda kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için ayrıca mağdurun rızası aranacaktır¹⁴⁰. Dolandırıcılık suçunun mağdurun veya “başkasının” zararına işlenmesi mümkün olduğuna göre kanundaki “mağdurun rızası” ifadesinin bu suç açısından suçtan zarar görenin rızasını da kapsayacak şekilde geniş algılanması amaca uygun olacaktır¹⁴¹. Failin pişmanlığında olduğu gibi mağdurun rızasının da yetkili makamlar tarafından öğrenilmiş olması gerekir¹⁴². Ayrıca malvarlığına karşı suçlarda rızanın doğrudan doğruya suçun mağduru tarafından bizzat gösterilmesi koşulu aranmaktadır.

Tazmin ise aynen veya örneğin malvarlığına karşı suçlarda olduğu gibi mağdurun rızası bulunan hallerde kısmen geri verme olanağının bulunmaması durumunda failin malın değerini nakden ödemesi anlamına gelir. *Yargıtay*'a

¹³⁹ “Yakınanın kendi çabaları ile motosikleti terk edilmiş olarak ve hasarlı bir şekilde bulunduğu, yakınanın isteği üzerine suça sürüklenen çocuğun motosiklete ait bazı parçaları sakladığı yerden çıkartıp soruşturma evresinde yakınana teslim ettiği, kovuşturma evresinde ise yakınanın zararının tamamının giderildiğinin anlaşılması karşısında; soruşturma evresinde yapılan kısmi iade nedeniyle çocuk hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına onay verip vermediği yakından sorularak sonucuna göre 5237 Sayılı Kanunun ilgili maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına tartışılması gerektiğinin düşünülmemesi, yakınanın rızasının bulunmaması halinde ise, suçun işlenmesiyle meydana gelen zararı kovuşturma evresinde tamamen gideren çocuk hakkında ilgili maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir” (Y.2.CD, E: 2013/3586, K: 2013/29486, 11.12.2013). “Sanığın soruşturma aşamasında, çaldığı 40 ya da 50 adet güvercinden 5 ya da 6 tanesini iade ederek mağdurun zararını kısmen karşıladığının anlaşılması karşısında; mağdura kısmi iadeye onay verip vermediği sorularak, sonucuna göre 5237 sayılı TCK'nın 168/1-4. maddesinde tanımlanan etkin pişmanlık hükümünün uygulama olanağının tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir” (Y.6.CD, E: 2007/10479, K: 2011/683, 31.1.2011).

¹⁴⁰ İlk derece mahkemelerince etkin pişmanlık hükümleri uygulanan kararlar arasında, tespit edebildiğimiz kadarıyla, *Yargıtay* tarafından hakkında en fazla bozma kararı verilenler, yerel mahkemelerin kısmi iade karşısında suç mağdurunun rızası olup olmadığını incelemeksizin etkin pişmanlık hükümlerini uygulama yoluna gittikleri kararlardır. Bu konuda bozma yönünde oldukça fazla hüküm bulunmakla birlikte farklı dairelerce verilen yakın tarihli birkaç örnek karar için bkz. Y.23.CD, E: 2015/2735, K: 2015/4267, 17.9.2015; Y.17.CD, E: 2015/11341, K: 2015/3134, 1.6.2015; Y.22.CD, E: 2015/1532, K: 2015/1163, 26.5.2015; Y.2.CD, E: 2014/3418, K: 2015/4853, 9.3.2015; Y.6.CD, E: 2012/4856, K: 2015/416, 20.1.2015.

¹⁴¹ Hafizoğulları/Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s. 408.

¹⁴² “Sanığın suça konu telefonu <kovuşturma evresinde> kendiliğinden iade ettiğinin anlaşılması karşısında, yakından kısmi geri vermeye rızası bulunup bulunmadığı sorulduktan sonra sonucuna göre sanık hakkında TCY'nin 168/4. maddesi aracılığıyla aynı maddenin 1. fıkrasının uygulama olanağının tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırıdır” (Y.6.CD, E: 2008/6995, K: 2009/12966, 7.10.2009).

göre, tazmin gerekçesiyle etkin pişmanlıktan yararlanabilmek için mevcut zararın giderilmesi yeterlidir; ayrıca munzam zararın/faizin tazmin edilmiş olması koşulu aranmamalıdır¹⁴³. Tamamen tazmin halinde mağdurun rızası aranmazken¹⁴⁴, kısmen tazmin durumunda mağdurun ödemeye rıza göstermesi gerekir. Failin zararı önce kısmen, bir süre sonra ise bütünüyle tazmin ettiği hallerde, muhakemenin farklı evrelerinde gerçekleşen bu giderim açısından hangi aşamadaki pişmanlığın dikkate alınacağı, failin lehine olan yani daha fazla ceza indirimini gerektiren hükme göre tespit edilmelidir¹⁴⁵. Belirtmek gerekir ki etkin pişmanlıktan söz edilebilmesi için kanun açıkça mağdurun zararının tazmin edilmesi koşulunu aradığı için suçun mağduru dışında kalan kişilerin, örneğin suç nedeniyle zarara uğrayan sigortacının zararının giderilmesi gerekmez¹⁴⁶. Dolayısıyla mülga kanundan farklı olarak söz gelimi çalıntı malın birkaç kez el değiştirmesi örneğinde olduğu gibi zincirin halkalarını oluşturan ve malı bedelini ödeyerek alan kişilerin zararının da ayrıca karşılanması koşulu aranmamalıdır¹⁴⁷. Kanımızca tazmin söz konusu olduğunda zararın her halde

¹⁴³ Bkz. YCGK, E: 2011/11-45, K: 2011/44, 12.4.2011; Y.15.CD, E: 2013/24967, K: 2016/1795, 18.2.2016. Öğretide zararın tazmin edilip edilmediğine ilişkin tespit yapılırken, malın değerinin, suçun işlendiği zamana göre değil, tazminin gerçekleştiği zamana göre saptanması gerektiği düşünülmektedir. Bkz. Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: I, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 411.

¹⁴⁴ "Sanık A. müdafininin 25.12.2012 tarihli oturumda yağma suçuna ilişkin zararı gidermek istediklerini belirtmesi üzerine, katılanlar H., N. ve katılanlar vekilinin zararın karşılanmasını kabul etmediklerini beyan etmeleri karşısında, zararın miktarı ve ödeme yeri belirlenmek suretiyle sanıklara olanak tanınıp sonucuna göre haklarında TCY'nın 168/3. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi gerekirken, zararın giderilmemesine rağmen etkin pişmanlık hükmünün uygulanması, yasaya aykırıdır" (Y.1.CD, E: 2013/5867, K: 2014/1513, 12.3.2014). "Saniğin yargılamanın tüm aşamalarında zararı karşılayacağını belirtmesi, katılanın ödemeyi kabul etmemesi karşısında; zarar miktarı belirlenerek tevdi mahalli tayin edilip zararın sanık tarafından tevdi mahalline ödendiği takdirde sanık hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerekeceğinin gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir" (Y.15.CD, E: 2012/17507, K: 2013/2991, 19.2.2013).

¹⁴⁵ "Mağdurun zararının bir kısmı soruşturma aşamasında giderilmiş olması karşısında, TCK'nın ilgili maddesi uyarınca sanık hakkında daha fazla indirim uygulanması gereken aynı Kanunun 168/1. maddesinin uygulanabilmesi için mağdurdan etkin pişmanlık hükmünün uygulanması konusunda rızası sorularak sonucuna göre karar verilmesi yerine mağdurun zararının tamamının kovuşturma aşamasında giderildiği gerekçesiyle TCK'nın 168/2. maddesi ile uygulama yapılması, bozmayı gerektirmiştir" (Y.13.CD, E: 2014/37336, K: 2016/2157, 15.2.2016).

¹⁴⁶ Y.2.CD, E: 2012/25472, K: 2013/15402, 11.6.2013.

¹⁴⁷ YCGK, E: 2014/6-127, K: 2014/237, 6.5.2014. Aksi yönde bkz. Y.22.CD, E: 2015/11577, K: 2016/2709, 17.2.2016. Yargıtay bir kararında ise yağma suçunu işledikten sonra suç konusu eşyayı üçüncü kişiye satan failin etkin pişmanlıktan yararlanması için, suç eşyasını satın alan kimsenin iyi niyetli olması halinde hem eşyayı sattığı yeri veya kişiyi söyleyerek eşyanın suçun mağduruna iadesini sağlaması hem de aynen geri verme veya tazmin suretiyle satın alanın zararını da gidermesi; buna karşılık eşyayı satın alan kimsenin kötü niyetli olması durumunda satın alından elde ettiği para veya sağladığı menfaati, kazanç müsadereesine

nakden karşılanması aranmalıdır. Zararın para ile değil de eşya ile giderilmesi halinde, koşulları varsa kısmen iade hükümlerini uygulamak isabetli olacaktır. Bu nedenle tazminatın mutlaka para olması şartının aranmayacağı yönündeki düşünceye¹⁴⁸ iştirak etmemekteyiz. Bu görüş kabul edilecek olursa topluma karşı ya da millete ve devlete karşı işlenen ve dolayısıyla mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda örneğin zimmet suçunda kamu görevlisinin zimmetine geçirdiği malın benzerini iade etmesi halinde mağdurun rızası alınamayacağından^{149, 150} etkin pişmanlık uygulanamayacak, ancak aynı tür tazminin kişilere karşı işlenen ve bu nedenle mağduru belirlenebilen suçların söz gelimi hırsızlık suçunun mağdurunun varlığında gerçekleşmesi halinde etkin pişmanlık uygulanabilecektir. Bu durum kanunilik ve kanun önünde eşitlik ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle kanunun kısmen iade veya kısmen tazmini pişmanlık için açıkça yeterli kabul ettiği haller dışında, ne aynen iade ne de tazmin yoluyla zarar giderilemiyorsa, faile verilecek cezanın azaltılması veya kaldırılması neticesini ortaya çıkaracak biçimde, normun kapsamı genişletilerek suçun mağdurunun şu veya bu nedenle iade edilen eksik kısım ile yetinmesine yol açılmamalıdır.

Özetlemek gerekirse, Türk Ceza Kanunu'nun, pişmanlık öngörülen çeşitli suç tiplerinde etkinlik bakımından kanunilik ilkesi doğrultusunda aradığı

konu edilmek üzere soruşturma veya kovuşturma makamlarına teslim etmesi gerektiğine karar vermiştir. Karar için bkz. Y.6.CD, E: 2013/12037, K: 2016/1693, 8.3.2016. Bu kararda ifadesini bulan "iyi niyetli" ve "kötü niyetli" kavramları ceza hukukuna ait olmadığından, bunların, sırasıyla, satın alınan eşyanın herhangi bir suçtan kaynaklandığından ya da suçun işlenmesi vesilesiyle ele geçirildiğinden haberdar olan üçüncü kişi ve böyle bir bilgiye sahip olmayan üçüncü kişi şeklinde anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz.

¹⁴⁸ Sedat Bakıcı, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, Cilt: I, Adalet Yayınları, Ankara, 2008, s. 939; Baba, s. 73. *Artuk/Gökçen/Yenidünya* (4. Cilt, s. 3784), tazmini, "suç sonrası mağdura verilen zararın ikame mal ile giderilmesi" şeklinde tanımlayarak tazminin mutlaka para olması gerektiğini kabul etmektedir. Krşl. Y.2.CD, E: 2014/27786, K: 2016/6685, 11.4.2016.

¹⁴⁹ Zimmet suçunda mağdurun kimliği tartışmalı olmakla birlikte öğretideki genel kabule göre (Özgenç, Zimmet Suçu, s. 58; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 719; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 782; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 933) suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir, devlet ise suçtan zarar gören sıfatı taşımaktadır. Kanımızca da her suçta devletin geniş anlamda mağdur olduğu kabul edilecek olsa bile (Bkz. Hafızoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku, s. 233) suçun dar anlamda mağdurunun gerçek kişi/kişiler olması gerekir. Bu nedenle zimmet suçunda toplumu oluşturan tüm bireyler mağdur sıfatı taşır. Bu kabulün pratik sonucu, toplumu oluşturan ve mağdur sıfatı taşıyan herkesin zimmet suçu işlenmeden önce fiilin kendisine veya failin suçu işledikten sonraki pişmanlığına rıza göstermesinin mümkün olmamasıdır.

¹⁵⁰ Kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlarda, özelde de zimmet suçunda mağdurun rızası veya varsayılan rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilemez. Çünkü bu halde rızanın kaynaklandığı kişi veya hukuksal dayanağı belli değildir. Tezcan/Erden/Önok, s. 848; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 941.

ölçütler (etkinliğin göstergeleri), ana hatlarıyla; suçu ihbar etme, suçun tespitini kolaylaştırma ve suçluların/şeriklerin yakalanmasını sağlama (m. 93; 192/1-3; 201; 221/3-4; 254/1-3; 297/4); mağdura zarar vermeksizin güvenli yerde serbest bırakma (m. 110); iade veya tazmin suretiyle zararı giderme (m. 168; 245/5; 248); ruhsatsız/ruhsata aykırı yapıyı imar planına uygun hale getirme (m. 184/5); suç konusunu veya onun imal edildiği/saklandığı yeri ihbar ederek ele geçirilmesini sağlama (m. 192/1-2; 201; 254/1; 281/3; 282/6; 289/2); tedavi talep etme (m. 192/4); suç örgütünü dağıtma/örgütten ayrılma (m. 221/1-2); fiilden rücu etme (m. 269; 316/2); gerçeği söyleme (m. 274) ve teslim olma (m. 293) şeklinde sıralanabilir.

d) Pişmanlığın Yasal Süresi İçinde Gösterilmesi

Failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için kanunda öngörülen zaman zarfı içerisinde pişmanlığını ortaya koymuş olması gerekir. Şayet pişmanlık için öngörülen kanuni süre geçmişse, failin etkin pişmanlığın subjektif unsurlarını taşıyor olmasının, ona uygulanacak cezanın kaldırılması veya azaltılması üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır¹⁵¹. Failin hangi süre içerisinde bu olanaktan yararlanması gerektiği sorusunun yanıtı, aynı zamanda etkin pişmanlıkla gönüllü vazgeçme arasındaki farklardan birini oluşturmaktadır. Gönüllü vazgeçmede fail, icra hareketlerini tamamlamaktan iradi olarak vazgeçmiş veya neticenin gerçekleşmesini kendi çabalarıyla önlemiş olmalıdır. Dolayısıyla gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabileceği zaman sınırı, hareketin tamamlandığı veya neticenin ortaya çıktığı andır. Oysa etkin pişmanlıkta failin pişmanlığını ortaya koyacağı zaman dilimi, suçun bütün unsurlarıyla tamamlanmış olması şartı dışında, tüm suçlar için ortak bir hükme bağlanmamıştır. Diğer deyişle etkin pişmanlığa yer verilen her suç tipi bakımından failin bu müesseseden azami olarak hangi evrede yararlanacağıının kanun tarafından ayrıca saptanması gerekir.

Türk ceza hukukunda her halde suçun tamamlanmasından sonra gündeme gelen etkin pişmanlığın uygulanabileceği evreler öğretilerde soruşturma, kovuşturma, hüküm ve infaz olmak üzere dört başlık altında incelenmektedir¹⁵². Kanımızca “soruşturma” ile “resmi makamlarca öğrenilme” ibareleri farklı anlamlar taşımaktadır. Bu nedenle “resmi makamlar tarafından haber alınma” evresini, aşağıda inceleneceği üzere, soruşturma evresinden bağımsız ve

¹⁵¹ “Mağdurun araçta bulunan hasarı giderdiklerini, sanikle görüşerek hasar konusunda anlaştıklarını, şikâyetçi olmadığını beyan etmesi karşısında, suça konu zararın ne zaman giderildiği tespit edilip sanığın etkin pişmanlık gösterip göstermediği hususunun değerlendirilmesi gerekir” (Y.15.CD, E: 2013/538, K: 2014/15064, 18.9.2014). Aynı yönde bkz. Y.2.CD, E: 2013/30341, K: 2014/20209, 9.9.2014.

¹⁵² İçel, s. 478. Bkz. İbrahim Özer, Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2011, s. 23.

ondan önce ortaya çıkan ayrı bir zaman dilimi olarak dikkate almak gerekir. Dolayısıyla etkin pişmanlığın uygulanabileceği evreleri; resmi makamlar tarafından haber alınma, soruşturma, kovuşturma, hüküm ve infaz olarak beşe ayırmak mümkündür. Kural olarak sözü edilen evreler esas alınmak suretiyle biçimlenen etkin pişmanlık, hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunda istisnaen net bir süreye bağlı kılınmıştır. Bu suçta kaçan hükümlü veya tutuklu açısından altı aylık azami pişmanlık süresi öngörülmüştür. Nitekim TCK m. 293/1 gereğince *“Tutuklu veya hükümlünün, kaçtıktan sonra etkin pişmanlık göstererek kendiliğinden teslim olması halinde, kaçtığı günden itibaren teslimin gerçekleştiği güne kadar geçen süre dikkate alınarak, verilecek cezanın altıda beşinden altıda birine kadar indirilir. Ancak, kaçma süresinin altı ayı geçmesi halinde cezada indirim yapılmaz”*. Yargıtay bir kararında, açık ceza infaz kurumundan birden fazla kez firar etmesine rağmen her defasında kendi iradesiyle cezaevine geri dönen hükümlünün işlediği fiillerin yasal süreyi aşmamak kaydıyla etkin pişmanlık içerisinde kaldığına hükmetmiştir¹⁵³.

Soruşturma evresi, CMK'nın 2 nci maddesinin 1-e bendi gereğince, *“kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi”* ifade etmektedir. Bazı suç tipleri açısından yalnızca soruşturma aşamasından önceki dönemde veya suçun yetkili makamlar tarafından öğrenilmesinden önceki safhada etkin pişmanlığın mümkün olduğu kabul edilmiştir. Bazı hallerde ise soruşturma evresi diğer aşamalarla birlikte zaman bakımından sınır olarak belirlenmiştir. Örneğin kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunda etkin pişmanlık sadece soruşturma başlamadan önce mümkündür. Kanun gerekçesine göre soruşturma makamlarının işe el koymasından sonra serbest bırakma hâlinde, etkin pişmanlık hükmünden yararlanılamayacaktır¹⁵⁴. Keza TCK m. 316/2 gereğince suç için anlaşma suçunda amaçlanan suç işlenmeden veya anlaşma dolayısıyla soruşturmaya başlanmadan önce bu ittifaktan çekilenlere ceza verilmemektedir¹⁵⁵. Kanun

¹⁵³ Bkz. Y.23.CD, E: 2015/14304, K: 2015/7251, 26.11.2015. Bu suçta pişmanlığın subjektif unsurunu saptamak açısından failin kendiliğinden mi teslim olduğu yoksa yakalanarak mı ele geçirildiği kıstası kullanılmaktadır. Bkz. Y.16.CD, E: 2015/7716, K: 2016/679, 1.2.2016.

¹⁵⁴ Gerekçe için bkz. Yalvaç, s. 202.

¹⁵⁵ TCK m. 316/2'de yer alan düzenlemeyi iki açıdan isabetli bulmamaktayız. Birincisi, kanunda gerek Devletin güvenliğine karşı gerekse Anayasal düzene karşı suçların işlenmesi amacıyla anlaşmaya varan failin pişmanlığının etkinliği konusunda dikkate alınan tek ölçüt “ittifaktan çekilme” olarak saptanmıştır. Hâlbuki mehz kanun niteliğinde olan Al. CK'nın 81 ve 82 nci maddelerine kıyasen ele alındığında “vatana ihanet” olarak değerlendirilebilecek bu tür suçlar için yapılan bir planın/anlaşmanın ardından yalnızca ittifaktan çekilmenin yeterli olmaması, ayrıca Al. CK m. 83a'da olduğu üzere failin, diğer suç ortaklarının fiili gerçekleştirmesini kendi iradesi ve ciddi/yoğun çabalarıyla ya bütünüyle bertaraf etmesi ya da suç tehlikesini önemli ölçüde azaltması koşulunun aranması gerektiği kanısındayız. İkincisi, kanunda suç için anlaşma suçunda yalnızca ittifaktan vazgeçme yolunu seçerek başkaca bir icrai davranışta bulunmayan kişiye hiçbir ceza verilmemesi ilginçtir. Her

koyucunun “soruşturmadan önce” ifadesini kullanmaksızın kovuşturma evresinden önceki dönem içinde etkin pişmanlığı aradığı hükümler de bulunmaktadır. Örneğin organ veya doku ticareti suçunda organ veya dokularını satan kişi, “resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce” durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırır, hakkında cezaya hükmolunmayacaktır. Resmi makamlar tarafından haber alınmama ölçütü, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile para veya kıymetli damgada sahtecilik suçları bakımından da geçerlidir. Resmi makamdan ne anlaşılması gerektiği konusunda TCK’da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Oysa örneğin Avusturya Ceza Kanunu, karapara aklama suçunda etkin pişmanlığı düzenlediği 165a maddesi ile malvarlığına karşı suçlarda etkin pişmanlığı düzenlediği 167 nci maddesinde, yetkili makamın kim olduğunu aynı kanunun 151 inci maddesine göndermede bulunarak tespit etmektedir. Av. CK m. 151/3 uyarınca etkin pişmanlıkta yetkili makam, ceza kovuşturmasına yetkili olan makamı ve emniyet organlarını ifade eder¹⁵⁶.

Türk ceza hukukunda ise “suçun resmi makamlar tarafından haber alınmasından önce” ibaresi, teknik olarak “soruşturma başlatılmadan önce” ibaresi ile aynı anlama gelmemektedir¹⁵⁷. Nitekim etkin pişmanlığın yasal süresini resmi makamlar tarafından haber alınma anı olarak saptayan hükümlerden biri olan TCK m. 254’ün gerekçesine göre suçun resmi makamlar tarafından haber alınması, ceza soruşturmasının başlatılmasından bağımsız olarak, fiilin ilgili idare tarafından öğrenilmesi anlamını taşımaktadır. Diğer bir deyişle suçun resmi makamlar tarafından haber alınmasını ölçüt alan suç tiplerinde failin etkin pişmanlıktan yararlanma zamanını, kolluk veya savcının değil, “kamu görevlisinin görev yaptığı idarenin” fiili öğrenme anı olarak ele almak gerekir. Hâlbuki “soruşturmaya başlama”dan kasıt, işlenen suç dolayısıyla ilgili soruşturma makamları tarafından yani güvenlik güçleri veya savcılık tarafından olaya el konulmasıdır¹⁵⁸. Bu nedenle özellikle iftira suçunda

ne kadar ittifaktan çekilmiş olsa da suçun işlenmiş olma ihtimalinden bağımsız olarak çekilme anına kadar yaptığı davranışlarla diğer suç ortaklarının suça ilişkin saike ve/veya amaca olan bağlılığını artıran kişinin sonraki pişmanlığı, artık yaptırımın ağırlığını kanun koyucunun takdirine göre az veya çok etkileyebilirse de anlaşmaya varılan suçların hukuki sonuçları düşünüldüğünde ve söz konusu norm yasadaki diğer pişmanlık düzenlemeleriyle birlikte göz önüne alındığında, TCK m. 316/2’nin işaret ettiği faile hiçbir ceza verilmemesi ve böylece onun bir bakıma düşünce/ifade/eleştiri hakkını kullanan bir kimseymiş gibi değerlendirilmesi kanımızca adalet ve hakkaniyet prensipleri ile çelişmektedir.

¹⁵⁶ Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp, *“Avusturya Ceza Kanunu’nda Başkasının Malvarlığına Karşı Suçlar”*, Çev: Gülsün Ayhan Aygörmez, *Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 230, 238-239.

¹⁵⁷ Krşl. Donay, TCK Şerhi, s. 288; Hafızoğulları/Özen, *Topluma Karşı Suçlar*, s. 116.

¹⁵⁸ Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 655. Bununla birlikte öğretide örneğin zimmet suçunda geçen “soruşturma başlamadan önce” ibaresini ceza soruşturması ve disiplin soruşturmasını kapsayacak şekilde geniş yorumlayan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Özgenç, *Zimmet*

ceza soruşturması başlamadan önce failin iftirasından dönmesi halinde bir tereddüdün yaşanması muhtemeldir. Ancak iftira suçunun tamamlanmasından başlayarak savcılığın suçla ilgili olarak doğrudan doğruya (tanık dinlemek, ifade almak bilirkişi tayin etmek gibi) işlem yapmasına kadar geçen evrede failin etkin pişmanlıktan yararlanacağı açıktır¹⁵⁹. Keza aynı nedenle bu suçta idari soruşturma başlamadan önce ibaresini de “idari makamlarca failin öğrenilmesinden önce” şeklinde değil, soruşturmacı tayin edilmesi örneğinde olduğu gibi “idare tarafından doğrudan işlem tesis edilmesinden önce” biçiminde anlamak gerekir.

Tamamlanmış suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce failin pişmanlık duyması halinde kendisine ya hiç ceza verilmemekte veya bu kimse diğer aşamalarda pişmanlık gösteren faillerden daha hafif bir ceza ile cezalandırılmaktadır. Soruşturma, kovuşturma, hüküm ve infaz aşamalarında giderek azalan oranda ceza indirimine gidilmesinin, failin işlediği fiilin kendi nazarında meşruiyetini tartışması ve onun kusurunun veya tehlikeliliğinin esas alınması bağlamında yerinde olduğu söylenebilir. Böylelikle kanunda insan psikolojisi dolaylı olarak dikkate alınmak suretiyle, faile yönelik ceza tehdidi arttıkça pişmanlığın iradiliğinin de aynı oranda azalacağı örtülü biçimde kabul edilmiş olmaktadır.

Kovuşturma evresi, CMK’nın 2 nci maddesinin 1-f bendine göre, “iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi” ifade etmektedir. Öğretide ise kovuşturma evresi, Cumhuriyet savcısı tarafından yetkili mahkemeye verilen iddianamenin kabulü veya dava açan belgenin mahkemeye ibrazı ile başlayan ve hükmün kesinleşmesine kadar devam eden muhakeme evresi şeklinde tanımlanmaktadır¹⁶⁰. Kovuşturma evresinden önce gerçekleşen etkin pişmanlık, malvarlığına karşı suçlar, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması¹⁶¹, zimmet, iftira, suçtan kaynaklanan

Suç, s. 69; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 736. Kanımızca “soruşturmaya başlanmadan” ifadesindeki “soruşturma” sözcüğünü, CMK m. 2’nin benimsediği tanım doğrultusunda “ceza soruşturması” olarak ele almak daha isabetlidir. Nitekim *Yargıtay* da aynı görüştedir. Bkz. Y.5.CD, E: 2008/11885, K: 2008/8109, 6.10.2008.

¹⁵⁹ Akif Yıldırım, “*İftira Suçu*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 69, Ankara, 2007, s. 207.

¹⁶⁰ Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 2008, s. 276. Bu nedenle “kovuşturma başlamadan önce” ibaresi, “iddianame kabul edilinceye veya kabul edilmiş sayılıncaya kadar” şeklinde anlaşılmalıdır. Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Cilt: I, s. 374.

¹⁶¹ TCK m. 245/5: “*Birinci fıkra kapsamına giren fiillerle ilgili olarak bu Kanunun malvarlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükümleri uygulanır*”. Kanunun bu hükmü karşısında banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunda, söz gelimi failin ele geçirdiği kartı kullanarak yaptığı harcamaların bedelini suç sonrası kısmen iade etmek istemesi halinde, TCK m. 168/4 uyarınca pişmanlık uygulanması için mağdurun rızasının alınması gerekecektir. Bkz. Y.8.CD, E: 2015/9660, K: 2016/755, 20.1.2016.

malvarlığı değerlerini aklama ve muhafaza görevini kötüye kullanma suçları açısından kabul edilmiştir. Örneğin TCK m. 282/6 uyarınca suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu nedeniyle kovuşturma başlamadan önce suç konusu malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesini sağlayan veya bulunduğu yeri yetkili makamlara haber vererek ele geçirilmesini kolaylaştıran kişi hakkında maddede tanımlanan suç nedeniyle cezaya hükmolünmayacağı düzenlenmiştir.

Kovuşturma evresinde gerçekleşen etkin pişmanlık bazen “hükümden önce” biçiminde ifade edilmektedir¹⁶². Hüküm, yargılama makamının iddianamede belirtilen fiil ve fail hakkında önüne gelen uyumsuzluğu doğrudan doğruya çözmek üzere verdiği son kararı ifade eder¹⁶³. Örneğin malvarlığına karşı suçlarda (TCK m. 168/2) etkin pişmanlığın hükümden önce gerçekleşmesi halinde verilecek cezanın yarısına kadarı¹⁶⁴; zimmet suçunda (TCK m. 248) üçte biri; iftira suçunda (TCK m. 269) üçte ikisi indirilecektir. Yalan tanıklık suçunda (TCK m. 274) ise aleyhinde tanıklık yapılacak kişinin durumu esas alınmaktadır. Nitekim aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verilmeden veya hükümden önce gerçeğin söylenmesi halinde cezaya hükmolünmayacak; buna karşılık aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verildikten sonra ve fakat hükümden önce gerçeğin söylenmesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisinden yarısına kadarı indirilebilecektir¹⁶⁵. Suç delillerini gizleme, yok etme veya değiştirme suçunda ise delillerin karartılmasının ilişkili olduğu suç tipinden dolayı hüküm verilmeden önce delillerin mahkemeye teslimi beşte dört oranında cezadan indirim sebebi sayılmıştır¹⁶⁶. Burada dikkat edilmesi gereken

¹⁶² *Yargıtay*, kovuşturma aşamasında sanığın katılanın zararını gidermek istemesi durumunda mahkemece kendisine gerektiğinde ödeme yeri belirlenmesi ve makul bir süre tanınması, bu sürenin sonunda etkin pişmanlığın şartlarının değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. Y.13.CD, E: 2013/33726, K: 2014/25190, 11.9.2014; Y.13.CD, E: 2014/9626, K: 2014/24994, 10.9.2014; Y.23.CD, E: 2015/14790, K: 2015/6337, 10.11.2015; Y.22.CD, E: 2015/8478, K: 2016/821, 21.1.2016.

¹⁶³ Bkz. Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, § 96.5, s. 1497.

¹⁶⁴ Bkz. Y.15.CD, E: 2013/423, K: 2014/14359, 10.9.2014.

¹⁶⁵ Yalan tanıklık suçunda etkin pişmanlığın varlığından söz edilebilmesi için tanık dinleme yetkisi olan kişiler huzurunda yalan tanıklıkta bulunmuş olması gerekir. Aksi halde suç oluşmayacağı için beraat kararı verilmesi lâzım gelir. Derhal beraat kararı verilmesi gereken hallerde ise CMK m. 223/9 gereğince ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez. Bkz. Y.9.CD, E: 2013/4103, K: 2013/8656, 4.6.2013.

¹⁶⁶ “*Sanık S. C.’nin, olaydan sonra evine gelen ve suç işlediğini söyleyen sanık A. A.’nin üzerinden çıkardığı kanlı elbiseleri alıp çöp bidonuna attığı, bilahare yakalanınca da polise yerini gösterip teslim ettiği anlaşılma*yla, 5237 sayılı Yasanın 281/1-3 maddesi uyarınca mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde beraatına karar verilmesi, yasaya aykırıdır” (Y.1.CD, E:

husus, etkin pişmanlığın hükümden önce gerçekleşmesinin arandığı hallerde hükmün kesinleşmesinin değil, verilmesinin gerekli ve yeterli olduğudur. Nitekim kanun yolu denildiğinde, bir hükmün onu veren yargı organından daha üst bir organ tarafından denetlenmesi anlaşılmaktadır¹⁶⁷. Yani önemli olan denetim aşamasından geçmiş olan değil, denetim yoluna başvurulmama ihtimaline binaen hâlihazırda verilmiş olan hükümdür. Dolayısıyla mahkeme tarafından yapılan yargılama sonucunda verilecek hükmün “ilk kez” verilen hüküm olması gerekir¹⁶⁸. Mahkemenin ilk hükmü kanun yolu aşamasında bozulmuş ve mahkeme bozma üzerine kovuşturma evresinde yargıladığı sanık hakkında yeniden bir karar vermişse, kanundaki “hükümden önce” ibaresinin karşılanmadığı kanaatindeyiz¹⁶⁹. Çünkü bu halde failin önce hakkında verilecek kararı beklemesi, karar aleyhine çıkarsa kanun yoluna başvurusu ve nasıl olsa hükmün verilmediğinden bahisle pişman olduğunu açıklaması mümkündür. Bu durum hükümden sonra süresi içinde kanun yoluna başvurmayan fail ile hükümden sonra başvuruda bulunan fail hakkında yapılacak indirimin farklı olması sonucunu doğurur. Hâlbuki bu örnekte her iki failin pişmanlığı aynı evrede gerçekleşmektedir¹⁷⁰.

2006/5834, K: 2007/4280, 30.5.2007). Öğretide bu suç tipi açısından gizlenen delilin temyiz aşamasında ortaya çıkarılmasının doğuracağı önemli sonuçlar göz önünde bulundurularak hükmün kesinleşmesine kadar etkin pişmanlık süresinin uzatılması gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir. Koca/Üzülmek, Özel Hükümler, s. 801.

¹⁶⁷ Süheyl Donay, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 209.

¹⁶⁸ Özgenc, Zimmet Suçu, s. 72. Aynı yönde bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, 4. Cilt, s. 3785. CMK m. 223/1 uyarınca beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbiri, davanın reddi ve davanın düşmesi kararları hükümdür.

¹⁶⁹ Aksi yönde bkz. Özer, s. 27. Yazara göre “Hükümün hukukiliğinin incelendiği temyiz yargılaması neticesinde sanığın aleyhine ağır bir hata yapılmış olduğunun belirlenmesi durumunda sanığın bozma üzerine yapılacak olan ikinci yargılama üzerine etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandırılmaması bizce adaletli olmaz, örneğin; kişi hakkında zimmet suçundan veya hırsızlık suçundan yapılan yargılama sonucunda mahkûmiyet kararı verildiğini varsayalım, sanığın da kararı zimmetine geçirdiği malın miktarının yanlış değerlendirildiği, bu kadar malı zimmetine geçirmede belirterek dosyasını temyiz etse ve Yargıtay sanığın bu gerekçesini haklı görerek yetersiz bilirkişi incelemesi yapıldığını ve zimmete geçirilen miktarının yanlış hesaplandığını tespit ederek dosyayı bozması durumunda sanık hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmaması bizce adil olmayacaktır”. Kanaatimizce alıntılanan örnekte sanığın ilk hüküm verilmeden önce pişman olduğunu belirtmesi, onun aynı zamanda suçun konusuna yönelik haklı olduğundan bahisle temyiz kanun yoluna başvurusuna engel olmayacağı için yukarıdaki görüşe iştirak etmemekteyiz. Sanık her halde pişman olduğunu mahkemenin nihai kararından önce bildirmek; buna karşılık zimmet veya hırsızlık suçunun miktarının yanlış hesaplanması nedeniyle de temyize gitmek olanağından yoksun değildir. Nitekim sanığın pişmanlığı, işlediği suça ilişkin olup, suç konusuna veya miktarına ilişkin bir pişmanlık değildir. Aksi halde kanunun dikkate almadığı bir koşul üstü örtülü biçimde kabul edilerek bir nevi “şarta bağlı pişmanlık” aranmış olacaktır.

¹⁷⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 805-806: “...Şu halde hüküm verilmesinden sonra fakat karar kesinleşmeden önce yapılan ödemenin –tadiri hafifletici sebep

Etkin pişmanlığın bazı hallerde suçun mağduru hakkında verilecek hükümden sonra, hatta infaz aşamasında gerçekleşmesi dahi cezadan indirim sebebi olarak kabul edilmiştir. Örneğin TCK m. 274/3'e göre yalan tanıklık suçunda aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında verilen mahkûmiyet kararı kesinleşmeden önce gerçeğin söylenmesi halinde, verilecek cezanın yarısından üçte birine kadarının indirilebileceği kabul edilmiştir. Ceza indirimi konusunda mahkemenin takdir yetkisi vardır. Muhakemenin bitmesinden sonra gerçeği söyleyen fail ödüllendirilerek gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet edilmektedir¹⁷¹. Aynı şekilde TCK m. 269/3'ün (a) ve (b) bentleri gereğince iftira suçunda etkin pişmanlığın mağdurun mahkûmiyetinden sonra gerçekleşmesi halinde verilecek cezanın yarısı, mağdur hakkında hükümlenen cezanın infazına başlanması halinde verilecek cezanın üçte biri indirilebilir. Cezayı indirip indirmemek mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Gerek yalan tanıklık gerekse iftira suçlarında dikkat edilmesi gereken husus, etkin pişmanlıktan yararlanan kişinin yani iftira veya yalan tanıklık suçunun failinin değil, iftira edilen veya aleyhinde tanıklıkta bulunulan kişinin yani ilgili suçların mağdurunun iftira veya yalan tanıklık dolayısıyla mahkûm edilmesi veya ona verilen cezanın infazına başlanmasıdır. Başka bir anlatımla iftira ve yalan tanıklık suçlarında etkin pişmanlıktan yararlanma zamanı, faile göre değil mağdura göre belirlenmektedir. Ayrıca iftira suçu nedeniyle ortaya çıkan etkin pişmanlıkla yalan tanıklığın birbiriyle karıştırılmaması açısından, eğer kişi mahkemede tanık olarak yaptığı açıklamalardan dönmüşse, somut olayın özellikleri ve fiilin gerçekleştirilme biçimi dikkate alınarak bir sonuca ulaşmak gerektiği kabul edilmektedir¹⁷².

Etkin pişmanlığın hükümden sonra gerçekleştiği hallerde (iftira ve yalan tanıklık suçlarında), hüküm fail hakkında değil mağdur hakkında verildiği için bu hükmün türü mahkûmiyet olarak saptanmıştır. Bir görüşe göre “mağdurun mahkûmiyetinden sonra” ibaresinden, ilk derece mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet hükmünün, süresi içinde kanun yoluna başvurulmaması ya da temyiz incelemesine gidilmesi sonucu kesinleşmesini anlamak gerekir¹⁷³. Kanaatimizce mahkûmiyet kararının ilk derece mahkemesi tarafından verildiği anı, mağdurun mahkûmiyetinden sonra etkin pişmanlığın gerçekleştiği an

olma dışında- bir etkisi olmayacaktır. Yargıtay'ın kararı bozmasını müteakip ilk derece mahkemesinin karar vermesinden önce ödemenin yapılması, etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasını gerektirmez. Diğer bir anlatımla bu şekil bir ödeme, 'hükümden önce' yapılmış bir ödeme olarak nitelendirilemez. Aksinin kabulü, hakkında verilen karar Yargıtay tarafından bozulan ve bozulmayan sanıklar arasında ayırım yapılması sonucunu doğurur ki, bu da hukuka aykırı olur”.

¹⁷¹ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 5. Cilt, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009, s. 5512.

¹⁷² Ünver, Adliye Karşı Suçlar, s. 92.

¹⁷³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 932.

olarak algılamak gerekir. Nitekim mahkûmiyetten sonraki aşama, öncelikle mağdur hakkında mahkûmiyet kararı verilmesini gerektirir. Mahkûmiyet kararı ise CMK m. 223/5 gereğince sanığın yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde verilen hükümdür. Kanun koyucu eğer mahkûmiyetin kesinleşmesini amaçlamış olsaydı, “mahkûmiyetten sonra” ifadesiyle yetinmeyip “kararın kesinleşmesinden sonra” vurgusunu yapması gerekirdi. Bu nedenle ilk derece mahkemesi tarafından iftira suçunun mağdurunun iftira konusu suçu işlediğinin sabit olduğundan bahisle verilen mahkûmiyet kararından hemen sonra iftira suçunun faili tarafından suçtan dönülmesi halinde de TCK m. 269/3-b bendinin uygulanması gerekir. Kanundaki “indirilebilir” ifadesinden, etkin pişmanlığın mahkûmiyetten sonra gerçekleşmesi halinde faile verilecek cezayı indirip indirmeme konusunda mahkemenin takdir yetkisi bulunduğu anlaşılmaktadır.

Etkin pişmanlığın infazdan sonra gerçekleşmesi halinde, işlenen fiilin iftira suçunu oluşturması durumunda faile suçtan dönme olanağı tanındığı görülmektedir. Burada da iftira suçunun faili hakkında değil, mağduru yani iftiraya uğrayan kişi hakkında verilen mahkûmiyet kararının infaz aşamasına geçilmesinden bahsedilmelidir. TCK m. 269/3-c uyarınca hükmolunan cezanın infazına başlanması halinde, iftira suçundan dönen faile verilecek cezanın üçte birinin indirilebileceği kabul edilmiştir. Ceza mahkemelerinden verilerek kesinleşen tüm ceza mahkûmiyetlerinin yerine getirilmesine infaz adı verilir¹⁷⁴. Diğer bir tanımıyla infaz, mahkemelerce verilip kesinleşen ceza ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesini ifade eder¹⁷⁵. Hapis cezasının ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde, failin pişmanlığının, cezanın yarısının indirilmesini gerektiren mahkûmiyetten sonra mı yoksa cezanın üçte birinin indirilmesini gerektiren infazdan sonra mı gerçekleşmiş sayılacağı tartışmaya müsaittir. Hapis cezasının ertelenmesi, hükümlünün cezasını çekmesinin, mahkemece tanınacak süreyi suç işlemeyen geçirmesi koşuluyla geri bırakılmasını ve sürenin sonunda ya mahkûmiyetin vaki olmamasını ya da cezanın çekilmiş sayılmasını ifade eder¹⁷⁶. Türk ceza hukukunda erteleme, cezanın infaz edilmiş sayılması sonucunu doğurmaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ise, CMK m. 231/5 gereğince kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmaması anlamına gelmektedir.

Öğretide *Tezcan/Erdem/Önok*, hükmedilen “hapis cezasının ertelenmesi” halinde erteleme sonunda ceza infaz edilmiş sayılacağı ve cezası ertelenen kişi hakkında bazı yükümlülükler yüklenebileceği için, infazdan sonra gerçekleşen etkin pişmanlık hükümlerinin (TCK m. 269/3-c) uygulanması gerektiği

¹⁷⁴ Timur Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 36.

¹⁷⁵ Veli Özer Özbek, *İnfaz Hukuku*, Orion Yayınları, Ankara, 2007, s. 1.

¹⁷⁶ Hafizoğulları/Özen, *Türk Ceza Hukuku*, s. 479; Toroslu, Genel Kısım, s. 374; Soyaslan, Genel Hükümler, 2012, s. 612.

düşüncesindedir¹⁷⁷. Gerçekten TCK m. 51/8'de yer alan ve hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında belirlenen “denetim süresinin yükümlülükler uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, cezanın infaz edilmiş sayılacağına” ilişkin hükümden aynı sonuca ulaşılmaktadır. Bununla birlikte aynı görüş, “hükümün açıklanmasının geri bırakılması” söz konusu olursa ortada henüz verilmiş veya en azından açıklanmış bir hüküm olmadığı için cezanın hükümden önce gerçekleşen etkin pişmanlık düzenlemesi (TCK m. 269/3-a) uygulanarak indirilmesinin isabetli olacağını savunmaktadır¹⁷⁸.

Bizce hükümün açıklanmasının geri bırakılması halinde, bizzat hüküm değil verilen hükümün açıklanması ertelendiği için suçtan dönen fail hakkında mağdurun mahkûmiyetinden sonra gerçekleşen etkin pişmanlık hükümlerinin (TCK m. 269/3-b) uygulanması daha isabetli olacaktır. Nitekim hükümün açıklanmasının geri bırakılması için öncelikle mahkeme tarafından verilen bir nihai karar bulunmalıdır. Bu kararın verildiği andan itibaren, açıklanması koşulunu beklemeksizin, pişmanlığın hükümden sonra gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekir. Yani hükümün açıklanması ertelendiğinde hüküm ertelenmiş olmamakta, hâlihazırda verilmiş olmaktadır¹⁷⁹. *Yargıtay*'a göre mahkemenin sonuçlandırdığı dava nedeniyle verdiği mahkûmiyet hükmünü CMK m. 231 açısından değerlendirmesinin aranması¹⁸⁰, ortada verilen bir hükümün bulunduğunu göstermektedir¹⁸¹. Ayrıca hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmeden önce, sanık hakkında hukuki sonuç doğurmayacak hükümün, duruşmada açık olarak kurulması ve tutanağa

¹⁷⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 932. Erteleme ve etkin pişmanlık ilişkisi hakkında ayrıca bkz. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 634.

¹⁷⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 932.

¹⁷⁹ Hükümün açıklanmasının geri bırakılması halinde sanığın suçu işlediği sabit görülüş ve kendisine ceza verilmiştir; fakat verilmiş olan mahkûmiyet hükmü hukuki sonuç doğurmamaktadır. İzzet Özgenç, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör: Bahri Öztürk, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 49.

¹⁸⁰ “Koşullu bir düşme nedeni oluşturan <hükümün açıklanmasının geri bırakılması> müessesesi (mahkûmiyet, suç niteliği ve ceza miktarına ilişkin) objektif koşulların varlığı halinde, diğer kişiselleştirme hükümlerinden önce ve re’sen mahkemece değerlendirilerek, uygulanması yönünde kanaate ulaşıldığı takdirde, hiçbir isteme bağlı olmaksızın öncelikle uygulanacak ve bu karar itiraza tabi olacaktır. İnceleme konusu somut olayda, sanığa isnat edilen eylem, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturmakta olup, atılı suç gerek hükmolunan ceza miktarı gerekse suç niteliği yönünden 5271 sayılı CYY’nin 231. maddesinde düzenlenen hükümün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında yer almaktadır, kasıtlı bir suç işlemediği saptanan sanık hakkında, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin diğer koşullar cümlesinden olan zararın ödenmesi suç işleme hususundaki eğilimi Özel Dairece değerlendirilerek, sanığın hukuki durumunun belirlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır” (YCGK, E: 2006/6-346, K: 2008/25, 19.2.2008).

¹⁸¹ Hükümün açıklanmasının geri bırakılması için iki yıl veya daha az süreli hapis cezasına ilişkin bir mahkûmiyet kararının yani hükümün verilmesi gerekir. Öğretide ve uygulamada sözü edilen şart, objektif koşullar arasında değerlendirilmektedir. Bkz. Centel/Zafer, s. 680; Y.4.CD, E: 2013/14249, K: 2013/22957, 19.9.2013.

yazdırılması zorunluluğunun *Yargıtay* tarafından dikkate alınması¹⁸² da aynı sonuca götürmektedir.

Yukarıda incelendiği üzere etkin pişmanlık yalnızca kriminal anlamda suç teşkil eden hukuka aykırı fiiller açısından kabul edilen bir kurumdur. Bu nedenle idari yaptırım ve kabahatlerde genel anlamda pişmanlık olmaz. Ancak etkin pişmanlıkta özellik arz eden bir suç olan iftira suçunun işlenmesi sonucunda mağdur hakkında idari yaptırım uygulanması söz konusu olmuşsa, failin bu halde suçundan dönebileceği kabul edilmiştir. TCK m. 269/4 gereğince iftiranın konusunu oluşturan ve münhasıran idari yaptırım uygulanmasını gerektiren fiil dolayısıyla idari yaptırıma karar verilmeden önce etkin pişmanlıkta bulunulması halinde, verilecek cezanın yarısı; idari yaptırım uygulandıktan sonra etkin pişmanlıkta bulunulması halinde ise verilecek cezanın üçte biri indirilebilir.

Kanımızca yalnızca idari yaptırım uygulanmasını sağlamak amacıyla iftira eden fail hakkında uygulanacak etkin pişmanlık hükümlerinin, mağdur aleyhine “idari yaptırım kararı verilmeden önce” ve “idari yaptırım kararı verildikten sonra” olmak üzere ikiye ayrılması daha isabetli olurdu. Çünkü kanunun kaleme alınış biçiminden, idari yaptırım kararının uygulanmasından önce fakat idari yaptırım kararının verilmesinden sonra failin pişmanlık göstermesi halinde cezasının azaltılmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Örneğin failin iftira ettiği memur hakkında aylıktan kesme cezasının uygulanmasına karar verilmiş ancak bu idari yaptırım henüz uygulanmadan önce fail, mağdur hakkındaki isnadının gerçeği yansıtmadığını itiraf etmişse, etkin pişmanlıktan yararlanamayacaktır. Zira bu halde fail idari yaptırım kararı verilmeden önce veya uygulandıktan sonra değil, verildikten sonra ve uygulanmadan önce suçtan dönmektedir. Kanun koyucu TCK m. 269/4-b bendinde yer alan “idari yaptırım kararı uygulanmadan önce” ifadesini aynı fıkranın (a) bendine uygun biçimde değiştirmedeği müddetçe, yaptırım kararı ile kararın uygulanması arasında gerçekleşen pişmanlığın dikkate alınması kıyas yasağına ve dolayısıyla kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

2. Manevi Unsurlar

Etkin pişmanlığın manevi unsurları, faile ilişkin olan ve failden kaynaklanan unsurlar olup maddi unsurlar ile birlikte düşünülmesi gereken psikolojik nitelikteki unsurlardır. Bunları ise “failin işlediği suçtan dolayı pişman olması”, “pişmanlığın iradi olması” ve “pişmanlığın doğrudan doğruya failden kaynaklanması” biçiminde sıralamak mümkündür.

¹⁸² Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, 2010, s. 674. Karar için bkz. aynı eserde dn. 1424 (Y.9.CD, E: 2009/15997, K: 2009/11283, 11.11.2009).

a) Failin İşlediği Suçtan Dolayı Pişmanlık Duyması

Failin etkin pişmanlıktan yararlanması için dış dünyaya yansıyan objektif koşulların yanı sıra faile ait olan bir subjektif koşul olarak, onun psişik dünyasında yaşadığı pişmanlığın dışa vurulması ve açıklanması gerekir. Pişmanlık, maddi unsurlar içerisinde de değinildiği üzere yaptığı davranışın olumsuz sonucunu görerek üzülen kişinin¹⁸³ öznel durumunu ifade etmektedir. Failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için pişmanlığını mutlaka kanunun aradığı şekilde sarih veya zımni olarak açığa vurması gerekir. Kanımızca failin açıkça “*Yaptığım fiilden dolayı pişmanlık duyuyorum*” vs. biçiminde sözler sarf etmesi veya özür dilemesi ya da benzer ifadeler kullanması şart değildir. Failin pişmanlığının icrai olması ve dışarıdan bakıldığında pişmanlığını belli edecek davranışlarla ortaya konulması yeterlidir¹⁸⁴. Nitekim birçok suç tipinde failin pişmanlığından bahsedilmişse de bunun sözle ortaya konulması biçiminde bir koşul aranmamıştır. Dolayısıyla sessiz kalmak suretiyle susma hakkını kullanan failin suçunu kabul ettiği ve işlediği fiilden pişmanlık duymadığı söylenemez¹⁸⁵.

Öğretide de sırf yargılama esnasındaki bazı davranışların etkin pişmanlığın uygulanmamasına gerekçe gösterilmesinin isabetli olmayacağı ifade edilmektedir. Bu yönde bir görüşe göre, uygulamada sanığın kendisine kanunla tanınan, söz gelimi duruşmada hazır bulunma hakkı veya susma hakkı gibi birtakım hakları kullanmasının, tek başına onun pişman olmadığı anlamına

¹⁸³ TDK, Cilt: 2, s. 1808; Tekin, s. 227.

¹⁸⁴ “*Etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmek için, pişmanlığın yalnızca sözle ifade edilmesinin zorunlu bulunmaması, davranış yoluyla gerçekleştirilmesinin de olanaklı olması karşısında, sanıkların katılan İ. H.’den aldıkları cüzdani, <herhangi bir dış etken bulunmadan ve haklarında henüz soruşturma başlamadan geri verme> şeklindeki eylemlerinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma koşullarının bulunduğu kabul edilmelidir*” (YCGK, E: 2011/1-430, K: 2012/203, 22.5.2012). Benzer yönde bkz. YCGK, E: 2010/6-173, K: 2010/208, 26.10.2010. Pişmanlığı gösteren hiçbir söz veya davranışın bulunmaması ihtimalinde ise etkin pişmanlığın uygulanma yeri olmadığına ilişkin bir karar için bkz. YCGK, E: 2011/6-216, K: 2011/234, 22.11.2011. Buna karşılık *Hafızoğulları/Özen’e göre (Topluma Karşı suçlar, s. 152), “Failin gerçekte pişman olması, merciine pişmanlığını ifade etmesi suç sonrası pişmanlıktan yararlanmanın şartı değildir. O nedenle, hâkim, failin, fiilinden gerçekten pişmanlık duyup duymadığını araştırmak konumunda değildir”*.

¹⁸⁵ Ancak failin somut olayın gerektirdiği koşullar ışığında ve hayatın olağan akışı içerisinde samimiyetinin anlaşılacağı ölçüde ya sözle ya da davranışla pişmanlığını ortaya koymadığı hallerde cezaya etki eden şahsi sebepten yararlandırılması mümkün olmamalıdır. *Yargıtay* da bir kararında aynı sonuca varmıştır: “... tüm sanıkların aşamalarda birbirleriyle ve kendi içinde çelişen inkâra yönelik savunmada buldukları, yargılama sırasında işledikleri suçtan dolayı pişman olduklarına dair dosyaya yansıyan bir söz ya da davranışlarının olmadığı anlaşıldığından haklarında TCY’nın 168. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır” (YCGK, E: 2012/6-134, K: 2012/270, 3.7.2012). Söz veya davranışla pişmanlığın yansıtılması şartının arandığı bir başka karar için bkz. YCGK, E: 2011/6-195, K: 2012/40, 14.2.2012.

gelecek şekilde yorumlanmaması gerekir¹⁸⁶. Örneğin suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda etkin pişmanlığı düzenleyen TCK m. 221'in 3 üncü fıkrasında “Örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanan örgüt üyesinin, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi halinde, hakkında cezaya hükmolunmayacağı” kabul edilmektedir. Hükmün gerekçesinde “Yakalanmış olmasına rağmen, bu fıkrafta belirlenen şartların gerçekleşmesi hâlinde örgüt üyesi cezalandırılmayacaktır. Bu şartlardan birisi, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmemiş olmak; diğeri ise, örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermiş olmaktır. Verilen bilginin, örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli olup olmadığını takdir yetkisi mahkemeye aittir” ifadelerine yer verilmektedir. Dolayısıyla suç işlememiş olan örgüt üyesi yakalandığında, pişman olduğunu sözle ifade etmemekle birlikte davranışlarıyla yani örgütün dağılmasını sağlayarak ortaya koymuşsa etkin pişmanlıktan yararlanmalıdır.

Pişmanlığın açık olması bazı suç tipleri açısından failin pişmanlığını tespit etme önemli bir dayanak noktası olabilmektedir. Örneğin iftira suçunda failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi, onun masum kimse hakkındaki asılsız ihbarını geri almasına, iftirasından her türlü tereddüdü giderecek biçimde dönmesine bağlıdır¹⁸⁷. Bu bağlamda iftiradan dönmenin kapalı sözlerle ve müphem ifadelerle değil, ileri sürülen iddiaların doğru olmadığını ve delillerin uydurma olduğunun sarih biçimde belirtilmesi şeklinde gerçekleşmesi gerekir¹⁸⁸. Öyle ki *Yargıtay*, uyuşturucu madde ihraç etmek suçundan yargılanan sanığın beyanı olmaksızın suçun ortaya çıkması halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmayacağına karar vermiştir¹⁸⁹. Bu gibi örneklerde sanığın işlediği suçtan pişmanlık duyup duymadığı, yargı organınca onun beyanının varlığı üzerine anlaşılacaktır¹⁹⁰.

Bununla birlikte “pişman olduğunu sarih biçimde belirtmeyen” failin durumu ile “pişman olmadığını açık şekilde ifade eden” failin durumu

¹⁸⁶ Yener Ünver, “Deliller ve Değerlendirilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, İstanbul, Ağustos 2005, s. 2904.

¹⁸⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 5. Cilt, s. 5456.

¹⁸⁸ Köksal Bayraktar, “İftira”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 40, Sayı: 1-4, İstanbul, 1974, s. 203.

¹⁸⁹ Y.9.CD, E: 2015/6719, K: 2015/4473, 3.4.2015.

¹⁹⁰ “Sanığın, ele geçirilen suç konusu esrarı diğer sanık oğlu A.nin eve getirip bıraktığını söyleyerek, görevlilerce A.nin yakalanmasına ve suçunun ortaya çıkmasına hizmet ettiği dikkate alınarak, sanık M. hakkında TCK'nun 192/3. maddesindeki etkin pişmanlık hükmünün uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, kanuna aykırıdır” (YCGK, E: 2014/10-523, K: 2015/28, 3.3.2015).

birbirinden farklıdır. Kanımızca yasal normun etkin pişmanlık için aradığı asgari şekli koşulları her nasılsa yerine getirmesine rağmen “pişman olmadığını” yetkili makamlar karşısında açıkça ifade eden failin artık cezayı kaldıran veya cezadan indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak etkin pişmanlıktan yararlanmaması gerekir. Aksi halde suç işlemek suretiyle hukuk düzenini ihlal eden, fakat daha sonra hangi saik veya nedenle olursa olsun pişmanlığın şekli şartlarını gerçekleştiren failin işlediği suçtan dolayı gurur ve mutluluk duymasına rağmen cezasız kalması veya diğer suç ortaklarına nazaran daha hafif cezayla cezalandırılması gibi normal olmayan sonuçlarla karşılaşmak muhtemel hale gelecektir. Bu gerekçeyle, yukarıdaki örnekten hareket edilecek olursa, yakalanan ve daha evvel suç işlememiş olan bir örgüt üyesi, örgüte katılmaktan dolayı pişmanlık duymadığını hatta onur duyduğunu ifade etmiş veya serbest kaldığında yeniden örgüte katılmak istediğini belirtmişse, bu kimsenin örneğin aralarında yaşanan husumet nedeniyle birçok örgüt üyesinin yakalanmasını sağlamış olma ihtimalinde bile etkin pişmanlıktan yararlandırılmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu nedenle kanunda geçen “pişmanlık duyarak” ibaresinin sözle olmasa bile “en azından aktif davranışlarıyla üzüntü duyduğunu anlaşılır şekilde ortaya koyarak” şeklinde yorumlanması isabetli olacaktır.

Failin işlediği suçtan dolayı pişmanlık duyduğundan bahsedilebilmesi için, onun, yerine getirilmesi mağdurun veya başkasının yahut objektif nitelikte başka bir fiil veya durumun şartlarının gerçekleşmesini beklememesi, kısacası belli koşullar ileri sürerek devletin yetkili organlarıyla pişmanlık hükümleri konusunda bir pazarlığa girişmemesi gerekir. Diğer bir deyişle pişmanlık herhangi bir şarta bağlanmamalı¹⁹¹, kanunun aradığı iade veya tazmin yahut bildirim yükümlülüğü, failin aradığı bir koşulun yerine getirilmesine bağlı kılınmamalıdır. *Yargıtay* da aynı görüştedir. Nitekim sanık savunması ile müşteki beyanı ve yakalama tutanağı içeriğinden, sanığın müştekiden alacağı olduğunu iddia ettiği 300 TL parayı alması karşılığında çalmış olduğu eşyaları müştekiye iade ettiğinin anlaşıldığı bir davada, TCK’nın 168/1 inci maddesinin uygulanma koşullarının bulunmadığının yerel mahkemece gözetilmemesi nedeniyle failin etkin pişmanlıktan yararlandırılması hukuka aykırı bulunmuştur¹⁹².

Failin pişman olduğunu ifade ederek etkin pişmanlığın koşullarını sağladıktan sonra, aslında pişman olmadığını, istemi dışında pişmanlığına dair bir beyanda bulunduğunu ifade etmesi durumunda ise önceden izhar ettiği pişmanlığını

¹⁹¹ Uygulamada failin pişmanlık gösterip göstermediği göz önünde tutulmaksızın hatta bazen fail tarafından çekince ileri sürülerek örneğin suçun işlendiğini kabul etmemek yönündeki bir ihtirazi kayıt üzerine zarar ve ziyan tazmininin mahkemelerce etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilmesi öğretide haklı olarak eleştirilmektedir. Bkz. Ersan Şen, Yorumluyorum, VII, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 63-64.

¹⁹² Y.13.CD, E: 2014/9488, K: 2014/26637, 24.9.2014.

geri almış olduğu kabul edilmelidir. Söz gelimi iftira suçunu işleyen fail, iftirasından rücu ettikten sonra, iradesinin farklı yönde olduğunu açıklayarak rücuundan da rücu etmiş olursa, artık etkin pişmanlıktan yararlanmamalı ve cezası bu nedenle hafifletilmemelidir¹⁹³.

b) Pişmanlığın İradi Olması

Kanunda etkin pişmanlığa yer verilen bir suçu tüm unsurlarıyla gerçekleştiren kişinin, fiilinin olumsuz sonuçlarından ötürü üzüntü duyması, psikolojik unsurun tamamlanması açısından yeterli değildir. Aynı zamanda failin üzüntüsü ve pişmanlığı sonucunda kanunun aradığı şartların yerine getirilmesi bakımından her aşamada özgür iradesiyle hareket etmesi gerekir. Fail suç sonrası zararı gidermeye veya düzeltmeye ya da potansiyel zararı önlemeye yönelik davranışları gönüllü olarak yapmalıdır¹⁹⁴. Bununla birlikte failin pişmanlığının özgür iradesine dayanması, etkin pişmanlığı faile bağlı subjektif bir kurum haline de dönüştürmemektedir. Nitekim kurumun uygulanması için özgür iradeye dayanmak kaydıyla nesnel bir belirleme yapılması yeterlidir¹⁹⁵. Diğer deyişle pişmanlığın iradiliğinin aranması, etkin pişmanlığın her zaman failin takdirine ve inisiyatifine bağlı bir seçenek olduğu anlamına gelmez¹⁹⁶. Ancak açıktır ki, iradilik, failin pişmanlık duyduğunun ayırımında/farkında olmasını yani normun aradığı pişmanlık koşullarını sağladığının açık bilgisine sahip olmasını zorunlu kılar. Dolayısıyla kanımızca “bilinçsiz pişmanlık” tan söz etmek olanağı olmadığı gibi –iradilik unsurunun bilme unsurunu takip etmesi zaruretinin doğal sonucu olarak- koşulları sağlandıktan sonra bilincine varılan bir pişmanlığın da teknik anlamda etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Diğer bir deyişle failin pişmanlığı, işlediği suç nedeniyle ortaya çıkan zararın giderilmesinden az veya çok belli bir zaman önce ortaya çıkmalı ve fail kendi iradesiyle suçun zararlı neticelerini telafi ettiğinin farkında olmalıdır. Failin özgür iradesinden kaynaklanmayan

¹⁹³ A. Caner Yenidünya, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İftira Suçu (m. 267-269)”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, İstanbul, Ağustos 2005, s. 2859. Ancak yine yazarın katıldığımız görüşüne göre (s. 2859), iftiradan dönmenin geçerliliği nasıl açık şekilde yapılmasına bağlıysa, dönmeden dönmenin de aynı açıklıkla ve her türlü tereddütten uzak biçimde beyan edilmesi gerekir.

¹⁹⁴ Selçuk, “II”, s. 2. Yazara göre (s. 3) “İradilik, eylemsel bir sorundur, hukuksal değil. Bu yüzden iradiliğin varlığını saptama tekeli, suçun etkin öznesi ve kanıtlarla yüz yüze gelen duruşma yargıcındır. Yargıtay yargıcı ise duruşma yargıcının gerekçesini salt hukuksal açıdan denetleyecektir”.

¹⁹⁵ Selçuk, “I”, s. 2.

¹⁹⁶ “...T.C.K. nun 184/5. maddesinin saniğe her zaman faal nedamet şansı tanıdığı ve saniğin ceza alıp almamak ve alacağı cezayı infaz edip etmemek hususunun saniğin inisiyatifine bırakıldığı biçimindeki kanuni olmayan yetersiz gerekçeyle C.M.K. nin 231/5. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi, kanuna aykırıdır” (Y.4.CD, E: 2012/23452, K: 2013/18021, 10.6.2013).

bir neden, her nasılsa suç konusunun iadesi yahut suçun maddi veya manevi zararlarının kısmen ya da tamamen giderilmesi sonucuna yol açmışsa, etkin pişmanlığın maddi unsurları gerçekleşse bile, manevi unsur eksikliği nedeniyle kurumun uygulanma koşullarının oluşmadığı söylenmelidir¹⁹⁷.

Pişmanlığın iradi olması, herhangi bir dış zorlama ve baskı olmadan failin kendi istençli davranışıyla ve işlediği suçun zararlı etkilerinin farkında olarak hareket etmesini ifade eder. Gönüllü olmak, her şeyden önce failin suçunu itiraf etmesi için ya da suçun faillerini ve kanıtlarını açıklaması için hukuka aykırı surette sorgulanmamasını veya zorlanmamasını zorunlu kılar¹⁹⁸. Bu nedenle “hangi sebeple olursa olsun” failin kendisi dışında bir etkenden kaynaklı hareket etmesi iradilik olarak değerlendirilemez. Failin iradesi dışındaki engel nedenler, maddi veya manevi olabileceği gibi üçüncü kişilerin fiilinden de kaynaklanabilir¹⁹⁹. Söz gelimi zimmet suçunu işleyen bir kamu görevlisinin, zimmetine geçirdiği eşyayı soruşturma veya kovuşturma başlamadan önce yetkili makamlara iade etmesi yeterli olmayıp, kanun failden iadenin gönüllü olmasını beklemektedir²⁰⁰. Bu örnekte kamu görevlisinden önce kolluk personeli tarafından usulüne uygun olarak yapılan arama sonucu eşya ele geçirilmişse, bu andan itibaren failin eşya ele geçirilmemeseydi yerini zaten söyleyeceğinden bahisle etkin pişmanlıktan yararlanma olanağı yoktur. Yine tanık ihbarı üzerine kollukça yakınana teslim edilen çalıntı eşya nedeniyle fail hakkında indirim yapılamaz²⁰¹. Keza uyuşturucu maddenin arama sonucu bulunabilecek yerde

¹⁹⁷ Bu nedenle farklı gerekçelerle aynı sonuca ulaşan *Yargıtay*’ın şu içtihadını isabetli bulmaktayız: “*Ceza Genel Kurulunun 27.05.2008 gün ve 127-147 sayılı kararında da açıkça vurgulandığı üzere; 5237 sayılı TCY’nın 168. maddesinde yer alan <etkin pişmanlık> hükmünün uygulanabilmesi için 5237 sayılı TCY’nın 168. maddesinde sınırlı bir şekilde sayılan suçların işlenmesi halinde, failin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme ve tazmin suretiyle tamamen gidermesi gerekmektedir. Somut olayda, kurum zararının otelden fatura ile yanlışlıkla tahsil edilen 3.665.785.200 Liranın düşülmesi, kalan 5.803.616.795 Liranın da 2001 yılı Temmuz ayı faturasına ilave edilip tahsil edilmesi ile giderilmiş olduğu hususu bilirkişi raporunda belirtildiğinden, sanıkların <bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme ve tazmin suretiyle tamamen gidermesi> söz konusu olmadığından 5237 sayılı TCY’nın 168. maddesinin sanıklar hakkında uygulanma koşulları gerçekleşmemiştir” (YCGK, E: 2009/5-40, K: 2009/236, 13.10.2009).*

¹⁹⁸ Hafizoğulları/Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 119.

¹⁹⁹ YCGK, E: 1991/5-334, K: 1991/358, 16.12.1991.

²⁰⁰ “*Sanıkların zimmete konu malı henüz hâkimiyet alanına sokamadan kolluğa yapılan ihbar üzerine suçüstü yapılarak yakalanmaları ve soruşturma başladıktan sonra zimmet konusu malın kollukça zapt edilmesi şeklinde gerçekleşen olayda; gönüllü iadede söz edilemeyeceği cihetle uygulama koşulları oluşmadığı halde 248/2. maddenin uygulanması kanuna aykırıdır”* (Y.5.CD, E: 2007/2213, K: 2007/3517, 9.5.2007). Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, 5. Cilt, s. 4734. Benzer yönde, tamamlanan hırsızlık suçu açısından arama tedbirinin uygulandığı esnada ele geçirilen cep telefonundan hareketle etkin pişmanlık indirimi uygulayan mahkeme kararının, kurumun iradilik şartının yanlış algılanması nedeniyle hukuka aykırı olduğu hususunda bkz. Y.6.CD, E: 2014/8615, K: 2015/45255, 23.11.2015.

²⁰¹ Y.6.CD, E: 2013/20543, K: 2014/7573, 1.4.2014.

olması durumunda failin bu malı teknik takip sonucu yakalanması nedeniyle teslim etmesi halinde de etkin pişmanlığın iradilik koşulu üzerindeki kuşku devam etmektedir²⁰². Ayrıca etkin pişmanlığın iade veya tazmin suretiyle gerçekleştiği suçlarda suç konusunun mağdur²⁰³ veya kolluk²⁰⁴ tarafından ele geçirilmesi halinde de iradi bir iadeden söz etme olanağı bulunmamaktadır. Aynı şekilde *Yargıtay 765* sayılı TCK döneminde evlenme maksadıyla zorla kaçırma suçunda failin bir başkası tarafından fesada uğratılmış (aldatılmış) iradesi sonucu pişmanlığın maddi koşullarını yerine getirmesinin, iradilik unsurunun eksikliği nedeniyle etkin pişmanlığın uygulanması açısından yeterli olmadığını kabul etmiştir²⁰⁵.

Failin iradi pişmanlığının aranması, onun davranışlar arasında gönüllü olarak bir seçim yapma olanağına sahip olmasını ve pişmanlıktan yararlanmayı seçmesini gerektirir²⁰⁶. Failin suç konusu malı beraberinde götürme imkânı olmasına rağmen bırakması halinde iradesiyle davrandığı kabul edilmelidir²⁰⁷.

²⁰² Y.10.CD, E: 2015/4610, K: 2015/33000, 19.11.2015.

²⁰³ *“Dolandırıcılık suçunda, elde edilen menfaat olan altınların alıp kaçan sanığın yakalanarak cebinden şikâyetçi tarafından istirdat edildiğinin (geri alındığının) anlaşılması karşısında rızaya dayalı bir iade olmadığından etkin pişmanlık nedeniyle indirim yapılmayacağına gözetilmemesi, kanuna aykırıdır”* (Y.11.CD, E: 2007/480, K: 2007/1683, 14.3.2007).

²⁰⁴ *“Suça konu araç ile araç içinden alınan cep telefonunun sanık tarafından rızaya iade edilmeyip, polis takibi sonucu ele geçmiş olması karşısında, koşulları oluşmadığı halde sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 168/2. maddesinin uygulanması, bozmayı gerektirmiştir”* (Y.2.CD, E: 2013/31868, K: 2014/23837, 20.10.2014). Aynı yönde bkz. Y.15.CD, E: 2013/25400, K: 2014/16486, 15.10.2014. *“Müştekinin işyerinden gerçekleştirilen hırsızlık suçuna ilişkin emniyete müracaatta bulunması üzerine, emniyetin yaptığı çalışmalar neticesinde çalınan eşyaların hükümlünün evinde olduğuna dair duyum alınarak, evde yapılan aramada çalınan eşyaların bir kısmının ele geçirildiğinin anlaşılması karşısında; uygulama olanağı bulunmayan etkin pişmanlık hükümleri ile uygulama yapılması isabetsizdir”* (Y.17.CD, E: 2015/15103, K: 2015/9447, 17.11.2015). Keza bkz. Y.6.CD, E: 2013/29953, K: 2016/717, 15.2.2016.

²⁰⁵ *“Sanıkların ifadelerinde kaçırma suçunun tamamlanmasından sonra sanık Sebahattin’in gidip müdahilin babasının evlenmeye razı olduğu haberini getirmesi üzerine müdahil ile birlikte gidip karakola teslim olduklarını açıkladıkları anlaşılmalı ve teslim olgusu mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş olduğu halde TCK’nin faal nedamet maddelerinden biri olan 432. maddesi hükmünün uygulanabilmesi için kaçırma suçunu tamamlayan failin hasıl olan pişmanlık duygusu altında nedamet gösterip tamamen özgün iradesi ürünü olarak mağdureyi iade etmesi veya serbest bırakması gerektiği olayımızda ise müdahilin babasının sırf kızının teslimini sağlamak amacıyla evlenmeye razı olmadığı halde olmuş gibi görünüp sanıkları aldatması sonucu ve özgün olmayan (aldatılmış) iradeyle teslimin söz konusu olduğu gözetilmeden ve bu nedenle uygulama koşullarının oluşmadığı dikkate alınmadan haklarında TCK’nin 432. maddesi uygulanmak suretiyle ceza tayini, yasaya aykırıdır”* (Y.5.CD, E: 1996/319, K: 1996/931, 27.3.1996).

²⁰⁶ Baba, s. 100.

²⁰⁷ İsmail Malkoç, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Cilt: 1, Malkoç Kitabevi Yayınları, Ankara, 2008, s. 1463.

Davranışın iradi olması vasfı, gönüllü vazgeçme ile etkin pişmanlığın ortak paydalarından birini oluşturmaktadır. Bu nedenle örneğin failin hırsızlık veya dolandırıcılık suçunun konusunu oluşturan malı iade veya tazmin dışında bir imkânının kalmaması²⁰⁸ veya fail tarafından kaçırılan mağdurun kendi çabalarıyla özgürlüğüne kavuşması gibi hallerde davranış gönüllü olmadığı için iradi de değildir. Buna karşılık öğretilerde ikna veya rica yoluyla failin caymasının sağlanması halinde, zorlama unsuru olmadığı müddetçe etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına engel bulunmadığı ifade edilmektedir²⁰⁹. Bu minvalde ilk hareketin şüpheli veya sanıktan gelmesi aranmamakta, kolluk kuvvetlerince telefonla aranan failin suç konusunu iade yoluna gitmesi halinde iradilik tamamlanmaktadır²¹⁰. Aynı şekilde şüphe üzerine yakalandıktan sonra çaldıkları malların yerini söylememe seçeneği bulunan failerin suç konusunu kendiliğinden getirmek²¹¹ veya suç konusunun yerini göstermek suretiyle mağdura teslimini sağlamaları halinde pişmanlığın iradi olduğu kabul edilmektedir²¹². Benzer bir kabul, hareketsiz kalma olanağı bulunan failin kendiliğinden olay yerini bildirmesi durumu için de geçerlidir²¹³. Belirtmelidir ki, tüm bu hallerde cezanın hafifletilmesi veya kaldırılması, suç konusunun başkasına devredilmemiş olması şartını gerekli kılmaktadır. Şayet hırsızlık sonucu ele geçirilen eşya, örneğin fail tarafından masum bir üçüncü kişiye satılmışsa, artık bu malın sadece yerinin gösterilmesi veya fail dışında bir kimse tarafından satın alınarak yeniden mağdura iade edilmesi failin cezasına etki etmemelidir²¹⁴. Buna karşılık kanımızca tamamen failden kaynaklanan sebeplerin, söz gelimi failin işlediği fiilden dolayı korkması veya utanç duyması ya da yakalanma endişesi taşıması yahut hukuk harici saiklerle (dini veya ahlaki gerekçeler, akrabalık veya komşuluk ilişkileri vs.) suçtan dönmesi gibi içsel nedenlerin varlığı halinde de pişmanlığın iradi olduğunun kabulü gerekir.

²⁰⁸ “Sanıkların, devriye görevini ifa eden polis memurlarınca şüphe üzerine durdurularak ellerindeki su sayacına el konulduğu ve polis merkezine getirildiklerinde, tesadüfen su sayacının çalıştığı müracaatıyla gelen mağdura söz konusu sayaç gösterildiğinde mağdurun, sayacın kendisine ait olduğunu belirtmesi üzerine iade edildiğinin anlaşılması karşısında; rızai bir iade bulunmaması nedeniyle sanıklar hakkında TCK’nın 168/1. maddesinin uygulanamayacağına gözetilmemesi, yasaya aykırıdır” (Y.2.CD, E: 2014/24895, K: 2014/21090, 17.9.2014).

²⁰⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 413.

²¹⁰ Y.6.CD, E: 2015/3293, K: 2015/43195, 30.9.2015.

²¹¹ Bkz. Y.2.CD, E: 2015/17154, K: 2016/391, 14.1.2016.

²¹² Y.6.CD, E: 2010/24668, K: 2013/14772, 24.6.2013; Y.2.CD, E: 2013/31970, K: 2014/22954, 13.10.2014; Y.13.CD, E: 2014/7812, K: 2014/26724, 25.9.2014; Y.2.CD, E: 2013/29996, K: 2014/21876, 24.9.2014; Y.13.CD, E: 2014/37287, K: 2016/357, 13.1.2016.

²¹³ Y.2.CD, E: 2013/31901, K: 2014/22618, 1.10.2014; Y.2.CD, E: 2014/16809, K: 2015/21161, 18.11.2015.

²¹⁴ Aynı yönde bkz. Y.2.CD, E: 2014/16414, K: 2015/21333, 19.11.2015.

Yargıtay, hırsızlık ve yağma suçlarına ilişkin bazı kararlarında, suç konusu malı kaçarken yere atan failin, yanında götürme olanağı varken malı yere atması halinde etkin pişmanlığın uygulanacağına; buna karşılık yakalanacağını anlayarak bırakması halinde etkin pişmanlıktan yararlanamayacağına hükmetmiştir²¹⁵. Yüksek Mahkeme bir kararında, sanığın yakınının cüzdanını çaldıktan sonra, kolluk görevlilerini görmesi üzerine, yanında götürme olanağı bulunmasına karşın cüzdanı yere atıp kaçmaya çalıştığı anlaşılmaması karşısında, sanık hakkında TCK'nın 168. maddesinin uygulanmamasının kanuna aykırı olduğuna hükmetmiştir²¹⁶. Fakat failin mağdura ait aracın camını kırarak çaldığı çantanın, fail yakalandıktan sonra, kolluk kuvvetlerince yapılan araştırmalar sonucu cadde üzerinde atılmış vaziyette bulunduğu bir başka olayda ise bu kez rızaya dayalı bir iadenin söz konusu olmadığı, bu nedenle etkin pişmanlık koşullarının oluşmadığı kabul edilmiştir²¹⁷. Kanımızca failin yanında götürme olanağı bulunmasına rağmen malı yere atması, gönüllülük veya iradilik koşulunu taşımakla birlikte kanunun aradığı iade koşulunu nesnel olarak sağlamadığı için fail etkin pişmanlıktan yararlanmamalıdır. Zira iadenin

²¹⁵ Baba, s. 100. Yakalanan failin etkin pişmanlıktan yararlanmasının "...*olaydan sonra katılan M.. K..'un ihbarı üzerine güvenlik güçlerinin çevrede yaptığı araştırma sonucunda yakalanan sanık S.. K..'nın, yakalandığı sırada yağmaladığı oto teybini yere attığının anlaşılması karşısında; etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma koşulları oluşmadığı halde aksi şekilde hüküm kurulması...*" (Y.6.CD, E: 2015/7634, K: 2015/45745, 3.12.2015) gerekçesiyle hukuka uygun bulunmadığı bir karara karşın; *Yargıtay*'ın, yakalanan sanığın etkin pişmanlıktan yararlanabileceği yönünde kararları da bulunmaktadır. Örneğin "...*sanıkların ilk başta kolluk görevlilerine yakalanmadan ellerindeki malzemeleri Orta Camii yanındaki bir manav tezgâhının altına saklamayı başardıkları ancak kısa bir süre sonra elleri boş vaziyette kolluk görevlilerine yakalandıklarında sanığın suç arkadaşı olup hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen Ö.'ın 06.07.2004 tarihli tutanak içeriğine göre kolluk görevlilerine ellerindekilerin hırsızlık malzemeleri olduğunu söyleyerek, önce malzemeleri koydukları yeri, sonra da hırsızlık yaptıkları yeri göstererek henüz, müracaatı olmayan yakınana iadeyi sağladıklarının anlaşılması karşısında, sanık hakkında 5237 sayılı Yasanın 168/1. maddesinin uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi, bozmayı gerektirmiştir*" (Y.17.CD, E: 2015/481, K: 2015/710, 13.4.2015); "*Sanık M.. A..'ın yakalandığında sigaraları gömdüğü yeri gösterip kısmi iadeyi sağladığının anlaşılması karşısında, yakınının kısmi iadeye rıza gösterilip gösterilmediği tespit edilerek sonucuna göre 5237 sayılı TCK'nun 168. maddesinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığının değerlendirilmemesi, kanuna aykırıdır*" (Y.6.CD, E: 2014/2196, K: 2014/20556, 25.11.2014).

²¹⁶ Bkz. Baba, s. 100, dn. 251.

²¹⁷ Bkz. Y.2.CD, E: 2014/16517, K: 2015/21281, 19.11.2015. Aynı şekilde "...*sanıkların yolda yürümekte olan yakınının omzunda asılı bulunan çantayı çektikleri, yakınının vermemek için direnmesi üzerine, çantanın sapının yakınının parmağını sıkıştırdığı, sanıkların çantayı alıp kaçtıkları, yakınının yardım çağrısı üzerine yoldan geçen vatandaşların polise haber verdikleri, sanıkların kaçarken yakalanmamak için gasp ettikleri çantayı attıkları, polis in ise kaçış güzergâhında atılan çanta ve malzemeleri bulup yakınana teslim etmeleri şeklinde gelişen olayda, rızai iadenin ve etkin pişmanlık hükümlerinin bulunmadığı*" sonucuna ulaşılmıştır (Y.6.CD, E: 2013/19196, K: 2016/121, 25.1.2016). Aynı yönde bkz. Y.6.CD, E: 2013/30411, K: 2016/1363, 29.2.2016.

mağdura²¹⁸ veya ona ulaşması amacıyla yetkili makamlara²¹⁹ yapılması gerektiği açıktır.

Öğretide tartışmalı olan bir diğer husus ise etkin pişmanlığa yer verilen her suçta gönüllülük kıstasının aranıp aranmayacağıdır. Zira kanun koyucu belli bazı suç tiplerinde pişmanlığın iradi olmasına açıkça vurgu yapmışken, diğer bazı suçlar açısından bu konuda açık hüküm sevk etmiş değildir. Örneğin organ veya doku ticareti suçunda organ veya dokularını satan kişinin, durumu yetkili mercilere haber vererek suçluların yakalanmasını kolaylaştırmasının, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce gerçekleşmesi halinde gönüllülük esasına yer verilmemesine karşın (TCK m. 93/1); aynı fiilin suç haber alındıktan sonra gerçekleşmesi halinde failin gönüllü olarak hareket etmesi gerektiği ayrıca vurgulanmıştır (TCK m. 93/2). Keza uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunda da resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce gerçekleşen pişmanlığın gönüllü olması aranmazken (TCK m. 192/1-2), haber alındıktan sonra ortaya çıkan pişmanlığın gönüllü olmasına yer verilmiştir (TCK m. 192/3). Yine suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda pişmanlığa ilişkin gönüllülük esası, suç işlenmeden önce (TCK m. 221/1) veya suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanma (TCK m. 221/3) hallerinde açıkça belirtilmemişken; suçun işlenişine iştirak etmeden örgütten ayrılma (TCK m. 221/2) ve örgütün yapısı ve faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi verme (TCK m. 221/4) hallerinde ayrıca aranmıştır. Nihayet zimmet suçunda zimmete geçirilen malın soruşturma başlamadan önce iade edilmesi (TCK m. 248/1) açısından aranmayan gönüllü olma esası, kovuşturma başlamadan önceki etkin

²¹⁸ Pişmanlığın iadeye bağlandığı hallerde iadenin mağdura yapılmış sayılması için bizzat mağdurun zilyetliğinin sağlanmış olması gerektiği gibi örneğin çalıntı eşyanın doğrudan doğruya mağdurun adresine gönderilmiş olması şartı da aranmamalıdır. Önemli olan mağdurun eşyaya kolayca ulaşabilme imkânının failin iradesiyle sağlanmış olmasıdır. *Yargıtay* da bir kararında aynı görüşte olduğunu ortaya koymuştur: “*Oluşa ve dosya kapsamına göre; saniğin, yaralamak suretiyle etkisiz hale getirdiği G.’in cep telefonunu alarak mağdurun evinden ayrıldığı ve eyleminden pişmanlık duyarak suça konu eşyayı kolayca bulunabilecek şekilde aynı binanın 2. katında bulunan çöp poşetlerinin arkasına bıraktığı olayda; saniğin kanun maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi yerine, etkin pişmanlık hükümleri uygulanmaksızın nitelikli yağmaya teşebbüs suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir*” (Y.1.CD, E: 2015/2693, K: 2015/4711, 6.10.2015).

²¹⁹ Hakkında koruma tedbiri uygulanacağından bir şekilde haberdar olan failin henüz tedbir uygulanmadan ve eşya kolluk tarafından ele geçirilmeden önce iadeyi kendiliğinden gerçekleştirmesi halinde yetkili makama iade koşulunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Gerçekten *Yargıtay*’a göre de “*Olay tutanağı içeriği ve tüm dosya kapsamı dikkate alındığında, saniğin arama kararı olmadan üst araması yapılacağı sırada, üzerinde bulunan uyuşturucu maddeleri görevlilere kendi rızası ile teslim etmek suretiyle kendi suçunun ortaya çıkmasına hizmet ve yardım ettiği anlaşıldığından sanık hakkında etkin pişmanlıkla ilgili TCK’nın 192. maddesinin 3. fıkrasının uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir*” (Y.10.CD, E: 2014/3090, K: 2015/32823, 6.11.2015). Aynı yönde bkz. Y.10.CD, E: 2014/4311, K: 2015/33016, 20.11.2015.

pişmanlık (TCK m. 248/2) bakımından açıkça belirtilmiştir. Öğretide bir görüş, kanun koyucu tarafından “gönüllü olarak” ibaresine yer verilen durumlarda pişmanlığın iradi olması gerektiğini, gönüllülüğün açıkça aranmadığı hallerde ise failin gönüllü olmasının gerekmediğini düşünmektedir²²⁰. Buna karşılık bir diğer görüş, gönüllülüğün etkin pişmanlığın bir koşulu olarak açıkça “gönüllü olarak” ifadesine yer verilmeyen suçlar açısından da aranması gereken bir ölçüt olduğunu kabul etmektedir²²¹. Gerçekten failin gönüllü pişmanlığı açısından soruşturmadan önceki ve sonraki aşamalar arasında bir ayrıma gitmenin hukuken geçerli bir gerekçesi bulunmamaktadır. Kanun koyucunun aynı suçla ilgili bu yönde bir ayrıma yer vermesi, kanımızca soruşturma evresi başlamadan önce gerçekleşen pişmanlığın zaten gönüllü olduğu varsayımından hareket edilerek yasal bir karine oluşturulması anlamına gelmektedir. Bu nedenle etkin pişmanlığa yer veren kanun hükmünde “gönüllü olarak” veya benzeri ifadelerin yer alması, pişmanlığın iradilik unsurunun özel olarak vurgulanmasından ibarettir. Bu vurgunun yapılmadığı suçlar açısından da pişmanlığın iradilik kıstası olan gönüllülük esası, olmazsa olmaz bir subjektif şart niteliği taşımaktadır. Nitekim suçtan sonra sergilenen davranışların “pişmanlık” olarak kabul edilmesi ve pişmanlığın “etkin” olarak nitelenmesi, failin gönüllü hareket etmesi gerektiğinin kanun koyucu tarafından kabul edildiği anlamına gelmektedir. Aksi halde “gönülsüz pişmanlık”tan söz edilmesi gerekir ki bu durum hem lafzî hem gaî açıdan kanun koyucunun iradesiyle çelişmektedir.

c) Pişmanlığın Doğrudan Doğruya Failden Kaynaklanması

Etkin pişmanlık kurumunun failin pişmanlığına dayanması ve pişmanlığın ihtiyari olmasının aranması, kural olarak failin şahsen hareket etmesini ve kanunun aradığı subjektif davranışları bizzat gerçekleştirmesini gerekli kılar. Failin pişmanlık duyduğundan söz edilebilmesi için onun şahsen hareket etmesi ve iradesini bizzat ortaya koyması aranır²²². Ancak öğretilde özellikle

²²⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 5. Cilt, s. 4740.

²²¹ Donay, TCK Şerhi, s. 360; Tezcan/Erdem/Önok, s. 855; Okuyucu Ergün, s. 125. Özgenç (Zimmet Suçu, s. 71), zimmet fiili özelinde kanun koyucunun neden soruşturma evresinde gönüllü olma koşuluna yer vermediği sorusunu “*bu aşamada soruşturmaya yetkili merciler tarafından zimmet olgusuna henüz muttali olunmamış olması*” gerekçesiyle yanıtlamaktadır.

²²² “765 sayılı Yasanın 523. maddesinin <iade ve tazmin esasına> dayalı bir düzenleme olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Başlangıçta tartışmalara konu edilen bu husus; 29.06.1955 gün ve 10-16 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 11.11.1997 gün ve 248-288 sayılı kararı başta olmak üzere birçok Yargıtay Kararında kabul edilmiş ve vurgulanmıştır. 5237 sayılı Yasanın 168. maddesinin düzenlenmesi sırasında ise; maddeye <..failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi...> ibaresi eklenmek suretiyle oluşması muhtemel tereddütlerin önüne geçilmek istenmiştir. Zira, metinde geçen <bizzat pişmanlık göstererek> ibaresi, düzenlemenin <tek başına

etkin pişmanlık şartı olarak aynen iade veya tazmin gibi objektif nitelikli koşulların arandığı suçlar açısından, iade ve tazmin yükümlülüğünün kim tarafından karşılanması gerektiğine dair farklı düşünceler ileri sürülmüştür.

Her şeyden önce TCK m. 168/1'de failin, azmettirenin veya yardım edenin "bizzat pişmanlık göstererek" mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde cezanın indirileceği düzenlenmiştir. Öğretide bir görüşe göre, pişmanlığın bizzat gösterilmesi şartının aranması ile birlikte zararın üçüncü bir kişi tarafından giderilmesi halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması engellenmiş olmaktadır²²³. Bu görüş kabul edilecek olursa "bizzat pişmanlık göstermek" ile "bizzat iade veya tazmin etmek" aynı anlama gelmektedir.

Öğretide bir diğer görüş ise failin kendi elinde olmayan birtakım nedenlerden dolayı zararı bizzat gidermesinin mümkün olmadığı hallerde, üçüncü kişilerin aracılığından yararlanmak suretiyle zararı gidermesi halinde de etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiği düşüncesindedir²²⁴. *Yargıtay*'ın geri verme ve tazmine ilişkin önceki kanunun yürürlükte olduğu dönemde ortaya koyduğu içtihadın artık geçerliliği kalmadığı ifade edilse de²²⁵, Yüksek Mahkeme'nin son dönemde verdiği kararlarda iade veya tazminin bizzat gerçekleştirilmiş olması şartını aramadığı görülmektedir. *Yargıtay*'a göre failin pişman olması ve istemde bulunması kaydıyla tazminin bir başkası tarafından gerçekleştirilmesi halinde etkin pişmanlık uygulanmalıdır²²⁶. Hatta suça sürüklenen çocuklar

iade ve tazmine> değil, <pişmanlık sonucu olan iade ve tazmine> önem atfettiğinin açık göstergesidir" (YCGK, E: 2008/11-127, K: 2008/147, 27.5.2008). "Katılanın zararının bizzat sanık tarafından giderilmediği, aracın kolluk tarafından katılana verildiği, dolayısıyla TCK'nun 168. maddesinde düzenlenen şartların oluşmadığı gözetilmeksizin sanık hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması, yasaya aykırıdır" (Y.11.CD, E: 2014/8685, K: 2015/31841, 15.12.2015).

²²³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 654; Abdullah Köşşekoğlu, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık", Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Proje Yöneticisi: Fatih Selami Mahmutoğlu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, s. 45. Özgenç (İrtikâp, s. 109), rüşvet suçunda kamu görevlisinin rüşvet aldığı para veya sair şeyin bir başkası tarafından iade edilmesi halinde etkin pişmanlıktan söz edilemeyeceğini savunmaktadır.

²²⁴ *Toroslu'*ya göre (Özel Kısım, s. 194-195), geri vermenin doğrudan mağdura yapılması gerekmiyip resmi makamlara teslim veya üçüncü kişilerin aracılığı, 168 inci maddenin uygulanması için yeterlidir. Özgenç'e göre (Zimmet Suçu, s. 75, dn. 79), failin üçüncü kişi tarafından yapılan ödemeyi yalnızca bilmesi veya rıza göstermesi etkin pişmanlık için yeterli olmayıp, aynı zamanda failin zararın ödenmesine yönelik gayret göstermesi şartının da aranması gerekir. Şen'e göre ise (s. 65), failin işlediği fiilin hukuka aykırılığı karşısında samimi olarak pişmanlık göstermesi kaydıyla, teslim, iade veya tazminin onun bilgisi dışında gerçekleşmesi halinde bile etkin pişmanlığa dayalı ceza indirimi uygulanmalıdır.

²²⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 654.

²²⁶ "...hükmün kesinleşmesinden önceki yargılama sırasında da zararı giderebileceğini söylemiş fakat gidermemiş olan ve son sözünde <çok pişmanım> sözünü söyleyerek pişman

tarafından işlenen malvarlığına karşı suçlara dair yakın tarihli bazı kararlarda, failin istemde bulunup bulunmadığı tartışmasına değinilmeksizin, bireysel olarak veya iştirak halinde işlenen suçta çocuğun ailesi tarafından yapılan iadenin indirim nedeni olarak dikkate alındığı görülmektedir²²⁷. Bu hallerde önceden istemde bulunulmaksızın banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunda mağdurun zararının bazı gerekçelerle banka tarafından karşılanması örneğinde olduğu gibi, zararı tazmin eden kişinin gerçek veya

olduğunu açıkça dile getiren fail, hükmün kesinleşmesinden sonra 5237 sayılı Yasanın 245. maddesindeki suçun da <etkin pişmanlığa> konu olabilecek suçlar arasına dahil edilmesinin ardından <bizzat ve el yazısıyla> yazarak cezaevinden gönderdiği dilekçede, zararı gidermek istediğini ifade etmiştir. Sonraki dilekçesinde ise, bu konuyu halletmek için avukatına vekalet verdiğini söylemiş, nitekim aynı günlerde müştekilerin zararları ödenmiştir. Müştekilere Ş... T... ödemenin hükümlünün ailesi tarafından yapıldığını beyan etmiş, bunun yanında her iki müşteki de şikayetçi olmadıklarını belirtmişlerdir. Burada karşımıza çıkan durum şudur: Hükmün kesinleşmesinden önceki yargılama sırasında sanığın <pişman olduğu> bellidir, ancak bu pişmanlık <zararı giderme> şeklinde tezahür etmemiştir. Uyarılama yargılaması aşamasında ise, bizzat sanığın girişimleriyle, fakat sanığın cezaevinde olması nedeniyle ailesi tarafından ödeme yapılmıştır. Ödemenin yapılmasında, cezadan kurtulma saikinin de etkili olduğunda kuşku bulunmasa bile, önemli olan diğer saiklerin ne olduğu değil, zararın giderilmesinde etken olan saiklerden birisinin de <bizzat duyulan pişmanlık> olmasıdır. Şu durumda; yargılama boyunca gerek sözleriyle, gerekse bir takım davranışlarıyla pişmanlığını ortaya koymuş ancak herhangi bir ödemede bulunmamış olan hükümlünün, 5237 sayılı Yasanın 245. maddesinde 19.12.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasanın 11. maddesiyle yapılan değişiklik nedeniyle hakkında 5237 sayılı Yasanın 168. maddesindeki <etkin pişmanlık> hükümlerinin uygulanma olasılığının ortaya çıkması üzerine, ailesini harekete geçirmek suretiyle ödemenin yapılmasını sağladığı anlaşılabilir, hükümlü A... K... hakkında 5237 sayılı Yasanın 168. maddesinde düzenlenmiş bulunan <etkin pişmanlık hükümlerinin> uygulanmasına bir engel bulunmadığından Özel Dairenin bozma kararı yerindedir” (YCGK, E: 2008/11-127, K: 2008/147, 27.5.2008). “...sanığın suçta konu oto teybini sattığı yerden ücretini ödemek suretiyle geri alarak mağdura aynen iade etmesi veya sanık ya da sanığın girişimleri sonucu üçüncü bir kişi tarafından suçta konu malın bedelinin mağdura ödenmesi vb. hallerinde 168. madde anlamında bir iade ve tazminden bahsetmek mümkün olacaktır...” (Y.2.CD, E: 2014/8973, K: 2014/8110, 25.3.2014). Benzer yönde bkz. Y.13.CD, E: 2013/26845, K: 2014/26317, 22.9.2014.

²²⁷ “Suça sürüklenen çocuğun gece vakti saat 01:30 sıralarında temyiz kapsamı dışındaki diğer yaşı küçük sanıklarla birlikte park halinde bulunan mağdura ait 34 ... plakalı ... marka aracın sol kapı kilidini zorlamak suretiyle oto teybini çalarak olay yerinden ayrıldıktan sonra yapılan araştırma sonucunda aynı gün sabah saatlerinde yakalandıklarında, kolluk görevlilerince sorulması üzerine olayı birlikte gerçekleştiren suçta sürüklenen çocuk H.A'nın çaldıkları teybi evinden alarak rızası ile teslim ettiğinin anlaşılması karşısında, suçta sürüklenen çocuk Nurettin hakkında TCK'nın 168/1.maddesi gereğince etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir” (Y.2.CD, E: 2014/21898, K: 2014/22695, 1.10.2014). “Suça sürüklenen çocuğun annesinin bacaklılığını yaptığı ve evinde ikamet ettikleri mağdura ait bir adet bileziği çaldığını samimi olarak itiraf ettiği ve annesinin suçta konu bileziğin parasını mağdura ödediğini ileri sürmüş olması karşısında bu hususun müştekiye sorularak sonucuna göre suçta sürüklenen çocuk hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin değerlendirilmesi gerekir” (Y.13.CD, E: 2014/9346, K: 2014/26488, 23.9.2014). Aynı yönde bkz. Y.22.CD, E: 2015/8355, K: 2016/813, 21.1.2016.

tüzel kişi olması arasında bir fark aranmamaktadır²²⁸.

Kanaatimizce iade veya tazminin üçüncü kişi tarafından yapılması durumunda da etkin pişmanlığın manevi koşulunun bizzat fail tarafından karşılanması yani pişmanlığın doğrudan doğruya failden kaynaklanması gerekir. Diğer bir deyişle pişmanlık bizzat gösterilmelidir; buna karşılık iade veya tazminin bizzat gerçekleştirilmesi gerekmez. Nitekim kanunda da “bizzat iade veya tazmin eden” veya “zarar/zıyanı bizzat gideren” failden değil, “bizzat pişmanlık gösteren” failden bahsedilmektedir. Örneğin en yakın arkadaşının paltosunun cebinden cüzdanını çalan fail, bu fiilden dolayı son derece üzgün ve pişman olmakla birlikte, mağdurla bir araya gelmekten utandığı veya çekindiği ya da korktuğu için suç konusu cüzdanı bir başka arkadaşıyla mağdura göndermişse etkin pişmanlıktan yararlanmalıdır. Dolayısıyla iade veya tazmin kim tarafından yapılırsa yapılsın pişmanlığın doğrudan doğruya fail tarafından ortaya konulması şarttır. Bu nedenle yalnız iade veya tazminin yapılmış olması yeterli görülmemeli, aynı zamanda failin subjektif durumu da araştırılmalıdır²²⁹. Aynı şekilde iade veya tazminin failin isteği ve iradesi doğrultusunda fakat onun planladığından başka bir biçimde/yöntemle gerçekleştiği hallerde de kanımızca pişmanlık iradesine üstünlük tanınmalıdır²³⁰. Dolayısıyla *Yargıtay*'ın failin durumunun yerel mahkemece araştırılmamış olmasını isabetsiz bulduğu kararlarına²³¹ katılmakla birlikte, onun öznel durumunu araştırmaksızın

²²⁸ Y.8.CD, E: 2014/35041, K: 2015/22391, 8.10.2015; Y.11.CD, E: 2014/11417, K: 2016/681, 28.1.2016.

²²⁹ Krşl. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 578: “Ancak burada failin bizzat pişmanlık gösterip göstermediğinin ayrıca araştırılması zorunludur. Bu hüküm tek başına zararı gidermeyi değil, etkin pişmanlığı amaçlamakta olup, zararın giderilmiş olmasının bunun bir ifadesi olduğu şeklinde düşünülmelidir”.

²³⁰ *Yargıtay* da bir kararında farklı gerekçelerle aynı sonuca ulaşmıştır: “Mağdurdan suça konu kolyeyi yağmalayan sanıkların tutuklandıktan sonra pişmanlık göstererek kolyeyi sattıkları kuyumcunun adresini akrabalarına söylemeleri üzerine, sanıklardan bir kısmının akrabalarının mağdurun zararını gidermek amacıyla kuyumcuya giderek ücreti karşılığında kolyeyi almak istedikleri, fakat olaydan haberdar olan kolluk görevlilerinin suça konu kolyeyi satın alan kuyumcudan alarak mağdura teslim ettikleri somut olayda, sanıkların işledikleri suç nedeniyle pişmanlık göstererek mağdurun zararını gidermek istemeleri, bu amaçla akrabalarını harekete geçirmeleri ve sonuç olarak da mağdurun zararının giderilmiş olması karşısında, sanıklar haklarında 5237 sayılı TCK'nun 168 inci maddesinde düzenlenmiş olan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğinin kabulü zorunludur. Kaldı ki, sanıkların 5237 sayılı TCK'nun 168 inci maddesi anlamında mağdur kabul edilmeyen kuyumcunun zararını gidermiş olmaları da pişmanlıklarını göstermektedir” (YCGK, E: 2014/6-127, K: 2014/237, 6.5.2014).

²³¹ “Sanık S.in eşi tarafından katılan Ü.in suç nedeniyle uğradığı zararın tazmin edildiği, bunun neticesinde katılanın yazılı beyanıyla zararının giderildiğini ve şikâyetçi olmadığını beyan etmesi karşısında, gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirlenebilmesi bakımından, sanıkların katılan Ü.a karşı eylemleri nedeniyle etkin pişmanlık gösterip göstermediklerinin değerlendirilerek sonucuna göre TCK'nın 168. maddesinin uygulanmasının gerekip gerekmediğinin tartışılmadan, yazılı şekilde karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir” (Y.15. CD, E: 2013/1162, K: 2014/15797, 30.9.2014).

salt ödemeyi veya iadeyi yeterli gördüğü bazı kararlarında²³² ise isabet bulmamaktayız.

V. ETKİN PİŞMANLIĞIN BAZI KURUMLARLA İLİŞKİSİ

1. Gönüllü Vazgeçme

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte etkin pişmanlığa suçun tamamlanmasından sonra cezadan indirim nedeni veya cezasızlık nedeni olarak yer verilmiş olması, gönüllü vazgeçmeden ise failin suçun tamamlanması veya neticenin gerçekleşmesi anına kadar yararlanabileceğinin kabulü iki kurum arasında birtakım önemli farkların ortaya çıkmasına yol açmıştır. Buradan hareketle TCK'nın kabul ettiği sistemde gönüllü vazgeçme ile etkin pişmanlık arasındaki farklar şu şekilde özetlenebilir²³³:

a) Gönüllü vazgeçme ani suçlarda suçun tamamlanması anına kadar, mütemadi suçlarda ise suçun sona ermesi anına kadar mümkündür²³⁴. Oysa etkin pişmanlık, ani suçlarda suçun tamamlanması ve dolayısıyla sona ermesi aşamasından sonra yani suç bütün unsurlarıyla tamamlanıp bittikten sonra; kesintisiz suçlarda ise -sona erme aşaması beklenmeksizin- suç tamamlandıktan

²³² “Meydana gelen zararın olaydan bir gün sonra saniğın amcası tarafından aynen tazmin yoluyla giderilmiş olduğu gözetilerek, 5237 sayılı TCK'nın 168. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin aynı Yasa'nın 7/2, 5252 sayılı Yasa'nın 9/3. maddeleri uyarınca yapılan lehe Yasa değerlendirmesinde nazara alınmaması, kanuna aykırıdır” (Y.9.CD, E: 2006/8688, K: 2007/6755, 26.9.2007). “...olaydan sonra aynı gün suça sürüklenen çocuk ve babasının kolluk görevlileri yanına gelerek suça sürüklenen çocuğun babasının, olayı suça sürüklenen çocuğun gerçekleştirdiğini söyleyip suça konu motosiklet ve plakasının bırakıldığı yeri belirterek motosikletin mağdura teslimini sağladığının anlaşılması karşısında; suça sürüklenen çocuk hakkında kurulan hükümde TCK'nın 168/1. maddesi uyarınca indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir” (Y.22.CD, E: 2015/785, K: 2015/1333, 27.5.2015). Aynı yönde bkz. Y.22.CD, E: 2015/10838, K: 2016/3651, 15.3.2016; Y.22.CD, E: 2015/10875, K: 2016/4809, 30.3.2016.

²³³ Bkz. Öztürk/Erdem, s. 302. Ayrıca bkz. Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara, 2015, s. 499. Kabul edilen bu farklılıklara rağmen, etkin pişmanlık ile gönüllü vazgeçme arasında hiçbir ortak yönün bulunmadığından da söz edilemez. Nitekim öğretide her iki kurumun “kastın yoğunluğuna etki eden subjektif neden” olma ortak paydasında birleştiği kabul edilmektedir. Bkz. Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt: I, Genel Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968, s. 336; Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 323.

²³⁴ Tezcan/Erdem/Önok'a göre de (s. 651), “Her ne kadar TCK m. 168/1'de suçun tamamlanmasından söz edilmiş ise de, kesintisiz suçlarda suçun sona erme aşamasına kadar gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabileceğinden kanundaki tamamlanma deyimini kesintisiz suçlar bakımından sona erme olarak anlamak gerekir”. Nitekim malvarlığına karşı suçların tamamı ani suç niteliğinde olmadığı için (örneğin sıvı veya gaz halindeki enerji hırsızlığı), bu tür muhtemelen mütemadi suçlarda tamamlanma ve son bulma aşamaları farklı zamanlarda gerçekleşir.

sonra gündeme gelir²³⁵.

b) Gönüllü vazgeçme 5237 sayılı TCK'nın "Genel Hükümler" başlıklı birinci kitabının "Ceza Sorumluluğunun Esasları" başlıklı ikinci kısmının "Suça Teşebbüs" başlıklı üçüncü bölümü içerisinde 36 ncı maddede düzenlenmiştir. Genel hükümler içerisinde düzenlenmesinin bir sonucu olarak, gönüllü vazgeçme, özel hükümler başlığı altında düzenlenen her suç tipi bakımından uygulanacak bir genel hüküm niteliği taşımaktadır. Oysa etkin pişmanlık, hukukumuzda bir genel hüküm olarak değil, yalnız yapısına uygun olan suç tipleri bakımından ve özel bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla gönüllü vazgeçmenin uygulanması için ayrıca hüküm bulunması gerekmemesine karşın etkin pişmanlık ancak kanunda açıkça düzenlenmesi halinde uygulanabilir.

c) Gönüllü vazgeçme bir cezasızlık nedeni niteliği taşımaktadır. Diğer deyişle gönüllü vazgeçmenin şartları oluşmuşsa, fail, vazgeçme anına kadar gerçekleştirdiği fiillerin başlı başına bir suç oluşturması ihtimali haricinde, işlemekten vazgeçtiği suçtan veya bu suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Ayrıca gönüllü vazgeçmenin cezasızlık nedeni teşkil ettiği durumlarda faile ceza verilerek cezasının indirilmesi söz konusu değildir. Oysa etkin pişmanlık kanun koyucunun takdirine bağlı olarak bazı suç tipleri açısından cezayı ortadan kaldıran bir şahsi neden²³⁶, diğer bazı suç tipleri açısından ise cezadan indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi neden²³⁷ özelliği gösterir. Bu nedenle etkin pişmanlıkta bazen ceza tümüyle ortadan kalkmakta bazen de kanundaki oranlar mukabilinde hafifletilmektedir²³⁸.

²³⁵ Ani suçlarda tamamlanma aşaması ile son bulma aşaması aynı anda gerçekleşeceği için etkin pişmanlığın uygulanabileceği asgari zaman dilimi her halde örtüşmektedir. Buna karşılık, yukarıda etkin pişmanlığın maddi unsurlarından ikincisi olan "suçun tamamlanması" başlığı altında incelendiği üzere, kesintisiz suçlarda tamamlanma anı ile sona erme anı farklı olduğundan, etkin pişmanlığın uygulanabileceği asgari zaman dilimini belirlerken sona erme anı değil tamamlanma anı esas alınmalıdır. Zira tipik TCK m. 109 örneğinde olduğu gibi, etkin pişmanlık öngörülen kesintisiz suçlarda, etkin pişmanlığın uygulanma koşullarının gerçekleşme zamanı ile temadinin kesilme zamanı çakışmaktadır.

²³⁶ Bkz. TCK m. 93/1, 184/5, 192/1, 201, 221/1-4, 254, 274/1, 282/6, 316.

²³⁷ Bkz. TCK m. 93/2, 110, 168, 192/2, 221/4, 245/5, 248, 269, 274/2-3, 281/3, 289/2, 293, 297/4.

²³⁸ *Yargıtay'a göre, kanundaki tanım uyarınca gönüllü vazgeçme ile etkin pişmanlık arasındaki ayrım şu şekilde özetlenebilir: "Teşebbüs, suçun tamamlanması veya neticenin gerçekleşmesinin, failin elinde olmayan nedenlerle meydana gelmemesi olarak tanımlanmışken, gönüllü vazgeçmede failin iradi hareketi veya çabası ile icra hareketlerinin terk edilmesi ya da suçun tamamlanmasının önlenmesi söz konusudur. Suç tamamlanmadan veya sonuca ulaşılmadan önce vazgeçme gerçekleştiğinden, gönüllü vazgeçme etkin pişmanlıktan da farklıdır. Etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonraki pişmanlığı düzenlemekte ve tamamlanan bir suçun yol açtığı zararın giderilmesi, eski hale getirilmesi ya da malın iadesini kapsamaktadır"* (YCGK, E: 2011/1-692, K: 2012/60, 28.2.2012).

Gönüllü vazgeçme ile etkin pişmanlık arasında hareketin niteliğine göre bir farklılığın olup olmadığı tartışmalıdır. Gönüllü vazgeçmede failin suç yoluna girdikten sonra soyut olarak durmasının tek başına yeterli olduğu; buna karşılık etkin pişmanlıkta ihmali hareketin yeterli olmayıp aynı zamanda neticenin meydana gelmemesi için birtakım icrai davranışlarda da bulunması gerektiği ifade edilmektedir²³⁹. Ancak etkin pişmanlık her durumda aktif bir davranışı gerektirmekle birlikte, 5237 sayılı TCK döneminde gönüllü vazgeçmenin yalnız ihmali hareketle değil, aynı zamanda icrai hareketle de gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu; icrai hareketle işleme hipotezi bakımından failden aktif olmasının ve ciddi çaba göstermesinin beklenildiği unutulmamalıdır. TCK'nın benimsediği yeni sistemde örneğin tüfeğin namlusunu mağdura doğrulttuktan sonra ateş etmekten vazgeçerek ihmali harekette bulunan failin durumunda olduğu gibi, tetiğe bastıktan sonra mağduru tedavi ettirip ölmesini engelleyerek icrai harekette bulunan fail de gönüllü vazgeçmeden yararlanmaktadır. O halde gönüllü vazgeçmenin yalnızca ihmali davranışla işlenebileceği görüşünün TCK m. 36 karşısında bir geçerliliği kalmadığı söylenebilir.

TCK m. 41'de iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme ile ilgili açık bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre iştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır. Bir genel hüküm olmaması nedeniyle benzer yönde bir düzenlemeye etkin pişmanlık açısından yer verilmemiştir. Bununla birlikte gönüllü vazgeçme gibi etkin pişmanlığın da cezaya etki eden şahsi sebep olarak nitelendirilmesinin hukuki sonucu, iştirak halinde işlenen suçlarda sadece pişmanlık gösteren suç ortağının etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandırılmasıdır²⁴⁰.

Gönüllü vazgeçmenin genel nitelikte, etkin pişmanlığın ise özel nitelikte hükümler olması nedeniyle işlenen failin yalnızca bir suç tipini ortaya çıkarması halinde failin aynı anda hem gönüllü vazgeçmeden hem de etkin pişmanlıktan yararlanması mümkün gözükmemektedir. Nitekim gönüllü vazgeçen fail, işlediği suça teşebbüsten cezalandırılmayacağı için, söz konusu suçtan dolayı pişmanlık duymasından bahsedilemez. Örneğin hırsızlık amacıyla başkasına ait bir cüzdanı bulunduğu yerden alan failin uzaklaşma imkânı varken geri dönüp cüzdanı aldığı yere bırakması halinde, fail, icra hareketlerini tamamlamaktan gönüllü vazgeçtiği için zaten cezasızlık nedeninden yararlanacaktır. Bu örnekte manevi koşul gerçekleşmekle birlikte kanun gereği etkin pişmanlığın maddi koşulu olan "suçun tamamlanması" şartı gerçekleşmemiştir. Kaldı ki psikik

²³⁹ İzzet Özgenç/Cumhur Şahin, Uygulamalı Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 313; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 620-621.

²⁴⁰ Aynı yönde bkz. Seydi Kaymaz, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçişi Sorunu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Ankara, 2012, s. 149.

açından etkin pişmanlıktan farklı olarak, gönüllü vazgeçmenin temelinde mutlaka pişmanlık duygusunun yer alması da gerekmemektedir²⁴¹.

Buna karşılık failin fiili birbirinden bağımsız birden fazla suçun oluşmasına neden olmuşsa, koşullarının gerçekleşmesi halinde, failin hem etkin pişmanlıktan hem de gönüllü vazgeçmeden ayrı ayrı yararlanması mümkün olduğu kanısındayız. Örneğin mağdureyi cinsel amaçla kaçıran fail, onu ıssız bir yere götürdükten sonra cinsel saldırı suçunun icra hareketlerine başlamış ancak mağdurenin ağlaması üzerine, kendisine yönelik hiçbir dışsal zorlama olmaksızın, pişmanlık duyarak, soruşturma başlamadan önce ve mağdurenin şahsına hiçbir zararı dokunmadan onu güvenli bir yerde serbest bırakmış olursa; nitelikli cinsel saldırı suçu (ırza geçme) açısından gönüllü vazgeçmenin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali (cinsel amaçla kişiyi özgürlüğünden alıkoyma) açısından ise etkin pişmanlığın uygulanma koşulları gerçekleşmiş olur. Bu örnekte gönüllü vazgeçen failin gerçekleştirdiği davranışlar basit cinsel saldırı suçunu oluşturuyorsa, fail bu suçtan dolayı cezalandırılmalı ve yine etkin pişmanlığından ötürü nitelikli özgürlükten yoksun kılma suçundan alacağı ceza ise yasal oranlar dâhilinde indirilmelidir.

TCK'da etkin pişmanlığın neticenin gerçekleşmesinden sonraki aşamada failin zararlı etkilerini gidermek ve belli bazı davranışlarda bulunmakla sınırlandırılması, öğretide gönüllü vazgeçmenin kapsamının etkin pişmanlığı da içerecek biçimde genişletildiği yorumuna yol açmıştır. Kanunda cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebeplere yer veren birçok madde hükmünün başlığı etkin pişmanlık olmakla birlikte, bu maddelerde teknik anlamda etkin pişmanlıktan söz etmenin olanaklı olmadığı belirtilmektedir. Nitekim öğretide bir görüş, kanuni düzenlemeden bağımsız olarak, teknik anlamıyla gönüllü vazgeçmeyi failin icrasına başladığı suçun icrasından kendiliğinden vazgeçmesi; etkin pişmanlığı ise failin etik davranarak neticenin gerçekleşmesini önlemesi şeklinde ele almaktadır²⁴². Gerçekten *“Eylemli pişmanlığa gelince, fail, icra hareketlerini bitirmiştir. Kararını değiştirmesi mümkün değildir. Artık yapacağı bir şey yoktur. Fail sadece neticenin gerçekleşmesini önlemeye çalışmaktadır. Bundan ötürü, etkin pişmanlıkla gönüllü vazgeçmeyi hüküm ve neticeleri bakımından bir tutmak, benzer olmayanları benzer saymaktır. Bu, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olarak, eylemli pişmanlık gösteren faili, gönüllü vazgeçen fail karşısında daha imtiyazlı kılmaktır”*²⁴³. Öyle sanıyoruz ki, “olması gereken hukuk açısından”, gönüllü vazgeçmeyi icra hareketlerinin tamamlanması anına kadar sınırlamak, tamamlanma anından itibaren neticenin gerçekleşmesi anına kadar failin suçtan dönme iradesini

²⁴¹ Yüksel Ersoy, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İmaj Yayınevi, Ankara, 2002, s. 121.

²⁴² Hafizoğulları/Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s. 118.

²⁴³ Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku, s. 344.

etkin pişmanlık olarak değerlendirmek daha isabetli olacaktır. Bunu sağlamak amacıyla icra hareketlerinin tamamlanması ile neticenin gerçekleşmesi arasında failin suçtan dönmesi, gönüllü vazgeçmede olduğu gibi, bir “genel etkin pişmanlık” hükmünün ihdası ile cezayı kaldıran veya cezadan indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak kabul edilebilir. Neticenin gerçekleşmesi aşamasından sonra failin fiilinin zararlı etkilerini gidermesi halinde ise, mevcut TCK’da düzenlendiği üzere, ayrıca “özel etkin pişmanlık” halleri tespit edilebilir.

2. Şahsi Cezasızlık Sebepleri

Şahsi cezasızlık sebepleri ile cezadan indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler, suçun unsurları dışında kalan ve fail hakkında uygulanacak yaptırıma etki eden nedenlerdir. Şahsi cezasızlık sebepleri, kişiye bağlı olup sadece sebep kendisinde bulunan kişinin cezalandırılmasına engel olur²⁴⁴. Şahsi cezasızlık sebeplerinin uygulanabilmesi için somut olayda fail tarafından bilinmesi gerekmez²⁴⁵.

Şahsi cezasızlık sebepleri ile cezayı ortadan kaldıran veya azaltan şahsi sebepler “suçun oluşmasına etki etmeme” ortak paydası dışında birbirinden farklı hukuki kurumlardır. Şahsi cezasızlık sebepleri, suçun icrası sırasında mevcut bulunan, belirli kişisel özellikler, durumlar veya ilişkilerin varlığı dolayısıyla haksızlık ve suç teşkil eden fiilden dolayı failin cezalandırılmaması sonucunu doğuran hallerdir²⁴⁶. Cezayı kaldıran şahsi sebepler ise kanunda düzenlenmiş olan, suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkarak faile ceza verilmesini önleyen sebepler olarak tanımlanmaktadır²⁴⁷. Bu sebeplere şahsi (kişisel) adının verilmesinin nedeni, sebepten yararlanan kişinin sadece sebebin kendisinde bulunduğu kişi olması, diğer kişilerin ise bu sebepten yararlanmasının mümkün olmamasıdır²⁴⁸. Nitekim bağlılık kuralı başlığını taşıyan TCK m. 40/1 gereğince suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılmaktadır.

²⁴⁴ Öztürk/Erdem, s. 155; Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 573; Zafer, s. 384.

²⁴⁵ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 258; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 575; Öztürk/Erdem, s. 155.

²⁴⁶ Mehmet Emin Artuk/Mehmet Emin Alşahin, “Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Cilt: 19, Sayı: 2, İstanbul, 2013, s. 26. Failin cezalandırılmaması fiilin tipe uygunluğunu, hukuka aykırılığını ve failin kusurluluğunu etkilemez. Bkz. Önder, s. 156.

²⁴⁷ Heinrich, s. 413, kn. 622; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 337; Akbulut, s. 183.

²⁴⁸ Hakeri, Ceza Hukuku, s. 120; Öztürk/Erdem, s. 155.

Etkin pişmanlık, bazı suçlarda cezasızlık bazı suçlarda ise ceza miktarında indirim sonucuna yol açması ve 5237 sayılı TCK hükümlerinde suç sonrası safhaya özgülenmesi nedeniyle öğretide cezaya etki eden şahsi sebep olarak ele alınmaktadır²⁴⁹. Dolayısıyla başlangıçtan itibaren mevcut olan şahsi cezasızlık sebepleriyle kanun gereği suç sonrası ortaya çıkan etkin pişmanlığın aynı niteliğe sahip olduğu yargısına ulaşılabilmek isabetli olmaz. Çünkü etkin pişmanlığa ilişkin her düzenleme, faile uygulanacak yaptırım kaldırma veya hafifletme babında cezaya etki eden bir neden olmasına karşın; cezasızlık sonucunu doğuran her şahsi nedenin etkin pişmanlık olduğunu söylemek mümkün değildir²⁵⁰.

Şahsi cezasızlık sebeplerinde failin cezasız kalması veya cezasından indirim yapılmasını gerektiren nedenler kişisel olmakla birlikte, bunların hiçbirinde fail tarafından gösterilmesi icap eden bir pişmanlığın arandığından söz edilemez.

²⁴⁹ Bkz. Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 571 vd.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 576 vd; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 337; Zafer, s. 386.

²⁵⁰ Öğretide (Özgenç, Gazi Şerhi, s. 258; Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 559-560; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 575) şahsi cezasızlık nedenlerine ilişkin gösterilen örnekler aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

- Taksirli hareket sonucu neden olunan neticenin münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezanın verilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yolaçması (TCK m. 22/6) (Öğretide “taksir sorumluluğunun kaldırılması veya azaltılması” olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Muharrem Özen, “TCK’nda Taksir”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt: III, Yayına Hazırlayanlar: Eric Hilgendorf/Yener Ünver, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 18, İstanbul, 2010, s. 143.),
- Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunda eşyayı satan kişinin eşyanın elde edildiği suçu işlemiş olması (TCK m. 165),
- Yağma ve nitelikli yağma hariç, malvarlığına karşı işlenen suçların belli akrabalık ilişkisi içinde olanlar tarafından birbirlerine karşı işlenmiş olması (TCK m. 167/1) (TCK, yağma ve nitelikli yağma suçlarında şahsi cezasızlık sebeplerinin uygulanmayacağını (m. 167) düzenlemekle birlikte, diğer malvarlığına karşı suçlarda olduğu gibi bu suçlarda da cezayı kaldıran veya azaltan bir şahsi sebep olarak etkin pişmanlıktan yararlanılabileceğini (m. 168) kabul etmiştir.),
- Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun belli akrabalık ilişkisi içinde olanlar tarafından birbirlerine karşı işlenmiş olması (TCK m. 245/4),
- Yalan tanıklık suçunun, failin kendisinin veya üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma veya kovuşturmayaya uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak işlenmiş olması (TCK m. 273/1),
- Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunun bir kimsenin kendi işlemiş olduğu ve iştirak ettiği suçla ilgili olarak işlenmiş olması (TCK m. 281/1),
- Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun konusunu oluşturan malvarlığı değerini satın alan, kabul eden, bulunduran veya kullanan kişinin suçun işlenmesine iştirak etmiş olması (TCK m. 282/2),
- Suçluyu kayırma suçunun üstsoy, altsoy, eş, kardeş veya diğer suç ortağınca işlenmiş olması (TCK m. 283/3),
- Tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçunun üstsoy, altsoy, eş veya kardeş tarafından işlenmiş olması (TCK m. 284/4).

Bu nedenle failin şahsi cezasızlık sebeplerinden faydalandığı durumlarda etkin pişmanlığın şartlarının oluşup oluşmadığı tespitine girişilmesine gerek yoktur. Örneğin babasının cebinden ondan habersiz cüzdanını çalan çocuğun, bu fiilden dolayı pişman olup olmadığı sorgulamasına girişilmeksizin şahsi cezasızlık sebebinden yararlandırılması gerekir. Hatta verilen örnekte çocuğun açıkça pişman olmadığını ifade etmesinin TCK m. 167/1'in uygulanmasına engel olmayacağı söylenebilir.

3. Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Haller

Suçun nitelikli halleri, bütün unsurlarıyla gerçekleşmiş olan bir suçun cezasının ağırlaştırılması veya hafifletilmesi sonucunu doğuran nedenlerdir. 5237 sayılı TCK, bu nedenleri, suçun daha ağır (ağırlaştırıcı nedenler) veya daha az (hafifletici nedenler) ceza gerektiren nitelikli halleri olarak adlandırmaktadır²⁵¹. Öğretide bir görüş, suçun nitelikli hallerinin maddi unsur içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir²⁵². Diğer bir görüşe göre ise, nitelikli haller suçu oluşturan bir unsur değildir; ancak suçu çevreleyen ve suçu etkileyen hallerdir. *Dönmezer/Erman'a* göre, suçun varlığı için bulunmaları zorunlu olan kurucu unsurlara eklenen ve suçun daha ağır veya daha hafif cezalandırılmasını sağlayan, bulunmaları halinde suçun hukuki vasfını değiştirmeyen ve bulunmamaları halinde ise suçun varlığına zarar vermeyen nedenlere "suçu etkileyen haller" denmektedir²⁵³. Nitelikli hallerin suçun unsuru olmamasının sonucu olarak, nitelikli hallerden birinin ilga edilmesi, asıl fiilin suç olma vasfını ortadan kaldırmaz²⁵⁴. Nitelikli haller ile etkin pişmanlık arasındaki ortak özellik, suçun unsurları değerlendirmesi bakımından nitelikli hallere ilişkin söylenenlerin etkin pişmanlık açısından da geçerlilik taşımasıdır. Nitekim kanundaki suç tipine ilişkin pişmanlık hükmünün kaldırılmasının da nitelikli hallerde olduğu gibi fiilin suç niteliği üzerinde herhangi bir etkisi olmayacağı açıktır.

Bununla birlikte suça ilişkin nitelikli hallerle etkin pişmanlık arasında önemli farklar bulunmaktadır. Daha az ceza gerektiren nitelikli haller (hafifletici nedenler) ile etkin pişmanlık arasındaki ilk fark, failin şahsına ilişkindir. Suçun daha az ceza gerektiren nitelikli hallerinin kabulü failin şahsından kaynaklanan

²⁵¹ Bkz. TCK m. 6/1-h, 30/2, 43/1, 61/4, 66/3, 144, 150, 159, 211, 235/3-a, 249.

²⁵² *Artuk/Gökçen/Yeni Dünya'ya göre* (Genel Hükümler, s. 236), "... suçun maddi unsurları hareket, netice ve nedensellik bağlantısından ibaret değildir. Fail, mağdur, konu ve nitelikli unsurlar da maddi unsur içerisinde mütalaa edilmektedir".

²⁵³ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: II, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s. 339. Bazı yazarlarca "suça etki eden nedenler" olarak da ifade edilen bu haller, objektif ve subjektif nedenler ile ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler olmak üzere iki temel ayrımla açıklanmaktadır. Bkz. Ersoy, s. 128-129.

²⁵⁴ YCGK, E: 2004/5-147, K: 2004/176, 28.9.2004.

sebeplere²⁵⁵ dayanabileceği gibi, çoğu kez failin kişiliğinden tamamen bağımsız birtakım etkenlerin²⁵⁶ ortaya çıkması koşuluna bağlanmaktadır. Hâlbuki etkin pişmanlık bütünüyle failin kanundaki pişmanlık koşulunu yerine getirmek konusunda irade ortaya koymasına bağlıdır²⁵⁷. Bunun bir sonucu olarak hafifletici nedenlerin uygulanması için çoğunlukla failin hangi duyguyla hareket ettiğine bakılmamasına rağmen, etkin pişmanlıkta failin işlediği fiilin olumsuz neticelerinden pişmanlık duyması şartı aranmaktadır.

Hafifletici nedenler ile etkin pişmanlık arasındaki ikinci fark ise cezalandırmaya ilişkindir. Suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda, faile uygulanacak yaptırımdan kanundaki oranlar dâhilinde yalnızca ceza indirimini yapılması olanaklı hale gelmektedir. Hafifletici nedenlerin faile uygulanacak cezai müeyyideyi bütünüyle ortadan kaldırması ise söz konusu değildir. Buna karşılık etkin pişmanlık, işlenen suçun türüne bağlı olarak, cezanın azaltılmasını sağlayabileceği gibi müeyyidenin tamamen kaldırılması sonucunu da doğurabilir.

4. Takdiri İndirim Nedenleri

5237 sayılı TCK'da suçun daha ağır cezayı gerektiren ortak hallerine yer verilmemiş, ancak cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında tüm suçlar için geçerli olan takdiri indirim nedenlerine yer verilmiştir²⁵⁸. Buna karşılık TCK'da etkin pişmanlığın açıkça düzenlenmediği hallerde, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına engel oluşturan bir hüküm sevk edilmediği görülmektedir. Zira TCK m. 62/2 gereğince takdiri indirim nedeni olarak failin geçmişine, sosyal ilişkilerine, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkilerine dayanılabileceği gibi, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları da dikkate alınabilmektedir. Örneğin bir tartışma sonrası arkadaşını bıçaklayarak kaçan fail, olaydan birkaç gün sonra hastanede mağduru ziyaret ederek pişmanlığını dile getirmiş ve onun tedavi masraflarını üstlenmişse, etkin pişmanlıktan

²⁵⁵ Örneğin TCK m. 144 gereğince hırsızlık suçunun paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde ya da bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi halinde, şikâyet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. Burada failin ya paydaş veya iştirak halinde malik yahut kanunen alacaklı sıfatı taşıması aranmaktadır.

²⁵⁶ Örneğin TCK m. 145 gereğince hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri göz önünde bulundurularak ceza vermekten de vazgeçilebilir. Burada önemli olan suçun konusunun vasfıdır; yoksa failin fiziksel veya psikolojik durumunun ona verilecek cezanın azaltılması açısından herhangi bir etkisi yoktur.

²⁵⁷ Hafifletici nedenlerin varlığı tüm suç ortaklarına sirayet eder. Oysa etkin pişmanlık gösteren suç ortağı dışında kalanların cezasından sırf bu nedenle bir indirim yapılmaz. Özgenç, *Zimmet Suçu*, s. 64, dn. 70.

²⁵⁸ Hafizoğulları/Özen, *Türk Ceza Hukuku*, s. 386-387.

yararlanamamasına karşın, fiilden sonraki çabası ve mağdurun durumu da dikkate alınmak suretiyle mahkemenin kanaatine göre takdiri indirim nedenlerinden faydalanabilir. Aynı kabul, somut olayın nitelikleri ve mahkemenin takdirine göre, mağduru öldürmek kastıyla bıçaklayan failin onu tedavi ettirmek için bütün çabayı göstermesine rağmen ölüm neticesini engelleyememesi ve TCK m. 36 dolayısıyla tamam olan kısımdan yani öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulması halinde de geçerli olabilir. Takdiri indirim nedenleri uygulandığında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verilmekte ve diğer cezaların ise altıda birine kadar indirilmektedir.

Etkin pişmanlığın cezadan indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak düzenlendiği hallerde, faildeki pişmanlığın aynı zamanda takdiri indirim nedeni olarak cezaya etki etmemesi gerekir. Diğer deyişle failin suç sonrası oluşan zararı giderme, teslim olma, delillerin bulunmasına yardım etme, mağduru tedavi ettirme gibi fiilden sonraki davranışları, ancak gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık oluşturmamak kaydıyla takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabilir²⁵⁹.

Etkin pişmanlık ile takdiri indirim nedenleri arasında temelde üç fark bulunduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, adından da anlaşıldığı üzere, takdiri indirim nedenlerini dikkate alıp almama hususunda mahkemenin takdir yetkisinin bulunmasıdır. Mahkemenin takdir yetkisini kullanmakta kanuna aykırı hareket edip etmediği temyiz incelemesinde dikkate alınmaktadır²⁶⁰. Oysa etkin pişmanlıkta mahkeme, yasal koşulların gerçekleştiğini saptamışsa²⁶¹ kanunda yazılı indirimi yapıp yapmama konusunda takdir yetkisi kullanamaz. Diğer deyişle koşulların gerçekleşmesi halinde etkin pişmanlık hükümleri mahkemece uygulanmak zorundadır²⁶². İkinci olarak, takdiri indirim nedenleri cezanın bütünüyle ortadan kaldırılması sonucuna kesinlikle yol açmaz iken; etkin pişmanlık bazı hallerde cezanın verilmesini bütünüyle engeller. Bu halde cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlıktan söz edilmektedir. Nihayet, takdiri indirim nedenleri *numerus clausus* (sınırlı sayım) ilkesine tabi olmadığından kanunda örnekleyici nitelikte birtakım nedenlere yer verilmekle

²⁵⁹ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 623.

²⁶⁰ Bkz. Y.4.CD, E: 2008/10727, K: 2010/7390, 19.4.2010.

²⁶¹ İlk derece mahkemesince etkin pişmanlığın koşullarının oluşup oluşmadığı değerlendirilmesinin yapılmamış olması başlı başına bir bozma nedenidir. Bkz. Y.9.CD, E: 2006/8936, K: 2007/4205, 16.5.2007; Y.6.CD, E: 2011/1717, K: 2011/6505, 5.5.2011.

²⁶² Hafizoğulları/Özen, Topluma Karşı Suçlar, s. 113. "...mağdurun zararını ödemek suretiyle pişmanlıklarını gösteren hükümlülerin pişman olmadıklarına dair dosyaya yansıyan herhangi bir söz ya da davranışlarının bulunmaması karşısında, haklarında kanun maddesinde düzenlenmiş olan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğinin kabulü zorunludur" (YCGK, E: 2012/11-979, K: 2013/46, 12.2.2013).

yetinilmiştir²⁶³. Bu ayrımın sonucu olarak, takdiri indirim nedenlerinin uygulanabileceği suç tipleri açısından herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. Hâlbuki etkin pişmanlık halleri kanun koyucunun düzenlediği suçlarla sınırlı olup, yargılama makamının kanunda düzenlenmeyen bir suç için etkin pişmanlığa bağlanan sonuçları uygulaması mümkün değildir.

VI. İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA ETKİN PİŞMANLIK

2003 TCK Tasarısı'nın, 5237 sayılı TCK'da yer verilmeyen 39 uncu maddesinde, etkin pişmanlığın tüm suçlar için uygulanabilecek bir genel hüküm niteliğinde düzenlenmesinin neticesinde, maddenin birinci fıkrasının ikinci paragrafında, iştirak halinde işlenen suçlarda etkin pişmanlığa ilişkin bir hükme ayrıca yer verildiği görülmektedir. Adı geçen tasarının etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemesinin, iştirak halinde işlenen suçlarda sadece kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını engelleyen veya meydana gelmiş olan neticeyi tamamen ortadan kaldırmış olan şerik hakkında uygulanacağı öngörülmüştür.

5237 sayılı TCK'da ise iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme açıkça düzenlenmesine karşın, iştirak halinde işlenen suçlarda etkin pişmanlık hali düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte etkin pişmanlığın doğrudan doğruya failden kaynaklanması gerektiğine yönelik manevi unsurun bir sonucu olarak, etkin pişmanlık ve iştirak ilişkisine yönelik ayrı bir hükme kanunda yer verilmemesi kanımızca bir eksiklik değildir. Nitekim etkin pişmanlıktan ancak kanunda sayılı şartları taşıyan kişi yararlanabilir²⁶⁴. Bu kişinin dışında suçta

²⁶³ “5237 sayılı TCK'nun 62. maddesinin ikinci fıkrasında takdiri indirim nedenleri sayıldıktan sonra <gibi> denilmek suretiyle takdiri indirim nedenlerinin kanunda sayılanlarla sınırlı olmadığı, aksine bunların örnek olarak sayıldığı açıkça vurgulanmıştır. Burada sayılan <failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri> gibi nedenler, uygulamada hâkimi sınırlayıcı değil, yol gösterici nitelikteki gerekçelerdir. Bunun sonucu olarak da 5237 sayılı TCK'nun, tıpkı 765 sayılı TCK'nda olduğu gibi takdiri indirim nedenleri yönünden sınırlayıcı sistemi değil, serbest değerlendirme sistemini benimsediği kabul edilmektedir” (YCGK, E: 2012/12-1585, K: 2013/88, 5.3.2013).

²⁶⁴ “5237 sayılı TCK'nin 220. maddesinde düzenlenen “Suç işlemek için örgüt kurmak” suçunun işlendiğinin ve örgütün varlığının kabul edilebilmesi için; üye sayısının en az üç kişi olması, üyeler arasında soyut bir birleşme değil gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, suç işlenmesi bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibariyle devamlılık göstermesi gereklidir. Örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması da aranmalıdır. Örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibariyle somutlaştırılması mümkün, ancak zorunlu değildir. Soyut olarak sanık sayısının üç kişiden fazla olması örgütün varlığının kabulü için yeterli olmayıp bu durumda iştirak ilişkisinden söz edilebilir... Sanık S.B.'nin Cumhuriyet Savcılığındaki ikrarı ile kendi suçunun ortaya çıkmasına yardım ettiği anlaşıldığı halde etkin pişmanlık nedeniyle cezasından indirim yapılmaması, bozmayı gerektirir” (Y.10.CD, E: 2005/19703, K: 2006/2202, 15.2.2006).

katılan kimseler iştirak hükümlerine göre sorumlu tutulurlar²⁶⁵. Etkin pişmanlık diğer suç ortaklarına sirayet etmez²⁶⁶. Bu nedenle özellikle malvarlığına karşı işlenen suçlarda fail veya suç ortağının yalnızca kendi payına düşen kısmı geri vermesi halinde etkin pişmanlık hükümleri uygulanmamalıdır²⁶⁷. Aynı gerekçeyle kamu idaresine karşı suçları işleyen kişiler de etkin pişmanlıktan ancak kendi şahısları için yararlanabilir²⁶⁸.

Öğretide bir görüşe göre, malvarlığına karşı iştirak halinde işlenen suçlarda etkin pişmanlık hükümleri iade veya tazmini gerçekleştiren suç ortağı hakkında uygulanacağı için, fail veya şeriklerden birinin TCK m. 168'den yararlanması, diğerlerinin bu maddeden yararlanma olanağını fiilen ortadan kaldırmaktadır²⁶⁹. Buna karşılık isabetli bulduğumuz diğer görüş, faillerden birinin/birkaçının suçtan doğan zararı gidermesi durumunda, giderimi bilmesi ve rıza göstermesi yani tıpkı suçun birlikte işlenmesi gibi iade veya tazminin de iştirak halinde gerçekleştirilmesi şartıyla diğer fail/faillerin de etkin pişmanlık hükmünden yararlanacağı görüşündedir. Buna göre hükümde bizzat pişmanlık gösterilmesinden söz edildiği için zararın iştirakçilerden biri tarafından karşılanması, diğer kişilerin pişmanlık gösterip göstermediğinin araştırılmasına engel değildir; hatta bu konuda bir araştırmanın yapılması gerekir²⁷⁰. *Yargıtay*, suç ortaklarından birinin yaptığı iade veya tazmine diğer iştirakçilerin karşı çıkmayarak giderimi kabullenmesini, iştirak halinde işlenen suçlarda bizzat pişmanlık gösterilmesinin ölçütü olarak kabul etmektedir²⁷¹.

²⁶⁵ Hafizoğulları/Özen, "Hırsızlık", s. 786.

²⁶⁶ Özgengç, *Zimmet Suçu*, s. 75; Selçuk, "II", s. 3; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 337; Zafer, s. 386; Akbulut, s. 182.

²⁶⁷ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 334; Tezcan/Erdem/Önok, s. 654.

²⁶⁸ Örneğin TCK m. 254/3'te "Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz" düzenlemesi ile etkin pişmanlık hükmünün yalnızca pişman olan suç ortağı için kişisel olarak uygulanacağı kabul edilmiştir.

²⁶⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 654.

²⁷⁰ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 580; Centel/Zafer/Çakmut, Cilt: I, s. 343. Centel/Zafer/Çakmut (Cilt: I, s. 411), iştirak halinde işlenen suçlarda zararı gideren suç ortakları dışında kalan fakat etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen şeriklerin TCK m. 168'den yararlanmasının engellenmesini eşitlik ilkesine aykırı bulmaktadır.

²⁷¹ "Suçun birlikte işlenmesi halinde, faillerden birisi veya birkaçı iade veya tazmin yükümlülüğünü yerine getirirse, diğer suç ortakları bu yerine getirmeye karşı çıkmadıkları takdirde o kimselerin de etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabileceklerinden..." (Y.6.CD, E: 2015/7916, K: 2016/621, 11.2.2016). "Aynı fikir ve eylem birliği içinde suçu işleyen ve temyize gelmeyen diğer sanıkların hazırlık aşamasında suça konu güvercinleri mağdura iade ettikleri ve sanığın da bu iadeye açıkça karşı çıkmadığının anlaşılması karşısında, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 168/1. maddesinde tanımlanan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, "sanığın iade etmediği, diğer sanıkların iade ettiği" biçimindeki yerinde olmayan gerekçeyle TCK'nın 168. maddesinin uygulanmaması hükmün bozulmasını gerektirmez" (Y.22.CD, E: 2015/10409, K: 2016/1885, 16.2.2016).

Bununla birlikte kanun koyucu, 6352 sayılı Kanun'un 84 üncü maddesi ile birlikte TCK'nın 168 inci maddesine eklediği beşinci fıkra doğrultusunda, iştirak halinde işlenen suçlarda yalnız bizzat pişmanlık gösteren suç ortağının etkin pişmanlıktan yararlanacağı kuralına, karşılıksız yararlanma suçu açısından bir istisna getirmiştir. Buna göre karşılıksız yararlanma suçunda fail, azmettiren veya yardım edenin pişmanlık göstererek mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişinin uğradığı zararı, soruşturma tamamlanmadan önce tamamen tazmin etmesi halinde kamu davası açılmayacak²⁷²; zararın hüküm verileceye kadar tamamen tazmin edilmesi halinde ise, verilecek ceza üçte birine kadar indirilecektir. Ancak kişi, bu suçta etkin pişmanlık hükmünden iki defadan fazla yararlanamayacaktır²⁷³. Kanunun kimin pişman olduğunu değil, zararın tazmin edilip edilmediğini göz önünde bulundurmak suretiyle, bir kişinin pişman olup zararı tazmin etmesi halinde diğerlerinin pişman olup olmadıklarına bakılmaksızın etkin pişmanlıktan yararlanacaklarını kabul etmesi, öğretide “pişmanlığın sirayeti” olarak “kanun koyucunun icadı” niteliğinin yapılmasına neden olmuştur²⁷⁴.

²⁷² Kamu davasının açılmayacağına ilişkin hüküm bir emredici norm niteliği taşımaktadır. Cumhuriyet savcısı bu suçta “soruşturma tamamlanmadan önce” ve “bütünüyle tazmin” şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde takipsizlik kararı vermemelidir; buyurucu nitelikteki bu normun aksine hareket ederek iddianame düzenleyemez. Aynı yönde bkz. Mustafa Albayrak, Türk Ceza Kanunu Öz Kitap, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 998.

²⁷³ *Yargıtay'a* göre, sanık hakkında 6352 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce işlediği karşılıksız yararlanma suçu nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karar verilmişse, işlenen önceki fiil 6352 sayılı Kanun'un 84 üncü maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 168 inci maddesine eklenen 5 inci fıkrada öngörülen sanığın etkin pişmanlık hükmünden ikiden fazla yararlanamayacağına ilişkin sayı kısıtlaması kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bkz. Y.2.CD, E: 2015/858, K: 2015/5818, 19.3.2015; Y.13.CD, E: 2015/2567, K: 2016/4105, 10.3.2016.

²⁷⁴ Hafızoğulları/Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 428. Burada ayrıca karşılıksız yararlanma suçu için TCK m. 168/5'in son cümlesinde geçen “kişinin bu fıkra hükmünden iki defadan fazla yararlanamayacağı”na dair düzenleme, kanun yapma tekniği açısından dikkat çekmektedir. Söz konusu düzenleme ile birlikte karşılıksız yararlanma suçunun failine etkin pişmanlıktan iki defa yararlanma olanağı getirilmektedir. *Hafızoğulları/Özen* (Kuşilere Karşı Suçlar, s. 429), ilk defa işlenen suçtan verilen mahkûmiyet kararı kesinleşmedikçe, failin henüz soruşturma veya kovuşturma safhasında birçok fiilinden dolayı etkin pişmanlıktan yararlanmasına yol açan ve zincirleme suçlarda tek cezaya hükmolünmesinin sonucu olarak failin etkin pişmanlıktan yararlanması neticesini doğuran bu düzenlemeyi isabetli bulmamaktadır.

SONUÇ

765 sayılı TCK döneminde “faal nedamet” kavramı, gerek öğretilerde gerek uygulamada failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra kendi iradesi doğrultusunda neticenin gerçekleşmesini önlemesini ifade etmek üzere kullanılmıştır. 5237 sayılı TCK ile birlikte kanun koyucunun tercih ettiği lafzıyla “etkin pişmanlık” kurumunun söz konusu algılanışı bütünüyle değiştirilmiştir. 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren “failin kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi halinde” gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanacağı hakkında TCK m. 36’da geçen düzenlemenin bir sonucu olarak, teşebbüs aşamasında gerçekleşen etkin pişmanlığın “gönüllü vazgeçmenin özel görünüm şekli” olarak kabul edildiğini ifade etmek mümkündür.

TCK’nın suç öncesi pişmanlığı gönüllü vazgeçmeye dâhil etmesi, kanunda açıkça belirtilen çeşitli suçlar açısından uygulama koşulları saptanan norma dayalı pişmanlık halinin mülga TCK döneminde doktrinde ele alındığı haliyle “suç sonrası eylemlerle pişmanlık” ile sınırlanması sonucuna yol açmıştır. Diğer deyişle 5237 sayılı Kanun döneminde etkin pişmanlık denildiğinde, suç sonrası etkin pişmanlık anlaşılmaktadır. Böylelikle etkin pişmanlık, failin neticeyi önlemesini değil; suçun netice dâhil olmak üzere bütün unsurlarıyla tamamlanmasından sonraki dönemde failin suçu işlemekle mağdura verdiği zararı gidermek veya kötüleşen durumu eski hale getirmek yahut yetkili organlara gereken bilgileri temin etmek gibi, işlediği fiilden pişmanlık duyduğunu belirten ve suçun ortaya çıkardığı zararlı neticeleri telafi etmeye yönelik davranışlar içinde bulunması anlamına gelmektedir.

Etkin pişmanlığın kimi durumda “cezaı kaldıran bir şahsi sebep” kimi hallerde ise “cezadan indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep” olduğu kabul edilmektedir. Kanunda pişmanlığın kamu davasının düşmesi sonucuna yol açan örnekleri bulunduğu gibi, dava ve ceza ilişkisinin varlığını koruduğu ancak faile uygulanacak cezanın miktarında indirime gidildiği nedenlere kanunda ekseriyetle yer verilmiştir. Kanun koyucunun yeni düzenlemesi dikkate alındığında, failin suç sonrası sergilemesinin beklendiği davranışların yokluğunu bir “cezalandırılabilme şartı” olarak ele alan yazarların bulunduğunu da belirtmek gerekir. Nitekim failin suç sonrası davranışları teknik anlamda etkin pişmanlık olmayıp, “etkin olma” vasfının eksikliği nedeniyle bir tür ödüllendirmeden ibarettir. Dolayısıyla etkin pişmanlık adıyla yer verilen şartın gerçekleşmesi, suçun ortadan kalkmasını değil, ihbarda bulunmasının ödülü olarak faile ceza verilmemesini sağlamaktadır. Etkin pişmanlığın cezaı tamamen ortadan kaldırdığı hallerde, soruşturma evresinde savcının iddianame düzenleme konusunda takdir yetkisi bulunmakla birlikte, kovuşturma evresinde mahkemenin ceza verilmesine yer olmadığı kararına hükmetmesi gerekir.

TCK'da etkin pişmanlığın suç sonrası eylemli pişmanlıkla sınırlanmasının sonucu olarak, gönüllü vazgeçmenin tersine, kanunda etkin pişmanlıkla ilgili genel bir hüküm sevk edilmiş değildir. Bunun tabii ve hukuki neticesi, etkin pişmanlığın, ancak kanunda açıkça yer verilen bir suçun varlığı halinde uygulanabilmesidir. Etkin pişmanlığın unsurları, suçun kurucu unsurları örnek alınmak suretiyle “maddi” ve “manevi” olarak iki asgari koşulun varlığına indirgenebilir. Etkin pişmanlığın maddi (fiziksel, fiile bağlı) unsurları; bir suçun bulunması, suçun tamamlanmış olması, faildeki pişmanlığın etkin olması ve yasal süre içinde pişmanlık duyulması; buna karşılık manevi (psişik, faile bağlı) unsurlar ise failin işlediği suçtan dolayı pişman olması, pişmanlığın iradi olması ve bu pişmanlığın doğrudan doğruya failden kaynaklanması biçiminde tasnif edilebilir. Suç sonrası etkin pişmanlık hükümleri *numerus clausus* (sınırlı sayım) ilkesine tabidir. Böylece 5237 sayılı TCK özelinde, kanunun, sırasıyla 93, 110, 168, 184/5, 192, 201, 221, 245/5, 248, 254, 269, 274, 281/3, 282/6, 289/2, 293, 297/4 ve 316/2 nci maddelerinde yer verilen düzenlemeler haricinde mahkemenin etkin pişmanlık hükümlerini uygulaması mümkün değildir. Bu hükümler haricinde failin suç sonrası duyduğu üzüntü ve pişmanlık, TCK m. 62/2 gereği ancak takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulabilir.

Suç sonrası etkin pişmanlığın uygulanması için kanun gereği suçun netice dâhil tüm unsurlarıyla tamamlanması gerekir. Tamamlanma anı ilgili suç tipine göre belirlenir. İhmali hareketle suçtan gönüllü vazgeçilmesi olanaklı iken, ihmali hareketle etkin pişmanlık birlikte bulunamaz. Adından da anlaşılacağı üzere, pişmanlığın etkinliği, onun aktifliğini ve icrailiğini zorunlu kılmaktadır. Pişmanlığın etkinliğinin kıstası, işlenen fiilin niteliğine bağlı olarak ya bilgi vermek, suç ortaklarını yakalatmak gibi devlete bir yarar sağlama ya da fiilin zararlı etkilerini ortadan kaldırma olarak özetlenebilir. Özellikle örgütlü suçlarda failin diğer fail ve şerikleri yakalatmasının ödüllendirme sebebi olarak görülmesi, bu yönde düzenlemeye giden normun etkin pişmanlık değil olsa olsa “suça katılanın ihbarı” olarak değerlendirilebileceği eleştirisine yol açmıştır. Yeni kanunda suç öncesi etkin pişmanlığın gönüllü vazgeçmeye eklenmesinin sonucu olarak pişmanlığın aranacağı zaman dilimi, suçun netice dâhil tamamlanmasından sonraki aşama ile sınırlandırılmıştır. Böylece resmi makamlarca haber alınma, soruşturma, kovuşturma, hüküm ve infaz aşamaları dikkate alınarak pişmanlığın yasal sürelerinin tespiti gerekecektir.

Failin işlediği fiilden dolayı pişmanlık duymadığını açıkça belirterek etkin pişmanlıktan yararlanması bizce kurumun kabul edilme amacıyla çelişecektir. Bu nedenle ister sarih ister zımni biçimde olsun ya da fail ister sözle ister davranışla üzüntüsünü belli etmiş olsun; her halde aktif davranışıyla ve dışarıdan bakıldığında belli olacak ölçüde pişmanlığını dışa vurması gerekir. Pişmanlık failin dışında herhangi bir harici nedenden kaynaklanmışsa, onun iradiliğinden de söz edilemeyeceğine göre, etkin pişmanlığın sujeye bağlı

unsurunda sakatlık ortaya çıkacaktır. Kanımızca etkin pişmanlıkta gönüllülük kriteri, kanunda açıkça yer verilsin yahut verilmesin, cezaya etki eden söz konusu sebebin kabul edildiği tüm suçlar için aranmalıdır. Aksi halde suç konusunun yetkili makamlar tarafından ele geçirilmesi halinde de etkin pişmanlığın uygulanabilmesi gibi normun “*ratio legis*”ine (konuluş amacına) aykırı adaletsiz sonuçlar ortaya çıkabilir. Psikolojik unsurların tamamlanması açısından failin pişmanlığını bizzat ortaya koyması gerekir. Burada önemli olan pişmanlığın sonucu olan iade veya tazmin gibi icrai eylemlerin değil, doğrudan doğruya pişmanlığın kendisinin failin şahsından kaynaklanmasıdır. Bu nedenle failin izni veya iradesi dâhilinde bir başkasının davranışları da fail lehine etkin pişmanlığın uygulanmasına engel olmamalıdır. İştirak halinde işlenen suçlarda etkin pişmanlık kanunda düzenlenmemesine rağmen; etkin pişmanlığın şahsa bağlı olmasının doğal sonucu olarak, öğretide ve yargı kararlarında, pişmanlık gösteren suç ortağı dışında kalan fail ve şeriklerin iştiraktan dolayı ceza sorumluluklarının aynen devam edeceği kabul edilmektedir.

Aralarında birtakım ortak özellikler bulunmakla birlikte etkin pişmanlık, gönüllü vazgeçmeden, cezaya etki eden şahsi sebeplerden, kanuni ve takdiri hafifletici nedenlerden farklıdır. Gönüllü vazgeçme ile etkin pişmanlık arasında uygulanma zamanı, hukuki nitelik ve genellik-özellik ilişkisi bakımından farklar vardır. Şahsi cezasızlık sebepleri ise etkin pişmanlıktan daha geniş kapsamlı bir kavramdır. Kişisel nedenlerin varlığının cezaya etki ettiği çoğu durumda failin pişman olup olmadığı yönünde bir değerlendirmeye girilmez. Kanuni hafifletici nedenler, failin şahsından kaynaklanma ve cezalandırma boyutuyla; takdiri hafifletici nedenler ise mahkemenin takdir yetkisi, cezanın kalkması ve sınırlı sayım boyutuyla etkin pişmanlıktan ayrılmaktadır.

5237 sayılı Kanun’un netice öncesi gündeme gelen etkin pişmanlığı teşebbüs sorumluluğundan tümüyle alarak gönüllü vazgeçmeye eklemesinin, “*opportunitate*” (yerindelik) bakımından değerlendirilmeye müsait olduğunu düşünmekteyiz. Bu doğrultuda etkin pişmanlığın suç öncesi ve suç sonrası olarak ikili ayrımını dikkate alan ve suç öncesi etkin pişmanlığı genel hükümler kapsamında, suç sonrası etkin pişmanlığı ise özel hükümler içerisinde ilgili suç tipinde düzenleme yolunu seçen 2003 TCK Tasarısı’nın 39 uncu maddesine benzer bir norma 5237 sayılı TCK’da yer verilmesinin isabetli olacağı kanaatini taşımaktayız. Böylece failin suçun icra hareketlerini tamamlaması ancak neticeyi önlemesi halinde, teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması fakat cezasının indirilmesi; neticeyi gerçekleştiren failin ise sadece ilgili suç tipinde bu yönde bir hüküm varsa cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebepten yararlanması mümkün hale gelecektir.

TCK m. 36 gereğince, neticeyi önleyen fail, o ana kadar gerçekleştirdiği fiilden dolayı sorumlu tutulmaktadır. Kanaatimizce “*de lege ferenda*”

(önerilen hukuk) açısından neticeyi iradi olarak önleyen fail, önlediği suçta teşebbüsten sorumlu tutulmalı; bununla birlikte adalet prensibi gereğince sonucu engelleyen faile verilecek ceza, elinde olmayan nedenlerle neticeyi gerçekleştiremeyen faile verilecek cezadan daha hafif olmalıdır. Etkin pişmanlık kurumu bu tarafıyla değerlendirildiğinde, 5237 sayılı TCK'da gönüllü vazgeçme içerisinde suç öncesi pişmanlığa yer verilmesinin eleştiriye açık olduğunu; buna mukabil eylemlerle pişmanlığın, 2003 TCK Tasarısı örneği dikkate alınmak suretiyle, suçun tamamlanmasından önceki aşamada uygulama alanı bulan (suç öncesi) “*genel etkin pişmanlık*” ve suç tüm unsurlarıyla tamamlandıktan sonra gündeme gelen (suç sonrası) “*özel etkin pişmanlık*” şeklinde ikili bir ayırımla kanunda yer almasının ceza politikası açısından daha adil ve yararlı olacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara, 2015.

Alacakaptan, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 372, Ankara, 1975.

Albayrak, Mustafa, Türk Ceza Kanunu Öz Kitap, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Alşahin, Mehmet Emin, Mala Zarar Verme Suçları, Turhan Yayınları, Ankara, 2010.

Artuk, Emin, “*Suçun Özel Görünüş Biçimleri*”, Ceza Hukuku El Kitabı, Beta Yayınları, İstanbul, 1989.

Artuk, Mehmet Emin / **Alşahin**, Mehmet Emin, “*Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı*”, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Cilt: 19, Sayı: 2, İstanbul, 2013.

Artuk, Mehmet Emin / **Çınar**, Ali Rıza, “*Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler*”, Türk Ceza Kanunu Reformu II, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 71, Ankara, 2004.

Artuk, Mehmet Emin / **Gökçen**, Ahmet / **Yenidünya**, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009 (Genel Hükümler).

Artuk, Mehmet Emin / **Gökçen**, Ahmet / **Yenidünya**, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan Yayınları, Ankara, 2010 (Özel Hükümler).

Artuk, Mehmet Emin / **Gökçen**, Ahmet / **Yenidünya**, Ahmet Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 4. Cilt, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009 (4. Cilt).

- Artuk**, Mehmet Emin / **Gökçen**, Ahmet / **Yenidünya**, Ahmet Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 5. Cilt, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009 (5. Cilt).
- Aydın**, Devrim, “*Suçta Teşebbüs*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 55, Sayı: 1, Ankara, 2006.
- Baba**, Yasemin, Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.
- Bakıcı**, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınları, Ankara, 2008.
- Bakıcı**, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, Cilt: I, Adalet Yayınları, Ankara, 2008.
- Bayraktar**, Köksal, “*İftira*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 40, Sayı: 1-4, İstanbul, 1974.
- Bayraktar**, Köksal, “*Faal Nedamet*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 33, Sayı: 3-4, İstanbul, 1968 (“*Faal Nedamet*”).
- Bayraktar**, Köksal, “*Teşebbüs, İştirak, Suçların Birleşmesi*”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2008 (“*Teşebbüs*”).
- Bayraktar**, Köksal, “*Türk Ceza Kanunu Tasarısı’na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri*”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Editör: Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004.
- Centel**, Nur / **Zafer**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- Centel**, Nur / **Zafer**, Hamide / **Çakmut**, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: I, Beta Yayınları, İstanbul, 2016 (Cilt: I).
- Centel**, Nur / **Zafer**, Hamide / **Çakmut**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, İstanbul, 2010 (Giriş).
- Demirbaş**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006 (Ceza Hukuku).
- Demirbaş**, Timur, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
- Demirbaş**, Timur / **Erdem**, Mustafa Ruhan, Ceza Hukuku Pratik Çalışmaları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Donay**, Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- Donay**, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul, 2007 (TCK Şerhi).

Doucet, Jean-Paul, Dictionnaire de Droit Criminel, Repentir Actif, http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire/lettre_r/lettre_r_rep.htm.

Dönmezer, Sulhi / **Erman**, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: I, Beta Yayınları, İstanbul, 1997 (Cilt: I).

Dönmezer, Sulhi / **Erman**, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: II, Beta Yayınları, İstanbul, 1999.

Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt: I, Genel Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968.

Erem, Faruk / **Danışman**, Ahmet / **Artuk**, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 1997.

Erra, Carlo, *“Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme”*, Çev: Sahir Erman, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 10, Sayı: 3-4, İstanbul, 1945.

Ersoy, Yüksel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İmaj Yayınevi, Ankara, 2002.

Feyzioğlu, Metin, *“5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 62, Ankara, 2006.

Gödekli, Mehmet, Terörizmin Finansmanı Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2013.

Gropp, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, Springer Verlag, Berlin, 2015.

Hafizoğulları, Zeki, *“Suçla Mücadelede Kolluğa Yardım Etmek”*, Çağın Polisi Dergisi, Sayı: 94, Ankara, Ekim 2009.

Hafizoğulları, Zeki / **Özen**, Muharrem, *“5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çevreye Karşı Suçlar”*, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Hafizoğulları, Zeki / **Özen**, Muharrem, *“Hırsızlık”*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Ankara, 2008 (*“Hırsızlık”*).

Hafizoğulları, Zeki / **Özen**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayınları, Ankara, 2011 (Türk Ceza Hukuku).

Hafizoğulları, Zeki / **Özen**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayınları, Ankara, 2013 (Kişilere Karşı Suçlar).

Hafizoğulları, Zeki / **Özen**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Topluma Karşı Suçlar, US-A Yayınları, Ankara, 2012 (Topluma Karşı Suçlar).

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013 (Ceza Hukuku).

Heinrich, Bernd, Ceza Hukuku, Genel Kısım-I, Editör: Yener Ünver, Adalet Yayınları, Ankara, 2014.

İçel, Kayıhan, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

İçel, Kayıhan / **Evik**, A. Hakan, İçel Ceza Hukuku, Genel Hükümler II, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.

İçel, Kayıhan / **Sokullu-Akıncı**, Füsün / **Özgenç**, İzzet / **Sözüer**, Adem / **Mahmutoğlu**, Fatih Selami / **Ünver**, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.

Jescheck, Hans-Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çev: Feridun Yenisey, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.

Kaymaz, Seydi, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Ankara, 2012.

Koca, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009 (Genel Hükümler).

Koca, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara, 2013 (Özel Hükümler).

Köşsekoğlu, Abdullah, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık", Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Proje Yöneticisi: Fatih Selami Mahmutoğlu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008.

Kunter, Nurullah / **Yenisey**, Feridun / **Nuhoğlu**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

Kühl, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, Verlag Franz Vahlen, München, 2008.

Mahmutoğlu, Fatih Selami, "TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş", Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Editör: Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004.

Malkoç, İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Cilt: 1, Malkoç Kitabevi Yayınları, Ankara, 2008.

Metiner, Haydar / **Koç**, E. Ahsen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Cilt: 1, Ankara, 2008.

Okuyucu Ergün, Güneş, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2008.

Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

- Özbek**, Veli Özer, İnfaz Hukuku, Orion Yayınları, Ankara, 2007.
- Özbek**, Veli Özer, “*Mağduru Koruma ve Mağduriyetin Giderilmesi*”, Hukuki Perspektifler Dergisi, İstanbul, 2004.
- Özbek**, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, TCK İzmir Şerhi, Cilt: 1, Genel Hükümler (Madde 1-75), Seçkin Yayınları, Ankara, 2006 (TCK İzmir Şerhi).
- Özbek**, Veli Özer / **Kanbur**, M. Nihat / **Bacaksız**, Pınar / **Doğan**, Koray / **Tepe**, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Özbek**, Veli Özer / **Kanbur**, Mehmet Nihat / **Doğan**, Koray / **Bacaksız**, Pınar / **Tepe**, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Özen**, Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US-A Yayınları, Ankara, 1998.
- Özen**, Muharrem, “*TCK’nda Taksir*”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt: III, Yayına Hazırlayanlar: Eric Hilgendorf / Yener Ünver, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 18, İstanbul, 2010.
- Özen**, Mustafa, “*Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi*”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 3-4, Erzincan, 2009.
- Özer**, İbrahim, Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2011.
- Özgenç**, İzzet, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör: Bahri Öztürk, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Özgenç**, İzzet, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013 (İrtikâp).
- Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012 (Türk Ceza Hukuku).
- Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Seçkin Yayınları, Ankara, 2005 (Gazi Şerhi).
- Özgenç**, İzzet, Zimmet Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012 (Zimmet Suçu).
- Özgenç**, İzzet / **Şahin**, Cumhuriyet, Uygulamalı Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001.
- Öztürk**, Bahri / **Erdem**, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Pagliari**, Antonio, Il Reato, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2007.

- Selçuk**, Sami, “*Suç Sonrası Etkin Cayma I*”, 8.12.2009, www.timeturk.com/tr/makale/sami-selcuk/suc-sonrasi-etkin-cayma-i.html#.U1UO01V_trk (“I”).
- Selçuk**, Sami, “*Suç Sonrası Etkin Cayma II*”, 22.12.2009, www.timeturk.com/tr/makale/sami-selcuk/suc-sonrasi-etkin-cayma-2.html#.U1UPIFV_trk (“II”).
- Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012 (Genel Hükümler, 2012).
- Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010 (Özel Hükümler).
- Soyaslan**, Doğan, Teşebbüs Suçu, Kazancı Yayınları, Ankara, 1994.
- Sözüer**, Adem, “*Suç Politikası İlkeleri Bağlamında Türk Ceza Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi*”, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004.
- Sözüer**, Adem, Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları No: 134, İstanbul, 1994.
- Şahin**, Cumhur / **Özgenç**, İzzet / **Sözüer**, Adem, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt: 1 (Kanunlar), Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Şen**, Ersan, Yorumluyorum, VII, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Şener**, Esat, Hukuk Sözlüğü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001.
- Tekin**, Yılmaz, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Tek Ağaç Yayınları, Ankara, 2007.
- Tellenbach**, Silvia, Einführung in das türkische Strafrecht, Edition Iuscrim, Freiburg im Breisgau, 2003.
- Tezcan**, Durmuş / **Erdem**, Mustafa Ruhan / **Önok**, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Toroslu**, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005 (Genel Kısım).
- Toroslu**, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınları, Ankara, 2007 (Özel Kısım).
- Toroslu**, Nevzat / **Ersoy**, Yüksel, “*Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı*”, Türk Ceza Kanunu Reformu II, Editör: Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 71, Ankara, 2004.
- Toroslu**, Nevzat / **Feyzioğlu**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 2008.

Tozman, Önder, “*Suçta Teşebbüs*”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt: III, Yayına Hazırlayanlar: Eric Hilgendorf / Yener Ünver, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 18, İstanbul, 2010.

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Cilt: 1, A-J, TDK Yayınları No: 549, Ankara, 1998.

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Cilt: 2, K-Z, TDK Yayınları No: 549, Ankara, 1998 (TDK, Cilt: 2).

Ünver, Yener, Adliye Karşı Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010 (Adliye Karşı Suçlar).

Ünver, Yener, “*Deliller ve Değerlendirilmesi*”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, İstanbul, Ağustos 2005.

Ünver, Yener, “*TCK’nda Kamu İdaresine Karşı Suçlar*”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt: III, Yayına Hazırlayanlar: Eric Hilgendorf / Yener Ünver, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 18, İstanbul, 2010.

Ünver, Yener / Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, 2010.

Wessels, Johannes / Beulke, Werner / Satzger, Edmund, Strafrecht Allgemeiner Teil, C. F. Müller, Heidelberg, 2014.

Wessels, Johannes / Hillenkamp, Thomas, “*Avusturya Ceza Kanunu’nda Başkasının Malvarlığına Karşı Suçlar*”, Çev: Gülsün Ayhan Aygörmüş, Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.

Yalvaç, Gürsel, Gereçli Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, Adalet Yayınları, Ankara, 2010.

Yarsuvat, Duygun / Bayraktar, Köksal / Yüzbaşıoğlu, Necmi, “*Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü*”, Türk Ceza Kanunu Reformu II, Editör: Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 71, Ankara, 2004.

Yenidünya, A. Caner, “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İftira Suçu (m. 267-269)*”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, İstanbul, Ağustos 2005.

Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

Yenisey, Feridun / Plagemann, Gottfried, Strafgesetzbuch (Alman Ceza Kanunu), Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

Yıldırım, Akif, *“İftira Suçu”*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 69, Ankara, 2007.

Yıldız, Ali Kemal, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

NEW YORK SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA HUKUKÎ DİNLENİLME HAKKININ İHLÂLİ

Violation of Due Process in accordance with the New York Convention

Arş. Gör. Mehmet Akif GÜL¹

Geliş Tarihi: 12.07.2016 Kabul Tarihi: 23.11.2016

ÖZET

Hukukî dinlenme hakkının ihlali incelenirken alt unsurların sınıflandırılması bakımından Kara Avrupası hukuk sistemlerindeki eğilim dikkate alınmıştır. Bu bakımdan, hakem yargılamasının arz ettiği özellikler bilgilendirme hakkı, açıklama hakkı ve dikkate alınma hakkı çerçevesinde incelenmiştir. Bununla birlikte, hukukî dinlenme hakkının ihlali tahkimin tâbî olduğu usûl kurallarına aykırılıkla ve kamu düzenine aykırılıkla karşılaştırılmıştır. Nitekim, bazı durumlarda sözü edilen tenfiz engellerinden hangisine başvurulacağı konusunda tereddüt oluşabilecektir. Bilgilendirme hakkı başlığı altında bilgilendirme usûlü ve bilgilendirmenin kapsamı ele alınmıştır. Bu bağlamda, bilgilendirme hakkı bakımından uluslararası tahkimde özellik arz eden meseleler incelenmiştir. Açıklama hakkının konusu başlığı altında vakıalar, talep ve hukukî sebepler yanında ispat hakkının kullanılması meselesi ele alınmıştır. Bu bağlamda, uluslararası tahkimde delillerin sunulması, değerlendirilmesi, sınırlandırılması ve hakemlerin hangi delillere başvurulabileceği konusundaki takdir yetkisi incelenmiştir. Açıklama hakkının kullanılması başlığı altında ise, duruşma talep edilebilmesi ve açıklama hakkından feragat ele alınmıştır. Son olarak dikkate alınma hakkı bağlamında gerekçesiz hakem kararlarının tenfizi ve sürpriz karar verme yasağı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: New York Sözleşmesi, Hukukî Dinlenme Hakkının İhlali, Uluslararası Hakem Kararlarının Tenfizi, Bilgilendirme Hakkı, Açıklama Hakkı, Dikkate Alınma Hakkı.

ABSTRACT

Examining the violation of the right to lawful hearing; due consideration is given to the propensity of the legal systems within the framework of the Continental Law in respect of the classification of the subsidiary elements. In that regards, the features of arbitral proceedings are studied within the framework of the right to information, right to clarification and the right to be taken into consideration. In addition; the violation of the right to lawful hearing is compared to the breach of the rules of procedure governing the arbitral proceedings and the contradiction to the public order. As a matter of fact, hesitation might emerge in certain cases as to which of the mentioned restraints of enforcement should be referred. As a part of the discussion of the right to information; the procedure of information as well as the scope of information are also addressed. In this context; the matters of special nature in international arbitration with respect of the right to information are examined. As a part of the discussion of the right to clarification are addressed the facts, the claim and the legal reasons as well as the exercise of the right to evidence. In this context; the submission, evaluation and limitation of evidence in international and the discretionary power vested in arbitrators as to the evidence, to which reference may be made. As a part of the discussion of the exercise of the right to clarification; the right to apply for a hearing and waiver from the right to clarification are addressed. Finally; the recognition and enforcement of unreasoned arbitral decisions and the prohibition to make unexpected judgments were discussed in the context of the right to be taken into consideration.

Keywords: The New York Convention, Violation of Due Process, Enforcement of International Arbitral Awards, Right to Information, Right to Clarification, Right to be Taken into Consideration.

¹ İstanbul Medeniyet Üniversitesi – Hukuk Fakültesi – Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı. / mehmetakif.gul@medeniyet.edu.tr

GİRİŞ

Uluslararası hakem kararlarının tanınması ve tenfizine dair 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi², adil yargılanma hakkının temel bir unsuru olan³ hukukî dinlenme hakkını hakem kararının tenfizine engel olabilecek bir sebep olarak V/1-b maddesinde düzenleme konusu yapmıştır. Bu düzenlemeye göre, “*aleyhine hakem hükmü ileri sürülen tarafın hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usûlü dairesinde haberdar edilmemiş olduğu yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkânını elde edememiş bulunduğu*”⁴ iddiasının ileri sürülmesi ve ispat edilmesi hâlinde hakem kararının tenfizi talebi reddedilebilir⁵.

Sözleşme metnindeki “*hakemin tayininden ya da hakemlik prosedüründen usûlü dairesinde haberdar edilmemiş*” olunması hâli hukukî dinlenme hakkının temel unsurlarından bir tanesi olan bilgilenme hakkına, “*diğer bir sebep yüzünden iddia ve savunma vasıtalarını ikame etmek imkânını elde edememiş*” olunması hâli ise diğer temel unsurlar olan açıklama ve dikkate alınma haklarına karşılık gelmektedir.

² Çalışmanın genelinde, “New York Sözleşmesi” ifadesine alternatif olarak “Sözleşme” ifadesi kullanılmıştır.

³ **Muhammet Özokes**, *Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenme Hakkı*, Ankara, 2003, s.56; **Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım**, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, İstanbul, 2011, s.187; **Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz**, *Medenî Usul Hukuku*, Ankara, 2014, s.342. Bu anlamda, adil yargılanma hakkının eşitliği, eşitliğin ise hukukî dinlenme hakkını beraberinde getirdiği ifade edilmektedir. Bkz. **Christoph Liebscher**, “Fair Trial and Challenge of Awards in International Arbitration”, *Croat. Arbit. Yearb.*, S.6, 1999, s.85; **Georgios C. Petrochilos**, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford, 2004, s.145; **Bilgehan Yeşilova**, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, İzmir, 2008, s.169. Ayrıca, hukukî dinlenme hakkı savunma hakkıyla özdeşleştirilmekle birlikte, bu hakkın savunma hakkından daha genel olduğu yönünde bkz. **Pieter van Dijk/G.J.H. van Hoof**, *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, Lahey, 1998, s.430-432; **Christoph Liebscher**, *The Healthy Award – Challenge in International Commercial Arbitration*, 2003, s.108; **Yeşilova**, s.168.

⁴ Sözleşme hükümleri bakımından, 21.5.1991 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan 3731 sayılı Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi’nin Uygun Bulunduğuna Dair Kanun metnindeki tercüme esas alınmıştır.

⁵ Sözleşme’nin İngilizce metninde bu tenfiz engeli için “*başka türlü iddia ve savunmalarını ileri süremeyecek olması*” şeklinde çevirilebilen “*was otherwise unable to present his case*” ifadesi kullanılmakta ve bu ifade Kara Avrupası hukuk sistemlerinde hukukî dinlenme hakkı çerçevesinde ele alınmaktadır. Bkz. **Klaus Sachs/Torsten Lörcher**, *Arbitration in Germany – The Model Law in Practice*, 2007, s.283; **Herman Verbist**, “Challenges on Ground of Due Process Pursuant to Article V(1)(b) of the New York Convention”, *Enforcement of Arbitral Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention 1958 in Practice*, Londra, 2007, s.684; **Elliott Geisinger/Alexandre Mazuranic**, *International Arbitration in Switzerland – A Handbook for Practitioners*, 2013, s.214.

Tahkime ilişkin ulusal hukuk sistemlerindeki düzenlemeler dikkate alındığında, Sözleşme'nin V/1-b maddesini aynen yahut benzer şekilde kabul eden ülkelerin⁶ yanı sıra genel olarak tarafların delillerini ikame hakkına⁷, çekişmeli yargının kurallarına⁸ ya da hakemlerin eşit davranma yükümlülüklerine⁹ gönderme yapmakla yetinen ülkeler de bulunmaktadır. Ayrıca, uluslararası sözleşmeler bakımından bir karşılaştırma yapmak gerekirse 1927 tarihli Cenevre Sözleşmesi, 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi ve 1975 tarihli Panama Sözleşmesi hükümlerinin de New York Sözleşmesi düzenlemesine benzer olduğu söylenebilecektir¹⁰.

4686 sayılı MTK. 8/B maddesiyle, *“taraflar tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme*

⁶ **İngiltere:** Arbitration Act (1996), m.103/2-c; **Malezya:** Arbitration Act (2005), m.39/1-a-iii; **Singapur:** International Arbitration Act (1994), m.31/2-c; **Hong Kong:** Arbitration Ordinance (2011), m.36/1-ii; **Hindistan:** Arbitration and Conciliation Act (1996), m.48/1-b. Ayrıca, UNCITRAL Model Kanunu düzenlemesi için bkz. m.36/1-a-ii.

⁷ **Belçika:** Belgian Judicial Code (2013), m.1723/3 atfıyla m. 1704/1-g.

⁸ **Brezilya:** Arbitration Law (1996), m.21/2; **Fransa:** French Code of Civil Procedure (2011 yılında eklenen 1442-1527. maddeleriyle), m.1520/4.

⁹ **Fransa:** French Code of Civil Procedure (2011 yılında eklenen 1442-1527. maddeleriyle), m.1510; **İspanya:** Arbitration Act (2003), m.24/1; **İsviçre:** Federal Statute on Private International Law (1987), m.182/3. Ayrıca, UNCITRAL Model Kanunu düzenlemesi için bkz. m.18. Diğer yandan, yargılamanın her iki tarafı için hukukî dinlenilme hakkı tanınmaması durumunda da eşitlik ilkesinin sağlanmış gözükebileceği, hukukî dinlenilme hakkının tarafları yargılamanın ve karar verme sürecinin etkin bir unsuru hâline getireceği ve bu durumun adil yargılanma hakkının hakemler ile taraflar arasındaki ilişkide geçerli olan yüzü olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Yeşilova**, s.168. Ayrıca bkz. **Hakan Pekcanitez**, “Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.12, 1995, s.278-279; **Esra Atalay**, “Yargısal Temel Haklar”, *Prof. Dr. Şükrü Saraçoğlu’na Armağan*, İzmir, 1997, s.453; **Ales Galic**, “Arbitration and the Right to A Fair Trial: Constitutional Procedural Guarantees in Arbitration Proceedings”, *Croat. Arbit. Yearb.*, S.7, 2000, s.11; **Hakan Pekcanitez**, “Hukukî Dinlenilme Hakkı”, *Seyfullah Edis’e Armağan*, İzmir, 2000, s.769-774; **Sibel Özceoğlu**, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, İstanbul, 2002, s.241; **Özekes**, s.49. Ayrıca, hakemlerin eşit davranmasından ziyade adil davranması gerektiğinin düzenlenmesinin çok daha gerçekçi olacağı; meselenin her iki tarafa da salt eşit muamele etmek yahut şeklen de olsa aynı kuralları uygulamak olmadığı; burada önemli olan hususun taraflar arasında varolan eşitsizliğin adil yargılanmayı engellemesine mani olmak olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. **Yavuz Alangoya**, “Anayasanın Medeni Usul Hukukuna Etkisi”, *MHB*, S.1, 1981, s.3; **Olivier Jacot-Guillarmod**, “Rights Related to Good Administration of Justice”, *The European System for the Protection of Human Rights*, 1993, s.392; **Liebscher**, *Fair Trial*, s.96; **Galic**, s.26; **Yavuz Kaplan**, *Milletlerarası Tahkimde Usûle Aykırılık*, Ankara, 2002, s.127; **Liebscher**, *The Healthy Award*, s.109; **D.P. Roney/A.K. Muller**, “The Arbitral Procedure”, *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, 2004, s.58; **Yeşilova**, s.168.

¹⁰ 1927 tarihli Cenevre Sözleşmesi için bkz. m.2/1-b; 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi için bkz. m.IX/1-b; 1975 tarihli Panama Sözleşmesi için bkz. m.5/1-b.

olanağı tanınır” düzenlemesini getirmektedir. Ayrıca, 5718 sayılı MÖHUK 62/1-d maddesiyle, hakkında hakem kararının tenfizi istenen tarafın hakem seçiminden usûlen haberdar edilmemiş yahut iddia ve savunma imkânından yoksun bırakılmış olmasını hakem kararının tenfizi bakımından bir ret sebebi olarak düzenlemiş ve 62/2. maddesiyle ispat yükünü aleyhine tenfiz talep edilen taraf üzerinde bırakmıştır¹¹.

Sözleşme’nin V/1-b maddesindeki düzenlemeyle genel olarak tahkim yargılamasında uygulanan usûl kurallarının tarafların hukukî dinlenilme hakkını ihlâl etmeyecek nitelikte olması amaçlanmakla birlikte, bu türden bir usûlsüzlüğün netice itibarıyla hakem kararına etki etmeyecek nitelikte olması durumunda tenfize engel olmaması gerektiği belirtilmektedir¹². Gerçekten, Sözleşme’nin V/1-b maddesinin uygulamada en çok başvurulan itiraz sebeplerinden bir tanesi olduğu belirtilmekle birlikte¹³, bu itirazın mahkemelerce yalnızca ciddi bir ihlâlin söz konusu olduğu davalarda nadiren kabul edildiği ifade edilmektedir¹⁴. Bu bakımdan, çoğu mahkemenin Sözleşme’nin V. maddesini uygularken baştan beri getirilmek istenen ve Sözleşme’nin esas amacını oluşturan çabuk ve etkin bir tenfiz doğrultusunda hareket ettikleri ve hukukî dinlenilme hakkının ihlâli de dâhil olmak üzere, V. maddedeki itirazları dar yorumladıkları söylenebilecektir¹⁵.

¹¹ 62/1-d maddesi *“yabancı hakem kararının tenfizini reddeder”* ifadesiyle New York Sözleşmesi’nin aksine tenfiz mahkemesine bu konuda bir takdir yetkisi tanımamaktadır. Diğer yandan, aynı maddenin 2. fıkrası ilgili bentlerde yazılı durumları ispat yükünü Sözleşme hükümlerine paralel şekilde aleyhine tenfiz istenen taraf üzerinde bırakmaktadır. Ayrıca, gerek New York Sözleşmesi gerekse MÖHUK hükümlerinde *“usûlü dairesinde”* ve *“usûlüne göre”* ifadelerinin tercih edilmesinin hakem kararının belirli bir ulusal hukuk sistemine ve özellikle de tenfiz yeri hukukuna göre değil, tahkim usûlüne uygulanan kurallara göre incelenmesi gerektiğini gösterdiği yönünde bkz. **Mahmut Tevfik Birsnel**, *“Milletlerarası Ticaret Odasının Uzlaştırma ve Tahkim Hükümlerine Göre Verilen Hakem Kararlarının 2675 sayılı Kanun Hükümleri Dairesinde Tenfizi”*, *II. Tahkim Haftası – Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi*, 1984, s.161; **Ziya Akıncı**, *Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi*, İzmir, 1994, s.191-192; **Erol Ertekin/İzzet Karataş**, *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Tanınması*, Ankara, 1997, s.481-482; **Banu Şit**, *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara, 2005, s.209.

¹² **Albert J. van den Berg**, *The New York Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, 1981, s.301; **Elise P. Wheeler**, *“Article V(1)(b) of the New York Convention”*, *Emory Int’l. L. R.*, S.7, 1993, s.814; **Peter Gillies**, *“Enforcement of International Arbitration Awards – The New York Convention”*, *Int’l. T. Bus. L. R.*, S.9, 2004, s.31.

¹³ **van den Berg**, *The New York Convention*, s.297.

¹⁴ **van den Berg**, *The New York Convention*, s.310; **Gary B. Born**, *International Commercial Arbitration*, 2014, s.3495.

¹⁵ **Maxi Scherer**, *“The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Violation of Due Process, Article V(1)(b)”*, *New York Convention – Commentary*, Oxford, 2012, s.281. Karar örnekleri için bkz. **Amerika**: United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 26.11.2003, *Consortio Rive S.A. de C.V. v. Briggs of Cancun Inc.*,

Sözleşme'nin V/1. maddesiyle usûlî tenfiz engelleri bakımından ispat yükü aleyhine tenfiz talebinde bulunulan taraf üzerinde bırakılmaktadır. Tenfize engel bir durumun varlığını iddia ve ispat etmekle kararın tenfizine engel olunabilecektir¹⁶. Buna karşın, kendisine hiçbir tebligat yapılmamış olan bir kimsenin içinde bulunduğu durum menfî bir vakıa teşkil edeceğinden burada ispat yükünün hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edildiğini iddia eden taraf üzerinde değil, tebligatın usûlüne uygun şekilde yapıldığını iddia eden taraf üzerinde bırakılması yerinde olacaktır¹⁷.

I. Hukukî Dinlenilme Hakkının Kapsamının New York Sözleşmesi Bakımından Belirlenmesi

Sözleşme'nin V/1-b maddesinde hakem kararının tenfizine engel olabilecek bir neden olarak düzenlenen hukukî dinlenilme hakkının ihlâli, Sözleşme'nin V. maddesinde düzenlenen diğer tenfiz engelleriyle ve özellikle V/1-d ve V/2-b maddeleriyle yakından ilişkilidir. Sözleşme'nin V/1-d maddesiyle "*hakem mahkemesinin teşekkülünün veya hakemlik usûlünün tarafların anlaşmasına ve anlaşma olmayan hâllerde hakemliğin cereyan ettiği yer kanunu hükümlerine uygun bulunmaması*" hakem kararının tenfizine engel olabilecek bir sebep olarak düzenlenmektedir. Sözleşme'nin V/2-b maddesi ise hakem kararının tenfizi talep edilen ülkenin kamu düzenine aykırı olmasını tenfize engel olabilecek bir sebep olarak ele almıştır. Bu bakımdan, Sözleşme'nin V/1-b maddesinin daha iyi anlaşılabilmesi için bu iki hükümle arasındaki ilişkiye değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

YCA, S.XXIX, 2004, s.1165; United States District Courts, Northern District of Illinois, Eastern Division, 22.9.1996, *Generica Ltd. v. Pharmaceutical Basics Inc.*, YCA, S.XXII, 1997, s.1033; United States District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, 2.12.1994, *Fitzroy Engineering Ltd. v. Flame Engineering Inc.*, YCA, S.XXI, 1996, s.746; United States District Court, Southern District of New York, 15.11.1983, *Shaheen Natural Resources Inc. v. Sonatrach*, YCA, S.X, 1985, s.542. **Almanya**: OLG, Brandenburg, 2.9.1999, YCA, S.XXIX, 2004, s.699. **İtalya**: Corte di Cassazione, 21.1.2000, *De Maio Guiseppa e Fratelli snc. V. Interskins Ltd.*, YCA, S.XXVII, 2002, s.496.

¹⁶ Diğer yandan, hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edildiğini iddia eden tarafın söz konusu itirazını tahkim yargılaması içerisinde geç ileri sürmesi yahut hiç ileri sürmemesi hâllerinde sonradan bu yönde bir itirazda bulunmaması gerektiği; nitekim, böyle bir itirazın hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceği yönünde bkz. **Liebscher**, *Fair Trial*, s.93; **Aleksandar Jaksic**, *Arbitration and Human Rights*, Berlin, 2002, s.234; **Yeşilova**, s.174. Ayrıca bkz. **Albert J. van den Berg/R. van Delden/H.J. Snijders**, *Netherlands Arbitration Law*, 1993, s.112; **Ergin Nomer**, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi (09.06.1999 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı)", *MHB*, C.19, S.1-2, 1999-2000, s.572; **Robert Merkin**, *Arbitration Act 1996*, Londra, 2000, s.157; **Bruce Harris/Rowan Planterose/Jonathan Tecks**, *The Arbitration Act 1996: A Commentary*, 2003, s.355.

¹⁷ Menfî vakıaların ispatıyla ilgili detaylı bilgi için bkz. **Oğuz Atalay**, *Medeni Usul Hukukunda Menfî Vakıaların İspatı*, İzmir, 2001.

A. Tahkimin Tâbî Olduğu Usûl Kurallarına Aykırılık Bakımından Değerlendirilmesi

Sözleşme'nin V/1-d maddesi, hakem mahkemesinin¹⁸ oluşumu ve hakem yargılamasının tâbî olacağı usûl konusunda tarafların yapmış oldukları sözleşmenin ihlâlini hakem kararının tenfizine engel olabilecek bir sebep olarak düzenlemektedir. Bu bakımdan, tarafların arasındaki sözleşmenin ihlâlini düzenleyen V/1-d maddesi ile hukukî dinlenilme hakkının ihlâlini düzenleyen V/1-b maddesi arasındaki ilişkinin ortaya koyulması gerekmektedir.

Tarafların arasındaki sözleşme hükümleri, Sözleşme'nin V/1-b maddesinin sınırlarını aşan bir hak tesis etmekteyse bu hakkın ihlâli durumunda Sözleşme'nin V/1-b maddesi anlamında bir ihlâlden değil, Sözleşme'nin V/1-d maddesi anlamında bir ihlâlden söz edilmesi gerekmektedir¹⁹.

Tarafların arasındaki sözleşme hükümlerinin Sözleşme'nin V/1-b maddesiyle güvence altına alınan hukukî dinlenilme hakkının kapsamını daraltmaları durumu ise özellik arz etmektedir. Gerçekten, hakem mahkemesinin tarafların arasındaki sözleşmeyi dikkate alması durumunda Sözleşme'nin V/1-b maddesi bağlamında hakem kararının tenfizi talebine itiraz edilebilecektir. Örneğin, yalnızca bir tarafın hakem seçeceği konusunda tarafların anlaşması hâlinde Sözleşme'nin V/1-b maddesi bağlamında bir ihlâl gündeme gelebilecektir²⁰. Hakem mahkemesinin tarafların arasındaki sözleşme hükümlerini dikkate almaksızın karar vermesi hâlinde ise Sözleşme'nin V/1-d maddesi bağlamında hakem kararının tenfizi talebine itiraz edilmesi söz konusu olabilecektir.

Bir görüşe göre, tarafların aralarında yapmış oldukları sözleşmeyle Sözleşme'nin V/1-b maddesinin kapsamını daraltmaları bir tür zımnî feragat olarak yorumlanabilecektir²¹. Benzer yöndeki bir görüşe göre ise, tarafların başvurdukları tahkim kurumunun kurallarını bildikleri varsayılacağından

¹⁸ Tarafların arasındaki uyuşmazlığın nihai olarak çözülmesi ve bunun sistematik bir yargılama faaliyeti neticesinde gerçekleştirilmesi sebebiyle çalışmanın genelinde “hakem kurulu” ya da “hakem heyeti” ifadelerinden ziyade “hakem mahkemesi” ifadesinin kullanılmasına özen gösterilmiştir. Her ne kadar hakem mahkemelerinin oluşumu bakımından doğal hakim ilkesi gözetilmemekteyse de bu ilkenin hakem mahkemeleri bakımından işlerlik kazanmaması, bu mahkemelerin oluşumu ve uygulayacakları usûl konusunda keyfiliğin egemen olduğu anlamına gelmeyecektir. Bkz. **Süha Tanrıver**, “Tabîî Hakim İlkesi ve Medenî Yargı”, *TBB Dergisi*, S.104, 2013, s.23-24.

¹⁹ **Scherer**, s.290.

²⁰ **van den Berg**, *The New York Convention*, s.324; **Ali Yeşilirmak**, *Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem – Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, İstanbul, 2011, s.147.

²¹ **Scherer**, s.290.

hukukî dinlenme hakkı ihlâl edilmiş sayılmamalıdır²². Her iki görüşün aksi yönde bir görüşe göre ise, tarafların yargılama usûlü üzerinde serbestçe tasarruf edebilecek olmaları hukukî dinlenme hakkından feragat edebilecekleri anlamına gelmemektedir²³. Kanaatimizce, tarafların başvurdukları tahkim kurumunun kurallarını biliyor olmaları hukukî dinlenme hakkından feragat edebilecekleri anlamına gelmemelidir. Şöyle ki, bu yönde bir yorumla hukukî dinlenme hakkı asgarî düzeyde dâhî sağlanamamaktaysa bahsedilen şekilde bir zımnî feragatin geçersiz sayılması söz konusu olabilecektir. Gerçekten, hukukî dinlenme hakkıyla korunmak istenen menfaat dikkate alındığında, burada bireyin kendisinden dâhî korunması gerektiği gibi bir sonuca ulaşılması mümkündür. Bu görüşe dayanak olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi gösterilebilecektir. Nitekim, bu maddenin medenî hak ve yükümlülüklerle ilgili uyumsuzluklar bakımından da göz önüne alınması gerekmektedir.

B. Kamu Düzenine Aykırılık Bakımından Değerlendirilmesi

Sözleşme'nin V/1-b maddesiyle güvence altına alınan hukukî dinlenme hakkı, Sözleşme'nin V/2-b maddesinde düzenlenen kamu düzeni sınırlamasıyla da yakından ilişkilidir. Gerçekten, birçok yargılamada hukukî dinlenme hakkı kısmen de olsa kamu düzeniyle ilişkilendirilmektedir²⁴. Bu bakımdan, bu iki tenfiz engelinin bir dereceye kadar çakıştığı ifade edilmektedir²⁵.

Sözleşme'nin V/2-b maddesine göre, hakem kararı tenfizi talep edilen ülkenin kamu düzenine aykırıysa tenfiz mahkemesi söz konusu kararın tenfizi talebini kendiliğinden reddedebilecektir. Nitekim, Sözleşme'nin kamu düzeni sınırlamasını konu alan V/2-b maddesi, "*hakem kararının tanınması*

²² Şit, s.211.

²³ R. Briner/F. von Sclsbrendorff, "Article 6 of the European Convention on Human Rights and Its Bearing Upon International Arbitration", *Law of International Business and Dispute Settlement in 21st Century – Liber Amicorum Karl – Heinz Böckstiegel*, 2001, s.97; Jaksic, s.237.

²⁴ Albert J. van den Berg, "New York Convention of 1958 Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XVII (1992) – XIX (1994)", *YCA*, S.19, 1994, s.572. Karar örnekleri için bkz. **Almanya**: OLG, Munich, 22.6.2009, *YCA*, S.XXXV, 2010, s.371; OLG, Munich, 28.11.2005, *YCA*, S.XXXI, 2006, s.726. **İsviçre**: Tribunal Fédéral, 8.12.2003, *YCA*, S.XXIX, 2004, s.840.

²⁵ **Andrés Jana/Angie Armer/Johanna Klein Kranenberg**, "Article V(1)(b)", *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, 2010, s.235. Bununla birlikte, **Pekcanitez** taraflara tahkimde tanınan serbestinin sınırsız olmadığını belirterek hukukî dinlenme hakkına aykırılığı iç tahkim bakımından kamu düzenine aykırılıktan bağımsız değerlendirmemiştir. Bkz. **Hakan Pekcanitez**, "Tahkim Usûlü İle İlgili İptal Sebepleri", *XI. Milletlerarası Tahkim Semineri*, 2014, s.102. Ayrıca, Yargıtay 2. HD., 4.10.2005 tarihli bir kararında "*savunma hakkının ihlâl edilmiş olması Türk kamu düzenine açık aykırılık oluşturur*" ifadesini kullanmaktadır. Karar için bkz. Yargıtay 2. HD., 4.10.2005 T., 2005/10735 E., 2005/13428 K.

ve icrası istenen memleketin yetkili makamı tarafından aşağıdaki hâllerin bulunduğu görülecek olursa , tanıma ve icra isteği kezalik reddolunabilir” hükmünü getirmektedir. Hakem kararının tenfizi talebinin reddini V/1-b maddesi bağlamında talep eden taraf ise tenfize engel bir sebep bulunduğunu iddia ve ispat etmek mecburiyetindedir²⁶. Nitekim, Sözleşme’nin V/1-b maddesi, “*aleyhine hakem kararı ileri sürülen taraf talepte bulunmaz ve zikri geçen kararın tanınması ve icrası istenen memleketin yetkili makamı önünde aşağıdaki hususları ispat etmez ise, hakem kararının tanınması ve icrası isteği reddolunamaz*” hükmünü getirmektedir. Burada tartışmalı olan nokta, hukukî dinlenilme hakkının ihlâlini düzenleyen V/1-b maddesinin, V/2-b maddesiyle getirilen kendiliğinden dikkate alma yetkisini sınırlandırıp sınırlandırmadığıdır²⁷. Böyle bir sınırlandırmanın kabul edilmesi hâlinde tenfiz mahkemeleri, hukukî dinlenilme hakkını önemli ölçüde ihlâl eden durumları dâhî kendiliğinden dikkate alamayacaktır²⁸. Bu bakımdan, hukukî dinlenilme hakkının ihlâlinin kamu düzenine aykırılıktan bağımsız olarak düzenleme konusu yapılmasının söz konusu hakkın özel öneminden kaynaklandığı ve Sözleşme’nin V/1-b maddesi kapsamındaki ihlâllerin aleyhine tenfiz talebinde bulunulan tarafça iddia ve ispat edilmesi gerekse bile, tenfiz mahkemesinin hukukî dinlenilme hakkının ihlâlini Sözleşme’nin V/2-b maddesine dayalı olarak kendiliğinden de göz önüne alabileceği ifade edilmektedir²⁹. Kanaatimizce, bu

²⁶ **Rabi Koral**, “Yabancı Hakem Kararlarının İcrası Hakkında Birleşmiş Milletler Konferansı ve 10 Haziran 1958 tarihli Sözleşme”, *İÜHFM*, C.XXIV, S.1-4’ten ayrı bası, 1961, s.130; **Şeref Ünal**, “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası”, *Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu*, 1990, s.72; **Akıncı**, s.123-124; **Pekcantez**, *Hukukî Dinlenilme Hakkı*, s.767-768; **Özekes**, s.232.

²⁷ **Joel R. Junker**, “The Public Policy Defense to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, *Cal. W. Int’l. L. J.*, S.7, 1977, s.231; **van den Berg**, *The New York Convention*, s.300; **van den Berg**, *Commentary*, s.572; **Jana/Armer/Kranenberg**, s.235.

²⁸ Bu bakımdan, hukukî dinlenilme hakkı ile kamu düzeni arasındaki ayrımın pratik olarak da son derece önemli olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Wolfgang Kühn**, “Current Issues on the Application of the New York Convention – A German Perspective”, *J. Int’l. Arb.*, S.25/6, 2008, s.749. Diğer yandan, hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edildiği durumlarda genellikle Sözleşme’nin V/1-b maddesine başvurulmasından dolayı bu tartışmanın çoğunlukla anlam ifade etmeyeceği belirtilmektedir. Bkz. **van den Berg**, *The New York Convention*, s.299; **Scherer**, s.291.

²⁹ **van den Berg**, *The New York Convention*, s.300. Diğer yandan, tahkim usûlüne uygulanan kurallara aykırılık oluşturmeyen ihlâller bakımından söz konusu hükümlere başvurulamayacağı, bu durumda adil yargılanma ilkelerine aykırılığın kamu düzeni müdahalesini gerektirip gerektirmediğinin araştırılması gerektiği yönünde bkz. **Şit**, s.210-211. Tarafların iradeleri, niyetleri veya temennileri ne olursa olsun yargılamaya dair kamu düzenine ait kurallarla çatışması durumunda hukukî dinlenilme hakkının tarafların eylem, tutum yahut iradelerine rağmen korunmasının gerekip gerekmediği yönünde bkz. **Georgios C. Petrochilos**, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford, 2004, s.123; **Briner/ Scsbrendorff**, s.97; **Yeşilova**, s.175-176.

yönde bir çözüm makûl görünmektedir. Nitekim, hukukî dinlenilme hakkının ihlâlîni kamu düzenine aykırı gören ülkeler bakımından tenfiz mahkemeleri kendiliğinden bir inceleme yapabilmelidir. Aksi hâlde, yukarıda bahsedildiği gibi ciddi ihlâlîlerin var olması durumunda dâhî hakem kararının tenfiz edilmesi söz konusu olabilecektir. Diğer yandan, hukukî dinlenilme hakkının ihlâlîni kamu düzenine aykırı görmeyen ülkeler bakımından ise Sözleşme'nin V/1-b maddesiyle söz konusu hak güvence altına alınmış bulunmaktadır. Bu nedenle, hukukî dinlenilme hakkının ihlâlînin kamu düzenine aykırılıktan bağımsız olarak düzenleme konusu yapılması faydalı görünmektedir.

II. Hukukî Dinlenilme Hakkının Unsurları

Hukukî dinlenilme hakkının tam olarak sağlanabilmesi için bu hakla bağlantılı olarak bilgilendirme hakkının, açıklama hakkının ve dikkate alınma hakkının gözetilmesi gerekmektedir. Çalışmanın bu bölümünde hukukî dinlenilme hakkının unsurları ayrı başlıklar hâlinde incelenecektir.

A. Bilgilendirme Hakkı

Hukukî dinlenilme hakkı, bu hakka sahip olanların derdest bir yargılamanın mevcudiyetinden ve bu yargılamanın seyrinden haberdar olmalarını gerekli kılmaktadır. Bu gereklilik hukukî dinlenilme hakkının ilk unsuru olan bilgilendirme hakkıyla temellendirilmektedir³⁰.

Sözleşme'nin V/1-b maddesi, aleyhine tenfiz talep edilen tarafın hakem seçiminden ve hakem yargılamasından usûlü dairesinde haberdar edilmiş olmasını arayarak yargılamanın başından sonuna kadar bilgilendirme hakkının teminini güvence altına almaktadır.

Çalışmanın bu bölümünde öncelikle bilgilendirme usûlü incelenecektir. Akabinde ise bilgilendirmenin kapsamı konusu ele alınacaktır.

1. Bilgilendirme Usûlü

Sözleşme'nin V/1-b maddesi, aleyhine tenfiz talep edilen tarafın hakem seçiminden ve hakem yargılamasından haberdar edilmemiş olunmasını kararın tenfizine engel olabilecek bir sebep olarak düzenlerken "*usûlü dairesinde*" ibaresini kullanmaktadır. Bu bakımdan, tebligatın hiç yapılmamış olması bir kenara bırakılırsa yapılan tebligatın usûlüne uygun şekilde yapıp yapılmadığının incelenmesi gerekmektedir. Aşağıda inceleneceği üzere, tenfiz mahkemeleri "*usûlü dairesinde*" ibaresini çok geniş bir yoruma tâbî tutmakta ve

³⁰ Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, C.I-II, İstanbul, 2000, s.261; Özekes, s.86; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku*, Ankara, 2012, s.330; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.342.

bu konudaki ulusal hukuk düzenlemelerine sıkı sıkıya bağlı kalmamaktadırlar. Bu sebeple, bilgilendirme usûlünün daha iyi anlaşılabilmesi için tebligatın şekli, dili ve yapıldığı adres ayrı başlıklar altında incelenecektir.

a. Tebligatın Şekli

Tenfiz mahkemeleri, yapılan tebligatın usûlüne uygun olup olmadığını incelerken bu konudaki ulusal hukuk düzenlemelerine sıkı sıkıya bağlı kalmamaktadırlar³¹. Bu bakımdan, uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi konusunda bir anlaşma yapılması, tarafların yapılacak tebligatlar bakımından kendilerini ulusal hukuk düzenlemelerine bağlı kılmadıkları anlamına gelecektir³². Tarafların mahkemelere nazaran tahkimi tercih etmelerinin temelinde uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi düşüncesinin yattığı göz önüne alınırsa bu yönde bir yoruma başvurulması tahkimin varoluş amacına uygun görünmektedir. Ayrıca, bu yorumun ulusal hukuklarda olduğu gibi 15 Kasım 1965 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Adlî ve Gayri Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi hükümlerinin uygulanması bakımından da geçerli olduğu belirtilmektedir³³.

Bilgilenme hakkı bakımından önemli olan tarafın gerçekten bilgilendirileceği ve bilgilendirildiğinin anlaşılabilmesi bir yöntemin kullanılmış olmasıdır. Bunun dışında, tebligatın mutlaka belirli bir şekilde yapılması gerekli değildir³⁴. Tebligatın usûlüne uygun şekilde yapıp yapılmadığı konusunda mahkemeler, tahkim usûlüne uygulanan hukuktaki uluslararası tahkime özgü kuralların³⁵ yanı

³¹ **van den Berg**, *The New York Convention*, s.303; **van den Berg**, *Commentary*, s.573. Bu yönde örnek bir karar için bkz. **Meksika**: Tribunal Superior De Justicia, Eighteenth Civil Court of First Instance for the Federal District of Mexico, 24.2.1977, YCA, S.IV, 1979, s.301.

³² **Scherer**, s.294.

³³ **Jana/Armer/Kranenberg**, s.243. Bir davada, yurt dışına yapılan tebligatlarda uluslararası tahkimin doğası gereği herhangi bir şekli şartın bulunmadığına ve Lahey Sözleşmesi hükümlerinin uygulanamayacağına karar verilmiştir. Karar için bkz. **İsviçre**: Bezirksgericht, Zurich, 14.2.2003 ve Obergericht, Zurich, 17.7.2003, YCA, S.XXIX, 2004, s.819. 15 Kasım 1965 tarihli Hukukî veya Ticarî Konuları Adlî ve Gayri Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Ali Gümrah Toker**, "15 Kasım 1965 tarihli Hukukî veya Ticarî Konularda Adlî ve Gayri Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi Uyarınca Tebligat Yapılması", *DEÜHFD*, C.13, S.2, 2011, s.107-152.

³⁴ **Günseli Öztekin-Gelgel**, "New York Konvansiyonu'na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay'ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi", *MHB*, C.22, 2002, s.1146; **Özokes**, s.95. Diğer yandan, taraflar tebligatın belirli bir şekilde yapılmasını kararlaştırsalar bile, tebligata ilişkin formalitelerin tanıma ve tenfiz bakımından zorunlu olmadığı yönünde bkz. **Kaplan**, s.92.

³⁵ İspanyol Yüksek Mahkemesi bir kararında, dava dosyasında hakem seçimi, iddialar, cevap süresi ve duruşma tarihi hakkında tebliğ yapıldığına dair teslim makbuzunun yanı sıra davalıya 12 Ağustos 1996 tarihinde posta yoluyla haber verildiğine dair yeminli ifadenin

sıra tarafların arasındaki anlaşma hükümlerini³⁶ de göz önüne almaktadırlar. Gerçekten, basit posta³⁷, taahhütlü posta³⁸, faks³⁹, teleks⁴⁰ ya da kurye⁴¹ gibi

bulunduğunu belirterek, bilgilendirmenin İspanyol Hukuku'na uygun olduğuna karar vermiş ve davalının itirazını reddetmiştir. Karar için bkz. **İspanya:** Tribunal Supremo, Civil Chamber, 1.2.2000, Project XJ220 Ltd. v. Mohamed Yassin D., YCA, S.XXXII, 2007, s.507-511.

³⁶ **van den Berg**, *Commentary*, s.573. *Malden Mills Inc. v. Hilaturas Lourdes S.A.* davasında taraflar, tahkim yerini New York ya da Boston olarak belirlemiş ve 23 Ağustos 1972 tarihli alım-satım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların Amerikan Tahkim Derneği (American Arbitration Association/AAA) Kuralları aracılığıyla çözümleneceğini kararlaştırmışlardır. Meksika Yüksek Mahkemesi, posta yoluyla gönderilen davetiye ve tebligatın Meksika Medenî Usûl Kanunu'nun 116 ve 117. maddelerine ve Meksika kamu düzenine aykırı olması sebebiyle tenfiz isteminin reddine dair ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bu kararda Meksika Yüksek Mahkemesi, Amerikan Tahkim Derneği Kuralları'nın 39. maddesine göre tebligatın posta yoluyla yapılabileceği gerekçesiyle usûlüne uygun şekilde tebliğ yapıldığı sonucuna varmıştır. Karar için bkz. **Meksika:** Tribunal Superior De Justicia, Court of Appeals (Fifth Chamber) for the Federal District of Mexico, 1.8.1977, *Malden Mills Inc. v. Hilaturas Lourdes S.A.*, YCA, S.IV, 1979, s.302-304. Aynı yönde örnek kararlar için bkz. **Yunanistan:** Court of Appeal, Patras, Karar No: 426/1982; Judge of First Instance, Zkyntos, Karar No: 103/1979, YCA, S.XIV, 1989, s.636.

³⁷ İsviçre'de verilen bir kararda, tahkim usûlüne uygulanan Litvanya hukukuna uygun şekilde basit postayla yapılan tebligat geçerli sayılmıştır. Karar için bkz. **İsviçre:** Tribunal Fédéral, Second Civil Chamber, 21.2.2005 ve 3.1.2006, YCA, S.XXXII, 2007, s.619-628.

³⁸ *Union Générale de Cinéma S.A. v. XYZ Desarrollos S.A.* davasında İspanyol Yüksek Mahkemesi, kendisine taahhütlü postayla tebligat yapılan tarafın usûlüne uygun şekilde tebliğ yapılmadığı yönündeki itirazını reddetmiştir. Karar için bkz. **İspanya:** Tribunal Supremo, Civil Chamber, 11.4.2000, *Union Générale de Cinéma S.A. v. XYZ Desarrollos S.A.*, YCA, S.XXXII, 2007, s.525-531. Aynı yönde bir karar için bkz. **Güney Kore:** Supreme Court, 10.4.1990, *Kukje Sangsa Co. Ltd. v. GKN International Trading (London) Limited*, YCA, S.XVII, 1992, s.571. Aksi yönde bir karar için bkz. **Rusya:** Federal Arbitrazh Court, North Caucasus District, 18.4.2005, *Itera PET v. OOO Zavod Kavminkurortrozliv*, YCA, S.XXXIII, 2008, s.676.

³⁹ Almanya'da verilen bir kararda, faks aracılığıyla hakem seçimi yapılması ve davalının on dört gün içerisinde hakem seçiminde bulunmasının istenmesi bilgilenme hakkının ihlâli olarak değerlendirilmemiştir. Karar için bkz. **Almanya:** OLG, Celle, 14.12.2006, YCA, S.XXXII, 2007, s.372-382. Aynı yönde bir karar için bkz. **İspanya:** Tribunal Supremo, Civil Chamber, 31.5.2005, *Pueblo Film Distribution Hungary KFT v. Laurenfilm S.A.*, YCA, S.XXXII, 2007, s.612.

⁴⁰ *Tortora Amedeo v. Tolimar S.A.* davasında Tortora, Tolimar'a bir miktar fındık satmış ve malın teslimi üzerine ayıplı olduğu ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine, 22 Aralık 1975 tarihinde Tolimar'a teleks çekilmiş ve tarafların arasındaki sözleşmeye uygun şekilde Hamburg'da tahkime başvurulacağı bildirilmiştir. Hakem kararının tenfizi aşamasında Tortora, teleksten haberdar olmadığını beyan ederek kararın tenfizi isteminin reddini talep etmiştir. İtalyan Yüksek Mahkemesi, bu iddianın ispatlanamaması sebebiyle bilgilenme hakkının ihlâl edilmediğine karar vermiştir. Bu bağlamda, teleks aracılığıyla yapılan tebligatın usûlüne uygun olduğu sonucuna varılmıştır. Karar için bkz. **İtalya:** Corte di Cassazione, 27.6.1983, *Tortora Amedeo v. Tolimar S.A.*, YCA, S.X, 1985, s.470-473. Aynı yönde bir karar için bkz. Corte di Cassazione, 22.2.1992, *Trans World Film S.p.A. v. Film Polski Import and Export of Films*, YCA, S.XVIII, 1993, s.435.

⁴¹ **Oleg Y. Alyoshin**, "Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Ukraine: To Be or Not to Be", *J. Int'l. Arb.*, S.22, 2005, s.70.

vasıtalar da dâhil olmak üzere, farklı şekillerde yapılan tebligatlar “*usûlü dairesinde*” yapılmış sayılabilecektir. Tebligatın fiilen teslim alındığını gösteren bir delilin bulunması yeterli olacaktır.

b. Tebligatın Yapıldığı Dil

Taraflar arasında tahkimin hangi dilde yapılacağına yönelik bir anlaşma mevcutsa taraflardan birisi bu dili anlamasa dâhî bilgilendirme hakkının ihlâlinden söz edilemeyecektir. Nitekim, *Rosso e Nero Gaststättenbetriebs GmbH v. Almendrera Industrial Catalana S.A. (ALICSA)* davasında ALICSA, tebligatların İngilizce ya da Almanca yapıldığını, yazışmalarda hukukî terimlerin kullanıldığını ve bu nedenlerle tebligatları anlamadığını ifade ederek kararın tenfizi isteminin reddini talep etmiştir. İspanyol Yüksek Mahkemesi, Almanca ya da İngilizce yapılan tebligatların tarafların anlaşmalarına uygun olduğunu ifade ederek tebligatların usûlüne uygun olduğuna karar vermiştir⁴². Diğer yandan, tarafların kararlaştırdıkları dilden başka bir dilde tebligat yapılması durumunda da, taraflardan birisinin tebligat yapılan dili bilmemesi ve tebligatı anlamaması istisna edilirse hakem kararının tenfizine engel bir durum bulunmadığı belirtilmektedir⁴³. Taraflardan birisinin tebligat yapılan dili bilip bilmediğinin ne şekilde kontrol edilebileceği açık değildir. Kanaatimizce, karşı tarafın tebligat yapılan dili bildiğini iddia eden tarafın bu iddiasını ispatlaması gerekmektedir.

Tahkimin hangi dilde gerçekleşeceği konusunda taraflar arasında bir anlaşma mevcut değilse tebligatın taraflardan birisinin anlamadığı bir dilde yapılması tek başına bilgilendirme hakkının ihlâl edildiği anlamına gelmeyecektir. Tahkimin İngilizce⁴⁴ olması hâlinde özel bir önem taşıyan bu durum diğer diller⁴⁵

⁴² Karar için bkz. **İspanya**: Tribunal Supremo, Civil Chamber, 27.1.2004, *Rosso e Nero Gaststättenbetriebs GmbH v. Almendrera Industrial Catalana S.A. (ALICSA)*, YCA, S.XXXII, 2007, s.597-602.

⁴³ **Scherer**, s.295.

⁴⁴ *Fashion Ribbon Company Inc. v. Iberband S.L.* davasında Köln Temyiz Mahkemesi, hakemlerin tahkim dili olarak İngilizce'yi tercih etmesinin hukukî dinlenilme hakkının ihlâlî anlamına gelmediğine ve bu seçimin yapılabilmesi için davalının rızasının gerekmediğine karar vermiştir. Karar için bkz. **Almanya**: OLG, Cologne, 16.12.1992, YCA, S.XXI, 1996, s.535-541. Aynı yönde örnek bir karar için bkz. **İspanya**: Tribunal Supremo, 14.10.2003, *Fashion Ribbon Company Inc. v. Iberband S.L.*, YCA, S.XXX, 2005, s.631.

⁴⁵ **Barbara Helene Steindl**, “Watch Out and Act! – Recent Case Law on Due Process in Light of Austrian Law and the 1958 New York Convention”, *J. Int'l. Arb.*, S.25/4, 2008, s.517. Avusturya'da verilen bir kararda tahkimin Rusça olması hukukî dinlenilme hakkının ihlâlî olarak değerlendirilmemiştir. Bu davada mahkeme, davalının tahkim yeri Ukrayna'da konuşulan iki dilden biri olan Rusça'nın tahkim dili olarak kullanılacağını öngörememesi için hiçbir sebep olmadığını ifade etmiştir. Karar için bkz. **Avusturya**: OGH, 23.10.2007, YCA, S.XXXIII, 2008, s.354-359. Aynı yönde bir karar için bkz. **Almanya**: OLG, Hamm, 28.11.2008, YCA, S.XXXIV, 2009, s.541.

bakımından da geçerli görünmektedir. Bir örnekle somutlaştırmak gerekirse İsviçre’de verilen bir kararda, tebligatın tahkim yeri dili olan Rumence olması durumunda taraflardan birisi bu dili anlamasa dâhî bilgilendirme hakkının ihlâl edilmiş olmayacağı belirtilmiştir⁴⁶. Kanaatimizce, bu görüş yerinde değildir. Nitekim, taraflar tahkim yerini belirlerken tebligatın yapılacağı dilden ziyade coğrafi konum gibi etkenleri göz önüne almaktadırlar. Bu bakımdan, bir ülkenin tahkim yeri olarak belirlenmiş olması, o ülkenin dilinde yapılan ve taraflardan birinin anlamadığı tebligatın geçerli görülmesi için yeterli bir gerekçe değildir. Aksi yönde bir yorum hukukî dinlenilme hakkıyla korunmak istenen menfaati ortadan kaldıracak niteliktedir.

Tahkimin taraflardan biri ya da her iki taraf için yabancı olan bir dilde gerçekleşmesi durumunda, tarafların iddia ve savunmalarını tam olarak ileri sürebilmeleri tercüman sağlamları ya da bunun için talepte bulunmalarına bağlı olacaktır. Bu bakımdan, taraflara ellerindeki belgeleri tercüme etmeleri ve karşı tarafça sunulan belgelerin tercümelerini onaylamaları için yeterli süre verilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, Almanya’da verilen bir kararda Celle Temyiz Mahkemesi, Rusça olan bir tahkime katılmak için tercüman sağlanmasının tarafların sorumluluğunda olduğunu belirtmiş ve yeterli imkân olmasına rağmen tercüman sağlanmaması hâlinde hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmiş olmayacağına hükmetmiştir⁴⁷.

Tahkimin hangi dilde gerçekleşeceği meselesi, tebligatın yapılacağı dili de kapsamına alacak şekilde MTK. madde 10/C’de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, taraflar yargılamada kullanılacak olan dili kararlaştırmamışlarsa hakem mahkemesi tahkim yargılamasının hangi dilde yapılacağına kendisi karar verecektir. Aynı şekilde, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa ya da hakem mahkemesi ara kararında aksini öngörmemişse bu dil veya diller taraflara yapılan bütün yazılı bildirimlerde kullanılacaktır. Bu durumda hakem mahkemesi, tebligatın Türkçe ya da Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınan devletlerden birinin resmî dilinde yapılmasına karar verebilecektir. Kanaatimizce, hakem mahkemesi tahkimin hangi dilde gerçekleşeceğine karar verirken yalnızca tahkim yerinin Türkiye olarak seçilmesinden yola çıkmamalı ve taraflar için ortak olan bir dil bulunmaktaysa ve tahkimin bu dilde gerçekleştirilmesi mümkünse bu durumu dikkate almalıdır. Nitekim, tarafların anladıkları dilde gerçekleşen bir yargılama faaliyeti içerisinde bulunmaları hukukî dinlenilme hakkıyla korunmak istenen menfaatin güvence altına alınması bakımından daha uygun görünmektedir.

⁴⁶ Karar için bkz. **İsviçre**: Appellationsgericht, Basel-Stadt, 27.2.1989, YCA, S.XVII, 1992, s.583.

⁴⁷ Karar için bkz. **Almanya**: OLG, Celle, 2.10.2001 ve 30.1.2003, BGH, YCA, S.XXXII, 2007, s.303-308.

c. Tebligatın Yapıldığı Adres

Tebliğ adresinin saptanamadığı ya da saptanmasının çok zor olduğu durumlarda gerek ulusal mevzuatlarda⁴⁸ gerekse kurumsal tahkim kurallarında⁴⁹ muhatabın bilinen son adresine yapılan tebligatın usûlüne uygun şekilde yapılmış olacağına yönelik karineler mevcuttur. Bu anlamda, MTK. madde 14/C, “*tarafarca aksi kararlaştırılmadıkça herhangi bir yazılı bildirim, bizzat gönderilene ya da gönderilenin yerleşim yerine, olağan oturma yerine, iş yerine veya posta adresine teslim edildiği takdirde alınmış sayılır.*”

Gerekli araştırma yapılmasına rağmen yukarıdaki bildirim yerlerinden hiçbirinin bulunamaması hâlinde, gönderilenin bilinen son yerleşim yerine, olağan oturma yerine, iş yerine veya posta adresine taahhütlü mektupla veya teslim teşebbüsünün belgelendiği herhangi bir başka vasıta ile gönderilen yazılı bildirimler alınmış sayılır” hükmünü getirmektedir.

Bazı tenfiz mahkemeleri tebliğ edilmiş sayılma yönündeki karinenin Sözleşme’nin V/1-b maddesinin amacını yerine getirdiğini kabul etmekteyken⁵⁰, diğerleri bu durumun hukukî dinlenilme hakkını ihlâl ettiğine hükmetmektedirler⁵¹.

Muhataba doğrudan tebligat yapılmamış olması durumunda bu tebliğin akıbetinin ne olacağı meselesine değinmek gerekmektedir. Bu bakımdan, muhatabın yetkili temsilcisi tarafından tebellüğ edilmesi⁵² ya da sözleşmeyle

⁴⁸ Bkz. **İngiltere ve Galler**: Civil Procedure Rules (CPR), m.6.9(2). Karş. **Türkiye**: Tebligat Kanunu, m.10; **İsviçre**: Civil Procedure Code (CPC), m.138; **Almanya**: Code of Civil Procedure (ZPO), m.188.

⁴⁹ Bkz. ICC Tahkim Kuralları, m.3(3); LCIA Tahkim Kuralları, m.4(2).

⁵⁰ Ukrayna Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Tahkim Mahkemesi aracılığıyla çözümlenmesi kararlaştırılan bir uyuşmazlığın tenfizi aşamasında Berlin Temyiz Mahkemesi, “teslim alınmadı” yazısı ve Alman Posta Servisi puluyla iade edilen taahhütlü postanın Ukrayna hukuku gereğince teslim alınmış sayılacağını gerekçe göstererek davalının bilgilendirme hakkının ihlâl edilmediğine karar vermiştir. Karar için bkz. **Almanya**: KG, Berlin, 17.4.2008, YCA, S.XXXIV, 2009, s.510-515.

⁵¹ Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Tahkim Mahkemesi aracılığıyla çözümlenmesi kararlaştırılan bir uyuşmazlığın tenfizi aşamasında Bavyera Temyiz Mahkemesi, davalının giyabında karar verilmesi sebebiyle hakem kararının tenfizi talebini reddetmiştir. Mahkeme bu kararına gerekçe olarak Rusya Tahkim Kanunu hükümlerine atıfta bulunmaktadır. Buna göre, davalının bilinen son adresine yapılan tebligatın yeterli sayılabilmesi için, makûl bir araştırma neticesinde davalının başka bir adresine ulaşılamaması gerekmektedir. Dava dosyasında böyle bir araştırma yapıldığına dair herhangi bir delil bulunmadığından hakem kararının tenfizi talebi reddedilmiştir. Karar için bkz. **Almanya**: OLG, Bayern, 16.3.2000, YCA, S.XXVII, 2002, s.445-450. Ayrıca bkz. **Hans Dahlberg/Maris Öhrström**, “Proper Notification: A Crucial Element of Arbitral Proceedings”, *J. Int’l. Arb.*, S.25/5, 2010, s.542.

⁵² Bu yönde örnek bir karar için bkz. **Rusya**: Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation, 22.2.2005, Codest Engineering v. OOO Grupa Most, YCA, S.XXXIII, 2008, s.671.

kararlaştırılan adrese tebligat yapılması⁵³ durumlarında tebligatın usûlüne uygun olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, tebligatın doğrudan muhataba yapılmamış olması hâlinde tebliğden haberdar olunmaması riskinin bulunduğu da ifade edilmektedir⁵⁴. Diğer yandan, tebliğden haberdar olduğu yönünde makûl beklenti oluşturabilecek yeterli delilin bulunması hâlinde muhatabın bulunduğu adrese tebligat yapılmamış olmasının hakem kararının tenfizine engel bir durum oluşturmayacağı ifade edilmektedir⁵⁵. Ayrıca, muhatabın temsilcisine ya da tüzel kişi olması durumunda organına yapılan tebligatlarda böyle bir tebliğin kabulü konusunda yetki verilmiş olması gerektiği belirtilmektedir⁵⁶.

Kanaatimizce, tebliğ edilmiş sayılma yönündeki karinenin bilgilenme hakkıyla korunmak istenen menfaati bertaraf etmemesi için, makûl bir araştırma faaliyeti yürütülmesi ve böyle bir araştırma yapılmasına karşın davalının adresine ulaşamadığı yönündeki delillerin dava dosyasına eklenmesi gerekmektedir. Aksi hâlde, davalıya usûlüne uygun şekilde tebligat yapılmadığından bahisle tenfiz isteminin reddedilmesi gerekmektedir.

2. Bilgilendirmenin Kapsamı

Sözleşme'nin V/1-b maddesi, tarafların hakem seçiminden veya hakem yargılamasından haberdar edilmemiş olmasını kararın tenfizine engel olabilecek bir sebep olarak düzenlemektedir. Bu bölümde her iki durum ayrı başlıklar altında incelenecektir.

a. Hakem Seçiminden Haberdar Edilmemiş Olunması

Sözleşme'nin V/1-b maddesi, tarafların hakem seçiminden usûlüne uygun şekilde haberdar edilmemiş olmasını hakem kararının tenfizine engel olabilecek bir sebep olarak düzenlemektedir. Bu bakımdan, hukukî dinlenilme hakkı yargılamanın başlamasından önce de taraflar arasındaki eşitliğin sağlanmasına yardım etmektedir⁵⁷. Bununla birlikte, taraflar hakem seçiminde de etkin bir hukukî dinlenilme hakkına sahip olmalıdır⁵⁸.

⁵³ Bu yönde örnek bir karar için bkz. **Güney Kore**: Supreme Court, 10.4.1990, Kukje Sangsa Co. Ltd. v. GKN International Trading (London) Limited, YCA, S.XVII, 1992, s.571.

⁵⁴ **Özekes**, s.100.

⁵⁵ **Scherer**, s.298.

⁵⁶ Bu anlamda, muhatabın avukatının uygulanacak hukuka göre geçerli bir vekâletnameye sahip olması hâlinde ona yapılacak tebligatın da geçerli olacağı sonucuna varılmaktadır. Bkz. **Kaplan**, s.93.

⁵⁷ **Johannes Trappe**, "The Arbitration Proceedings – Fundamental Principles and Rights of the Parties", *J. Int'l. Arb.*, S.15/3, 1998, s.99; **Liebscher**, *Fair Trial*, s.86; **Jaksic**, s.231; **Petrochilos**, *Procedural Law*, s.145; **Yeşilova**, s.170.

⁵⁸ **Ebru Mercangöz**, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Savunma Haklarına Uyuma Şartı",

Hakem seçiminden haberdar edilmiş olunması, tarafa yapılacak bir tebligatla hakem seçiminde bulunmasının istenilmesi, karşı tarafça seçilen hakemin bildirilmesi ve yapılan seçimin hakem tarafından kabulünün bildirilmesi unsurlarını barındırmaktadır⁵⁹. İspanyol Yüksek Mahkemesi bir kararında hakem seçiminden ve hakem yargılamasından haberdar edilmiş sayılmak için hangi şartların gerçekleşmesi gerektiğini açık şekilde belirtmektedir. Bu karara göre, diğer tarafın hakem seçiminden ve hakem yargılamasından haberdar edilmiş sayılması için gerçekleşmesi gereken aşamalar şu şekildedir:

- Hakem seçiminde bulunulmasının istenmesi,
- seçilen hakemin bildirilmesi,
- yapılan seçimin hakem tarafından kabulünün bildirilmesi,
- hangi talep ya da taleplerde bulunulduğunun bildirilmesi,
- karşı tarafın savunmada bulunması için hakem mahkemesine davet edilmesi,
- hakem kararının bildirilmesi⁶⁰.

Hakem seçiminden haberdar edilmiş olunması konusunda usûlüne uygun bir tebligattan bahsedilebilmesi için, tahkime uygulanan usûl kuralları gereği gizli tutulması gerekse bile, seçilen hakem ya da hakemlerin isimlerinin tarafa bildirilmesi gerekmektedir⁶¹.

b. Hakem Yargılamasından Haberdar Edilmemiş Olunması

Sözleşme'nin V/1-b maddesi, tarafların hakem yargılamasından haberdar edilmemiş olmasını da kararın tenfizine engel olabilecek bir sebep olarak düzenlemektedir.

Tarafların hakem yargılamasından haberdar edilmiş olması, öncelikle tahkimin başlangıç tarihinin taraflara bildirilmesiyle gerçekleşmektedir. Bu bakımdan, mevcut bir tahkim talebi hakkında karşı tarafça yöneltilen ihtilafli vakıaları da içeren bir bildirim yapılması gerekmektedir. Almanya'da verilen bir kararda mahkeme, uyuşmazlığın tahkime havale edilmesinden sonra davalı tarafın yalnızca hakem seçiminde bulunması ve elindeki belgeleri seçilen hakeme ibrazı neticesinde verilen bir hakem kararını tenfiz etmemiştir. Mahkeme bu kararında, *"yalnızca belgelerin ibrazı ya da karşı tarafın iddialarından haberdar olmaksızın görüş bildirilmesi imkânının bulunması*

GSÜHFD: Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, S.1, 2002, s.829-831; Kemal Dayınlarlı, HUMK'ta Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim, Ankara, 2004, s.45.

⁵⁹ Scherer, s.292.

⁶⁰ Karar için bkz. İspanya: Tribunal Supremo, 10.2.1984, YCA, S.X, 1985, s.493-495.

⁶¹ van den Berg, *The New York Convention*, s.305.

hukukî dinlenilme hakkının sağlanması bakımından yeterli değildir” ifadesini kullanmaktadır⁶².

Duruşma yeri ve zamanı⁶³ ile nihaî kararın tebliği⁶⁴ de dâhil olmak üzere, yargılamanın temel aşamalarından haberdar edilmemiş olunması, Sözleşme'nin V/1-b maddesi bağlamında hakem yargılamasından haberdar edilmemiş olunması anlamına gelecek ve kararın tenfizine engel bir durum oluşturabilecektir.

Usûlüne uygun şekilde haberdar edilmiş olmakla birlikte tahkime katılmayı reddeden tarafın, tenfiz aşamasında Sözleşme'nin V/1-b maddesine dayanarak tenfiz isteminin reddi talebinde bulunması geçerli olmayacaktır⁶⁵.

⁶² Karar için bkz. **Almanya**: LG, Bremen, 20.1.1983, YCA, S.XII, 1987, s.486-487. Aynı yönde örnek kararlar için bkz. **Almanya**: LG, Zweibrücken, 11.1.1978, YCA, S.IV, 1979, s.263; **Hollanda**: Voorzieningenrechter, Rechtbank, Amsterdam, 18.6.2009, YCA, S.XXXIV, 2009, s.719; **İspanya**: Tribunal Superior, 3.3.1982, YCA, S.IV, 1984, s.436; **İngiltere**: Court of Appeal, 21.2.2006 ve 2.3.2006, Ajay Kanoria v. Tony Francis Guinness, YCA, S.XXXI, 2006, s.943.

⁶³ *Holargos Shipping Corporation v. Hierros Ardes S.A.* davasında İspanyol Yüksek Mahkemesi, hakem seçiminin taraflar arasındaki sözleşmeye uygun gerçekleşmemesinin ve davalıya savunmada bulunabilmesi için yeterli süre tanınmamasının yanı sıra sözü edilen davalının duruşmaya davet edilmemesini de hukukî dinlenilme hakkının ihlâli olarak değerlendirmiştir. Karar için bkz. **İspanya**: Tribunal Superior, 3.3.1982, Holargos Shipping Corporation v. Hierros Ardes S.A., YCA, S.IX, 1984, s.435. Aynı yönde örnek bir karar için bkz. **Amerika**: United States District Court, Southern District of New York, 2.12.1977, Ferrara S.p.A. v. Fratelli Moretti Cereali S.p.A., YCA, S.IV, 1979, s.331.

⁶⁴ *Tradigrain S.A. v. Sociedad Ibérica de Molturación S.A. (SIMSA)* davasında davalı, hakem mahkemesinin kendisine hakem kararını iletmediğini ve elinde yalnızca davacıdan edindiği bir kopya bulunduğunu, elindeki kararın özgün olup olmadığını bilemediğini ve tahkim kurallarından kaynaklanan müracaat haklarını kullanmadığını iddia ederek hakem kararının tenfizi isteminin reddini talep etmiştir. İspanyol Yüksek Mahkemesi, deliller arasında davalı tarafından gönderilen ve davalının hakem mahkemesinden kararı almış olduğunu ve müracaat hakları üzerinde çalıştığını belirten bir faks olması sebebiyle davalının hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmediğine karar vermiştir. Karar için bkz. **İspanya**: Tribunal Supremo, Civil Chamber, 3.2.2004, Tradigrain S.A. v. Sociedad Ibérica de Molturación S.A. (SIMSA), YCA, S.XXXII, 2007, s.603-607. Aynı yönde örnek bir karar için bkz. **İspanya**: Tribunal Supremo, 10.2.1984, YCA, S.X, 1985, s.495.

⁶⁵ **Ergin Nomer**, *Devletler Hususî Hukuku*, İstanbul, 2013, s.545. Aynı şekilde, tebligattan haberdar olunmamasının muhatabın kendi kusurundan kaynaklandığı ve bu sebeple yargılamaya ilişkin bilgilendirme hakkının tam olarak kullanılmadığı diğer hâllerde de hukukî dinlenilme hakkının ihlâli söz konusu olmayacaktır. Bkz. **Özekes**, s.101. Fransız Yüksek Mahkemesi'nde görülen bir davada davalı, hakemlerin her iki tarafın katıldığı bir duruşma gerçekleştirmeden karar vermelerinden dolayı hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştü ve hakem kararının tenfizi isteminin reddini talep etmiştir. Fransız Yüksek Mahkemesi, yargılama masraflarını sınırlamak amacıyla hakemlerin duruşma yapmamasına karar verdiklerini ve bu durumu davalıya bildirdiklerini ifade ederek davalının hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmediğine karar vermiştir. Karar için bkz. **Fransa**: Cour de Cassation, First Civil Chamber, 6.5.2009, YCA, S.XXXV, 2010, s.353. Almanya'da görülen bir

Nitekim, bu yönde bir talep Sözleşme'nin V/1-b maddesinin getiriliş amacıyla bağdaşmaz. Bu maddeyle amaçlanan, tarafa etkin bir hukukî dinlenme imkânının sağlanmasından ibarettir. Bunun dışında, yargılamaya bilinçli olarak veya geçerli sebep göstermeksizin katılmayan tarafın bu madde kapsamında korunması söz konusu değildir. Aynı gerekçe ek süre ya da duruşmanın ertelenmesi talebinde bulunulmaması durumlarında da geçerlidir⁶⁶.

B. Açıklama Hakkı

Tarafların iddia ve savunmalarını anlatabilme, bunları ispat edebilme, delil sunabilme, kısacası haklarında verilecek kararı etkileyebilme imkânına sahip olmaları gerekmektedir⁶⁷. Bu bakımdan, açıklama hakkı hukukî dinlenme hakkının bir diğer unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.

Açıklama hakkının özel önemi, “*bir tarafın dinlenmesi aslında hiç kimsenin dinlenmemesidir*” özdeyişiyle son derece güçlü şekilde ortaya koyulmuştur⁶⁸. Bununla birlikte, hukukî dinlenme hakkı yargılamanın *Magna Carta*'sı olarak da

davada davalı, gösterdiği tanığın yeminli ifadesini sunması için yeterli zaman tanınmadığı ve davacının bazı delillerinin belirlenen duruşma tarihinden önceki akşam eline ulaştığını ifade ederek hakem kararının tenfizi isteminin reddini talep etmiştir. Mahkeme, 6 Ekim 1975 tarihli bir teleks aracılığıyla 6 Kasım 1975 tarihinde gerçekleştirilecek duruşmadan davalının haberdar edildiğini ve tanıklarının isimlerini bildirmesinin istendiğini; davalının 3 Kasım 1975 tarihinde bir teleks çekerek tanığının iş seyahatinde olmasından dolayı duruşmaya katılmayacağını belirttiğini; bunun üzerine, kendisine derhal bir teleks çekilerek tanığın yeminli beyanının yeterli olduğunun bildirildiğini belirterek davalının hukukî dinlenme hakkının ihlâl edilmediğine karar vermiştir. Karar için bkz. **Almanya:** Hanseatisches OLG, Hamburg, 27.7.1978, YCA, S.IV, 1979, s.266-268. Aynı yönde örnek kararlar için bkz. **İtalya:** Corte di Cassazione, 8.8.1990, Vento & C snc v. E.D. & F. Man Ltd., YCA, S.XVII, 1992, s.548; **Hollanda:** President, Rechtbank, Amsterdam, 24.4.1991, V/O Tractoroexport v. Dimpex Trading B.V., YCA, S.XVII, 1992, s.574; **İspanya:** Tribunal Supremo, Civil Chamber, 31.5.2005, Pueblo Film Distribution Hungary K.F.T. v. Laurenfilm S.A., YCA, S.XXXII, 2007, s.613; **İsviçre:** Tribunal Fédéral, 26.1.1987, Ali and Fahd Shobokshi v. Saicom S.A., YCA, S.XV, 1990, s.512. **İngiltere:** Queen's Bench Division, 20.1.1999, Minmetals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd., YCA, S.XXIV, 1999, s.745; **Amerika:** United States District Court, Western District of Pennsylvania, 5.5.2006, Jorf Lasfar Energy Company S.C.A. v. AMC1 Export Corporation, YCA, S.XXXII, 2007, s.714; **Avusturya:** OGH, 1.9.2010, YCA, S.XXXVI, 2011, s.256; **Hong Kong:** Supreme Court of Hong Kong, High Court, 5.1.1993, Qinhuangdao Tongda Enterprise Development Company v. Million Basic Company Ltd., YCA, S.XIX, 1994, s.676; **Singapur:** High Court, 29.9.1995, Hainan Machinery Import and Export Corp. v. Donald & McArthy Pte Ltd., YCA, S.XXII, 1997, s.776.

⁶⁶ Scherer, s.294.

⁶⁷ Ramazan Arslan/Süha Tanrıver, *Yargı Örgütü Hukuku*, Ankara, 2001, s.183; Pekcanitez, *Hukukî Dinlenme Hakkı*, s.775; Özkes, s.106; Süha Tanrıver, “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *TBB Dergisi*, S.53, 2004, s.208; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.188; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.342.

⁶⁸ Özkes, s.107.

nitelendirilmektedir⁶⁹. Hayat olayının gerçeğe en yakın fotoğrafının çekilebilmesi için yargılamanın her iki tarafının argümanlarının, diğer bir ifadeyle, iddia ve savunmalarının çarpışması ve ayakta kalan argümanlar doğrultusunda talebin haklılığı konusunda bir karar tesis edilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, yargılamanın her iki tarafına açıklama hakkının kullanılması bakımından eşit davranılmalıdır. Sözleşme'nin V/1-b maddesi, tarafların her bir iddiasını ileri sürebilmesi konusunda hakemlere eşit imkân sağlama yükümlülüğü getirmektedir⁷⁰. Diğer bir ifadeyle, tahkim yargılamasında taraflara eşit ve objektif davranılması, bir tarafın diğerine nazaran iddia ve savunmalarını ileri sürebilmek bakımından avantajlı kılınmaması gerekmektedir⁷¹. Silahların eşitliği ilkesi, “*tahkimin en önemli ilkelerinden bir tanesi*”⁷² ve “*yargılama ve kamu düzeninin en temel kuralı*”⁷³ olarak nitelendirilmektedir.

UNCITRAL Model Kanunu da dâhil olmak üzere bazı yasal mevzuatların⁷⁴ aksine, Sözleşme'de açıkça eşit muamele kavramı düzenlenmemiştir. Ancak, bu kavramın Sözleşme ve daha özelinde Sözleşme'nin V/1-b maddesi için aynen geçerli olduğu hususunda tereddüt etmemek gerekir. Nitekim, tarafların eşit muameleye tâbî tutulmaması hâlinin kendisi iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülememiş olması anlamına gelecektir. Bu anlamda, hukukî dinlenilme hakkının taraflara eşit işlem yapılmasını ve adil davranılmasını da kapsayıcı nitelikte olduğu ifade edilmektedir⁷⁵.

Açıklama hakkı, yalnızca yargılamaya katılıp açıklamada bulunabilmeyi değil, taraflardan birinin yapmış olduğu her açıklama bakımından karşı tarafa açıklamada bulunma imkânı tanınmasını ifade etmektedir. Bu anlamda, açıklama hakkı iddia ve savunma yönüyle bir bütündür⁷⁶.

⁶⁹ **Tanriver**, *Adil Yargılanma Hakkı*, s.207.

⁷⁰ **Matti S. Kurkela/Santtu Turunen**, *Due Process in International Commercial Arbitration*, Oxford, 2010, s.186 vd.

⁷¹ **van den Berg**, *The New York Convention*, s.306; **Hakan Pekcanitez**, “Medeni Yargıda Adil Yargılanma”, *İzBD*, S.2, 1997, s.45-46; **Öztekin-Gelgel**, s.1148. Silahların eşitliği ilkesi, hakem mahkemesinin aynı konuda taraflardan her ikisine de izin vermesiyle ya da her ikisine de izin vermemesiyle korunabilecektir. Bu bakımdan, bu ilkenin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki yüzü vardır. Bkz. **Michael Kramer/Guido E. Urbach/Reto M. Jenny**, “Equal Treatment in Multi-Party Arbitration and the Specific Issue of the Appointment of Arbitrators”, *AAJ*, 2009, s.149.

⁷² **Fernando Estavillo-Castro**, “Ethics in Arbitration”, *Liber Amicorum for Bernardo Cremades*, 2010, s.396.

⁷³ **Kurkela/Turunen**, s.189.

⁷⁴ Bkz. UNCITRAL Model Kanunu, m.18; **Fransa**: French Code of Civil Procedure (2011 yılında eklenen 1442-1527 maddeleri ile), m.1510; **İspanya**: Arbitration Act (2003), m.24(1); **İsviçre**: Federal Statute on Private International Law (1987), m.182(3).

⁷⁵ **Pekcanitez**, *İptal Sebepi*, s.100.

⁷⁶ **Pekcanitez**, *Adil Yargılanma*, s.47; **Özekes**, s.107; **Yeşilova**, s.167; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s.188.

Tarafların iddia ve savunmalarını ileri sürebilme imkânına sahip olmaları, hakem mahkemesinin onlara bu konuda getireceği süre sınırlamasıyla doğrudan bağlantılıdır. Bu bakımdan, tarafların iddia ve savunmalarını ortaya koyabilmeleri için yeterli hazırlık yapabilme imkânına sahip olmaları gerekmektedir. Diğer yandan, açıklama hakkı sınırsız olarak kullanılabilir bir hak da değildir. Gerçekten, hakem mahkemesinin iddia ve savunmalarını ileri sürmek bakımından tarafları belirli sürelerle sınırlaması yalnız başına açıklama hakkının ihlâli sayılmayacaktır⁷⁷. Nitekim, hakem mahkemesinin taraflara uygun bir süre vermesi ve verilen süreye uyulmamasının sonuçları hakkında tarafları bilgilendirmesi hâlinde, verilen süre geçtikten sonra getirilen iddia ve savunmaların reddedilmesi açıklama hakkının ihlâlini oluşturmayacaktır⁷⁸. Ancak, hakem mahkemesinin istisnâî durumları da göz önüne alması ve gecikme için geçerli sebepler sunulması hâlinde verilen sürenin geçirilmesinden sonra getirilen iddia ve savunmaları reddetmemesi uygun olacaktır⁷⁹.

Tarafların iddia ve savunmalarını ileri sürebilmeleri için hangi sürenin elverişli olacağı her bir uyuşmazlığın özelliğine göre değerlendirilmesi gereken bir meseledir. Bu konuda tenfiz mahkemelerinin on dört⁸⁰ ya da yirmi bir⁸¹ günlük cevap sürelerini kabul ettikleri görülmektedir. Bir davada ise bir haftalık cevap süresi çok kısa olarak değerlendirilmiştir⁸². Sonuç olarak, yalnızca verilen sürenin niceliğine bakmakla yetinilmemesi ve uyuşmazlığın niteliğinin de dikkate alınması gerektiği söylenebilecektir. Gerçekten, öyle bazı uyuşmazlıklar söz konusu olabilir ki cevap süresi nicelik bakımından uzun görünmekle birlikte, uyuşmazlığın niteliği gereği yetersiz kalabilecektir.

1. Açıklama Hakkının Konusu

a. Vakıalar

Açıklama hakkının konusunu öncelikle tarafların hakem mahkemesine yönelttikleri taleplerini dayandırdıkları vakıalar oluşturmaktadır. Karara etki edebilmesi muhtemel olan tüm vakıalar açıklama hakkının konusuna dâhildir⁸³.

⁷⁷ van den Berg, *The New York Convention*, s.308.

⁷⁸ Scherer, s.299.

⁷⁹ Tahkim yargılamasında geçerli olan kesin sürenin tarafın elinde olmayan nedenlerle kaçırılması durumunda muhtemel bir eski hâle getirme talebi ve söz konusu talebin geçerliliği hakkında bkz. Erdal Tercan, *Medeni Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale İade – Hali Sabıka İrca*, Ankara, 2006, s.171.

⁸⁰ Bu yönde örnek kararlar için bkz. **Hollanda**: Gerechtshof, The Hague, 28.4.1998 ve Arrondissementsrechtbank, Rotterdam, 2.10.1997, Rice Trading (Guyana) Ltd. v. Nidera Handelscompagnie B.V., YCA, S.XXIII, 1998, s.732; **İtalya**: Corte di Appello, Napoli, 20.2.1975, YCA, S.IV, 1979, s.276.

⁸¹ Bu yönde örnek bir karar için bkz. **İtalya**: Corte di Cassazione, 20.1.1977, YCA, S.IV, 1979, s.280.

⁸² Karar için bkz. **İspanya**: Tribunal Superior, 3.3.1982, YCA, S.IX, 1984, s.436.

⁸³ **Üstündağ**, s.361; **Pekcanitez**, *Hukukî Dinlenilme Hakkı*, s.778; **Özekes**, s.121.

Malûm, maruf ve meşhur vakıaların ispatı gerekmemekle birlikte, bunlar hakkında açıklama yapılmasına imkân tanınması gerekmektedir⁸⁴. Nitekim, bir vakıanın ispata ihtiyaç duyması ile o vakıa hakkında açıklama hakkının varlığı birbirinden ayrı değerlendirilmesi gereken hususlardır. Zira, bir vakıanın ispatının gerekli olup olmadığı ancak o vakıa hakkında yapılacak açıklamalardan sonra ortaya çıkabilecektir⁸⁵.

Tarafların açıklama hakkı, karşı tarafça ileri sürülmeyen ancak hakem mahkemesinin yetkisi dâhilinde, kendiliğinden göz önüne aldığı vakıalar hakkında da geçerliliğini korumaktadır. Hakem mahkemesinin kararını bu vakıalara dayandırabilmesi için önceden tarafların bilgilendirilmesi ve taraflara bu vakıalar hakkında beyanda bulunma imkânı sağlanması gerekmektedir. *Chrome Resources v. Léopold Lazarus* davasında uyuşmazlık ICC aracılığıyla çözümlenmiş ve hakem kararının tenfizi İsviçre’de talep edilmiştir. Davalı Chrome, hakem mahkemesinin tarafların bilgisi dışında bilirkişiye başvurmasından dolayı hukukî dinlenme hakkının ihlâl edildiği iddiasında bulunmuş ve hakem kararının tenfizi isteminin reddini talep etmiştir. İsviçre Yüksek Mahkemesi, hakemlerin bilirkişiye başvurma yetkisinin temel yargılama ilkelerine bağlı olmayacakları anlamına gelmediğini ve hakem kararına dayanak olan teknik konulara tarafların dikkatinin çekilmesi gerektiğini ifade etmiş ve hukukî dinlenme hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir⁸⁶.

b. Talep

Açıklama hakkı bakımından vakıalarla bağlantılı olarak ele alınması gereken bir diğer unsur uyuşmazlık konusu olan taleptir. Taraflar açıklamaların önemli bir kısmını vakıalar üzerinde yapmaktadırlar. Ancak, bu açıklamaların amacı taleplerin haklılığının ortaya konulmasıdır. Nitekim, talep sonucunda birden fazla talebin bulunması hâlinde bu taleplerin terditli ya da seçimli olup olmadığının belirlenebilmesi bakımından tarafların açıklamada bulunabilmeleri gerekmektedir⁸⁷.

⁸⁴ **Yavuz Alangoya**, *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, Ankara, 1979, s.130.

⁸⁵ **Özekes**, s.121.

⁸⁶ Karar için bkz. **İsviçre**: Tribunal Fédéral, 8.2.1978, *Chrome Resources v. Léopold Lazarus*, YCA, S.XI, 1986, s.538-542. Aynı yönde örnek bir karar için bkz. **İngiltere**: Queen’s Bench Division, 20.1.1999, *Minmetals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd.*, YCA, S.XXIV, 1999, s.743. Karş. **Hong Kong**: High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Court of Appeal, 16.1.1998, *Polytek Engineering Company Limited v. Hebei Import & Export Corporation*, YCA, S.XXIII, 1998, s.682. Diğer yandan, yalnızca hükmü etkileyebilecek nitelikteki ihlâllerin hakem kararının iptalini gerektireceğine yönelik bkz. **Liebscher**, *Fair Trial*, s.98; **Petrochilos**, *Procedural Law*, s.149. Ayrıca bkz. **Clare Ambrose**, “English Arbitration Law 2000”, *LMCLQ*, 2001, s.479.

⁸⁷ **Özekes**, s.123.

c. İspat Faaliyeti

aa. Genel Olarak

Açıklama hakkının unsurlarından bir diğeri, tarafların iddia ve savunmalarını ispat faaliyetinde bulunabilmesidir⁸⁸. Açıklama hakkının bir parçası olarak ileri sürülen vakıalar dışında, deliller bakımından da yargılamanın diğer tarafının bilgilendirilmesi ve bu konuda beyanda bulunmasına izin verilmesi gerekmektedir⁸⁹. Bu hak, çekişmeli yargı sisteminin temel ilkesi olarak nitelendirilmektedir⁹⁰. Ancak, belirli bir vakıa ya da delil hakkında tarafa açıklama hakkının tanınmamış olması, söz konusu vakıa ya da delil karar üzerinde etkili olmadıkça Sözleşme'nin V/1-b maddesi bağlamında tenfize engel olabilecek bir durum olarak değerlendirilemeyecektir. Nitekim, Almanya'da görülen bir davada davalı, davacının ibraz ettiği delillerin duruşmadan üç gün önce kendisine ulaştığını ve bu nedenle açıklama hakkını kullanmadığını ileri sürerek hakem kararının tenfizi isteminin reddini talep etmiştir. Mahkeme, hakem kararından anlaşıldığı üzere davacının ilgili delillerinin karar verilirken dikkate alınmadığını belirterek hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmediğine karar vermiştir⁹¹.

Tarafların açıklama hakkını etkin şekilde kullanabilmesi için, delillere erişimin hakem mahkemesince güvence altına alınması gereklidir⁹². Delillere erişim imkânının taraflara tanınmaması, Sözleşme'nin V/1-b maddesi bağlamında tenfize engel bir durum oluşturabilecektir. Nitekim, Amerikan Tahkim Derneği (American Arbitration Association - AAA) Kuralları'na tâbî olarak çözümlenen bir uyuşmazlıkta, tek hakem duruşma yapmaksızın karar tesis etmiştir. Alman şirketinin aleyhine olan bu kararın Almanya'da tenfizi talep edildiğinde tenfiz mahkemesi, davacının ibraz ettiği belgeler hakkında Alman şirketinin bilgi sahibi olmasına imkân tanınmadan karar verilmiş olması sebebiyle hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir⁹³.

⁸⁸ **Üstündağ**, s.261; **Pekcanitez**, *İptal Sebepleri*, s.103. **Özekes**, "İspat yönünde bir hak tanımadan sunulan açıklama hakkı amaçsız ve anlamsız olacak, açıklama hakkı boşlukta kalacaktır" ifadesiyle ispat faaliyetinde bulunma imkânı tanınmasının ne denli önemli olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. **Özekes**, s.124.

⁸⁹ **van den Berg**, *The New York Convention*, s.307; **Mehmet Kamil Yıldırım**, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul, 1990, s.99; **Trappe**, s.99; **Galic**, s.19; **Liebscher**, *The Healthy Award*, s.107; **Yeşilova**, s.169. Ayrıca bkz. **Pekcanitez**, *Anayasa Şikâyeti*, s.270-272; **Pekcanitez**, *Hukukî Dinlenilme Hakkı*, s.774; **Özekes**, s.93; **Tanriver**, *Adil Yargılanma Hakkı*, s.207.

⁹⁰ Bkz. **Hollanda**: Gerechtshof, The Hague, 28.4.1998 ve Arrondissementsrechtbank, Rotterdam, 2.10.1997, Rice Trading (Guyana) Ltd. v. Nidera Handelscompagnie B.V., YCA, S.XXIII, 1998, s.732.

⁹¹ Karar için bkz. **Almanya**: OLG, Hamm, 28.11.2008, YCA, S.XXXIV, 2009, s.541.

⁹² Karş. UNCITRAL Model Kanunu, m.24(3).

⁹³ Karar için bkz. **Almanya**: OLG, Hamburg, 3.4.1975, YCA, S.II, 1977, s.241. Aynı yönde örnek

Delilin taraflarca sunulup sunulmaması açıklama hakkının kullanılması bakımından önemli değildir. Hakem mahkemesinin kendiliğinden başvuracağı deliller bakımından da taraflara beyanda bulunma imkânı sağlanması gereklidir⁹⁴.

Taraflar arasında gizlilik sözleşmesinin olmadığı durumlarda yargılamanın gecikmemesi gerektiği göz önüne alınırsa iddia ve delillere ne şekilde cevap verileceği, yeni iddialara izin verilip verilmeyeceği ve en son hangi tarafın beyanda bulunacağı konusunda hakem mahkemesinin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır⁹⁵. Gerçekten, *Compagnie de Saint Gobain-Pont à Mousson v. The Fertilizer Corporation of India Ltd.* davasında tenfiz mahkemesi, davacının belge ibrazından sonra hakem mahkemesinin tanık dinlenmesi için yeni bir duruşma yapmamasını hukukî dinlenilme hakkının ihlâli olarak değerlendirmemiştir⁹⁶.

bb. Delillerin Sunulması

Uluslararası tahkimde delillerin sunulması bakımından doğrudanlık ilkesi geçerlidir. Diğer yandan, bu ilkenin ihlâl edilmiş olması, tarafların anlaşması yahut icazet vermeleri ya da tahkime uygulanan usûl kurallarının buna izin vermesi hâlinde açıklama hakkının ihlâli olarak değerlendirilemeyecektir⁹⁷. Diğer yandan, Yargıtay 19. HD. 9.11.2000 tarihli bir kararında, “*davalı taraftan tanık olarak dinletilmek istenen kişinin görüşleri rapor hâlinde hakeme ibraz edildiğinden ve hakemce değerlendirildiğinden savunma hakkının ihlâl edildiği söylenemez*” ifadesi kullanılmıştır⁹⁸. Burada mahkeme, tarafların icazetini ya da tahkime uygulanan usûl kurallarını araştırmaksızın, doğrudanlık ilkesinin uygulanmamasını açıklama hakkının ihlâli olarak değerlendirmemiştir.

Açıklama hakkının tam olarak sağlanabilmesi bakımından taraflar, hakemlerin kararını etkileyebileceğini düşündükleri her delili sunabilme imkânına sahip olmalıdırlar⁹⁹. Davayla ilgili ve davanın sonucuna etkili olan delillerin ikame edilmesine izin verilmemesi açıklama hakkının ihlâlini oluşturacaktır¹⁰⁰.

kararlar için bkz. **Almanya**: LG, Bremen, 20.1.1983, YCA, S.XII, 1987, s.487; **İsviçre**: Tribunal Fédéral, 12.1.1989, YCA, S.XV, 1990, s.512.

⁹⁴ **Özekes**, s.130. Ayrıca bkz. **İsviçre**: Tribunal Fédéral, 8.2.1978, Chrome Resources v. Léopold Lazarus, YCA, S.XI, 1986, s.538-542.

⁹⁵ **Scherer**, s.307.

⁹⁶ Karar için bkz. **Fransa**: Cour d'Appel, Paris, 10.5.1971, Compagnie de Saint Gobain-Pont à Mousson v. The Fertilizer Corporation of India Ltd., YCA, S.I, 1976, s.184-185.

⁹⁷ **Kaplan**, s.150.

⁹⁸ Karar için bkz. Yargıtay 19 HD., 9.11.2000 T., 2000/7171 E., 2000/7602 K.

⁹⁹ **Sachs/Lörcher**, s.284.

¹⁰⁰ **Geisinger/Mazurancic**, s.245. Hakemlerin ibraz edilmek istenen belgeyi davayla ilgili ya da

cc. Delillerin Değerlendirilmesi

Davayı uzatmak amacıyla ve dürüstlük kuralına aykırı şekilde gösterilen, uyumsuzluk konusuyla bağlantılı olmayan ya da uyumsuzluğun çözümlenmesine katkısı olmayacak delillerin değerlendirilmemesi açıklama hakkının ihlâli anlamına gelmeyecektir¹⁰¹. Bu gibi durumlarda hakkın kullanılmasından ziyade kötüye kullanılması söz konusudur¹⁰².

Delillerin incelenmesi ve değerlendirilmesi durumlarının birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Hakem mahkemesi delilleri incelemekten kaçınamaz. Nitekim, herhangi bir delil incelenmeksizin söz konusu delilin uyumsuzlukla bağlantılı olup olmadığı ya da dürüstlük kuralına aykırı şekilde gösterilip gösterilmediği konusunda kanaat edinilemez.

Delillerin incelenmesi ve değerlendirilmesi işi hakemlere ait olmakla birlikte, taraflara delillerin değerlendirilmesiyle ilgili açıklamada bulunarak yargılamaya etki edebilme imkânının tanınması gerekmektedir¹⁰³.

dd. Delillerin Sınırlandırılması

Tarafların aralarında yapacakları bir anlaşmayla belirli vakıaların ispatı bakımından sunulabilecek delilleri sınırlandırmaları mümkündür. Nitekim, ulusal hukuk sistemlerinde de belirli bir miktarın üzerindeki hukukî işlemler bakımından özel ispat kuralları öngörülebilmektedir¹⁰⁴. Dolayısıyla, özel ispat kuralları barındıran bir hukuk sisteminin tercih edilmiş olması durumunda da bu yönde bir sınırlama söz konusu olacaktır. Bu bakımdan, tarafların delilleri sınırlandırmasının hakem kararının tenfizi aşamasında açıklama hakkının ihlâli sayılıp sayılmayacağı incelenmesi gerekmektedir.

Tarafların delilleri sınırlandırmasının açıklama hakkının ihlâlini oluşturması için, sınırlandırmanın aşırı olması ve ilgili tarafın hukukî koruma mekanizmalarını hiç kullanamaması anlamına gelmesi gerektiği ve böyle bir sonucun ortaya çıkıp çıkmadığı değerlendirilirken somut olayın koşullarının göz önüne alınacağı ifade edilmektedir¹⁰⁵. Bu bakımdan, münferit olarak bir ispat

davanın sonucuna etkili bulmaması veya belgeyle ispatlanmak istenen iddia başka delillerle ispatlandığı için ibraz isteminin reddedilmesi durumlarında hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmiş olmayacağı yönünde bkz. **Cemile Demir-Gökyayla**, *Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazi*, 2014, s.242-243.

¹⁰¹ **Özekes**, s.128.

¹⁰² **Yıldırım**, s.148; **Pekcanitez**, *Hukukî Dinlenilme Hakkı*, s.778; **Özekes**, s.128.

¹⁰³ **Alangoya**, *İlkeler*, s.368; **Yıldırım**, s.98-99; **Pekcanitez**, *Hukukî Dinlenilme Hakkı*, s.778; **Özekes**, s.128.

¹⁰⁴ Örneğin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200. maddesinde 2500 Türk Lirası'nın üzerindeki hukukî işlemlerin senetle ispatı konusunda bir zorunluluk öngörülmektedir.

¹⁰⁵ **Kaplan**, s.147.

vasıtasından vazgeçilmesi, aşırı bir sınırlandırma kabul edilip açıklama hakkının ihlâli olarak değerlendirilemeyecektir. Örneğin, tahkim sözleşmesinde veya esas sözleşmede kararlaştırılan ve belirli hukukî işlemlerin yalnızca senetle ispatlanacağına dair hükümler geçerlidir.

Delillerin sınırlandırılması anlamında değinilebilecek diğer bir mesele hakem-bilirkişiye gidilmesi konusunda yapılan anlaşmaların akıbetidir¹⁰⁶. Taraflar, hakem-bilirkişiye gidilmesi konusunda bir anlaşma yaptıklarında, ayrık koşullar haricinde kendileri için bağlayıcı olacak şekilde uyumsuzluk konusunun miktar, değer veya seviye, randıman ya da yeterlilik gibi bir vasfının, güvenilir, uzman ve tarafsız bir hakem-bilirkişi tarafından tespit edilmesini ve bu hususların yalnızca söz konusu tespitle ispat edilebileceğini kabul etmiş olmaktadır¹⁰⁷. Bu bakımdan, hakem-bilirkişiye gidilmesi konusunda bir anlaşma yapılması hâlinde, uyumsuzluk hakemlerin önüne geldiğinde ilgili olay ve işlem hakkında bilirkişiye başvurulamayacaktır¹⁰⁸.

¹⁰⁶ *Yeğengil*, tarafların hakem-bilirkişiye gidilmek üzere yapmış oldukları sözleşmenin delillerin sınırlandırılmasına yönelik bir delil sözleşmesi olmaktan ziyade hakkın esasına ilişkin bir sözleşme olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Rasih Yeğengil**, *Tahkim (L'Arbitrage)*, İstanbul, 1974, s.149. Hakem-bilirkişi sözleşmesinin delil sözleşmesi ile hakem sözleşmesi arasında karma nitelikli bir sözleşme olduğu görüşü için bkz. **Yıldırım**, s.262. Bir başka görüşe göre ise, hakem-bilirkişi sözleşmesi vakiaları çekişmeli olmaktan çıkarmak üzere yapılan karma nitelikli bir tespit sözleşmesidir. Bkz. **Sema Taşpınar**, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, Ankara, 2001, s.149-151; **İşıl Ulaş**, *Uygulamalı Sigorta Hukuku – Mal ve Sorumluluk Sigortaları*, Ankara, 2007, s.128; **Nomer**, *Devletler Hususî Hukuku*, s.553; **Deren-Yıldırım**, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı etkisini usûl hukukuna dayanarak değil, maddî hukuka dayanarak açıklamanın daha doğru olduğunu; raporun bağlayıcılığının hakimnin söz konusu raporun bağlayıcılığından şüphe etmemesinden değil, tarafların önceden söz konusu raporun bağlayıcı olacağı konusundaki anlaşmalarından ötürü olduğunu; bu şekilde hakem-bilirkişi anlaşması ile delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin uyum içinde olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Nevhis Deren-Yıldırım**, "Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği", *İÜHFMD*, S.LIV, 1994, s.328. Hakem-bilirkişi anlaşmasının münhasır bir delil sözleşmesi, diğer bir ifadeyle, usûlî bir sözleşme olduğu yönünde bkz. **Tahir M. Sebük**, "Hakem, Hakem-Bilirkişi ve Kanunî Hakem Kararlarının Mukayesesi ve Tahkim Şartı", *IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası*, Ankara, 1965, 77-78; **Necmeddin M. Berkin**, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul, 1969, s.182; **İlhan Postacıoğlu**, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1975, s.595; **Necip Bilge/Ergun Önen**, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Ankara, 1978, s.349, dn.1a; **Özcan Atalay**, "Hakem-Bilirkişi Kavramı", *ABD*, S.5, 1976, s.872; **Üstündağ**, s.939; **Baki Kuru**, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, İstanbul, 2001, s.2899; **Cemal Şanlı**, *Milletlerarası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, İstanbul, 2005, s.387; **Yeşilirmak**, *Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, s.31.

¹⁰⁷ **Yeşilirmak**, *Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, s.24; **Ali Yeşilirmak**, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Hakem-Bilirkişilik", *DEÜHFD*, C.11, Özel Sayı, 2009, s.694.

¹⁰⁸ **Atalay Ö.**, s.871; **Deren-Yıldırım**, s.327; **Yeşilirmak**, *Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, s.40; **Yeşilirmak**, *Hakem-Bilirkişilik*, s.704.

Hakem-bilirkişiler de tıpkı hakemler gibi bağımsız ve tarafsız olmak zorundadırlar¹⁰⁹. Nitekim, uyuşmazlığın çözümlenmesi bakımından önem taşıyan bir vakıa hakkında nihâi tespitte bulunmaktadırlar¹¹⁰. Bu koşulların gerçekleşmemiş olması hâlinde hazırlanan hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmayacağı ve hakem mahkemesinin böyle bir raporu kararına esas alması hâlinde açıklama hakkının ihlâl edilmiş olacağı ifade edilmektedir¹¹¹. Bunun dışında, hakem-bilirkişi raporunun adalete ve nesafete aykırı olması¹¹², makûl olmaması ve hatalar içermesi¹¹³ sözü edilen raporun bağlayıcılığı bakımından gündeme gelebilecektir.

ee. Hakemlerin Takdir Yetkisi

Tarafların sundukları delillerin ispat kuvveti, kabul edilebilirliği ve somut vakıyla arasındaki nedensellik noktalarında tenfiz mahkemeleri, ulusal¹¹⁴ ve kurumsal¹¹⁵ tahkim kurallarıyla hakem mahkemesine tanınan geniş takdir yetkisini dikkate almaktadırlar. Gerçekten, tenfiz mahkemeleri söz konusu takdir yetkisine dayalı olarak verilen hakem kararlarının tenfizi talebini reddetmek konusunda isteksiz görünmektedirler. *Robert Fayez Mouawad v. Henco Heneine Construction & Développement Co. SARL.* davasında bir ICC hakem kararının Fransa'da tenfizi talebinde bulunulmuştur. Paris Temyiz Mahkemesi, hakem mahkemesinin tarafların getirdiği tüm delilleri kabul etmek zorunda olmadığını belirterek yalnızca uyuşmazlığın sonucuna etkili olan delillerin kabul edilmesinin hukukî dinlenilme hakkını ihlâl etmediğine hükmetmiştir¹¹⁶.

¹⁰⁹ Kaplan, s.149; Yeşilirmak, *Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, s.34; Yeşilirmak, *Hakem-Bilirkişilik*, s.719. Hakem-bilirkişinin, mahkemenin seçtiği bilirkişiden ziyade tarafların seçtiği hakeme benzediği yönünde bkz. Yeğengil, s.145; Yeşilirmak, *Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, s.31.

¹¹⁰ Yeşilirmak, *Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, s.28; Yeşilirmak, *Hakem-Bilirkişilik*, s.720.

¹¹¹ Kaplan, s.149; Yeşilirmak, *Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, s.43.

¹¹² Atalay Ö., s.872; Haluk Konuralp, "Hakem-Bilirkişi Raporunun İptali Davası", *Sigorta Hukuku Dergisi*, C.I, S.2, 1982, s.173; İsmail Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, Ankara, 1990, s.2952; Kuru, s.2920; Yeşilirmak, *Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, s.51.

¹¹³ John Kendall/Clive Freedman/James Farrell, *Expert Determination*, Londra, 2008, s.319.

¹¹⁴ Bkz. **Avusturya**: Arbitration Act (Yürürlük tarihi 1.1.2014 olan 2013 değişiklikleriyle), m.599(1); **İngiltere**: Arbitration Act (1996), m.34(1). Ayrıca bkz. UNCITRAL Model Kanunu, m.19(2).

¹¹⁵ Bkz. ICC Tahkim Kuralları, m.24(4) ve 25(1); LCIA Tahkim Kuralları, m.20(2) ve (22)(1)(f).

¹¹⁶ Karar için bkz. **Fransa**: Cour d'Appel, Paris, 10.1.2008, Robert Fayez Mouawad v. Henco Heneine Construction & Développement Co. SARL., YCA, S.XXXIII, 2008, s.480-483. Aynı yönde örnek kararlar için bkz. **Avusturya**: OGH, 31.3.2005, YCA, S.XXXI, 2006, s.584; **Amerika**: United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 29.9.1997, Generica Limited v. Pharmaceutical Basics Inc., YCA, S.XXIII, 1998, s.1081.

Taraflarca sunulan bir delilin reddedilmesi, söz konusu delilin yargılamanın sonucunu etkileyebilecek nitelikte olması¹¹⁷ ya da tarafın hukukî dinlenilme hakkından mahrum kalması sonucunu doğurması¹¹⁸ hâlinde açıklama hakkının ihlâli olarak değerlendirilmektedir.

Hakem mahkemesinin delillerle ilgili kurallar koymak bakımından geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu takdir yetkisi, tanıkla ispata izin verilip verilmeyeceği konusunda önem kazanmaktadır. Nitekim, tanıkla ispata izin verilmemesi sebebiyle açıklama hakkının ihlâl edildiği yönündeki itirazlar neredeyse hiç başarıya ulaşmamaktadır¹¹⁹.

Tanığın gelmemesinden dolayı duruşmanın ertelenmesi talebinin hakem mahkemesince reddi, söz konusu tanığın önemli bir tanık olması ve gerçekten duruşmaya katılma imkânının bulunmaması durumu istisna edilirse açıklama hakkının ihlâlini oluşturmayacaktır. Nitekim, *Dalmine S.p.A. v. M.&M. Sheet Metal Forming Machinery A.G.* davasında İtalyan Yüksek Mahkemesi, tanığın duruşmaya katılma imkânı bulunmadığının ispatlanmaması sebebiyle hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmediğine karar vermiştir¹²⁰. Aynı şekilde, diğer delillerin sunulmasından sonra yeni bir tanık dinlenmesi için duruşma yapılmasının gerekli görülmemesi durumunda da açıklama hakkının ihlâlinden bahsedilemeyecektir¹²¹.

Hakem mahkemesinin tanık delili bakımından sahip olduğu takdir yetkisi, bilirkişi deliline izin verilmesi ve bu delile başvurma yöntemi bakımından da geçerliliğini korumaktadır. Bu bağlamda, taraflarca öngörülen ya da taraflardan bağımsız olan¹²² bir bilirkişinin atanmasına karar verilebilecektir.

Bilirkişiye başvuruya karar verilmesi durumunda, taraflar ile bilirkişinin çatışan bir menfaatinin bulunmadığının güvence altına alınması için, atanan

¹¹⁷ Almanya'da verilen bir kararda tenfiz mahkemesi, davalının sunduğu delilin reddedilmesinin hukukî dinlenilme hakkının ihlâli sayılabilmesi için, söz konusu delilin yargılamanın sonucunu etkileyebilecek nitelikte olması gerektiğini karara bağlamıştır. Karar için bkz. **Almanya**: Hanseatisches OLG, Bremen, 30.9.1999, YCA, S.XXXI, 2006, s.640-651.

¹¹⁸ Bu yönde örnek bir karar için bkz. **Amerika**: United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 29.9.1997, *Generica Limited v. Pharmaceutical Basics Inc.*, YCA, S.XXIII, 1998, s.1076-1081.

¹¹⁹ Bu yönde örnek bir karar için bkz. **Amerika**: United States Court of Appeals, Second Circuit, *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Société Générale de l'Industrie du Papier (RAKTA)*, 23.12.1974, YCA, S.I, 1976, s.205.

¹²⁰ Karar için bkz. **İtalya**: Corte di Cassazione, 23.4.1997, *Dalmine S.p.A. v. M.&M. Sheet Metal Forming Machinery A.G.*, YCA, S.XIV, 1999, s.709-713.

¹²¹ **Scherer**, s.301. Diğer yandan, delillerin kural olarak hakemlerin tümü tarafından incelenmesi ve tanıkların oturumlarda taraflar huzurunda dinlenmesi gerektiği yönünde bkz. **Galic**, s.28; **Jaksic**, s.241; **Yeşilova**, s.170.

¹²² Bu yönde örnek bir karar için bkz. **İsviçre**: Tribunal Fédéral, 8.2.1978, *Chrome Resources v. Lazarus*, YCA, S.XI, 1986, s.538-542. Karş. UNCITRAL Model Kanunu, m.26(1)(a).

bilirkişinin kimliği konusunda tarafların bilgilendirilmesi gerekmektedir¹²³. Bununla birlikte, hakem mahkemesi tarafların yokluğunda bir uzmanla istişarede bulunmak niyetindeyse bu durumun önceden taraflara bildirilmesi ve uzmanın varmış olduğu sonuçlar bakımından taraflara beyanda bulunma imkânı sağlanması gerekmektedir¹²⁴. Nitekim, bilirkişi raporunun taraflara bildirilmemesi ya da uzmanın varmış olduğu sonuçlar hakkında taraflara beyanda bulunma imkânı tanınmaması hâlinde hakem kararının tenfizi talebi reddedilebilmektedir¹²⁵.

d. Hukukî Sebepler

Taraflarca ileri sürülmeyen ya da yargılamada tartışılmayan bir hukukî sebebin hakem kararına dayanak yapılmak istenmesi durumunda, taraflara bu yeni hukukî sebep hakkında beyanda bulunma imkânı tanınması gerekmektedir¹²⁶. Taraflara böyle bir imkân tanınmaksızın sözü edilen hukukî sebebin hakem kararına dayanak yapılması durumunda açıklama hakkının ihlâlinden bahsedilebilecektir. Nitekim, bu şekilde karar verilmesi tarafların sonucunu öngöremeyecekleri bir yargılama süreci içinde bulunmaları anlamına gelecektir. Ancak, bazı tenfiz mahkemeleri, hukukî sebep taraflarca ileri sürülmemiş olsa bile hakem mahkemesinin bunu kendiliğinden araştırabileceği ve bu durumun hukukî dinlenilme hakkının ihlâlî anlamına gelmeyeceği sonucuna varmaktadırlar¹²⁷. Diğer yandan, taraflarca ileri sürülmeyen ya da yargılamada tartışılmayan bir hukukî sebebin hakem kararına dayanak yapılması sürpriz karar verme yasağı kapsamında değerlendirilebilecektir.

Burada tartışılması gereken bir diğer mesele, hakem mahkemesinin karar üzerinde etkili olabileceğini düşündüğü ve taraflardan birisi için yabancı olan kanun hükümlerini ya da mahkeme kararlarını taraflara yazılı bir metin hâlinde sağlamasının gerekip gerekmediğidir. Bu yönde bir yorumun açıklama hakkının kapsamı bakımından aşırı olacağı belirtilmektedir¹²⁸. Kanaatimizce,

¹²³ Scherer, s.301.

¹²⁴ Bu yönde örnek kararlar için bkz. **İsviçre**: Tribunal Fédéral, 8.2.1978, Chrome Resources v. Léopold Lazarus, YCA, S.XI, 1986, s.538-542; **Hong Kong**: High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Court of Appeal, 16.1.1998, Polytek Engineering Company Limited v. Hebei Import & Export Corporation, YCA, S.XXIII, 1998, s.682.

¹²⁵ Bu yönde örnek kararlar için bkz. **İsviçre**: Tribunal Fédéral, 8.2.1978, Chrome Resources v. Léopold Lazarus, YCA, S.XI, 1986, s.538-542; **Hong Kong**: Supreme Court of Hong Kong, High Court, 15.1.1993, Paklito Investment Ltd. v. Klockner East Asia Ltd., YCA, S.XIX, 1994, s.671.

¹²⁶ **Üstündağ**, s.262; **Scherer**, s.307; **Pekcanitez**, *İptal Sebepleri*, s.103. “*Hakimin hukuku re’sen uygulaması - iura novit curia*” ilkesine karşın, hukukî sebeplerin açıklama hakkının konusu yapılmasının gerekçesi için bkz. **Özekes**, s.131.

¹²⁷ Bu yönde örnek bir karar için bkz. **İsviçre**: Tribunal Fédéral, 8.2.1978, Chrome Resources v. Lazarus, YCA, S.XI, 1986, s.538-542.

¹²⁸ **Scherer**, s.308. Diğer yandan, farklı hukuk sistemlerinden gelen tarafların hakemlerce

bu kaynakların kamuya açık olması durumunda, söz konusu kaynaklara erişim hususu taraflara bırakılmalıdır. Nitekim, erişimi mümkün olan hukukî sebeplerin temini konusunda hakem mahkemesinin herhangi bir yardımı gerekli görünmemektedir. Burada tarafların sonucunu öngöremeyecekleri bir yargılamadan değil, yargılamaya yeterince hazırlanmamış olmalarından bahsedilebilir.

Son olarak belirtmek gerekirse hakem mahkemesinin nihaî kararını açıklamadan önce hukukî sorunlar hakkındaki görüşünü bildirme gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Aksine, yargılamaya ilgili tüm iddia ve deliller toplanmadan önce hukukî sorunlar hakkında görüş bildirilmesi, hakemlerin tarafsızlığını şüpheye düşürebilecek ve hakem kararının tenfizi talebinin reddine neden olabilecektir.

2. Açıklama Hakkının Kullanılması

a. Duruşma Talep Edilebilmesi

Açıklama hakkı, tarafların beyanlarını hakem mahkemesine doğrudan iletebilecekleri bir duruşma talep edebilmelerini kapsayıcı niteliktedir. Bu bağlamda, böyle bir talep olmasına karşın hakem mahkemesinin duruşma yapmayı reddetmesi, hakem kararının tenfizine engel olabilecek bir sebep olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tarafların duruşma yapılmasına dair bir talebinin olmadığı durumlarda, hakem mahkemesinin duruşma yapmak ya da yargılamayı dosya üzerinden yürütmek konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Tenfiz mahkemeleri, yargılamanın evrak üzerinden yürütülmesinin mutad sayıldığı durumlarda duruşma yapılmamasını tenfize engel bir sebep olarak görmeyebilmektedirler. Ancak, hakemlerin bu konudaki takdir yetkisi, taraflar arasındaki anlaşma hükümleriyle ve tahkime uygulanan hukukla sınırlanmaktadır.

MTK. madde 11/A, *“Hakem veya hakem kurulu, delillerin sunulması, sözlü beyanlarda bulunulması ve bilirkişiden açıklama istenmesi gibi sebeplerle duruşma yapılmasına karar verebileceği gibi; yargılamanın dosya üzerinde yürütülmesine de karar verebilir. Taraflar duruşma yapılmaması konusunda anlaşmadıkça, hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine yargılamanın uygun aşamasında duruşma yapar”* hükmünü getirmektedir. Bu madde, hakem mahkemesine duruşma yapılması konusunda bir takdir yetkisi getirmekle birlikte, bu konuda taraflar arasındaki anlaşma hükümlerini de göz önüne almaktadır.

uygulanacak kurallara aşına olması mümkün olmayabileceği gibi, bilinen kuralların da bilindiği şekliyle uygulanmayabileceği ve bu sebeple, yargılama usûlüne uygulanacak kuralların nelerden ibaret olduğunun, bunların nerede ve ne şekilde uygulanacağını ve olası sonuçlarının taraflara bildirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Yeşilova**, s.173.

Açıklama hakkının sağlanması için tarafların duruşmaya bizzat katılmaları gerekli değildir. Tenfiz mahkemeleri, duruşmaya yetkili bir temsilcinin katılabilmesi hâlinde açıklama hakkının ihlâl edildiğine yönelik itirazları reddetmektedirler. Nitekim, Almanya’da verilen bir kararda tenfiz mahkemesi, iş problemleri sebebiyle duruşmanın ertelenmesi yönündeki talebin reddedilmiş olmasını, sözü edilen duruşmaya yetkili bir temsilcinin katılması sebebiyle hukukî dinlenilme hakkının ihlâli saymamıştır¹²⁹. Bu bağlamda, tahkimin yapıldığı ülkeye cezaî takibat, tutuklanma ya da suçluların iadesi tehlikesiyle giriş yapılmıyor olsa bile tarafa açıklama hakkı tanınmadığı sonucuna varılmamaktadır. Gerçekten, *Consortio Rive S.A. de C.V. v. Briggs of Cancun Inc.* davasında davalı, hakkında Meksika’da başlayan bir cezaî soruşturma olması sebebiyle tutuklanma tehlikesi olduğunu ve tahkime katılmak üzere Meksika’ya giriş yapamadığını ifade ederek hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Amerikan Temyiz Mahkemesi, davalının tahkim yargılamasına bir avukat gönderebileceğini ifade ederek hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmiş sayılmayacağına karar vermiştir¹³⁰. Buna karşın, Kanada’da verilen bir kararda, finansal kaynakların yetersizliğinden dolayı duruşmaya katılmamış olunması hâlinde hakem kararının tenfizinin reddedilebileceği belirtilmiştir¹³¹. Bununla birlikte, Yargıtay 2. HD. 12.4.2000 tarihli bir kararında, davalının avukatının yabancı ülkede kendisini yeterince savunmamasını hukukî dinlenilme hakkının ihlâli olarak görmemiştir. Yazılan karşı oy yazısında, yabancı ülkede yasalara uygun olarak bir avukat tutulduğu, avukatın mahkemede davalıyı temsil etmediği ve avukatın bu sebeple disiplin cezası aldığı gerekçe gösterilerek davalının mahkemede temsil edilmediği ve hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edildiği vurgulanmıştır¹³². Kanaatimizce, söz konusu olayda avukatın sorumluluğu gündeme gelebilecek olmakla birlikte, davalının hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmiş olması gerekçesiyle kararın tanınması ya da tenfizi talebinin reddi gerekli değildir. Diğer yandan, avukatın savunmada bulunmamış olması alacaklının müdahalesiyle gerçekleşmişse burada artık davalının hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edildiği sonucuna varılması gerekmektedir.

¹²⁹ Karar için bkz. **Almanya**: OLG, Karlsruhe, 27.3.2006, YCA, S.XXXII, 2007, s.342-346.

¹³⁰ Karar için bkz. **Amerika**: United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 26.11.2003, *Consortio Rive S.A. de C.V. v. Briggs of Cancun Inc.*, YCA, S.XXIX, 2004, s.1160-1171. Aynı yönde örnek bir karar için bkz. **Amerika**: United States District Court, Southern District of New York, 23.1.1992, *National Development Company v. Adnan M. Khashoggi*, YCA, S.XVIII, 1993, s.508. New York Sözleşmesi’nin V/1-b maddesine benzer şekilde, Uluslararası Ticarî Tahkime Yönelik Inter-Amerikan Sözleşmesi’nin 5/1-b maddesiyle ilgili olarak bkz. **Amerika**: United States District Court, Southern District of California, 28.7.2000, *Empresa Constructora Contex Limitada v. Iseki Inc.*, YCA, S.XXVI, 2001, s.1165.

¹³¹ Karar için bkz. **Kanada**: Supreme Court, Province of Prince Edward Island, Trial Division, 23.3.2001, *Grow Biz International Inc. v. D.L.T. Holdings Inc.*, YCA, S.XXX, 2005, s.456.

¹³² Karar için bkz. Yargıtay 2. HD., 12.4.2000 T., 2000/2634 E., 2000/4605 K.

Duruşmanın yapıldığı dil konusunda tebligatın yapıldığı dil hakkındaki açıklamalarımız geçerliliğini korumaktadır. Bu bakımdan, taraflar arasında bu konuda bir anlaşma olması durumu istisna edilirse duruşmanın taraflardan birinin anlamadığı bir dilde yapılması açıklama hakkının ihlâli olarak değerlendirilmeyecektir¹³³. Duruşma dilinin uluslararası tahkimde yaygın bir kullanıma sahip olan İngilizce olması hâlinde ise açıklama hakkının ihlâlinden bahsedilmesi mümkün görünmemektedir¹³⁴.

b. Açıklama Hakkından Feragat

Taraflara etkin bir hukukî dinlenme imkânı sağlanmamış olması, hakem kararının tenfizine engel olabilecek bir sebep olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer yandan, bu hakkın kullanılmaması, diğer bir ifadeyle, açıklama hakkından feragat edilmesi, hukukî dinlenme hakkının ihlâli anlamına gelmeyecektir¹³⁵. Gerçekten, hukukî dinlenme hakkı tarafların mutlaka açıklama yapmasını zorunlu kılmamaktadır. Hukukî dinlenme hakkı ve bu hakkın bir unsuru olan açıklama hakkı bir hak olup yükümlülük değildir¹³⁶. Kendisine yeterli imkân sunulduktan sonra hakkı kullanıp kullanmamak hak sahibinin ihtiyarında olan bir meseledir. Zira, hiç kimse kendisine tanınan bir hakkı kullanmaya zorlanamaz¹³⁷. Açıklama hakkının kullanılması kimi süre ve şekil şartlarının yerine getirilmesine bağlanabilir. Yargılamadan usûlüne uygun şekilde haberdar edilmiş olunmasına rağmen süre veya şekil şartına uygun davranılmaması hâlinde, yargılamanın ilgili tarafın yokluğunda yürütülmesi ve hatta kararın da ilgili tarafın giyabında verilmesi mümkündür¹³⁸. Böyle bir

¹³³ **Steindl**, s.517. Karar örnekleri için bkz. **Avusturya**: OGH, 23.10.2007, *YCA*, S.XXXIII, 2008, s.357; **İsviçre**: Appellationsgericht, Basel-Stadt, 27.2.1989, *YCA*, S.XVII, 1992, s.583. Diğer yandan, yargılama dili bakımından taraflardan birinin diğerine nazaran daha aleyhte bir konumda olmasının taraflara eşit davranma yükümlülüğünün ihlâli sayılacağı yönünde bkz. **Trappe**, s.96; **Liebscher**, *Fair Trial*, s.100; **Yeşilova**, s.171.

¹³⁴ Bu yönde örnek bir karar için bkz. **İspanya**: Tribunal Supremo, 14.10.2003, *Fashion Ribbon Company Inc. v. Iberband S.L.*, *YCA*, S.XXX, 2005, s.631.

¹³⁵ **Kurkela/Turunen**, s.37. Karar örnekleri için bkz. **Avusturya**: OGH, 1.9.2010, *YCA*, S.XXXVI, 2011, s.257; **Almanya**: OLG, Hamburg, 30.7.1998, *YCA*, S.XXV, 2000, s.715; **Amerika**: United States Court of Appeals, Second Circuit, 24.11.1992, *Iran Aircraft Industries and Iran Helicopter Support and Renewal Company v. Avco Corporation*, *YCA*, S.XVIII, 1993, s.601; United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 23.3.2004, *Karaha Bodas Co. L.L.C. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, *YCA*, S.XXIX, 2004, s.1282; United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 29.9.1997, *Generica Limited v. Pharmaceutical Basics Inc.*, *YCA*, S.XXIII, 1998, s.1078; United States District Court, Southern District of New York, 8.12.1997, *Overseas Cosmos Inc. v. NR Vessel Corp.*, *YCA*, S.XXIII, 1998, s.1100; United States District Court, Southern District of New York, 11.3.1996, *Ukrvneshprom State Foreign Economic Enterprise v. Tradeway Inc.*, *YCA*, S.XXII, 1997, s.962.

¹³⁶ **Özekes**, s.149; **Tanriver**, *Adil Yargılanma Hakkı*, s.208; **Yeşilova**, s.169.

¹³⁷ **Pekcanitez**, *Hukuki Dinlenme Hakkı*, s.780; **Özekes**, s.149.

¹³⁸ **Pekcanitez**, *Hukuki Dinlenme Hakkı*, s.780; **Kaplan**, s.129; **Özekes**, s.241 vd.; **Tanriver**, *Adil*

durumda tarafın yargılamaya katılma imkânından yararlanmak istemediği ve hakkından feragat ettiği kabul edilecektir¹³⁹. Hakkın açık şekilde kullanılmaması söz konusu olabileceği gibi talepte bulunulmaması ya da sürenin geçirilmesi yoluyla zımnî şekilde haktan feragat edilmesi de söz konusu olabilecektir¹⁴⁰. Nitekim, MTK. madde 11/C-4 hükmüne göre, “*Taraflardan biri, geçerli bir neden göstermeksizin duruşmaya gelmez veya delillerini sunmaktan kaçınırsa; hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasına devam ederek mevcut delillere göre karar verebilir*”.

Hak sahibinin açıklama hakkından feragat etmiş sayılabilmesi için hakem mahkemesinin üzerine düşeni yapmış olması, feragat konusu işlemin tam olarak gerçekleşebilecek duruma gelmiş olması ve yalnızca taraf iradesinin ya da davranışının belirleyici konumda olması gerekmektedir¹⁴¹. Bununla birlikte, MTK. madde 11/A hükmüne göre hakem mahkemesi, tarafların gelmemesine bağlanan sonuçları önceden taraflara bildirmelidir.

c. Dikkate Alınma Hakkı

1. Genel Olarak

Taraflara tanınan bilgilendirme ve açıklama hakkının anlam ifade edebilmesi için kendilerine bu haklarla bağlantılı olarak dikkate alınma hakkının da sağlanması gerekmektedir. Dikkate alınma hakkı ise ancak taraflarca ileri sürülen iddia ve savunmaların yargılama sürecinde değerlendirilmesi ve hüküm verilirken söz konusu iddia ve savunmalara gereken önemin verilmesiyle sağlanabilecektir¹⁴². Gerçekten, tarafların açıklama hakkı çerçevesinde iddia ve savunmalar ileri sürerek bunlara ilişkin ispat faaliyetinde bulunmalarının temel sebebi, söz konusu iddia ve savunmaların değerlendirilmesi neticesinde hakem kararını etkileyebilecekleri inancıdır¹⁴³. Dikkate alınıp değerlendirilmeyecekse açıklama hakkının tanınması da bir anlam ifade etmeyecektir.

Yargılanma Hakkı, s.208; **Yeşilova**, s.169.

¹³⁹ **Galic**, s.25; **Kaplan**, s.184 vd.; **Yeşilova**, s.169.

¹⁴⁰ **Pekcanitez**, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s.781; **Özekes**, s.150.

¹⁴¹ **Özekes**, s.151.

¹⁴² **Özekes**, s.153. Almanya’da verilen bir kararda tenfiz mahkemesi, hakem mahkemesinin tarafların iddialarını dikkate alması gerektiğini ve hakem kararında hangi iddiaları öne çıkardığını belirtmesi gerektiğini ifade etmiştir. Karar için bkz. **Almanya**: BGH, 18.1.1990, YCA, S.XVII, 1992, s.508; OLG, Celle, 31.5.2007, YCA, S.XXXIII, 2008, s.530. Aynı yönde karar örnekleri için bkz. **Fransa**: Cour d’Appel, 1.7.1999, Braspetro Oil Services Company – Brasoil v. The Management and Implementation Authority of the Great Man-Made River Project, YCA, S.XXIV, 1999, s.302; **Almanya**: OLG, Cologne, 23.4.2004, YCA, S.XXX, 2005, s.560; OLG, Stuttgart, 6.12.2001, YCA, S.XXIX, 2004, s.745; OLG, Hamburg, 26.1.1989, YCA, S.XVII, 1992, s.497; OLG, Hamburg, 3.4.1975, YCA, S.II, 1977, s.241.

¹⁴³ **Pekcanitez**, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s.784; **Özekes**, s.153.

Hukukî dinlenilme hakkının sağlanmış sayılabilmesi için iddia ve savunmaların dikkate alınıp değerlendirilmesi yeterlidir. İddia ve savunmaların aynen kabul edilmesi ve kararın bu doğrultuda tesis edilmesi zorunlu değildir. Önemli olan tarafın açıklama hakkı kapsamında yargılamaya etki edebilme imkânına sahip olmasıdır. Mutlaka başarılı bir sonuç elde etme garantisi bulunmamaktadır¹⁴⁴.

Bu bölümde öncelikle gerekçesiz hakem kararlarının tenfizi meselesini inceleyeceğiz. Sonrasında ise hem açıklama hakkıyla hem de dikkate alınma hakkıyla bağlantılı bir konu olan sürpriz karar verme yasağı ele alınacak ve hukukî dinlenilme hakkının üç unsuru bakımından yapılan inceleme tamamlanacaktır.

2. Gerekçesiz Hakem Kararlarının Tenfizi

Dikkate alınma hakkının sağlanabilmesi için, yargılama süresince ileri sürülen iddia ve savunmaların hakem kararının gerekçesinde tartışılmasının gerekip gerekmediği açıklığa kavuşturulmalıdır. Nitekim, tarafların arasındaki anlaşmaya ya da uygulanan hukuka göre kararın gerekçeli olması gerekmiyorsa hiç ya da yeteri kadar gerekçelendirilmemiş hakem kararları tenfiz edilebilmektedir. Nitekim, Hollanda'da görülen bir davada davalı, hakem kararının gerekçesiz olması sebebiyle geçersiz olduğunu ileri sürmüştü ve tenfiz isteminin reddini talep etmiştir. Tenfiz mahkemesi, hakemlerin kararlarını gerekçelendirmek zorunda olmadıklarını ifade ederek gerekçesiz hakem kararını tenfiz etmiştir¹⁴⁵. Burada önem arz eden nokta, hakem mahkemesinin kararını oluştururken tarafların ileri sürdüğü iddia ve savunmaları gerçekten değerlendirip değerlendirmedir¹⁴⁶. Hakem kararının gerekçesinden ilgili iddia ve delillerin göz önüne alınmadığı açıkça anlaşılıyorsa hakem kararın tenfizi talebi reddedilebilecektir¹⁴⁷.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 10.2.2012 tarihli kararına göre, mahkeme kararlarının gerekçeli yazılmasını ifade eden Anayasa kuralı Türk mahkeme kararları için emredici nitelikte olsa bile, Türk usûl hukukundan farklı bir kuralın uygulanması kamu düzeni müdahalesi için yeterli bir gerekçe değildir. Bu sebeple, kararın gerekçesizliği salt bu sebepten dolayı tenfize engel bir sebep olarak ileri sürülemez¹⁴⁸. Bu bakımdan, uluslararası bir hakem kararının Türkiye'de tenfizi talep edildiğinde, yalnızca kararın gerekçesi olmamasından dolayı hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edildiği ileri sürülemeyecektir.

¹⁴⁴ Özkes, s.156.

¹⁴⁵ Karar için bkz. **Hollanda:** Rechtbank, Rotterdam, 24.11.1994, Isaac Glycer v. Moses Israel Glycer and Estera Glycer – Nottman, YCA, S.XXI, 1996, s.635-642.

¹⁴⁶ Özkes, s.233.

¹⁴⁷ Scherer, s.305.

¹⁴⁸ Yargıtay İBK., 10.2.2012 T., 2010/1 E., 2012/1 K.

Hakem kararının hiç ya da yeteri kadar gerekçelendirilmemiş olması konusundaki açıklamalarımız kararın gerekçesinin çelişkili olması bakımından da geçerliliğini korumaktadır. Bu bakımdan, hakem kararının gerekçesinin çelişkili olması, Sözleşme'nin V/1-b maddesi anlamında tenfize engel bir durum oluşturmayacaktır¹⁴⁹. Ancak, kararın hüküm kısmının muğlak olması durumunda tenfize karar verilmesi için bu kısmın belirli hâle getirilmesi istenebilecektir. Nitekim, *IPOC International Growth Fund Ltd. v. LV Finance Group Ltd.* davasında Britanya Virjin Adaları Yüksek Mahkemesi, New York Sözleşmesi'nde hakem kararının tavzih edilmiş hâliyle tenfizini yasaklayan bir hüküm olmadığını belirterek hakem kararının tavzih edilmiş hâliyle tenfiz edilemeyeceği yönündeki itirazı reddetmiştir¹⁵⁰.

3. Sürpriz Karar Verme Yasası

a. Sürpriz Karar

Sürpriz karar verme yasası denildiğinde genel olarak yargılamanın adil ve hakkaniyete uygun şekilde yürütülmesi durumunda tarafların öngöremeyecekleri bir kararla karşılaşmamaları anlaşılmaktadır¹⁵¹. Diğer bir ifadeyle, sürpriz karardan bahsedilebilmesi için yargılamanın o âna kadarki seyrine göre haklı olarak öngöremeyecek bir kararla karşılaşılması gerekmektedir. Bu bakımdan, hakemlerin mutlaka kötü niyetli bir davranışı olması gerekmez. Kararın sürpriz olma niteliği yanlış yapılan işlemlerden de kaynaklanabilir¹⁵².

Sürpriz karar ile hakem kararının beklentileri karşılamamasını birbirinden ayırmak gerekmektedir. Yargılamanın tarafları için beklenmedik, hayal kırıklığı yaratan bir karar olması, söz konusu kararın sürpriz bir karar olduğu anlamına gelmeyecektir. Hakem kararının mevcut hukukî sebepler çerçevesinde beklenmedik, öngörülemesiz olması gerekmektedir. Kararın beklenmedik olması tamamen ihtimâl dışı ve öngörülemesiz olduğu anlamına gelmeyeceğinden yalnız başına sürpriz karardan bahsedilebilmesi için yeterli değildir.

Sürpriz karar verme yasası hem açıklama hakkı hem de dikkate alınma hakkı bakımından önem arz etmektedir. Taraflarca ileri sürülmeyen ya da yargılamada tartışılmayan bir hukukî sebebin hakem kararına dayanak yapılmak istenmesi durumunda, taraflara bu yeni hukukî sebep hakkında beyanda bulunma imkânı tanınması gerekir. Nitekim, yargılamanın tarafları davanın ve kararın hukukî dayanaklarını sürpriz şekilde ilk defa kararda görmek durumunda kalmamalıdır¹⁵³.

¹⁴⁹ Scherer, s.305.

¹⁵⁰ Karar için bkz. **Britanya Virjin Adaları**: Court of Appeal, 18.6.2008, *IPOC International Growth Fund Limited v. LV Finance Group Limited*, YCA, S.XXXIII, 2008, s.408-432.

¹⁵¹ Özkes, s.185.

¹⁵² Üstündağ, s.262; Pekcanitez, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s.787.

¹⁵³ İlhan E. Postacıoğlu, "Davanın ve Kaziyei Muhakemenin Unsuru Olarak Hukuki Sebep",

b. Sürpriz Karar Verme Yasağının Kapsamı

Sürpriz kararlara engel olunması için, yargılamanın konusunun ve özellikle maddî ve hukukî dayanaklarının taraflarla tartışılması gerekmektedir¹⁵⁴. Taraflarca ileri sürülmeyen ya da yargılamada tartışılmayan bir hukukî sebep karara dayanak yapılmak isteniyorsa taraflara bu hukukî sebep hakkında beyanda bulunma imkânının verilmesi gereklidir. Hukukî dinlenme hakkının sağlanması bakımından önemli olan böyle bir tartışmanın bulunmasıdır. Hakem kararına gerekçe yapılacak olan her şeyin önceden taraflara bildirilmesi gerekli değildir.

Hakem mahkemesinin yalnızca bir tarafın aleyhine olacak şekilde değerlendirme yapması, tarafın savunma olarak ileri sürdüğü hukukî gerekçeleri onun aleyhine kullanması, hukukî değerlendirmede bulunurken lehe olan hususları gözetmemesi, tartışılan hukukî sorunlardan hangi sonuçlara yönelmek istediği konusunda tarafların dikkatini çekmemesi, tarafların ancak kararda görüp öğrenecekleri bir hukukî gerekçeyi uyuşmazlığa uygulaması gibi durumlar sürpriz karar çerçevesinde değerlendirilerek hukukî dinlenme hakkının ihlâli kabul edilmektedir¹⁵⁵.

Hakem mahkemesi her şeyi taraflarla tartışmak zorunda olmamakla birlikte, kararı etkileyen her şeyi göz önünde bulundurmamak ve değerlendirmek zorundadır. Tarafların bilmedikleri ve öngöremedikleri, kendilerinden bunun beklenilmesinin de makûl sayılmayacağı hukukî sebepler söz konusuysa hakemlerin bu hukukî sebepleri taraflarla tartışması gerekmektedir¹⁵⁶.

III. Hukukî Dinlenme Hakkının İhlâli Bakımından Uygulanacak Hukuk

Hangi durumların hukukî dinlenme hakkının ihlâlini oluşturacağı konusunda tahkim yeri ülkesi hukuku ile kararın tenfizi talep edilen ülke hukuku arasında farklı yaklaşımlar olabilecektir. Nitekim, Sözleşme'ye taraf olan tüm ülkeler bakımından bu konuda yeknesak bir uygulama olduğu söylenemeyecektir. Bu bakımdan, hukukî dinlenme hakkının ihlâl edilip edilmediğine karar verilirken hangi hukukun göz önüne alınması gerektiğinin incelenmesi gerekmektedir.

Recai Seçkin'e Armağan, Ankara, 1974, s.497; Özkes, s.188.

¹⁵⁴ Özkes, s.187.

¹⁵⁵ Üstündağ, s.262; Pekcanitez, *Hukuki Dinlenme Hakkı*, s.787; Özkes, s.192.

¹⁵⁶ Özkes, s.190. Diğer yandan, hakemlerin yaygın olarak bilinen ilmî ya da kazaf içtihatlarından ayrılacak olmaları hâlinde de tarafların hukukî dinlenme hakkının korunması gerektiği yönünde bkz. Klaus P. Berger, *International Economic Arbitration*, Boston, 1993, s.250; Trappe, s.99; Liebscher, *Fair Trial*, s.94; Liebscher, *The Healthy Award*, s.108. Bu yönde örnek bir karar için bkz. İsviçre: Tribunal Fédéral, 14.11.1991, YCA, S.XVII, 1992, s.279-282. Ayrıca bkz. Pekcanitez, *Hukuki Dinlenme Hakkı*, s.787-788; Kaplan, *Usûle Aykırılık*, s.144; İnceoğlu, s.212 vd.; Özkes, s.87 vd.; Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara, 2004, s.293.

Hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilip edilmediğine karar verilirken hangi hukukun göz önüne alınması gerektiği konusunda Sözleşme'nin V/1-b maddesinde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan, uygulanacak hukuk konusunda birbirinden farklı görüşlerden bahsedilebilecektir. Bu bölümde söz konusu görüşleri ele almanın faydalı olacağı kanaatindeyiz.

A. Tahkim Usûlüne Uygulanan Hukuk

Sözleşme'nin V/1-b maddesine uygulanacak hukuk konusunda ileri sürülen görüşlerden ilki, tahkim usûlüne uygulanan hukukun (*lex arbitri*) burada da geçerli olacağı yönündedir. Bu görüşe göre, New York Sözleşmesi'nin V/1-b maddesinde "*usûlü dairesinde*" ibaresinin tercih edilmesi, hakem kararının belirli bir ulusal hukuk sistemine ve özellikle de kararın tenfizi talep edilen ülke hukukuna göre değil, tahkim usûlüne uygulanan hukuka göre incelenmesi gerektiğini göstermektedir¹⁵⁷.

Bir yazara göre ise bu konuda tenfiz mahkemesi ikili bir değerlendirme yapmalıdır. Öncelikle tahkim usûlüne uygulanan hukukun (*lex arbitri*) öngördüğü hükümlerin uygulanıp uygulanmadığı incelenmeli, eğer bu hükümler uygulanmışsa tenfiz ülkesi hukuku göz önüne alınmalıdır¹⁵⁸.

B. Hakem Kararının Tenfizi Talep Edilen Ülke Hukuku

Hukukî dinlenilme hakkının ihlâli bakımından Almanya¹⁵⁹, İtalya¹⁶⁰, İspanya¹⁶¹, Amerika¹⁶² ve diğer bazı ülkelerin¹⁶³ tenfiz mahkemeleri, prensip olarak hakem

¹⁵⁷ Akıncı, s.191-192; Birsell, s.161; Ertekin/Karataş, s.481-482; Şit, s.209. Tahkim usûlünün kurumsal tahkim kurallarına tâbî olması durumunda söz konusu incelemenin bu kuralarda öngörülen usûle göre yapılması gerektiği yönünde bkz. Birsell, s.161; Mercangöz, s.827.

¹⁵⁸ Osamu Inoue, "The Due Process Defence to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in United States Federal Courts: A Proposal for a Standard", *Am. Rev. Int'l. Arb.*, S.11, 2000, s.256. Hukukî dinlenilme hakkının ihlâli bakımından tarafların tahkim sözleşmesine uygulanmasını kararlaştırdıkları hukukun, bu konuda bir anlaşma olmaması durumunda ise tahkim yeri ülkesi hukukunun uygulanmasını öngören bir diğer görüş için bkz. Ramona Martinez, "Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nations Convention 1958: Refusal Provisions", *Int'l. Law.*, S.24, 1990, s.499.

¹⁵⁹ Bu yönde örnek bir karar için bkz. **Almanya**: OLG, Hamburg, 27.7.1978, YCA, S.IV, 1979, s.267.

¹⁶⁰ Bu yönde örnek bir karar için bkz. **İtalya**: Corte di Appello, Napoli, 20.2.1975, YCA, S.IV, 1979, s.275.

¹⁶¹ Bu yönde örnek bir karar için bkz. **İspanya**: Tribunal Supremo, Civil Chamber, 31.7.2000, Ionian Shipping Line Co. Ltd. v. Transshipping S.A., YCA, S.XXXII, 2007, s.537.

¹⁶² Bu yönde örnek bir karar için bkz. **Amerika**: United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 29.9.1997, Generica Limited v. Pharmaceutical Basics Inc., YCA, S.XXIII, 1998, s.1078.

¹⁶³ Bu yönde örnek kararlar için bkz. **Hong Kong**: Supreme Court of Hong Kong, High Court,

kararının tenfizi talep edilen ülke hukukunu (*lex fori*) uygulamaktadırlar. Tenfiz mahkemeleri, hukukî dinlenilme hakkının kapsamı bakımından kendi ülke hukuklarını uygulamakla birlikte, tenfiz ülkesinin ulusal hukukundaki yorum şeklinin bütünüyle uygun olmadığını vurgulayarak tahkim yargılamasının uluslararası niteliğini de göz önüne almaktadırlar. Özellikle bazı Amerikan tenfiz mahkemeleri iç hukukta hukukî dinlenilme hakkının ihlâlini oluşturan bir durumun mutlaka Sözleşme'nin V/1-b maddesi bakımından bir ihlâl anlamına gelmeyeceğine hükmetmektedirler. Nitekim, *Mary D. Slaney v. International Amateur Athletic Federation* davasında tenfiz mahkemesi, hakem yargılaması ile devlet yargısını birbirinden ayırarak hukukî dinlenilme hakkının sağlanmış sayılmasını farklı ölçütlere bağlamıştır. Buna göre, hakem yargılamasında adil bir yargılamanın asgarî gerekliliklerinin sağlanması yeterli olacaktır. Bunlar ise taraflara usûlüne uygun tebliğ yapılması, bir duruşma yapılması ve hakem kararının tarafsız olmasıdır. Aralarındaki uyuşmazlığı devlet yargısı yerine tahkimle çözümlenmek isteyen taraflar, mahkemelerde uygulanan usûlün aynısının kendilerine uygulanmasını beklememelidirler¹⁶⁴.

SONUÇ

Uluslararası hakem kararlarının tanınması ve tenfize dair 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi, V/1-b maddesiyle adil yargılanma hakkının temel bir unsuru olan hukukî dinlenilme hakkını tahkim yargılamasının tarafları için güvence altına almaktadır. Bununla birlikte, hukukî dinlenilme hakkının ihlâlini kamu düzeninin ihlâliyle özdeşleştiren ülkeler bakımından Sözleşme'nin V/2-b maddesi de bu anlamda bir güvence teşkil etmektedir. Sözleşme'nin V/1-b maddesinde hukukî dinlenilme hakkının ihlâlının ayrıca düzenlenmesi, bu hakkın özel öneminden ve hukukî dinlenilme hakkının ihlâlini kamu düzeninin ihlâliyle özdeşleştirmeyen ülkeler bakımından sözü edilen hakkı korumasız bırakmama düşüncesinden kaynaklanmaktadır.

Tarafların aralarında yaptıkları bir anlaşmayla hukukî dinlenilme hakkının kapsamını genişletmeleri hâlinde, sözü edilen anlaşmaya uygun şekilde hakkın tesis edilmemesi, Sözleşme'nin V/1-b maddesi bağlamında değil, V/1-d maddesi

15.1.1993, *Paklito Investment Ltd. v. Klockner East Asia Ltd.*, YCA, S.XIX, 1994, s.671. Sözleşme'nin V/2-b maddesinde düzenlenen kamu düzeni sınırlamasıyla ilgili olarak bkz. **İngiltere:** *Queen's Bench Division*, 20.1.1999, *Minmetals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd.*, YCA, S.XXIV, 1999, s.745.

¹⁶⁴ Karar için bkz. **Amerika:** *United States Court of Appeals, Seventh Circuit*, 27.3.2001, *Mary D. Slaney v. International Amateur Athletic Federation*, YCA, S.XXVI, 2001, s.1091-1102. Bu yönde örnek kararlar için bkz. **Amerika:** *United States Court of Appeals, Seventh Circuit*, 29.9.1997, *Generica Limited v. Pharmaceutical Basics Inc.*, YCA, S.XXIII, 1998, s.1079; *United States Court of Appeals, Second Circuit*, *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Société Générale de l'Industrie du Papier (RAKTA)*, 23.12.1974, YCA, S.I, 1976, s.205.

bağlamında bir ihlâl neden olacaktır. Diğer yandan, tarafların aralarında yaptıkları bir anlaşmayla hukukî dinlenme hakkının kapsamını daraltmaları yoruma ihtiyaç duymaktadır. Nitekim, tarafların arasındaki anlaşma hükümleri dikkate alındığında Sözleşme'nin V/1-b maddesi bağlamında, hukukî dinlenme hakkı dikkate alındığında ise Sözleşme'nin V/1-d maddesi bağlamında hakem kararının tenfizi talebinin reddi istenebilecektir. Böyle bir durumda tarafların hukukî dinlenme hakkından zımnî olarak feragat ettikleri sonucuna varılabilir. Diğer yandan, bu yönde bir yorumla tarafların hukukî dinlenme hakkı asgarî olarak dâhî sağlanamamaktaysa söz konusu feragatin geçersiz sayılması ve hakem kararının tenfizi talebinin V/1-b maddesine dayalı olarak reddedilmesi gereklidir.

Tenfiz mahkemeleri, tebligatın şekli bakımından ulusal hukuk sistemlerindeki kurallara sıkı sıkıya bağlı kalmamaktadırlar. Bu anlamda, tarafların bilgilendirilebileceği ve bilgilendirildiğinin anlaşılabilirliği bir yöntemin kullanılması yeterli görünmektedir.

Tbligatın yapıldığı dil bakımından tarafların arasındaki anlaşma hükümleri dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte, tarafların kararlaştırdıkları dilden başka bir dilde tebligat yapılmış olsa dâhî, taraflardan bir tanesinin bu dili bilmemesi ve tebligatı anlamaması istisna edilirse hukukî dinlenme hakkı ihlâl edilmiş sayılmayacaktır. Taraflar arasında bu konuda herhangi bir anlaşma mevcut değilse tebligatın taraflardan birinin anlamadığı bir dilde yapılması, tek başına hukukî dinlenme hakkının ihlâlî olarak yorumlanmamaktadır. Bu anlamda, tahkim yeri ülkesinin dilinde yapılan tebligatlar geçerli görülmektedir. Kanaatimizce, tahkim yeri seçilirken tebligatın yapılacağı dilden ziyade coğrafi konum gibi etkenler göz önüne alındığından, bu şekilde bir yorumla hukukî dinlenme hakkının korunması istediği menfaati ortadan kaldırmak makûl görünmemektedir.

Ulusal hukuk sistemlerindeki tebliğ edilmiş sayılma yönündeki karinenin uluslararası tahkimde geçerli olup olmadığı konusunda tenfiz mahkemeleri arasında uygulama birliği bulunmamaktadır. Kanaatimizce, bu yönde bir karineye başvurulurken bilgilenme hakkıyla korunması istenen menfaatin ortadan kaldırılmamasına özen gösterilmelidir. Bu anlamda, makûl bir araştırma faaliyeti yürütülmeli ve böyle bir araştırma yapılmasına karşın davalının adresine ulaşamadığı yönündeki deliller dava dosyasına eklenmelidir. Aksi hâlde, usûlüne uygun şekilde tebligat yapılmadığından bahisle tenfiz isteminin reddi gerekmektedir.

Tarafın hakem seçiminden ve hakem yargılamasından haberdar edilmiş sayılması için uyulması gereken adımlar şu şekilde özetlenebilir:

- Hakem seçiminde bulunulmasının istenmesi,
- seçilen hakemin bildirilmesi,
- yapılan seçimin hakem tarafından kabulünün bildirilmesi,
- hangi talep ya da taleplerde bulunulduğunun bildirilmesi,
- karşı tarafın savunmada bulunması için hakem mahkemesine davet edilmesi,
- hakem kararının bildirilmesi.

Usûlüne uygun şekilde haberdar edilmekle birlikte tahkim yargılamasına katılmayan tarafın, tenfiz aşamasında Sözleşme'nin V/1-b maddesine dayanarak tenfiz isteminin reddini talep etmesi geçerli görülmemelidir. Nitekim, burada hakkın kullanımından değil, hakkın kötüye kullanımından bahsedilecektir.

Tarafların açıklama hakkı vakıaları, talebi, ispat faaliyetini ve hukukî sebepleri kapsayıcı niteliktedir. Bu anlamda açıklama hakkı, karşı tarafça ileri sürülmeyen, hakem mahkemesinin kendiliğinden göz önüne aldığı vakıalar bakımından da geçerliliğini korumaktadır.

Delilerin incelenmesi ve delillerin değerlendirilmesi hususları birbirinden ayrı olarak düşünülmelidir. Hakem mahkemesi delilleri incelemekten kaçınmaz. Nitekim, deliller hakkında herhangi bir incelemede bulunmaksızın hangi delillerin değerlendirilmeyeceği konusunda bir kanaat edinilmesi mümkün değildir. Delillerin incelenmesi ve değerlendirilmesi işi hakemlere ait olmakla birlikte, taraflara açıklamada bulunarak yargılamaya etki edebilme imkânı tanınmalıdır.

Tahkim yargılamasının tarafları, aralarında yapacakları bir anlaşmayla delilleri sınırlandırabilirler. Bununla birlikte, sözü edilen sınırlandırmanın aşırı olmaması ve tarafların hukukî koruma mekanizmalarını hiç kullanamamaları gibi bir sonuca ulaşmaması gerekmektedir.

Taraflarca ileri sürülmeyen ya da yargılamada tartışılmayan bir hukukî sebebin hakem kararına dayanak yapılmak istenmesi durumunda, bu konuda da taraflara beyanda bulunma imkânı sağlanması gereklidir. Bu anlamda, tarafların sonucunu öngöremeyecekleri bir yargılama süreci içerisinde bırakılmamaları gerekir.

Tarafların hakem mahkemesinden bir duruşma yapılmasını talep etmelerine rağmen herhangi bir duruşma yapılmadan karar verilmesi durumunda hukukî dinlenilme hakkının ihlâlinde bahsedilebilir. Buna karşın, böyle bir talep bulunmaması hâlinde hakem mahkemesi, duruşma yapıp yapmamak konusunda takdir yetkisini haizdir.

Açıklama hakkının kullanılması kimi süre ve şekil şartlarının yerine getirilmesine bağlanabilir. Yargılamadan usûlüne uygun şekilde haberdar edilmiş olunmasına rağmen süre veya şekil şartına uygun davranılmaması hâlinde, yargılamanın ilgili tarafın yokluğunda yürütülmesi ve hatta kararın da ilgili tarafın gıyabında verilmesi mümkündür. Böyle bir durumda tarafın yargılamaya katılma imkânından yararlanmak istemediği ve hakkından feragat ettiği kabul edilecektir. Bununla birlikte, hak sahibinin açıklama hakkından feragat etmiş sayılabilmesi için hakem mahkemesinin üzerine düşeni yapmış olması, feragat konusu işlemin tam olarak gerçekleşebilecek duruma gelmiş olması ve yalnızca taraf iradesinin ya da davranışının belirleyici konumda olması gerekmektedir.

Tarafların arasındaki anlaşmaya ya da uygulanan hukuka göre hakem kararının gerekçeli olması gerekmiyorsa hiç ya da yeteri kadar gerekçelendirilmeyen hakem kararları tenfiz edilebilmektedir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 10.2.2012 tarihli içtihadı birleştirme kararı da aynı doğrultudadır. Hakem kararının gerekçesiz olması, salt bu sebeple tenfizine engel olmayacaktır.

Sonuç olarak, Sözleşme'nin V/1-b maddesi tarafların hukukî dinlenilme hakkını güvence altına almaktadır. Ancak, uluslararası tahkimin niteliği gereği, ulusal hukuk sistemlerinin aksine birtakım şekli sınırlamalar göz ardı edilmektedir. Bu anlamda, tebligatın herhangi bir şekle tâbî olmaması, gerekçesiz hakem kararlarının tenfiz edilebilmesi ve duruşma yapılmaksızın karar verilebilmesi gibi örneklerden bahsedilebilir. Buna karşın, hukukî dinlenilme hakkıyla korunmak istenen menfaatin ortadan kaldırılmamasına özen gösterilmelidir. Bu anlamda, hakkı aşırı derecede sınırlayan uygulamalar neticesinde elde edilen hakem kararlarının tenfizi talebi reddedilebilecektir. Burada uluslararası tahkimin ihtiyaçları ve niteliği ile hukukî dinlenilme hakkıyla korunmak istenen menfaat arasındaki dengenin son derece hassas bir şekilde kurulması gereklidir. Bir yandan uluslararası hakem kararlarını şekli sınırlamalarla tenfiz edilemez hâle getirmemek gerekirken, diğer yandan tarafların hukukî dinlenilme hakkını tesis ederek yargılama sürecini ve kararı içselleştirmelerine imkân sağlanmalıdır.



KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya**, *Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi*, İzmir, 1994.
- Alangoya, Yavuz**, *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, Ankara, 1979.
- Alangoya, Yavuz**, “Anayasanın Medeni Usul Hukukuna Etkisi”, *MHB*, S.1, 1981.
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis**, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, İstanbul, 2011.
- Alyoshin, Oleg Y.**, “Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Ukraine: To Be or Not to Be”, *J. Int’l. Arb.*, S.22, 2005.
- Ambrose, Clare**, “English Arbitration Law 2000”, *LMCLQ*, 2001.
- Arslan, Ramazan/Tanriver, Süha**, *Yargı Örgütü Hukuku*, Ankara, 2001.
- Atalay, Esra**, “Yargısal Temel Haklar”, *Prof. Dr. Şükrü Saraçoğlu’na Armağan*, İzmir, 1997.
- Atalay, Oğuz**, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir, 2001.
- Atalay, Özcan**, “Hakem-Bilirkişi Kavramı”, *ABD*, S.5, 1976.
- Berger, Klaus P.**, *International Economic Arbitration*, Boston, 1993.
- Berkin, Necmeddin M.**, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul, 1969.
- Bilge, Necip/Önen, Ergun**, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Ankara, 1978.
- Birsel, Mahmut Tevfik**, “Milletlerarası Ticaret Odasının Uzlaştırma ve Tahkim Hükümlerine Göre Verilen Hakem Kararlarının 2675 sayılı Kanun Hükümleri Dairesinde Tenfizi”, *II. Tahkim Haftası – Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi*, 1984.
- Born, Gary B.**, *International Commercial Arbitration*, 2014.
- Briner, R./von Scelsbrendorff, F.**, “Article 6 of the European Convention on Human Rights and Its Bearing Upon International Arbitration”, *Law of International Business and Dispute Settlement in 21st Century – Liber Amicorum Karl – Heinz Böckstiegel*, 2001.

Dahlberg, Hans/Öhrström, Maris, “Proper Notification: A Crucial Element of Arbitral Proceedings”, *J. Int’l. Arb.*, S.25/5, 2010.

Dayınlarlı, Kemal, *HUMK’ta Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim*, Ankara, 2004.

Demir-Gökyayla, Cemile, *Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazı*, 2014.

Deren-Yıldırım, Nevhis, “Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği”, *İÜHFİM*, S.LIV, 1994.

Doğanay, İsmail, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, Ankara, 1990.

Ertekin, Erol/Karataş, İzzet, *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Tanınması*, Ankara, 1997.

Estavillo-Castro, Fernando, “Ethics in Arbitration”, *Liber Amicorum for Bernardo Cremades*, 2010.

Galic, Ales, “Arbitration and the Right to A Fair Trial: Constitutional Procedural Guarantees in Arbitration Proceedings”, *Croat. Arbit. Yearb.*, S.7, 2000.

Geisinger, Elliott/Mazuranic, Alexandre, *International Arbitration in Switzerland – A Handbook for Practitioners*, 2013.

Gillies, Peter, “Enforcement of International Arbitration Awards – The New York Convention”, *Int’l. T. Bus. L. R.*, S.9, 2004.

Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara, 2004.

Harris, Bruce/Planterose, Rowan/Tecks, Jonathan, *The Arbitration Act 1996: A Commentary*, 2003.

Inoue, Osamu, “The Due Process Defence to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in United States Federal Courts: A Proposal for a Standard”, *Am. Rev. Int’l. Arb.*, S.11, 2000.

İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, İstanbul, 2002.

Jacot-Guillarmod, Olivier, “Rights Related to Good Administration of Justice”, *The European System for the Protection of Human Rights*, 1993.

Jaksic, Aleksandar, *Arbitration and Human Rights*, Berlin, 2002.

Jana, Andrés/Armer, Angie/Kranenberg, Johanna Klein, "Article V(1) (b)", *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, 2010.

Junker, Joel R., "The Public Policy Defense to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", *Cal. W. Int'l. L. J.*, S.7, 1977.

Kaplan, Yavuz, *Milletlerarası Tahkimde Usûle Aykırılık*, Ankara, 2002.

Kendall, John/Freedman, Clive/Farrell, James, *Expert Determination*, Londra, 2008.

Konuralp, Haluk, "Hakem-Bilirkişi Raporunun İptali Davası", *Sigorta Hukuku Dergisi*, C.I, S.2, 1982.

Koral, Rabi, "Yabancı Hakem Kararlarının İcrası Hakkında Birleşmiş Milletler Konferansı ve 10 Haziran 1958 tarihli Sözleşme", *iÜHFİM*, C.XXIV, S.1-4'ten ayrı bası, 1961.

Kramer, Michael/Urbach, Guido E./Jenny, Reto M., "Equal Treatment in Multi-Party Arbitration and the Specific Issue of the Appointment of Arbitrators", *AAJ*, 2009.

Kurkela, Matti S./Turunen, Santtu, *Due Process in International Commercial Arbitration*, Oxford, 2010.

Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, İstanbul, 2001.

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, *Medenî Usul Hukuku*, Ankara, 2014.

Kühn, Wolfgang, "Current Issues on the Application of the New York Convention – A German Perspective", *J. Int'l. Arb.*, S.25/6, 2008.

Liebscher, Christoph, "Fair Trial and Challenge of Awards in International Arbitration", *Croat. Arbit. Yearb.*, S.6, 1999.

Liebscher, Christoph, *The Healthy Award – Challenge in International Commercial Arbitration*, 2003.

Martinez, Ramona, "Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nations Convention 1958: Refusal Provisions", *Int'l. Law.*, S.24, 1990.

Mercangöz, Ebru, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Savunma Haklarına Uyuma Şartı”, *GSÜHFD: Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan*, S.1, 2002.

Merkin, Robert, *Arbitration Act 1996*, Londra, 2000.

Nomer, Ergin, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi (09.06.1999 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı)”, *MHB*, C.19, S.1-2, 1999-2000.

Nomer, Ergin, *Devletler Hususî Hukuku*, İstanbul, 2013.

Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Ankara, 2003.

Öztekin-Gelgel, Günseli, “New York Konvansiyonu’na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay’ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *MHB*, C.22, 2002.

Pekcanitez, Hakan, “Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.12, 1995.

Pekcanitez, Hakan, “Medeni Yargıda Adil Yargılanma”, *İzBD*, S.2, 1997.

Pekcanitez, Hakan, “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, *Seyfullah Edis’e Armağan*, İzmir, 2000.

Pekcanitez, Hakan, “Tahkim Usûlü İle İlgili İptal Sebepleri”, *XI. Milletlerarası Tahkim Semineri*, 2014.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku*, Ankara, 2012.

Petrochilos, Georgios C., *Prodecural Law in International Arbitration*, Oxford, 2004.

Postacıoğlu, İlhan E., “Davanın ve Kaziyei Muhakemenin Unsuru Olarak Hukuki Sebep”, *Recai Seçkin’e Armağan*, Ankara, 1974.

Postacıoğlu, İlhan, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1975.

Roney, D.P./Muller, A.K., “The Arbitral Procedure”, *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, 2004.

Sachs, Klaus/Lörcher, Torsten, *Arbitration in Germany – The Model Law in Practice*, 2007.

Scherer, Maxi, “The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Violation of Due Process, Article V(1)(b)”, *New York Convention – Commentary*, Oxford, 2012.

Sebük, Tahir M., “Hakem, Hakem-Bilirkişi ve Kanunî Hakem Kararlarının Mukayesesi ve Tahkim Şartı”, *IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası*, Ankara, 1965.

Steindl, Barbara Helene, “Watch Out and Act! – Recent Case Law on Due Process in Light of Austrian Law and the 1958 New York Convention”, *J. Int’l. Arb.*, S.25/4, 2008.

Şanlı, Cemal, *Milletlerarası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, İstanbul, 2005.

Şit, Banu, *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara, 2005.

Tanriver, Süha, “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *TBB Dergisi*, S.53, 2004.

Tanriver, Süha, “Tabîi Hakim İlkesi ve Medenî Yargı”, *TBB Dergisi*, S.104, 2013.

Taşpınar, Sema, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, Ankara, 2001.

Tercan, Erdal, *Medeni Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale İade – Hali Sabıka İrca*, Ankara, 2006.

Toker, Ali Gümrah, “15 Kasım 1965 tarihli Hukukî veya Ticarî Konularda Adlî ve Gayri Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi Uyarınca Tebligat Yapılması”, *DEÜHFD*, C.13, S.2, 2011.

Trappe, Johannes, “The Arbitration Proceedings – Fundamental Principles and Rights of the Parties”, *J. Int’l. Arb.*, S.15/3, 1998.

Ulaş, Işıl, *Uygulamalı Sigorta Hukuku – Mal ve Sorumluluk Sigortaları*, Ankara, 2007.

Ünal, Şeref, “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası”, *Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu*, 1990.

Üstündağ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, C.I-II, İstanbul, 2000.

van den Berg, Albert J., *The New York Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, 1981.

van den Berg, Albert J., “New York Convention of 1958 Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XVII (1992) – XIX (1994)”, *YCA*, S.19, 1994.

van den Berg, Albert J. /van Delden, R./Snijders, H.J., *Netherlands Arbitration Law*, 1993.

van Dijk, Pieter/van Hoof, G.J.H., *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, Lahey, 1998.

Verbist, Herman, “Challenges on Ground of Due Process Pursuant to Article V(1)(b) of the New York Convention”, *Enforcement of Arbitral Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention 1958 in Practice*, Londra, 2007.

Wheless, Elise P., “Article V(1)(b) of the New York Convention”, *Emory Int’l. L. R.*, S.7, 1993.

Yeğenil, Rasih, *Tahkim (L’Arbitrage)*, İstanbul, 1974.

Yeşilirmak, Ali, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Hakem-Bilirkişilik”, *DEÜHFD*, C.11, Özel Sayı, 2009.

Yeşilirmak, Ali, *Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem – Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, İstanbul, 2011.

Yeşilova, Bilgehan, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, İzmir, 2008.

Yıldırım, Mehmet Kamil, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul, 1990.

İDARİ PARA CEZASI

Administrative Fine

Arş. Gör. Sibel CAN¹

Geliş Tarihi: 12.07.2016 Kabul Tarihi: 29.09.2016

ÖZET

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hukuka aykırı olan ve haksızlık ifade eden fiiller arasında suç veya kabahat olarak bir ayırım yapılmış ve kabahatler TCK dışına çıkarılmıştır. Yine aynı tarihte yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu ile idari yaptırımlar ilk defa genel bir düzenlemeye kavuşmuştur. Kamu düzenini ağır şekilde ihlal etmeyen ancak haksızlık ihtiva eden fiiller kabahat olarak kabul edilmiş ve bu fiiller karşılığında idari yaptırım uygulanması öngörülmüştür. Bu yaptırımlar, başta hukuki nitelikleri olmak üzere pek çok açıdan cezai yaptırımlardan ayrılmakla birlikte bunların idare mi yoksa ceza hukukunun mu alanına dahil oldukları hususu tartışmalıdır.

Çoğu zaman bir yargı kararı olmaksızın idari merci tarafından hükmedilen idari yaptırımlar içerisinde idari para cezası önemli bir yer tutmaktadır. Özellikle ekonomik hayata ilişkin düzenlemelerde idari para cezasına sıkça yer verilmektedir. Ayrıca Genel Bütçe içerisinde yer alan gelirler incelendiğinde de idari para cezalarının oranının her geçen yıl arttığı göze çarpmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İdare Hukuku, Ceza Hukuku, İdari Yaptırımlar, İdari İşlem, Kabahat.

ABSTRACT

Between acts which against the law and expressing injustice was made distinction as crime or faulty at the Turkish Penal Code No. 5271 which came into force on 1 June 2005 and misdemeanors was excluded from the TPC. With the Misdemeanors Code which on the same date enacted administrative sanctions reunited common regulation for the first time. Does not severely violate public order, but containing unfair acts was considered as misdemeanor and administrative sanctions were foreseen to be carried out for these acts. These sanctions, especially including the legal nature is distinguished from many aspects from criminal sanctions, however, It is controversial whether these belong to Administrative Law or Criminal Law.

Administrative fines are an important place in administrative sanctions that most of the time ordered by the administrative authority without a judicial decision. Especially, administrative fines is frequently given place to regulation of economic life. In addition when is examined revenues located within the General Budget, are outstanding that the ratio of administrative fines has increased every year.

Keywords: Administrative Law, Criminal Law, Administrative Sanctions, Administrative Operation, Misdemeanor.

¹ Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı. sibel.can.992@gmail.com

GİRİŞ

Bireylerin toplum halinde yaşamasının sonucu olarak, kendi aralarında bir düzen kurma ve bu düzeni belli kurallarla koruma altına alma çabası ortaya çıkmıştır. Bu çabanın zorunlu bir sonucu olarak da, kuralların etkin bir şekilde uygulanmasını sağlayacak bir takım yaptırımlar öngörülmüştür. Yaptırımlar, hukuk kurallarının uygulanmasını sağlamak ve bunlara uyulmasını zorlamak için yasalara konulan hükümlerdir. İşte hukuk düzeni içerisinde yer alan yaptırımların bir türünü de 'idari yaptırımlar' oluşturmaktadır.

İdari yaptırımlar, araya yargı kararı girmeksizin idarenin doğrudan doğruya idari usullerle uyguladığı yaptırım türüdür. Kamu düzenini ihlal niteliği taşıyan filler karşılığında uygulanan idari yaptırımlar; kararı veren yetkili mercii, uygulanma usulü, hukuki niteliği ve sonuçları bakımından cezai yaptırımlardan ayrılmaktadır. Bu durum ise, idari yaptırımların idare hukuku alanına mı ceza hukuku alanına mı girdiği veya kendi başına bağımsız bir alan oluşturup oluşturmadığı konusunda sıkça tartışmalara neden olmaktadır.

İdari yaptırımlar, idari para cezası ve diğer idari yaptırımlardan oluşmaktadır. Ancak, bu yaptırımların büyük bir kısmını, idari para cezası oluşturmaktadır. İdari para cezaları, belli bir miktar paranın kişiden alınıp Devlet hazinesine intikalinden ibaret olduğu için, genel bütçe içerisinde önemli bir orana sahiptir. Değişen toplum yapısına paralel olarak, özellikle belediyelerin uyguladığı yaptırımlar, trafik cezaları gibi toplumu yakından ilgilendiren konularda idari para cezalarına sıkça yer verilmekte ve bu durum bütçe içerisindeki idari para cezalarının miktarında belirgin bir artışa neden olmaktadır.

Çalışmamızda öncelikle idari yaptırımların nitelikleri, özellikleri ve cezai yaptırımlardan farkları üzerinde durulmuş, daha sonra idari yaptırım türü olan idari para cezaları genel olarak değerlendirilmeye çalışılmıştır.

I. İDARİ YAPTIRIMLAR

A. GENEL OLARAK

Kabahatler Kanunu m. 2'ye göre, 'kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır'².

² 'Sanık hakkında hırsızlığa teşebbüs suçundan mahkumiyet kararı verilmiş ise de; 10.06.2010-5995/6 Sayılı Kanun'la değişik 3213 Sayılı Maden Kanunu'nun 12/5. maddesi uyarınca, sanığın eyleminin suç olmaktan çıkıp sadece idari yaptırımı (para cezası) gerektirir nitelikte kabahat fiilini oluşturduğunun anlaşılması karşısında; YCGK'nın Dairemizce de benimsenen 21.01.2014 günlü, 2012/1516 esas ve 2014/21 Sayılı kararında da belirtildiği üzere, 5271 Sayılı CMK'nın 223/2-a ve 5236 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27/7. maddeleri uyarınca sanık hakkında hırsızlık suçundan açılan dava ile ilgili beraat kararı verilip, 10.06.2010-5995/6 Sayılı Kanun'la değişik 3213 Sayılı Maden Kanunu'nun 12/5. maddesi uyarınca idari para cezası gerektiren ve bir kabahat olan fiilinden dolayı idari para cezası verilmesi

Kabahat, niteliksel ayrımı benimseyenlerce, idarenin çıkarlarını ihlal eden etken veya edilgen hareket ile kast veya taksirle işlenebilen, korunan hukuksal değer üzerinde tehlike oluşturan haksızlık olarak tanımlanırken; niceliksel ayrımı benimseyenlere göre, korunan hukuksal değer üzerinde zarar veya tehlike meydana getirme açısından suçlara göre daha az zararlı veya tehlikeli olan haksızlıklardır³.

765 sayılı TCK'da suç konusunda cürümler ve kabahatler olmak üzere ikili bir ayırım benimsenmişti. 5237 sayılı TCK'da bu ayırım terk edilmiş ve ETCK'da kabahat niteliği taşıyan hafif haksızlıklar, YTCK'ya alınmayıp, kabahatler için 5236 sayılı Kabahatler Kanunu hazırlanmıştır. Dolayısıyla eskiden bir suç türü olarak kabul edilen kabahatler artık bir haksızlık türü olarak kabul edilmiştir⁴. Kıta Avrupası hukuk sistemi başta olmak üzere birçok ülkede kabahat olarak nitelenen suçların, suç olmaktan çıkarılıp, ceza kanunu dışında tutulmasının sebepleri şu şekilde sıralanabilir⁵: Mahkemelerin iş yükü hafifletilecektir. Dava açılmasıyla oluşan zaman kayıpları önlenecektir. Ceza hukukunun caydırıcılık gücünün zayıflaması azaltılacaktır. Ceza hukukunun son çare olma özelliği yönündeki düşünce ile var olan çelişme ortadan kaldırılacaktır.

Kabahatlerin TCK'dan çıkarılmasının ardından idari yaptırımların hangi hukuk dalına gireceği hususunda tartışmalar başlamıştır. Genel olarak ceza hukukçularına göre, kabahatlerin suç olmaktan çıkarılıp ayrı bir kanunda düzenlenmesi onların niteliklerini değiştirmez. Dolayısıyla Kabahatler Kanunu, idare hukuku ile ilgili bir düzenleme değildir. Öğretide bir görüşe göre, suç veya kabahat oluşturan fiiller özünde haksız fiil teşkil etmektedir. Aralarındaki fark, haksızlığın derecesindedir. Bu da kabahatlerin ceza hukukuyla ilişkisini ortaya koymaktadır⁶. Diğer bir görüşe göre, kabahat sonucu uygulanan idari yaptırımların birer idari işlem olması sebebiyle kabahatler idare hukuku alanına girmektedir. Karma görüşe göre ise, idari yaptırımlar, ceza hukuku yaptırımlarına belirli yönleriyle benzeyen, bazı yönleriyle kendine özgü olan ve karar ve uygulamalarda idarenin etkin olduğu bir yaptırım türüdür⁷. Ancak, günümüzde hem idare hukukundan hem ceza hukukundan beslenen bağımsız bir idari ceza hukukunun varlığı tartışmalıdır.

gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde sanığın cezalandırılmasına karar verilmesi..' Yargıtay 13. CD, E. 2015/2588, K. 2016/3935, T. 8.3.2016, www.kazanci.com, E.T: 25.04.2016.

³ ÖZEN Mustafa, İdari Ceza Hukuku, Ankara 2013, s. 4-5.

⁴ ERDİNÇ Burcu, "İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi", Ankara Barosu Dergisi, Y:2012/2, s.246.

⁵ ÖZBEK Veli Özer/ KANBUR Mehmet Nihat/ DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar/ TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 53.

⁶ ÖZEN, s. 14; KOCA Mahmut/ ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s.41.

⁷ OĞURLU Yücel, "İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı", A.Ü.EHFD, C:3, S:1, s. 146.

B. İDARİ YAPTIRIM KAVRAMI

Öğretide “*idari yaptırım*” kavramına ilişkin pek çok tanım bulunmaktadır. Bu tanımların bazıları şu şekildedir:

“İdari yaptırımlar, *yasaların açıkça yetki verdiği veya yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin doğrudan doğruya, bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu kararlardır.*”⁸ Tanımdan anlaşılacağı üzere, idarenin bir idari işlem niteliği taşıyan idari yaptırım uygulayabilmesi için idari işlemin temel unsuru olan “*yetki*” unsuruna haiz olması gerekir.

“İdari cezalar, ilgililerin idareye karşı borç yükümlülüklerini yerine getirmelerini ve idarece konulmuş bulunan yasaklara uymalarını, idari düzeni *sağlamaya yönelik yaptırımlardır*”⁹.

“*İdari yaptırımlar, idarenin görevlerini gereği gibi yerine getirilmesini sağlamak için idareye tanınan bir yetkidir*”¹⁰. Tanıma göre, idarenin hizmetlerini gereği gibi ve ivedilikle yapabilmesi için geniş bir yaptırım uygulama yetkisine ihtiyacı vardır¹¹.

Anaya Mahkemesi bir kararında idari yaptırımları şu şekilde tanımlamıştır: “*İdarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın, yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak, idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlem ile uyguladığı yaptırımlarla verdiği cezalara idari yaptırım denilmektedir*”¹².

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, idari yaptırımlarla ilgili tavsiye kararlarında idari yaptırımları, “*Devlet idaresinin büyümesi ve belirli eylemlerin suç olmaktan çıkarılması yönündeki eğilim, idari otoritelere belirli yaptırımlar konusunda tasarrufta bulunabilme yetkisinin tanınması sonucu doğmuştur*” şeklinde yorumlamıştır¹³.

Doktrinde idari yaptırımlar hakkında yapılan tanımlar dikkate alındığında, idari yaptırımların bir takım özellikleri ve amaçları olduğu anlaşılmaktadır.

C. İDARİ YAPTIRIMLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ, ÖZELLİKLERİ VE AMAÇLARI

İdari yaptırımların hukuki niteliğiyle ilgili öğretilerde çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, idari yaptırımlar idarenin disiplin yaptırımı uygulama yetkisinin yeni bir şekli olup, disiplin yaptırımına göre daha geniş bir uygulama alanına

⁸ ÖZAY İl Han, “İdari Yaptırımlar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1985, s. 35.

⁹ GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara 2011, s. 233.

¹⁰ ZANOBINI Guido, İdari Müeyyideler, (çev. H. Yılmaz GÜNAL), Ankara 1964, s. 25.

¹¹ KARABULUT Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara 2008, s. 11.

¹² Anayasa Mahkemesi, E:1996/48, K:1996/41, T:23.1.1996.

¹³ YALÇIN İsmail, Kabahatler Hukuku, Ankara 2007, s. 87.

sahiptir. İdari yaptırımların idari değil, yargısal bir faaliyet olduğunu ileri süren görüşe göre, idari yaptırımlar cezai yaptırımlarla içerik ve mahiyet bakımından aynı olmakla beraber, etki ve amaca uygunluk bakımından farklıdır¹⁴.

İdari yaptırımlar hakkında yapılan tanımlar dikkate alındığında, bu yaptırımların idari işlem niteliği ön plana çıkmaktadır. İdari makamlar yerine getirdikleri faaliyetlerin bir gereği olarak idari işlem tesis ederler. Bu durumda idari yaptırımlar da diğer idari işlemlerle aynı usul ve esaslara tabidir. Aynı şekilde teorik olarak düşünüldüğünde, kaynağını anayasadan alan ve devlet egemenliğinin kullanılmasının bir sonucu olarak icra edilen idari işlemler gibi, idari yaptırımlar da hukuksal dayanağını anayasada bulur¹⁵. *Erkut'a göre; "Kamu makamlarının, devlet yetkilerini kullanırken donatıldıkları kamu gücü, kendilerine bireyler ile girdikleri ilişkilerde onların iradesinden bağımsız bir şekilde ve hatta karşıt iradelerine rağmen, tek yanlı olarak hukuki sonuçlar ve etkiler yaratabilecek işlemler yapabilme yetki ve yeteneğini tanımaktadır"*¹⁶.

İdari yaptırımdan söz edebilmek için kanunen yetkilendirilmiş bir idarenin, idari bir işlem vasıtasıyla, idari düzeni ihlal eden kişiye uyguladığı bir yaptırım olmalıdır. Zira idarenin görevleri arasında bulunan, idari düzeni korumak önemli bir konuma sahiptir. İdari ihlal, vatandaşın toplumun bir üyesi, idarenin bir tarafı olması dolayısıyla, yapması gereken bir vecibeyi ihlal etmiş olmasıdır. Kamu düzenini korumayı amaçlayan idarenin yaptığı idari işlemlerin fonksiyonlarını icra edebilmeleri, diğer bir deyişle caydırıcı özelliği olması gerekir. Yaptırımla desteklenmeyen idari işlemler, çoğu zaman uygulanmama riskiyle karşılaşır. Dolayısıyla idari işlemlerin idari yaptırımla güçlendirilmesi gerekmektedir. Yaptırımı idari bir makam uygulayacağından araya bir yargı kararı girmeyecektir. Çünkü yaptırıma karar verecek ve onu uygulayacak olan idaredir ve bunu da yine bir idari işlemle gerçekleştirecektir.

Karabulut'a göre, eğer bir yaptırımı idare uyguluyor ise, bu yaptırım idari yaptırımdır. Dolayısıyla idari yaptırımların nitelendirilmesinde idari işlem kimliği belirleyici olmalıdır. İdareye yaptırım uygulama yetkisi veren yasalardan kaynaklanan yaptırım cezai değil, idari yaptırımdır. Yani kuvvetler ayrılığı ilkesinin gereği olarak, yargının değil yürütmenin faaliyet alanına giren yaptırımlar, yasalarda hangi adla geçerse geçsin, bu idari bir suçun yaptırımıdır ve genel ceza hukuku alanına girmez.

İdare, kamu ihtiyaçlarını karşılama, kamu düzeni ve güvenliğini sağlama ve kamu sağlığını koruma gibi geniş bir faaliyet alanına sahiptir. Bu fonksiyonu yerine getirirken bir yargı kararına gerek olmaksızın, kararlarını re'sen icra

¹⁴ ÖZEN, s. 18.

¹⁵ OĞURLU, s. 154.

¹⁶ ERKUT Celal, "İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği", Danıştay Yayınları, Ankara 1990, s. 13.

edebilme yetkisini elinde tutar. İdari yaptırımlar alanında idare, doğrudan karar verip uygulayabileceği bir idari yaptırım söz konusuysa, bu yaptırımı uygular. Eğer bu imkanı yok ve acele bir durum söz konusuysa, re'sen icra gücünü kullanır. İdarenin işlemleri icrai nitelik taşıdıklarından hukuksal sonuç doğurmaları için ilgililerin rıza ve kabulleri şartı yoktur. Bir idari işlemin, varlık şartlarını tamamlayıp meydana gelmesi, icra edilmesi için yeterlidir. İcrailik özelliği, bir idari işlem niteliğinde olan idari yaptırımlar için de geçerlidir. Yaptırım kararı alındığı anda herhangi bir işleme gerek olmaksızın uygulanabilir.

Bu açıklamalar ışığında idari yaptırımların özellikleri şu şekilde sıralanabilir¹⁷:

- İdari yaptırımlar birer idari işlemdir.
- İdari yaptırım kararı için araya herhangi bir yargı kararının girmesine gerek yoktur.
- İdari yaptırım kararı verilmesi ve uygulanmasında idare hukuku kuralları dikkate alınır.
- Yasaların ilgili idareye, uygulanacak yaptırım konusunda açıkça bir yetki vermiş olması gerekmektedir .

D. İDARİ YAPTIRIMLARA HAKİM OLAN İLKELER

1. Kanunilik İlkesi

KK m. 4'e göre;

“(1) Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeveye hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.

(2) Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.”

Esasen ceza hukukunu ilgilendiren bir konu olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, suç sayılan fiillerin ve bunların işlenmesi halinde uygulanacak yaptırımların önceden kanun tarafından açıkça belirlenmesini ifade eder¹⁸. Suçta kanunilik (nullum crimen sine lege) ve cezada kanunilik (nulla poena sine lege) şeklinde formüle edilen bu ilke, ceza hukukundan kabahatler hukukuna da sirayet etmiştir. İlgili hükmün gerekçesinde, suçta kanunilik ilkesine nazaran, kabahatler açısından daha esnek bir sistem benimsendiği, ikinci fıkrada idari yaptırımlar açısından cezada kanunilik ilkesine paralel bir hükme yer verildiği belirtilmiştir. Böylece hukukumuzda uzun süredir devam eden idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza içeren hükümler ihdas edip

¹⁷ ERDİNÇ, s. 249.

¹⁸ KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 51.

edemeyeceği tartışmaları sona ermiştir. KK m. 4/1 idareye genel ve düzenleyici işlemlerle, kanunla çizilen çerçeve hükmün içeriğini doldurma yetkisi vermiştir. Dolayısıyla idare, çerçeve hükümlerle bağlı olarak düzenleme yapabilecektir. Kabahatler karşılığında uygulanacak idari yaptırımlar ise kanunla sınırlıdır¹⁹.

Anayasa m. 38/1'e göre, "Kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez". Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur". Anayasa Mahkemesi ve Danıştay bu hükmün idari yaptırımlar için de geçerli olduğunu kabul etmiştir²⁰.

Türk doktrininde ağırlıklı görüş, kanunilik ilkesinin idari yaptırımlarda, ceza yaptırımlarındaki gibi sert ve tavizsiz uygulanmasının idarenin takdir yetkisine aykırı olacağı, kanunilik ilkesinin idari yaptırımlar açısından daha yumuşak uygulanması gerektiği yönündedir²¹.

2. Kusur İlkesi

Kusur, işlediği haksızlıkla ilgili olarak, fail hakkında bulunulan yargıdan ibarettir. Kusurluluk, suç teşkil eden fiilin bir vasfı değildir. Kusur, haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştiren şahsın bu fiili gerçekleştirmesi nedeniyle muaheze edilmesi gerektiği konusundaki yargıyı ifade etmektedir. Başka bir deyişle, suç oluşturan haksız hareketin yapılması halinde, eylem ve netice varlığını koruyacak, failin kusurlu olup olmamasına göre, cezasının indirilmesi veya cezalandırılmaması mümkün olacaktır²².

Ceza hukukundaki kusurluluğa ilişkin düzenlemelerin kabahatler açısından geçerli olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Kabahatler Kanununda konuyla ilgili şu hükümler yer almaktadır;

KK m. 11'e göre; "(1) Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmamış çocuk hakkında idarî para cezası uygulanamaz. (2) Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında idarî para cezası uygulanmaz".

KK m. 12'ye göre; "Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır".

¹⁹ OTACI Cengiz/ KESKİN İbrahim, Türk Kabahatler Hukuku, Ankara 2010, s. 25; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, s. 55; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 53.

²⁰ ÖZEN, s.43.

²¹ OTACI/KESKİN, s.27; EVREN Çınar Can, "Kabahatlerde Kanunilik İlkesi", İÜHFİM, C: LXIX, S:1-2, Y: 2011, s. 980.

²² ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku, Ankara 2014, s. 364.

Kusur yeteneğinden bahsedebilmek için kişinin anlama, isteme ve bilme vasıflarına haiz olması gerekir. Yani kişinin eylemi işlediği sırada sahip olması gereken kişisel niteliklerin bütünüdür. Maddeye göre, TCK'da düzenlenmiş bulunan kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümler kabahatler hakkında da uygulanır. Ancak ceza hukukunda geçerli olan "kusursuz sorumluluk olmaz" ilkesinin, kabahatler açısından da geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır. Öztürk'e göre, Kabahatler Kanunu'nda kusur ilkesi geçerlidir. Bu nedenle kusursuz sorumluluk kabul edilmemiştir²³. Bir diğer görüşe göre, kabahat dolayısıyla failin sorumlu tutulabilmesi için kast ve taksirine gerek yoktur. Çünkü kastın tanımlandığı YTCK m. 21'de sadece suç ibaresi kullanılmıştır²⁴.

Özen'e göre, Kabahatler Kanununda doğrudan kusurla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak TCK m. 23'ün gerekçesinde kusursuz sorumluluğun kaldırıldığı belirtilmiştir. Aynı politika kabahat oluşturan haksızlıklar için de geçerlidir²⁵. Ancak Kabahatler Kanunu, bu ilkeye istisnai düzenlemeler getirmiştir. Örneğin, KK m. 8'de tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin düzenleme şu şekildedir:

"(1) Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir.

(2) Temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin bu sıfatla bağlantılı olarak işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı temsil edilen gerçek kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir. Gerçek kişiye ait bir işte çalışan kişinin bu faaliyeti çerçevesinde işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı, iş sahibi kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir".

3. Gereçeli Olma İlkesi

Başta Anayasa olmak üzere birçok kanunda mahkeme kararlarının gereçeli olması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla idari yaptırıma karar veren merciinin bir mahkeme olması durumunda bu kararın gereçeli olacağı tartışmasız iken bir idari merciin karar verdiği durumlarda ne olacağı Kabahatler Kanununda açıkça düzenlenmemiştir²⁶.

²³ ÖZTÜRK Bahri, "Kabahatler Kanununun Genel Esasları", in İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 132.

²⁴ DÜLGER Murat Volkan, "5237 SAYILI YTCK'DA KASTIN UNSURLARI VE TÜRLERİ - ÖZELLİKLE OLASI KASTIN DEĞERLENDİRİLMESİ", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Y: 2 S: 5, Nisan 2005, s. 8

²⁵ ÖZEN, s. 42.

²⁶ OTACI/KESKİN, s. 36.

Kanaatimizce, idari merci tarafından uygulanan idari yaptırımların, bir idari işlem niteliğinde olması ve idare hukukunda hem doktrin hem de yargı kararlarınca “idari işlemin gerekçeli olması” ilkesinin benimsenmiş olması sebebiyle, idari yaptırım kararları gerekçeli olmalıdır.

4. Belirlilik İlkesi

Keyfi uygulamaların önüne geçebilmek için ceza hukukunda kabul edilen ilkelerden birisi olan belirlilik ilkesinin, kabahatler açısından geçerli olup olmadığı konusunda netlik bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, kabahatler açısından ceza hukuku kadar aşırı bir belirlilik gerekmemektedir. Zira, Kabahatler Kanunu’nda kanunilik ilkesi yumuşatılmış ve idareye, çerçevesi kanunla çizilmiş olmak şartıyla kural koyma yetkisi verilmiştir. Bu durumda belirlilik ilkesinin mutlak olarak uygulandığı söylenemez. Ancak kanunilik ilkesinin mutlak şekilde uygulandığı yaptırım türü, süresi ve miktarında belirlilik ilkesi esas olacaktır²⁷.

Çerçeve yasanın, belirlilik ilkesinden farklı olduğunu belirten diğer görüşe göre ise, belirlilik ilkesi, kabahatler açısından da aynı kesinlikte uygulanmalıdır.

E. İDARİ VE CEZAI YAPTIRIM FARKI

İdari ve cezai yaptırımlar arasında birçok açıdan farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılıkların başında; amaçları, türleri, yaptırıma yetkili organ, yaptırım uygulama usulü, hukuki nitelikleri ve sonuçlarını sıralayabiliriz.

1. Yaptırım Türleri Bakımından Farklılıklar

İdari yaptırım gerektiren eylem ile gerçek anlamda suç arasında hukuka aykırılık noktasında bir fark bulunmamakla beraber, suçlar idari ihlallere göre daha ağır yaptırım gerektiren fiillerdir. Nitekim idari yaptırımlar, cezalandırmadan ziyade caydırıcılığı ön planda olan yaptırımlardır. Ceza yaptırımları, sosyal düzeni bozan vahim nitelikteki yaptırımlardır. Bu nedenle ceza yaptırımında hapis cezaları, kişilere bir ödetme ve ıslah amacıyla uygulanmaktadır. İdari yaptırımlar ise maddi nitelikte olup, önleyici vasfa haiz ceza yaptırımlarına göre daha hafif ihlalleri kapsayan yaptırımlardır²⁸.

İdari yaptırımlar, idari işlem olarak doğdukları halde, ceza yaptırımları mahkeme kararı neticesinde doğarlar. İdare hürriyeti bağlayıcı bir cezaya hükmedemez. Anayasa m. 19 gereğince, hürriyeti bağlayıcı cezaya ancak mahkeme kararıyla hükmedilebilir²⁹.

²⁷ ÖZEN, s. 51.

²⁸ OĞURLU, 2001, s. 43.

²⁹ ERDİNÇ, s. 266.

2. Amaçları Bakımından Farklılıklar

Sosyal düzeni korumayı amaçlayan her iki yaptırım türünün kendine özgü amaçları vardır. Kamu yararını ve idari düzeni korumayı amaçlayan idareye, idari yaptırım uygulama yetkisinin verilmesinin sebebi, idarenin işlevlerini etkin bir şekilde yerine getirmesini sağlamaktır. İdari yaptırımların caydırıcılık fonksiyonuyla, idari ihlallerin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Cezai yaptırım ise, bütün sosyal düzeni korumayı amaçlamaktadır. Burada suç işleyerek, toplum açısından tehlikelilik gösteren kişinin ıslahı amaçlanırken, idari yaptırımlarda, idari işleyişin düzenli bir şekilde işleyişi amaçlanır³⁰.

3. Yaptırımı Uygulayan Organ ve Usul Açısından Farklar

İdari yaptırım hakkında yapılan tanımlar göz önüne alındığında, idari yaptırım kararı vermenin ve bu kararı uygulamanın, idareye ait bir yetki olduğu sonucuna varabiliriz³¹. Zira idari yaptırım niteliği gereği bir idari işlem olup, bu işlemi icra etmek idarenin bir fonksiyonudur. Bunun dışında, Kabahatler Kanunu m. 23'e göre;

“(1) Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde bir kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir.

(2) Bir suç dolayısıyla başlatılan soruşturma kapsamında bir kabahatin işlendiğini öğrenmesi halinde Cumhuriyet savcısı durumu ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirebileceği gibi, kendisi de idarî yaptırım kararı verebilir.

(3) Soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde Cumhuriyet savcısı bu nedenle idarî yaptırım kararı verir. Ancak, bunun için ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından idarî yaptırım kararı verilmemiş olması gerekir”.

Aynı şekilde m. 24'e göre;

“Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idarî yaptırım kararı verilir”.

Buna karşılık, ceza yaptırımları bir yargılama sonucunda mahkeme tarafından alınan kararlardır.

³⁰ ÖZEN, s. 20.

³¹ ‘Yargıtay ...Ceza Dairesinin 18/02/2014 tarihli ve ... Esas, ... sayılı ilamında da belirtildiği üzere. 4904 Sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu’na eklenen geçici 2. maddesinde “Diğer mevzuatta Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğüne yapılan atıflar Çalışma ve İş Kurumu il müdürlüğüne, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğüne yapılan atıflar Çalışma ve İş Kurumu il müdürlüğüne, Türkiye İş Kurumu il müdürlüğüne yapılan atıflar Çalışma ve İş Kurumu il müdürlüğüne, Türkiye İş Kurumu il müdürlüğüne yapılan atıflar Çalışma ve İş Kurumu il müdürlüğüne yapılmış sayılır.” şeklindeki düzenleme karşısında, ... Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünce idari yaptırım kararı verilebileceği nazara alındığında bu gerekçe ile idari yaptırım kararının kaldırılmasında isabet görülmediği..’ Yargıtay 19. CD, E. 2015/10681, K. 2016/1650, T. 11.2.2016, www.kazanci.com, E.T: 25.04.2016.

Uygulanan usule incelediğimizde; idari yaptırım kararları, yargısal bir usul işlenmeden idari işlem ile uygulanırlar. Başta disiplin hukukundaki yaptırımlar olmak üzere, idari yaptırımlar, ceza davasına ihtiyaç duymazlar³². Ceza yaptırımları açısından ise, muhakkak yargı makamlarınca alınmış bir karara ihtiyaç vardır. Yani, mahkeme kararı olmadan cezai yaptırım uygulanamaz³³.

Ceza yargılamasında şüpheli ve sanığa savunma imkanı tanınmaktayken, idari yaptırım uygulanacak kişiye bu hak tanınmamaktadır. Bu hakkın tanınmıyor olması, idari yaptırımlarda masumluk karinesinin göz ardı edildiğini göstermektedir. Ayrıca ceza yargılamasında ispat yükümlülüğü şüpheli veya sanıkta değil, mahkemededir. Buna karşılık, idari yaptırım uygulamasında bireydedir³⁴.

4. Yaptırımların Sonuçları Açısından Farklar

Ceza yaptırımına uygulanan sonuçlar, idari yaptırımlara uygulanmadığı için, sonuçları bakımından, idari ve cezai yaptırımlar arasında birçok farklılık bulunmaktadır³⁵.

- İdari yaptırımlar, idarece infaz edilirken, ceza yaptırımları, ceza infaz kurumlarınca infaz edilir.
- İdari yaptırımlar adli sicile kaydedilmedikleri gibi, başka bir cezaya çevrilemez ve ertelenemezler. Aynı şekilde, tekerrüre esas teşkil etmezler. Ancak Kabahatler Kanunu'nda tekerrüre yer verilmemle birlikte, bazı özel kanunlarda düzenlenmiştir.
- Kabahatler Kanunu'nda af kurumu düzenlenmemiştir. Ancak, TCK' da düzenlenmiştir.
- KK m. 13'e göre; "Kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak, teşebbüsün de cezalandırılabilmesine dair ilgili kanunda hüküm bulunan haller saklıdır. Bu durumda Türk Ceza Kanunu'nun teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanır". Maddeden anlaşılacağı üzere, kural olarak kabahate teşebbüs cezalandırılmazken, TCK açısından böyle bir durum söz konusu değildir.
- KK m. 14'e göre; "Kabahatin işlenişine birden çok kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idari para cezası verilir". Bu düzenlemeye göre, kabahatler açısından, teklik ilkesi benimsenmiş olup, TCK'da olduğu gibi faillik-şeriklik ayırımına yer verilmemiştir.
- İçtima açısından kabahatlerde TCK'ya atıf yapılmamış, KK m. 15'de tamamen farklı bir düzenlemeye gidilmiştir.

³² OĞURLU, s. 164.

³³ ERDİNÇ, s. 267.

³⁴ ÖZEN, s. 31.

³⁵ ERDİNÇ, s.270.; OĞURLU, 2001, s. 51.

II. İDARİ PARA CEZALARI VE BÜTÇEYE ETKİSİ

A. İDARİ YAPTIRIM TÜRLERİ

Kabahatler Kanunu m. 16'ya göre;

“ (1) Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımlar, idarî para cezası ve idarî tedbirlerden ibarettir.

(2) İdarî tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir”.

İdari yaptırım türleri içerisinde hem düzenlemede hem uygulamada en sık karşılaşılan yaptırım, para cezalarıdır. Bu nedenle biz de çalışmamızda idari para cezaları hakkındaki düzenlemeler üzerinde duracağız.

B. İDARİ PARA CEZALARI

1. KAVRAM VE MAHİYETİ

İdari para cezaları, idarenin hukuk düzenine aykırı bazı davranışlara bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak, idare hukukuna özgü yöntemlerle doğrudan doğruya bir idari işlemi ile uyguladığı cezalardır³⁶. Anayasa Mahkemesi, bir kararında, idari para cezalarını diğer cezalardan ayıran en belirgin niteliğin idari makamlar tarafından kamu gücü kullanılarak verildiğine hükmetmiştir³⁷.

Kabahatler Kanunu'nun idari yaptırım kararı verme yetkisi başlıklı 22 vd. maddelerine bakıldığında, idari para cezasını veren merci, bir idari organ olabileceği gibi, savcı veya mahkeme de olabilir. Ancak ağırlıklı olarak bu yaptırım idare tarafından uygulandığı için, öğretilerde idari para cezalarını, diğer para cezalarından ayıran temel unsur olarak, bir idari organ tarafından veriliyor olması kabul edilmektedir. Ayrıca idari organlar tarafından verilen idari para cezalarına karşı yargı yolunun açık olması ve yapılan inceleme sonucunda nihai kararın yargı organlarınca verilmesi onların idarilik niteliğini değiştirmez. Aynı durum idari para cezasını veren makamın cumhuriyet savcısı veya mahkeme olması durumunda da geçerlidir.

İdari para cezaları, idari işlemin bir türü olup, hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar ve icrailik özellikleri gereği doğrudan uygulanırlar. Dolayısıyla bu cezalara karşı yargı yerlerine başvurulması, yargı yerinin bu konuda bir karar vermesi durumu dışında cezanın uygulanmasını durdurmaz³⁸.

Bazı kanunlarda öngörülen para cezalarının adli veya idari para cezası olduğu belirtilmemiştir. Böyle durumlarda cezanın, adli mi yoksa idari mi

³⁶ KARABULUT, s. 22.

³⁷ Anayasa Mahkemesi, E:1996/72, K:1997/51, T:15.05.1997.

³⁸ KARABULUT, s. 24.

olduğunu belirlemek için bazı kriterler kullanılabilir. Şöyle ki, idari para cezaları, idari yaptırım kararı vermeye ilgili kanunda açıkça yetkili kılınmış, idari kurul, makam veya kamu görevlileri tarafından verilebilir. İdari makamın hapis veya adli para cezasına hükmetmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, kanunda hapis ve para cezasına hükmedilebileceği belirtilmişse, idarenin hapis cezasına karar veremeyeceği kuralından hareketle bunun adli para cezası olduğunu kabul etmek gerekir. Eğer, kanunda sadece para cezası öngörülmüş ise, söz konusu cezanın idari para cezası olduğunun kabulü için, kanunun başka bir hükmünde idarenin bu ceza açısından yetkili kılınmış olması gerekmektedir³⁹.

2. İDARİ PARA CEZASININ TÜRLERİ

Kabahatler Kanunu m. 17/1'e göre: "*İdarî para cezası, maktu veya nispi olabilir.*"

a. Maktu Para Cezası

Kanunlarda idari para cezaları bazen sabit olarak belirlenmiş bazen de alt ve üst sınırı gösterilmiştir⁴⁰. Örneğin, KK m. 33'e göre; "*Dilencilik yapan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir*". Çevreyi kirletme başlıklı 41. maddenin 2. fıkrasına göre ise; "*Fiilin yemek pişirme ve servis yerlerinde işlenmesi halinde işletme sahibi gerçek veya tüzel kişiye, beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir*".

İdari para cezasının maktu olmadığı durumlarda izlenecek usul KK m. 17/2'de gösterilmiştir. Buna göre; "*İdarî para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur*".

b. Nispi Para Cezası

Nispi para cezası, kanunda öngörülen şartlara ve unsurlara bağlı olarak değişen para cezasıdır. Başka bir deyişle, hakimın ya da yetkili idari makamın takdir hakkı dışında bırakılan ve suç konu fiilin veya meydana gelen zararın belli bir oranı alınarak hazırlanan idari para cezalarıdır⁴¹. Örneğin; 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 3/11'e göre; "*İthal, lisansa, şarta, izne, kısıntıya, veya belli kuruluşların vereceği uygunluk ve yeterlilik belgesine, tabi olan eşyayı, aldattıcı işlem ve davranışlarla ithal eden kişiye, eşyanın gümrüklendirilmiş değerinin iki katı idari para cezası verilir. Eşyanın değersiz,*

³⁹ MERAN Necatî, Kabahatler Kanunu ve Kabahat İçeren Kanunlar, Ankara 2008, s. 58.

⁴⁰ OTACI/KESKİN, s. 12-13.

⁴¹ UĞUR Hüsamettin, «Kabahatler Kanunu ve 5252 sayılı Kanun'a Göre İdari Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması», TBB Dergisi, S:85, Y:2009, s. 201.

artık veya atık madde olması durumunda, idari para cezası; dökme halinde gelen eşya için ton başına beş bin Türk Lirası, ambalajlı gelmesi halinde kap başına yüz Türk Lirası olarak hesaplanır”.

3. İDARİ PARA CEZASININ TAHSİLİ VE BİR KISMININ İLGİLİ KAMU KURUM VE KURULUŞUNA AKTARILMASI

Kabahatler Kanunu m. 17’ye göre;

“(3) (Değişik: 6/12/2006-5560/32 md.) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri tarafından verilen idarî para cezalarının ilgili kanunlarında 1/6/2005 tarihinden sonra belirlenen oranın dışındaki kısmı ile Cumhuriyet başsavcılıkları ve mahkemeler tarafından verilen idarî para cezaları Genel Bütçeye gelir kaydedilir. Sosyal güvenlik kurumları ile mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları kendi bütçelerine gelir kaydedilir. Diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen idarî para cezaları ise, ilgili kanunlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Genel Bütçeye gelir kaydedilir. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının verdiği para cezaları, kendi kanunlarındaki hükümlere tâbidir. Kişinin ekonomik durumunun müsait olmaması halinde, idarî para cezasının, ilk taksitinin peşin ödenmesi koşuluyla, bir yıl içinde ve dört eşit taksit halinde ödenmesine karar verilebilir. Taksitlerin zamanında ve tam olarak ödenmemesi halinde, idarî para cezasının kalan kısmının tamamı tahsil edilir.

(4) (Değişik: 6/12/2006-5560/32 md.) Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idarî para cezalarına ilişkin kesinleşen kararlar, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilmek üzere Maliye Bakanlığınca belirlenecek tahsil dairelerine gönderilir. Sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında aksine hüküm bulunmadığı takdirde, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kendileri tarafından tahsil olunur. Diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen ve Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gerekmeyen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında özel hüküm bulunmadığı takdirde genel hükümlere göre tahsil olunur.

(5) İdarî para cezası tamamen tahsil edildikten itibaren en geç bir ay içinde durum, ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirilir.

(6) Kabahat dolayısıyla idarî para cezası veren kamu görevlisi, ilgilinin rıza göstermesi halinde bunun tahsilatını derhal kendisi gerçekleştirir. İdarî para cezasını kanun yoluna başvurmadan önce ödeyen kişiden bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme, kişinin bu karara karşı kanun yoluna başvurma hakkını etkilemez.

(7) İdarî para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirilme oranında artırılarak uygulanır. Bu suretle idarî para cezasının hesabında bir Türk Lirasının küsuru dikkate alınmaz. Bu fıkra hükmü, nispi nitelikteki idarî para cezaları açısından uygulanmaz.

a. Tahsili

İdare kamu hukuku alanındaki alacaklarını, İİK'da düzenlenen usullere uymak zorunda olmaksızın kendi teşkilatı ile haciz ve satış gibi cebri yollara başvurmak suretiyle tahsil etme yetkisine sahiptir. İdari para cezalarının tahsili için öncelikle usulüne uygun olarak verilmiş bir idari yaptırım kararı bulunmalıdır. Ayrıca, idari para cezalarının kesinleşmesinden sonra tahsili kuralı benimsenmesine rağmen, bu kurala istisna getirilmiştir. Örneğin, sosyal güvenlik kurumları, mahalli idareler ve diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilir genel bütçeye gelir kaydedilmesi gerekmeyen idari para cezaları 'ilgili kanunda aksine hüküm bulunmadığı takdirde' kesinleşmeden tahsil edilebilecektir⁴².

aa. Genel Bütçeye Gelir Kaydedilecek İdari Para Cezaları

KK m. 17/3'de hangi gelirlerin genel bütçeye gelir kaydedileceği belirtilmiştir. Buna göre;

- 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri tarafından verilen idarî para cezalarının ilgili kanunlarında 1/6/2005 tarihinden sonra belirlenen oranın dışındaki kısmı
- Cumhuriyet başsavcılıkları ve mahkemeler tarafından verilen idarî para cezaları
- Diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen idarî para cezaları ise, ilgili kanunlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, genel bütçeye gelir kaydedilir.

Bütçe, devletin belli bir süre içindeki gelir ve giderlerini tahmini olarak belirleyen, gelirlerin toplanmasına ve giderlerin yapılmasına izin veren bir belgedir. Kamu kesimindeki idareler, her yıl hazırlanıp karar mercii tarafından onaylanan bu plana göre faaliyet göstermekte ve vatandaşlara hizmet sunmaktadırlar. Bütçede yer almayan gelirler tahsil edilemez⁴³.

⁴² YALÇIN, s. 94.

⁴³ 2014 Yılı Merkezi Yönetim Bütçesinin Değerlendirilmesi, <http://www.bursasmmmo.org.tr/yazarlar/makaleler/1490tu.pdf>, E.T:15.03.2015.

Ülkemizde özellikle ekonomik hayata ilişkin düzenlemeler kapsamında oldukça sık bir şekilde idari nitelikte ceza yaptırımına yer verilmektedir. Genel bütçe içerisindeki idari para cezalarının oranı her geçen yıl artış göstermektedir⁴⁴. Aşağıda verilecek olan tabloda 2006-2015 yılları arasında genel bütçe içerisinde idari para cezalarındaki artışı net bir şekilde görmekteyiz.

Tablo 1. Genel bütçe içerisindeki idari para cezalarının miktarı⁴⁵.

YILLAR	TAHAKKUK EDEN MİKTAR	TAHSİL EDİLEN MİKTAR
2006	683.216	398.611
2007	1.663.795	711.526
2008	2.282.873	917.218
2009	2.873.447	1.113.184
2010	3.308.522	929.447
2011	3.720.808	1.042.371
2012	4.330.682	1.027.345
2013	6.216.364	1.916.622
2014	6.345.368	1.510.212
2015	7.064.312	1.498.708

bb. Kendi Bütçelerine Gelir Kaydedilecek İdari Para Cezaları

KK m. 17/3'e göre; Sosyal güvenlik kurumları ile mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları kendi bütçelerine gelir kaydedilir.

Sosyal güvenlik kurumları, SSK, Emekli Sandığı, Bağkur Genel Müdürlüğüdür. Mahalli idareler ise, İl özel idareleri, belediyeler, köyler ve birliklerdir⁴⁶.

cc. Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarının Verdiği Para Cezaları

KK m. 17/3'e göre; Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının verdiği para cezaları, kendi kanunlarındaki hükümlere tâbidir.

⁴⁴ 2013 yılı sonu yapılan değerlendirmeye göre; 2013 yılında bütçe gelirlerinin büyük bir kısmını oluşturan idari para cezalarının 1.447.000 TL'lik kısmı trafik cezalarından oluşmaktadır. Maliye Bakanlığı'nın, bütçe gerçekleşme rakamlarına göre yazdığı gelir tahminine göre, trafik cezalarında 2014 yılı için yüzde 43.6 oranında artış hesaplamıştı. Bu artışın temel sebebi olarak da "yeni kameralı trafik kontrol sisteminin" etkili olduğu belirtilmiştir, bkz. <http://www.milliyet.com.tr/7-9-milyar-ceza-kapida-ekonomi/detay/1780877/default.htm>, E.T:15.03.2015.

⁴⁵ www.muhasabat.gov.tr, E.T: 24.04.2016.

⁴⁶ OTACI/KESKİN, s. 16.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Anayasa m. 135'e göre; *"Belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kanunla kurulan, organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında gizli oyla seçilen kamu tüzel kişilikleridir"*.

b. Ödeme Zamanı ve Yeri

Kabahatler Kanunu'nda idari para cezalarının ödeme süresine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda, idari yaptırım düzenlendiği kanunda belirtilen sürenin geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Eğer yaptırımın düzenlendiği kanunda da herhangi bir süre belirtilmemiş ise, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun 37. maddesine göre ödeme zamanı tespit edilir. Buna göre;

"Amme alacakları hususi kanunlarında belli edilen zamanlarda ödenir. Hususi kanunlarında ödeme zamanı tespit edilmemiş amme alacakları Maliye Vekaletince belirtilecek usule göre yapılacak tebliğden itibaren bir ay içinde ödenir. Bu ödeme müddetinin son günü amme alacağının vadesi gündür. Amme borçlusu isterse borcunu belli zamanlardan önce ödeyebilir".

Kanunda idari para cezalarının devlet hazinesine ödeneceği hükme bağlanmıştır. İdari yaptırım kararı veren idari merciler, idari para cezalarını, kanuni ödeme süresi içinde ya da idari yaptırım kararının kesinleşmesinden önce ödemek isteyen kişilerden tahsil edecek ve tahsil ettiği tutarı hazine hesaplarına aktaracaktır. İdari yaptırım kararının kesinleşmesi üzerine ödeme, ilgili vergi dairesinin hesabının bulunduğu bankalara veya vergi dairelerine yapılacaktır⁴⁷.

c. Zamanaşımı

Kabahatler kanununda idari para cezaları için soruşturma ve yerine getirme zamanaşımı olmak üzere iki tür zamanaşımı düzenlenmiştir. Kanuna göre;

Soruşturma zamanaşımı

*(1) Madde 20- (1) Soruşturma zamanaşımının dolması halinde kabahatten dolayı kişi hakkında idarî para cezasına karar verilemez*⁴⁸.

⁴⁷ MERAN, s. 71.

⁴⁸ *"Yasaya aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan hükmün bu sebepten 5320 Sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 Sayılı CMUK'nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, ancak sanığın lehine bulunan ve eylemine uyan 5326 Sayılı Kanun'un 40/1. maddesinde öngörülen idari para cezasının miktarına göre 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun 20/2-c maddesinde yazılı soruşturma zamanaşımının eylemin işlendiği 06.02.2011 tarihinden temyiz inceleme tarihine kadar gerçekleştiği anlaşıldığından yeniden yargılama yapılmasını gerektirmeyen bu hususta*

(2) (Değişik: 6/12/2006-5560/33 md.) Soruşturma zamanaşımı süresi;

a) Yüzbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde beş,

b) Ellibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde dört,

c) Ellibin Türk Lirasından az idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde üç, yıldır.

(Ek cümle: 13/2/2011-6111/22 md.) Ancak, 89 uncu maddesi hariç olmak üzere 1111 sayılı Askerlik Kanunu, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun, 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda belirtilen ve idari para cezasını gerektiren fiilin işlendiği tarihi takip eden takvim yılının son günü bitimine kadar idari para cezası verilerek tebliğ edilmediği takdirde idari yaptırım kararı verilemez, verilmiş olanlar düşer.

(3) Nispî idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıldır.

(4) Zamanaşımı süresi, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlar.

(5) Kabahati oluşturan fiilin aynı zamanda suç oluşturması halinde suça ilişkin dava zamanaşımı hükümleri uygulanır.

Yerine getirme zamanaşımı

Madde 21- (1) Yerine getirme zamanaşımının dolması halinde idarî para cezasına veya mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar artık yerine getirilemez.

(2) Yerine getirme zamanaşımı süresi;

a) Ellibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasına karar verilmesi halinde yedi,

b) Yirmibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasına karar verilmesi halinde beş,

c) Onbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasına karar verilmesi halinde dört,

CMUK.nun 322 ve Kabahatler Kanununun 24. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak karar verilmesi mümkün bulunduğundan Kabahatler Kanunu'nun 20/1. maddesi uyarınca İDARİ PARA CEZASI VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA." Yargıtay 21. CD, E. 2015/5592, K. 2016/1701, T. 25.2.2016, www.kazanci.com, E.T: 25.04.2016.

d) *Onbin Türk Lirasından az idarî para cezasına karar verilmesi halinde üç, Yıldır.*

(3) *Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin zamanaşımı süresi on yıldır.*

(4) *(Değişik: 23/7/2010-6009/37 md.) Zamanaşımı süresi, kararın kesinleşmesinin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren işlemeye başlar.*

(5) *Kanun hükmü gereği olarak idarî yaptırımın yerine getirilmesine başlanamaması veya yerine getirilememesi halinde zamanaşımı işlemez.*

4. İDARİ YAPTIRIM KARARINA KARŞI BAŞVURU YOLLARI

İdari yaptırım kararına karşı iki şekilde başvuru yapılabilir. İlki, idari yaptırımı uygulayan merciin kararına karşı başka bir mercie başvuru; ikincisi, idari yaptırım kararlarına karşı başka bir mercie başvuru üzerine bu merciin verdiği kararlara itirazdır.

Kabahatler Kanunu'nun başvuru yolunu düzenleyen 27. maddesine göre;

“(1) İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine⁴⁹ başvurulabilir⁵⁰. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir.

(2) Mücbir sebebin varlığı dolayısıyla bu sürenin geçirilmiş olması halinde bu sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde karara karşı başvuruda bulunulabilir. Bu başvuru, kararın kesinleşmesini engellemez; ancak, mahkeme yerine getirmeyi durdurabilir.

(3) Başvuru, bizzat kanunî temsilci veya avukat tarafından sulh ceza mahkemesine verilecek bir dilekçe ile yapılır. Başvuru dilekçesi, iki nüsha olarak verilir.

(4) Başvuru dilekçesinde, idarî yaptırım kararına ilişkin bilgiler, bu karara karşı ileri sürülen deliller açık bir şekilde gösterilir. Dilekçede ayrıca, başvurunun

⁴⁹ 18/06/2014 Tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun'un geçici 6.maddesine göre; Sulh ceza mahkemeleri kaldırılmıştır. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte, sulh ceza mahkemelerinde görülmekte olan dava dosyaları bir ay içinde yetkili asliye ceza mahkemesine devredilir. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte, kaldırılan sulh ceza mahkemelerinde görülmekte olan işlerden, sulh ceza hakimliğince bakılması gerekenler, sulh ceza hakimliklerinin kurulmasından itibaren on beş gün içinde yetkili sulh ceza hakimliğine devredilir.

⁵⁰ “...söz konusu idari yaptırım kararını düzenleyen merciin ... olduğu nazara alındığında, idari yaptırım kararına itirazı inceleme konusunda yetkili mahkemenin Sulh Ceza Hakimliği olduğunun dikkate alınmaması...” Yargıtay 19. CD, E. 2015/10681, K. 2016/1650, T. 11.2.2016, www.kazanci.com, E.T: 25.04.2016.

süresinde yapılmasını engelleyen mücbir sebep dayanaklarıyla gösterilir.

(5) (Değişik: 6/12/2006-5560/34 md.) İdarî yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilir.

(6) (Ek: 6/12/2006-5560/34 md.) Soruşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı başvuru da bu itiraz merciinde incelenir. (7) (Ek: 6/12/2006-5560/34 md.) Kovuşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; fiilin suç oluşturulmaması nedeniyle verilen beraat kararına karşı kanun yoluna gidildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı itiraz da bu kanun yolu merciinde incelenir.

(8) (Ek: 6/12/2006-5560/34 md.) İdarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür.

Düzenlemeye baktığımızda, sadece idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımına karşı itiraz kanun yoluna başvuru kabul edilmiştir. Dolayısıyla, diğer idari yaptırımlar ve özel kanunlarda açıkça idari yargı yoluna başvurunun kabul edildiği durumlarda idari yargı yoluna başvurulacaktır⁵¹. Ayrıca, başvuru, kararın yerine getirilmesini engellemez ancak, mahkeme yerine getirmeyi durdurabilir.

KK m. 28'e göre; "(8) Mahkeme, son karar olarak idarî yaptırım kararının; a) Hukuka uygun olması nedeniyle, "başvurunun reddine", b) Hukuka aykırı olması nedeniyle, "idarî yaptırım kararının kaldırılmasına", Karar verir.

(9) (Ek: 6/12/2006-5560/35 md.) İdarî para cezasının alt ve üst sınırının kanunda gösterildiği kabahatler dolayısıyla verilmiş idarî para cezasına karşı başvuruda bulunulması halinde, mahkeme idarî para cezasının miktarında değişiklik yaparak da başvurunun kabulüne karar verebilir.

(10) Üç bin Türk Lirası dahil idarî para cezalarına karşı başvuru üzerine verilen kararlar kesindir."

Mahkemenin verdiği karara karşı Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre, kararın tebliğinden itibaren 7 gün içinde itiraz edilebilir.

⁵¹ ÖZEN, s. 160.

SONUÇ

Gelişen ve değişen toplumsal ve ekonomik yapının gereği olarak, Türk Ceza Hukuku mevzuatında 2005 yılında önemli değişiklikler yapılmıştır. Mevzuat, insan haklarının korunmasını ve toplumsal güveni amaçlayan bir anlayışla yeniden ele alınmış ve kamu düzenini ihlal eden ancak ağır nitelikte yaptırım gerektirmeyen fiiller suç olmaktan çıkarılmış, kabahatler başlığı altında toplanmıştır. Bu tutumun sergilenmesindeki temel amaçlardan birisi de ağır ihlal niteliği taşımayan ancak haksızlık ihtiva eden fiillerin yargının iş yükünü artırıyor olmasıdır.

Kamu düzenini ihlal eden hukuka aykırı fiilleri yaptırım altına almayı amaçlayan, idari yaptırımlar, toplumsal düzeni sağlamada en etkili hukuk kurallarındandır. Kanunla ilgili idari mercie verilen bir yetki sonucunda uygulanabilen ve bir idari işlem niteliği taşıyan idari yaptırımlar, bir çok yönüyle cezai yaptırımlardan ayrılmaktadır. Bu durum ise idari yaptırımların hangi hukuk dalıyla daha yakından ilgili olduğu yönünde tartışmaların ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir.

Kabahatler Kanunu'nun gerekçesinde *"Hukuka aykırı olan ve haksızlık ifade eden fiiller arasında suç veya kabahat olarak bir ayırım yapılması, bir nitelik farkı oluşturmamaktadır. Söz konusu tasnif haksızlıklar arasındaki nicelik farkına dayanmaktadır. Bu tasnif, haksızlıklar arasında sadece bir işlem farkı doğurmaktadır."* ibaresi yer almaktadır. Ancak, bu düşüncenin aksini savunan görüşe göre ise, idari ve cezai yaptırımlar arasında niceliksel değil, niteliksel bir ayırım bulunmaktadır. Çünkü bu yaptırımlar, bağımsız mahkemeler tarafından değil de idare tarafından uygulanmaktadır ve cezai yaptırımla idari yaptırım arasında niteliksel bir ayırım bulunmadığını kabul etmek, erkler ayrılığı ilkesine aykırıdır.

Kanaatimizce, idari yaptırımların, idari bir merci tarafından idari usullere uygun olarak icra edilen bir idari işlem olması, onun tamamen İdare Hukuku'nun alanına alınması için yeterli bir sebep değildir. Nitekim, kast ve taksir gibi manevi unsurların bulunması, hata, hukuka uygunluk sebepleri, kusurluluğu etkileyen haller gibi bir çok konuda TCK'nın esas alınması, teşebbüs, iştirak, içtima gibi Ceza Hukuku müesseselerinin bulunması, kabahatlerin Ceza Hukuku'nun bir parçası olduğunu göstermektedir.

Çalışmamızın esas konusunu oluşturan idari para cezaları açısından baktığımızda ise, tasarı da benimsenen düşünce şöyledir; *"Bu fiiller karşılığında genellikle parasal nitelikte bir yaptırım öngörülmektedir. Ancak, bu parasal yaptırım, bir ceza hukuku yaptırımı olan adli para cezası değil, idari yaptırım olarak idari para cezası niteliği taşımaktadır. Her ikisi de belli bir miktar paranın kişiden alınıp Devlet Hazinesine intikalinden ibaret gibi görünürse de; ikisi arasında karar veren merci, yaptırımın infaz sureti, yaptırıma bağlanan kanuni neticeler bakımından önemli farklılıklar bulunmaktadır"*.

Madde gerekçesi dikkate alındığında, idari para cezaları, idari yaptırımlar içerisinde önde gelmektedir. Zira ekonomik hayata ilişkin yapılan düzenlemelerde de idari para cezalarına sıkça yer verilmektedir. Ayrıca, bütçe gelirleri incelendiğinde, idari para cezalarının oranı azımsanmayacak miktardadır. Hem Devlet hazinesiyle hem bireylerin mal varlığıyla olan ilişkisi sebebiyle hem de kamu düzenini ihlal eden fiillere karşın caydırıcılık fonksiyonu bakımından çok önemli bir yere sahip olan idare para cezalarının, kazozistik şekilde farklı kanun ve KHK'larda düzenlenmesi yerine daha düzenli, bütüncül, belirlilik ilkesine uygun bir şekilde bir kanunda toplanması daha yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

ERDİNÇ Burcu, "İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi", Ankara Barosu Dergisi, Y:2012/2.

ERKUT Celal, "İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği", Danıştay Yayınları, Ankara 1990.

EVREN Çınar Can, "Kabahatlerde Kanunilik İlkesi", İÜHFİM, C: LXIX, S:1-2, Y: 2011.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj yayıncılık, 10.Baskı, Ankara 2011.

KARABULUT Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan kitabevi, Ankara 2008.

MERAN Necati, Kabahatler Kanunu ve Kabahat İçeren Kanunlar, Adalet yayınevi, Ankara 2008.

OĞURLU Yücel, "İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı", A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C:3, S:1.

OĞURLU Yücel, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Seçkin yayınları, 2.Baskı, Ankara 2001.

OTACI Cengiz/ KESKİN İbrahim, Türk Kabahatler Hukuku, Adalet yayınları, 2.Baskı Ankara 2010.

ÖZAY İl Han, 'İdari Yaptırımlar', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1985.

ÖZEN Mustafa, İdari Ceza Hukuku, Adalet yayınevi, Ankara 2013.

ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku, Seçkin yayıncılık, 8.Baskı, Ankara 2012.

ÖZTÜRK Bahri, ‹'Kabahatler Kanununun Genel Esasları", in İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin yayıncılık, Ankara 2009.

UĞUR Hüsamettin, “Kabahatler Kanunu ve 5252 sayılı Kanun’a Göre İdari Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması”, TBB Dergisi, S:85, Y:2009.

YALÇIN İsmail, Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku, Seçkin yayınevi, Ankara 2007.

ZANOBINI Guido, İdari Müeyyideler, (çev. H. Yılmaz GÜNAL), Sevinç matbaası, Ankara 1964.

